image
not
available

BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
F
29
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANTONII FABRI I.C.

SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA IN SECVNDAM PARTEM PANDECTARVM.

Ad Sereniſſimum Principem MAVRICIVM *à Sabaudia Sereniſſimi Sabaudiæ Ducis* CAROLI EMANVELIS *filium S.R.E. Cardinalem.*

Cum INDICE Rerum & Verborum locupletiſſimo.



COLONIAE ALLOBROGVM,

Apud Petrum & Iacobum Chouët.

M. DC. XXVI.

Petri Franciſci Paſſerini Conſiliarij à Latere Sereniſs. Ducis P. & P.

Digitized by Google

Digitized by Google

SERENISS. PRINCIPI
MAVRICIO A SABAVDIA
CAROLI EMANVELIS SERENISS. SABAVDIÆ DVCIS FILIO S. R. E. CARDINALI

ANTONIVS FABER S. & F. P.

CVM tam multa de Iurisprudentiæ nostræ dignitate à prudentibus ipsis grauiter ac perhonorificè tractata sunt, Princeps Cardinalis Serenissime, Tùm illud imprimis si quid iudicij mei est, quod de legibus circa quas potissimùm tota versatur Iurisprudentia, tam præclarè sentiunt, vt nihil diuinius à Deo Opt. Max. datum hominibus esse prædicent, Nihil ad re. humanas benè feliciterque gerendas accõmodatius, Nihil denique a vitam ciuiliter ac sapienter instituendam conuenientius esse glorietur. Neque verò si leges εὕρημα sunt καὶ δῶρον τοῦ θεοῦ, καὶ δόγμα τῶν ἀνθρώπων φρονίμων, vt Demosthenes dicebat, negari certè potest quin sancta planeque diuina res sit Iurisprudentia, Quam qui ciuilem Sapientiam esse dixerunt, iidem non immeritò diuinarum illam atque humanarum rerum notitiam, quæ germana Sapientiæ diffinitio est, & hoc amplius iusti atque iniusti scientiam esse addiderunt: Nimirum vt ex tantæ dignitatis præstantia & commendatione constaret, quales quantóque deceret esse illos, qui tam vastæ, prorsúsque cœlestis scientiæ professione superbiunt Prudentes, Scientes, & vno verbo, sed, quod duobus illis maius est, Sapientes: Nisi fortè putandum est talem nostros effinxisse Iurisprudentiam, qualem Cicero perfectum Oratorem, quam Plato Rempublicam, Morus Οὐτοπίαν, quæ nusquam extet gentium, & quam facilius sit verbis adumbrare, quàm facto assequi, Ambitiam tenere, Quid plura? Quæ sectatores & amatores habeat quàm plurimos, Possessorem verò neminem. Quod vtique ita esse tam facilè mihi persuaderem, quàm difficile esse video, vt in tam breui temporis curriculo, quo vel longissima hominis vita

concluditur, ac in tam cæca quæ nobiscum nascitur & viuit rerum omnium ignorantia possit quis ea consequi & addicere vniuersa, quæ Iurisprudentiæ diffinitione continẽtur, Si non viderem extitisse tam multos ex iis ipsis prudentibus nostris, de quorum scriptis Iustinianus veterem illam efformauit, quanta tota est, Iurisprudentiam, Quos planè fatendum est nihil penitus eorum ignorasse omnium quæ ipsa, si loqui & cerni oculis, vel percipi auribus posset, scire se gloriaretur Sapientia. Quid enim est, obsecro, quod in Labeonibus (ne Seruios, Trebatios, Tuberones & alios vetustiores memorem?) Cassiis, Sabinis, Proculis, Neruis, Scæuolis, Neratiis, Pomponiis, Iulianis, Vlpianis, Paulis, Caiis, Modestinis, Tryphoninis, Papinianis nostris, aliisque ordinis huius viris, nec tam miris inter humanas voces oraculis, quàm meris naturæ miraculis requirere quisquam iure posset vt pleniorem rerum omnium diuinarum, atq; humanarum cognitionem, iustiq; & iniusti scientiam habuisse viderentur, si quantũ ad res diuinas pertinet, ad eorum dignitatem felicitas Chistianæ lucis accessisset? Quid tam obscurũ, & abstrusum in rebus humanis quod illi non viderint? Quid in ambiguis stricti iuris cum æquitate pugnãtis quæstionibus tam dubium, quod non æquissimis temperamentis stabilierint? In summa, quid potuit natura ipsa formare certius? Quid æquitas firmare iustius? Quid Iustitia dictare sanctius? Hinc mihi prima iustissimæ causa indignationis aduersus quàmplurium ex leguleiis, & sciolis nostri temporis siue amentiam dicere liceat, siue impudentiam, qui prorsus ἀμουσοὶ cùm ne primoribus quidem labris humaniores literas attigerint, Philosophiam verò nec de limine, quod aiunt, salutarint, Principiorum autem iuris nostri omnino rudes, & imperiti sint, nec nisi in Pragmaticorum, & vulgarium interpretum erroribus, ac nescio quibus Brocardicis, quæ illi pro Principiis habent, versatissimi, adeò tamen sibi blandiuntur, vt non modò Iureconsultorum nomen sibi adrogent superbissimè, sed etiam, si quando accidat, quod passim accidere necesse est, vt Papiniani vel sententiam assequi, vel sententiæ rationem percipere non possint, statim Papiniano insultent, Nimiam illi subtilitatem ingenij pro vicio & iniquitate obiiciant, Denique suis exquisitis ineptiis id agant quantùm possunt, vt Papiniano ipso eruditiores, æquiores, & sapientiores, non sibi tantùm, quod parum esset, verùm etiam aliis esse videantur. Diceres nouos è cœlo delapsos istos iuris arbitros & æquitatis magistros, atque artifices peregregios, quibus nihil arridere possit, aut sapere, nisi quod deprauatissimo ipsorum palato satisfaciat, Nihil tam insipidum esse ac putidum, quàm quod aduersus cerebrinam istam æquitatem à Papiniano, aut alio Iureconsulto, quisquis ille sit, responsum vident:

Apud

Digitized by Google

Apud quos si patroni officio Papinianus fungeretur, cui solemne fuit respondere semper aduersus ea quæ prima facie probabiliora videbanrur, numquam certè non vinceretur. Sic euenit, de quo iam sæpe antehac conquestus sum, vt cùm à Deo Opt. Max. nihil hominibus datum sit certius iure ac ratione ex qua semper ius æstimandum est, faciant isti omnia incerta, & arbitraria, vt impunè legibus, totíque illudant Iurisprudentiæ. Nec solùm de eo iam quærendum sit, de quo quærere piaculum olim fuisset, An ius nostrum revera consistat, an hominum duntaxat opinione, Sed eò tandem absurdi deueniendum, vt negari vix possit, quod nec pudet istos adfirmare, Ius totum quo vtimur hodie non nisi in hominum eorúmque imperitiorum opinione consistere. Quod si ita esset, quid per Deum immortalem dici posset Iurisprudentia nostra stultius? quid indignius? quid infamius? Vtinam verò quemadmodum isti nihil nisi glossas & Bartolos sapiunt, quorum ingeniis & laboribus sola infelicitas seculi maiora inuidit, & meliora nomina, (laudandi enim certè sunt, mirandíque, quòd tam malè instituti, labore tamen improbo eò vsque erudirionis peruenerint, non si cum prudentibus ipsis, sed si cum pragmaticis & sciolis istis conferantur) Ita & eorum saltem modestiam ac verecundiam imitarentur, quibus religio semper fuit, à prudentum responsis vel tantillum recedere, minorémque ipsis authoritatem, quàm Iustinianus datam voluerit, accommodare. Adeò perpetui illi in hoc vno fuerunt, vt de vera & genuina legum omnium interpretatione perscrutanda & inquirenda laborarent: De quo nec scio an istis vnquam contigerit, vel per somnium cogitare. Neque hoc, vt puto, imprudenter. Frustra enim tantopere se torquerent miseri in addiscendo eo, quod vbi didiscissent, nescire tamen fortassis mallent. Vnde igitur habere possunt, quod adeò insolenter superbiant, tantámque & iuris & æquitatis peritiam sibi audeant adrogare? Non aliunde, vt arbitror, quam quia se putant scire omnia, quæ veteres illi glossatores, & Commentatores tradiderunt, Quasi eorum scriptis nec addi posse quicquam nec detrahi debere arbitrentur: Quorum tamen pars maxima, vtique minima est eorum quæ ab istis ignorantur. Faciendum itaque fuit, non minùs ad retundendam istorum audaciam, quàm ad Iurisprudentiæ nostræ dignitatem, quod vnicum ambitionis meæ votum iampridem fuit, ab Accursianorum barbarie vindicandam, vt ostenderem quàm multis grauibúsque erroribus scareant glossæ illæ & Commentarij veterum, Non vt nullam ipsis authoritatem tribui patiar, Sed vt de iis idipsum dicere liceat quod de inueterata consuetudine non ineleganter in libris nostris proditum est, Non vilem eorum authoritatem esse equidem debere, Sed

non vsque adeò sui valituram momento, vt aut rationem vincere debeant, aut legem. Id verò cùm adgressus primùm essem viginti Coniecturarum mearum libris, in quibus ausim dicere plusquàm sexcentos iuris locos ex iis qui obscuriores credebantur, nouis à me cùm interpretationibus tùm emendationibus explicatos esse. Intereà comperi tam multa passim apud interpretes nostros reprehensione magis quàm obseruatione digna occurrere, vt tùm primùm in mentem venerit experiri an tot Errorum Ilias vna saltem Chiliade concludi posset. Inde susceptum consilium & institutum conscribendæ Chiliadis De erroribus pragmaticorum, & interpretum iuris: Quam vbi post multos annos non absque singulari Dei Opt. Max. beneficio absolutam videre contigit, Vidi puduítque videre ingentem adhuc materiam superesse tot ferè conscribendarum Chiliadum, quot iam scripseram Decades, si non plus otij ad scribendum, quàm ad parandam scribendi materiam requireretur. Nec vllus vnquam sane scribendi finis esset si quis in tam vasto Errorum pelago vagari diutiùs, ne dicam errare cum errantibus perpetuò vellet. Hydra Errorum ista est, quam nec rediuiuus ipse Hercules aut ferro, aut aliter quàm igne possit extinguere. Cùm tamen nec immensitas materiæ, nec difficultas operis deterrere me aut reuocare ab instituto posset, Visum est non posse meliùs aut certiùs omnes interpretum omnium Errores vno velut impetu detegi, ac profligari, quàm si possem perficere quod antea iam cœperam, sed penè deserueram, vt legum omnium, quæ quinquaginta præsertim Pandectarum libris continentur, vera & aperta extaret interpretatio. Quænam enim posset errandi siue materia, siue occasio superesse si explosis malis interpretationibus, quæ tot Erroribus causam præbuerunt, Leges omnes, sed Prudentum maximè responsa, ex quibus potissimùm tota fluxit Iurisprudentia, benè omnia, atque ex iuris arte ac ratione intelligerentur? Aut quisnam eo casu imperitiæ quæ vnica Errorum omnium mater est, locus relinqueretur? Fateor doleóque susceptum à me tardiùs hoc consilium non modò instituendi tanti operis, sed etiam prosequendi: Cùm mihi satis ad gloriam esse videretur eam scribendi rationem inchoasse, cuius non solùm laudatores quàmplurimos sperare possem, sed etiam ex tot laudatoribus sectatorem aliquem, cuius opera & industria subsidiaria faciliùs ad exitum & feliciùs perducere rem totam posset. Tantò autem doleo magis, quòd institutum meum & præstantissimis ætatis nostræ Iureconsultis, & studiosis omnib. quibus vera Iurisprudentia cordi est, quíq; Papinianum Ducem habere malunt, quàm antesignanum Accursium aut Bartolũ, audio placuisse: Nec ab aliis aliud quicquã in scriptis nostris reprehen-

sum

ſum fuiſſe, quàm quòd in primam duntaxat Pandectarum partem ſcripſiſſemus. Beneuola certè reprehenſione. Quid enim dici ab iis fierive potuit amantius, vt teſtarentur quanto ſtudio abſolui opus cuperent, quod nos ipſi aliquando prædixeramus non niſi benè abſolutum laudari bene poſſe. Quid dulcius, votiſque meis fauentius, quàm quòd eo reprehenſionis genere longiorem nobis vitam ſi non pollicentur; optant certè atque ominantur, Dum ſperant poſſe nos in hac ætate opus tantum abſoluere, quod vix alius quiſquam iunior, ſi modò prudentior inchoare fortaſſis auſus fuiſſet? Quod verò alij non pauci, nec minùs beneuoli obiurgatores Papinianeam noſtram Iuriſprudentiam à nobis abſolui, vt audio, maluiſſent, faciunt equidem non amicè tantùm, ſed ex animi etiam mei ſententia & pro Iuriſprudentiæ dignitate, quæ tractari nec nobiliùs nec meliùs ex arte iudicio meo poteſt, quàm ſi leges omnes ſub Principiis ſuis potiùs, quàm ſub Titulis explicentur. Sed agnoſcant tamen neceſſe eſt lõgè commodiorem & expeditiorem eſſe hanc conſcribendorum Rationalium rationem, Illam autem & operoſiorem multò & longiorem. Quantum enim temporis impendi conſumíque neceſſe eſſet in libris noſtris tam ſæpe reuoluendis, dum id ageremus, vt Principia iuris omnia ſub ſuis quæque Titulis, leges item omnes ſub ſuis ſinguli Principiis tam diligenter, támque appoſitè & ex ordine collocarentur, vt nullum penitus iuris Principium à nobis prætermiſſum dici poſſet, nulla omnino lex, à prima vſque ad vltimam, quæ non ex ſuo Principio interpretationem propriam, certiſſimámque accepiſſet. At in exarandis Rationalibus longè paratiora vltrò ſe offerunt omnia, Nullum in perquirendis Principiis, Nullum in eligendis quæſtionibus, aut denique, quod omnium difficillimum eſt, in legibus omnibus quæ ex eodem Principio pendeant, ad memoriam reuocandis tempus teritur, ſed totum quantum ab otio ſubminiſtratur aſſiduæ ſcriptioni vtiliter impenditur. Quo minùs videri mirum debet nos de proſequendis Rationalibus potiùs quàm de Papinianea noſtra Iuriſprudentia peragenda cogitaſſe, Non equidem quaſi concepta ſpe abſoluendi huius potiùs quàm illius operis, æquè enim vaſtum & immenſum opus vtrumque eſt, ſed ea primùm mente vt ſi abſolui nunquam poſſet, omnes tamen intelligerent, vitam mihi & otium potiùs quàm animum, Addam audacter fortaſſe, ſed addam tamen & quàm ingenium defuiſſe. Deinde, vt ſi ſecunda ſaltem pars abſolui poſſet, facile eſſet etiam poſteris coniicere quid & quantum à nobis præſtari in reliquas partes potuiſſet ſi abſoluere conceſſum fuiſſet. Fecit immenſa Dei Opt. Max. ſolitáque erga me meáque omnia liberalitas, vt poſt compoſitos viginti

Coniecturarum libros, post delineatam Iurisprudentiæ Papinianeæ scientiam, post absolutam De erroribus pragmaticorum & interpretum iuris Chiliadem, post editum denique sæpius auctúmque Codicem, quem de mêo nomine inscripsi Fabrianum, vt cætera minora taceam, hanc quoque secundam Rationalium partem feliciter absoluerim, Priore sicut vberiorem longè materiarum & multitudine, & amplitudine, ita & prolixiorem sanè quàm speraram: sed quæ vel ob hoc ipsum, nisi me fallo, videri tantò plausibilior omnibus debeat, siue quòd soleant ea quæ ampliora sunt, etiam clariora esse & illustriora, siue quòd mihi de absoluendo vnquam opere propemodum desperanti faciendum certè fuit, vt quoties difficilior aliqua lex occurreret ex iis quæ ad alias Partes pertinent, de illius quoque vel interpretatione vel emendatione dicere aliquid deberem, Vt si Deus Opt. Max. qui inchoare dedit, daret etiam perficere, tantò breuiores essemus, cùm ad earum legum Titulos veniremus, Aut si quid humani antè mihi contingeret, tantò minùs ab industria & diligentia nostra requirendum haberet posteritas. Quid enim Iurisprudentiæ interest an hoc aut illo loco lex aliqua explicetur? Commodius esset studiosis, fateor, si sub suo quæque Titulo. Sed cùm facere non liceat quod libet, cur non libère debeat quod licet? Verùm enimuerò ineptus planè sum & parùm consideratus, Princeps Cardinalis Serenissime, qui Celsitudinem tuam in minutiis istis tamdiu moror. Nimirum totius consilij mei ratio reddenda tibi & aperienda fuit, vt quem Mecœnatem habere gestio, haberem primùm instituti mei conscium, & adprobatorem. Nam post dicatam sacræ Maiestati Cæsareæ Rudolphi Imperatoris horum primam partem Rationalium, cui secundam vouere potiùs debui quàm tibi, Princeps Serenissime, qui quanquam neque Imperator es, neque Imperij Vicarius, Vicarij tamen filius dilectissimus es, & ijs præterea moribus ac virtutibus planè imperatoriis insignitus quæ Celsitudinem tuam imperio dignam reddant, Tantò certè honorificentiùs, quantò præclariùs longè est Imperio dignum esse, quàm imperare. Cui, inquam, potiùs quàm tibi Princeps Serenissime, in omni literarum & scientiarum genere, excultissimo, sed meæ potissimùm Iurisprudentiæ amantissimo, Mecœnati meo iampridem fauentissimo, ipsarum denique Musarum omnium Apollini sapientissimo! Memini, tùm ante annos quatuor Taurini essem, quò me Serenissimi patris tui imperia vocauerant ad præclaram illam de Montisferrati Ducatu controuersiam Mediolani, vt sperabatur, coram arbitris ex ore scriptoq; disceptandam, Eum mihi delatum à Celsitudine tua honorem fuisse, vt in celeberrimã istam Academiam quæ sub tuis instituta

tuta

tuta primùm auspiciis, inter tot cæteras quibus vniuersa meritò superbit Italia tantis gloriatur Academicis, me non modò admissum libentissimè, sed etiam inuitatum esse vltrò volueris, Quasi ego is essem qui vt numerum Academicorum tuorum, ita & ipsius Academiæ dignitatem, atque amplitudinem augere aliqua ex parte possem. Quod etsi per se magnum fuit & perhonorificum, multò tamen illud honorificentius, quod me sæpius nunc latina lingua perorantē, nunc etiam Italica interdum nec sine pudoris mei quadam offensione balbutientem veriùs quàm loquentem aut differentem de variis rebus ac scientiis post tantos Deus bone, & quantos viros in augustissimo illo Musarum sacrario, quæ singularis tua fuit humanitas, vidisti, audisti, laudasti. Quanta verò propensissimæ voluntatis erga me tuæ significatione! Quanta serenissimi vultus tui maiestate simul & hilaritate! Quàm miro denique Academicorum omnium applausu! Etsi verò nihil mihi aut gloriosius aut optabilius accidere poterat, quàm, vt tanto Principi, tanto Cardinali, tanto denique Mecœnati meo placerem, aut ne quid mihi nimis indulgeam, placere me putarem, Ausim tamen adfirmare si per tuam Celsitudinem liceat, non minùs iucundum optatúmque illud etiam accidisse, quòd quasi ea quæ oculis cernuntur, vidi Iurisprudentiam meam tibi esse in amoribus, Nec minore tuam, quàm Serenissimi patris tui Celsitudinem cupiditate teneri, vt siue meis, siue felicioris alicuius ingenij laboribus ac vigilijs, tantæ scientiæ dignitatem ab imperitorum barbarie ac tyrannide, qua inde iam à tot seculis premitur, tandem aliquando audias, videásque vindicatam. Non possim dicere, vix quisquam credere, quàm alacres mihi ea res animos dederit, quam acres etiam stimulos addiderit, vt meum de Rationalibus si non absoluendis saltem persequendis propositum quod non tam consilio, quam absoluendi desperatione propemodum abieceram nō modò tenerem, sed etiam premerem, vrgerémque. Nec sanè destiti à quo tempore & absoluta Chilias, & mea de Montisferrati Ducatu conscripta fuit Consultatio, pergere quanta potui facere diligentia, vt hæc Rationalium meorum secunda pars publicè sub tuo nomine quàm citissimè appareret. Feci autem tātò alacriùs, quantò pluribus exinde Celsitudo tua me obstrictum & cumulatum voluit beneficijs, quæ sicuti longum nimis & importunum esset recensere singula, Ita nec illud silere possum, quòd per integros illos menses, quibus anno superiore, absente tū apud Gallos Illustr. Sigismundo Estensi Sabaudiæ Produce dignissimo, fiduciaria totius prouinciæ huius administratio mihi à Sereniss. patre tuo demandata fuit, cùm ille, fratrésque tui Serenissimi toti essent in expeditionibus bellicis, Negotiorum verò vniuersorum tibi vni cura incumberet, meam siue Industriam quantulamcumque,

Digitized by Google

ſiue fidem ac vigilantiam cui nihil planè vnquam defuit acceptiſſimam tibi fuiſſe ſignificaſti ſæpiùs, Neque mihi ſolùm per frequentes literas ſed etiam Patri, Fratribúſque Sereniſſim. Omnibus verò, etiam publicè additis encomiis teſtatum id facere voluiſti. Reddidi tùm rationem vt debui, totius à me ſuſcepti geſtíque negotij, Reddo nunc otij, vt non minùs Celſitudini tuæ, quàm iis qui pro vitio mihi exprobrant quam ex otio literario ſupra modum capio delectationem, Non ideò tamen prohiberi me, aut auocari ne curis publicis eam quam debeo poſthabitis cæteris omnibus, impendam libentiſſimè diligentiam, Nec minùs quicquam rurſum in otio eſſe me ſolere quàm otioſum: Adeò placuit mihi placebítque ſemper elegans illud Plinij, Præſtare nihil agere quàm otioſum eſſe. Neque tamen nihil egero ſi tale hoc opus tibi eſſe videbitur, Princeps Sereniſſime, quod & Celſitudini tuæ inſcribi abs me debuerit, & annos ferre aliquos poſſit (ſcripſi enim certè tanquam æternum futurum) vt & propenſionis erga me tuæ, & obſeruantiæ viciſſim ac gratitudinis in te meæ monumentum aliquod ære ferróque perennius, cum immortali nominis tui fama, quæ his alioquin leuioribus adminiculis nil indiget, ad poſteros vſque feliciter tranſmittatur. Quòd ſi hoc etiam ero aſſecutus vt dignum illud putes, quod te vno maximè glorietur Mecœnate, Tum verò agnoſcam ingenuè, quod poſteritas inuidebit fortaſſe, ſed tamen fatebitur, nihil me aut præſtare prçclarius, aut promereri maius potuiſſe. Mecœnate ſiquidem aliquo mihi planè opus eſſe ſentio, nec alio quàm te vno, Princeps Sereniſſime, non tantùm aduerſus inuidas aulicorum obtrectationes, ſi tale quid tamen mihi ſuſpectum eſſe adhuc poteſt, cui nihil ferè iam cum aulicis commune, Sed contra barbaros iſtos, quibus venuſtas, vetuſtáſque veræ Iuriſprudentiæ tantopere diſplicet, vt nec ab aliis politiorem illam & elegantiorem fieri patiantur. Vincent illi haud dubiè numero, vt ſolent qui vel peiores ſunt, vel imperitiores. Sed ego, ni fallor, non modò rationum pondere, quod primum per ſe ac maximum eſt, ſed etiam, ſi Celſitudinis tuæ fauor accedet, authoritate. Faue igitur, Princeps Cardinalis Sereniſſime, Faue Muſarum Charitúmque Apollo ter maxime, Faue & dignitatis meæ & Fabri tui, quantus totus eſt Mecœnas optime, liberaliſſime, fauentiſſime. Iterum Faue, & Foue. Dat. Camberij Non. Mart. 1618.

IN RA-

IN OPERIS ET PATRIS
COMMENDATIONEM.

Egregiæ ſpeciem Veneris cùm pingere Apelles
Cœpiſſet, cui non ſimilem ætas viderat vlla.
Inuida nec meliorem aliam Natura valebat
Fingere, quæ illuſos Artis rideret hiatus:
Nec tamen abſolui effigiem cita fata dediſſent,
Artifices queis pingendi præſtantior vſu
Audendique animo manus æmula, Cernere primùm
Attoniti, quàm rara operis miracula, Quantis
Clara Cupidinibus, quàm mollibus, atque venuſtis!
Mox certare auidi, quis eorum primus Apellem
Arte pari auderet (quis enim potiore?) referre,
Cedere dum ingenio nemo eſt qui peruelit vltrò,
Nec rurſum ambigui oblatum diſcrimen honoris
Sumere, Ne ſcelus incurrat, vel vincere Apellem
Vel tanto dare ſe ſocium voluiſſe Magiſtro:
Sic manſit Venus imperfecta, Aſt maior Apellis
Gloria, quàm ſi perficeret nouus alter Apelles,
Qui non ipſo etiam præclarior eſſet Apelle.
Quàm meritò, Venerande Pater, prudentia Iuris
Iſta legens quæ miro auſu ad Rationis amuſſim
Omnia prudentum reuocant reſponſa virorum,
Quàm pariter Studioſi omnes, quibus alta cupido
Scire ex te quæ alius vix quiſquam tradere poſſit,
Quàm meritò mecum illi, inquam, tua tanta ſtupentes
Scripta, Timent ne ipſum id tibi quod contingat Apelli,
Vt Venus hæc, qua non alia eſſe venuſtior vlla,
Effingive queat, Iuriſprudentia Fabri,
Papinianei quæ ſola ſcientia iuris,
Tãdem imperfecta, artificis ſtudiumq́; manumq́;
Exigat alterius fruſtrà, ſi triſtia fata,
Quæ Deus auertat, votis pugnantia noſtris
Te priùs eripient, quàm viderit vltima iuris
Regula, poſtremam quæ claudet ſyllaba partem.
Ecquis namq́; adeò excellens magnuſq́; ſubibit,
Cui tam aptè detur, ſubtiliter, atque peritè
Cætera ſcrutari ſi quæ iam obſcura ſuperſunt
Vicerit vt cùm alios, tibi ſe vnum æquauerit vni?
Viue ergo, rediuiue Pater, cineriq́; ſuperſtes
Terq́; quaterq́; tuo, toties tibi reddita vita,
Lumina ſit cura quanta potes arte tueri,
Non tua vt adcreſcat nona parta gloria famæ,
Quæ tanta eſt minui, augeri ve vt poſſe recuſet,
Sed benè cœpta tui vt monumẽta æterna laboris
Perficiente Deo, optatum te ſoſpite finem
Accipiant: Sic te Iuriſprudentia ſaluum
Eſſe iubet, dum ſe ſaluam quoque percupit ipſam:
Ne lugendum habeat tecum moriente periſſe
Optima, quæ non cumq́; tuis ſint credita chartis,
Ereptumq́; ſibi, te erepto, quicquid honoris
Quicquid & à ſtudio ingenij melioris, & artis
Naturæ præſtare poteſt vis maxima, ſi quid
Sperari iam tale queat quale obtigit olim,
Secula nec poſtrema negent, quod prima dedêre.

Renatus Faber in ſupremo Sabaudiæ Senatu Patre primario Præſide
Senator, & in Gebennenſis Ducatus auditorio
poſt patrem Præſes.

IN RATIONALIA
PATRIS CLARISSIMI,
EPIGRAMMA.

Sydera cælesti ne quis labentia tecto
Cerneret, ignauum diceret atque Iouem,
Iuppiter Atlantem dorso torquere micantes
Stellarum voluit nocte dieq́; globos:
Regia sic firmata poli, tristiq́; ruina
Libera, securo tramite in axe meat:
Iustitiæ proceres oracula cælica labris
Prodiderant iusta matre docente viros,
Sydenbus raptura decus, raptura nitorem,
Spargebant docto Codice, & orbe iubar:
At deerat columen rationis: sed nouus Atlas
Codice dat docto fortia fulcra Faber.
Tuta per astra potest Astræa reuoluere libras,
Pondus vbi est tantum, nulla ruina subit.

Philibertus Faber filius.

Finxerat humanum luto Berecynthia corpus,
Non dederat vitæ sed melioris opes:
Detulit at tectis ferula stellantibus ignem,
Qui Scythicam viuo pectore pauit auem,
Indidit & membris cælestis flamma vitæ,
Sensibus & motum, luminibusq́; decus.
Certat vterque Faber nato quis nomina donet,
An genitor mentis, corporis ánne parens:
Vesta parens vincit, fauit nam fœmina Iudex,
Atque nouæ sobolis nomina ducit humo.
Materiam præbent Pandectis dicta virorum,
Das animam solida tu ratione Pater:
Vnde trahant nomen? certè, si indicet axis
Arbiter, à Fabro nomina celsa trahent.

Iohannes Claudius Faber filius.

ANTO-

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIAE SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA IN SECVNDAM PARTEM PANDECTARVM.

Ad libr. 5. Tit. 1.

De Iudicijs, & vbi quisque ager. vel conuen. deb.

VLPIANVS libro secundo ad Edictum.

Si se subijciant aliqui iurisdictioni, & consentiant: [a] inter consentientes [b] cuiusuis iudicis [c] qui tribunali præest [d] vel aliam iurisdictionem habet [e], est iurisdictio.

Ad l. 1.

RATIO dubitandi; Priuatorum consensus non potest tribuere iurisdictionem, *l. priuatorum. 3. C. de iurisd. omn. iudic.* Ergo etiamsi se aliqui subijciant iurisdictioni alterius, qui alioquin nullam in eos iurisdictionem haberet, & in eum consentiant, id tamen frustra est. Ratio decidendi. Non potest quidem priuatorum consensus tribuere iurisdictionem ei qui nullam habet, id est iudicem facere eum qui nulli præest iurisdictioni, vt scriptum est *in d. l. priuatorum*: quia iurisdictio omnis est potestas publica & quæ à publico causam habet, non à priuati cuiusquam voluntate, sed potest tamen etiam priuatorum consensus prorogare iurisdictionem eius qui iam habet aliquam, licèt in ea causa qua de agitur, nullam habeat, siue propter condicionem litigatorum, siue propter qualitatem negotij, siue propter quantitatem summæ petitæ, Vt sunt magistratus quidam quorum iurisdictio certæ quantitatis finibus est circumscripta *l. si idem 11. l. cum quidam 19. D. de iurisdict.* Nec est quod quis dicat Paria esse nullam penitus competere alicui iurisdictionem, & Nullam competere quantum ad eam causam de qua litigatur. Non enim bona est ratiocinatio ab eo quod dicitur simpliciter ad id quod dicitur secundum quid aut contrà. Longéque facilius est prorogare iurisdictioné quæ iam aliqua sit, quàm tribuere iurisdictionem ei qui absolutè nullam prorsus habeat. Quamquam nec credendum est tam facilem esse iurisdictionis prorogationem vt solus priuatorum cõsensus hoc ius inducere potuerit. Fuit enim hanc in rem necessaria autoritas legis Iuliæ iudiciorum, vt constat ex *l. prox. §. conuenire.* Ipsum verò prorogationis nomen ostendit, aliquam subesse iurisdictionem, siquidem nõ posset prorogari iurisdictio quæ nulla esset *l. sed si manente. D. de precar.* cùm non entis nullæ sint qualitates *l. eius qui 41. D. de reb. credit.* Potest autem fieri prorogatio non tantùm ratione personæ, sed etiam ratione temporis & rei vt is cui data est iurisdictio ad certum tempus, aut de certa re possit ex consensu litigantium etiam post illud tempus, & de alia re cognoscere *l. prox. §. si & iudex inf. cap. penult.* vbi glos. *Extr. de offic. deleg.*

a *Et consentiant* siue litigando, vt vult Barr. siue etiam paciscendo extra iudicium dummodo postea venerint ad prætorem, Alioqui possunt interim mutare voluntatem *l. si conuenerit 18. D. de iurisd.* vbi quod scriptum est *& priusquam adiretur mutata voluntas fuerit* apertè probat nullum relinqui locum pœnitentiæ statim atque aditus est prætor, neque requiri contestationem, vt malè hîc Accurs. post Ioannem.

b *Inter consentientes* Non ergo in præiudicium alterius non consentientis, cuius scilicet condicionem per alios deteriorem fieri non oportet *l. 2. D. quod vi aut clam. vulg. l. non debet alteri 74. de reg. iur.* Hinc est quod qui vnius domini puta Comitis iurisdictioni subiectus est tanquam vasallus si alterius domini iurisdictionem prorogare velit, non

pote & inuito domino, vt benè hîc Bartolus notat, ex cap. 1. §. de feud. sine controu. c. apud quos consu. deb. agi, lac. §l. de fin. for. quoniam ex ea prorogatione dominus iurisdictionis ordinariæ læderetur. Eòq; passim interuenit. H nec etiam illud, quod clericus iurisdictionem laici prorogare nullo modo potest nec si maximè velit, nisi expressus Episcopi consensus accedat cap. significasti Extr. de for. comp. Au. h. qui ignominus C. de episc. & cleric. Nempe quia id fieri non posset quin toti ecclesiastico ordini iniuria non leuis inferretur cap. si diligenti eod. tit. De for. comp. Eademque ratio facit ne laicus possit iurisdictionem Ecclesiasticam prorogare. Sunt enim omnino separatæ iurisdictiones nihil penitus cõmune habentes, neque actu, vt ita dicam, neque aptitudine. Et hic frequentissimus est vsus earum appellationum quas Galli tanquam ab abusu vocant, quoties aut ecclesiastici iurisdictio per secularem, aut secularis per ecclesiasticum turbatur. Publicè namque interest ne turbentur iurisdictiones & confundantur l. vlt vbi dixi supr. de iurisdict. Alter tamen Iustinianus constituerat in l. penult. Cod. de pact. vt etiam is qui sacerdotij prærogatiuam haberet, præscriptioni fori renunciare posset, quasi ea res solius renunciantis ius læderet, vt apparet ex ratione ibi posita, petitaque ex l. pactum 46. in fin. D. eod. In quo summorum Pontificum aliud iudicium fuit, qui totius ecclesiastici ordinis dignitatem eiusmodi renunciationibus lædi, ac violari crediderunt.

c *Cuiuius iudicis.* Est enim iudicis nomen generale, vt etiam magistratus quoslibet comprehendat, & eos qui maiores iudices dicuntur in l. non distinguemus 32. §. de liberali supr. de recept. Huc tamen titulus maxima ex parte non pertinet nisi ad iudices datos, & pedaneos, de quibus institutor titulus est in Cod. de pedaneis iudic. qui pon ò nullam habent iurisdictionem, nec suo nec alieno beneficio, sed tantùm notionem l. aut prætor §. D. de re iudic. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. rest. agi sit. Meritò igitur Vlpianus noster statim subiecit, *qui tribunali præest vel aliam iurisdictionem habet*, vt excluderet pedaneos istos, qui sicut non sunt competentes iudices, nisi in ea causa in qua dati sunt, ita nec competentes fieri possunt per prorogationem iurisdictionis, sed tantùm per reconuentionem, Eo iure quod Papinianus primus induxit, postea Iustinianus confirmauit & auxit in l. cum Papinianus 14. iunct. Authen. & consequenter C. de sent. & interloc. omn. iud. Reconuentio autem prorogat competentiam iudicis duntaxat, non etiam iurisdictionis, vt pluribus docuimus lib. 2. Coniecturarum. Ergo quod scriptum est in d. l. priuatorum, qui nulli præest iudicio perinde accipiendum est, ac si scriptum esset *qui nulli præest iurisdictioni* non ad pedaneorum iudicia referendum.

d *Qui tribunali præest.* Eiusmodi sunt omnes magistratus, qui & iurisdictionem suo iure habent & tribunal. Nullum enim tribunal est sine iurisdictione, quamuis possit è contrario aliqua esse iurisdictio sine tribunali. Nemo siquidem dixerit Duumuiros & magistratus municipales tribunal aliquod habere, quos tamen constat habere iurisdictionem aliquam suam & propriam l. 1. D. si quis ius dicent. non obtemp. Idque est quod sequitur

e *Vel aliam iurisdictionem habet*, nempe sine tribunali qualem habet duumuiri, At non etiam illi qui mandatam à prætore aut ab alio magistratu iurisdictionem exercent. Hi enim sicuti iurisdictionem, ita & tribunal: eius qui mandauit, videntur, l. 1. §. qui mandatam l. 3. supr. de offic. eius cui mand. est iurisd. l. solet 16. D. de iurisdict. Ac proinde nihil vetat istorum quoque iurisdictionem prorogari, quamuis contra hîc sentiat Bartolus. Alioqui debuerat Vlp. de iis tantùm iudicibus sentire qui tribunali præsunt, non etiam de iis qui alienam habent iurisdictionem. Vix enim fieri potest, vt quis iurisdictionem propriam habeat, qui non sit etiam magistratus, aut vt quis magistratus sit qui non habeat tribunal, si excipias magistratus municipales. Nam quod hîc Bartolus tractat de iudicibus chartulatis post Accursium, ex l. rem non nouam 14. C. hoc tit. & d. l. vlt. C. vbi & apud quem, item de Doctoribus qui iurisdictionem habent in scholares non tribunal ex Auth. habita. D. ne filius pro patr. alienum sanè est à mente Vlpiani. His verò verbis excluditur arbiter, quippe qui nullam penitus iurisdictionem habet, ideoque nec illam à litigatoribus quantumlibet consentientibus accipere potest d. l. priuatorum. Vnde est quod sententia arbitri nunquam potest vim habere rei iudicatæ l. 1. vbi dixi sup. de recep. Cùm verò Vlpianus in hac lege loquatur simpliciter de iurisdictione, nec distinguat an de ciuili an de criminali, dubitandum non est quin de vtraque intelligi possit & debeat, argum. l. de pretio 7. infr. de public. in rem. l. in fraudem 15. §. vlt. D. de testam. milit. Nam si dele quendo prorogatur iurisdictio eius qui habet merum imperium & cognitionem delictorum, l. 1. C. vbi de crim. agi oport. Quanto magis litigando & expressim consentiendo? Nolit tamen cum Accursio & Bartolo sic loqui, vt iurisdictio criminalis possit prorogari in talem qui habeat merum imperium. Non enim prorogatio fit in eum qui habet iurisdictionem, sed fit iurisdictionis in eum, & ab eo qui alioquin non esset subiectus ei iurisdictioni. Nec simile est quod Accursius obiicit, De causa criminali ad arbitrum ex compromisso iri non posse ex l. non distinguemus 32. §. Iulianus supr. de recept. Id enim longè diuersum est diuersamque rationem habet quam nos attulimus ad illum locum.

f *Eius iurisdictio.* Intellige cum Accursio & Bartolo, si litigatores in eum consenserint tanquam qui iurisdictionem aliquam habeat; non etiam si consenserint tanquam in arbitrum. Nam nec quicquam prohibet arbitrum eligi etiam illum, qui habeat iurisdictionem siue proprio iure, siue alieno beneficio l. si quis ex consensu 7. C. de episc. audient. quod cùm fit non prorogatur iurisdictio, quam scilicet arbiter nullam habet, tanquam arbiter, quamuis alioqui propriam & ordinariam habeat iurisdictionem. Ex quo apparet nec de illo nos loqui cuius propria & ordinaria iurisdictio sit in ea causa de qua controuertitur. Nulla enim prorogatione indiget is qui iam competens & ordinarius est vt possit cognoscere. Sed & verum est quod Accursius notat compromitti in eum tanquam in arbitrum non posse l. sed si in seruum 9. §. si quis iudex sit. D. de recept. vbi dixi quamuis Canonistæ contrà sentiant, ex cap. fin. Extr. eod. tit. Quid ergo si in eum consenserint litigatores qui & iudex fieri per iurisdictionis prorogationem potuerit, & esse arbiter, nec appareat qua mente consenserint? Rectè Accursius & Bartolus, dijudicandum id esse ex præcedente tractatu, arg. l. si seruus plurium 50. §. vl. de leg. 1. aut ex iis quæstatim subsecuta sunt

l. heredes

l. heredes palam 21. §. *sed & si notam.* ¶. *qui test. fac. poss.* Quòd si ne id quidem appareat inspiciendum esse an pœna aliqua promissa sit an non, vt primo casu videatur iudex electus, vt arbitret ex *l. litigatores* 11. §. 1. & 2. 3. *de recept. arg. d. ult.* §. *aliud rectissimè.* ¶. *de dimort. l. non codicillum* 14. *C. de testad. sauad enim* 13. §. 1. ¶. *de iur. codic.* Altero autem vt iudex, vt scilicet actus valeat in meliorem & potiorem partem, arg. *l. quoties* 12. *D. de reb. dub.* Quo exemplo addit Bartol. nec malè, si in aliquos comprom. ssum sit tanquam in arbitros & arbitratores, distinguendum esse ex modo procedendi an tanquam arbitri cognouerint vt ab his appellari non possit neque peti reductio ad arbitrium boni viri, an tanquam arbitratores, Vt si ordinariam iudiciorum formam seruauerint, vel in sententia dixerint se rem determinare secundum punctum iuris videatur cognouisse ac pronunciasse tanquam arbitri, Si secus tanquam arbitratores *l. Pomponius* 13. §. *recepisse. supr. de recept. Auth. si vero contigerit. C. h. t.*

2. VLPIANVS libro tertio ad Edictum.

CONsensisse autem videntur, qui sciunt se non esse subiectos iurisdictioni eius, & in eum consentiant. Ceterùm, si putent eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictio. error enim litigatorum (vt Iulianus quoque libro primo digestorum scribit) non habet consensum. aut si putauerint [a] alium esse prætorem pro alio, æquè error non dedit iurisdictionem, aut si, cùm restituisset quiuis ex litigatoribus, viribus præturæ compulsus est [b], nulla iurisdictio est.

Ad l. consensisse. 2.

Ratio dubitandi. Tametsi litigatores nesciant se non esse subiectos iurisdictioni eius in quem consentiunt, non eo minùs tamen verum est eos in hunc ipsum consentire. Ponimus enim consensum expressum interuenisse, id est per expressam conuentionem, quam esse hoc casu necessariam defendemus contra Bartolum *in* §. 1. huius legis. Atqui cōsensus ille est qui facit prorogationem *l. prox. sup.* Ergo non est distinguendum an litigatores sciuerint se nō esse subiectos iurisdictioni eius, in quem consenserunt, an ignorauerint. Ratio decidendi. Error litigatorum non habet consensum, neque enim consentiunt qui errant *l. sup. errorem* 15. §. *de iurisdict.* præsertim quod pertinet ad prorogādam iurisdictionem. Prorogari enim iurisdictio sicut non potest ea, quæ nulla est, vt diximus ad leg. præced. ita nec ea, quæ aliqua quidem sit, sed tamen incompetens. Animo nimirum voluntatem adesse oportet facienda eam competentem, qui porrò animus in iis esse nequit qui putant per errorem esse illam iam competentem. Ergo si litigatores putent eius esse iurisdictionem in quem consentiunt, licet reuera non sit, & illi expressim consentiant, nulla fiet prorogatio iurisdictionis. Malè autem Accursius intrium huius legis intelligit de errore iuris, qui sanè in proposita specie interuenire nullus potest. Nam vtrum quis iurisdictionem aliquam habeat eámque competentem necne, in facto non in iure consistit: adeò vt opponantur ista tanquam contraria Esse quid iuris, & esse iurisdictionis *l. inter tutores* 36. *D. de admin. tut.* Est igitur hic locus intelligendus de errore facti non iuris, vt bene iam olim Guillielmus contra Accursium, qui eum refert ad *d. l. sup per errorem.*

a *Aut si putauerint* Ratio dubitandi. Cùm litigatores putauerunt alium esse prætorem pro alio, licèt in eo errauerint, animū tamen habuerunt prorogandæ iurisdictionis si modò sciuerunt neutrius prætoris iurisdictioni se subiectos esse: quod necessariò ponendum est vt differat hoc dictum à superiore. Ergo in hoc saltem casu prorogatio iurisdictionis non impeditur. Ratio decidendi. Æquè in hac specie interuenit error, atque in priore, quamuis non circa iurisdictionem, sed circa personam ius dicentis. Quid enim refert in quo erretur? Semper siquidem verum est errantis nullum esse consensum, nullam voluntatem. Neque tutius potest errari circa personam prætoris aut alterius ius dicentis quàm erretur circa iurisdictionem. Alia enim vnius, alia alterius prætoris iurisdictio est.

b *Viribus præturæ compulsus est.* Ratio dubitandi. Etiā coacta voluntas tamen voluntas est, qui a maluisse quis videtur id, quod coactus voluit *l. si patre cogente* 22. ¶. *De rit. nupt.* ideóque necessarium fuit edictum Quod metus causa ad rescindendum quicquid per vim, metúmve gestum esset *l. si mulier* 21. §. *pen. & pass. sup. quod met. cau.* Ergo etiamsi viribus præturæ compulsus aliquis ex litigatoribus cōsenserit in prætorem cuius non erat iurisdictio, eum anteà restituisset, non eo minùs iurisdictionem prætoris prorogasse intelligetur. Ratio decidendi. Liberam oportet esse voluntatem eius qui prorogat iurisdictionem, quæ aliòquin esset incompetens, Magísque mirari iure quis possit, cur libera voluntas litigatorum eam potestatem habeat prorogādæ iurisdictionis quæ pendet à iure publico, vt diximus ad legem præcedentem, quàm cur coacta voluntas non habeat. Maximè verò cùm ea coactio fit viribus præturæ. Nam quemadmodū res digna est prætore & alio quolibet magistratu propriam iurisdictionem tueri, ac pœnali quoque si opus sit iudicio defendere *l. supr. si quis ius dicent* ita nihil indignius, quàm si aliquid per vim aut iniuriam faciat præsertim ad vindicandam sibi & adrogandam iurisdictionem quam non habeat, cùm ad eius officium maximè pertineat vim & iniuriam quæ ab aliis fiat coercere *l. ult. in fin. supr. quod met. caus. l. non est singulis* 176. *de reg. iur.* Itaque notabilis magis quàm mirabilis est hic casus in quo factum per violentiam compulsionem ipso iure nullum, quod & Bartolus hîc notat, & ad *d. l. si mulier* 21. §. *si dos supr. quod met. cau.* Iunge *l. si quis ex consensu* 7. *C. de episcop audient.* Alia est compulsio de qua in *l. interdum* 5. *quod fals. tutor.*

1 § Conuenire autem vtrum inter priuatos sufficit, an vero etiam ipsius prætoris consensus necessarius, lex Iulia iudiciorum ait, *quominus inter priuatos conueniat.* [a] sufficit ergo priuatorum consensus. Proinde si priuati consentiant [b], prætor autem ignoret consentire, & putat suam iurisdictionem an legi satisfactum sit, videndum est. & puto posse defendi eius iurisdictionem. [c]

Ad §. 1. conuenire,

Ratio dubitandi. Iurisdictio licèt præbeat cognoscendi non modò potestatem, sed etiam necessitatem inter eos inter quos est competens, adeò vt sine causa neque recusari, neque excusari possit is qui competentem habet iurisdictionem quominus ius dicere & possit & debeat *l. 2. C. de pedan. iudic.* Attamen nec potestatem, nec necessitatem vllam habere potest inter eos qui sunt ex aliena iurisdictione *l. si quis ex aliena 5. infr. hoc tit. l. 1. & tot. tit. C. si a non compet. iud.* quia quod ad istos nullam prorsus habet prætor iurisdictionē, tametsi quod ad alios habeat. Ergo cùm hæc res libera sit & soluta, ac extra necessitatem iurisdictionis posita, non minùs prætoris, quàm litigatorum consensus exquirendus est, Exemplo eius quod de arbitrio non dissimili ratione scriptum est in *l. 3. § tametsi, sup. de recept.* Ratio decidendi. Prorogatio iurisdictionis fit etiam inuito eo cuius iurisdictio prorogatur si modò litigatores in eum consentiant, quia lex Iulia iudiciorum cuius autoritate hoc ius inductum est nihil aliud exigit præter consensum litigatorū, Sic enim locuta est *Quominus inter priuatos conueniat.* Nō debet igitur, aut potest displicere prætori, quod placuit legi, Nec proinde dubitari potest quin id quod fieri potest inuito prætore multò magis fieri possit eo ignorante arg. *l. qui potest 26. de reg. iur.* Ergo & eo errante. Quid enim aliud incommodi in errore est, nisi quod imperitiam detegit & ignorantiam *l. si per errorem 15. sup. de iurisd.* Deniq; in ea re quæ tota pendeat à legis potestate & autoritate sufficit satisfactum esse legi. In proposito igitur sufficit priuatorum consensus, quem solum lex Iulia requirit. De qua in *l. sed si in seruum 9. § si quis iudex & l. cùm lege iulia 41. sup. de recep.* Inepte verò Bartol. huic loco obiicit quasi contrariū quod scriptum est in *l. quæro 3. De eo qui pro tutor. & in l. sed si de sua 34. ff. de acqu. hered.* non posse pro tutore teneri eum, qui se ignorat esse tutorem, nec hereditatem acquirere illum, qui condicionem suam nescit. Tantùm enim abest vt loquatur hic Vlpianus de eo qui nescit se prætorem esse, aut qui ignorat an habeat iurisdictionem, vt è contrario non de alio loquatur, quàm qui putet suam esse iurisdictionē, quod putare nemo potest nisi qui se & prætorem esse & prætoriam iurisdictionem habere sciat. In hoc verò errat hic prætor qui iurisdictionem suam esse putat quæ est aliena. Quid ergo ignorat? Hoc vnum, quod priuati litigatores in eum consenserint, & ideò caret prorsus animo admittendæ prorogationis, qui nec prorogationē factam esse scit, nec eius faciendæ necessitatem vllam subesse arbitratur. Sed tamen non eo minùs fit prorogatio iurisdictionis propter legis Iuliæ autoritatem, vt dixi, Et vt valeat quod geritur per prætorem, sufficit vt habeat idoneam & cōpetentem iurisdictionem, eámque se habere sciat quamuis habeat alio modo, quàm quo se habere putat. Quod Bartolus trahit ad sententias iudicum, nec malè, vt si quādo iudex sententiam tulerit ex causa aliqua erronea, cùm alia melior ratio non deesset propter quam idem pronunciare deberet, non eo minùs confirmanda sit sententia per iudicem appellationis. Ex *l. vlt. ff. quod cum eo qui in alie. pot.* Diuersum est si quid prætor vel iudex pronunciauerit ignorans facta ea quæ fieri necesse est priùs quàm ad sententiam perueniri possit. Tunc enim nec decretum prætoris, nec sententia iudicis ipso iure valeret *l. hæc autem 5. § 1. ff. quibus ex caus. in possess. eat.*

a *Quominus inter priuatos conueniat.* Verba sunt legis Iuliæ iudiciorum sed manca & ex quibus non facilè possit coniici quænam fuerint cætera, quæ tamen Accursius de suo ingenio supplet sed parùm probabiliter. Sensus sanè ille fuit, Nihil obstare quominùs inter priuatos possit conuenire vt se subiiciant iurisdictioni eius, qui aliquam in alios quidem habeat, sed in istos nullam. Indéque nimirum statim Vlpianus infert, Sufficere igitur priuatorum consensum. Non expresso tamen eo an consensum illum tacitum esse sufficiat, an verò expressum esse necesse sit. Et tacitum quidem sufficere, defendit Bart. ad finem legis præcedentis post Innoc. ad *cap. cum venisset Ext. de in integ. rest.* Sed mihi videtur verba tam legis Iuliæ quàm Vlpiani contrarium potiùs suadere. Non ob id solùm quod cùm de consensu simpliciter loquuntur Iureconsulti de expresso intelligunt non de tacito *l. 1. locat. l. si cui 8. § non videt. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. & l. 2. De oblig. & action.* Sed etiam quia licèt tacito quoque consensu interdum conuenire intelligatur *l. 2. & 4. supr. de pact.* id tamen tunc obtinet, cum aliquod factum intercedit & concurrit eorum inter quos solos res agitur, vt in exemplis *d. l. 2. & 4.* At in proposito factum tale est quod non tantùm litigatores ipsos respicit, sed etiam prætoris aut alterius magistratus iurisdictionem quæ prorogatur. De prætore igitur eiúsque iurisdictione aliquid exprimendum est, vt prorogatio fiat, neque id tacitè fieri vllomodo potest. Nam si me in ius voces ad prætorem cuius scias non esse iurisdictionem si quidem hæc quoque scientia omnino requiritur, vt hæc lex ait, nulla & inepta vocatio est. Nec si vocatus veniam conualescere poterit quæ ab initio non valuit, quia neque ob id solùm consentire intelligor, cùm debuerim venire etiam inuitus *l. si quis ex aliena 5. ff. hoc tit.* Idémque obtinet etiamsi pergam coram eo litigare nulla incompetentia allegata, quia non eo minùs verum est esse illum incompetentem, ac proinde non posse me constringi sententia non à meo iudice lata *l. vlt. & tot. tit. C. si à non compet. iudic.* Denique possum causari non dissentisse me, quia sciebam ius meum durare, vt in *d. § non videtur*, nullámque fore sententiam quæ sine iurisdictione data quandoque probaretur. Ergo ne id accidat, expressa conuentione opus est, per quam litigatores se subiiciant iurisdictioni eius cui se subiectos non esse sciunt, & in eum consentiant, vt disertè scriptum est in *l. prox. supr.* Quæ verba suauiter eludit Bart. cùm ait verum id quidem esse sed in modo loquendi, quasi modus loquendi hac parte diuersus esse debeat à modo faciendi, quod est ridiculum. Nec ad rem pertinet si quis obiiciat, in iudiciis quasi contrahi *l. 3. § idem scribit de pecul.* Id enim tum verè dicitur, cùm iudicium ex autoritate competentis iurisdictionis exercetur. Alioquin quisquis à non competente iudice condemnatus esset, adhuc ex ea sententia conueniri posset, si non tanquam ex re iudicata, saltem quasi ex suo contractu, quod tamen nemo vnquam dixit.

b *Proinde si priuati consentiant.* Et hæc illatio ex præcedentibus, nec mutatur casus, vt malè Accursius putat, duplicē hic errorem prætoris adstruens vnum in iure, alterum in facto, quod nos iam suprà refutauimus. Subtiliter sanè idem Accursius

proposita

proposita quæstione de scholari qui per errorem contestatus est litem non allegato priuilegio fori. Notat multum interesse an quis contestetur apud eum qui nullam habeat iurisdictionem, An verò apud eum qui habeat quidem, adeóq; competentem & ordinariam; sed quam tamen declinare alteruter litigatorū potuisset si ab initio & ante contestationem voluisset, vt in *l.nemo 4.C.de iurisd. om. iudi.* Priore casu nullius momenti est contestatio si non ante contestationem iurisdictio prorogata sit expresso consensu. Posteriore verò valet quia defectus iurisdictionis nullus est, cùm è contrario priuilegium fori præsupponat competentiam iurisdictionis & consequenter necessitatem eius subeundæ si non declinetur, *d.l.nemo, & l.penul.C.de pact.* Et hic Accursianæ glossæ sensus est, *Eius iurisdictionem esse.* Hinc notat Accurs. quasi nonnum quid & mirabile, Etiam ante litē contestatam esse iurisdictionem. Neque tamen audet affirmare, sed subiungit dubitanter forte accipi eda esse hæc verba, lite iam contestata. Ridiculè. Nec enim contestatio facit iurisdictionē, sed supponit: Cúmque vocatio in ius necessariò præcedere debeat contestationem, quoniam omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur quæ est De in ius vocando: *§.omnium Insti. de pæn.teme.litig.* nemo tamen nescit, Vocationem in ius aliter valere non posse quàm si fiat ex autoritate illius ad quem pertinet iurisdictio *d.l.si quis §. ff.h.t.l.2.sup. si quis in ius voc.non ier.* Iurisdictio igitur in primis & ante omnia supponenda est, & promde fundanda ne dubitari de ea possit.

2 ❡ Si & iudex ad tempus datus, & omnes litigatores consentiant: nisi specialiter principali iussione prorogatio fuerit inhibita, possunt tempora, intra quæ iussus est litem dirimere, prorogari.[a]

§. 2. *si & index.*

Ratio dubitandi. Iudex à prætore datus vt inter priuatos cognoscat & pronunciet, nullam habet potestatem nisi quam ei dedit formula prætoris, ideóque dicitur addictus iudex, quasi qui sit addictus formulæ velut glebæ, vt alibi scripsimus & ostendimus ex pluribus Ciceronis locis, præsertim ex 4.in Verrem. Ergo si ad tempus datus sit, id est ita vt intra certum tempus cognoscat & pronunciet quamuis & ipse & litigatores omnes consentiant, fieri tamen nequit vt tempora intra quæ iussus est litem dirimere prorogentur citra voluntatem, & autoritatem prætoris qui eum dedit. Nec nisi frustra possis requirere vt principali iussione specialiter prorogatio fuerit inhibita, cùm ea quæ ad tempus concessa sunt, vtique post id tēpus prohibita videantur *arg.l.imperator §.an si.sup.de postul. l.Titius 41.§.intra certa tempora de fidei.liber.* Ratio decidendi. Cùm prætor præscribit iudici certum tempus intra quod habeat cognoscendum & pronunciandum, ita facit iam litigatorum gratia vt citiùs lis expediatur, quàm ipsius etiam iudicis causa ne perpetua iudicandi necessitate obstringatur, Ergo si & iudex & litigatores omnes consentiant vt id tempus prorogetur nihil fit contra voluntatem prætoris, nec eo minùs verum est secutam postea quandocunq; cognitionem & pronunciationem fieri ex autoritate prætoris, qui vtique dando iudicem ad tempus nihil aliud egit nisi vt litigatoribus consuleret. Proinde verendum non est ne pactio priuatorum iussui prætoris anteposita videatur, quomodo Vlpianus noster argumentatur *in l. 1. §. inde quæritur. ff. De oper. noui nunc.* Nam & similiter euenit, vt si conuenerit inter litigatores quid pronuncietur, id ipsum iudex sequi debeat, potiùs quàm secundùm formulam à prætore præscriptam pronunciare *l. si conuenerit 26. De re iudic.ff.* Sic denique iudex qui vsque ad certam summam iudicare iussus est etiā de re maiori iudicare potest si inter litigatores conueniat *l.de qua re 74 §.1.ff.* Parum namque refert an prorogatio summæ fiat an temporis, Nisi quod in prorogatione temporis cōsensus iudicis necessarius est vt scriptum extat in hoc §. At in prorogatione summæ non est necessarius, vt ego quidem existimo, quamuis Accurs. contrà sentiat. Nam licèt vtroq; casu æquè potestas iudicis extendatur, quomodo ratiocinatur Accursius, Eiudem tamen diuersitatis ratio in eo est, quod prorogatio temporis facit duriorem conditionem iudicis, qui alioquin elapso tempore, ad quod datus fuit, iudicare nō cogeretur. At prorogatio summæ non facit duriorem, quia nō plus incommodi est in pronunciando de maiore quàm de minore quantitate. Cōsensus autem iudicis, tum certè necessarius est, cùm iudicis aliquo modo interesse potest. Illud planè non inficior scire iudicē debere quòd litigatores in eum consenciant de maiore summa, Nec obstet ratio illa quam adfert Bartol. quod iudex meritò crederet se non esse iudicem, Quæ res faceret vt ab eo lata sententia nō valeret, siue tēporis siue quantitatis prorogatio facta proponeretur. Nec enim potest iudex ignorare datum se ad certum tempus, & de certa quantitate, cùm vtrumque contineatur in formula cuius præscriptum in iudicando sequi alioquin debet. Sed præter id quod neq; ignorare probabiliter iudex potest consensum litigatorū qui apud eum de maiore summa litigāt, quàm quæ expressa fuerat in formula prætoris (quod per litigatorum errorem fieri nunquam potest qui formulam ipsi & iudicem à prætore impetrarunt) differentia semper illa manet, quòd non ignorans quidem sed tamen inuitus iudex prorogationem in quantitate pati cogitur, quam in tempore pati non cogeretur: quod nec Accursius, nec Bartolus viderunt. Sed & vterq; in eo errat, quod putāt tractari in hoc §. sicut in præcedente, de prorogatione iurisdictionis. Quasi verò iudex à prætore datus de quo agitur in hoc §. habeat iurisdictionem: quod non ita est. Habet enim duntaxat notionem *l.ait prætor §.De re iud.ff.* & iudicandi facultatem vt ait *l.vlt.C.vbi & apud quem cogni in int.restit.agit.sit.* aut vt alij loquuntur, iudicationē. Itaque hic §. non de iurisdictionis prorogatione est vt superior, sed de prorogatione formulæ. Ex quo etiā apparet exceptionem illam interiectam per parenthesin *Nisi principali iussione specialiter prorogatio fuerit inhibita*, planè insulsam esse ideóque Triboniano non Vlpiano adscribendam. Senserat enim Vlpianus de iudice pedaneo dato à prætore. Exceptio autem pertinet ad iudicem datum à Principe. Siquidem eius est inhibere prorogationē qui iudicem dedit, quod nec Accurs. ignorauit. Frequens autem est apud Tribonianum & in constitutionibus Codicis mentio iudicum à Prin-

cipe datorum, quorum tamen vix vnquam prudentes nostri meminerunt. Sed & familiare est Triboniano speciales istas voluntates requirere ac eiusmodi exceptiones subiicere, etiam vbi non est necesse vt monuimus pluribus locis. Itemque tam impropriè loqui quàm hîc locutus est cùm dixit prorogationé inhibitam iussione, quasi iussio possit fieri per inhibitionem, aut inhibitio per iussionem. Et verò totus hic titulus est de iudicib. datis à prætore aliisve magistratibus qui iurisdictionem habent & eo. sequenter iudicis dandi licentiâ, quæ iurisdictionis est *l.1.& 3.sup. de iurisd.* Neque aliam ob causam tractatum est in præcedentibus de prorogatione iurisdictionis quàm quia iudex ab eo solo magistratu dari potest, & debet ad quem iurisdictio pertinet *l.vnic.C.qui pro sua iurisd.iudic.dare darive poss.l.2. C.de pedan.iudic.* Nam de iurisdictione tractatum est lib. 2.in hoc autem tit.non de iurisdictione agitur, sed de iudiciis & de iudicibus datis, aut si quando de iurisdictione non nisi propter iudicia,& iudices datos. Planèque improbabile est quod quidam volunt concipiendum esse hunc titulum *De vindiciis*, atque ita faciunt vt nullus in Pandectis titulus sit generalis De iudiciis, qui tamen est in Codicé, quique omnium minimè debuit prætermitti.

a *Possunt tempora intra quæ iussum est litem dirimere, prorogari.* An ergo tempus triennij intra quod iudices omnes litem dirimere iubentur poterit prorogari si & iudex & litigatores omnes consentiant? Negat Accursius & rectè ex *lege si iudex 32. in fin.*ꝟ. *hoc titul. & l. properandum 13. Cod. eod.* Pertinet enim non tantùm ad priuatam litigatorum vtilitatem, sed etiam ad publicam, vt lites omnes quàm citissimè fieri potest terminentur, nec in longius tempus protrahantur. Certum autem est priuatorum pactionibus iuri publico derogari non posse *l.ius publicum 38.supr.de pact.* nec priuatas conuentiones legum autoritate censeri *l. vlt. D. de suis & legit.* Rursum quærit Bartolus an prorogatio possit fieri de loco ad locum? Et respondet posse si modò fiat ad locum qui sit eiusdem iurisdictionis, non etiam si ad locum qui ad alterius iurisdictionem pertineat, quæ alioqui per huiusmodi prorogationem offenderetur. Non malè. Sed quod pro ratione addit, qui idem iudicium sit de tempore ad locum ex *l.vinum 22.*ꝟ. *si cert. pet. & l.vlt. De condict. tritic.* prorsus alienum est. Falsa enim sunt vulgaria ista omnia Doctorum brocardica Valere argumentum de tempore ad locum, A rebus ad personas, A contractibus ad vltimas voluntates, & alia huiusmodi sexcenta cùm ex diuersis nunquam benè inferatur *vulg. l. Papinianus 20. De minor. supr.* Nisi cùm eadem iuris ratio in vtroque locum habet. Deberent ergo hoc tantùm dicere, Valere argumentum ab identitate rationis, quo verius certè dici nihil potest *l.illud 32.ad l. Aquil.l.3. §. vnde etiam de inius. rupt.*

3 ¶ Legatis in eo, quod ante legationem contraxerunt [a]: item his, qui testimonij causa euocati sunt, vel si quid iudicandi causa arcessiti sunt, vel in prouinciam destinari, reuocandi domum suam ius datur. Eo quoque qui ipse prouocauit [b], non imponitur necessitas intra tempora prouocationis exercendæ [c] Romæ, vel alio loco, vbi prouocatio exerceretur, aliis pulsantibus respondere. Nam Celsus huic etiam domus reuocationem dandam ait: quoniam ob aliam causam venerit. hæc Celsi sententia, & rationabilis est. Nam & Diuus Pius Plotio Celsiano rescripsit eum, qui tutelæ reddendæ causa Romam erat à se euocatus, alterius tutelæ, cuius causa non erat euocatus. non debere compelli iudicium suscipere. Idem Claudio Flauiano rescripsit, minorem vigintiquinque annis, qui desiderat in integrum restitui aduersus Asinianum, qui alterius negotij causa venerat, non esse Romæ audiendum.

Ad §.3. Legatis.

Ratio dubitádi. Actio quæ nascitur ex contractu etiá inito ante susceptá legationem cùm sit in personá non alio loco melius aut cómodiùs exerceri potest, quàm in quo est persona ipsa quæ conuenitur. Nam si absens neq; cóueniri, neq; condemnari vnquam potest nisi sollenniter euocatus sit, ita vt eius cótumacia pro præsentia haberi possit *l. etiam 29.§.vl.&.de minor.l.de vnoquoq; 47.*ꝟ. *de re iud. Auth. qua in prouincia ver.§ d si nec ipse C.vbi de crimin.agi opor.* quid absurdius est quá si dicamus nó posse cóueniri præsenté in eo loco vbi præsens est, Conueniendú autė esse domi vnde abfit? Ratio decidédi. Priuilegiú hoc est Legatorú qui siue à Principe siue ab aliqua ciuitate ad Principé aut Romam missi sunt (hi enim omnes appellatione ista continentur *l.Paulus 8.§.1.& l.Legatus creatus 12.*ꝟ.*de legatio.l.1. C.ex quib.cau.maior.*) vt habeát ius reuocádi domú, id est reuocádæ cognitionis ad locú domicilij, Nó tantùm ratione illa generali quæ ponitur in hoc §. quoniam ob aliam causam, id est ob legationé venerunt, sed illa etiam speciali ne ab officio legationis suscepto auocentur, & ne impediatur legatio *l. non alias 24.in fin.& l.de eo 26.*ꝟ.*eo.* quia is qui legatione fungitur nó solùm alienis sed etiam propriis negotiis abstinere debet nec se iis interponere *d. l. Paulus §.vlt.* Non igitur possis ex eo inferre quod infert Bartolus, Legatos non posse capi virtute represaliarum siue in terra ad quam destinantur, siue in terra per quam tráseunt. Nam etsi hoc quoque verú est, ratioué tamen longè diuersam habet, petendá ex fide & vtilitate publica quæ Legatorum personas sanctas facit, & inuiolabiles, Ne aliòqui nullus bellorú componendorum paciscq; publicæ cóciliandæ ratio supersit si neque ab iniuriis in Legatos exercendis abstineatur *l. sanctum 8. §. de rer. diuis.l.vlt.*ꝟ.*de legat.* Eademq; ratio facit vt qui testimonij causa euocati sunt, vel accersiti iudicandi gratia, vel in prouinciam destinati, neq; conueniri possint ibi, neque repræsaliarum iure capi. Quamuis enim non sicut Legati possint dici abesse reipublicæ causa, Æquè tamen verum est secutos eos esse fidem magistratus à quo euocati sunt quæ fides perinde publica est, vel ob id maximè quod magistratus pertinent ad ius publicú *l.1.§. huius studij sup.de iust.& iur.* Quisquis autem publicá fidem secutus probatur, eum decipi nunquam oportet. Quid enim fidei humanæ reliquú esse poterit inter priuatos, si publica impuné violetur? Illud sanè amplius est in iis qui accersiti sunt iudicandi causa, quàm

sa, quàm in illis qui testimonij dicédi gratia, quòd iudicare munus publicum sit *l. quippe 78. ff. hoc tit.* testimonium verò dicere, priuatum officium. Sed tamen non eo minus fauorabiles sunt isti quàm illi quia æquè habent necessitatem parendi magistratui cuius imperio euocantur *l. 3. §. vl. ff. de testib.* Et generaliter verum est nemini suum officium siue publicum siue priuatum damnosum aut captiosum esse debere *l. videlicet 29. sup. ex quib. caus. maior. l. sed si quis ex signatoribus 7. ff. testam. quemad. aper.* Nam & quotiescunque quis ex necessitate nó ex voluntate abest, dicimus ei subueniendum esse *l. sed et si 26. §. vl. sup. ex quib. caus. maior. l. 4. in pr. sup. de in ius voc. l. 2. §. vl. sup. si quis caution.* Planè si quis non tanquam legatus, sed tanquam testimonij dicendi, vel iudicandi causa euocatus, in eo loco reperiretur in quo forum haberet quamuis non domicilium, putat Bartolus posse illum ibi capi & conueniri ex §. *omnes ff.* vbi tamen nihil tale scriptum video: Nec certè id verû esse puto: Semper enim ratio illa pro reo facit, quod coactus venit, Nisi po nas venisse illum ad locum ad quem euocari poterat, etiamsi in eo repertus non fuisset: qui casus diuersus est ab eo quem Bartolus tractat. Illud benè Accursius accipiendum esse hunc §. de illo, qui vel ratione contractus, vel qua alia posset communi iure conueniri in ea prouincia io quam coactus venisset, Alioqui nullo egeret priuilegio reuocandi domû, si qui iure ipso munitus esset, ne ibi posset conueniri. Nemo enim ob id solùm potest côueniri in eo loco io quo reperitur quod in eo reperiatur, si non præterea forsitus sit forum ex causa vel contractus, vel delicti, vel qua alia simili. *d. §. omnes ff.* vbi tamen vide quæ dicam.

a *In eo quod ante legationem contraxerunt.* Hoc ideò quia si in legatione ipsa côtraxerint, aut etiam deliquerint, priuilegium nullum habent *d. §. omnes ff. hac leg. & l. non alias 24. §. legati. hoc tit.*

b *Ei quoque qui prouocauit.* Ratio dubitandi. Is qui prouocauit non abest reipublicæ causa, neque ex alicuius officij siue publici siue priuati necessitate, sed ex propria voluntate. Quis enim cogebat eum appellare? Et ob id nimirum nô habet priuilegium quod habent cæteri qui reipublicę causa absunt, vt non habeat necesse se defendere in aliis suis causis in ea prouincia vbi appellauit, quamuis appellationis causa peregrinetur *l. 1. & 2. ff. cum qui appell. in prouin. defend. l. vnic. apud eum a quo appellat. alia caus. ager. compell.* Ergo non est ei subueniendum, quominùs etiam intra tempora prouocationis exercendæ cogendus sit Romę vel alio loco vbi prouocatio exercetur, aliis pulsantibus respondere.

Ratio decidendi. Necessarium est auxilium appellationis aduersus iniquitatem iudicis quoties ille contra quem lata est sententia putat se iniquè côdemnatum *l. 1. ff. de appell. l. præfecti 17. iunct. l. Præses 42. sup. de minor.* Nihil igitur imputari potest ei qui ad commune iuris auxilium confugiens vt scriptû est *in l. 3. §. falsus. D. rat. rem haber.* interposuit appellationem, quam porrò vbi semel interposita fuit, necessariò prosequi cogitur intra tempora quæ in eam rem iure nostro sunt præstituta. Æquum itaque est eius rationem perinde haberi atque cęterorum de quibus proximè diximus, qui cogente magistratus imperio Romani venire coguntur siue testimonij causa, siue iudicandi gratia, vtperinde ius habeant reuocandi domum.

c *Prouocationis exercendæ.* Phrasis est, ni fallor, Tribonianea, vt quæ statim sequitur *vbi prouocatio exercetur.* Vix enim alibi reperias sic loqui Iureconsultos vt dicant *exercere prouocationem* pro eo quod voluit Tribonianus dicere *prosequi litem appellatoriam*: sic & quod sequitur *aliis pulsantibus respondere* ausim ego Tribonianeum dicere. Est enim frequens & familiaris Triboniano ea locutio in constitutionib. Codicis, at non etiam prudentibus nostris, quib. perpetuò *pulsandi* verbum iniuriã semper sonat non iuris ordinarij executionem quę iniuriam nullam habet. Sic enim Vlp. noster ex Iuliano eleganter in §. *sed flagant. ff.* iis verbis, *aut etiã in potestate cuiusque pulsando tot subiicere ipsos iurisdictiom*, & Pomponius *in l. vlt. ff. de legation.* sed & *in vers. nam Celsus*, quis credat aut Celsum aut alium quàm Tribonianum ita vnquam locutum esse *huic etiam domum reuocationem dandam ait.* Quod non valens concoquere librarius Florentinus scripsit *domus renocationem* sed ridiculè. Non enim domus reuocatur, sed litigatores ad domum & domicilíû eius, qui conuenitur. Rursus quàm frigidum illud & exangue, *& hæc sententia vera & rationabilis est.* Præter id quod nescio an alio vllo loco huiusmodi dictio *rationabilis* à nostris vsurpetur. Adde quod satis inconcinnum est & ab Vlpiani elegãtia, vt videtur, alienum, duabus periodis coniunctis idem principium datum esse. *Nam Celsus, Nam & Diuus.* Taceo quod solet Tribonianus, vt ea probet quæ de suo prudentum scriptis interserit, rationes vndique côquirere, & maximè rescripta Principum ad alios quãtumuis dissimiles casus pertinẽtia in eam rem allegare, quod & hîc ab eo factum est. Nam cùm Vlpianus, vt ego quidem suspicor, de Legatis tantùm & de iis qui testimonij ferendi vel iudicandi causa euocati sunt locutus esset, Tribonianus verò eandem constituere vellet rationem eius qui prouocauit, & hoc fortassis ex Celsi opinione (nollem enim Tribonianum etiam mendacem facere) attulit ille rescriptû Diui Pij qui Plorio Celsiano rescripserat eum qui tutelæ reddendæ causa Romam fuerat ad Principem euocatus, alterius tutelæ cuius causa non erat euocatus, iudicium accipere non compellendum. Quid enim simile habet is qui ad Principem euocatus est, ideóque venire coactus fuit, cum eo qui vltrò prouocauit? Deinde quid si quis frustrandi & morandi tantùm causa quod plerumque fit, prouocauerit? Quis dicat ei succurrendum esse quasi coactus appellauerit, & coactus venerit ad prosequendam appellationem? An non potius dignus est qui eo nomine puniatur quòd auxilio iuris abusus sit ad iniuriam commiuiscendam? arg. *l. tutor 41. in princ. ff. de vsur.* Alterum verò rescriptum Diui Pij, ad Claudium Flauianum, quod subinde adfertur ad eundem finem, quid obsecro, continet? Nimirum, Minorem annis vigintiquinque qui desiderarat in integrum restitui aduersus Asinianum, qui alterius negotij causa venerat, non esse Romæ audiendum. Quod si tam generaliter rescriptum, quàm à Triboniano scriptum est, Consequens statim fieri, non alios igitur Romæ repertos, Romę conueniri posse, quàm qui nullius alterius negotij causa Romam venerint. Qualem vix vnum temporibus Vlpiani reperisses, At nec hodie. Quotquot enim nullius negotij necessitate, sed sola religionis veneratione, & ad visitanda sacrosancta Apostolorum limina Romam eunt, an non dicendi sunt alterius negotij causa venisse quàm

vt ibi conueniantur. Nam & religionis causa si non prorsus necessaria, certè probabilissima & laudatissima est, quod & Accurs.& Bartol. hîc notant ex *l. ante religionis 18. supr. de procur. l. non distinguemus 32. § sacerdotio. sup. de recept.* Non igitur sufficit vt quis Romam venerit ob aliam causam ad huc vt habeat ius reuocandi domum, sed illud omnino requiritur vt venerit ob causam vel necessariam vel probabilem. Cuius aliud exemplum adfert Accursius, probátque Bartolus. Si pater alicuius, inquit, vadat ad filium ad scholas Romę, vt eũ videat argum. *l. necnon 28. supr. ex quibus caus. maior.* Et hac ratione victus Accursius cogitur verba illa ad secundum rescriptum accommodata *qui alterius negotij causa venerat* de eo interpretari qui Romam venerat propter causam appellationis exercendæ: quod tamen nec Tribonianus ipse admitteret. Allegauit enim rescriptum illud, non quasi propositã speciem de eo qui cùm Romæ esset appellationis prosequendę gratia ibi conuentus fuit, decideret, sed quasi ex facti iurísque similitudine ad confirmandam Celsi sententiam pertineret. Alioqui debuerat priore loco posterius hoc rescriptum adferri non posteriore. Sed benè vidit Accursius vel mancam esse rescripti huius allegationem, vel planè ineptam, si verba illa suprascripta tam generaliter & absolutè accipiantur. Nec melior illa ratio est quam sub Celsi nomine Tribonianus posuit in præcedentibus, *vers. nam Celsus, quoniam*, inquit, *ob aliam causam venerit:* ideóque noster idem Accursius vt bonam faciat rectè adiicit *quamcunque dummodò necessariam, vel probabilẽ.* Sic enim & Accursius ipse emendandus est. Quorsum verò hæc omnia? Vt concludam quod nondũ dixi, nec quisquam adhuc vidit, Falsissimum esse quod Tribonianus pro verissimo intrudit Eũ qui appellationis tantùm prosequendæ gratia Romæ sit Romæ tamen conueniri non posse. Cur enim illi faueamus qui temerè fortassis, nec tantùm sine causa sed etiam per calumniam & tergiuersationem appellauerint? *d. l. tutor.* Etsi autem fieri è contrario potest, vt iustam appellandi causam habuerit, In dubio tamen & incerto eo, quid impediet quominùs possit conueniri? An fortè præsumemus iniquam esse sententiam à qua fuerit appellatum? Atqui verissimum est, & passim apud nostros receptum, in dubio præsumendum esse pro sententia potiùs quàm pro appellatione, pro iudice potiùs quàm pro appellante, denique pro iudicato. Deinde si verum est vt est quod supra diximus ex *l. 1. & 2. ff. eum qui appell. in prouinc. defendi, & in tit. Apud eum a quo appellatur.* Nõ eo minùs debere quem in prouincia defendi quod appellationis suæ prosequendę gratia cogatur extra prouinciam peregrinari quis non videt longè iustius esse vt appellans conueniri possit in eo loco vbi adest, quàm in eo vnde abest: Nam quæ necessitas facit eum præsentem Romæ ad prosequendam appellationem, eadem facit eum absentem à ciuitate vel prouincia in qua appellauit. Cur ergo, aut quo colore necessitas præsentiæ meliorem ei tribuet excusationem ne ibi conueniatur, quàm necessitas absentiæ? Sed & in aliis omnibus qui domum reuocandi ius habent, hoc ipsum obtinet vt quemadmodum non possunt conueniri, aut vt Tribonianus loquitur, pulsari in eo loco in quo ex officij sui siue priuati siue publici necessitate reperiuntur, ita & multò minùs possint cogi vt se defendãt in prouincia à qua coguntur abesse *l. sed etsi 26. §. vlt. l. necnon 28. in pr. supr. ex quib. caus. maior.* Quamquam nec in Legatum id obtineret qui priuati sui negotij & commodi causa in Legatione esset *l. rei publicæ 6. l. non vsq. 2 ... ibi dixi cod.* An non verò priuati sui negotij & commodi causa abest is quem necessitas prosequendæ appellationis abesse cogit? Vtique cùm nec alij appellantes audiantur, quã in quorum interest *l. 1. ff. de appell. & relat. cap.* nec dubitandum sit quisquis sua interesse dicit eum propriam causam defendere propriúmque negotiũ tractare *l. 2. in fin. ff. quand. app. sit. & ff. quæ tempor.* Ergo etiamsi constaret maximè iustam appellandi causam eum habuisse qui appellauit, non eo magis tamen subueniendum ei esset vt repertus in loco appellationis prosequendæ in eo conueniri prohiberetur. Et consequenter imponenda est ei necessitas etiam intra tempora exercendæ prouocationis in eo loco vbi prouocatio exercetur, aliis pulsantibus respondendi. Sic enim loquor non quomodo Tribonianus *necessitas respondere* græcismo sibi satis nimiúmque familiari. Veniamus iam ad sequentia in quo nec deerit quod continuatam Triboniani audaciam, inscitiámque patefaciat.

4 ¶ Omnes autem isti domum reuocant, si non ibi contraxerunt vbi conueniuntur [a]. Cæterùm, si contraxerunt ibi [b] reuocandi ius non habent exceptis legatis [c]: qui, licèt ibi contraxerunt, dummodo ante legationẽ contraxerunt, non compelluntur se Romæ defendere, quãdiu legationis causa hic demorantur, quòd & Iulianus scribit, & Diuus Pius rescripsit. Planè, si perfecta [d] legatione subsistant, cõueniendos eos [e] Diuus Pius rescripsit.

Ad §. 4. Omnes autem.

Ratio dubitandi. Omnes isti qui domum reuocandi ius habent si non contraxerint eo in loco, in quo conueniuntur, satis tuti sunt iure communi nec vllo indigent priuilegio ne conueniri possint ea in prouincia, in qua neque contraxerunt, neque domicilium habent, cùm regulare sit vt actor sequatur forum rei *l. 2. C. de iurisd. omn. iud.* siue in rem, siue in personam actio instituatur *l. vlt. C. vbi in rem act.* Ergo vel priuilegium hoc nullum prorsus & inutile est, vel ita accipiendum, vt etiamsi Romæ cõtraxerint ij qui Romæ conueniuntur nihilominùs priuilegio isto gaudere possint. Ratio decidendi. Pertinet totus hic tractatus ad eos maximè qui Romę conueniuntur, Romæ autem conueniri possunt quotquot sunt in orbe Romano si Romæ inueniantur, tanquam qui sint ciues Romani post Antonini constitutionẽ quæ omnes qui erant in orbe Romano ciuitate donauit *l. in orbe Romano 17. sup. de stat. hom.* Nam & exinde cœptum est dici Romã communem patriam nostram esse *l. Roma 33. ff. ad municip.* Necessarium igitur est priuilegium vt qui Romę repertus ibi conuenitur, habeat ius reuocãdi domum. Sed & extra ciuitatem Romanam potest necessarium esse priuilegium etiam ei qui in illa prouincia in qua conuenitur non contraxit, cùm & delinquẽdo & variis aliis modis possit quis forũ sortiri etiam in eo loco in quo nunquam contraxerit,

Digitized by Google

traxerit, forte si alibi quidem contraxit sed ibi tamen soluere se obligauit (quamquam contraxisse vnusquisque intelligitur in eo loco, in quo vt solueret se obstrinxit *l. contraxisse 21. ff. de obl. & actio.*) aut quod passim hodie fit, ut se sub. cerit cuilibet iurisdictioni, hoc est cuiuslibet magistratus & cuiuslibet loci quæ conuentio facit quidem vt vbiq; possit conueniri, sed non tamen nisi ibi repetiatur, vbi conuenitur. Nec enim facile credendus quisquam est de eo cogitasse, vt tanto suo incommodo alienam quamlibet iurisdictionem subire cogeretur, arg. *l. si libertus ita iurauerit 30. ff. de oper. liber. l. heres absens 19. §. proinde. vers. durissimum est. ff. hoc t.* Nam & cùm quis ratione delicti forum sortitur, non aliter tamen condeuari potest à iudice loci in quo delictum admissum est quàm si in eo ipso loco repetiatur, aut si ad eũ remittatur *cap. pastoralis. vers. quod si punit. de sent. & re iudic. in Clementin. Nouell. 69. vt omnes ob. d. iudic. prouinc. c. 1. in princip.*

a *Si non ibi contraxerint vbi conueniuntur.* Ratio dubitandi. Etiamsi omnes isti, quos diximus habere priuilegium reuocandi domum, non ibi contraxerint vbi conueniuntur, si tamen neque in ciuitate sua, neque intra prouinciam suam cõtraxerint priuilegium nullum habẽt, vt scriptum est *in §. prox. seq.* Ergo ad excludendũ priuilegium, non illud inspici oportet an ibi contraxerint qui cõueniuntur, sed illud tantũ an alibi quã in ciuitate sua vel intra prouinciam suam. Ratio decidendi. Peruerat quidem & debuerat ita scribere Tribon. cuius totum hunc §. sicut & præcedentem esse arbitramur. Sed exceptionem hanc ita concipere voluit *Si non ibi contraxerint, vbi conueniuntur*, nõ vt aliis omnibus casibus priuilegium locũ esse admitteret, sed vt priuilegium excluderet eo saltem casu, quo isti proponuntur ibi contraxisse vbi conueniuntur. Neque tam malè conceptam fuisse exceptionem hãc mirabitur quisquis nobiscum sentiet Tribonianicã esse, Quod vel vna hæc cõiectura innuere satis videtur. Sed fiet hoc manifestius ex cæteris quæ sequuntur: Si modò prius monuerimus, non satis ab Accursio perceptam huius loci sententiam fuisse. Notat enim plus operari rationem loci & contractus simul, quàm loci tantum, sicut solent duo vincula esse fortiora vno, *Nouel. 84. d. consang. & vterfratrib. §. pe. in fi.* Quasi ad excludendum hoc casu priuilegium ea potissimum ratio vrgeat quod cõtractũ fuerit Romæ: quod non ita est. Vera nanq; & immediata ratio ex eo petenda est, quod neque in ciuitate sua neque intra prouinciam suam contraxerint, qui Romæ contraxisse probantur.

b *Si ibi contraxerint.* Rectè Accurs. al. o sc. tẽpore: vt locum habere possit differentia quæ statim subiicitur inter Legatos & cæteros qui ius & priuilegium habent domum reuocandi. Nam nec legati priuilegium vllũ habere postunt de eo quod Romæ contraxerunt in ipsa legatione, sed de eo tantùm quod ante legationem, vt scriptum est in hoc §. & initio §. præcedentis.

c *Exceptis legatis.* Atqui de Legatis potissimùm & inprimis tractatum fuerat in §. superiore. Ergo vel non debuerat Tribonianus ita scribere generaliter *Omnes autem isti domũ reuocant*, vel non debuit excipere legatos. Et hinc quoque nimirum coniicio Triboniani manum hancesse Debuerunt certè legati excipi tanquam fauorabiliores propter publicam vtilitatem ad quam maximè pertinet ne legatio impediatur *l. de eo 26. ff.* Planè si legati in ipsa legatione cõtraxerint, certum est priuilegium eos nullũ habere, cùm iis possit imputari cur in eo statu, eóque loco contraxerint: Perinde atque cùm in eo loco legationis tempore deliquerunt *l. non alias 24. §. Legati. ff.* quem locum nescio cur Bart. huic opponat, aut cur aliud iuris constituat in cõtractibus, aliud in delictis, cùm idem iuris constituatur in *d. §. Legati*, contra Legatos legationis tẽpore delinquentes, quod hîc contra Legatos legationis tempore contrahentes. Rectè Accursius nihil interesse an legationis tempore legatus contraxerit an deliquerit. Sed hoc mirifum malè quod subiicit secus esse si quasi contraxerit tẽpore legationis puta si hereditatem adierit, ex *l. de eo 26. ff.* Nam licèt legatus qui Romæ adiit hereditatẽ sibi delatam nõ possit conueniri à creditoribus hereditariis quandiu in legatione est non tamen id fit, quia Romæ quasi contraxerit dũtaxat, non contraxerit, sed quia cùm conuenitur, non tam ex suo quasi contractu conuenitur, quàm ex vero contractu defuncti, quamuis ob suum quasi cõtractum: quæ res facit vt non debeat cõditionis deterioris esse, quàm si ille ipse cõtraxisset, vt non malè nec insubtiliter Bart. ad eum locum ratiocinatur. Illud vtiq; verum est quod addit Accursius, Si exitura esset dies actionis contra Legatum cõpetentis etiam ex eo contractu qui ante legationẽ initus fuisset, dãdam nihilominus in eum actionem durãte quoque legatione sed causa cognita, & hactenus dũtaxat vt lis contestetur, & contestata in prouinciam transferatur *l. sed et si restituatur 28.* ne alioqui pereat actio & intercidat *l. 3. sup. de fer.* vbi dixi. Cõtestatio enim perpetuam facit actionem quæ fuerat temporalis. *l. omnes actiones 139. de reg. iur. l. constitution. 35. l. sciẽdum 58. de obli. & action.* Extra hanc causam nõ possunt Legati conueniri Romæ de eo quod ante legationem debuerunt, nec si legationis tẽpore id se soluturos constituerint *l. si quis in legatione 8. ff.* nisi expressè ac nominatim constituerint se soluturos Romæ, vt in *l. eũ qui §. 1. ff. de pec. constit.* Dicã ad *d. l. 8.* Nec enim nodũ hunc Accursius nec Bar. bene dissoluere potuerunt. Aut nisi actum sit vt etiam legationis tempore solueretur: hoc vnũ enim maximè inspiciendum est, vt Africanus ait in *l. 3. ff. de legatio.* Non obstat quod Iustinianus cõstituit *Nouell. 69. vt omnes obed. iudicib. prou. c. 1. & 2.* vnde sumpta est Auth. *qua in prouincia. C. vbi crim. agi oport.* vt si ambo in prouincia sint, & actor & reus qui vel contraxerit in eadem prouincia, vel deliquerit, nequaquam ad aliam prouinciã causam trahatur, neque ex priuilegio cuiuspiam, neque ex iussione. Nam vt benè Accursius respondet, ea constitutio excludit priuilegia, quæ vel per Principem indulgenda sint vel indulta iam quidem, sed alicui singulatiter, non etiam illa quæ per legem certo hominum generi data fuerint, & vt Bart. loquitur, inclusa in corpore iuris: quale illud etiam est, de quo *in l. 2. C. vbi Senat. vel clariss.* Hæc enim semper excepta intelliguntur, quia non facilè credendum est Romanum Principem qui iura terrarum commune, aut singulare quidem, sed in corpore iuris communis inclusum, tam facilè corrumpere & euertere voluisse *l. si quando in prin. C. de inoff. t. sta. iuncta l. heres absens 19. ff. hoc tit.* Vnde Bartolus infert, Si statuto aliquo iubeantur omnes ire ad exercitum sub certa pœna non obstãte aliquo priuilegio, exceptos tamen intelligi debere illos, qui priuilegium habent inclusum in corpore iuris

ne ad exercitum ire compellantur.

d *Planè si perfecta* Ratio dubitādi. Non potest Legatus recedere nisi finita demum legatione, nec rursus primo post finitam legationem instanti. Sed necesse est prætereite tempus aliquod ad reditum in patriam præparandum, & instruendum atq. *l. ab hostibus 15. §. vlt. supr. ex quib. caus. maior.* Ergo nō statim atque perfecta legatio est, continuò dici oportet suum legato priuilegium auferri. Ratio decidendi. Non de primo post perfectam legationem momento intelligi locus hic debet, sed cum temperamento vt modicum illud tempus prætereiterit quod intellectu percipi magis quàm verbis exprimi possit, vt scriptum est *in l. vtrùm 13. l. quod dicimus 103. ff. de solut. l. quo enim 12. §. Iulianus rat. rem haber. l. diuortio 35. supr. de neg. gest.* Et ita rectè Accursius.

e *Conueniendos eos*, pro eo quod Tribon. voluit & debuit dicere, Conueniri eos posse, Locutio Tribonianea quæ necessitatem potiùs exprimit quàm liberam facultatem: Cùm tamen necessitas nulla sit ex parte illius qui conuenire vult, sed tantùm ex parte illius qui non vult conueniri, Quo sensu scribendum erat *cogendos eos* non quomodo scriptum est *conueniendos*.

5 § Item si extra prouinciam suam contraxerunt, licèt non in Italia [a]: quæstionis est an Romæ conueniri possint. & Marcellus, in eo solo, priuilegio eos vti domum reuocandi, quòd in ciuitate sua, vel certè intra prouinciam [b] contraxerunt, quod est verum.

Ad §. 5. Item si extra.

Ratio dubitandi. Ita demum ius reuocandi non habent isti, si ibi contraxerint vbi conueniuntur, vt scriptum est in § prox. præcedente. Ergo non illud inspiciendum est quod hîc Vlpianus ex Marcello scribit an in ciuitate, vel intra prouinciam suam isti contraxerint, vt sciatur an priuilegio gaudere debeant, sed tantùm an non contraxerint in eo loco in quo conueniuntur, vt omni casu quo non contraxerunt in eo ipso loco habeant priuilegiū, quamuis ne que in ciuitate, neque in prouincia sua cōtraxerint. Ratio decidendi. Iam diximus in §. præcedente, non eam Vlpiani aut potiùs Triboniani sententiam esse vt non aliter non habeant isti ius reuocādi domum, quàm si ibi contraxerint vbi conueniuntur, sed illam potiùs vt eo certè casu non habeant quo ibi cōtraxerunt vbi conueniuntur, Quod quia tamen & aptiùs & apertiùs scribi potuit, meritò Triboniani esse diximus nō Vlpiani, sed & Triboniani manū hic quoque §. detegit. Nam cùm omnia proximè præcedentia sint de Legatis, hic tamen §. qui per dictionem *item* continuatur cum præcedente ad legatos pertinere non potest, sed tantùm ad cæteros quos suprà dictum est habere ius & priuilegium reuocandi domum, vt benè Accursius post Azonem iam olim aduersus Aldricum disputauit. Siquidem Legatus etiamsi Romæ contraxerit, multò magis si in Italia, priuilegium tamen habet si Romæ conueniatur durante legatione, vt proximè diximus, Adeò vt nec si iudicium ante legationem inchoatum sit, perfici tamen possit, donec finita demum legatione *l. non distinguemus 32. §. item si quis*, vbi dixi *supr. de recept.* nisi contraxerit durāte legatione, vt in *l. cùm furiosus 39. §. 1. ff. l. eū qui 5. §. 1. ff. de iudicijs* Credibile autem est non itaobiter è locutum fuisse Vlpianū. Adde quod illa et á verba *quæstionis est*, & *quod est verum* sunt mihi satis suspecta Solerque is vti Tribonianus cùm . I quid vult ingerere de suo.

a *Licet non in Italia.* Nihil ergo refert an isti qui domum reuocandi ius habent contraxerint in Italia an in qualibet alia prouincia dum ne in ciuitate sua vel intra prouinciam suam. Omni namque casu excluduntur à priuilegio, cui prouinde locus nullus est nisi cùm isti vel in sua ciuitate vel intra prouinciam suam contraxerint.

b *Intra prouinciam suam* Deerat in libro Accursij dictio *suam*, vt ex ipsius glossa apparet, in qua id agit, vt doceat verba illa *intra prouinciam* sic accipienda esse *scilicet suam*, ex vi, inquit, repetitionis, & ratione quæstionis facta de sua prouincia. Irrepsit ergo dictio hæc *suam* ex glossa Accursij, vt & alia pleraque. Sic & dictio *rectè* in *l. Papinianus 25. de donat. int. vir. & vx.* vt docui *lib. 1. Coniect. cap. 7.*

6 § Sed & si agant, compelluntur se aduersus omnes defendere. Non tamen, si Iniuriā suam persequantur, vel furtum, vel damnum, quod nunc passi sunt, alioquin (vt & Iulianus eleganter ait) aut impunè contumeliis, & damnis adficientur: aut erit in potestate cuiusque, pulsando eos, subiicere iurisdictioni, dum se vindicant.

Ad §. 6. Sed et si agant.

Ratio dubitandi. Qui agit vtitur iure suo, & cōmuni, nec proinde videri potest alicui facere iniuriam, aut quid aliud quod ei possit imputari *l. si duorum 51. ff. de action. empt. l. iniuriarum 13. §. 1. ff. de iniur.* Potiùs enim potest ei imputari qui nolens bonam fidem agnoscere, cogit aduersarium vt actionem proponat. Nec enim necessarius est vsus actionum nisi aduersus perfidos & improbos litigatores, vt scribit Theop. initio *tit. De action.* Ergo qui ius habent & priuilegium reuocandi domum etiamsi agant, nihil faciunt, propter quod frustrandi sint suo priuilegio, & deterioris conditionis esse quàm si non agerent, Præsertim verò quantum ad cæteros quibuscum non agunt, Ne res inter alios acta vel noceat vel prosit. Et tamen scribit Vlpian. compellendos esse istos, si agant, vt se contra omnes defendant, Quorum verborum non alius sensus est, potest quàm vt cogantur se defendere, etiam contra eos cum quibus non agunt. Ratio decidendi. Qui agit, nihil quidem facit quod sit culpæ proximum, sed tamen sibi nocet in eo quod iudicem eum elegit quem alioqui habere non cogeretur. Æquo igitur animo ferre debet, si apud eandem iurisdictionem siue ab eo ipso aduersario siue ab alio conueniatur. Nec potest conqueri quod ita futurum sit vt à suscepto officio auocetur: cùm se ab eo ipse auocet agendo, nec incommodius ei sit conueniri quàm agere, quod ad indicij moras, sumptus, & incommoda pertinet. Obseruandum tamen est quod Accursius noster non videtur obseruasse hunc §. sicut & eum qui proximè præcedit, non ad Legatos sed ad alios, de quibus suprà diximus referendū esse. Nam is qui legatione fungi-

fungitur, nec libellum de aliis suis negotiis dare sine permissu Principis potest: *is qui 15. iuncta l. legatus ic. an prout. & l. Paulus 6. § vlt. infr. de legat.* Multò minus ergo potest agere, cùm plus sit agere, adeóque in ius vocare, quàm libellum dare, *l. libertus 15. supr. de in ius voc.* Planè si ponas legato permissum à Principe fuisse vt ageret, ad Legatũ quoque hic locus pertinebit. Nec enim maiore priuilegio dignus videri potest is cui fauorabiliter permissum est agere, quàm si communi iure haberet agendi facultatem. Malè autem Accurs. huic loco obiicit quod scribit Paulus in *l. sed etsi restituatur 28. infr. hoc tit.* etiamsi restituatur hereditas Legato ex S.C. Trebelliano, nullam tamen in eũ actionem dari debere, quandiu in legatione est. Nam supposito etiam eo, quod iá negaui, vt ad Legatos quoque hic §. pertineat, non tractat Paulus de Legato qui petat & persequatur hereditatis restitutionem, aut qui aliter agat, sed de illo, cui restituta sit hereditas ex Trebelliano, ac proinde, liberè, sponte, ex citra coactionem. Quæ enim restitutio fit coactè, ea fit ex Pegasiano non ex Trebelliano, si inspicias ius Pandectarum, vt scribit Iustin. *in tit. De fideic. hered.* & Nouell. 1. *De hered. & falcid.* Deniq; tùm etiã cùm fit ex Pegasiano, fit quidem vi coactionis, at non vi actionis sed persecutionis. Persecutionem enim fideicommissi dicimus non actionem. *l. pecunia. 178. §. actionis. infr. de verb. signific.*

a *Aduersus omnes.* Ergo etiam aduersus alios quàm cum quibus agit, vt suprà interpretati sumus.

Ratio dubitandi. Qui reconuentionem pati cogitur, licèt in iudicem quem pro se accepit expressim consenserit, nõ aliter tamen apud eundem iudicem reconueniri potest quàm si reconuentio sit de eodem negotio, vt constat ex sententia illa & ratione Papiniani, quam Iustinianus noster probat *in l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iud.* Ergo quamuis agát isti qui domum reuocandi ius habent, non ideò tamen compellendi sunt aduersus alios se defendere, quàm contra quos agũt, arg. *Nouell. 123. ac sanctiss. 1. episcop. cap. 25. de apocrisariis. § reuerendissimi. versic. cum enim.* adeóque nec in alio negotio quàm in eo ipso de quo agunt arg. *d. l. cum Papinianus in fin.* Ne alioqui deterioris conditionis sit qui priuilegiũ aliquod quàm qui nullũ habet. Ratio decidendi. Reconuentio præsupponit incompetentiam iudicis dati, vt alio loco scripsimus. Priuilegium verò istorum vt domum reuocãdi ius habeant, præsupponit competentiam iurisdictionis, qua nullo priuilegio indiget; qui iure communi cõueniri non potest. Mirum igitur non est, Eum qui reconuenitur melioris conditionis esse, quàm illum qui solo priuilegio non iure communi nititur ne apud competentem iurisdictionem conueniatur. Pro priore pugnat ius commune, quod facit contra posteriorem.

b *Non tamen si iniuriam suam persequantur.* Ratio dubitandi. Etiam qui suam iniuriam persequitur aut furtum, vel damnum passus est, eóque nomine experitur, perinde agit atque si peteret certam ex contractu pecuniæ quantitatem. Nulla enim differentia est, Nisi quod agit de crimine, ac vt plurimũ criminaliter, licèt etiam ciuiliter de furto, & damno iniuria dato, ac de iniuria ipsa agi possit *l. vlt. inf. de furt.* Ergo si is qui alioquin ius haberet domum reuocandi agat ipse ex causa furti vel damni, vel iniuriæ, perinde compellendus est, vt se aduersus omnes defendat, tametsi suam suorúmve iniuriam persequatur: quia perinde huic imputari potest si agat, cùm nemo inuitus agere cogatur, siue ciuiliter agere velit, siue etiam criminaliter, quod est accusare *l. vnic. C. vt nemo inuit. agere vel accu. cog.* Ratio decidendi. Magna & euidens ratio inris exequitur sfacit, vt melior esse debeat conditio eorum qui iniuriam vel damnũ aliquod passi sunt, quàm cæterorum qui ex contractu agunt, quia illis nihil potest imputari, Non quòd magis cogantur vt inuiti agant, sed quoniam alterutro posito iure alterutrũ eneruite necesse esset, vt vel impunè contumeliis & damnis afficerentur, vel esset in potestate cuiuslibet pulsando eos & offendendo subducere ipsos iurisdictioni, ipsisque priuilegium adimere quod habent reuocádi domum. Nec enim huiusmodi vindicta sumi potest sine iudice, præterquàm in certis casibus de quibus *in l. . & l. 1. C. quand. lic. vnic. sine iudic. se vindic. & non est singulis 176 de reg. iur. l. nullus 14. C. de Iudæis.* nec tutius per iudicẽ nisi proposita actione *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de neg. gest.* Et autem verbum *vindicant* quo Vlpianus vtitur, ad criminalem actionem magis quàm ad ciuilem referri videtur, non puto tamen dubitãdum; quin distinguenda non sit hac parte ciuilis actio à criminali: sed tantùm actio quæ ex delicto nascitur ab illa, quæ ex nõ delicto. Non tam enim nascitur hoc ius ex fauore actoris, quàm ex odio delinquentis, cuius factum impunitum manere nõ oportet. Æquè autem punitur siue ciuiliter, siue criminaliter agatur, quia etiam ciuiles actiones quę ex causa delicti competunt maximè furti nomine siue manifesti, siue nec manifesti sunt pœnales, si quidẽ quicquid extra rei persecutionem est pœna est & vindicta: In eóque dissentio à Bartolo qui ad hunc §. notat, Eum qui accusat criminaliter non posse conueniri ciuiliter, Secus verò esse in eo qui agit ciuiliter, vt etiã criminaliter conueniri possit, & perinde ciuiliter: Non enim debuit distinguere an actor ciuiliter agat, an criminaliter, sed an ex delicto & ob furtum aliquod damnúmve sibi illatũ, an ex contractu, sicuti diximus. Et verò eiam is qui agit criminaliter nõ tã agere propriè quàm accusare dicatur *tit. C. vt nemo inuit. agere vel accus. cogatur*, de accusatione verò nullũ in toto hoc §. verbum fit, sed tãtùm de actione, nihil certè causæ est cur ad criminalẽ actionem restringi debeat sententia, quæ potiùs pertinet ad ciuilem. Nec aptius est, quod idem Bart. cæterique Doctores vulgo post Accursium putant huiuc §. non esse alienum à tractatu De reconuentione, de qua *in l. cum Papinianus 14. & Aut & consequenter. C. de sent. & interloc. omn. iud.* Non n. de reconuẽtione tractat Vlpian. hoc §. sed de mutua conuẽtione, qui tractatus longè diuersus est. Omnis reconuentio mutua conuentio est: sed non similiter possis dicere omnem mutuam petitionem & conuentionem esse reconuentionem. Mutua conuentio genus est, Reconuentio species vna mutuæ conuentionis, vt alibi fusius scripsimus.

c *Aut impunè contumeliis & damnis afficerentur.* Tãti momenti hæc ratio est, vt quamuis Legatus antequàm officio legationis functus sit nihil in rẽ suam agere possit, multóque minus alienis negotiis se interponere *l. Paulus respondit § §. vlt. ff. de legatis*, ausi hactenus vt sibi possit emere domum in sua ciuitate *l. Legatus creatus 12. eod.* ea tamen excipienda sint quæ ad iniuriam eius vel dãnum parata sunt *l. Legatus antequam 10. eo.* Nec de eo damno quod legationis tempore Legatus passus est, prohibetur ille

Digitized by Google

legationis quoq; tempore experiri *l.9. eod.t.* Quanquam illud verum est quod supra monuimus hunc §. ad Legatos non pertinere, tanquã qui agere nullomodo possint durãte legatione, nisi lacessiti, Aut nisi eo casu quo impetrauerint ipsi à Principe vt agere possint *l. as qui legatione 15. eo.* Ratio eadẽ ferè est, quam idem Vlp. noster adfert *in l. si longius 18. §. 1.* vbi dicam *§. h. t.* & Caius *in l. si idẽ 11. §. 1. 5. de iurisd.*

7 ¶ Sed si dubitetur, vtrùm in ea quis causa sit, vt domum reuocare possit, nécne: ipse prætor debet, causa cognita, intueri. [a] Quòd si constiterit, in ea eum esse causa, vt domum reuocet: debebit cauere in iudicio sisti [b] statuente prætore, in quem diem promittat. Sed vtrùm nuda cautione, an satisdato, Marcellus dubitat. mihi videtur, sola promissione [c]. quod & Mela scribit. alioquin compelletur iudicium accipere, quàm inuenire eos, qui satis pro eo dent.

Ad §. 7. Sed si dubitetur.

Ratio dubitandi. Prætor non debet cognoscere inter eos qui habent ius & priuilegium reuocandi domum, Neque enim id saluo priuilegio fieri posset cuius rationem à Prætore haberi necesse est. Et quamuis Legati cæterique omnes qui reuocandi domum ius habent in ea sint causa vt in ius vocati ex iurisdictione Prætoris ad eum venire debeant priuilegia sua allegaturi *l. si quis ex aliena §. 5. hoc tit.* Sufficit tamen allegatio sola priuilegij ad hoc ne progredi vlteriùs Prætor possit. Ergo post allegatũ priuilegium etiamsi dubitetur an priuilegio locus sit necne, puta an is qui tanquam Legatus priuilegium allegat, Legatus sit an non, Prætoris cognitio esse non potest, Ne alioquin aut in sua causa ius dicere videatur, si pronũciet ipsi priuilegio locum non esse, & iurisdictionem ad se pertinere, contra id quod scriptum est in *titul. C. ne quis in sua caus. iudic. vel sibi dic.* Aut sine iurisdictione cognoscere. Nam extra vocationem in ius, certè prius est vt fundetur iurisdictio eius qui de causa vult cognoscere, quàm vt ei quali iurisdictionem habenti quicquã facere permittatur, saltẽ quod obliget litigatores vt parère compellantur *l. vlt. 5. de iurisd.*

Ratio decidendi. Eius est priuilegium admittere vel reiicere apud quem priuilegium allegatur. Ad quid enim allegatur apud prætorem, nisi vt illius ratio aliqua per prætorem vel habeatur, vel non habeatur? Atqui non potest prætor statuere, ac decernere, an is qui allegat priuilegium talis sit vt eo gaudere debeat, quin sciat prius quod in facto nõ in iure consistit, an is qui se dicit priuilegiarium Romam venerit legationis causa vel iudicandi, ferendive testimonij gratia, Siquidem ex facto ius oritur, nec aliis huiusmodi priuilegia dãtur, quàm qui se probant vel legatos esse, vel ad iudicandum, dicendúmve testimonium, aut aliam huiusmodi causam quamlibet imperio Principis aut magistratus euocatos *§. Legatus supr.* Ergo si de hoc ipso dubitetur an ob legationem, quámve aliam ex supradictis causis Romam venerit, nécne is qui conuenitur, solius prætoris cognitio esse potest & debet, Tanto magis quod ex iure communi iurisdictionem ad eum pertinere non negat, imò fatetur quisquis priuilegiũ allegat, vt iam suprà diximus. Nam & si quis ex aliena iurisdictione ad prætorem vocetur, qui casus multo dubitabilior est, debet nihilominus venire ad prætorem, nec alterius quàm prætoris est æstimare an sua sit iurisdictio *d. l. 5. infr. hoc tit.* Neque verò alius quàm prætor posset de hoc cognoscere, quin ex postfacto iniuria prætori facta videretur, si quandoque constaret iurisdictionem ad eum pertinere. In dubio autem quis ferat magis faueri ei qui priuilegium allegat, quàm prætori? Nam si ad declinandam, aut potius eludendam iurisdictionem prætoris sufficeret priuilegium allegare, quænam tandem aut cuius potestatis erit iurisdictio prætoris? Et hoc est quod Accursius hîc notat, multa ratione dubitationis permitti quæ alioqui non permitterentur, vt & in *d. l. 5. §. l. 2. 5. si quis in ius vocat. non ier. l. quoties 21. §. 1. infr. de noxal. action.*

a *Ipse prætor debet causa cognita intueri.* Sensus est, Non solere quidem prætorem aut alium ex maioribus magistratibus cognoscere de facto, sed in eã rem dare iudicem qui de facto & cognoscat & pronunciet, quòd ea res indigna videretur maiestate prætoris, cæterorúmque magistratuum populi Romani, vsque ad tempora Diocletiani & Maximiani, quorum est *l. 2. C. de pedan. iudicib.* Verum tamen in proposito prætorem ipsum per se non per iudicem datum cognoscere & æstimare debere an sua sit iurisdictio, in eámque rem facti quoque quæstionẽ si necessaria sit adhibere. Quoniam iudicem dare alius non potest quàm qui certam & indubitatam habeat iurisdictionem ad quam hoc maximè pertinet, vt iudices litigatoribus denrur *l. 1. in fin. l. 3. supr. de iurisd.* Iudicem ergo dare nullomodo potest is de quo dubitatur an ad eum iurisdictio pertineat, & consequenter debet ipse cognoscere: Aliud est si de sententiæ executione tractetur. Nam etsi à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani vt iudicum à se datorum sententias exequantur *l. à Diuo Pio 15. in princ. infr. de re iudic.* non ideo tamen prohibentur magistratus si qua facti quæstio emergat in executione iudicati dare iudicem qui de facto cognoscat, vt constat ex ea ipsa Lege, Nempe quia certa & indubitata est iurisdictio eius qui iam in eum iudicem dedit, de cuius sententia exequenda agitur, cùm alioqui iudicem eum dare nullo modo potuisset.

b *Debebit cauere, in iudicio sisti.* Ratio dubitan. Eius est iubere caueri Iudicio sisti, ex cuius autoritate iudicium futurum sit, id est, qui iudicem vel iam dederit, vel postea sit daturus *tot. tit. D. si quis caut. supr.* Atqui cùm appatuit eum qui conueniebatur apud Prætorem in ea causa esse, vt domum reuocet, certum est nullam Prætoris autoritatem & potestatem esse in futuro iudicio constituendo: Ergo neque in iubendo caueri vt iudicio sistatur, Cùm ea cautio non nisi propter iudicium interponatur vt ratum fiat. Est enim iudicialis stipulatio, licet sit etiam cautionalis, quia est communis *l. 1. §. 1. vers. communes infr. de prætor. stip.* Quod si eam consideres tanquam cautionalem, tanto maior ratio est vt non debeat interponi ex autoritate prætoris: quia cautionales stipulationes instar actionis habent *d. l. 1. §. 1. vers. cautionales l. actionis 37. infr. de oblig. & action.* Actionem verò dictare prætor non potest nisi post litem contestatam, nec rursus iubere vt litem

tem contestetur is qui priuilegium habet reuocandi domum. Ergo neque iubere potest vt huiusmodi cautio interponatur quæ est vice actionis.

Ratio decidendi. Prætor apud quem priuilegium allegatur, licèt non possit ipse reum compellere ad iudicium accipiendum, quod vtique saluo priuilegio fieri non posset, habet tamen iurisdictionem competentem: alioqui, vt sæpe dixi, de priuilegio tractari non oporteret. Proinde nihil facit alienum ab officio suo, cùm iubet caueri de sistendo in iudicio, & quod est consequens cùm statuit diem intra quem sisti promittatur: Ne tergiuersandi potiùs, quàm conseruandi priuilegij causa huiusmodi priuilegium allegatum esse videatur, atque ita non tantùm prætori, sed etiam iudici, iudicióque illudatur. Nam & publicè interest iudicijs omnibus suam vim, vigorémque constare. Ideò autem exprimendus est in hac cautione locus iudicij, ad quod remittitur is qui priuilegium allegat, quia stipulationes istæ cùm sint verborum conceptiones & obligationes sicut ceteræ non ad alium locum pertinere possunt, quàm qui stipulationis verbis comprehensus sit, nec similiter ad aliud iudicium, vt neque ad alterius iudicis personam *l. 3. l. penult. ff. iudic. solu.* Porrò non est nouum vt vno loco vel tempore caueatur, alio autem agi differatur, quod & Accursius noster notat ex *l. ordinata 24. §. vlt. infr. de lib. r. caus. l. Senatusconsulto 6. in fi. sup. de offic. præsid. l. si aduersus eum 38. §. vlt. ff. ad l. Iul. de adul.* Cæterùm si quis ex aliena iurisdictione vocatus sit, ita vt Prætor ipse videat non esse suam iurisdictionem, aliud dicendum erit, vt hunc Prætor non iubeat cauere iudicio sisti. Nec enim id fieri potest citra exercitium aliquod iurisdictionis, quam porrò nullam habet Prætor in eum qui ex aliena iurisdictione est, habet verò in eum qui solo priuilegio se tuetur, idque Accursius etiam vidit.

e *Nihi videtur sola promissione.* Ratio dubitãdi. Nihil interest an nullomodo cautum sit, an vitiosè *l. quoties 6. sup. qui satisd. cogant.* aut minùs idoneè si cautio nondum sit admissa *l. arbitro 9. & seq. eod.* Atqui non cauetur idoneè sola promissione, sed ita demũ si vel fideiussor datus sit vel pignus *l. si mandatu 59. §. vlt. ff. mandat. l. 4. §. addict. ff. ad fideic. libert.* Ergo cùm dicimus, eum qui priuilegium allegat etiamsi in ea causa sit, vt domum reuocandi ius habeat, cauere tamen debere In iudicio sisti, sic intelligere debemus vt non sola promissione cauere debeat sed vel satisdatio vel saltem pignorib. datis.

Ratio decidendi. Cautionem simpliciter cùm dicimus, eam intelligimus quæ sit nuda, non etiam quæ sit idonea, & cum pignore, vel fideiussore *l. 4. l. emptori 37. ff. de euict. l. pacta conuenta 72. ff. de contr. empt.* Cùm enim cautio sit onus, non facilè capienda ea est interpretatio quæ nimis oneret eum qui cauere debet *l. hac stipulatio 14. in fi. vt legat. nom. caueat. l. 1. in fin. ff. vt in poss. legat.* Alioqui facilè in proposito casu inuenta erit via per quam suum reo conuento priuilegium aufferatur, cui plerumque facilius esset ac expeditius vt iudicium accipere, quàm vt fideiussorem dare cogeretur. Nec enim semper tam facilè ac obuium est etiam probo & diuiti viro, inuenire fideiussorem. Quæ res facit vt plerunque necessarium sit auxilium subsidiarium iuratoriæ cautionis *l. omnes 33. §. præterea & seq. C. de episc. & cleric. & l. cùm clericis 25. eod. l. postquam 5. §. 1. ff. vt legat. seu fideic. nom. caueat.* Neque ad rem pertinet si quis pro alia eáque fortassis accommodatiore dubitandi ratione obiiciat, Generaliter in omnibus prætoriis stipulationib. satisdari *l. 1. infr. de præt. stipulat.* Hanc verò stipulationem iudicio sistendi esse in isto quoque casu prætoriam, & ex earum numero quæ communes appellantur, quòd sit & iudicialis & cautionalis, vt sup. à diximus ex *l. 1. eod. titul.* cùm ex prætoris autoritate, ac imperio interponatur. Nam respondendum est id obtinere in iis stipulationibus prætoriis, quæ & ex autoritate prætoris interponuntur, & propter prætorem ipsum, vt ratum sit quod prætor pro sua iurisdictione fecerit, sicive præceperit. At prætor cùm hoc casu iubet caueri Iudicio sisti, facit quidem pro sua iurisdictione sed non propter suam iurisdictionem, at potiùs vt alterius iurisdictioni prospiciat ex cuius autoritate iudicium futurum constituetur, propter priuilegium, quod habet is qui conuenitur vt domum reuocare possit. Ideóq; nimirum huiusmodi temperamentum adhibendum est, vt ea cautio nuda & sine satisdatione, ac sine pignoribus præstetur vt neque iurisdictioni prętextu priuilegij illudatur, neque prætextu iniungendæ satisdationis, priuilegium per iurisdictionem infringatur. Non defuisse sanè in hac specie rationem dubitandi vel ex eo maximè apparet, quod Vlpianus refert Marcellum dubitasse. Quid ergo si is quem prætor iubet cauere In iudicio sisti suspectus sit facultatibus? An non saltem hoc casu cogendus erit satisdare vt cautum sit stipulatori? Sic putat Accursius, quamuis dubitanter, & ex aliorum, vt videtur, potiùs quàm ex propria sententia. ex *arg. l. l. senatusconsulto 16. sup. de offic. præsid. & l. si fid. iussor 7. §. vlt. supr. qui satisd. cog.* Ergo probare nõ possum. Nam quo quis pauperior proponatur, eo magis verendum est, ne priuilegium quod habet ei adimi videatur si satisdatio vel pignoribus datis cauere compellatur. Nec ad hunc casum pertinent leges ab Accursio citatæ, sed ad illum quo nihil sit, quod de priuilegio tractari possit. Sed an non saltem sub pœna repromittere cogendus erit? Huc quoque dubitanter Accursius, cùm in hoc, inquit, non grauetur in officio suo propter quod Romam venit. Verùm satis, ni fallor, improbabiliter. Nec enim de natura nudæ cautionis est, vt pœnam habeat subiectam: cùm ex huiusmodi præsertim stipulatione Iudicio sistendi, si nulla pœna subiecta sit, nascatur actio ad id quod interest *l. 2. §. vlt. supr. qui satisd. cog.* vt & in cæteris faciendi obligationibus euenire solet *l. si quis ab alio 13. §. vltim. ff. De re iudic. l. vltim. de prætor. stipul.* nisi quoque cùm natura negotij exigere videtur, vt stipulatio sit pœnalis *l. diem proferre 27. §. vlt. & l. seq. sup. de recept.* Ergo quod idem Accurs. subinde quærit, An scholaris debeat in Curia conuentus satisdare cùm priuilegium allegat, nullam habet dubitandi rationem, quin non debeat, tametsi concludat ille debere. Cur enim deterioris condicionis erit scholaris, quàm cæteri? Nisi fortè putat Accursius scholarium omnium personas esse suspectas. Atqui iam diximus, nec suspectis personis iniungendum esse hoc casu onus satisdationis: Vt planè videre non possim cur Accursius scribat *videtur quòd sic, vt hic.* quasi Vlpianus hoc loco sentiat reum satisdare debere, quod tamen disertè negat. An verò apud eum iudicem coram quo agenda causa est, satisdare oporteat, alia quæstio est, de qua in *l. 3. & penult. & pass. iudic. solui.*

8 § In omnibus autem in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine temporali damno creditorum oportet.

Ad §. 8. In omnibus.

Totus hic §. haud dubiè Triboniani est, vt & verba demonstrant & contextus ipse verborum. Adeò sunt omnia inconcinna, & parum elegantia: In eo præsertim quod dixit *protelari admonitionem*, pro eo quod voluit dicere *differri actionem* quasi sint ista Synonima *agere & admonere*, quod non ita est. Quisquis agit, admonet, At nō quisquis admonet, agit. Item in eo quod subiungitur *sine temporali damno* pro eo quod Tribonianus dicere voluit, & debuit *sine iactura temporalis actionis*. Sensus enim est, non esse vsque adeò fauendum iis qui ius & priuilegium habent reuocandi domum, vt id fiat cum damno & iactura actoris, si fortè is temporalem actionem habuit, cuius dies exitura sit si in alium locum, & quod est consequens in aliud tempus actio differatur.

Ratio dubitandi. Cùm actio temporalis est, fieri nequit vt non cadat dies actionis si totum tempus elabatur intra quod proponi actionem oportuit. Habent enim actiones omnes temporales suas metas, quas præterire ac prætergredi nullo modo possunt. Atqui non debet ea res nocere actori, cùm nihil possit imputari, ne alioqui captiosum ei sit priuilegium illius, qui conuenitur, contra *l. Paulus 8. de prætor. stipul.* Ergo alterutrum necessariò admittendum esse videtur, vt vel priuilegio nullus debeat locus esse aduersus actionem temporalem, vel propter priuilegium damno afficiatur actor, cui actio sua perit.

Ratio decidendi. Periret quidem actio temporalis actori, eique noceret priuilegium aduersarij non aliquo remedio huic periculo occurreretur. At ne id eueniat, quod vtique iniquum esset, optimum & expeditum remedium est vt prætor iubeat fieri litis contestationem salua priuilegij causa, nec eo minùs actio in aliud tempus aliumque locum differatur, postquàm per contestationem facta fuerit perpetua quæ priùs fuerat temporalis. *l. sed et si restituatur 28. §. sed et si dies. ḡ. hoc tit.* Hoc verò Accursius non intellexit, qui vt hinc se euoluat, ait currere quidem actori tempus actionis, sed dari ei restitutionem in integrum ex edicto. *Ex quib. caus. maior.* argum. *l. sed et si 23. §. vlt. & legibus sequent. sup. ll. tit. ex quibus causis maior.* Mox distinguit An interpellatio aliqua præcesserit, vt tunc ipso iure tempus non currat, aliàs currat, sed detur restitutio. Rursus an creditor potuerit litem contestari, vt tunc non fiat restitutio nisi quando potuit cum difficultate, quia fortassis graue fuerit ei cum tanto aduersario litigare, alioqui restituatur. Quorum omnium nihil videtur hîc dici posse. Quid enim potest impedire quominùs litem contestetur is qui & Romæ adest, & prætorem nō minùs quàm aduersarium præsentem habet? Fateor tamen non vtique & passim, sed causa tantùm cognita cogendum eum vt litem contestetur, quomodo scriptum est in *d. l. sed et si restituatur 28. §. sed et si dies.* Nisi tamen totus quoque ille locus Tribonianicus est, vt ad eum ostendemus. Distinguendum certè est tempus actionis continuum ab vtili. Nam in tempore continuo id obtinet quod diximus, In vtili verò aliud est, quia vt non currat nulla opus est contestatione, cùm sufficiat actori potestatem experiendi non fuisse, quam porrò non videtur actor habuisse si potuit reus reuocare domum *l. in causæ 18. §. si cum* & ibi dict. ḡ. *ex quib. caus. maior.* vbi tractatur de anno vtili dato ei qui in ciuitatem reuersus est ad petendam restitutionem aduersus damnum ex absentia illatum. Denique perpetuum est vt quoties fauetur reo, ne conueniri possit, succurrendum etiam sit actori ne quid præiudicij circa temporalem præscriptionem ei generetur *l. vlt. in fin. C. qui bon. ceder. poss. l. vlt. §. donec. in fin. C. de iur. delib. Nouell. 115. Vt cùm de appell. cognosc. cap. pen. in fin.* ex quibus omnibus locis qui sunt Iustiniani, apparet tanto manifestiùs, totū hunc locū esse Triboniani, cui perpetua illa exceptio tam familiaris fuit. Cæterùm quod tota hac lege diximus de priuilegio reuocandi domum, sic accipe vt reuocatio fiat ad domicilium eius qui conuenitur. Non enim sufficeret ad priuilegium hoc inducendum, quod quis in prouincia domum haberet si non etiam haberet in ea domicilium quod vtique ex sola domus possessione non contrahitur *l. libertus 17. §. sola domus possessio. ḡ. ad municip.*

9 § His datur mulctæ dicendæ ius, quibus publicè iudicium est, & non aliis [a]: nisi hoc specialiter eis permissum est [b].

Ad §. vlt. his datur.

Ratio dubitandi. Etiam iudicare munus & officium publicum est *l. quippe 78. supr. hoc titul.* Atqui mulctam is dicere non potest, cui iudicatio data est, id est, qui à prætore, vel præside, vel alio magistratu datus est iudex *l. aliud fraus est 131. §. 1. ver. item mulctam. ḡ. de verbor. signific.* Sic enim ibi lego addita negatione ante verbum *potest* sumpta coniectura, vel ex eo maximè quod statim sequitur *Magistratus solos & Præsides prouinciarum posse mulctam dicere mandatu permissum est.* Sic enim Vlpian. scripsit vt iudices datos & pedaneos excluderet, qui licèt à magistratibus tā vrbanis in vrbe quàm prouincialibus in prouinciis dētur, magistratus tamen non sunt, adeóq; nec iurisdictionem vllam habēt, sed tantùm iudicationem *l. ait prætor 5. ḡ. de re iud.* id est, iudicandi facultatem *l. vlt. vers. Sed ne quis sta. C. vbi & apud quem cogn. in integ. restit. agit. sit.* Nec sanè nisi falsò quisquam dixerit iudicem à prætore vel præside datū habere ius dicendæ mulctæ. Nā si nec magistratibus duumuiris & municipalib. hoc ius datum est; ne quidem vt propriam iurisdictionem quam habent tueantur *l. vnic. sup. si quis ius dicent. non obtemp.* nec rursum procuratoribus Principis, & Rationalibus, nec curatori reipublicæ, de quibus in *l. 2. & 3. C. de mod. mulctar.* quantò minus hoc sibi ius vindicare poterunt iudices dati qui neque magistratus sunt, neque vllam habent iurisdictionem? Sed & antithesis quæ apud Vlpianum est in *d. l. aliud*, emendationem nostram omnino confirmat. Ponit enim Vlpianus eo loco multas differētias inter pœnam & mulctam, quarum postrema illa est, de qua nunc agimus, quod pœnam irrogare potest quisquis habet delicti cognitionem & executionem, id est, etiam is qui de crimine iudex datus fuit, Nempe quia pœna cùm sit ordinaria & legitima non tam per iudicem quàm per legem ipsam irrogatur, Adeò vt etiam si nihil de pœna, sed tantùm de crimine iudex pronunciauerit, non eo minùs tamen legis potestas aduersus eum qui condem-

Digitized by Google

condemnatus est exerceatur, quoniam, vt Papinianus dicebat, facti quidem quæstio in arbitrio est iudicantis, pœnæ verò persecutio non eius voluntate committitur, sed legis autoritati reseruatur *l. 1. §. 1. vers. quorum alterum. j. ad SC. Turpill.* iunct. *l. ordine. 5. inf. ad municip.* Ergo si aliud in mulcta est, aliud in pœna, prorsus consequens est, vt Vlpianus noster cùm tractauit de mulcta *in dict. vers. ne mulctam*, scripserit negatiuè mulctam dicere non posse illum cui iudicatio data est. Nam quod interiectum est de magistratibus, & præsidibus prouinciarum, cùm affirmatiuè conceptum sit, scilicet permissum ius esse mandatis Principum, vt possint mulctam dicere, antithesim nullam continet, quam tamen subesse probant non modò præcedentia quæ alias inter mulctam & pœnam differentias exprimunt iuncto articulo *item*, qui dicitur repetitiuus præcedentium qualitatum, sed etiam sequentia illa aduersatiuè, & affirmatiuè concepta *pœnam autem vnicuique irrogare potest*. Igitur vt propositā dubitandi rationem concludamus, verum non est quod in hoc §. scribitur his dari mulctæ dicendæ ius, quibus publicè iudicium est. Ratio decidendi. Iudicādi munus & officium publicum quidem est *dict. l. quippe*, sed non tamen publicè datum, id est, à populo, aut à Principe qui populi vice fit, sed à magistratu qui dat iudicem dictatque iudicium præscripta formula pro arbitrio suo concepta. Necenim magistratus magistratum creare potest nec facere vt non sit & remaneat priuatus is, quem ipse iudicem dedit. Mirum igitur non est, quòd iudex datus non habeat ius dicendæ mulctæ: Præsertim cùm ius hoc sit ex genere permissorum, id est, eorum quæ non sufficit prohibita non esse, vt competant, sed necesse est permissa esse, Sicut è contrario quæ sunt ex genere prohibitorum, non censentur prohibita ob hoc solùm quod non fuerint permissa, nisi etiam prohibita reperiantur *l. mutus 43. §. 1. supr. de procurat.* Nemo autem dixerit iudici dato permissum esse ius dicendæ mulctæ cùm nihil omnino possit facere iudex præter & extra præscriptum formulæ, in qua certum est nihil de mulcta dicenda exprimi solitum fuisse. Error Accursij, Bartoli, cæterorúmque omnium veterum interpretum hac parte is fuit, quod iudicationem à iurisdictione non distinxerunt, vt nec iudicem à ius dicente, nec maiores iudices qui pedaneos dabāt, quique magistratus erant à minoribus, & pedaneis à magistratu datis, qui & pedanei iudices, & dati & addicti dicebantur. Atque ita Accursium nostrum sensisse, quasi inter ista nihil intersit, ex eo apparet quod verba illa huius §. *publicum iudicium* sic interpretatur ac si scriptum esset *qui iurisdictionem habēt vel qui possent cognoscere de publico crimine, vt qui a merū habet imperium*, vel sic *cui est publica autoritate cōcessum ex l. vltim. Cod. de mod. mulct.* quorū tamen omnium nihil est quod conueniat verbis Vlpiani: qui procul dubio cùm ita scripsit *quibus publicè iudicium est* (sic enim legendum est vt in Florent. non videtur legisse Accursius *publicum iudicium*) non de iis sensit omnibus, qui habent iurisdictionem, sed de iis solis qui habent à publico, ac proinde qui sunt magistratus, & quidem populi Romani, vt excludamus defensores ciuitatum & magistratus municipales, qui quamuis non modò iurisdictionem habeant, sed etiam magistratus sint, non tamen sunt magistratus populi Romani, nec tam publicè quàm priuatim, id est, à municipibus ipsis non à populo Romano iudicium habere videri possunt, ideóque nec mulctæ dicendæ ius habent, *dict. l. 1. sup. si quis ius dicent. non obtemp. l. 3. Cod. de mod. mulct.*

a *Et non aliis.* Ratio dubitādi. Mulcta non dicitur nisi ad puniendam contumaciam eius qui vel non vult in ius venire, vel alia ratione imperium magistratus aliquid fieri iubentis vel vetantis eludit, argum *d. l. 1. §. si quis ius dicent. non obtem.* Atqui etiam arbiter contumaciam litigatoris punire & mulctare potest, iubendo eam dare pecuniam aduersario *l. non ex omnibus 39. sup. De recept.* Ergo multò magis admittēdum est mulctæ dicendæ ius habere debere omnem, quisquis habet iurisdictionem. Maximè cùm nulla sit iurisdictio sine modica coercitione *l. 1. §. vltim. l. vltim. s. de offi. eius cui mandat. est iurisd.* quæ modica coercitio vix aliud quicquam est quàm mulcta. Nec tantùm qui habet iurisdictionem, siue suo iure vt qui sunt magistratus, siue alieno beneficio, vt qui mandatam ab alio iurisdictionem exercet, videtur posse mulctam dicere, sed & iudex datus, ac pedaneus quilibet, cùm quisquis iudex est, plus iuris & autoritatis habere debeat quàm arbiter. Habet enim officium & munus publicum, Arbiter verò non nisi priuatum *l. 1. l. 3. §. 1.* vbi dixi *supr. De recept.*

Ratio decidendi. Non facilè dandum fuit omnibus qui iurisdictionem aut iudicium quoquomodo habent, ius hoc dicendæ mulctæ, ac ne iis quidem qui pœnam legitimam irrogare possunt, quia pœna non irrogatur, nisi quæ quaque lege vel quo alio iure specialiter huic vel illi delicto imposita est. At mulcta ex arbitrio eius venit qui mulctam dicit: quinimò mulcta ibi dicitur vbi certa pœna non est imposita *dict. l. aliud est fraus, & l. si qua pœna 244. eod. titul. de verbor. signific.* Meritò igitur placuit, vt non aliis ius sit dicendæ mulctæ, quàm quibus publicè iudicium est, In quo numero non quidem procurator Cæsaris continetur *l. 2. Codic. de mod. mulct.* Ideò nimirum quia iudicium & iurisdictionem quidem habet sed non publicè. Quamuis enim habeat à Cæsare, tamen Cæsaris rem tractat non tanquam Cæsaris, sed tanquam priuati, Ob idque nec magistratus dici potest, qui tantùm est procurator, nisi quod habet quædam præcipua quæ procuratores cæteri non habent *l. 1. l. vltim. & tot. tit. s. de offi. procurat. Cæsar.* Cur ergo, inquies huc ius habet arbiter, vt mulctare contumacem possit, cùm sit minùs quàm iudex? Nego habere illum ius dicendæ mulctæ. Siquidem mulctę prouocatio est, nec antè mulcta debetur, quàm aut non sit prouocatum aut prouocator victus sit *d. l. si qua pœna 244.* Atqui ab arbitro prouocari non potest *l. 1. C. de recept. arbitris* Fateor tantùm quod scriptum est in *dict. l. non ex omnibus*, posse arbitrum punire contumaciam litigatoris quod longè diuersum est à iure dicendæ mulctæ, vt ad eum locum explicaui.

b *Nisi hoc specialiter eis permissum est.* Tribonianea, ni fallor adiectio, respicientis ad Iustiniani constitutionē in *l. 5. C. de sportul. & sumpt. in diuers. iud. fac.* vbi datur licentia omnibus iudicibus dicendæ mulctæ, etiam iis qui à maioribus iudicibus delegandas lites accipiunt, id est, qui à magistratibus delegantur, quod sanè Vlpiani temporibus non obtinebat *d. l. aliud est fraus. §. 1.* secundū nostram supraſcriptam emendationem. Quàm autem insulsa, & Triboniano digna hæc sit exceptio, ex eo

Digitized by Google

apparet quod perinde est ac si scriptum esset non aliis dari ius dicendæ mulctæ quàm magistratibus, & quidem maioribus nisi datum iis sit. Quid enim refert an datum dicas, an permissum? Quomodo autem fieri potest vt non sit datum & permissum iis quibus specialiter fuit permissum? An non manifestam huc implicat contradictionem? Debuerat Tribonian. in præcedentib. scribere *His habent mulctæ dicendæ ius* non quomodo scriptũ est *his datur*, vt posset cõgruè subiici exceptio ista *nisi hoc specialiter eis permissum est*. Non dissimile est quod etiam de suo idem Tribonianus adiecit in *d.l. si qua pœna in fin.* iis verbis *Nisi cum lege est constitutum quantum dicat.* Toto enim iure vetere fuit in arbitrio & potestate omnium quibus datum erat ius dicendæ mulctę tantam dicere quantam vellent *d.l. aliud est fraus 131. eod. tit. De verb. signif.* Primúsque Iustinian. modum mulctarum constituit in *l. vlt. Cod. de mod. mulct.* præscriptus pro magistratuum varietate aliis atque aliis summis non quas omnimodo magistratus irrogare debeant, sed quas prætergredi & excedere nullomodo possint. Cęterùm quod subiungit Accursius vt sententiam huius §. connectat cum sententia legis proximè sequentis prorsus ridiculum est. Nam qui mulctam imponere non potest, valdè ineptus fuerit si aliquem vocet vt eam imponat, Ineptior verò is qui dubitare velet an eo casu puniendus sit is, qui non venit.

3. VLPIANVS libro quarto ad Edictum.

NOn videtur frustrandæ actionis causa latitare, qui præsens suscipere iudicium non compellitur.

Ad l. Non videtur 3.

Ratio dubitandi. Etiam qui ex aliena iurisdictione est si in ius vocatus sit venire debet, alioqui mulctari potest, quia non debet contemnere autoritatem Prætoris, Multò magis venire debet is qui est ex iurisdictione prætoris tametsi priuilegium aliquod habeat propter quod possit reuocare domũ *l. si quis ex aliena 5. j. h. t. l. 2. sup. si quis in ius vocat. non ier.* Atqui neque is qui ex aliena iurisdictione est, neque is qui priuilegiũ habet cogeretur iudicium accipere etiamsi præsens esset *l. vlt. sup. de iurisd. d.l. prox. sup. h. t.* Ergo non est verum quod ex Vlpiano scribitur in hac lege, Eum qui præsens accipere iudicium non compelleretur, non videri frustrandæ actionis causa latitare. Ratio decidendi. Alia ratio est eius qui vocatus in ius nõ vult venire, alia eius, qui ab initio latitat ne in ius vocari possit, Quisquis in ius vocatur venire debet, quamuis in ea causa sit vt si præsens esset, iudicium accipere non cogeretur *d.l. 5. j.* Nec tamen aliam pœnam patitur si ius Pandectarum inspicias, quàm vt obtorto collo rapiatur in ius, si neque sequi velit, neq; satis vel cautum dare *tot. t. sup. in ius voc. vt eant aut satis vel caut. dent.* Sic enim fiebat olim vocatio in ius, vt diximus ad *tit. De in ius vocan.* At is qui latitat ne in ius vocari possit (quomodo enim rapi posset ille, qui nusquam gentium sui copiam faceret?) necesse est, vt pœnam aliquam patiatur, eámque tamen non quasi contumax sed quasi latitans, quod longè diuersum est. Pœna autem hæc est, vt in possessionem bonorum eius mittatur is qui agere vult, & qui ageret si aduersarium præsentẽ haberet, quem vocare in ius posset, *l. 2. in princ. & §. 1. l. Fulcinius 7. §. quid sit autem. & pass. j. quib. ex caus. in poss. eat.* Tum si hic qui latitauit fraudationis causa, non defendatur arbitratu boni viri, eius bona nõ solùm possideri, sed etiam subinde vendi iubeantur, *tot. tit. de reb. aut. iudi. possid.* Quod nostri vulgo vocant secundum decretum: Primum appellantes illud ex quo fit missio in possessionẽ custodiæ potiùs quàm aduersarij expellendi gratia. *L. si cui §. in prin. j. vt in possess. legat.* Atqui vt quis latitare dicatur, non illud tantùm requiritur vt absit, nec defendatur, sed illud etiam maximè, vt affectum & animum habeat latitãdi, & quidẽ fraudationis causa, id est, frustrãdæ actionis gratia ne à creditoribus suis conueniatur *d.l. Fulcinius. §. quid sit autem. & § aditio autem. quib. ex caus. in poss. eat.* Porrò actio nulla exerceri potest apud iudicem datum nisi post acceptum iudicium. Ergo si quando is qui latitare dicitur, in ea causa sit, vt si adesset iudiciũ accipere non cogeretur, non magis potest dici latitare frustrãdæ actionis causa, quàm frustrandi iudicij gratia: nec proinde aduersus eum procedi vllomodo potest siue ex primo siue ex secundo decreto, Neque si ponas à nemine illum defendi. Etsi enim verũ est eum quoque qui nõ latitat, sed absens tantùm est si à nemine defendatur, eandem pœnam pati debere, quia verum æquè est eum sui copiam & potestatem nõ facere *dict. l. 2. §. 1. eod.* Id tamen ita obtinet si absens non defendatur arbitratu boni viri *d.l. Fulcinius in princ.* Vir autem bonus non arbitrabitur indefensum esse eum qui si adesset, iudicium accipere non cogeretur, sicut nec indefensam esse rem, de qua prætor iudicium accipere non cogat *l. vir bonus 18. j. iudi. solui. l. non cogendum 45. vers. quia vir bonus sup. de procur.* At quomodo scietur an in ea causa sit is qui abest vt iudicium accipere non compellatur, si neque veniat ipse, neque ab alio defendatur? Interim ergo eãdẽ pœnam omnimodo patietur, quam pateretur si iudiciũ accipere cogeretur. Respõdeo nõ posse huic legi & quæstioni locũ esse nisi eo demũ casu quo constet absentẽ, qui latitare dicitur in ea esse cõdicione vt iudicium recusare posset, siue ponas id cognitũ esse prætori tanquã notoriũ omnibus, siue ab aliquo allegatũ fuisse apud prętorem priuilegiũ fori absentis nomine, nõ ad eum defendendũ, sed hoc potiùs, vt appareat non esse absentem hũc ex eorũ numero qui defendendi sunt ne in possessionem bonorũ ipsius creditor mittatur. Nã & hoc absentis nomine fieri per quemcunque potest, nec tã defendendi animo, quàm excusandi, vt *l. seruum quoque 33. §. publicè* vbi dixi *sup. eo. tit. De procur.* Planè si fori priuilegium ignoretur poterit quidem prætor probabili errore iubere, vt in possessionem bonorum istius tanquam latitantis mittantur creditores, adeóque vt si & abesse, & nõ defendi perseueret bona eius distrahãtur. Sed si quãdoque postea constet eum iam tum habuisse priuilegium fori, statim consequens erit, Non ergo frustrandæ actionis causa eum latitasse, nec proinde Prætoris decretum vllum valere posse, quod impetratum sit in odium ipsius quasi latitantis. Nec enim solent nocere decreta Prætorum quoties per obreptionem aut subreptionẽ impetrata reperiuntur *l. 5. §. penult. infr. de reb. eor. qui sub tutel. l. vlt. C. de diuers.*

diuersi sic fert. Hinc verò illud etiã intelligimus, non alio casu posse huic legi locũ esse, quàm quo is qui latitare creditur sit ex iurisdictione illius qui latitationem coercere posset, habeat tamen priuilegiũ fori ad declinandam iurisdictionem: De quo iam diximus tota lege præcedente. Nam si ex aliena iurisdictione esset, frustra quæreremus an videretur latitare, cùm etiamsi maximè latitaret, non ideò tamen posset Prætor iubere vt mitterentur creditores in possessionem bonorum, quæ non ad ipsius pretoris sed ad alterius magistratus iurisdictionem pertinerent *d.l. vlt. de iurisdict. l. cum vnus 12. § is qui possidere. ff. de reb. autor. iudic. possid.* Et verò ibi venire bona oportet, vbi quisque defendi debet, i. vbi domiciliũ habet, vel vbi contraxit is qui abest nec defenditur *l. 1. 2. & 3. eod.* Iurisdictionem ergo ordinariam subesse oportet, vt quæri possit an pro latitante haberi debeat etiam is qui præsens iudicium accipere non cogeretur. At rursus si ponas iurisdictionem ordinariam subesse, illud etiã necessariò ponendũ est priuilegium aliquod fori vel reuocandi domum interuenire, Alioqui nõ magis huic legi locus esse poterit, quandoquidem latitat haud dubiè quisquis ita abest, vt à nemine defendatur apud eum ad cuius iurisdictionem ea res pertinet. Hæc verò neque Accursius, neque Bart. neque alij veteres interpretes intellexerũt, iuris nimirum veteris ignoratione. Sic enim omnes hanc legem accipiunt quasi ad eos pertineat qui in ius vocati nõ veniũt, idque siue ex aliena sint iurisdictione, siue priuilegiũ aliquod habeant propter quod ad iudicium ibi accipiẽdum cogi nõ possint. Nos verò de iis solis, qui neque vocati sunt in ius, neque vocari potuerunt tanquam absentes: sed qui tamen si præsentes fuissent vocari potuissent, tanquam ex propria, non ex aliena iurisdictione, at iudiciũ accipere nihilo magis coacti fuissent propter priuilegium fori. Æquè ineptum est quod idem Bart. distinguit hac parte primum decretum à secundo. Nam sicut vtrumque impetrari potest per obreptionẽ quandiu non constat præteri an absens in ea causa sit, vt habeat ius & priuilegium reuocandi domum, Ita postquàm de eo constare cœperit, neq; primi, neque secundi decreti authoritas vlla esse potest. Vtriusque siquidem vna & eadem causa est, Absentia nimirum eius qui vel frustandæ actionis causa latitat, vel actionem saltem in effectu frustratur: quorum neutrum dici potest de eo, qui si præsens esset iudicium accipere non cogeretur. In eóque rursum errat Bartol. qui aliam primi, aliam secundi decreti causam constituit, Primi quidem illam vt tædio affectus absens debitor veniat responsurus, Secundi verò, quia debito non satisfecit: Vt inferat primi decreti pœnam meritò pati eum qui non venit ad Prætorem, quia in dubio venire debuit: Secundi verò non item, quia de hoc non erat iudicis cognitio. Imò vtriusque pœnæ vna, vt diximus eadémque causa est, & ideò neutram pœnam pati debet is, qui neque soluit, neque defenditur, si præsens potuit priuilegiũ fori allegare, quamuis fuerit ex Prætoris ad quem vocabatur, iurisdictione: Quantò minùs si ex aliena iurisdictione esse proponatur, siue certum id fuerit, siue dubium & incertum? Illud planè non nego quod ait Bartolus, Si quis ex aliena iurisdictione citatus fit, postquam hodie citatione vtimur, pro vocatione in ius, non cogendum eum venire, si euidens sit incompetentia iurisdictionis, puta si clericus vocatus sit & citatus ad iudicem laicum, aut laicus ad ecclesiasticum, aut Florentinus ad magistratum Perusinum. sed eo demum casu cogendum venire, quo dubitari probabiliter possit an competens iurisdictio sit an incompetens, quod & Accursius noster sensit, & innuunt non obscurè verba Vlpiani nostri in *d.l. 5. ff. hoc tit.* Eóque etiam iure vtimur, Plus dico, quod nescio an adhuc quisquam dixerit, neq; huic legi hodie locum vllum superesse, neque istis decretis primo & secundo, de quib. Bart. loquitur, vt neque titulis illis *Quib. ex caus. in poss. eat. & De reb. autor. iudic. possid.* Cùm enim nullus supersit vsus vocationis in ius quæ non poterat fieri olim nisi in præsentem, inque locum eius successerit citatio, quæ etiam ad domum absentis fieri potest, perinde atque alia quælibet denunciatio *l. 4. §. toties. ff. de dam. infect.* apparet eum qui etiam citatus non veniat perinde tamen cõdemnari posse acsi præsens esset, quia tribus edictis euocari potest, quomodo euocabatur olim ad iudicem à Prætore datũ, Quo facto & post edictum peremptorium cùm sit verè contumax, eius cõtumacia pro præsentia habetur. Auth. *qua in prouincia. C. vbi de crim. agi oport.* Itaq; non potest videri frustrandæ actionis causa latitare is qui hodie non venit citatus, quia perinde condemnetur acsi venisset, quia nec actione vlla opus est vt ad condemnationem perueniatur, Quemodo erat olim opus, cùm fieri cõdemnationẽ oporteret à iudice dato, iudex autem non daretur aut acciperetur nisi post litem contestatam, nec rursus contestatio fieri posset nisi vtraque parte præsente, hec denique ters præsens esse ad litem contestandam, nisi qui ad prætorem & in ius vocatus in eam rem esset. Vnde est quod Iustin. scribit in §. *omnium de pœn. temer. litig.* omnium actionum instituendarũ principiũ proficisci ab ea parte edicti, quæ est de in ius vocando. Vocari porrò, vt iam diximus, nemo poterat, nisi qui posset vel sequi vel rapi, & consequenter qui præsens esset. Proinde contra eos qui per absentiam suam id agerent, vt in ius vocari nõ possent, cùm neque actio dari, neque cõdemnatio sequi vllomodo posset, aliis remediis consuli per Prætorem oportuit, missionis scil. ac venditionis bonorum, vt per missionem in possessionem pignus prætorium constitueretur *l. non est mirum 26. §. 1. ff. de pignor. actio.* quod subinde vendi posset. Quibus remediis nullus hodie locus relinquitur, tanquam quæ sint extraordinaria, cùm iure ordinario possit citari etiam is qui absens est, & vi eiusmodi citationis si duret absentia quæ transeat in contumaciam, procedi ad condemnationem. An igitur non erit hodie distinguendum, quomodo Vlpianus in hac lege distinguit, vtrum is qui citatus est nec venit, priuilegium aliquod fori habeat, an nullum? Et non puto. Nam cùm is, qui citatus est si non veniat non tam sit latitans quàm contumax, certum est perinde posse contra eum feri condemnationem acsi priuilegium nullum haberet: Siquidem per cõtumaciam amittitur priuilegium fori, quam pragmatici nostri declinatoriã exceptionem vocãt, de qua in *l. nemo 4. C. de iurisdict.* quippe quam in principio litis opponẽdam esse constat *l. vlt. C. de except.* quamuis nũquam per contumaciam iurisdictio incompetens prorogetur, quod & Bald. tradit ad *l. si quis ex consensu. C. de episcop. audient.* Nimirum quia prorogatio iurisdictionis nunquam fit sine consensu expresso, vt aduersus Bartolum docui ad *l. 1. & 2. supr.* contuma-

cia autem non expressum, sed duntaxat tacitum præ se fert consensum. Igitur contra hunc citatum & contumacem procedetur ad condemnationem, ordine edictorum ritè peracto, ac si nullum fori priuilegium haberet, At nõ ratione illa quòd frustratus sit actionem, sed quia nec actionem nec condemnationem frustrari potest is, qui verè contumax est. Quod enim priuilegium fori habet faceret quidem iure vetere inspecto vt non posset videri frustrandæ actionis causa latitare, vt hæc lex ait, sed non perinde facit hodie ne contumax dici possit, quia non sicut olim actio quæ incipiebat à vocatione, ita hodie contumacia quæ incipit à citatione per absentiam citati impeditur.

4. GAIVS libro 1. ad Edictum Prouinciale.

LIs nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio [a].

Ad l. Lis nulla 4.

Ratio dubitandi. Actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur *l. nihil aliud 51. ff. de obligat. & action.* Atqui & pater potest debere filio & filius patri, itémque dominus seruo & seruus domino *l. sed si damnum 9. alias l. peculium. §. præterea. ff. de pecul. l. frater à fratre 38. §. quæsitum. ff. de condic. indeb.* Ergo etiam inter patrem & filium, itémque inter patrem & dominum actio aliqua esse potest, Et consequenter lis aliqua. Nec enim vlla potest exerceri actio sine lite *l. singulis 6. ff. de except. rei iudic.* quamuis possit esse lis sine actione, siquidem actio omnis præsupponit litis contestationem, ut necessarium antecedens, Lis autem sicuti antè contestationem verè nulla est ita & per contestationem constituitur *l. sed si lege 25. §. si ante. ff. de petit. hered.* non est autem necesse vt contestationem semper sequatur actio. Quid enim si prætor ipse extra ordinem cognoscat, néque det iudicem? Itaque hæc lex quæ vult nullam posse litem esse inter patrem & filium, est generalior, quàm si diceret nullam esse actionem. Proinde si falsa est propositio specialior, multò magis falsa illa est, quæ generalior est, & quæ ideò specialem includit. Ratio decidendi. Potest quidem filius debere patri aut pater filio, itémque dominus seruo, aut seruus domino, sed naturaliter tantùm non etiam ciuiliter *d. §. præterea.* iunct. *l. nec seruus 41. de pecul. & d. §. quæsitum.* Ciuilis enim obligatio inter patrem & filium consistere numquam potest, ideóque nec inter patrem & filium cautio aliqua interponi salua patria potestate *l. Imperator 50. ff. ad S.C. Trebell.* cùm ius patriæ potestatis faciat, vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt.* vbi dicitur, non tam iuris constitutionem aliquam impedimento esse ne cum filiofamilias furti agere pater possit, quàm naturam ipsam rei quod non magis cum his quos in potestate habemus, quàm nobiscum ipsi agere possimus, Non quia ius patriæ potestatis non sit constitutio iuris ciuilis non scripti (est etenim *§. ius autem. Instit. de patr. potest.*) sed quoniam præsupposita patria potestate quæ facit eandem quodammodo personam patris & filij, vt diximus, natura ipsa rei non patitur vt inter patrem & filium actio vlla exerceatur *§. si quis alij. vers. ei verò Inst. de inutil. stipulat. §. hi qui parentum. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Non eadem domini & serui ratio est: Nec enim pariter ius dominicæ potestatis facit vt eadem domini & serui persona esse videatur, quamuis illud tamen verum sit non esse duas istorum personas quandiu seruus manumissus non est *l. si Pamphilo 10. ff. de opt. legat.* Nempe quia seruus personam nullam habet, quam vel eandem, vel diuersam possis dicere *l. 3. §. vlt. & l. seq. supr. de capit. minut.* cùm neque iure ciuili, neque prætorio, adeóque nec extra ordinem computetur *l. nullomodo 7. ff. ad leg. Cornel. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus. ff. qui testamentum facere possunt.* quia pro nullo habetur *l. quod attinet 32. de regul. iur.* Vnde est quod seruus non solùm domino suo ciuiliter obligari numquam potest, sed neque extraneo *dict. l. nec seruus 41. de pecul.* cùm tamen filiusfamilias ex omnibus causis si cum extraneo contrahat & obliget ciuiliter, & obligetur *l. tam ex contractibus. 57. ff. hoc titul. l. filiusfamilias 39. ff. de obligat. & action.* Cæterùm in eo par ratio est filiifamilias & serui, quod non magis potest vllo casu filiusfamilias obligari ciuiliter patri, aut pater filiofamilias, quàm seruus domino, vel dominus seruo, vtrumque impediente iure potestatis *dict. l. ne cum filiofamilias, dict. l. Imperator. & l. in suis 11. infr. de liber. & posthum.* Consequens igitur est vt nulla inter eos lis aut actio esse possit *l. si a me. 11. ff. hoc titulo. l. actiones 7. ff. de oblig at. & action. l. interpositas 13. in fin. Cod. de transact. l. post certe 36. C. de liber. caus.* Non enim actio est ius persequendi in iudicio id quod debetur naturaliter, sed id tantùm quod debetur ciuiliter, cùm obligatio quæ naturalis tantùm est nullam actionem possit parere, sed tantùm exceptionem, vel deductionem, vel retentionem, vel compensationem *l. naturales 10. ff. de obligat. & action. l. etiam 6. de compensat. dict. l. 9. §. præterea. de pecul.* Est igitur hæc lex generalis ad eos omnes pertinens, quos in potestate nostra habemus siue filiifamilias sint siue serui, quamuis exceptio quæ subiicitur *Nisi ex castrensi peculio* ad solos filiosfamilias pertineat. Siquidem seruus castrense peculium habere non potest, qui neque miles esse possit. Sed non est nouum vt regula generalis patiatur exceptionem in aliqua ex suis speciebus, non etiam in cæteris.

a *Nisi ex castrensi peculio.* Ratio dubitandi. Militia non eximit filium à patria potestate *§. filiusfamilias. Instit. quib. modis ius patriæ potest. soluit.* Ergo quamuis castrense peculium habere nemo possit, nisi qui miles sit, aut aliquando fuerit, non eo magis tamen potest inter ipsum & patrem lis aliqua esse aut actio, cùm eadem subsit ratio impedimenti. Nimirum ius patriæ potestatis.

Ratio decidendi. Filiusfamilias qui peculium castrense habet, quamuis non eo minùs remaneat filiusfamilias, tamen quod ad peculium illud attinet, patrisfamilias iure in omnibus censetur ex Imperatorum constitutionibus *l. 2. ff. ad SC. Maced.* & quidem in omnibus. Ergo & in hoc vt eo nomine possit & pater contra filium agere & filius contra patrem etiam criminaliter *l. si quis vxori 52. §. sed si filius & seq. ff. de furt. l. si dubitet 10. alias l. filiusfamilias. §. vltim. ff. de fideiuss.* Idem in peculio

quasi

quasi castrensi tractari potest, quod sicut ad similitudinem castrensis peculij comparatum est, indeque nomen sumpsit, ita & eodem in omnibus iure censetur ex iisdem Imperatorum constitutionib. quibus non alia ratio causam dedit, quàm vt hoc veluti præmio filiusfamilias ad vtriusque militiæ munera & incommoda obeunda imitarentur *l. cùm oportet 6. vers. eodem obseruando. C. de bon. qua liber. l. vlt. Cod. de inoff. testam.* Cùm verò Caius hac lege vnam hanc exceptionem subiiciat, intelligimus quàm improbabile sit, quod Accursius, Bartolus, & cæteri tot alios casus comminiscuntur, in quibus volunt posse litem esse inter patrem & filium, adeòque quod magis mirum est, inter dominum & seruum. Itémque quod generaliùs tradit Bartolus, posse inferri litem patri à filio de omnibus, ad quæ facienda potest compelli, iure actionis, inquit, vel officio iudicis. Neque tamen exemplum vllum habet quod proferat de cogendo per filium patre iure actionis, extra causam castrensis vel quasi castrensis peculij, Nisi in peculio aduentitio, in casibus in quibus patri non quæritur vsusfructus, & sic non est legitimus filij administrator: In quo certè fallitur. Nam etsi in peculio aduentitio innouatum aliud est à Iustinian. in *Nouell. 117. vt lic. matr. & auiæ cap. 1.* vt in iis bonis quæ filiofamilias relicta sunt ea lege ne vsumfructum in iis habeat pater, neque vsusfructus, neque legitima administratio patri debeatur, Non ideò tamen fecit Iustinianus vt in peculio huiusmodi aduentitio possit filiusfamilias censeri iure patrisfamilias, quasi sublato hac parte si non iure saltem effectu patriæ potestatis, sicut euenit in peculio castrensi vel quasi castrensi, enim eidem Iustiniano placuerit, vt illo etiam casu quo pater bona filio delata & acquisita gubernare nolit, neque sibi iuris quicquam in iis vindicare, nihilo magis possit filius agere, ne quidem contra extraneum nisi patre consentiente *l. vlti. post princip. vers. necessitate. C. de bon. qua liber* nō alia vt puto ratione, quàm quòd aliter posito iure non tam reuerentia patri debita (alioqui esset idem ius constituendum etiam in filio emancipato) quàm ius patriæ potestatis violari videretur. Quanto minùs ergo credibile est id egisse Iustinianum, vt filiumfamilias ex hac causa cōtra patrem agere pateretur? Nam & cùm agimus de bonis maternis aut aliis aduentitiis quæ hodie patri per filium non acquiruntur, si ea pater contra legis prohibitionem alienauerit, vel obligauerit, dicimus non currere filio tempus tricennale quod ei ad res illas vindicandas datur, nisi ex quo filius à patria potestate fuerit liberatus, idque ex aliis eiusdem Iustiniani constitutionibus *l. 1. §. vltim. C. de annal. except.* & *nouell. 22. de nupt. c. 23. sed quod sancitum.* vnde sumpta est Auth. *nisi tricennale. C. de bon. matern.* Ideò nimirum, quòd nec priùs actionem mouere filiusfamilias possit, vt ait Iustin. *in d. l. 1. § vlt.* An quia in hoc peculij aduentitij genere pater sit & fructuarius, & legitimus filij administrator? Minimè. Cur enim faueremus patri tanquam legitimo administratori in eo ipso quod contra legis prohibitionem expressam administrasset? Aut quisnam vsusfructus, & quæ administratio patri superesse potest in ea re quam vltrò & contra leges alienauit? An non saltem hoc casu æquum esset ita ius constitui, vt liceret filiofamilias eiusmodi res sic alienatas vindicare, ita vt nihil in iis penitus iuris haberet pater quandiu filius viueret? Exemplo eius quod ab Imperatore decretum legimus in specie *d. l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* Veruq; si aliud nihil obstaret nisi quod pater aliquando & fructuarius eorum bonorum & legitimus administrator fuisset. At quoniam obstabat magis ius patriæ potestatis aliud placuit Iustiniano: Et quamquā poterat decretum illud Imperatoris, de quo *in d. l. Imperator*, ad hanc quoque speciem protrahere si voluisset, noluit tamen, ne patriæ potestatis ius læderet in odium patris qui, licèt perperam & contra leges, nihil tamen dolo malo & in fraudem filij fecisse probaretur. Igitur quoties quærimus an filius aduersus patrem agere possit extra causam castrensis vel quasi castrensis peculij, non illud inspiciendum est an ea de re tractetur, cuius habeat pater vsumfructum, aut legitimam administrationem, sed hoc vnum duntaxat an filius sit in patris potestate. Nam neque ius patriæ potestatis nascitur ex iure vel vsusfructus, vel legitimæ administrationis, sed è contrario vsusfructus paternus, & legitima filij administratio ex iure patriæ potestatis. Nec ob id quod autoritas illa patriæ potestatis ex aliqua iusta causa ad aliquid infringatur, idcirco patriam potestatem vel omnino sublatam, vel minus sanctam, minúsque inuiolabilem manere putandum est, vt omnium elegantissimè probat illud ipsum decretum Imperatoris, de quo *in dict. l. Imperator.* Absit ergo vt dicamus cum Bartolo, Posse filium hodie litigare cum patre pro re peculij aduentitij cuius non habeat pater vsumfructum. Alioqui eodem errore ne dicam eadem ratione dicendum erit, permittendum etiam esse huic filiofamilias, vt de tali peculio testetur, cùm nihil in eius persona impediat testandi facultatem nisi quod est in patria potestate, quódque non dederit ei constitutio ius testandi, quamuis generalem ei facultatem dederit de huiusmodi bonis quæ voluerit modo disponendi *dict. Nouel. 117. §. 1. iunct. l. penul. C. qui testam. facer. possunt.* De quo scripsi in Hemischiliade De error. pragma. in Error. 6. Decad. 43. Atqui nec Bartolus ipse negat, Filiumfamilias de peculio aduentitio quod sit huius generis testandi ius non habere: Cur ergo magis illi permitteremus vt de eo possit agere contra patrem in cuius sit potestate? Nec dissimilis aut leuior est error Iacobi Cuiacij existimantis ad *l. 3. §. sed verum supr. de minor.* posse filiamfamilias etiam pro dote profectitia litigare cum patre. Quod nos iam ad eum locum satis refutauimus. Quos verò casus idem Bartolus congerit in quibus putat posse patrem cogi per filium officio iudicis, id est, si conueniatur pater vt filio alimenta præstet *l. si quis a liberis 5. insr. de liber. agnos.* vt filium emancipet *l. vltim. si a paren. quis manum. sit.* vt fideicommissam hereditatem ei restituat in pœnam fraudis contra fideicommissum excogitatæ *dict. l. Imperator. iunct. l. cogi 16. §. si pater ad SC. Treb.* vt dotet filiā *l. capite. 19. alias l. qui liberos de rit. nuptiar.* vt promittat dote pro filio recipiente ex *not. in l. si cùm dotem 22. §. transgrediamur. D. solut. matr.* & similes si qui sunt casus quos suauiter Bartol. ait laboriosum esse magis quàm subtile reperire, Hi, inquam, casus omnes nihil simile habent cum eo quod vult ille probare posse filium ex his causis contra patrem litigare. Nam

cùm iudex dari olim non soleret nec posset, nisi post litem contestatam, & per eam ipsam formulam per quam actio dictabatur, quemadmodum scripsimus ad legem præcedentem, & alibi sæpe, Omnino consequens est vt inter quos actio nulla exerceri potest, nec officio iudicis locus esse possit. Primus enim est vt sit iudex aliquis quàm vt de iudicis officio tractari possit, siue de nobili iudicis officio intelligas, siue de mercenario, vt nostri loquuntur. Scio enim placere iis distinctionem, quam nos tamen vt planè commentitiam ipsisque prudentibus incognitam alio loco refutauimus. Atqui iudex nullus est quin actio aliqua sit. Ergo nec iudicis officium vllum esse potest. Idque adeò verum est vt etiamsi actio primùm aliquando proposita fuerit, si tamen vel solutione, vel quo alio ex legitimis modis extincta sit, officium quoque iudicis superesse nullum possit *l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt. l. vltim. De eo quod cert. loc. l. 4. C. depos.* At clamabunt isti statim, Verum quidem id esse in officio iudicis mercenario, at in nobili non item. Nobile enim vocant quod per se exercetur, nec vlli subseruit actioni. Sed si teplicem quod iam dixi, nullum iudicis officium esse posse ne quidem nobile si iudex nullus sit, nec iudicem vllum vbi nulla est actio, quid respondebunt? Et verò si vel in vno ex tot illis casibus à Bartolo congestis probare possint ex prudentum responsis, aliquid fieri officio iudicis, non recuso vt vicisse videantur. Quid ergo est? Confundit Bartolus suo more, & eius exemplo confundunt cæteri iudicem & ius dicentem, imò quod durius est officium iudicis & decretum prætoris. Fateor in omnibus supraiunctis casibus succurri filio contra patrem decreto prætoris aut etiam principis. Omnia enim ista expediuntur cognitione prætoria, non officio iudicis litem aliquam tractantis, Nec quod de iudice passim loquitur Vlpianus aut potiùs Tribon. sub Vlpiani nomine in *d. l. 5. de liber. agnos.* monere nos debet. Nam & prætores, & præfecti & Consules interdum Iudices dicuntur, sed maiores, vt in *l. non distinguemus 32. §. de liberali*, vbi dixi *supr. de recept.* de quibus nunquam senriunt Iureconsulti cùm de officio iudicis loquuntur, sed de officio iudicis dati vt in *d. l. vlt. de eo quod cert. loc. & in l. centum Capua 8. eod. l. qui per collusionem 49. §. 1. de act. empt. l. quæro 54. in princ. loc.* Sed ne in nomine ludamus, dico, iis omnibus casibus in quibus prætor aut Princeps pro filio contra patrem se interponit, non idcò tamen vllam esse litem, at ne quidem controuersiam, cuius nomen generalius est quàm litis *l. sed et si lege 25. §. si ante. ff. de petit. hered. l. amplius 19. ff. rat. rem habe.* sed dicendam potiùs querelam, *l. 1. § sed & patronos & §. quod autem ff. de offic. præf. vrb. l. 1.* quomodo etiam dicimus querelas patronorum & libertorum *d. l. 1. §. cùm patronus & l. 1. ff. De iur. patron.* De parte enim conqueri filiofamilias ex certis causis permissum est, & vt scriptum est in *d. §. quod autem* verecundè expostulare, at contra patrem litigare extra causam peculij castrensis vel quasi castrensis nunquam licet: Nec minùs esset subtile quàm laboriosum reperire casum aliquem in quo possit lis patri per filium inferri: Nam ne is quidem qui ab Accursio & Bartolo primus adfertur ex *l. 1. C. de patr. potest.* ad rem pertinet. Siquidem cùm inter patrem & filiumfamilias de hoc ipso contenditur an filius qui diu manserit in possessione sui iuris, seque pro patrefamilias gesserit, de quo agitur eo loco, sit in patris potestate, necne, præsidis prouinciæ cognitio est in prouincia, prætoris verò in vrbe an patrem audire debeat, vt scriptum est in *d. l. 1.* & quid decernere, sed citra litem. Prius enim est vt constet filium non esse in potestate, aut saltem vt interim habeatur pro emancipato quàm vt inter eum & patrem lis aliqua esse possit. Vnde & præiudiciales istæ actiones appellantur per quas quæritur de statu & condicione personæ, aut potiùs & rectiùs præiudicia, quia iudicium præcedunt nec per eas iudicium constituitur, nec proinde lis vlla nisi de hoc ipso an filius sit in patris potestate, Quomodo etiam cogimur admittere, litem esse inter dominum & seruum si fortè seruus vindicet se in libertatem. Sed rectè hac parte prouisum est ne quid absurdi eueniret, Vt nimirum ordinata liberali causa liberi loco habeatur is qui de suo statu litigat, ita vt aduersus eum quoque qui se dominum esse dicit, actiones ei minimè denegentur quascunque velit intendere, hactenus saltem vt litem contestando eas in tutum redigere possit *l. ordinata 24. ff. de liber. caus. l. lite 14. C. eod.* Quo exemplo si quis dixerit filium qui se emancipatum esse contendit pro emancipato interim habendum esse vt possit contra patrem non modò consistere, sed etiam litigare, vt *in l. 2. C. si aduers. rem iudic.* is meo iudicio non errauerit. Quid verò necesse fuisset ita ius constitui si inter patrem & filiumfamilias, aut inter dominum & seruum lis aliqua esse posset? Quamquam exceptio ista non conuenit regulæ quam nos constituimus. Cùm enim dicimus litem nullam esse inter patrem & filiumfamilias, nec inter dominum & seruum, de eo filio loquimur quem constet esse filiumfamilias, déque eo seruo quem constet, seruum esse, non de illo, de quo an filiusfamilias vel seruus sit, dubitetur. Nec enim ius siue patriæ siue dominicæ potestatis vim suam exercere & effectum habere aliter potest, quàm si certum sit & exploratum. Æquè falsum est quod addit Bartolus, si lis inferatur filio à patre, in omnibus casibus in quibus pater non potest ratione patriæ potestatis ius dicere, iudicium consistere etiam extra causam castrensis, vel quasi castrensis peculij, Puta, inquit ille, si litem inferat pro patria potestate, vt in *d. l. 1. C. de patr. potest.* aut vt reuocet filium in patriam potestatem ex causa ingratitudinis *l. 1. C. de ing. liber.* aut vt filius se emancipari patiatur, ex not. in *l. quidam cùm filium 132. de verb. obl.* Nam his omnibus casibus nullum iudicium est inter patrem & filium, Nisi cùm filius ex causa ingratitudinis reuocatur in potestatem, quia eo casu necesse est emancipationem præcessisse, atque ita capacem factum fuisse filium iudicij aduersus patrem suscipiendi siue agat ille siue conueniatur *l. vlt. C. de in ius voc.* iunct. *l. adoptiuum 8. D. eod.* Neque tamen possum coniicere vnde Bartolus hauserit casum illum quo pater cogat filium pati vt emancipetur, Non enim sicut pater interdum cogi potest vt filium emancipet ex causa, vt in specie *d. l. vlt. ff. si a parent. quis manum. sit. & l. si cui legatum 92. de cond. & demonst.* Ita è contrario possit quis causam vllam cōminisci propter quam cogendus sit filius pati emancipationem, Cùm ius patriæ potestatis non minùs sit inæstimabile ex parte sui heredis,

Digitized by Google

redis, quàm ex parte patris, ac quo magis pervicax & contumax est filius erga patrem, tantò æquius sit contineri eum vinculis patriæ potestatis, in quā vel hoc ipso solo recideret invitus si iam esset emancipatus. Solus igitur superesse potest casus ille de quo iam diximus, si de patria potestate aut etiā de filiatione inter patrem & filium dubitetur. Sed neque illud ferre possum quod Bartolus ita loquitur, *in quibus pater non potest ratione patriæ potestatis ius dicere*. Quasi verò pater ius dicat cùm patriam potestatem in filium exercet, ac non potius privato suo iure vtatur, & domestico. Quid enim aliud est filium castigare, aut seruum, medica illa coercitione quæ etiamnum hodie salua est patri & domino, quàm coouenire illos domi? vt loquuntur Impp. *in l. vlt. C. an seruus pro suo fact.* Ius enim dicere nemo potest nisi qui iurisdictionem habet, *l. 1. sup. de iurisdict.* Porrò qui iurisdictionem habet, is neq; sibi neque suis ius dicere vnquā potest. *l. qui iurisdictioni 10. eod. tit.* Vnde etiā fit vt si quid filius deliquerit erga patrem quod seueriorem exigat animaduersionem, ita res temperanda sit, ne pater ipse quicquam durius perpetret in filium, sed tamen prætor aut præses prouinciæ, eam ipsam sententiam dicere ac contra filium pronunciare debeat, quam pater ipse dici voluerit *l. 3. & 4. C. de patr. potest.* Quæ res facit, vt magistratus non alius, quàm paternæ voluntatis executor factus videatur, quomodo hîc loquitur Bartolus. Planè si ponas filiumfamilias tutorem esse aut curatorem, non est dubitandum quin possit tutorio aut curatorio nomine agere etiam contra patrem, quoniā alieno nomine, ita facit, non suo, vt & Accursius noster notat arg. *l. quæsitum 16. supr. de in ius vocand.* Quæ de filiofamilias diximus, eadem locum habent etiam in seruo, Nisi quod ne quidem alieno nomine potest seruus agere contra dominū, cùm neque tutor, neque curator esse possit. Procurator quoque esse non potest neque ad negotia multo minùs ad lites, quamuis procuratorem ipse ad negotia constituere possit peculiaria *l. seruum quoque 33. in princ.* vbi dixi *supr. de procurat.* Denique sententia huius legis est generalis vt initio diximus, id est tam ad seruos pertinēs quàm ad filiosfamilias, licèt exceptio nō nisi ad filiosfamilias spectet. Plerique tamen casus sunt, in quibus permissum est seruo contra dominum non quidem litigare sed cōsistere, vt loquitur Hermogenianus in *l. vix certis ex causis 53. hoc tit.* vbi & nos dicemus. Iam enim fuimus hîc longiores.

7. VLPIANVS libro quinto ad Edictum.

SI quis ex aliena iurisdictione ad prætorem vocetur, debet venire, vt & Pomponius, & Vindius scripserunt: prætoris est enim æstimare, an sua sit iurisdictio: vocati autem, non contemnere auctoritatem prætoris[a]. nam & legati, cæterique, qui reuocandi domum ius habent, in ea sunt causa, vt in ius vocati veniant, priuilegia sua allegaturi.

Ad l. si quis ex aliena 5.

Ratio dubitandi. Nunquam permittendum est, vt quis in sua causa iudicet vel ius dicat *l. vnic. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic. d. l. qui iurisdictioni 10. sup. de iurisdict.* Atqui si cùm quis ex aliena iurisdictione ad prætorem vocatur, prætoris est cognoscere & æstimare an sua sit iurisdictio, eueniet vt prætor ius dicat in sua causa. Nec enim quisquam dubitare potest quin de iurisdictionis competētia pronunciare iurisdictionis sit. Ergo sicuti non est permittendum ei qui vocatur in ius vt contemnat auctoritatē prætoris ex cuius imperio vocatus fuit, Ita neque prætori vt de iurisdictione cognoscat, cùmq; suam esse pronūciet, sed alterius superioris magistratus id est qui supra prætorem sit puta præfecti vrbi aut Consulis eam cognitionē esse oportet. Ratio decidendi. Non dicit ius prætor in causa sua cùm pronūciat suam esse iurisdictionem, quia tanquam prætor id facit, & propter vim sui imperij, denique vt iurisdictionem suam tueatur, quod pro suo iure facere quilibet magistratus debet, nō autem tanquam priuatus id est priuati commodi causa. Ex quo vno æstimandum est an propria cuiusque causa sit, an aliena *l. 1. § an propria l. 2. in fi. s. quand. appell. sit. l. respublica 36. l. non verè 42. supr. ex quib. caus. maior.* Inde verò infert Bart post glos. ad *l. de iure §. ad nunc.* quòd si iudici applicaretur aliquid vt puta decima vel sportulæ, aliud dicendum esset, nec permitti oporteret ei, vt iurisdictionem suam esse pronunciaret, quia esset causa sua, inquit, etiam quoad vtilitatem. Quod ego non probo, alioque sanè iure vtimur, cùm vix villa iurisdictio sit quæ non lucrum aliquod, aut saltem commodum adferat ius dicenti, puta sportulas, vel vt Bartolus loquitur, decimam, quam apud nos pragmatici defecto nomine *Emolumentum* appellant. Nempe quia commodum hoc ius dicenti accedit non principaliter, quasi id agatur sed tantùm per consequentias, tanquam quod appeti à probo magistratu non debeat sed sequi, vt de gloria Plinius dicebat. Non solet autem ratio haberi eorum quæ non fiunt nisi per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. §. de autor. tutor.*

a *Vocati autem non contemnere autoritatem prætoris.* Ratio dubitandi. Extra territorium ius dicenti impunè nō paretur *l. vlt. supr. de iurisd.* Atqui extra territorium ius dicit prætor cùm iubet ad se vocari eum qui ex aliena iurisdictione est. Ergo qui in ius vocatus est contemnere autoritatem prætoris hoc casu impune potest. Nec enim prætoris factum iuri derogare oportet *l. 1. §. 1. supr. de fer.* Et verò si delinquit qui malè imperat, quomodo potest videri delinquere qui nō paret? arg. *l. 1. in fi. l. 2. sup. ne quis eum, qui in ius vocab. vi exim.* Ratio decidendi. Non est parendum ei cuius euidenter & indubitatè incompetens iurisdictio est. Sed si de hoc ipso dubitetur inter litigatores cuius sit iurisdictio, is qui in ius vocatus est debet haud dubiè parēre & cōparēre, non vt iudicium quoque accipere compellatur, aut litem contestari, sed hactenus tantùm vt alleget incompetentiam iurisdictionis, ne alioqui prætoris autoritatem pro arbitrio suo cōtemnere videatur *l. 2. § sed dubitetur* vbi dixi *supr. h. t. l. 2. sup si quis in ius vocat. non ier.* Si enim post allegatam incompetentiam prætor aut alius magistratus pronunciet suam esse iurisdictionem, ab ea pronunciatione appellari potest, neque ex die interpositæ appellationis vlterius progredi licet. Aliud iuris est si non de iurisdictione sed de persona ius dicentis tractetur, id est si non iurisdictio ipsa, sed

persona iudicis incompetens esse dicatur per recusationem. Nam etsi hoc quoque casu ipsius iudicis est, qui recusatur, vt recusationis causas vel admittat, vel reiiciat, si tamen reiecerit & ab ea interlocutione quæ diffinitiuæ vim obtinet, appellatum sit, nihilominùs in eodem tribunali tractari causam oportet, sed non ab eo ipso qui recusatus fuit, sed ab eo qui vicem eius gerat, fortè mandatam ab eo iurisdictionem habens: quia recusatio iudicis, personam ipsius tantùm afficit non etiam iurisdictionem. Eius autem solius est cognoscere, qui iurisdictionem habet competentem *l.1. & tot. tit. C. si à non compet. iudic.* Malè verò Bartolus, sententiam huius legis sic exprimit vt in dubio debeat quis comparere ad opponendam exceptionem declinatoriam fori. Prima enim pars huius legis non potest intelligi de exceptione declinatoria, sed de exceptione meræ incompetentiæ iurisdictionis, quæ longè diuersa exceptio est. Declinari siquidem tantùm potest ea iurisdictio quæ alioqui sit ordinaria & competens, non illa quæ sit incompetens. *l. nemo 4. C. de iurisdict.* Sed perpetuus hic error est Bartoli & aliorum vulgarium interpretum, quod non distinguunt præscriptionem fori à præscriptione & exceptione declinatoria, sed vtramque promiscuè pro vna eadémque habent. Atqui non sicut omnis præscriptio declinatoria est præscriptio fori, Ita etiam possumus dicere omnem præscriptionem fori esse declinatoriam. Habent enim se ista vt genus & species. Planè ad declinatoriam exceptionem pertinet, quod in secunda legis parte scriptum est Legatos cæterósque qui reuocandi domum ius habent in ea causa esse, vt in ius vocati venire debeant priuilegia sua allegaturi: Nam cùm priuilegio nullo indigeant, qui sunt ex aliena iurisdictione, quia tuti sunt iure communi, consequens est, vt quisquis priuilegium allegat, hoc ipso competentiam iurisdictionis agnoscat, & consequenter indigeat exceptione declinatoria ad ordinariam iurisdictionem quæ alioqui competens sit, declinandam, vt dixi ad *d. l. 2. supr.*

6. Idem libro sexto ad Edictum.

CÆcus iudicandi officio fungitur.

Ad l. cæcus. 6.

Ratio dubitandi. Qui caret minoribus non debet frui maioribus *l. cui pacto cauti. ff. de seru. export.* Atqui non potest cæcus postulare *l. 1. §. casum & §. quamuis autem sup. de postul.* quod longè minus est quàm iudicare, cùm ordinetur postulatio ad iudicationē *l. 1. & tot. tit. C. vt quæ desunt aduoc. part. iud. supp.* Ergo multò minùs permittendum ei est vt possit fungi officio iudicantis. Ratio decidendi. Quod dicimus cæcum non posse postulare, propriam & specialem habet rationem, quòd insignia magistratus videre ac reuereri non possit, vt scriptum est in *d. §. casum.* Quæ ratio cessat euidenter in iudicante, id est in iudice dato à magistratu. Nā cùm iudicet ex magistratus autoritate quamuis nō sedeat pro tribunali (nec enim iudices dati & pedanei olim tribunal habebāt, sed soli magistratus, aut qui mandatā ab iis iurisdictionem habebant, vt alibi scripsimus) dignior est cui honor & reuerentia præstetur, quàm vt de reuerentia per eum præstanda quæri oporteat, Præsertim cùm nec præsente magistratu iudicet, à quo datus fuit. Mirum igitur non est alio iure censeri hac parte iudicationem, alio postulationem, quia vtriusque diuersa ratio est Postulatio fit apud prætorem aut præsidē pro tribunali sedentem, cuius solius veneratione non etiam ex officij qualitate arcetur cæcus à postulādo, Et hoc respectu maius quiddam est postulare, quàm iudicare. quod adnexam non habet cōtemplationem & venerationem prætoris, aut alterius magistratus. Et verò quid impedit quominùs possit cæcus iam benè iudicare, quàm qui non cæcus est, Nisi fortè proponas iudicandum esse de coloribus, aut vt loquamur seriò de ea re, quæ iudicantis quoque oculis subiicienda sit vt in iudicio finium regundorum *l. si irruptione 8. in fin. ff. fin. regund.* Quanquam & ea quæstio finiū regundorum per mensores dirimi potest, subiecta re ipsorum oculis, etiam iudice ipso nihil vidente. Sufficiet enim mensorum relationem audire, vt quotidie fit. Cúmque iudex datus habeat iudicandum ex præscripto formulæ prætoris aut alterius magistratus, qui eum dedit, idipsum autem facere tam benè possit is qui cæcus est, quàm qui cæcus non est, nihil planè causæ est cur cæcus iudicantis officio fungi non possit, Nec solùm si cæcitas superuenerit ex postfacto, quod Accursius & Bartolus malè putār, sed etsi cæcus quis sit antequàm iudex detur, vt iam ante nos Duarenus disputauit. Alioqui superueniens cæcitas etsi non impediret ne cæcus maneret iudex, impediret tamen ne iudicātis officio fungi posset, vt de furore scriptum est in *l. iudex datus 46. ff.* Atquin Vlpianus non illud tantùm hoc loco scribit, Cæcum posse iudicem esse, de quo dubitari vtiq; multò minùs poterat quàm de furioso, sed ait fungi eum officio iudicantis, vt appareat non tantùm officium, sed etiam officij exercitium ab eo retineri, nec minùs posse illum ab initio fieri iudicem quàm ex postfacto manere iudicantem. Ideóq; nimirum Paulus in *l. cùm prætor 2. §. penult. ff. hoc tit.* de illis tractans qui natura prohibentur ne iudices esse possint, adfert exempla in surdo muto, in perpetuo furioso, & in impubere at non etiam in cæco, Eiúsque iuris rationem illam subiungit, quia omnes isti iudicio carent: quam rationem nemo dixerit ei cōuenire qui cæcus sit etiam à natura. Quod Bartolus non animaduertit, qui legem illā huic opponit quasi contrariam, acsi de cæco quoque Paulus ibi loqueretur. Nec tamen negat Bartolus, posse eum qui tēpore ferendæ sententiæ cæcus sit, etiam in scriptis sententiam ferre, idque meliùs quàm Accursius qui vult hoc casu cæcum iudicem retinere quidē dignitatem, sed non administrationem iudicandi ex *l. vlt. C. de senten. ex peric. recit.* Nam vt bene Bartolus, quid vetat etiam per alium legi & recitari ex scripto sententiā, vt in *l. 2. in fin. eod. tit.* Nec enim de eo posset conqueri magistratus qui iudicē dedisset, multóque minùs si is iudex datus cæcus ab initio fuisset, quàm si ex postfacto cæcitas superuenisset. Sed in eo & Accursius peccat & Bartolus, quod vult vterque iudicem, de quo in hac lege agitur, habere dignitatem. Nulla enim dignitas est iudicis dati, cùm neque magistratus sit, neque habeat iurisdictionem, sed tantùm notionem & iudicationē *l. aut prætor 5. ff. de re iudic. l. vlt. C. vbi & apud*

pud quem cognit. in integ. restit. agit sit. Officium sanè gerit *d.l. iudex datus 46.§.* Ac ne possis dubitare legem hanc esse de iudice dato, Obseruandum est non de iudice loqui Vlpianum, sed de iudicante, quo nomine nunquam in Pandectis alij iudices quàm dati & pedanei significantur. Interdum quidem etiam magistratus iudices dicuntur, quia sumpto generaliter hoc nomine sunt etiam isti iudices sed maiores, vt scripsi ad *l. non distinguemus 32. §. de liberali, sup. de recept.* At iudicantes eos dici nunquam reperias, quia nec vnquam iudicabant, sed semper iudices dabant, vsque ad *l. 2. C. de ped. iud.* Nisi quod de quibusdam causis grauioribus ipsi cognoscebant, sed ita vt notio & cognitio illa dicenda esset, non iudicatio. Verùm vt iam sæpius monuimus, perpetuus hic fuit error Accursij, Bartoli, & ceterum omnium interpretum, quod non solùm appellationes istas confundunt *iudicis & iudicantis*, sed etiam quod intolerabilius est *ius dicenti & iudicantis.* Inter quæ tamen differentia etsi hodie nulla est, magna olim fuit. nec vnquam negligenda est, cùm agitur de aliquo Pandectarum loco interpretando. Itaque extra omnem dubitationem est quod Bartolus hîc notat, quòd si alicui Principi habenti iurisdictionem succederet cæcus retineret iurisdictionem & haberet eam. Itémque quod si alicui Baroni vel Comiti succederet filius cæcus, remaneret iudex & retineret iurisdictionē, Sed quod addit *licet postea concedas non posse* falsum est. Quid enim vetat Baronem fieri vel comitem omnimoda, vt loquuntur iurisdictione, etiam illum qui iam tùm sit cæcus? Nec obstat quod non potest is qui iam cæcus est aspirare ad magistratum, ex *d.l. 1. §. quamuis autem supr. de postul.* Aliud enim est magistratum gerere, Aliud verò Baronem vel Comitem esse. Magistratum gerere non illud tantùm est, iurisdictionem habere, sed eam quoque exercere, quod neque tam facilè, neque tam decenter fieri potest per cæcum, vt ei permittendū sit candidatum agere, & magistratum ambire. At Baronem vel Comitem esse, nihil aliud est quàm dignitatem habere, & cum dignitate, etiam iurisdictionem, sed quam non per se exercere debeat Baro vel Comes, quomodo debet magistratus, sed cuius exercitionem alij mandare possit, & debeat. In quo nihil est quod vel absurdum vel indecorum aut inconueniens videri queat. Nam & similiter dicimus iudicem datum in eodem officio manere licet furere postea cœperit, quia rectè ab initio iudex addictus fuit, Et tamen iudicare illum non posse, idcóque iudicandi necessitatem ei propter morbum sonticum remittendam esse *d. l. iudex datus 46. hoc tit.* Furor est morbus sonticus, Cæcitas non item, ob idque non magis impedit exercitiū officij quàm officium ipsum: siue ius dicendum sit, siue iudicandum. Quare & quod de arcendo cæco à gerendis magistratibus scriptum legimus *in d. §. quamuis autem*, mihi valde suspectum est, & Triboniano, ni fallor, adscribendum ex iis quæ ad eum locum notaui. Sic dicimus cæcum arceri à postulando, Neque tamen ideò quis dixerit arceri eum debere à scribendo de iure, quoniam non quæ ratio impedit ne possit postulare, eadem impedit ne possit de iure scribere.

7. VLPIANVS libro septimo ad Edictum.

SI quis posteaquam in ius vocatus est, miles, vel alterius fori esse cœperit: in ea causa reuocandi forum non habebit, quasi præuentus.

Ad l. si quis posteaquam 7.

Ratio dubitandi. Actor in actionibus omnibus siue in rem sint, siue in personam sequitur forum rei *l. 2. C. de iuris. d. l. 1. & l. C. vbi in rem act.* Atqui neq; actor neque reus quisquam est, adeóque nec actio vlla ante acceptum iudicium, quod tamen nō potest accipi nisi post litem contestatam, vt sæpius à nobis dictum est in præcedentibus. Ergo si quæratur de competentia iurisdictionis non illud tempus inspiciendum est quo quis in ius vocatus fuit, sed potiùs cuius fori sit eo tempore quo iudicium accipiatur. Et consequenter si quis posteaquàm in ius vocatus est, cœperit esse miles vel alterius fori in ea causa est, vt debeat habere ius reuocandi forum. Indéque fieri videtur quod scriptum est in *l. qui autem 12. supr. si quis caution.* vt qui nouo priuilegio vtitur, id est quod post vocationem in ius interuenerit, non videatur in eadem causa isti. Ratio decidendi. Omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur quæ est de in ius vocando *§. omnium Instit. de pæn. temer. litig.* quia licèt is qui aduersarium in ius vocat, non tam agat quàm agere velit, idipsum tamen facit ex auctoritate illius ad cuius iurisdictionem res pertinet. Neque enim alterius est dictare iudicium & actionem, quàm eius ad quē & ex cuius iurisdictione vocatus est is contra quem postmodum iudiciū postulatur. Ergo superueniens priuilegium fori non potest facere vt qui in ius vocatus iam est habeat ius reuocandi forum, cùm iam sit præuentus. Præuenit enim qui vocat, Multò magis qui incarcerat, de quo Bald in *l. Officiales C. de episc. & cleri.* modò vocatio illa aut incarceratio valeat. Nam si nulla sit ex aliqua causa, nullum prorsus effectum habere potest De quo Roman. *cons. 262.* Nec pugnat quod scriptum est in *d. l. qui autem.* Debet enim de alio intelligi priuilegio quàm fori. Siquidem non vtitur fori priuilegio is qui patitur se iudicio sisti: cùm fori priuilegium allegari debeat in iure apud prætorem, non in iudicio apud iudicem datum. Sera namque priuilegij allegatio est post acceptum iudicium, quod non accipitur nisi post contestationem, antequam necesse est vt priuilegium si quod sit allegetur *l. 5. supr.* alioqui priuilegio fori renunciare intelligitur is qui litem contestatur *l. nemo 4. C. de iurisdict. l. vltim. C. de except.* iunct. *l. pe. C. de pact.* Hoc verò Accursius noster nō intellexit, qui vt Vlpianum in hac lege conciliet cum Paulo in *d. l. qui autem*, comminiscitur intelligendum Vlpianum de eo cui datum fuerit priuilegium ad suam vt loquitur postulationem, Paulum verò de eo cui datum fuerit citra eius postulationem arg. *l. 2. sup. quod quisque iur.* quod planè nugatorium est. Nec subtilius est quod idem Accursius notat hanc legem accipiendam esse de milite non armato, vt effugiat obiectionem quam videt fieri posse ex *l. 4. §. si reus ff. de re milit.* vbi Menander scribit reum capitalis criminis si sit voluntarius miles capite puniendum esse, nec remittendum eò vbi reus postulatus est, sed vt accedente causa militiæ audiendum si dicta causa sit, vel requirendum adnotatum. Rectiùs Angelus, sepa-

Digitized by Google

randam esse hac parte iurisdictionem ciuilem à criminali. In ciuili obtinet quod in hac lege Vlpianus scribit. In criminali quod ibi Meoander. Et ratio eiusdēs diuersitatis est, quia criminalis iurisdictio tota pertinet ad pœnas irrogandas, quæ porrò irrogari solent aliæ atque aliæ pro qualitate & varietate non modò criminum, sed etiam personarum: Aliter enim puniuntur liberi, aliter serui, aliter honestiores homines, aliter tenuiores, & quod ad rem nostram magis pertinet, aliter milites, aliter pagani *l. capitalium* 18. §. *non omnes & pass. ff. de pœn. l. pe. sup. si ex noxal. caus. agat.* In pœnis autem irrogandis si nō legibus publicorum iudiciorum aut qua alia lege certæ & limitatæ delictis impositæ sint, inspici solet tempus sententiæ ferendæ, vt rectè ac verè tractat Bartol. ad *l. 1. ff. de pœn.* cùm eo casu pœna nulla sit ante sententiam. At in ciuili iurisdictione illud tantùm inquirimus cuius iurisdictionis fuerit, is qui in ius vocatus est, eo nimirum tempore quo vocatus fuit, quoniam primus ille actus iurisdictionis est, qui vnicus sufficit ad præuentionem. Non ergo requiritur vt etiam lis contestata sit, nec vt iudicium iam pendeat, quod vt quæ pendere non potest priusquàm acceptum sit & constitutum, quod fieri nequit nisi post litis contestationem. Proinde malè Bartolus hanc legem intelligit de fori priuilegio quod superueniente iudicio pendente. Nam etsi superuenerit antequàm iudicium penderet, dum modò post factam in ius vocationem, in cuius locum hodie successit citatio, idem est. Quinimò multò magis si non nisi post contestationem superuenerit priuilegium, aut etiam post sententiam, vt in *l. p. vult.* *sup. de iurisd.* Malè etiam alij hanc legem referunt ad id quod dici solet, vbi acceptum est iudicium, ibi & finem accipere debere ex *l. vbi* 30. *ff.* Non enim hæc lex est de iudicio accepto, sed de fori præuentione facta per vocationem priusquàm iudicium acciperetur. Neque verò noua lis fit, cùm iudicium accipitur, sed ea ipsa, quæ per vocationem fuerat instituta continuatur. Proinde sufficere præuentionem semel factam esse arg. *l. tutor petitus* 28. *l. Titius* 45. *ff. de excus. tutor.* Ex quo intelligimus, quid ad eam quæstionem respōdendum sit, quam subiungit Bart. de eo qui pendente iudicio factus sit clericus, An à iudice laico an ab ecclesiastico potiùs debeat condemnari. Nam si agatur ciuiliter nihil ei prodesse debet clericatus qui ex die citationis superuenit. Si criminaliter ei proderit, quia clericus à laico puniri & ad pœnam aliquam condemnari nullo modo potest nisi in fraudem cœptæ litis ambierit clericatum *l. si maritus* 15. §. *1. vers. necessario ff. ad l. Iul. de adult. hoc accusare* 11. *ibi dum in accusat. ad l. Iul. causa ff. de accusat.* Quo tamen etiam casu si audis excogitatæ degradari debet clericus à suo episcopo priusquàm a laico puniri possit. Auth. *l. item C. de episc. & cler.* quod & Bart. tradit ad *d. l.* 11. *ff. pan.* longe *l. incola* 35. *ff. ad municip.* vbi dicitur incolam, qui muneribus publicis iam destinatus est non in perfectò munere incolatui renunciare posse, quam per solam destinationem fuerit præuentus. Quanto magis enim præuentus videri debet quod ad forum pertinet, is qui in ius vocatus fuit? Sic non quæ Accursius noster, nec absurdè tractat, cum eam legem quasi huc similem allegat.

8. GAIVS libro secundo ad Edictum Prouinciale.

SI quis in legatione constituerit, quod ante legationem debuerit non cogi eum ibi iudicium pati, vbi constituerit.

Ad l. si quis in legatione 8.

Ratio dubitandi Legati nullum habent priuilegium de eo quod legationis tēpore contraxerunt, sed tantùm de eo quod ante legationem *l. 2. §. omnes autem sup. h. t.* Atqui cùm quis in legatione cōstituit, quod ante legationem debuit, licèt debitū legationem præcesserit, verum tamen est constitutum in legatione factum esse. Ergo cogendus est iudicium ibi accipere & pati vbi constituit, nec domum reuocandi ius habere debet. Atque ita Iulianus Legatum Romæ constituentem quod in prouincia acceperat, putauit Romæ conueniri debere, vt Vlpianus refert in *l. cum qui* 5. §. *1. de constit. pecun.* Ratio decidendi. Constitui non potest nisi quod iā debetur *l. 1. §. an potest & seq. eod. tit.* Ideóq; si quis constituat quod iam debet causam & originem constitutæ pecuniæ non iudicij potestatem præualere placuit, etiamsi ex constituto non ex constituti causa conuentus fuerit, & condemnatus *l. quod id quod* 13. *in princip. ff. de donat.* Eadem igitur ratio facit vt si quis in legatione constituerit se soluturum simpliciter quod ante solutionem acceperat in prouincia, non magis cogendus sit Romæ iudicium accipere, quàm si in prouincia constituisset, nec Romæ quicquam contraxisset. Credendus enim est contraxisse & constituisse Romæ in consequentiam præcedentis contractus in prouincia celebrati: Nō idem est si quod alius in prouincia debebat, Legatus Romæ constituat. Hic enim cùm nullo vnquam alio loco, quàm Romæ contraxerit, non alibi quàm Romæ contraxisse videri potest, non magis quàm is Romæ pro alio, qui pecuniam in prouincia acceperat, fideiussisset, & ideò neutro casu priuilegium habet *l. cum furiosus* 39 §. *1. hoc tit.* Planè etiam is qui pro debito proprio quod in prouincia contraxerat, cōstituit Romæ, cum ibi esset in legatione, duobus casibus poterit Romæ conueniri ipso etiam tempore legationis, Vnus est si solutionem contulerit in tempus ipsum legationis *l. 3. ff. de legat.* Alter est, si nō tantùm Romæ constituerit, sed etiam se Romæ soluturum quāuis eo tempore in legatione esset. Hoc enim casu Romæ conueniri non tantùm potest, sed etiam debet, cùm non modò Romæ contraxerit, sed etiam Romæ soluere se obligauerit, quod posterium longè efficacius est, adeò vt contraxisse vnusquisque intelligatur in eo, in quo vt solueret, se obligauit *l. contraxisse* 3. *ff. de obl. & act. l. 3. ff. de reb. auct. iud. posid. l. quaero* ... *de fon.* Et hic casus est de quo Vlpianus tractat ex Iuliano in *d. l.* 5. §. *1 de pecun. constit.* vt apparet ex eo prim ùm quod Vlp. eo loco ita scribit *conueniri debere*: quo verbo non potestas, sed necessitas conueniendi significatur: quæ porrò necessitas eo tantùm casu subest, in quo destinata fuerit solutio Romæ, quia sicut is qui certo loco dare promisit, nullo alio loco quàm in quo promisit soluere inuito stipulatore potest *l pe. ff. de eo quod cert. loc.* ita nec stipulatori facultas vlla cōpetit agendi alio loco, quàm in quem sibi dari stipulatus fuit, nisi confugiat ad auxiliū vtilis

actionis

Digitized by Google

actionis arbitrariæ ob eam demum causam cōparatu *l.t.eod.* Quod certè non intellexerunt qui eo verbo *debere* moti, putarunt negationem Vlpiano deesse legendumq; *non debere* quasi ibi debuerit *posse* non *debere* si affirmatiuè locutus fuisset Vlpianus: Nec subtilior Cuiacius qui lib. 15. obseru. cap. 17. vt istis satisfaciat nihil aliud adfert, nisi quod verbis *debere & posse*, autores nostri promiscuè vtuntur: quod tamen nec passim faciunt, nec sine ratione quæ porrò hîc nulla esset. Idem apparet ex secundo casu quem subiungit Vlpianus in *d.l.5. §.1.* his verbis *sed si* (sic enim legò deleta coniunctione & quæ in Pand. Florent. intercluſa est lineis tanquam suspecta) *non cùm Romæ esset, sed in prouincia adhuc constituens se Romæ soluturum, denegatur in eum actio de constituta.* Est enim hic casus diuersus à superiore in hoc tantùm, quòd in priore constitutum fuerat Romæ; in posteriore verò constitutum fuerat in prouincia: non etiam in eo quod solutio fuerat Romæ destinata. Cùmq; deneget Vlpianus actionē constitutæ pecuniæ in eū quoque qui constituerat se Romæ soluturum, quoniam ita constituerat in prouincia ante legationem, nemo probabiliter dixerit in priore specie sensisse Iulianum de actione Romæ danda in eum qui alibi quàm Romæ soluere constituisset. Vtrumque enim requiritur ad conueniendum Romæ Legatum, vt & Romæ constituerit, & Romæ soluere promiserit si pro seipso constituit. Nec minus quod secundo loco expressimus; quā quod primo, Quia is qui simpliciter Romæ constituit quod in prouincia acceperat, non specialiter destinata Romæ solutione credendus est constituisse soluturum se in eo ipso loco in quo soluere antea debebat, ac proinde in prouincia, non Romæ; cùm in prouincia contraxisset. At difficilius illud est, Cur in secundo casu Vlpiani id est si Legatus cùm nondum Romæ esset, sed adhuc in prouincia constituerit se Romæ soluturum, non possit tamen Romæ conueniri de constituta pecunia, cùm vt iam diximus non alio loco possit conueniri summo iure quàm in quem destinata solutio fuit. Respondendum est eum qui legationis prouincialis gratia Romam venit, licèt Romæ sit, perinde tamen habendum acsi non esset, cùm non ibi sit nisi propter legationem, sine qua credendum est non fore illum Romæ. Nam nec quicquam aliud ibi esse intelligitur vbi casu tantùm sit & ad tempus *l. si fundus 44. l. si Chorus 79. §.1. l. si ita 80. de leg. 3.* Et verò aliter posito iure fieret facilè vt à suscipiendæ legationis munere quis auocaretur, veritus ne ob eam causam Romæ repertus, tanto citiùs & faciliùs conueniretur. Id etiam probare non possum quod Cuiac. supradicto loco notat, Orationem hanc *sed etsi* sæpissimè in autorū nostrorum scriptis discretiuam esse non coniunctiuam, & contra solum articulum *sed* coniunctiuum esse non discretiuum. Repugnat enim ratio rectæ grammaticæ, Et si quando tale quid occurrit, mendum subest, conflatum ex eo quod librarij Florentini mos est vt scribat S E T pro set et, cùm antiqui exscriptores passim T pro D vt C pro G & B. pro V. vsurparent, nec nisi semel scriberent, sed maiusculo tamē charactere eas literas, quæ alioqui bis scribendæ fuissent. Cæteræ solutiones quas hîc adfert Accursius planè commentitiæ sunt: Illud verò etiam ineptum quod præfatur aduerbia ista *ibi & vbi* non localiter accipienda hîc esse sed temporaliter. Sunt enim aduerbia loci non temporis.

9. VLPIANVS libro nono ad Edictum.

INsulæ Italiæ pars Italiæ sunt: & cuiusque prouinciæ.

Ad l. Insula 9.

Ratio dubitandi. Continentes prouincias accipere debemus eas quæ Italiæ iunctæ sunt, vt puta Galliam & Germaniam *l. notionem 99. §. 1. ff. de verb. signific.* Atqui insulæ omnes Italiæ separantur ab Italia freto aliquo: alioqui non essent insulæ. Ergo insulæ Italiæ non possunt dici pars Italiæ vt nec insulæ alterius prouinciæ pars illius prouinciæ. Ratio decidendi. Insulæ Italiæ aut alterius cuiuslibet prouinciæ non constituunt separatā prouinciam. Alioqui non dicerentur insulæ Italiæ aut alterius prouinciæ sed prouincia ipsa vt Britannia. Necesse igitur est vt sint pars Italiæ, vel eius prouinciæ cuius insulæ appellantur. Adeò vt nec aliud sit de insula Sicilia quamuis & ipsa prouincia sit, quia non nisi modico freto ab Italia separatur *d. l. notionem. §. 1.* Et consequēter qui ex Sicilia, vel Sardinia est potest conueniri in Italia, tanquam Italus, Quomodo dicimus eum qui ex vico aliquo ortus est, patriam habere intelligi eam rempublicam cui vicus ille respondet *l. qui ex vico 30. ff. ad municip.* vt scilicet in ea republica & munera suscipere debeat, & conueniri. Sic enim & lex hæc ad hunc titulum, & illa ad illum applicanda est.

10. VLPIANVS libro decimo ad Edictum.

DEstitisse is videtur, non qui distulit sed qui liti renuntiauit. in totum desistere enim est, de negotio abstinere [a], quod calumniandi animo instituerat. Planè si quis, cognita rei veritate [b], suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseuerare, quam calumniæ causa non instituerat, is destitisse non videtur.

Ad l. destitisse. 10.

Ratio dubitandi. Etiam qui distulit agere intra tempora ad agendum vel accusandum præstituta, intelligitur renunciare causæ & liti *l. si ea que 7. C. qui accusare non poss.* Ergo destitisse dicēdus est non tātùm qui liti renunciauit expressè, sed etiam qui distulit. Ratio decidendi. Loquitur hîc Vlpianus de illo, qui per aliquod tantùm tempus distulit, prosequi accusationem, at nō etiam de illo qui passus sit elabi tempora intra quæ peragere reum debuit, siue à præside præstituta fuerint, siue à lege *l. ab accusatione 5. §. destitisse. ff. ad SC. Turpill.* Nihil enim refert an quis expressè renonciet, ac per sollennem actum & legitimū renunciationis quæ olim fiebat apud acta & in iure *l. postquam liti 4. C. de pact. l. 3. C. de repud. vel abstin. hered. l. si donationis 18. C. de donat. l. si lis 11. C. ad l. Cor. de fals.* an verò tacitè per lapsum temporis *l. pen. §. vlt. C. de recept. arbitr.* quantum ad hoc vt liti & causæ renunciasse & consequenter ab accusatione destitisse videatur. Neque aliud hîc requirit Vlpianus nisi vt liti renunciatum sit in totum non etiam vt expressè. Pertinet autem hæc

lex ad tractatum De calumniatoribus & de SC. Turpilliano, vt dixi ad *l. desistisse 21. C. de minor.* & constat etiam ex *l. destitisse 15. ad SC. Turpill.* Vt scilicet qui ab accusatione desistit puniatur criminaliter tanquam calumniator, si nõ impetrauerit abolitionem, quæ tamen fallaciter accusantibus, regulariter denegatur *l. ult. C. de abolit.* iunct. *l. abolitio 8. & seqq. ad SC. Turpill.* Quamuis dici soleat eũ qui ab accusatione desistit non videri succumbere, qui scilicet non expectat vt condemnetur *l. alia 8. C. de his quib. vt indign.* Sed intelligi id debet de eo qui accusationem instituerat syncera mente non per calumniam, vt & quod scriptum est in *l. Papinianus 8. §. meminisse j. eo tit. prox.* Nam qui per calumniam instituit accusationem etiamsi desistat ante sententiam, non debet esse melioris condicionis quàm si accusationem ad finem vsque perduceret ac cõtrariam sententiam reportaret, cum nemo per pœnitentiam solam nocens esse desinat *l. qui ea mente 65. j. de furt. l. Senatus 15. ibi nisi caui, ani egisset & perdidisset* sic namque legendum arbitror non vt vulgo *prodidisset j. de iur. fisc.* Idque Vlpianus noster hîc satis docet, cum excipiens eum, qui cognita rei veritate suum negotium deseruit nolens in lite improba perseuerare, subiungit *quam calumniæ causa non instituerat*, vt intelligamus nihil profuturum ei quod in lite improba noluerit perseuerare si ab initio calumniator fuit. Non quasi pœna aliqua dignus sit qui in lite improba & calumniosa perseuerare noluit, (laudanda enim potius esset verecunda eius cogitatio *l. 4. §. 1. j. de alien. iudic. mut. caus. fact.*) sed quia nec eam mouere ab initio debuit, nec calumniari. Itaque punitur hic accusator non tanquam desistens, sed tanquam calumniator: Probatur autẽ calumniator hoc ipso quod ab accusatione desistit, nisi probet iustam se aut potius probabilem habuisse causam existimandi ab initio non iniustam fore accusationem. In ciuili negotio qui desistit nullam nisi expensarum pœnam patitur, quæ & alii cuilibet temerario litigatori irrogatur *l. eum quem temerè 79. j. h. t. l. qui solidum 78. §. 1. j. de leg. 2.*

a *De negotio abstinere*, quod fit etiam solo animo cum quis affectum & animum accusandi deponit, ac multò magis si locutus fuerit cum aduersario suo de compositione eius criminis quod intendebat *dict. l. ab accusatione 6. in princip. & §. 1. ad SC. Turpill.*

b *Cognita rei veritate.* Hinc Bartolus infert, Quandò ex productione alicuius instrumenti aut ex apertura testamentorum, aut potius testationum (sic enim loqui Bartolus debuit, non dicere *testium*) aliquis ex litigatoribus manifestè cognoscit se iustitiam non habere, quam antè habere putabat, optimum esse consilium vt statim cedat liti ad euitandam expensarum condemnationem. Quod verum quidem est, sed tamen ex hoc loco non probatur. Neque enim agit hîc Vlpianus de pœna expensarum ob temerariam litem institutam, sed de pœna Turpilliani ob calumniam: nihil autem vetat, esse quem temerarium litigatorem, qui tamen non sit calumniator. Quisquis calumniator est, idem & temerarius quoque litigator sit necesse est: At non è conuerso quisquis temerarius litigator est, idem etiam vtique calumniator dici potest. Ergo si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseuerare, quam calumniæ causa non instituerat, calumniatoris quidem pœnam non patietur, sed non eo minùs in expensas litis condemnandus erit, ni probet se probabilem litigandi causam habuisse *d. l. qui solidum 78. §. 1. de leg. 2.* Atque si probabilem habuit excusabitur ne sumptus antea factos refundere condemnetur, sed ita demum si cognita rei veritate statim desistat, non etiam si litigare perseueret, quia licet ab initio nihil dolo malo fecerit, nunc tamen facit cùm perseuerat arg. *l. 2. §. circa. inst. de dol. except.* creditúrque semper æquè fuisse litigaturus etiamsi rei veritatem citiùs compertisset. Eoque iure vtimur.

II. VLPIANVS libro duodecimo ad Edictum.

Si à me fuerit adrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solui iudicium: Marcellus libro tertio Digestorum scribit: quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.

Ad l. si à me. II.

Ratio dubitandi. Quemadmodum quod ab initio non valuit, non facilè ex postfacto conualescit, vt est in regula iuris pontificij & in *l. quod initio 29. de reg. iur.* ita nec facilè irrita fiũt, quæ ab initio valuerunt, tametsi ad eum casum peruenerint à quo incipere non potuerunt *l. verbis 45. in fi. j. ad l. falcid.* Id enim est quod vulgò iactari solet multa durare facta quæ fieri tamen prohibentur *l. patre furioso 8. §. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Et quamuis plerique veterum eam propositionẽ habuerint pro regula, Vt irritũ fieri debeat quicquid ad eum casum peruenit à quo non potuit incipere vt cõstat ex *l. quia in eum casum 19. j. ad l. Aquil. l. Iulianus ait similiter 17. h. tit. l. Granius 71. vers. sed cum dno. j. de fideiuss. l. si in metallum 3. in fi. de his quæ pro non scrip. hab. l. pro parte 11. j. de seruit. l. inter stipulantem 83. §. sacram. l. si sub vna 136. §. si quis viam de verb. obl.* non tamen placuit omnib. vt apparet ex *d. l. verbis*, & ex *§. ex contrario Inst. de legat.* vbi refertur Papiniani & aliorũ in hoc dissensio, cuius vestigiũ extat in *d. l. verbis.* iunct. *l. debitor 82. de leg. 2.* item ex *plurib. 140. §. ult. de verb. obl. l. in ambiguis 85. §. 1. de reg. iur. l. is cui lege 18. j. qui test. fac. poss.* Ergo si à me fuerit adrogatus is qui litem erat contestatus mecum, vel cum quo ego, non est bona ratio, aut necessaria consecutio si quis dicat, solui iudiciũ ideò debere, quod nec ab initio inter nos cõsistere potuerit propter ius patriæ potestatis *l. 4. j.* cum ab initio constiterit, & eo tempore quo non erat ille in mea potestate. Ratio decidendi. Impossibile est vt iudicium consistat inter me & eum qui in mea potestate sit cum nõ tantùm constitutio iuris ciuilis, sed etiam natura ipsa rei sit impedimento *d. l. 4.* vbi dixi *& l. ne cum filiofamil. 16. j. de furt. l. adoptiuum 8. sup. de in ius voc.* In quo casu impossibilitatis ex postfacto superuenientis perpetuò vera est regula illa veterum de qua tractamus Quis enim præter Deum Opt. Maxim. facere queat vt aliquo casu sit id quod per rerum naturam impossibile sit vnquam esse? Vitiatur tamen ea regula in iis, in quibus nõ tam natura rei, quàm ratio iuris adfert impedimentum, vt videre est in locis suprà citatis. Et nos latiùs aliquando declarabimus, cum Bartoli commentitiam hac in re distinctionem

Digitized by Google

stinctionem, quam tradit ad *d.l. pluribus. §. vltim. de verb. oblig.* refellemus. Accursius hoc quoque præsensisse videtur. Sed ideo malè opponit quasi contrarium huic legi, quod scriptum est in *l. cæcus 6. sup. eodem.* qua. cæcus non possit ab initio dari iudex, datus tamen ante cæcitatem non eo minùs remaneat iudex quod postea cæcus factus sit. Nam & qui à natura cæcus est iudicantis tamen officio fungi potest, vt ad eum locum notauimus. Malè etiam opponit quod in *l. si quis postea quam 7. sup.* idê Vlpianus scribit superueniens priuilegium fori non tollere iurisdictionem: cùm etiam is cui ex postfacto priuilegium fori superuenit, perinde potuerit ab initio in ius vocari ex eadem iurisdictione tametsi iam tùm fori priuilegium habuisset: Siquidem priuilegio fori locus nullus est nisi aduersus ordinariam & competentem iurisdictionem, vt dixi ad *d. l. 7. ex l. si quis ex aliena 5. sup. l. nemo 4. C. de iuri. d. omn. iudic.* Denique nihil ad hanc legem facit quod Accursius tanquam simile adfert ex *l. 2. §. pen. sup. de cap. minut.* de non restituenda actione ei, qui debitorem suum adrogauit, tametsi debitor ille factus sit sui iuris posteà. De quo scripsimus ad eum locum.

12. PAVLVS libro septimodecimo ad Edictum.

CVm Prætor vnum ex pluribus iudicare vetat, ceteris id committere videtur.

Ad l. cùm Prætor 12.

Ratio dubitandi. Aliud est permittere, aut quod plus est, committere Aliud verò non prohibere, *l. necnon 28. §. quod eius sup. ex quib. caus. maior.* Ergo cùm prætor vnum ex pluribus iudicare prohibet non tam credendus est videri cæteris id cõmittere aut etiam permittere quàm non prohibere, At qui vt possit quis iudicare non illud sufficit vt non sit prohibitus, sed exigitur præterea, vt iussus sit, in eámq; rem datus & addictus. Nihilo igitur magis poterunt iudicare cæteri, quod prætor quosdam iudicare vetuerit. Ratio decidendi. Loquitur in hac lege Paulus de Prætore qui plures in aliqua causa iudices dederat, deinde aliquos ex iis iudicare vetuerat. Quo casu vt cæteri iudicare possint, sufficit quòd nõ sint prohibiti, cùm iam satis fuerint iussi hoc ipso quod dati fuerunt. Ponendum enim necessariò est datione præcedente vt tractari possit de secuta vel non secuta iudicandi prohibitione. Frustra siquidem nec nisi inepte fieri possit prætor prohibere ne iudicet is cui nunquam dederit iudicandi potestatem. Itaque possunt iudicare cæteri qui prohibiti non fuerunt, non quia non sint prohibiti sed quia dati antea & iudicare iussi fuerunt. Quod Accursius noster benè percepit eùm verbum *committere* sic interpretatur *iam commissum relinquere.* Nec est quod quis obiiciat ita futurum, vt hæc Pauli sententia videatur esse de indubitabili, cõtra *vulg. l. Domitius 27. ÿ. qui test. fac. poss. l. quod Labeo 9. ÿ. de Carbo. edict.* Illa enim dubitandi causa erat, quòd pluribus iudicibus simul ad eandem causam datis, quorum aliqui postea iudicare vetiti essent, viderentur cæteri noua formula indigere, quasi reuocata priore per prohibitionẽ, cùm non his, aut illis sed omnibus simul iudicandi potestas data esset, nec alij sine aliis iudicare potuissent nulla interueniente prohibitione *l. duo ex tribus 39. de re iudic. l. item si vnus 17. §. vlt. sup. de recep.* Nam et si quidã ex iudicibus simul datis decessissent nõ possent qui superessent iudicare, sed noua formula opus esset, quia aut omnes simul sententiam debẽt dicere aut nullus, vt de arbitris scriptum est in *d. l. item si vnus § item si plures & in l. non distinguemus 32. §. cum in plures eod. l. proponebatur 76. ÿ. h. t.* At respondendum est multum interesse, an aliqui ex iudicib decessent, an verò iudicare prohibiti sint à prætore. Priore casu qui supersunt indigent noua formula, quia desinunt habere prætoris siue expressam siue tacitam voluntatem. Posteriore verò non itẽ, quia prohibitio quibusdã facta includit tacitè relictam cæteris iudicandi potestatem ab eo ipso prætore, qui cæteros prohibuit iudicare: quod non similiter possis dicere de quorundam morte, quæ non à prætore venit, sed vel à natura vel à casu. Hinc verò nostri vulgò inferunt post Accursium inclusionem vnius esse exclusionem alterius, Et quod quibusdam prohibetur aliis concessum videri, vt & in *l. ex eo 18. ÿ. de testib. l. quæsitum 11. & idem respondit domo instructa 43. de instruct. & instrum. legat. l. in possessionem 6. §. 1. ex quib. caus. in poss. eat.* At rursum è contrario, Quod in vno conceditur in aliis negari *l. maritus 21. C. de procurat. l. quod Labeo 13. ÿ. de compensat. l. cùm ita 63. in fin. De condic. & demonstr.* Sed periculosum est brocardicum, vt & cætera ferè omnia quib. interpretes nostri quasi certissimis principiis passim abutuntur. Illud enim vnum semper inspiciendum est an eadem ratio sit in prohibitis & in permissis, quod & idem Accursius noster docet.

1 ¶ Iudicium dare possunt, quibus hoc lege, vel constitutione, vel senatusconsulto conceditur. Lege, sicut proconsuli [a]: is quoque cui mandata est iurisdictio [a], iudicem dare potest, vt sunt legati proconsulum [b]: item hi quibus id more concessum est propter vim imperij [c]: sicut præfectus vrbi, cæterique Romæ magistratus.

Ad § 1. Iudicium dare.

Ratio dubitandi. Iudicis dãdi licentia iurisdictionis est *l. 1. in pr. l. 3. in fin. sup. de iurisd.* Ergo quisquis habet iurisdictionem, iudicem dare potest nec illud præterea requirere debemus an hoc ei à lege vel aliqua constitutione, vel senatusconsulto concedatur. Alioqui nec iudicem dare poterit is, qui mandatam à magistratu iurisdictionem exercebit, quod tamen falsum est quandoquidem mandata iurisdictione totum officium iuris dicundi transit *l. 1. §. an autem. ÿ. de suspect. tutor. l. iudicium soluitur. 58. ÿ. hoc tit.* Ratio decidendi. Non is Pauli sensus est vt iudicem dare possint ij tantùm quibus hoc ius darũ est lege aliqua vel cõstitutione, vel senatusconsulto, sed vt inter eos qui iudicis dandi ius habent ij primi debeant numerari, quibus id specialiter concessum est, quod de illis omnium minimè dubitari possit. Cæterùm alios quoque idem ius habere constat satis ex eo quod statim subiicitur de illo cui mandata iurisdictio est, itémque de iis qui propter vim imperij dare iudicem possunt, in quo numero sunt vrbani omnes magistratus.

a *Lege, sicut Proconsul.* Sed qua lege ius hoc Procõsuli datum est vt iudicem dare possit? Credibile est

ea ipsa lege factum hoc esse quæ creandorum à populo Proconsulum potestatem fecit diuisis inter Cæsarem & populũ totius orbis Romani prouinciis, ita vt qui in prouincias populi mitterentur, Proconsules; qui verò in prouincias Cæsaris Præsides dicerentur. Suauis verò est Accursius, qui legem de qua hîc Paulus loquitur, & quæ Proconsuli potestatem fecerit iudicis dandi petit ex *l. obseruare 4. §. vlti. sup. de offic. procons.* Quasi sumptus sit ille locus ex fragmentis legum Romanarum: non autem ex Vlpiani commentariis & *libro 1. de offi. Procon.* Deinde non loquitur Vlpianus eo loco de iudice per Proconsulem dando: sed de iurisdictione per eum mandanda, & mandata Legato: Qui tractatus longè diuersus est, cùm longè aliud sit mandare iurisdictionem: aliud iudicem dare, vt alibi iam sæpe scripsimus, & in quo omnes Interpretes ad Goueani vsque tempora errauerunt. Idem verò Accursij error facit vt ad hunc locum pertinere putet quod scriptum est in *l. 1. §. 1. & §. si a familia sup. de off. eius cui mandata est iurisd.* vbi etiam de maodanda iurisdictione tractatur, non de iudice dando. Fateor tamen ea quæ specialiter data sunt alicui siue lege, siue constitutione aliqua, siue senatusconsulto, mandari postea nullomodo posse, quia ex speciali concessione ac priuilegio competunt, non iure magistratus, In quo numero etiã ponere possumus cognitionem, de qua in *l. 1. C. ne liceat potent.* Nec nego prohiberi eum cui specialiter ista concessa sunt quominùs iudicem de iis dare possit, quamuis per iudicis dationem non mandetur, nec transferatur iurisdictio, sed retineatur (Iudex enim iurisdictionem non habet, sed tantùm notionem & iudicationem *l. ait prætor 5. de re iudic. l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integ. restit. agi. sit.*) Nempe quia is cui alicuius rei cognitio specialiter data est de ea & cognoscere & pronunciare iussus intelligitur, ne quod alij committit negligere ipse videatur, *l. cùm hi 8. § sed nec mandare sup. de transact. l. 2. C. de pedan. iud.* Planè arbiter etiã in istis caussis dari plerunque solet, ab iis quoq; qui iurisdictionem mandare noo possent *l. si purè 57. de fideic. libert. l. pen. de lib. caus.* quas leges Accurs. hîc adducit. Nescio qua planè ratione, cùm nec de mandanda iurisdictione, nec de iudice dando in iis agatur, sed tantùm de arbitro, qui vice quidem iudicis est, sed tamen iudex non est, quia de facto tantùm inquirit & cognoscit, non etiam pronunciat. Simile est quod affert idem Accursius ex *l. si cui 50. de cond. & demonstr.* vbi etiam de arbitro agitur dando à Consule, & quidem ex permissione Principis, vt appareat ne quidem solius facti cognitionem etiam sine pronunciatione in huiusmodi causis mandari posse. Facilius tamen est vt Princeps permittat dari arbitrum quàm dari iudicem. Nam qui dat arbitrum mandat solam facti cognitionem, Qui verò dat iudicem mãdat etiam pronunciationem quod plus est. Ex quo etiam cõstat quàm grauiter erret Accursius qui ad hunc locum de arbitro dato & iudice sic loquitur quasi nihil differant.

a *Is quoque cui mandata est iurisdictio.* Ratio dubitãdi. Eum qui iudicare iubet magistratum esse oportet *l. eum qui 13. De iurisd. sup.* Atquin is qui mandatam à magistratu aliquo iurisdictioñẽ exercet, non ideò magistratus est, sed priuatus, Adeò vt si prætor fiet is qui alienam iurisdictionem exequitur, nõ tamen pro suo imperio quicquam agat, & tanquam prætor, sed pro eo cuius mandatu ius dicit, quoties partibus eius fungitur *l. sed etsi prætor 3. §. de off. eius cui mand. est iurisd.* Ergo is cui mandata iurisdictio est iudicem dare non potest, Sicuti nec iurisdictionẽ mandare, quippe quam nõ suo iure habeat, sed alieno beneficio *l. more maiorum 5. sup. de iurisd.* Ratio decidẽdi. Magistratum esse necesse est eum qui iubet iudicare suo iure, At etiamsi quis magistratus non sit, alieno tamen beneficio habeat iurisdictionem, quomodo habet is, qui mandatam exercet, perinde potest iudicem dare, quoniam mãdata iurisdictione totum officium iuris dicundi transit *l. 1. § an autem. 7. de suspect. tutor.* Officium autem ius dicentis sicut latissimum est, ita etiam iudicis dandi licentiam comprehendit *l. 1. in fin. l. 3. in fin. sup. de iurisd.* Neq; contrarium est quod Accurs. obiicit ex *l. a iudice 5. C. de iudic.* à iudice iudicem datum, dare alium iudicem non posse, nisi à Principe datus fuerit. Non enim dicimus dari posse iudicem ab eo, qui iudex ipse datus sit, sed ab eo qui iurisdictionẽ ab alio mandatam exerceat, quod longè diuersum esse iam suprà diximus. Magistratus interdum dicũtur & sunt iudices, sed maiores *leg. non distinguemus 32. § ac liberalis sup. de recept.* id est qui iudicare ac pronunciare ipsi possunt, sed suo iure, non ex mandato aut imperio alterius. Nunquam enim dicuntur iudices dati, aut delegati, At iudices minores qui & pedanei appellantur, tanquam qui sint ad pedes magistratuum & inferiores, sunt iudices dati & delegati. Itaque cùm in rescripto Gordiani, quod extat in *d. l. a iudice*, Iudicis nomen ter vsurpatum reperiatur, (nec enim lex habet *a iudice iudex delegatus iudicis dandi potestatem non habet*) primo loco accipiendum est de iudice maiore qui sit magistratus. Duobus verò sequentibus de iudice dato, ac quod idem est delegato, vt ipsa legis verba probant At nullibi ab Imperatoribus aut prudentibus dictum reperias iudicem eum qui mãdatam iurisdictionem exerceat. Is enim neque iudex per se est, neque ab alio iudex datus, ideòq; nec iudiciario munere fungitur, vt ille de quo in *d. l. a iudice*, sed officio ac munere ius dicentis. Hoc verò nec Accurs intellexit qui & ad hunc locum & ad *l. Legatus 12. §. de of. procons.* tantopere se torquet, vt respondeat ad *d. l. a iudice*, quasi valde pugnet cũ hac lege. Nec minùs ineptum illud est, quod idem Accursius quærit, An hîc vnum duntaxat dictum sit, an duo, quorum prius sit de delegato à Principe, Posterius verò de delegato à Procõsule. Neutrum enim conuenit verbis Pauli, qui sicut in præcedente versiculo non loquitur de eo quem Princeps delegauerit, sed de Proconsule qui & dignitatem suam proconsulatem, & iudicis dandi potestatem habet à lege & consequenter à populo, non à Principe, Ita & in hoc versic. non de illo tractat cui Proconsul iurisdictionem suam delegauerit, sed generaliter de quolibet cui mandata sit à magistratu iurisdictio. Nam quod sequitur *vt sunt Legati Proconsulum*, præter id quod exempli tantùm gratia scriptum videri potest, non ad restringẽdam priorũ verborum sententiã generalẽ, falsum etiam est & ex imperiti alicuius interpretis glossemate in textũ irrepsit, vt mox ostendemus. Illud sanè verũ est, duo hîc dicta esse, Vnum de Procõsule, ac ceteris si qui sunt qui à lege ius illud habeant, vt iudicẽ dare possint: in quo numero potuit etiã & debuit poni Legatus Procõsulis. Alterum de eo cui mandata iurisdictio est: Hic enim quisquis ille sit dum

ne Legatus

ne Legatus proconsulis, vi mandatæ iurisdictionis ius habet dandi iudicis non à lege.

b *Primum Legati Proconsulum.* Ratio dubitandi. Quæcunque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione aliqua Principum tribuuntur, ea non transeunt mandata iurisdictione *l. 1. sup. de offi. eius cui mand. est iurisdict.* Atqui lege datum est specialiter Proconsuli vt iudicem dare possit, quemadmodum proximè Paulus scripsit. Ergo quamuis Proconsul iurisdictionem suam Legato suo mandauerit, nihilominus fieri potest vt Legatus iudicem dare possit, scilicet vi mandatæ iurisdictionis. Neque est quod quis respondeat, Mandata iurisdictione totum officium iuris dicundi transire in Legatum *dict. l. 1. §. an autem. ff. de suspect. tuto.* iudicis autem dandi licentiam iurisdictionis esse, & ad iuris dicundi officium pertinere *dict. leg. 1. & 3. in fin. de iurisdict.* Id enim obtinet quantum ad ea quæ pertinent ad officium iuris dicundi iure magistratus, non etiam quod ad ea quæ senatusconsulto, vel constitutione aliqua specialiter data sunt, vel etiam lege, Quale est hoc de quo tractamus. Et hac nimirum ratione victus cogor dicere quod ad superioris versiculi finem attigi, adiectionem hanc non Pauli esse, sed interpretis. Quem illud sine dubio fefellit quod vidit legatum Proconsulis dandi iudicis ius habere *dict. l. Legatus 12. sup. de offic. Procons.* Nec sanè id negare quisquam possit: Sed nego ius hoc ei competere vi mandatæ iurisdictionis: At quia idipsum ei quoque datum est eadem, vt opinor, lege qua & Proconsuli concessum fuit vt iudicem dare possit. Nam sicut à quo tempore cœperunt esse Proconsules, fuerunt etiam Legati qui à Cæsare Proconsuli darentur, Ita & credibile est eadem lege & Proconsuli & Legato Proconsulis concessum fuisse, vt iudicis dandi ius haberet. Idque est meo iudicio quod significare Paulus voluit in *d. l. Legatus*, cùm dixit Legatum mãdata sibi iurisdictione dandi iudicis ius habere. Iure nimirum speciali & ex legis concessione non minùs quàm Proconsul ipse. Alioqui quid necesse erat id monere, si nihil hac parte speciale esse in Legato.

Neque enim verendum erat ne quisquam putaret minùs iuris habere Legatum quàm alium quemlibet iurisdictionis alienæ mandatarium, si non nisi vi mandatæ iurisdictionis iudicem dare posset, *dict. l. 1. §. an autem de suspect. tutor.* Habet tamen minus iuris hac parte, quia quod proconsul iudicem dare potest, non fit propter vim imperij proconsularis, sed quia ius illud ei specialiter lege datum est, vt diximus, ideóq; non posset mandata iurisdictione transire.

c *Item ij quibus id more concessum est propter vim imperij.* Ratio dubitandi. Cùm plenissimam in prouincia potestatem Proconsul habeat, omniũ partes qui Romæ vel quasi magistratus, vel extra ordinẽ ius dicunt ad ipsum pertinent, *l. si in aliquam 7. §. vlt. sup. de offi. procon.* Atqui non habet ius dandi iudicis propter vim sui imperij, sed quia id ei nominatim lege datum est, vt suprà diximus. Ergo nec præfectus vrbi nec prætor, nec cæteri Romæ magistratus possunt ius habere dandi iudicis propter vim imperij. Alioqui plus iuris haberent in vrbe, quàm proconsul in prouincia. Ratio decidendi. Quæ sunt ex more & consuetudine solent esse antiquiora, quàm quæ ex lege scripta, cúmque non minorem, imò maiorem autoritatem habeat ius non scriptum, quàm quod scriptum est, non fuit necesse concedi lege, quod iam moribus fuerat concessum, vt non malè Accursius noster ratiocinatur ex *l. 1. C. de thesaur. lib. 10. titul. 15.* Ideò autem more receptum est vt Romani magistratus iudicem dare possent, propter vim sui imperij, quod indignum videretur maiestate populi Romani, vt magistratus ipsi de facto cognoscerent, & pronunciarent, vt omnium apertissimè probat locus ille Ciceronis in Epist. ad Q. fratrem, sæpius iam à nobis in hanc rem citatus, & ante nos ab Antonio Goueano, qui primus tractatum hunc de Iurisdictione non minùs eruditè, quàm eleganter explicauit, *Quid? Prætor solétne iudicare deberi:* Mansítque ius illud ad tempora vsque Diocletiani & Maximiani, quorum est *l. 2. C. de pedan. iudicib.*

2 ¶ Non autem omnes iudices dari possunt ab his, qui iudicis dandi ius habent. quidam enim lege impediuntur, ne iudices sint: quidam natura, quidam moribus. Natura, vt surdus, mutus & perpetuo furiosus, & impubes: quia iudicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, fœminæ, & serui: non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, vt ciuilibus officiis non fungantur. ¶ Qui possunt esse iudices: nihil interest, in potestate, an sui iuris sint.

Ad §. Non autem.

Ratio dubitandi. Lex quæ Proconsuli, itémq; Legato Proconsulis potestatem fecit dandi iudicis, non distinxit quis aut qualis iudex ab eo detur. Ergo indistinctè dicendum est posse ab eo dari iudicem quem & qualem dare velit, ne alioqui lege ipsa prudentiores videri velimus si distinguamus vbi lex ipsa non distinxit *vulg. l. de precio 8. ff. de publician. leg. 3. in fin. ff. de offic. præsid.* Ratio decidendi. Semper & in legibus & in edictis, vt & in cæteris omnibus interpretandis supponendi sunt termini habiles, vt nostri loquũtur, *vulg. l. adeo cre6. §. quamuis dominæ patronæ cum similibus*, ne alioqui eueniat aliquid absurdi quod semper quantum fieri potest, euitandum est *vulgar. leg. nam absurdum 7. de bon. libertat.* Non enim oportet cauillari & calumniari ius ciuile, neque verba captare, sed qua mẽte quid dictum sit animaduertere *l. penult. ff. ad exhib.* Atqui

sunt quidam qui lege impediuntur ne iudices esse possint, vt qui Senatu motus est, quod ad Legem Iuliam iudiciorum videtur quibusdam esse referendum, ex qua etiam est ne minor viginti annis iudicare cogatur *l. cùm l. Iulia 41. sup. de recept.* Sed referendum potiùs est ad legem Iuliam repetundarum, vt ex Cassio Marcellus scribit in *l. 2. sup. de Senator.* Alij natura impediuntur ne iudicandi officio fungi possint, vt surdus, quia litigatores audire non potest, mutus quia pronunciare nequit, Is qui perpetuò furiosus est nec habet vlla dilucida interualla itémque impubes quia isti iudicio carent, vt illa etiam quæ vident ignorare videantur *l. 1. C. de fals. monet. l. si tibi 8. §. penultim. de option. legat.* Alij denique moribus impediuntur vt fœminæ & serui. Quamquam enim & fœminæ & serui iudicium aliquod habent, receptum tamen est vt ciuilibus officiis non fungantur, Fe-

minæ propter sexus verecundiam *l.2.de reg. iur. l.1. §. de po[s]t.* Serui verò, propter miseriam eo dicionis quæ facit vt iure ciuili & prætorio pro nullis habeantur, at neque extra ordinem computentur *l.quod attinet 32.de reg. iur. l.qui testamento 20. §. ser-* *uus.ff. qui test.fac.r.poss.l.nullo modo 7. ff. ad l.Corn. de fals.* Nemo igitur ex his omnibus iudex dari potest, nec si velit is, qui aut à lege, aut vi mandatæ iurisdictionis, aut ex more propter vim sui imperij ius habeat iudicis dandi.

13. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

IN tribus istis iudiciis, familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, quæritur [a], quis actor intelligatur: quia par causa omnium videtur: sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad iudicium prouocasset [b].

Ad l. in tribus 13. D. de iudic.

a *Si quæratur.* Ratio dubitandi. Certum est in his tribus iudiciis vtrumque ex litigatoribus & reum esse & actorem *l. inter coheredes 44. §. qui familiæ. ff. famil. erc.* id est & actoris & rei partes sustinere *l. 2. §. in familiæ eodem tit. l. iudicium 10. ff. fin. regun.* Vnde est quod hæc iudicia duplicia dicuntur *l. 2. §. 1. ff. commun. diuid.* & mixta *l. actionis 37. §. 1. ff. de oblig. & actio. §. quædam actiones 20. Instit. de actio.* Ergo nunquam potest locus esse quæstioni de qua hic Caius loquitur, vter actor esse intelligatur.

Ratio decidendi. Vterque quidem litigator in his tribus iudiciis & actor & reus est, Sed tamen necesse est alterutrum onus actoris sustinere præcipuè *l. is qui destinauit 24. ff. de rei vindicat.* id est priorem onerari probatione, quod demum est actoris & petitoris partes sustinere *l. si prius, quam 15. in fin. ff. de oper. noui nunciat. §. commodum. Instit. de interdict.* vt sciri possit quis vincere debeat neutro probante: cùm is qui verè reus est semper vincat, nihil probante actore etiamsi nihil ipse præstiterit *l. qui accusare 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic. l. vltima. infr. ac equi. poss.* Non enim quemadmodum dicimus vtrumque litigatorem in his iudiciis & actorem & reum esse, ita possis quisquam dicere vtrumque vincere vel posse vel debere. Est enim ea natura iudiciorum omnium quantumcunque duplicium & mixtorum, vt alterutrum vinci necesse sit cùm in iudiciis, vt in cæteris bellis nõ nisi de victoria, & ob victoriam dimicetur. Ergo in his quoque iudiciis necesse est quæri non quis actor sit, verùm enim est sed quis esse intelligatur, id est quis perinde habendus sit quantum ad probandi necessitatem, ac si solus actor esset: quoniam aliter iudicium neque constitui neque ad exitum perduci potest, vt quàm sit vtriusque litigatoris non par causa esse videatur *l. inter litigantes 62. ff. hoc tit.*

b *Qui ad iudicium prouocasset.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt ambo simul ad iudicium prouocent. Ergo alio remedio opus est vt possit discerni vter ex litigatoribus in his tribus iudiciis actor esse intelligatur, quàm vt inspiciamus quis ex ipsis ad iudicium prouocauerit. Ratio decidendi. Iura debet ad ea aptari quæ & frequẽter & facilè potiùs quàm ad ea quæ non nisi perrarò eueniunt *l. 3. 4. & seqq. sup. d. leg. tit.* Est autem illud rarius vt vterque quàm vt alteruter litigantium in his tribus iudiciis vel prouocet vel prouocetur. Satis igitur fuit constitui quis actor esse intelligatur eo casu quo alterutrer prouocauit. Ille verò alius rarior casus quo vterque prouocauerit, sicut aliud remedium postulat, ita & habet. Eum nimirum qui ex Vlpiano proponitur in l. seq. vt sorte res dirimatur. Sic dicimus, In causa appellationis in qua nec dubio actor est quisquis appellat, licèt in priore instantia fuerit reus, si contingat vtrumque appellare quod plerunque fit, vtrumque quidem esse actorem, sed tamen pro actore magis habendum eum, qui prior appellauit *l. qui appellat prior 19. ff. hoc tit.*

14. VLPIANVS libro secundo Disputationum.

SEd cùm ambo ad iudicium prouocant, sorte res discerni solet.

Ad l. Sed cùm ambo 14.

Ratio dubitandi. Sortis non nisi cæcum iudiciũ esse potest, si quid tamen sors ipsa est cuius aliquod iudicium esse possit. Indeq; est quod episcopi per sortem fieri prohibentur sicut & ex aliis vllis fortuitis circumstantiis *l. sacris 47. vers. cum sit conueniens C. de episc. & cleric.* Ergo cùm in tribus istis iudiciis familiæ erciscundæ, communi diuidundo & finium regundorum, non aliam ob causam quæri oporteat quis actor esse intelligatur, quàm vt facilius possit vincere is qui rei partes sustinebit, an nõ apertè iniquum est litis victoriam sorti committi? Neque verò quicquam videtur dici posse à iure nostro alienius. Ius enim sicut fin[is] ... ita semper certum est & esse debet *l. 2. ff. de iur. & fact. ignor.* Sorte verò nihil incertius est. Ratio decidendi. Iustè fieri intelligitur quicquid ex necessitate fit, quia & sola necessitas illa est quæ leges & vincit & negligit impunè. Atqui plerisque casibus euenit vt necesse sit id ipsum sorti committi, scilicet cùm alio nullo prorsus remedio expediri res potest, vt in specie *l. si quæ sunt cautiones 5. ff. fam. ercisc. l. 1. C. quad.* & quib. quart pars lib. 10 *l. generaliter 24. § quid ergo 17. ff. de pact. libert. l. vlt. in prin. C. commun. de legat.* & Nouel 162. *sacr forma transmiss. Dominic. cap. 3. § sed neque.* Non igitur nouũ aut iniquum est vt in huius quoque legis specie sorti res committatur tãquam quæ sola careat & ambitionis & gratiæ suspicione, vt scriptum est in *d. §. quid ergo.* Et sanè non immeritò possit quis in hanc rem vsurpare quod habet iuris regula, Quoties nihil sine captione inuestigari potest eligendum id esse quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties 200. de reg. iur.* Nam cùm alterutrum euenire necesse sit vt vel iudicium impediatur ob id quod nesciri possit vter ex litigatoribus actor esse intelligatur, vel sorti rem dirimendam dari, lõgè tolerabilius est vt sors rem dirimat, quàm vt iudicium impediatur, vel ob id maximè quod litis victoria etiam per sortem parta litem finiat, quam alioqui excluso iudicij remedio immortalem esse contingeret, quod à publica vtilitate multò magis alienum esset *l. singulis 6. ff. de except. rei iudic. l. quidam existimauerunt 21. infr. de reb. cred. l. 1. C. de admin. tutor.*

15. VLPIANVS

15. VLPIANVS libro vicensimoprimo ad Edictum.

Filiusfamilias iudex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cùm sententiam dicebat.

Ad l. filiusfamilias 15.

Ratio dubitandi. Iudex qui litem suam facit, tenetur ex proprio dolo, quia nec alius litem suam facere intelligitur, quàm qui dolo malo in fraudem legis sententiam dixit, vt sequitur in hac lege. Atqui quoties quis ex dolo suo conuenitur in solidum tenetur, etiamsi priuilegium alioquin esset habiturus ne supra id quàm facere posset conueniretur *l. pen. in fi. de iur. dot. l. sed hoc ita 22. §. ff. de re iudic.* Ergo etiam filiusfamilias hoc casu in solidũ teneri debet, quomodo tenetur, siue ex delicto, siue ex contractu suo conueniatur, non ad eam dũtaxat vsque quantitatem, quam in peculio habuit eo tempore quo sententiam dixit *l. tam ex contractibus 57. ff. hoc tit. l. filiusfamilias 39. ff. de oblig. & act. l. si quis cum filiofamilias 44. ff. de pecul.*

Ratio decidendi. Qui litem suam facit sicuti non obligatur ex contractu, ita neque ex vero delicto, sed ex quasi delicto, quia vtique peccasse aliquid intelligitur, licèt per imprudẽtiam, Et ideò non alia eum teneri pœna placuit, quàm quæ religioni iudicantis æqua videatur *l. vltim. ff. de extraord. cognit. & tit. De oblig. quæ ex quasi delict. nascunt. in: v. apud Iustinianum.* Atqui nemo dixerit æquum esse vt filiusfamilias ex hac causa teneatur in plus quàm habuerit in peculio tempore malè latæ sententiæ, quia cùm non teneatur nisi tãquam iudex, desinat autem iudex esse ex quo pronũciauit, cùm exinde siue bene siue malè officio suo functus sit *l. iudex posteaquam 55. ff. de re iudic.* apparet non posse ex postfacto crescere condemnationem, licèt peculium auctum fuisse proponatur. Neque verò aliter siue patris inuria constitui posset, cuius damno potiùs quàm filij res cessura esset *l. 3. §. sed virũ ad fin. l. patris 2. ... de minor.* Patrem verò ex facto filij hoc casu teneri nunquam esset, adeò vt neque actio de peculio in eum huc nomine exerceri possit *§. si filiusfamilias in fi. de oblig. quæ ex quasi deli. nascun.* quoniam non ex contractu actio venit, sed ex quasi maleficio, vt dictũ est *l. 1. §. si filiusfamilias ff. de his qui effud. vel deiecer.* pœnalisque actio est quatenus datur in pœnam, licèt rei persecutionem contineat, Huiusmodi autem genus actionum non solet in patrem dari ne quidem de peculio *l. ex pœnalib. 8. de reg. iur.* sicuti nec datur in heredẽ. vt dicemus ad *l. seq.* Planè si filiusfamilias qui litem suam fecit, postea fiat sui iuris, & locupletior, non puto dubitandum quin debeat in solidum condemnari. Quis enim patiendum et putet, præsertim si non per imprudentiam, sed per sordes aut per gratiam corruptus sententiam dixisse probetur? arg. *l. 2. C. de pœn. iud. qui mal. iudi.* Quidni veram litis æstimationem præstare cogẽdus sit: vt scriptum est in fine huius legis. Itaque videtur Vlpianus hoc loco ad effectum & emolumentum actionis potiùs quàm ad pœnam aut ad formam condemnationis respexisse, quomodo Venuleius loquitur in *l. vlt. in fin. ff. quæ in fraud. credit.* quod & non obscurè ostendunt posteriora illa verba huius legis *vt veram æstimationem litis præstare cogatur.* Aliud enim est teneri quem vt possit cogi præstare, aliud verò vt possit condemnari. Nam nec nouum est vt in plus condemnetur filiusfamilias, quàm possit ab eo exigi quandiu est in patris potestate, dilata scilicet condemnationis executione in id tempus, quo erit sui iuris *l. si dubitet 10. § filiusfamilias*, aliàs *l. filiusfamilias ff. de fideiuss.* vbi tamen additur mortuo patre cogendum filiumfamilias pati executionem iudicati nisi in id quod facere poterit, quod & scriptum est in *l. 2. & 4. § 1. & seq. ff. quod cum eo.* Denique quod hic Vlpianus ait teneri filiumfamilias in eam quantitatem quam habuit in peculio tempore rei iudicandæ, sic accipiendum videtur, vt intelligamus teneri eum viuo etiam patre ad eam vsq; quantitatem, non etiam vt patre mortuo non io plus possit debeátque conueniri. Alius enim tractatus est de filiofamilias, alius verò de patrefamilias, qui filiusfamilias fuit.

1 ¶ Iudex tunc litem suam facere intelligitur, cùm dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo autem malo [a] videtur hoc facere, si euidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes: vt veram æstimationem litis præstare cogatur [b].

Ad §. 1. iudex tunc litem.

Ratio dubitandi. Facit iudex litem suam tùm quoque cùm per imprudentiam malè iudicat & contra leges *l. 5. §. si iudex. ff. de oblig. & action. l. vlt. ff. de extraord. cognit. & instit. de obliga. quæ ex quasi delict. nascunt. in princip.* Ergo non est necesse vt dolo malo & in fraudem legis sententiam dixerit.

Ratio decidẽdi. Quisquis dolo malo iudicat, facit litem suam: At non similiter è conuerso necesse est vt dolo malo iudicet quisquis facit litem suam. Sufficit enim vt fit in culpa dummodò lata, quæ & dolo æquiparari solet *l. quod Nerua 32. ff. deposit.* Imperitia autem in officio, culpæ & quidem latæ adnumeratur *l. imperitia 132. de reg. iur. l. illicitas 6. §. sicuti de off. præsid. leg. si quis domum 9.* aliàs *l. si quis fundũ. § Celsus ff. locat. § imperitia. instit. de leg. Aqu.* Nec quod Vlpianus doli tantùm mentionem hîc facit, latam culpã excludit, vt nec in *l. 1. §. hæc actio. vers. lata culpa. ff. si mens. fals. mod. dixer.*

a *Dolo autem malo.* Ratio dubitãdi. Cùm iudex pecunia corruptus sententiã dixit, nulla est ipso iure sententia tanquam venalis *l. venalis 7. C. quand. prouoc. non est nec.* vbi ex hoc infertur non esse necessariam prouocationem: quod vtique diuersum est, cùm iudex per ambitionem & gratiam, aut etiam per imprudentiam & imperitiam malè iudicauit. Tunc enim necessaria prouocatio est ad rescindendam sententiam quę ipso iure tenet. Nihilque inter eos casus interest, Nisi quod qui malè iudicauit per gratiam, notatur etiam infamia *l. 2. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.* non etiã is qui per imprudentiam. Ergo saltem eo casu quo iudex sordibus corruptus sententiam dixerit, non est quòd litem suam ideò facere intelligatur, cùm nihil intersit litigatoris condemnari: quippe qui nec condemnatus intelligitur quoties sententia ipso iure nullius est momenti *l. 4. § condemnatum ff. de re iudic.*

Ratio decidendi. Absurdum est melioris condi-

Digitized by Google

cionis eum esse qui grauius, quàm qui leuius delinquit, cùm pro delicti modo, etiam pœnæ modum statui oporteat *l. perspiciendum 11. l. aut facta 16. & pass. ff. de pæn.* Grauius autem delinquit qui per sordes quàm qui per imperitiam & stultitiam, adeòque quàm qui per gratiam & ambitionem malè iudicat. Adeò iustitiæ dignitas & maiestas sordes execratur, tanquam à fordidissima omnium corruptione causam habentes: Etsi quod ad condemnatum pertinet nihil interest an per sordes an per stultitiam iudicis, litem amittat *l. si per imprudentiã 51. ff. de euict.* Nam & eo casu quo sententia per sordes reddita ipso iure nulla est, alleganda tamen nullitas est & probanda, & eo nomine non minore sumptu laboréque litigandum, quàm si à sententia prouocandum fuisset, ac prouocatum. Imò solent obscuriores esse de nullitate quàm de iniquitate sententiæ cognitiones, Propter quam causam iure nostro prouinciali cautum est, vt de sententiarum nullitatibus non nisi per auxilium & remediũ appellationis tractari oporteat: Expediendatum scilicet litiũ causa, Ne vbi post multos anfractus de nullitate disputatum fuerit, si tandem appareat valere sententiam ipso iure, iterum de ipsius iniquitate quærendum sit per appellationem & nouam litem. Itaque apud nos nullus hodie vsus est *tit. D. & C. quand. prouoc. non est necess.* Et *tit. quæ senten. sin. appell. rescind.* vt dicemus ad eum locum.

b *Vt veram æstimationem litis præstare cogatur.* Ratio dubitandi. Iudici qui perperam iudicando litẽ suam fecit nulla certa pœna constituta est, sed arbitrio & religioni iudicantis relicta *dict. l. vltim. ff. de extraordi. cognit. & Inst. de oblig. quæ ex quasi delict. nascuntur in princip.* Ergo non semper & omnimodo veram litis æstimationem præstare cogendus est, sed ita demum si ex facti circumstantiis ita æquum iudici videatur. Ratio decidendi. Neque improbitas, neque stultitia iudicis nocere debet litigatori cui nihil imputari potest *vulg. l. non debet alteri 74. de reg. iur.* iunct. *l. 1. & tot. tit. De appellat.* Atqui noceret si non cogeretur omnimodo iudex malus veram litis æstimationem præstare. Nec enim aliter indemnitas haberi posset, cùm in eo quod interest saltem verum rei precium semper contineatur *l. 1. ff. de in lit. iur. l. 1. ff. De action. empt. l. in interdicto 6. ff. vnde vi, & de vi armat.* Ergo non potest iudex qui litem suam fecit recusare, quominùs veram litis æstimationem præstet. Neque tamen hac sola pœna dignus videri potest qui tam grauiter peccauit, sed pro modo delicti interdum etiam infamia, interdum grauiore pœna pecuniaria mulctandus est, scil. si non per imprudentiam, sed per gratiam, aut per sordes corrumpi se passus sit. *dict. leg. 2. C. de pœn. iudic. qui mal. iudi.* Itaque prudenter Vlpianus hoc loco sic loquitur vt dicat cogẽdum eum præstare veram litis æstimationem, sed non addit nihil eum præterea præstare debere. Id demum verò religioni & arbitrio iudicantis relinquitur, quod supra veram litis æstimationem deduci in cõdemnationem potest. Excipe tamen filiumfamilias iudicẽ qui litem suam fecit, si eo tempore quo adhuc filiusfamilias est conueniatur. Non enim cogendus est præstare veram litis æstimationem si minus habuerit in peculio eo tempore quo sententiam dixit, vt scriptum est in princip. huius legis.

16. VLPIANVS libro quinto ad Edictum.

IVlianus autem, in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere. quæ sententia vera non est, & a multis notata est.

Ad l. Iulianus autem 16.

Ratio dubitandi. Actio in factum quæ datur contra iudicem qui litem suam fecit, est rei persecutoria, cùm per eam actor omnimodo veram litis æstimationem cõsequatur, vt diximus ad legem præcedentem. Ergo dari debet etiam in heredem vt cæteræ actiones honorariæ quæ continent rei persecutionem, vt in specie generaliter scriptum est in *l. honorarius 35. ff. de obligat. & action.* Atque ita Iulianus existimabat. Ratio decidendi. Hæc actio continet quidẽ rei persecutionẽ, sed datur ex quasi maleficio & in maleficij pœnam, vnde & pœnalis non malè dici potest. Ergo non debet dari in heredem, vt neque pœnales cæteræ ex maleficio aut quasi maleficio descendentes *l. 1. ff. de priuat. delict. §. non autem. Instit. de perpet. & tempor. action. l. pupillum 111. §. 1. de regul. iur.* Scripsi ad *l. vlt. §. vlt. tit. praced.* & ad *l. quia pertinet 7. sup. de alien. iudic. mut. caussa fa.* Sed nec verum est actionem hanc esse sui natura rei persecutoriam, cùm sit in factum. Continet quidem rei persecutionem, at non ni si arbitrio iudicis *d. l. vltim. de extraord. cogn. vt & illa de qua in l. 4. §. vltim. de alien. iudic. mut. caus. fact.* in quo saltem actionum genere perpetuum non est, vt in heredem dari possint quamuis sint rei persecutoriæ, Maximè si ex debito dentur, vt ad eum locum scripsi & *lib. 2. Coniectur. cap. 1.* Proinde Iuliani sententia quam hîc Vlpianus refert, rectè ab aliis notata est, tanquam non vera. Planè si quid ex delicto iudicis ad heredẽ ipsius peruenerit, quod facilè potest contingere, cùm iudex non per imprudentiam aut per gratiam, sed per sordes malè iudicauit, certum est eatenus actionem in heredem quoque competere, vt turpe ac improbum lucrum ei extorqueatur *l. in heredem 3.* vbi dixi *supra de calumniat.*

17. VLPIANVS libro vicensimosecundo ad Edictum.

IVlianus ait: Si alter ex litigatoribus iudicem solum heredem, vel ex parte fecerit: alius iudex necessario sumendus est: quia iniquum est, aliquem suæ rei iudicem fieri.

Ad l. Iulianus ait 17.

Ratio dubitandi. Nõ potest videri iudicem corrupisse is qui heredem ipsum instituit siue solum, & ex toto asse, siue ex parte, cùm nullũ ex iudicato gratioso vel sordido emolumentum consequi possit ille qui eo iudicati tempore iam mortuus reperitur. Nec rursus quicquam improbè, aut contra leges vel bonos mores fecisse dici potest iudex, qui delatam sibi ab altero litigatorum & à lege hereditatem agnouit. Nihil ergo causæ est cur e dignitas

gnitas iudicandi auferri debeat quàm habuit à prætore, cùm id quod fit lege permittente pœnam non meteatur *vulg. l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Nec videtur mouere, quod ita futurum sit, vt rei suæ iudex quis constituatur. Etsi enim ab initio id fieri non deberet, attamen vulgatum est mulcta facta tenere, quæ fieri prohibetur *l. patre furioso. 8. sup. de his qui sui vel alie. iur. sunt.* Præsertim verò iudicis dationem si ab initio rectè, riteq; facta sit *l. iudex datus 46. ff.* vbi hac vna ratione Paulus probat manere iudicem eū qui posteà furere cœperit si modò rectè ab initio datus fuit. Quanquam nec illud nouum est vt quis in sua causa iudex constituatur, cùm id plurimum eueniat, quoties vincit quis ex iureiurando sibi vel per aduersarium, vel per iudicem delato *l. 1. ff. quar. rer. act. non dat.*

Ratio decidendi. Iniquum est aliquem suæ rei iudicem fieri *tot. t. C. ne quis in sua caus. iudic.* vel sibi dicere ius cùm aduersarius ipse defert conditionem, vt in *d. l. 1.* quo casu nō de alio quàm de seipso cōqueri debet is qui iusiurandum deferendo aduersarium vltrò iudicem elegit. Ergo si alter ex litigatoribus iudicem suum heredem vel in solidū vel ex parte fecerit, omnimodò iudiciū soluitur, tanquam quod peruenerit ad eum casum à quo non potuisset incipere, vt in specie *l. si a me 11.* vbi dixi *sup. h. t.* Et necessariò mutandus iudex est, quāuis ab initio ritè datus, aliúsque sumendus qui iudicet ve & in specie *d. l. iudex datus 46. ff.* Non in pœnā eius qui prior datus fuerat, quasi in aliquo deliquerit, sed ob casus necessitatem, quæ facit persæpe, vt cui iudicis dignitas auferri non potest, iudicandi tamen & necessitas remittatur & facultas salua dignitate & existimatione eripiatur, vt in *d. l. iudex datus*, & in specie huius legis. Ad quā porrò nihil pertinet quod afferri solet ex *l. qui iuris, dictionis 10. sup. de iurisd.* Est enim lex illa non vt hæc de iudicio, & de iudice, sed de iurisdictione, actus dicente.

18. VLPIANVS libro vicensimotertio ad Edictum.

SI longius spatium interceſſurum erit, quo minus iudex datus operam poſſit dare, mutari eum iubet prætor: hoc eſt, ſi fortè occupatio aliqua iudicem non patiatur operam iudicio dare, incidente infirmitate, vel neceſſaria profectione, vel rei ſuæ familiaris periculo.

Ad l. si longius 18.

Ratio dubitandi. Abstinendum est ab omni mutatione iudicis quātum fieri potest, quia vix est, vt ea fiat mutatio sine captione alterutrius litigatorum. Quemadmodum & cæteræ mutationes omnes, vt Plato dicere solebat in republica sunt periculosæ. Ideóque cùm iudex rectè datus non nisi temporalem ex postfacto nanciscitur excusationem, tolerabilius est iudicem illum tantisper expectare quàm iudici nouo rem rursus cognoscēdam & iudicandam committere *l. pen. §. vlt. ff. de vacat. & excus. muner.* Atqui in specie huius legis non nisi temporalis potest esse excusatio quæ causam habet vel ab occupatione aliqua quæ non patiatur tam citò iudicem operam iudicio dare: vel ab incidente infirmitate, vel à necessaria profectione, vel denique, ab imminente aliquo periculo rei familiaris. Ergo ex his causis nō facilè mutari iudex debet.

Ratio decidendi. Et vtriusque litigatoris & rei publicæ interest, quàm citò lites mori & aliquo modo finiri quæ saluo ciuilis concordiæ vinculo neque nasci, neque viuere diu possunt. Atqui non potest lis finiri per iudiciū sine iudice. Ergo si longius tempus interceſſurum erit, quominus iudex datus operam iudicio dare possit, bene prudentérque facit prætor cùm mutari eum iubet, ne aliòqui trahatur iudicium in longiores moras quas vtrique nimis longas habent ea quoq; iudicia quæ vel citiùs expediūtur *l. etiam 15. ff. vt leg. aut. seu fidei. nom. caueat.* Planè interdum melius est iudicē non mutari vt scriptum est in *d. l. pe. § vlt. de vacat. & excus. muner.* Nempe si non diu sed tantisper expectandus sit iudex iam datus, id est, si non longius vt in hac lege, sed breuius tempus interceſſurum sit, quominùs per iudicem iam datum expediri iudiciū possit. Itaque totum hoc in causæ cognitione positum est, & ex breuitate aut diuturnitate temporis quo excusatio verisimiliter duratura est, æstimandum, iunge *l. 4. C. de pedan. iud.* vbi hæc ipsa ratio redditur quam ex litium odio desumpsimus, Ne huiusmodi casibus interuenientibus impedimentum aliquod in persequendis litibus adferatur.

1 § Si filiusfamilias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri: ita demum permittimus ei agere (ſi) non ſit, qui patris nomine agat. Nam & Iuliano placet, ſi filiusfamilias legationis: vel ſtudiorum gratia aberit: & vel furtum, vel damnum iniuria paſſus ſit, poſſe eum vtili iudicio agere: ne, dum pater expectatur, impunita ſint maleficia quia pater venturus non eſt, vel, dum venit, ſe ſubtrahit is qui noxam commiſit. Vnde ergo ſemper probaui[a]: vt, ſi res non ex maleficio veniat, ſed ex contractu, debeat filius agere vtili iudicio: fortè depoſitum repetens[b], vel mandati agēs, vel pecuniam, quam credidit, petens: ſi fortè pater in prouincia ſit, ipſe autem fortè Romæ vel ſtudiorum, cauſa, vel alia iuſta ex cauſa agat, ne, ſi ei non dederimus actionem, futurum ſit, vt impunè fraudem patiatur, & egeſtate Romæ laboret, viatico ſuo non recepto, quod ad ſumptum pater ei deſtinauerat. Et finge Senatorem eſſe filiumfamilias, qui patrem habet in prouincia: nónne augetur vtilitas per dignitatem?

Ad §. 1. si filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Nemo potest agere sine actione *d. l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. ff. de adminis. tut.* Atqui filiusfamilias nullam potest habere actionem ex ea noxa ex qua patri actio competat, quia quoties per filiumfamilias siue actio, siue quid aliud acquiritur patri, sic acquiritur, vt ne momēto quidem tēporis acquisitio in persona filij consistat *l. placet 79. ff. de acq. hered. l. 1. ff. si quis a parent. manum. sit.* Ergo etiamsi nemo

sit qui patris nomine agat, non eo magis filio agere permittendum est. Actionem enim habere iuris est, agere verò facti. Ratio decidendi. Actiones quædam sunt, quæ licèt per filiumfamilias acquirantur patri, tamen ipsi quoque filiofamilias competunt hactenus vt eas suo quoque nomine exercere possit *l. filiusfamilias 9. §. de obl. & act.* vbi quatuor illæ exprimuntur Iniuriarum, Quod vi aut clam, Depositi & Commodati, quibus iungendæ sunt omnes ex quas in factum appellamus, vt cõstat ex *l. in factum 13. eod. tit.* Et has potest filiusfamilias exercere non solùm suo nomine, sed etiam iudicio directo tanquam directas, Sed ita tamen si neque pater agere velit, neque alius patris procurator *l. sed si vnius 17. §. ait prætor, si ei §. de iniur.* Aliæ verò actiones sunt, quæ per filiumfamilias omninò patri acquiruntur, ita vt directæ filiusfamilias competere nunquam possint, de quibus agitur in hoc §. Et has non potest filiusfamilias exercere suo nomine nisi vtili iudicio, etiamsi neque pater, neque alius quisquam adsit qui patris nomine agat. Vtili autem iudicio potest quidem eas exercere, & quidem suo nomine non patris, (nam si patris nomine ageret vtique directas actiones exercere posset & deberet quæ patri competunt) sed non nisi sub eadem condicione, si non sit qui patris nomine agat, vt scriptum est in hoc §. Itaque differunt actiones istæ à superioribus in eo tantùm, quod vtiles sunt in persona filiifamilias, non directæ. Talis est actio furti, itémque damni iniuria si fortè non pater ipse sed filius furtum, vel damnum iniuria passus sit, & aliæ huiusmodi, quæ ex delicto & maleficio proficiscuntur, quas filio dari nullomodo oporteret, nisi ratio publicæ vtilitatis id faceret, Ne impunita sint maleficia, dum pater expectatur, qui vel fortè nunquam venturus sit, vel tardiùs, vt interim se vertimuliter subtracturus sit qui noxam commisit. Semper enim id agit ciuilis legislator quantum potest ne impunè ferat, qui deliquit *l. ita vulneratus 51. in fin. ad leg. Aquil. l. si a reo 70. §. vlt. d. fid. in f. l. si pœna 20. §. de pœn. l. vl. C. de desens. ciuit.* Finge furtum factum esse vel dãnum iniuria datũ filiofamilias absenti legationis aut studiorum causa, cui facilius sit habere copiam iudicis quàm patris. Cur nõ permittamus ei agere saltem vtili iudicio, non expectata patris voluntate? Sic & in *l. si libertus 12. sup. de in ius vocand.* Delinquit enim, qui patronum aut filium liberti, sicut & qui cæteras personas quibus debetur reuerentia in ius vocat non petita venia, & contra edictum prætoris, Ideóque pœna in hunc statuta est *l. pen. & vl. eod. tit.* quæ nulla vnquam statuitur, nisi contra delinquentes *dict. l. si pœna. l. sancimus 22. C. eod. titul. de pœn.*

a *Vnde ego semper probaui.* Ratio dubitandi. Cùm actio non ex maleficio venit, sed ex contractu, cessat ratio illa propter quam proximè diximus permittendum esse filiofamilias vt agat si nemo sit qui patris nomine agere velit, Nempe ne malefica sint impunita. Toto enim genere maleficium differt à contractu. Ergo non est bona illatio ab eo quod dictum est de maleficiis ad contractus cùm ex diuersis non inferatur, vulg. *l. Papinianus 20. sup. de minor.* Maximè vbi tam euidens diuersitatis ratio reddi potest *l. illud 32. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam. §. de inoff. rupt.*

Ratio decidendi. Etiam in contractibus plerumque fraus committitur, quæ non multum distat à delicto, & quam non magis impunitam manere oportet, quàm aliud quodlibet delictum, siquidem in omnibus contractibus certum est exigi bonam illam fidem quæ opponitur dolo malo, de qua in *l. bona fides 31. §. depos. l. bonam fidem 4. C de oblig. & action.* Ergo etiam non ex maleficio, sed ex contractu veniat actio quæ per filiumfamilias quæritur patri, fortè si filiusfamilias depositum repetat vel mandati agat, vel pecuniam quam ipse credidit petat, æquè permittẽdum est filiofamilias, vt possit agere vtili iudicio, non expectato patre si fortè pater sit in prouincia, ipse autem filius Romæ agat vel studiorum gratia, vel ex alia iusta causa, Ne si ei non dederimus actionem futurum sit ei vt impunè fraudem patiatur, & egestate laboret Romæ nõ recepto viatico, quod ad sumptũ pater ei destinauerat Quod si addas filiumfamilias hũc de quo agimus Senatorẽ esse, augetur sanè vtilitas, id est, æquitas ista quæ filiofamilias iudicium vtile dari suadet, per dignitatem, cuius sanè maiorem rationem haberi semper æquum est *l. filiusfamilias 7. §. nonnunquam. §. de donat.* Vtilitatem dixit Vlpianus pro æquitate, quoniam vt alibi sæpè monui, legislator ciuilis æstimat æquitatem eiusdem ex sola vtilitate publica, Vnde & iudicia vtilia vocantur ea quæ iure deficiente dictantur à prætore ex sola æquitate.

b *Fortè depositum repetens* Ratio dubitandi. Filiusfamilias qui ipse deposuit, habet proprio nomine actionem depositi *l. Iulianus 19. §. deposit. act. l. filiusfamilias 9. §. de obligat. & action.* & quidem directam. Sic enim suprà explicauimus. Ergo vtile depositi iudicium, de quo solo agitur in hoc §. habere non potest, quia nunquam in eadem persona potest vtilis actio concurrere cum directa, cùm directa tanquam maior & plenior tollat vtilem tanquam minorem *l. si heres 70. §. ad SC. Trebellian. l. si reus 13. §. de duobus reis. l. debitori 50. inf. de fideiuss.*

Ratio decidendi. Multum interest an filiusfamilias rem paternam deponat, an verò alienam, Siquidem & aliena res deponi potest, cùm non id agatur per depositum vt dominium, adeóque nec vt possessio rei depositæ in accipientem transferatur, *§. rei deposita. d. l. licet 17. §. depos.* Priore casu depositi actio directa quæritur soli patri, tanquã quæ non tantùm ex facto filiifamilias, sed etiam ex re patris acquiratur. Posteriore verò actio etiam directa quæritur filio non patri, cuius quippe nihil interest. Ad priorem casum pertinet species huius §. in quo agitur de deposito in credito viatici ad filij sumptum à patre destinati: ac proinde ex quo quæritur actio directa non filio qui deposuit, sed patri. Quid si filius rẽ peculiarem deposuisset? Vtique habuisset actionem depositi nõ solùm proprio nomine, sed etiam directam, quia peculium est quidem patris, sed tamen ita vt fit etiam filij *l. 3. §. sed vtrum. sup. de minor.* ita vt de re peculiari non possit agere pater nisi nomine filij *d. l. 3. §. Pomponius. & l. patri 27. eod.* Hodie facto filiofamilias capace aduentitiorum etiam inuiro patre, fieri facilè potest vt filiusfamilias nec paternam nec alienam rem deponat, nec peculiarem sed propriam: quod si eueniat, non est dubitandum, quin ipsi filiofamilias directa actio competat, non patri ex *l. cùm oportet 6. & l. vltim. C. de bon. quæ liber.* iunct. *dict. l. filiusfamilias 9. de obligat. & action.* Et sanè cùm hæc posterior species huius §. tanquam similis subiecta

lecta sit superiori non de alia re & actionis materia intelligi potest, quàm ex qua patri actio directa competat non filio, vt prima §. verba demonstrant.

7. VLPIANVS libro sexagensimo ad Edictum.

HEres absens ibi defendendus est, vbi defunctus debuit, & conueniendus, si ibi inueniatur [a], nulloque suo proprio priuilegio excusatur [b].

Ad l. heres absens 19.

Ratio dubitandi. Vnusquisque ibi defendêdus est vbi domicilium habet, vel vbi contraxit, ibiq; bona eius absentis, si non defendatur, venire debent, *l. 1. 2. C. & 3. ff. de reb. autor. iudi. possid.* Atqui facile fieri potest & verò fit plerumque vt in alio loco domicilium habeat heres defuncti debitoris, quàm in quo defunctus ipse debuit, cùm nec filius patris sui, siue viui, siue mortui domicilium sequatur, cuius ratio etiã in persona ipsius patris, vt & alterius cuiuslibet téporaria est *l. adsumptio 6. §. filius. l. libertus 16. §. patris. ff. ad municip.* Ergo heres absens non ibi defendendus est vbi defunctus debuit, sed vbi heres ipse domicilium habet. Non enim possis addere quod plerumque diximus *aut vbi contraxit* cùm agamus de debito nô per heredem ipsum, sed per defunctum contracto. Ratio decidendi. Heres cùm de eo conuenitur, quod defunctus debuit, non ex propria sed ex defuncti persona conuenitur, in cuius locum successit *l. si is qui Romæ 34. ff. hoc titul.* & cum quo censetur eadem persona *l. heres 22. ff. de vsucap.* Proinde cogitur sequi forum defuncti, vt siue absens sit [b] ab alio defendi debeat, siue præsens, ibi se conueniri patiatur. At si ex persona propria conueniretur, aliud esset, tuncq; obtinerent ea quę attulimus, pro ratione dubitandi.

a *Si ibi inueniatur.* Nam vbi quis etiam absens defendi ab alio debet, vt bonorum eius venditio impediatur, ibidem si inueniatur multò magis debet se defendere vt non condemnetur.

b *Nulloque suo proprio priuilegio excusatur.* Ratio dubitãdi. Nemini priuilegium suum inuito auferendum est, sine magna causa, quia nec sine causa concedi solet *l. pen. C. de pact. l. si quis ex aliena 5. supr. hoc tit.* Atqui nihil potest imputari heredi, qui ex propria persona priuilegium aliquod habet quod defunctus non habuit. Ergo non ob id minus priuilegio suo vti potest.

Ratio decidendi. Priuilegium, personæ concessum nunquam egreditur personam *l. 1. §. vlt. supr. de constit. Princ.* Atqui egrederetur personam si quod Titio tanquam Titio vel tanquam magistratui côcessum est, eidem prodesset tanquam heredi Sempronij qui nullum priuilegium habuit. Id enim perinde est, atque si diceremus illud ipsum priuilegium Sempronio prodesse debere. Nam qui tanquam heres Sempronij conuenitur, pro Sempronio habendus est, eodémque iure censendus: nec tam quis conueniatur inspiciêdum est quàm quasi quis *l. si paterfamilias 15. §. 1. sup. de adop. l. item eorũ 6. in princip. supr. quod cuiusque vniuersit.* Ergo quod priuilegium Titio prodesset si ex propria persona conueniretur, non debet ei prodesse si tanquam heres Sempronij conueniatur. Alioqui afficeretur iniuria is qui cum Sempronio contraxisset, non contracturus fortasse si tale priuilegium Sempronius habuisset, quale nunc Sempronij heres habere inuenitur, argum. *l. A Emilius 35. supr. de minor. l. apud Iulianum §. in fin. ff. ex quibus caus. in possess. eat.*

1 § Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, vnde obligatio oritur, certo loci administrauit: & si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere. &, si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.

Ad §. 1. si quis tutelam.

Ratio dubitandi. Qui tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud vnde obligatio nascitur, certo loco administrauit, non nisi ex propria persona propriòque facto conuenitur. Ergo si domicilium eo loci non habuit, nô debet ibi conueniri, sed vbi domicilium habet. Et similiter non ibi defendi debet, nec bonorum vêditionem pati, si non etiam domicilium ibi habeat. Ex generali iuris regula, quę vult cogi actorem in quacunque actione, siue in rem, siue in personam concepta sit, sequi forum & domicilium rei *l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. de iurisd. omn. iudic.*

Ratio decidendi. Non tantùm in loco domicilij potest quis conueniri, sed in illo etiam in quo contraxit aut quasi contraxit, vt scriptum est in §. vlt. huius legis, & in *l. 4. §. omnes autem. sup. h. t.* Atquin is qui tutelam vel curam vel negotia certo loco administrauit, ibidem quasi côtraxisse intelligitur, & ex eo quasi contractu obligatur & conuenitur *l. si quis absentis 5. in princ. & §. 1. ff. de obl. & action.* Ergo non tantùm in loco domicilij sui quod alibi habuit, conueniri poterit, sed etiam & maximè in loco administrationis *l. 1. & 2. C. vbi de ratiocin. tam publ. quam priuat. agi oport.* vbi ratio redditur, quod in eo ipso loco & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possunt documenta præstari. Vnde illud etiam fit vt ibi debeat fieri editio instrumentorum administrationis *l. 4. §. vlt. sup. de edend.* Iunge *l. neque fœmina 54. § . 1. sup. de procur.*

2 § Proinde & si merces vendidit certo loci, vel disposuit [a], vel comparauit: videtur, nisi alio loci vt defenderet conuenit [b], ibidem se defendere. Num quid dicimus, cùm qui à mercatore qui comparauit aduena [c], vel ei vendidit quem scit inde confestim profecturum, non oportet ibi bona possideri sed domicilium sequi eius? at si quis ab eo, qui tabernam, vel officinam certo loci conductam habuit, in ea causa est, vt illic conueniatur: quod magis habet rationem. Nam vbi sic venit, vt cõfestim discedat, quasi à viatore emptis, vel eo, qui transuehebatur, vel eo, qui παραπλεῖ, *id est, præternauigat*, emit, durissimum est, quotquot locis quis nauigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi.
habet.

Digitized by Google

At si quo constitit, non dico iure domicilij, sed tabernulam, pergulam[d], horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, defendere se eo loci debebit.

Ad §. 2. Proinde & si merces.

Ratio dubitandi. Venditio & emptio non est similis administrationi tutelæ, vel curæ, vel negotiorum, aut argentariæ, quia non perinde habet tractum temporis, sed vnico & continuo tractatu expeditur *l. si voluptate 8. C. de rescin. vendit.* Ergo non est bona illatio ab eo qui tutelam vel curam, vel negotia, vel argentariam administrauit, ad eum qui merces vendidit, vel disposuit vel comparauit.

Ratio decidendi. Tam is qui vendidit, vel comparauit tenetur ex contractu quàm cæteri, de quibus suprà diximus, tenentur ex quasi cõtractu. Ergo idem ius in omnibus statui debet. Cùmq; plus sit contrahere, quàm quasi contrahere, tantò maior ratio est vt qui contraxit ibi conueniatur, quàm qui tantùm quasi contraxit.

a *Vel disposuit*, scilicet merces suas tanquam eo loco vendendas, licèt nihil ipse ibi vendiderit. Sufficit enim vt merces eo loco dispositas habuerit ad vẽdendum, quantum ad hoc vt possit eo loco conuẽniri si qua ex iusta causa se ibi obligauerit. Gallicè dicimus *estaller sa marchandise.*

b *Nisi alio loci vt defenderet conuenit.* Ratio dubitãdi. Priuatorum pactiones legum autoritate non censentur *l. vltim. ff. de iur. & leg. et.* Atqui ex legum autoritate est, vt quis possit ibi conueniri, vbi contraxit *l. 2. §. omnes autem. supr. hoc tit.* Ergo nulla cõuentione fieri potest, vt non ibi se debeat defendere.

Ratio decidendi. Cuilibet permissum est iis quæ pro se introducta sunt renunciare *l. pen. C. de pact. l. pactum 46. supr. eod. tit. l. si iudex circumuento 41. supr. de min.* & conuentionibus omnino standum est si modò neque contra leges sint, neque contra bonos mores *l. iuris gentium 7. §. ait prætor. de pact.* Atqui neque contra leges neque contra bonos mores est vt quis hoc potiùs quàm illo loco defendi debeat. Nihil enim reipublicæ interest. Ergo si conuenerit, vt quis alio loco se defendere debeat, quàm in quo alioqui defendendus esset, valebit conuentio.

c *Eum qui à mercatore quid comparauit, aduena.* Ratio dubitandi. Tam verum est contraxisse certo loco eum qui alicubi comparauit à mercatore aduena, aut qui vendidit ei quem sciebat inde statim profecturum, quàm qui cum eo contraxit qui ibi constiterat siue iure domicilij, siue quòd tabernulam, pergulam, horreum, armarium, vel officinam conduxisset. Ergo perinde omnibus istis casibus, dicendum est defendi eum debere qui conuenitur in eo loco in quo contraxit. Ratio decidendi. Nemo ibi esse intelligitur vbi non nisi fortuitò est, & animo statim discedendi *l. si fundus 44. l. si ita legatum 86. de leg. 3. iunct. l. qui alteri 67. eod. l. ex facto 35. §. verum autem. ff. de hered. instit. l. generali 32 §. vxori de vsufruct. legat.* Ergo qui in aliquo contraxit tanquam aduena, & inde statim profecturus, perinde habendus est ac si non ibi magis quàm alibi contraxisset. Alioqui sanè durissimum & iniquissimum est eum qui quasi viator dum transueheretur vel præternauigaret cõtraxit tot locis defendi debere in quot locos delatus fuit, eáque res nundinarum libertatem & vtilitatem maximè læderet, quæ omninò conseruanda & adiuuanda est *l. vnic. C. de nundin. & mercat.*

d *Sed tabernulam, pergulam.* Ratio dubitandi. Etiã si quis tabernulam, pergulam, horreum, armarium vel officinam conduxerit in certo loco, in eóque ex hac causa constiterit, si tamen non iure domicilij id fecerit, nõ aliàs tamen videtur esse quàm aduena quidam inde statim profecturus quem proximè diximus non esse cogendum ibi se defendere de iis quæ ibi cõtraxit. Quid enim aliud est nolle quem domicilium alicubi contrahere, quàm velle inde breui discedere? Ergo nec hic cogendus est ibi se defendere vbi sic contraxit. Ratio decidendi. Qui certo in loco consistit non casu fortuito, sed tanquam ibi negotiaturus, licèt non ita faciat animo contrahendi domicilij, Attamen quantum ad negotiationem illam, quam ibi exercuit, nõ pro prætereunte habendus est, sed pro eo qui velit & debeat ibi conueniri, perinde ac si domiciliũ ad tempus ibi constituisset. Nam & domicilij constituere ad tempus licet *l. libertus 17. §. patris. ff. ad municip.* Nec minus causam actionis locus vendendi emendi ve *l. 3. ff. de instit. act.*

3 §. Apud Labeonem quæritur, si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat quod cum eo seruo contractum est, ita habẽdum, atque si cum domino contractum sit. quare ibi se debebit defendere.

Ad §. 3. apud Labeonem.

Ratio dubitandi. Ibi demum vel defendendus vel conueniendus quisque est vbi vel domicilium habet, vel contraxit, vt diximus in præcedentibus, & constat ex *l. 1. 2. & 3. ff. de reb. autor. iudic. possid.* Atqui nemo dixerit eum qui Romæ seruum habeat institorem vendendarum mercium gratia, ob id solùm videri esse Romæ, cùm seruus non pro eadem persona cum domino, sed pro nullo computetur tam iure ciuili & prætorio quàm extra ordinem *l. qui testamento 20. §. seruus. Qui testa. facer. poss. l. nullomodo 7. ff. ad legem Cornel. de fals. l. quod attinet 32 de reg. iur.* Ergo si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, non ob id cogendus est Romæ se defendere de eo quod per seruum illum Romæ contractum fuit. Nam & verum est contractus omnes esse facti *l. consilio 7. § vlt. ff. de curat. furios.* ea verò quæ facti sunt non transire ad dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonst.*

Ratio decidendi. Quod contractum est cum seruo institore perinde habendum est, atque si cum domino ipso contractum esset, quippe qui seruum suum in eam rem præposuerit & fecerit quasi procuratorem. *l. 5. §. non tamen. & seq. & pass. ff. de instit. act.* Ergo sicut commodum ille sentit ex actu institoris, ita & obligari eum ex contractibus eiusdem institoris & conueniri æquum est *l. 1. in princip. eod.* Nam nec qui cum seruo institore contrahit serui aut alterius institoris personam respicit, sed domini, qui eum præposuit dummodò contractus ad eam negotiationem pertineat cui institor præpositus fuit *d. l. 5. §. non tamen,* sibique debet imputare qui talẽ præposuit *l. sed & si quis 7. ins. to.* Alioqui

facilè

Digitized by Google

facilè circumueniretur, & passim qui cum eo contraherent quod alienum esset à promiscui vsus & commercij vtilitate *l. si quis mancipiis 17. §. si impuberes eod. tit.* nec factum serui hoc casu nocet domino sed factum & voluntas ipsius domini qui instituerem fecit. Denique generale est vt quoties dominus ex serui facto tenetur, debeat ille defendi, possitque conueniri eo in loco in quo seruus ipse vel contraxit vel deliquit *l. non alias 24. §. 1. infr. hoc titulo.*

1 § Illud sciendum est: eum, qui ita fuit obligatus, vt in Italia solueret, si in prouincia habuit domicilium, vtrobique posse conueniri, & hic, & ibi: & ita & Iuliano, & multis aliis videtur.

Ad §. vlt. Illud sciendum est.

Ratio dubitandi. Qui in prouincia domicilium habet, in eaque contraxit, non alibi quàm in prouincia ipsa potest conueniri, siue locum domicilij spectes, siue locum cōtractus: quorum alterutrum inspiciendum esse iam toties diximus. Ergo quamuis se obligauerit, vt in Italia solueret, nihilomagis in Italia poterit cōueniri. Ratio decidendi. Potest quisque cōueniri in eo loco in quo contraxit, etiamsi domicilium ibi non habuerit. Quid enim æquius aut conuenientius est quàm ex contractu quem conueniri vbi contraxerit, cùm ibi se obligauerit, obligatio autem quæ iusta & ciuilis est, statim pariat obligationem *l. licet 43. §. ea obligatio. de procurat.* Atqui contraxisse vnusquisque in eo loco intelligitur, in quo vt solueret se obligauit *l. contraxisse 21. de oblig. & action.* Est enim potissima pars obligationis dies & locus solutionis *l. 1. §. editiones. ap. de edend l. 2. & tot. tit. j. de eo quod cert. loc.* Ergo si is qui contraxit in ea prouincia in qua domicilium habuit, se obligauerit vt in Italia soluerer, dicendum est posse illum vtrobique conueniri, & hic & ibi, hoc est, & in prouincia & in Italia. In prouincia verò non, quia ibi contraxerit (nam nec cōtraxisse intelligitur alibi quàm in Italia cùm in eodem instanti duobus locis contrahere non potuerit) sed quia ponimus eum ibi domicilium habuisse. Alioqui si neque in ea prouincia sed in alia domicilium habuisset, perinde quidē posset duobus locis cōueniri sed non in prouincia illa in qua se obligauit, at in prouincia sui domicilij & in Italia. Idque est quod hic Vlpianus significat his verbis *si in ea prouincia habuit domicilium*, vt intelligamus si in vna prouincia se obligauerit ad soluendum in Italia, domicilium verò habeat in alia prouincia solius domicilij aut loci qui destinatus solutioni fuit, habendam esse rationem, non alterius prouinciæ in qua nec domicilium constitutum nec solutio facienda fuerit, quamuis ibi eá verè contractum fuisse proponatur.

20. PAVLVS libro 58. ad Edictum.

Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est: vt vbicunque aliquis obligetur, & contrahi videatur: quamuis non ex crediti causa debeatur [a].

Ad l. omnem 20.

Ratio dubitandi. Aliud est contractus, aliud autē obligatio. Cōtractus enim sunt omnes facti *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.* Obligatio verò iuris *7. it. de oblig. Inst.* Nec rursus obligationes omnes nascuntur ex contractu, sed plerǽque ex quasi contractu, Aliæ ex delicto, multæ ex quasi delicto. Nonnullæ etiam ex aliis quibusdam modis & variis causarum figuris *l. 3. de oblig. & act.* Ergo non potest fieri vt omnis obligatio pro contractu habeatur. Est enim contractus materia tantùm, eàque non adæquata, nō etiā forma & substātia obligationis, & sicuti obligatio parit actionē, Ita cōtractus omnis parit obligationē, quāuis non ē conuerso dici possit obligationē omnē esse ex contractu. Proinde sicut ridēdus esset qui diceret omnem obligationē esse actionē, Ita nec videtur illud fieri posse vt omnem obligationē pro contractu habendā esse dicamus.

Ratio decidendi. Non ait Paulus omnē obligationem aut aliquā esse contractū, sed omnem obligationem pro contractu habendā esse, Idque nō simpliciter & absolutè, sed hactenus vt vbicunque, id est, quocunq; loco quis obligatur, ibi & cōtrahi videatur. Scil. quantum ad iuris regulam & propositionem illam attinet, de qua diximus in præcedentibus, quæ habet, Posse quemlibet conueniri in eo loco in quo contraxit, quamuis ibidē domicilium non habeat. Itaq; si quis obligetur nō ex cōtractu, sed vel ex quasi cōtractu, vel ex delicto, vel ex quasi delicto, vel denique ex qua alia causarū figura, perinde dicendum erit cōueniri eum posse in loco in quo se obligauit, atq; si in eo contraxisset: Ratione illa generali quod æquè possit imputari ei qui quacūque ex causa se obligauit, cur in eo loco se obligauerit. Nam & cùm quis cōuenitur in eo loco in quo verè cōtraxit, non ideò conuenitur ibi, quòd ibi contraxerit, sed quòd ibi se obligauerit contrahendo. Quid interest hac parte, qua ex causa quis se obligauerit, dummodò se voluerit obligatum?

a *Quamuis non ex crediti causa debeatur.* Id est, Quāuis obligatio aliunde quàm ex contractu proficiscatur. Cred it enim nomen sumpsit hic Paulus generaliter, vt & prætor in ea parte edicti quæ est De rebus creditis, pro omni genere contractus. Nam cuicunque rei adsentiamur, alienam fidem secuti mox recepturi quid ex hoc contractu credere dicitur *l. 1. j. de reb. cred.* Et sanè de sola pecunia credita Paulum hic loqui nemo dixerit.

21. VLPIANVS libro 70. ad Edictum.

Si debitori meo velim actionem edere, probandū erit, si fateatur se debere, paratúmque dicat soluere audiendum eum: dandúmque diem cū competenti cautela ad soluendam pecuniam. [a] neque enim magnum damnum est in mora modici tēporis [b]. Modicum autē tempus [c] hic intelligēdum est, quod post condēnationem reis indultum est.

Ad l. si debitori 21.

Ratio dubitandi. Qui dicit paratum se soluere, non ideò tamen soluit, neque satisfacit, si non in promptu offerat solutionem, ideóque nec culpandus est creditor qui desiderat solutionem si non alia ratione volēti ei satisfiat *l. si rem 9. §. omnis & §. vlt. cum l. seq. j. de pign. act. l. item liberatur 6. §. j. qu. mod. pig. vel hypot. solut.* Ergo si debitori meo velim actionem edere vt postea vocare illum in ius possim (nam quemadmodum actionum omnium in-

Digitized by Google

ſtituendarum principium, ab ea parte edicti proficiſcitur quæ eſt de in ius vocando §. *omnium. Inſt. de pœn. temer. litig.* ita vocationem in ius præcedere debet editio, vt probauimus ad *l.1. ſup. de edend.*) nihil ei prodeſſe debet quod paratum ſe dicat ſoluere ſi diem petat ad ſoluendum, nec pecuniam ipſam offerat in promptu, quamuis offerat etiam in promptu cautionem, quam hæc lex vocat competentem cautelam. Alioqui facile erit homini tergiuerſatori his artib. effugere aut ſaltem per aliquod tempus eludere poteſtatem iudicij, quod tamen ideò redditur in inuitum ne poſſit eludi *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Edendæ actionis neceſſitas nō aliam ob cauſam edicto prætoris introducta eſt, quàm vt ſcire poſſit reus an contendere debeat an cedere, quod inciuile eſſet primo congreſſu in ius rapi obtorto collo eum, qui fortaſſe ceſſurus fuerat ſi præmonitus fuiſſet per editionem. *d. l. 1. ſ. de edend.* Ergo ſi debitori meo velim edere actionem quam ſum inſtituturus, iſque fateatur ſe debere, & paratum ſe dicat ſoluere, audiēdus eſt, nec vlterius progredi, & vocationem in ius pati aut iudicium ſuſcipere cogendus. Nam iniquum eſt cogi eum accipere iudicium qui nolit contendere *l. ſi reus 72. ſ. de procur. l. quidam exiſtimauerunt 21. ſ. de reb. credit. l. ex iudicatum ſolui 16. ſ. iudic. ſolui.*

a *Dandúmque diem cum competenti cautela ad ſoluendā pecuniam.* Aut valde fallor, aut hic verſiculus & omnia quæ in hac lege ſequuntur Triboniani ſunt nō Pauli. Paratum enim ſoluere Paulus intellexerat eum qui pecuniam in promptu & in numerato offerat, vt & Neratius in *d. l. ex iudicatum 16. ſ. iudic. ſolui.* non eum qui petat diem ad ſoluendum, tametſi offerat idoneam cautionem. Hic enim non ſoluere ſed ſatisfacere paratus eſt. Nemo autem ſatisfactionem pro ſolutione accipere cogitur *d. l. ſi rem. §. omnis. & §. vlt. cum ſeq. De pign. act.* Alioqui nōn magis liberaret pignus qui paratus eſſet ſoluere quā qui paratus eſſet ſatisfacere, cùm pignus non aliter liberetur quàm ſi re vera ſoluta ſit pecunia, vel aliter eo nomine ſatisfactum *d. §. omnis & l. grege 13. §. etiam. ſ. de pignorib. l. debitor 59. ſ. ad SC. Trebell. l. penult. §. 1. ſ. de except. rei iudic.* Et tamē qui paratus eſt ſoluere, pignus liberaſſe videtur, & quidem meritò, vt Vlpianus ait in *l. item liberatur 6. §. 1. ſ. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Nempe quia ſiue pecuniam accipere velit creditor, ſoluit qui ſoluere paratus eſt, ſiue nolit accipere, ſtat per eum quominùs ſolutio fiat, ideóque in eius odium pro ſoluto habendum eſt, quod debetur, *l. potior 1. §. vlt. ſ. qui potior. in pign. hab.* Si modò debitor non ceſſet offerre. Hoc enim addendum eſt ex *l. qui Romæ 122. §. Seia. ſ. de verb. obligat.* quia ſicuti non videtur interpellaſſe ad conſtituendum in mora debitorem creditor etiamſi teſtatò interpellauerit ſi debiti repetendi inſtantiam omiſerit *l. mora 32. infr. de vſur.* Ita neque poteſt videri obtuliſſe pecuniam debitor, qui quandoq; poſteà ceſſat offerre. Hincque nimirùm comparatus eſt vſus obſignationis, per quam fit, vt ſemper videatur offerre debitor, qui alioqui ad fores creditoris perpetuò ſtare cogeretur, ne in oblatione ceſſare dici poſſet. Triboniani ſtylum manúmque produnt verba illa tam ſæpe à nobis obſeruata *cum competenti cautela.* Nemo enim Iureconſultorum ſic vnquam locutus eſt pro eo quod voluit Tribon. dicere *oblata idonea cautione.* Inſcitiam verò maximam illud detegit, quod *paratum ſoluere*, de quo Paulus loquebatur, intellexit eum qui verbo tantùm dicat ſe paratum offerre, non qui re vera ſit paratus. Errore non diſſimili ei qui apud interpretes & pragmaticos noſtros frequentiſſimus eſt, exiſtimantes omnibus iuris noſtri locis in quibus agitur de oblata pecunia, oblationem illam ſignificari quam verbalem vocant, vt in *dict. l. ſi reus. §. vlt. dict. l. qui Romæ in princip. & dict. §. Seia l. quidecem 72. in princ. & §. 1. l. creditor 102. de ſolut. l. acceptam 19. Cod. de vſur.* quod ſanè ridiculum eſt. Nam qui verbotenus offert pecuniam quam in promptu & numerato nō habet, non tam offerre pecuniam vel verbo dicendus eſt, quàm offerre verba pro pecunia. Quomodo enim poteſt quis offerre id quod nec ferat? vt in ſimili ratiocinatur Pomponius in *l. ſi tibi 8. §. vmu. de opt. legat.* Siquidem nihil aliud eſt *offerre* quàm ob oculos ferre, anteferre, præ ſe ferre. Ideóq; nec dubitādum eſt quin quoties de oblatione prudentes loquuntur, de vera & reali non de verbali & ementita ſentiant, quod probatur omnium optimè ex *dict. l. ſi reus, & ex dict. §. qui paratus.* Verbalis nāque nullius omnino momenti eſt, etiamſi in iudicio facta ſit, adeò vt putem neque prodeſſe illam debere ad hoc vt liceat debitori pecuniam obſignare. Nunquam enim poteſt incipi ab obſignatione, ſed ita demùm obſignatio vim ſolutionis habet, ſi cœptum ſit ab oblatione ſolutionis, quam ſine cauſa creditor recuſauerit, qui porrò non poteſt videri recuſaſſe ſi verbalis tantùm non vera oblatio fuit *dict. l. acceptam* vbi not. *Co. de vſur. & l. obſignatione 9. Cod. de ſolut.* Neque neceſſe eſt ad oblationis verbalis poteſtatem euitandam, adhibere remedium quod Bartolus tradit ad *l. perſecutione 24. Cod. de pignor.* vt debitori dicenti ſe paratum ſoluere creditor reſpondeat, ſe quoque paratum eſſe accipere. Nam etiamſi ad oblationem verbalem nihil creditor reſpondeat, non ideò tamen debitor meliorem ſuam cauſam fecerit, quippe qui non verba pro pecunia ſed pecuniam offerre debuit. In ſumma ſi Vlpianum noſtrum intelligeres cum Triboniano de eo debitore qui verbotenus duntaxat paratus eſſet ſoluere, reuera autem peteret diem & dilationem ad ſoluendum, atque interim actionis editionem recuſaret, dicerem contra quàm Vlpianus hîc ſcripſerit, non eſſe illum audiendum, Tanquam qui eiuſmodi oblatione verbali & inani, aliud nihil præ ſe ferat niſi quod neque ſoluere vult, neque litigare.

b *Neque enim magnum damnum eſt in mora modici temporis.* Ratio eſt dignior Triboniano, quàm Vlpiano. Eâdem enim ratione dicendum eſſet, omnes eos qui præciſè vrgentur ad ſolutionem audiendos eſſe ſi petant dari ſibi quadrimeſtres inducias ad ſoluendum. Hoc enim modicum illud tempus eſt de quo hîc Tribonianus ſentit, vt ſequentia oſtendunt. Et tamen nec iuris ratio nec praxis noſtra hoc admittit. Qui enim fatetur aut conuincitur purè debere, ſtatim quoque ſoluere cogitur ſi non impetrauerit à iudice tempus aliquod ad ſoluendum, quod neque ſemper eſt quadrimeſtre *l. 2. infr. de re iudic.* Nec tam inſpicimus an damnum aliquod futurum ſit creditoris in mora tam modici temporis, quàm vtrum iuſtam cauſam aliquam alleget debitor propter quam dilatio ad ſoluendum ei dari debeat. Ac fortaſſis equidem durum videri poſſit vt quis obtorto collo rapiatur in carceres & præci-

Digitized by Google

præcipitetur ad solutionem si forte post tres aut quinque dies sit soluturus, arg. *l. etsi post tres §. sap. si quis caution. & l. si ita quis 135. §. ea lege. ff. de verb. obli.* déque ea re cauere sit paratus. Sed cùm de sola actionis editione hic loquamur, quænam obsecro potest esse causa recusandæ editionis ex parte debitoris? An fortè damnum aliquod passurus sit, ex eo quod actionis editionem patiatur? Imò verò cùm editio nō aliam ob causam fiat, quàm vt sciat reus an contendere debeat an cedere, dubitandum non est ita obseruari solitum fuisse, vt dilationem aliquam cōsequenter haberet reus ad deliberandum: quæ dilatio & à vocationis iniuria in præsens eum eximebat, & simul dabat ei opportunitatem explicandæ pecuniæ si fortè decerneret mallérq; cedere ac soluere, quàm contendere. Etsi verisimile satis est non tàti temporis fuisse dilationem illā, quanti erat ea quæ iudicatis dabatur ad soluendum. Quid ergo necesse fuisset debitori fatenti se debere, & dicenti se paratum soluere, atque ita editionem actionis recusanti dare dilationem ad soluendum, quam vltrò neglexisse videtur qui eam suo iure ab inuito creditore extorquere poterat, si actionis editionem sibi oblatam non recusasset? Solus igitur ille actionis editione non indiget, ob idque recusans eam audiendus est, qui non tantùm fatetur se debere, sed etiam dicit paratum se statim soluere, oblata scil. præsenti pecunia, nullaque amplius dilatione ad soluendum petita.

c *Modicum autem tempus.* Hic quoque versiculus sicuti pendet ex additione illa Triboniana quam nos proximè obseruauimus, ita eiusdem Triboniani imperitiam manifestius prodit. Cùm enim dixisset indulgendū debitori confitenti tempus modicum ad soluendum, valde laborandum habuit in modico illo tempore definiendo. Et cùm in aliis iuris partibus modicum tempus intelligatur, quod constet spatio aliquo temporis nec minimo nec maximo, sed quod magis intellectu percipi, quàm elocutione exprimi possit *l. quo enim 12. §. Iulianus. ff. rat. rem haber. l. 1. §. item si ita 2. ff. ad leg. falcid. l. quod dicimus 105. de solut. l quid tamen 21. §. vlt. supr. de recept. qui arbit. recep.* Aut quod decimo die coāgustetur, vt in *l. promissor 21. §. 1. ff. de const. pecu.* denique quod positum sit in arbitrio & religione iudicantis, Tribonianus, quasi nouum aliquid de suo proferens, maluit interpretari modicum tempus quod condēnatis datur, quod ipsum tamen quamuis ab initio triginta duntaxat dierum ex lege 12. tabul. postea factum est arbitrium *d. l. 2. & l. debitoribus 31. de re iudic.* Idem quadrimestre est Iustiniani constitutione in *l. 2. l. vlt. C. de vsur. rei iud.* Nam quod quidam de duobus mensibus adferunt ex *d. l. debitoribus,* ad rem non pertinet. Duo enim illi menses, de quibus eo loco agitur non iudicato faciendo, sed vendendis pignoribus præstituti sunt, vt alibi monuimus. Fefellit planè Tribonianū Diui Pij rescriptum à Callistrato relatū in *d. l. debitoribus,* quo continetur vt debitoribus qui fatebuntur se debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad soluendum detur. Debuit enim Tribonian obseruare locutum fuisse Diuum Pium de iis debitoribus qui in iure confessi sint se debere, peránque dari sibi dilationem ad soluendum, Quos vtique constat pro iudicatis & condemnatis haberi *l. 1. ff. de confess.* ideóque & eadem tempora post confessionem habere, quæ haberent ex causa iudicati *l. cesum 6. §. vltim. eod.* At Vlpianus in hac lege non de illo debitore loquitur qui confessus sit in iure, sed de eo qui & extra ius & extra iudicium oblatam ab aduersario actionis editionem recusans, confessus promde est extra ius & extra iudicium se debere. Nec enim fiebat editio in iure aut in iudicio, cùm fieret ante vocationem in ius à qua instituendæ actionis initium sumebatur, vt diximus. Ergo neque confessio debiti facta edere volenti, in iure facta dici aut videri potest: Sed neque de illo debitore Vlp. loquitur, qui petat diem ad soluendum, vt in *d. l. debitoribus.* sed de illo qui ex contrario paratum se dicat soluere, quod ipsum nihil aliud est, vt probauimus, quā nulla ad soluendum dilatione indigere, Nisi ponas eum qui dicit se paratum soluere mentiri, quomodo vtique mentitur si nihil in manu habeat vnde soluat. Mentienti verò quis puter fauendum esse, aut aliquid indulgendum? *l. vlt. de rei vindic. l. 1. §. inter eum si quadrup. paup. fec. dicat. l. de aetate 11. §. cum ess. 1. de interrog. in iur. faciend.* Fefellit etiam Tribonianum, vt puto, quod huius legis speciem putauit similem ei quam idem Tribonianus tractat in *§. & si in rem. Inst. de offic. iudic.* vbi scribit si possessor neget in præsenti se posse restituere, & sine frustratione videbitur tempus ad restituendum petere indulgendum id ei esse, ita tamen vt de litis æstimatione caueat cum fideiussore. Illa enim cautio est quam hic competentem cautelam Tribon. appellat. Sed quid habent ista simile? Ibi negat possessor se posse in præsenti restituere, petitque dilationem restituendi causa. Hic verò debitor non tantùm fatetur se debere, sed etiam dicit paratum se soluere, nihilque aliud postulat, nisi vt ea de causa editionem actionis pati non cogatur. Non ignoro aliam fuisse editionem & actionis & instrumentorum quæ fiebat apud iudicem datum à prætore, de qua in *l. non videtur 33. ff. hoc ti.* Sed nego vllam fuisse quæ fieret apud prætorem, quippe cùm ex ea actione quæ fuerat ante vocationem in ius edita, litis contestationem coram prætore sequi necesse esset. Certè actionis mutationem & emendationem si qua facienda erat, fieri oportebat apud prætorem ante litem contestatam & priusquàm ille iudicium dictaret *l. edita 3. C. de edend.* quia postquàm iudex à prætore datus, certæque actionis formulæ addictus fuisset, non potuisset ea mutatio actionis fieri apud iudicem qui in alia omni actione incompetens extitisset. Quid ergo hæc lex in qua, pertinet ad hunc titul. qui est de iudicibus datis? Nempe quia & editio actionis, & in ius vocatio & litis contestatio sunt præparatoria iudiciorum? Nec enim iudicium vllum aut dictari aut accipi potest quin omnia ista præcesserint.

22. PAVLVS libro tertio ad Plautium.

QVi non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, & ad eundem iudicem mitti.

Ad l. qui non cogitur 22.

Hæc lex est de reconuentione, de qua scripsimus copiosè lib. 10. Coniecturarum iuris ciuilis. Ideóque hic erimus breuiores. Nam & hanc ipsam le-

gem ex professo interpretati sumus.

Ratio dubitandi. Reconuentio nõ tollit incompetentiam iurisdictionis, sed tantùm iudicij & iudicis dati *l. cùm Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iud.* Ergo qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati etiamsi ipse ibi agat, non ideò tamen cogendus est excipere ibidem actiones; & pati, vt à prætore ad eũdem iudicẽ mittatur. Illa enim huius legis verba *in aliquo loco* euidenter ostendunt, tractare Paulum in hac lege de incompetẽtia quæ sit non ex parte iudicis dati, sed ex parte ius dicentis & iurisdictionis, quæ ex loco & territorio æstimatur *l. vlt. ff. de iurisd.* Ratio decidendi. Potest fieri vt iurisdictio sit competẽs in aliquem, qui tamen iudicium in eo loco pati non cogatur. Puta si is aliquod priuilegium habeat propter quod sit ei ius declinandæ iurisdictionis ordinariæ. Non enim alia iurisdictio declinari potest quàm quæ alioqui ordinaria sit & cõpetens *l. nemo 4. C. de iurisd. om. iudic.* Et longè aliud est, Ex aliena esse iurisdictione, Aliud vero priuilegium fori habere *l. si quis ex aliena 5. sup. hoc tit.* Sic igitur hæc lex accipienda est vt reconuentio tollat non tantùm incompetentiã iudicij & iudicis dati, sed etiam omnem priuilegij allegationem, quod forte priuilegiũ actor habeat ad declinandam iurisdictionem, Non item vt tollat incompetentiam iurisdictionis. Et ideo non sic loquitur Paulus, vt dicat, *qui non potest in aliquo loco iudicium pati*, sed ita, *qui non cogitur.* Is non potest iudicium pati, qui ex aliena iurisdictione est, quia extra territorium ius dicẽtis autoritas penitus nulla est *d. l. vlt. sup. de iurisd.* Is verò iudicium pati potest quidem, sed nõ cogitur, qui ex eadẽ quidem iurisdictione est, sed tamen priuilegium aliquod habet reuocandi domum. Dices, Etiam eum qui ex aliena iurisdictione est posse incompetentem iurisdictionem prorogare si in eam consentiat *l. 1. & 2. sup. hoc t.* Ergo verba illa *qui non cogitur* tam in eo posse locum habere qui ex aliena iurisdictione est, quàm in eo qui indiget priuilegio ne ibi iudicium pati compellatur. Nam iurisdictionem alioqui incompetentem prorogare quidem potest quilibet si velit & consentiat, sed non cogitur consentire si nolit. Respondeo prorogationẽ iurisdictionis exigere consensum expressum, expressamque conuentionem, vt contra Bart. disputauimus ad *d. l. 1. & 2.* adeóque vt expressa illa cõuentio præcesserit omnem actum iurisdictionis, quæ scil. priùs fundáda est quàm exerceri possit. At nos cum Paulo in hac lege de illo agimus qui nunquam cõsenserit de excipiendis actionibus in eo loco in quo agere quidem cogebatur, sed iudicium pati nõ cogebatur. De mutuis petitionibus alius tractatus est, de quibus in *l. si idem 11. §. 1. ff. de iurisdict.* Itémque de iure illo nouo quod circa reconuentiones introduxit Iustinianus *Nouell. 96. de execu. & de inequi conuen. & reconuen. & Nouell. 123. De sanctiss. Episcop. cap. 23. De apocrisariis. §. reuerendissimis.*

23. PAVLVS libro septimo ad Plautium.

NOn potest videri in iudicium venisse, id quod post iudicium acceptum accedisset, ideóque alia interpellatione opus est.

Ad l. non potest videri 23.

Ratio dubitandi. Ad iudicis quidẽ officium nihil pertinet futuri post condemnationem tẽporis tractatus *l. 1. § 1. vers. Paulus notat. ff. de vsur.* sed tamen negari nõ potest, quin omnia quæ iudicij tempore & ante cõdemnationem emergunt, ad iudicis officiũ pertineant, quo scil. non priùs functus dici potest, quàm dixerit sententiam, siue bene siue malè, *l. iudex posteaquam 55. ff. de re iud.* Indéq; est quod licet iudex neque de vsuris datus sit, neq; de fructibus post litem contestatam acceptúmq; iudicium perceptis, de omnibus tamẽ ex officio pronunciat *l. 2. l. videamus 38. §. si actionem. de vsur. l. qui per collusionem 49. § 1. de action. empt. l. quæro 54. ff. locat.* Ergo venit in iudiciũ etiam id quod post acceptum iudicium accidit, dummodò ante condemnationem, Nec proinde alia interpellatione opus est, ne fiat per plura quod potest fieri per pauciora nõ solùm æquè commodè, sed multò cõmodiùs. Optandum enim esset vt omnes cõtrouersiæ vno iudicio concludi possent, vt consequenter vno iudicati fine, &, quod erat Caligulæ votum de hominib. omnibus ad vnum caput reuocandis, vt vnico ictu perimerentur, arg. *l. singulis 6. ff. de excep. rei iudic.*

Ratio decidendi. Non de alia re iudicium accipi potest, quã de qua lis contestata fuit, cùm vetus iudiciorũ mos & ritus ille esset, vt post litem contestatam iudex à prætore daretur, & quidem per formulam certis sollennibúsq; verbis conceptam, cui sic obstrictus & addictus erat iudex, vt ab ea recedere nullatenus posset. Proinde si quid post iudicium acceptũ accidat noui, de quo neq; lis contestata sit, neq; prætor in concipienda, dictandáque iudicij formula quicquã expresserit, fatendum est totum id extra iudicis officium esse, nouámque interpellationem fieri debere, vt & noua contestatio fiat, & aliud nouúmque iudicium accipiatur. Nam etsi maximè id egit ciuilis legislator quantũ potuit ne litiũ modus & numerus multiplicaretur, quippe qui lites omnino execratur, laudatq; omnes qui similiter execrantur *l. 4 § 1. sup. de alien. iud. mut. caus. fact.* nihil tamẽ cõstituere potuit quod in hanc rem aptius & expeditius videretur, quã vt singulis controuersiis singulæ actiones, singulis verò actionib. vnus iudicati finis sufficeret *d. l. singulis.* Quoties igitur alia res est, aliud quoq; iudiciũ de ea re institui necesse est vt rei iudicatæ exceptio locũ habere quandoque possit *l. si mater 11. §. eandem causam. l. & an eadem 14. §. vlt. & pass. eod. t.* Excipio vsuras pecuniæ & fructus rei in iudicium deductæ. Nam de his etiamsi nihil in formula expressum sit, iudex tamen pronunciare & potest & debet, tãquam de iis quæ ad officium suum etiam pertineant, iure scil. accessionum, & in consequentiam eius quod in iudiciũ deductum fuit, Ex ratione posita in *d. l. 2. de vsur.* Adeò vt iudex qui per imprudentiam, aut per sordes malè pronunciauit fundum meum esse qui erat alienus, etiam post compertum errorem debeat eodem errore de fructibus quoque possessurem condemnare *l. & ex diuerso 55. § 1. ff. de rei vindicat.*

24. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

NOn aliàs in eos, quos princeps euocauit, Romæ competit actio, quam si hoc tempore contraxerint.

Ad l.

Digitized by Google

Ad l. non aliàs 24.

Ratio dubitandi. Potest quisque conueniri & iudicium cogitur pati non tantùm in eo loco in quo domicilium habet, sed etiam, idque maximè in eo in quo contraxit si non vt alibi solueret se obligauerit *l. heres absens 19. per tot. & l. seq sup. eod.* Et ideò ij quoq; qui priuilegium & ius habent reuocandi domum, si ibi contraxerint vbi conueniuntur, priuilegium allegare non possunt *l. 2. § omnes. sup. eod.* Ergo etiam ij quos Princeps Romam euocauit, si Romæ contraxerint, antequàm euocarentur, Romæ conueniri possunt ex ratione iuris communis, Nec videri potest iis facere iniuriam actor qui eos conuenit, cùm iure suo & communi vtatur *l. iniuriarum 3. § 1. ff. de iniur. l. nullus videtur 55. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Qui Romam euocatus est à Principe non inueniretur hodie Romæ, si euocatus non fuisset. Cùm igitur non alia causa sit eius Romæ conueniendi, quàm quia Romæ inuenitur (nam & cæteri qui in aliquo loco contraxerunt, ita demùm possunt ibi conueniri si ibi inueniantur, *d. l. heres absens*, in illis verbis *si ibi inueniatur.* Sicut & ita demum defendi eo loco debent si ibidem bona aliqua habeant, in quorum possessionem mitti creditor possit ex authoritate eius magistratus qui ei territorio præest *l. cùm vnum 12. § si qu. possidere iuss. l. 1. 2. & 3. ff. de r. b. autor. iud. poss.*) consequens est vt qui non inueniretur ibi si à Principe euocatus nõ fuisset, perinde habeatur ac si nec ibi inueniretur, vt proinde neque conueniri eo loco possit; Ne aliter posito iure eueniat, vt ei noceat Principi paruisse, indéq; fiat vt difficiliores sint ad parendum quotquot à Principe Romam euocantur. Quæ ratio facit, vt in iis omnib. qui legationis causa Romę sunt idem iuris obtineat, ne conueniri possint Romæ eorum quoq; nomine quę ante legationem Romę contraxerunt. Nam neq; his potest imputari quod aliis nihil nisi priuilegium sui habentibus imputari potest, cur Romæ inueniantur nisi perfecta legatione ibi subsistant *d. § omnes in fi.* Alioqui verendum esset ne huius periculi metu deterriti pleriq; ab obeundis legationibus deterrerentur, ad quas suscipiendas inuitari potiùs debent, sicut & ad parendum Principi adeóque magistratui & iudici cuilibet quoties euocantur, fortè dicendi testimonij gratia, vel iudicãdi causa *d. l. 2. § Legatus*, vbi dixi *sup. eod. l. 3 sup. vlt. ff. de testib.* Planè si eo tempore quo isti Romæ sunt siue ob legationẽ, siue ob euocationẽ, Romæ contrahãt, recusare postea nõ possunt quominùs durãte quoq; legationis & euocationis tempore Romæ conueniãtur, quia nec possunt causari se non fuisse venturos Romã si legati aut euocati non fuissent cùm ex quo venerũt, contraxerint, Nec rursus, se non fuisse contracturos Romæ si legationis vel euocationis causa non venissent: quandoquidem poterant Romam venisse, nec tamen Romæ contrahere, si non contrahere maluissent. At non poterant Romam venire, siue euocationis, siue legationis gratia quin vel inuitis iis euenire necesse esset, vt Romæ inuenirentur.

1 ¶ Legati ex delictis in legatione commissis coguntur iudicium Romæ pati: siue ipsi admiserunt, siue serui eorum [a].

Ad § 1. Legati.

Ratio dubitandi. Legatorum priuilegium illud est, vt in eo loco in quo funguntur legatione non de aliis possint conueniri quã de iis quæ in eo ipso loco legationis tempore contraxerunt, vt proximè diximus ex *l. 2 § Legatus & § omnes. ver. exceptus Legatus. 5. h. t.* Atqui aliud est cõtrahere, aliud verò delinquere *l. 4. § quanquam ff. quod cum eo. l. 1. § si filius famil. de his qui effud. vel deiec.* Ergo ex delictis etiã in legatione cõmissis non sunt cogendi Legati iudicium accipere, cùm id saluo priuilegio fieri non possit, quod tamen integrum intactúmq; ipsis conseruari, non modò ipsorũ interest, sed etiam reipublicæ. Nam & municipiorũ Legati, licèt reuera nõ absint reipu. causa *l. sed etsi 26. § vlt. sup. ex quib. cau. maior.* perinde tamen habẽtur ac si abessent *l. Legatis 8 eod.* dummodò non sui priuati negotij causa in legatione sint *l. non verè 42. iunct. l. republica 36. eod.*

Ratio decidendi Tã se obligat qui delinquit quã qui contrahit, quanquam hic ex contractu ille ex delicto obligatur *l. 1. ff. de oblig. & action.* Ergo perinde cogendus est iudicium accipere in eo loco in quo deliquit legationis tempore, atq; si eo ipso loco & tempore contraxisset, quia quod ad hãc rem pertinet omnem obligationem pro contractu habendam esse placet *l. omnem 20.* vbi dixi *s. h. t.* Omnem enim honorem legationis & priuilegij delictum excludit *l. 1. in fin. C. vbi Senat. vel clariss.*

a *Siue serui eorum* Ratio dubitandi. Priuilegium alicui cõcessum nõ debet ei adimi ex alterius facto, vulg. *l. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 74. de reg. iur.* Ne sit in aliena potestate conditionem Legati nihil delinquẽtis deteriorẽ facere *l. 1. ff. quod vi aut clam.* Nec simile est quod ex Labeone Vlpianus scribit in *l. heres absens 19. § pen. supr.* si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, quod cum eo seruo contractum est ita habendum atque si cum domino contractum esset. Ibi enim non serui factum nocet domino, sed ipsius domini qui seruum præposuit institorem. Nec rursus tractat Vlp. de Legato, cuius alia ratio est propter priuilegium quod habet ne possit Romæ conueniri durante legatione, ne quidem de iis quæ ipse per se contraxit, ante legationem, Quantò minùs de iis quæ contraxerit per seruum institorem? Planè si poneres Legatum ipso legationis tempore habuisse seruum institorem Romæ, non esset dubitandum quin ex eius serui contractibus etiam in legatione conueniri posset, quomodo si per se ipse durante legatione contraxisset. At neque id commune quicquam habet cum specie quam tractamus de seruo non qui contraxerit, sed qui deliquerit: cuius diuersam causam esse apparet ex eo, quod non durius tenetur dominus ex delicto serui institoris, quàm si institorem eum non fecisset, cùm in mandato quantumuis generali nunquam facultas delinquendi mãdata vel permissa intelligatur *l. creditor 6. § vlt. ff. mandat.* Ratio decidendi. Ex delictis seruorum tenentur domini noxali actione *l. 1. & tot. tit. De noxal. action.* quia seruorum delicta manerent alioqui impunita. Neq; enim cũ seruo vlla actio esse potest *l. cum seruo 107. de reg. iur.* Nullum ergo priuilegium Legati esse potest, quominùs conueniri possit in ipsa quoque legatione ex delicto serui qui Romæ & legationis tempore deliquerit. Imputaré namque ibi debet quod talem seruum Romæ & in legatione habuerit.

2 § Sed si postulatur in rem actio aduersus legatum: numquid danda sit? quoniam ex præsenti possessione hæc actio est. Cassius respondit, sic seruandum, vt, si subducatur ministerium ei, non sit concedenda actio: si verò ex multis seruis de vno agatur, non sit inhibenda. Iulianus sine distinctione denegandam actionem: meritò, ideo enim non datur actio, ne ab officio suscepto legationis auocetur.

Ad § 2. Sed si postulatur.

Ratio dubitandi. Actio quælibet in rem nascitur ex præsenti possessione, id est, non aduersus alium datur, quàm aduersus eum qui nunc possidet cùm nihil prosit aliquando possedisse si is contra quem agitur possidere desierit, quippe qui nõ aliter potest habere restituẽdi facultatem quàm si possideat *l. officium 9. & pass. De rei vind.* Nisi cùm dolo desiit possidere *l. qui petitorio 36. eod.* quo casu dolus pro possessione est *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Ergo quemadmodum proximè diximus Legatos cogi iudiciũ Romæ accipere nec priuilegium vllum habere si conueniantur actione personali ex iis quæ gesserunt, siue contrahendo, siue delinquendo tempore legationis, Ita & in actione in rem dicendum est indistinctè cogi eos iudicium accipere cùm eo casu conueniantur propter possessionem quam habent in ipso tempore legationis. Tanto magis quod actiones in personam contra inuitum quoque exercẽtur *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obli.* At actionẽ in rem nemo inuitus pati cogitur, cùm liceat cuilibet dicere se non possidere *l. vlt. ff. de rei vindicat.* Ac præterea quid iniquius est quàm prohiberi dominum rem suam à quocunque iniusto & illicito detẽtore vindicare? Aut quid facere hac in re potest priuilegium conceptum personæ Legati, cùm in actionibus in rem non persona sed res conueniatur. Vnde & actiones in rem appellantur §. 1. *Inst. de action. l. Imperatores 7. ff. de publ. & vectig. l. denique 19. ff. de iur. fisc.* Ratio decidendi. Priuilegiũ datum est Legatis vt non possint conueniri durante legatione, Ideò nimirum ne à suscepto legationis officio auocentur. Auocarentur enim si litigare, & iudicium accipere cogerentur, Atque hæc ratio generalis est nec minùs ad actiones in rẽ pertinens, quàm ad personales. Tam enim est incommodum litigaturo suscipere actionẽ in rem quàm in personam, Nec quod inuitus iudicium in rem pati non cogitur, facere debet vt cogendus sit eare carere quam possidet, si fortè mali eam defendere, sibique asserere tanquam suam, Ne alioqui sit in potestate cuiuslibet imp. obi litigatoris vindicando rem, quam Legatus possidet, aut eum spoliare dum non vult ille rem defendere, aut priuilegium ei adimere, quod vtrunque absurdum & iniquum esset arg. *l. 2. §. item si extra. vers. non tamen. ff. h. t.* Quare nec admissa est Cassij sententia distinguẽtis an per huiusmodi actionẽ in rẽ subducatur ministerium Legatò, vt eo casu non sit concedẽda contra eum in rem actio, An verò ex multis seruis quos ille in ministerio legationis tempore habet de vno tantùm agatur, vt eo casu non sit inhibenda. Nam imò verò indistinctè dicendum est cum Iuliano denegandam in eum actionem omnem in rem, quàdiu ipse in legatione est. Non enim quod ipso Legationis tempore possideat eum necesse potest vt finalis videri debeat ei qui in legatione contraxit, quoniam ei qui contraxit potest imputari cur durante legatione Romæ cõtraxent si nolebat legationis tempore Romæ conueniri. At non similiter possis imputare illi à quo seruus vindicatur, cur habeat secum & in ministerio eum seruum quem suum esse arbitratur, aut cur eum mali defendere, quàm amittere & restituere.

25. IVLIANVS libro primo Digestorum.

SI legationis tempore quis seruum, vel aliam rem emerit, aut ex alia causa possidere cœperit, non iniquè cogetur eius nomine iudicium accipere, aliter enim potestas dabitur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi.

Ad l. si legationis 25.

Ratio dubitandi. Ideò non datur actio in Legatum quamdiu in legatione est ob ab officio suscepto legationis auocetur, vt scriptum est in fine legis præcedentis. Atqui ea ratio locum habet etiam si legationis tempore, vel seruum, vel aliam rem Legatus emerit, aut ex alia causa possidere cœperit. Perinde enimque à suscepto legationis officio auocabitur si hanc rem velit defendere, atque si longo ante legationem tempore ipsam possedisset. Quin & longè difficilior eius rei defensio est, quia si per longum tempus ante legationem possedisset, tueri se nunc posset præscriptione longi temporis, quæ ipsum etiam litis ingressum propemodũ impediret *l. si obligata 19. C. de euict.* Ergo etiã hoc casu suum Legato priuilegium cõseruandum est, Ne alioqui magno incommodo huius conditionis homines afficiantur, & commercio eis quodammodo interdicatur si ex quo tempore legationis officio fungi cœperunt, nihil possint sibi acquirere, nec incipere quicquam possidere quin hoc ipsu periculum incurrant amittendi priuilegij si fortè postea de ea re ipso legationis tempore conueniantur.

Ratio decidendi. Priuilegia omnia quantumcunque fauorabilia ita semper sunt interpretanda vt nemini sint captiosa *l. ex facto 43. vers. etenim iniquum. ff. de vulg. & pupill. subst. l. Paulus 8. de præs. stipul.* Atque iniquum esse inciperet priuilegium hoc Legatis concessum si sic acciperetur, vt ne quidem earum rerum nomine quas in legatione possidere cœpissent, iudicium accipere cogerentur. Ita enim fieret vt videretur iis potestas data sub hac specie & hoc prætextu res alienas domum suam auferendi, Quod ne euenire posset, prospici debuit quomodo & in aliis omnibus iuris partibus cauere semper legislator solet, quantum potest, ne qua delinquendi occasio vel materia præbeatur, *l. vlt. Cod. de pact. l. ex eo 4. Cod. de inutil. stipulat. l. Diuus 24. ff. de testam. milit. l. iubemus 29. C. de testam. l. data 27. Cod. de donation.* Ergo ne hæc iniquitas emergat, longè tolerabilius est vt iustum priuilegium iusta interpretatione coarctetur, ne habeat locum hoc casu, Cùm non ideò futurum sit vt Legatus vel commercij iacturam sentiat, vel priuilegij sui quod in cæteris omnibus causis saluum ei erit. Denique ita posito iure vt istarum rerum

rum nomine quas Legatus ex die suscepta legationis Romæ possidere cœperit, Romæ conueniri possit, videtur hac lege rem acquirere & incipere possidere, quisquis acquirit & possidere incipit durante legatione. Debuit enim prospicere id eueniturum, vt ex hac causa si postmodum etiam in legatione conueniretur, priuilegio suo vti non posset arg. *l. si quis domum 9. §. 1. ff. locat. l. si duo. 38. ff. de acquir. hered.*

16. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

DE eo autem, qui adiit hereditatem, Cassius scribit, quamuis Romæ adierit hereditatem, non competere in eum actionem, ne impediatur legatio, & hoc verum est, sed nec legatariis [a] datur actio: sed, nisi satisdet, mittuntur in possessionem [b] rerum hereditariarum. quod & in hereditariis creditoribus dicendum est [c].

Ad l. de eo autem 16.

Ratio dubitandi. Legatus nullum priuilegium habet quominus possit conueniri Romæ etiam legationis tempore de iis quæ Romæ in ipsa legatione contraxit vel quasi contraxit *l. 4. §. omnes & l. non alias 24. in princ. ff. hoc tit.* Nihil enim refert quod ad hanc rem pertinet an contractum sit, an quasi contractum *l. heres absens 19. §. 1. sup.* Atqui is qui adit hereditatem hoc ipso videtur quasi contrahere cum omnibus hereditariis creditoribus & legatariis *l. 3. §. vlt. & l. seq. ff. quib. ex caus. in poss. eat. l. si quis absentis 5. §. heres quoque ff. de oblig. & act.* Ergo non magis iuuari debet priuilegio Legatus in hoc casu quàm si Romæ & legationis tempore cum creditoribus, & legatariis verè contraxisset. Nam & huc pertinet quod supra diximus *ad l. omnem 20. hoc tit.* omnem obligationem ac proinde etiam illam, quæ ex quasi contractu nascatur pro contractu habendam esse.

Ratio decidendi. Qui hereditatem adit equidē quasi contrahit cum creditoribus & legatariis, sed ita tamen vt per consequentias magis quàm principaliter & ex proposito id fieri videatur. Ignorat enim plerumque qui sint creditores latente fortassis adhuc ære alieno eo tempore quo aditur hereditas. Et quemadmodum ea res plerumque facit vt ab herede sue testamentario, siue legitimo recusetur hereditas etiam quæ alioqui sit non solùm soluendo, sed etiam opulentissima *l. 4. ff. ad SC. Trebell. l. si in testamento 22. in fi. ff. qui omiss. caus. test.* Ita & facere debet vt mitius agendum sit cum eo qui delatam sibi hereditatem quam opulentam crediderit, adiit Romæ fortassis amittendæ eius metu, si certis & breuibus angustiis temporis adeundi facultas concludebatur: Quomodo solebant olim vt plurimùm heredes institui sub ea condicione, si intra centū dies, cōiq; aliquando vtiles, aliquando continuos hereditatem adirent cerneréntque. Quis enim æquum putaret vt in ea causa constitutus Legatus vel hereditatem opulentam omittere, vel priuilegium amittere cogeretur? Atqui non potest adiri hereditas quin continuò multis & actionibus & negotiis heres implicetur, Nec rursus potest fieri vt tot actiones suscipere compellatur, quin à suscepto legationis officio bene ac diligenter obeundo auocetur. Ita enim comparatum est, vt aliena & præsertim reipublicæ negotia minùs curetis, quæ sua maximè curanda habeat: Vt malunt omnes sibi bene esse quàm alteri. Ergo ne impediatur legatio benè Cassius scripsit, nullam aut legatariis aut creditoribus actionem dandam esse Romæ in Legatum qui hereditatem Romæ adiit, quamuis ipso legationis tempore quasi contraxisse intelligatur. Et sane longè alia videri debet ratio eius qui cum vno vel alio contrahit aut quasi contrahit ex proposito, alia verò heredis qui adeundo hereditatem id tantùm agit vt sibi acquirat, nihil autem omnis quàm vt vel contrahat, vel quasi contrahat, vel neque se obliget, quamuis per consequentias eueniat vt non vni aut alteri, huic vel illi, sed mille fortassis creditoribus & legatariis etiam ignorans obligetur *l. si hereditatem 32. infr. mandat.* Nec tantopere impeditur legatio priore casu quantum posteriore impediretur. Denique nec ea valde curare & attendere solemus quæ non nisi per consequentias accidunt.

a *Sed nec legatariis.* Ratio dubitandi. Videtur hac parte fauorabilior causa legatariorum, quàm creditorum. Quamuis enim certent legatarij de lucro captando, creditores autem de damno vitando, quæ res facere solet vt in ceteris iuris partibus magis faueatur creditoribus, quàm legatariis, *l. quod autem 6. §. simili modo. ff. quæ in fraud. credit. l. 4. §. 5. si cum legitima. vers. si quis autem. ff. de doli mali exc. p. l. non debet 41. §. 1. de reg. iur. l. vlt. vers. sin vero 51. ditores C. de iur. delib.* Non potest tamen heres causari se ignorasse qui & quot essent legatarij cum quibus quasi contraxit adeundo, quomodo potest verè dicere ignotos sibi esse creditores quibus se obligauit. Legatarij enim alij esse nō possunt, quàm quibus data sunt legata in testamento, cuius exēplū habere omnes heredes solent *l. 2. supr. de edend.* Creditores verò non similiter in testamento nominantur & plerunque latent, Proinde videtur heres adeundo magis habere animum quasi contrahendi cum legatariis quàm cum creditoribus, Et consequenter facilius permittendum esse legatariis quàm creditoribus vt eum conueniant Romæ in ipso etiam tempore legationis. Etsi vtrisque cōmune illud est quod non tam eligunt heredem, vt cum eo contrahant, vel quasi contrahant, quàm in eum incidunt, Propter quod videri etiam debeat hoc priuilegium quod Legatis datur iniuriā aliquam habere non minùs quod ad creditores quàm quod ad legatarios arg. *l. vlt. ff. rem pupil. salu. for.* Ratio decidendi. Huius priuilegij causa non ex fauore vel ex odio eorum qui eum Legato agere volunt, proficiscitur, sed ex fauore legationis & reipubl. ne legatio impediatur, néue Legatus à suscepto legationis officio auocetur, vt scriptum est in hac lege, & in *l. non alias 24. in fin. supr.* Quæ ratio non minus vrget contra legatarios, quàm contra creditores: quibus etiamsi aliqua in eo fieri iniuria videretur, esset tamen tolerabilis propter publicā vtilitatem, quæ semper præferenda est priuatæ *l. ita vulneratus 51. ad fin. ff. ad l. Aquil. Auth. res quæ in fin. C. commun. de legat.*

Digitized by Google

b *Sed nisi satisdet mittuntur in possessionē.* Ratio dubitandi. Missio in possessionem legatorum seu fideicommissorum nomine licèt non tam possessionem quàm custodiam tribuat *l. cùm legatorū 12. ℱ. quib. ex caus. in poss. eat.* non aliam tamen ob causam permissa est edicto prætoris, quàm in odium heredis non satisdantis, vt legatarius vel fideicommissarius simul cum herede possidere iussus saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem *l. is cui 5. ℱ. vt in poss. legat.* Atqui neque odio neque tædio vllo dignus est Legatus, ob id solùm quod quandiu in legatione est, cōueniri non possit, cùm id iuris habeat ex priuilegio, publica enā vtilitate subnixo, ideóque nec bona eius interim vendi possunt, quamuis neque ipse se neque alius eum defendat, quia nihil est quod ei possit imputari, neque potest videri cuiquam facere iniuriam qui iure suo vtitur *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* Ergo non magis permittendum est legatariis, vt mittantur in possessionem rerum hereditariarū ubi nō præstitam satisdationem, quàm vt agant tempore legationis, & suum persequantur. Nam & suum persequi dicunt qui satis accepit *l. cui præcipua 57. in pr. ∂. verb. sign.* Multò igitur magis qui satis petit. Alioqui facilè fiet hac ratione, vt Legatus frustretur suo priuilegio & iudicium accipere compellatur potius quàm pati vt quisquam ex legatariis in possessionem rerum hereditariarum mittatur arg. *l. 2. §. p. n. sup. eod.* Porrò quod vna via fieri iuste non potest, nec alia fieri permittendum est *l. scire oport. 12. §. 2. de tut. & curat. dat.* Maximè verò cùm aliqui casus sint, in quibus etiamsi dolo malo quid heres fecerit, non potest tamen legatarius in possessionem mitti, vt in *l. vlt. ℱ. vt in poss. legat.*

Ratio decidend. Quod legatarij & fideicommissarij mittuntur in possessionem rerum hereditariarum ex edicto prætoris si heres non satisdet, nō fit ad coercendam moram heredis, sed ad conseruandam defuncti voluntatem, *l. 1. & tot. tit. ℱ. vt legat. seu fideic. nomin. caueat.* Ideóque ad mittendos eos in possessionem, non exigit prætor vt per heredem stet, quominùs caueat, sed contentus fuit per legatarium vel fideicommissarium non stare, quominùs ei caueatur. Adeò vt si non sit qui interpelletur, siue legatorum, siue cautionis nomine, quomodo interpellari nemo potest quandiu Legatus, idemque heres in legatione est, omnimodo potest legatarius vel fideicommissarius in possessionem mitti ex edicto, quia verum est per eum cui caueri oporteat non fieri quominùs caueatur *l. 1. §. non exigit. ℱ. vt in poss. lega.* Ergo quamuis nihil possit imputari Legato cur non satisdet, quia non semper tam facilè ac obuium est inuenire fideiussorem *d. l. 2. §. pen. sup.* non eò minùs tamē cogendus est pati missionem in possessionem, vt cautum sit legatariis & fideicommissariis eo modo qui non solùm nihil damni, sed etiam nihil incommodi sit habiturus. Nam vt ex Iuliano subijcitur in *l. sequ.* quid prohibet Legatum publico munere fungi, & actorem custodiæ causa esse in possessione rerum hereditariarum? Non idem probandum esset, si Legatus fideiussorem dare præcisè cogeretur. Fideiussorem enim dare atque inuenire difficilius est, quàm pati missionem, in quo nihil faciendum, sed duntaxat patiendum est. Quòd si Legatus vltrò satisdationem offerat ne incommodum hoc patiatur, non de alio conqueri potest quàm de seipso, quia hoc maluisse videtur, arg. *l. si patre cogente 22. in fin. de rit. nupt.*

c *Quod & in hereditariis creditoribus dicendum est.* Hic versiculus dubitandi rationem magnam habet, decidendi verò prorsus nullā. Non enim quemadmodum legatariis & fideicōmissariis prospectū voluit Prætor iusso herede satisdare legatorum, vel fideicommissorum nomine aut ni satisdet, pati missionem in possessionem *tot. tit. Vt legat. seu fidei. seruand. caus. caueat.* & *tit. Vt in poss. legat.* ita etiā dici possit aliquo edicto iuberi heredem satisdare creditoribus, aut si non satisdet permissum esse creditoribus vt in possessionem rerum hereditariarum mitti postulent. Nam nec eadem ratio fuit prospiciendi legatariis & creditoribus. Legatariis prospiciendum fuit non tam ipsorum fauore quàm ad conseruandam defuncti voluntatem, vt iam diximus. Creditoribus verò nulla causa succurrendi fuit cùm debeant sibi imputare si non diligenter sibi prospexerint *l. 3. ℱ. de separat.* Qua de causa non facilè prætor se interponit in conuentionibus priuatorum, nisi vt eas confirmet data ex iis vel actione vel exceptione, si neque contra leges sint, neque contra bonos mores, at non etiam vt eas suppleat aut faciat efficaciores: quomodo plerumque cogitur adiuuare facultates defunctorum ne intercidant, quippe quas exitum habere etiam publicè expedit *l. vel negare 6. ℱ. test. quemadm. aper. l. C. de sacrosanct. eccles.* Planè si quando creditores in ea causa sunt vt auxilio aliquo egeant in ea re in qua nihil iis possit imputari, puta in spec. e *d. l. 3. de separat* aut si non possint agere contra debitorem, siue absentem, siue latitantem quem nemo velit defendere, permittit iis vt possideant bona debitoris, mittitque eos in possessionem *tot. tit. Quib. ex caus. in poss. eat.* sed longè aliter quàm cùm legatariis & fideicommissariis succurrit. Legatarios enim mittit in possessionem bonorum non omnium heredis sed tantum hereditariorum *d. l. is cui. 5. qui in possession. m.* & *l. si nulla 10. eod.* idque custodiæ tantùm gratia non vt bonorum venditio vlla sequi possit *d. l. cùm legatorum.* Nō enim alij possunt bona ex edicto vendere quàm qui suo nomine sibíque bona possidere iussi sunt. Quemadmodum ex diuerso non alius mittitur in possessionem iure creditoris, quàm qui subinde possit bona vendere ex edicto *l. pen. § vlt. eo tit. quib. ex caus. in poss. eat.* vbi ob hanc causam Paulus scribit creditorem conditionalem non mitti in possessionē, quia nimirū nec bona potest vendere quandiu conditio pendet. At cùm Prætor mittit creditores in possessionē ex edicto, de quo in *l. 2. quibus ex caus. in pos. eat.* non custodiam duntaxat iis tribuit sed etiam ius sibi possidendi expellendíque debitoris, vt si nemo veniat qui debitorem abesse aut latitare perseuerantem defendat, possint illi vrgere venditionem & ex precio venditionis accipere solutionem *t. t. De reb. auctor. iudi. poss. seu vend.* Sed & mitti eos in possessionem bonorum debitoris non tantùm hereditariorum, sed etiam omnium, licèt creditores hereditarij proponantur, vndecunque tandem bona illa ad heredem peruenerint, quandoquidē nec propriis creditoribus heredis magis quàm hereditariis concessum est vt possint impetrare separationem *l. 1. §. ex contrario ℱ. de separa.* Vnde etiam est quod vno ex creditorib. in possessionem bonorum debitoris misso ea res cæteris omnibus etiam nil postulantibus adeóque ignorantibus prodest. Id scilicet agente prætore vt non tam perso-

næ

Digitized by Google

næ petentis quàm creditoribus omnibus ac quodammodo in rem permittat missionem in possessionem *l. cum vnus 12. ff. de reb. autor. iud. poss.* Quod in legatariis diuersum est inter quos neque ordo vllus est, sed omnes æqualiter tuetur prætor *d. l. § cui. §. qui prior*, neque missio vnius aliis prodest *l. si fideicommissorum 11. eod.* Cùm igitur tot sint tantæq; hac parte inter creditores & legatarios differentiæ, nec de alia missione loquatur hîc Paulus, quàm quæ fiat in possessionem bonorum hereditariorum, Apparet euidentissimè quod ille concedit legatariis vt possint mitti in possessionem rerum hereditatis quandiu heres in legatione est, non similiter posse porrigi ad creditores: quos nimirum necesse est vel mitti in possessionem bonorum omnium heredis tanquam debitoris etiam non hereditariorum, idq; vt ea sibi possideant, subindéque distrahant ex edicto prætoris, vel nouum aliquod edictum afferre, ex quo eadem ipsorum quę legatariorum & fideicommissariorum causa constituatur. Nam edictum quod hucusque habemus, *Vt leg. seu fideic. seruand. caus. caueat. & vt in poss. legat.* de legatariis & fideicommissariis duntaxat locutum fuit non de creditoribus. Sicut & aliud edictum prætoris *De reb. autor. iudic. poss. & venund.* ad creditores tantùm eósque chirographarios pertinet, non etiam ad legatarios aut fideicommissarios. Et rursus non quemadmodum dicimus parum interesse Legati quod durante legatione mittantur legatarij in possessionem rerum hereditariarum, custodiæ tantùm gratia, ideóque permittimus facilè huiusmodi missionem tanquam nullius planè præiudicij, Ita etiam possit quisquam dicere nihil aut parum eius interesse mitti creditores in possessionem bonorum etiam non hereditariorum. Ita namque fieret vt valde ei noceret quod post aditam hereditatem non satisdedisset, cùm nihil ei noceat missio in possessionem rerum hereditariarum, quas vtique non haberet hodie si non adiisset. Sed etsi admitterem aliquod edictum esse ex quo possint & debeant creditores mitti in possessionem hereditariorum duntaxat, non etiam cæterorum bonorum heredis, adhuc tamen valde interesset Legati eam missionem non fieri tempore legationis, quia missionem in possessionem quæ fit iure creditoris talem esse necesse est vt eam sequi possit venditio in quo præcipuum & maximum præiudicium versatur *l. 4. §. duas. ff. de dam. inf.* Nisi fortè nouo illo edicto quod comminiscemur, ita comparatum esse volumus vt creditores perinde ac legatarij non nisi custodiæ causa in possessionem mittantur, quod nuspiam scriptum reperias. Hoc tamen necessariò supponendum & comminiscendum esse constat ex ratione quæ subiicitur in *l. seq.* quam sicut fatendum est optimam esse in legatariis & fideicommissariis, ita & vitiosam & falsam esse in creditoribus qui in possessionem missi sint alia de causa, quàm custodiæ. Itémq; in iis qui missi sint in possessionem aliarum rerum quàm hereditariarum. Denique mittuntur legatarij & fideicommissarij in possessionem rerum hereditariarum, ita demum si heres non satisdet, péRq; eos non stet quominus satisdetur. At creditores mittuntur in possessionem bonorum debitoris, eâq; missione nanciscuntur ius peragendæ venditionis ita demum si debitor non defendatur, tametsi dederit fideiussorem iudicio sistendi causa *l. 1. in pr. ff. quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui non cogitur legatus se defendere ne impediatur legatio, vt hæc lex ait. Ergo neque pati missionem in possessionem rerum suarum ne quidem hereditariarum non magis, quàm venditionem. Concludimus igitur versiculum hunc ineptissimum esse, nec tam Paulo quàm vel Triboniano vel alicui imperito interpreti tribuendum. Quem illud certè fefellit quod credidit absurdum esse, vt melioris conditionis sint legatarij & fideicommissarij hac parte qui in cæteris omnibus sunt deterioris quàm creditores. Sed nihil in hoc absurdi esse non grauatè fatebitur quisquis rationem diuersitatis peremidentem quam attulimus, diligenter considerabit. Itémq; qui verba illa obseruabit *sed nec legatarius*, quibus non obscurè Paulus innuit præcedentia quæ videbantur generalia, de creditoribus tantùm interpretanda esse, à creditoribus verò transire se ad legatarios quasi de casu minùs dubitabili ad magis dubitabile. Et verò priùs tractandum fuit de creditoribus, quoniam actiones quæ iis competunt, sunt verè hereditariæ *l. vl. C de hered. action.* quæ verò legatariis, hereditariarum tantùm loco habendæ *l. hereditariarum 40. ff. de oblig. & action.*

27. IVLIANVS libro 1. Digestorum.

QVid enim prohibet, legatum publico munere fungi, & actorem custodiæ causa in possessione rerum hereditariarum esse?

Ad l. quid enim prohibet. 27.

Hæc lex nihil nisi iterationem eius quod in præcedentis fine scriptum est continet, proindéque non alia eget explicatione. Illud tantùm obseruandum est rationis huius emphasim præcipuè in duobus consistere. Primum est, quod custodiæ tantùm causa mittuntur legatarij in possessionem durante tempore legationis: Alterum quod nō mittuntur in possessionem aliarum rerum heredis quàm hereditariarum. Primum ostendit heredem ex huiusmodi missione nullum damnum sentire, ne quidem possessionis nudæ. Minus enim est custodiam quàm possessionem nudā habere *d. l. cum legatorum 12. quib. ex caus. in poss. eat.* sicut & aliud est possidere, aliud verò esse in possessione *l. si quis ante 10 ff. de acqui. poss.* Alterum verò eò pertinet vt intelligat heres, idémq; Legatos etiāsi ex ea missione in possessionem aliquod sentiret damnum vel incommodum, æquo tamen animo id perferre oportere, cùm non egrediatur res hereditarias, quas nec haberet hodie si non adiisset. Vtraque autem ratio probat euidentissimè, quod docuimus in superioribus Pauli sententiam, quæ extat in lege precedente ad solos legatarios & fideicommissarios pertinere non etiam ad creditores, quorum causa hac parte vel ob hoc ipsum est odiosior quàm legatariorum, & fideicommissariorum, quòd par esse non potest, quæ fauorabilior esse deberet. Non enim sunt creditores contenti, vt mittantur in possessionem rerum hereditariarum nisi mittantur etiam in possessionem bonorum debitoris, Nec rursus si mitterentur in possessionem bono-

rum omnium heredis contenti, tamen esset quod mitterentur custodiæ tantùm gratia si non etiam ea vendere concederetur. Neutrum verò fieri potest quin & Legati priuilegio & legationi grauis iniuria fiat. Nihil enim ooo factius est Legatus ne bona sua vendi patiatur arg. *d.l.2.§.pen.* 5. quod saluo pudore ac citra publicæ auctionis infamiam fieri non posset *l.paterfamilias 28.de reb.autor.iudic.possid.* aliàs *l.13.de priuil.credit.& 11.Inst.quib.manu.non licet.in prin.* Quòd si creditores deferant conditionem, vt pars eorum causa constituatur, & legatariorum, atque fideicommissariorum, non magis erunt vt puto audiendi, Nisi nouum adderant prætoris edictum, quo heres iubeatur iis satisdare, aut ni satisdet, pati missionem in possessionem, sed rerum hereditariarum duntaxat & quidem custodiæ tantùm gratia. Nec enim quisquam dixerit, eiusmodi missionem aliter quàm ex prætoris aut alicuius edicti autoritate fieri posse, Aut ex priuatorum voluntate posse constitui quod à legis vel edicti potestate pendeat, arg. *l.vlt.§.de suis & legi.* Et hæc ad Paulum, Iulianúmque adnotasse sufficiat. Sed addamus potuisse etiam aliam rationem pro legatariis adferri. Hanc nimirum, quod etiamsi nihil possit imputari Legato cur se à legatariis & fideicommissariis conueniri durante legatione minimè patiatur, Imputari tamen ei potest cur non satisdederit ex edicto, quamuis à nemine vrgeretur, si tædium aut incommodum, si quod est missionis in possessionem & custodiæ voluit euitare. Verùm rationem hanc credendum est à Iuliano præsuppositam fuisse tanquam necessariam potiùs quàm prætermissam.

18. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

SEd etsi restituatur ei hereditas ex Trebelliano, actio in eum non dabitur: siue sponte, siue coactus heres eam adierit [a], commodius enim est, reddi quidem ei hereditatem: perinde autem habendum, ac si ipse adisset hereditatem.

Ad l. sed etsi 18.

Ratio dubitandi. Is cui restituta est ex Trebelliano hereditas fideicommissaria, in omnibus & per omnia loco heredis est, in eúmque transeunt actiones omnes hereditariæ & actiuæ & passiuæ quibus non modò defunctus sed ipse quoque heres & agere potuit & conueniri *l.1.2.& pass.infr. ad SC.Trebell.* Atqui heres qui hereditatem restituit, potuit ex die aditionis statim conueniri à creditoribus, & legatariis, nec priuilegium aliquod habuit propter quod non posset conueniri. Ergo & fideicommissarius qui in eius locum successit æquè cogendus est excipere actiones omnes hereditarias etiam durante legatione, nec priuilegium allegare proprium potest cùm non ex sua & propria persona conueniatur, sed ex persona eius qui nullo priuilegio iuuaretur. Præsertim cùm possit huic imputari cur hereditatem sibi restitui ante finitam legationem desiderauerit. Quod cùm fecit vtique seipsum voluit oneratum, multò magis quàm si hereditatem adisset. Nam qui adit hereditatem non cogitat nisi de acquirendo, obligatur autem ex sola legis potestate nec nisi per consequentias *l.vlt.C.de hered.act.* vt diximus ad *l.de eo 26.sup.* Qui verò petit restitui sibi hereditatem ab alio iam aditam, necesse est vt imprimis & ante omnia cogitet de se onerando cùm non aliter possit fieri restitutio ex Trebelliano quàm si heres exoneretur, qui porrò non aliter exonerari potest quàm si fideicommissarius ipse oneretur *d.l.1.l.ita tamen 27.§.qui ex Trebell.l.cogi 16.§.& generaliter.& §.inde quæritur.l.non est cogendus 53.& pass.ad SC. Trebell.* Denique is cui restituitur hereditas ex Trebelliano nó solùm quasi contrahit cum creditoribus, & legatariis, vt ille qui adit hereditatem, sed etiam cótrahit verè cum herede, non minùs quàm si inter eum & heredem interpositæ essent stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, itémque partis & pro parte quæ interponebantur cùm fiebat restitutio ex Pegasiano senatusconsulto, potestate senatusconsulti Trebelliani supplente factum heredis & fideicommissarij, vt nullis in hanc rem indigeant stipulationibus *§.ergo siquidem.Inst.de fid.hered.* iunct. *l.vlt.C.si mancip.ita fuer.alien.* Ergo nó magis hoc casu priuilegium vllum habere Legatus potest quàm si ex alio quolibet contractu conueniretur, quem Romæ & in ipsa legatione iniisset quo casu certum est nullum priuilegio locum fore *l.non alias 24.in princ.supr.*

Ratio decidendi. Post restitutam ex fideicommisso hereditatem fideicommissarius adeò heredis loco est in omnibus, vt perinde sit in effectu ac si hereditatem ipse primus adiisset, nihílque ei desit præter nomen heredis quod remanet penes eum qui hereditatem restituit *§.restituta. Inst. de fideicom.hered.d.l.facta 63.ad SC.Trebel.* Atqui si fuisset ille institutus primúsque hereditatem adiisset, non tamen posset à creditoribus & legatariis conueniri ne legatio impediretur *d.l.de eo.* Ergo neque hoc casu cogendus est iudicium accipere. Ne alioqui eueniat vt duriùs agatur cũ eo, qui reuera heres nó est, licèt effectu ipso heredis locũ obtineat, quàm si & nomine & effectu heres esset. Nec magis potest huic imputare cur ante finitam legationem desiderauerit sibi restitui hereditatem, quam posset imputare si fuisset ille institutus cur hereditatem adiisset. Nam sicut illo casu verendum ei fuit ne opulentam hereditatem amitteret si in legatione ante aditionem moreretur, ita & hoc casu periculum erat ne fideicommissum intercideret si is ante petitam restitutioné decessisset, cùm vniuersale fideicommissum etiam cuius dies cessit viuo fideicommissario non transmittatur ad heredem vt contra interpretum sententiam pluribus à nobis probatum est *Decad.30 De error.prag.* quia scilicet non aliter possunt transire actiones ex Trebelliano, quàm si restituatur hereditas eo penitus modo quo testator voluit *d.l.1.l.sed etsi alio 9.§.vl.cum l.seq.ad SC.Treb.* testator autem nó nisi fideicommissario ipsi hereditatem restitui iussit, nec de ipsius herede cogitauit, qui & ignotus ei fuit, & quis aliquando foret, incertus *l. apud Iulianum 11.§.vtrum autẽ ibi & ante decesserit fideicõmissarium eod.* iunct. *l.qui liberis 8.§.vlt.de vulg.& pupil.subst.* Ergo & in huius quoque Legati persona priuilegio locus esse debet. Neque verendum est vt vlla in eo fiat iniuria heredi qui hereditatem restituit. Cùm si à creditoribus & legatariis ipse conueniatur,

neniatur, quomodo vtique conueniri summo iure tanquam heres poterit, habiturus sit exceptionem restitutæ hereditatis *d. l. ita tamen §. qui ex Trebell.* quam hîc Trebelliani exceptionem Paulus vocat. Creditorum verò aut legatariorum multò minùs interest, quia licèt eis commodius esset non fuisse restitutam hereditatem, vt possent continuò agere in heredem nullo priuilegio suffultum, cùm tamen non possint impedire quominus restitutio fieri debuerit ex voluntate testatoris, non possunt plus iuris obtendere in fideicommissarium, quàm habituri essent si hereditatem illi ex institutione non ex fideicommisso possideret.

a *Siue sponte siue coactus heres eã adierit.* Ratio dubitandi. Cùm heres adit coactus, enixior est volũtas fideicommissarij id agentis vt oneribus hereditariis statim & in solidum implicetur, cùm sciat aut scire debeat nihil penitus aut commodi aut incõmodi hoc casu remanere posse penes heredẽ qui non nisi coactus adit *l. 4. d. l. ita tamen. 27. § qui suspectam & pass. ad SC. Trebell.* Ergo nec recusare hîc debet quominùs statim & in solidum à creditoribus & legatariis conueniatur, Præsertim cùm paratam & ipse habeat actionem in hereditarios si qui sint debitores. Quis enim ferat vt illi agere in alios liceat, aliis verò in ipsum non item? arg. *l. cùm in eo 44. supr. de pact. l. cum hereditas 59. ꝟ. de admin. tutor. l. 1. in princ. supr. quod quisque iur.* Nam & ij qui priuilegium habent reuocandi domum si aduersus aliquos agant, compelluntur se aduersus omnes defendere *l. 2. §. item si extra vers. sed si agat. sup. h. t.* Ratio decidendi. Quod heres postulante fideicommissario cogitur hereditatem adire at restituere meliorem fideicommissarij condicionem facere potest, vt sc. omne commodum cõsequatur quod heres alioqui retenturus fuisset *d. §. qui suspectam.* At deteriorem aut duriorẽ facere non potest, quàm si hic fideicommissarius ab initio heres fuisset & nomine & effectu. Atqui eo casu priuilegiũ haberet ne posset durante legatione conueniri vt suprà diximus. Ergo & in huc casu idem priuilegium habere debet. Nec quod potest in prouincia ipse agere per procuratorem contra debitores hereditarios, facere debet vt siue Romæ, siue in prouincia iudicium accipere compellatur, quia id salLuo priuilegio fieri non potest, quod non tam ipsius quàm legationis & reipublicæ fauore, vt iam dixi, cõcessum ei fuit: Ne scilicet legatio impediatur, quàm vtique illud impediret si ab aliis conueniretur, Non etiam illud si alios ipse cõueniat per procuratorem. Nam agere quidem per procuratorem cuique liberum est *l. 1. §. vsus sup. de procur.* At similiter actiones per procuratorem excipere nemo cogitur, qui malit, quod semper tutius est, ipsemet liti adesse *l. Paulus respondit 69. eod.*

1 ¶ Contrà si legatus tempore legationis adierit, & restituerit, datur in fideicommissarium actio: nec exceptio Trebelliani obstat ex persona legati: quia hoc legati personale beneficium est.

Ad §. 1. contrà si Legatus.

Ratio dubitandi. Fideicommissarius post restitutam sibi ex Trebelliano hereditatem loco heredis est *§. restituta Inst. de fideic. hered. l. 2. & pass. ꝟ. ad SC. Trebell.* Atqui heres qui hereditatem restituit, idémque Legatus non poterat quandiu in legatione fuisset conueniri tametsi heres verè mansisset, non tantùm nomine sed etiam effectu *l. de eo 26. supr.* Ergo neque is cui Legatus hereditatem ex fideicommisso restituerit conueniri poterit quandiu heres ipse in legatione erit. Nec enim ad aliud tenetur fideicommissarius quàm vt heredem exoneret, omnésque eas in se suscipiat actiones quibus heres ipse & agere poterat & conueniri *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad SC. Treb.* Porrò nullum fuit onus heredis in suscipiendis excipiendísque actionibus per totum tempus legationis. Ergo neq; fideicommissarius tale onus subire debet, Nec videntur audiendi creditores aut legatarij si plus iuris habere velint in fideicommissariũ, quàm habituri fuerant in heredem si is hereditatem non restituisset. An non enim satis est quod restitutio hereditatis non faciat eorum condicionem deteriorem? Neque rursus nouum est vt plus iuris ex alterius persona quis habeat quàm ex sua propria fuerat habiturus *l. 3. in fin. ꝟ. quæ res pignor. l. cùm hereditate 55. de acq. hered. l. si is qui duos 29. De liber. legat.* Ratio decidendi. Priuilegiorum omnium personalium ius illud est vt personam cui concessa sunt, nunquam egrediantur *l. 1. §. vlt. supr. de constit. Princip. l. quia tale 14. ꝟ. solut. matr.* adeò vt nec transeant in heredem *l. ex pluribus 42. ꝟ. de admin. tutor.* Atqui priuilegium personale Legati est vt Legationis tempore conueniri non possit, ne legatio impediatur. Ergo non potest hoc ius transire in fideicommissarium, in quem scilicet non alia iura transeunt per restitutionem hereditatis, quàm quæ heres habuit tanquam heres. Hoc autem priuilegium habebat heres idémque Legatus non tanquam heres sed tanquam Legatus. Neque ideò fit vt plus iuris habeant creditores & legatarij contra fideicommissarium, quàm contra heredem, sed tantùm vt minus iuris habeat fideicommissarius quàm heres quia nullum habet priuilegium quod heres habet. Cæterùm etiam heres conueniri potest si nihil nisi ius creditorum & legatariorum inspicias, adeóque conueniretur vtiliter ac efficaciter, si neque hereditatem restituisset, neque priuilegium haberet.

2 ¶ Ex quibus autem causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est, se dare non oportere: quia hoc iusiurandum in locum litis contestatæ succedit.

Ad §. 2. ex quibus.

Ratio dubitandi. Iusiurandum non tam litis contestatæ quàm rei iudicatæ vim & vicem obtinet, cùm in causa sua iudex ab aduersario constitui videatur is cui iusiurandum defertur. *l. 1. ꝟ. quar. rer. act. nõ det.* maximúmque illud remedium est litium expediendarum, cùm tam citò lis finita sit quàm iuratum est *l. 1. & 2. ꝟ. de iureiur.* Ergo non potest Legatus cui iusiurandum ab aduersario defertur, recusare prætextu legationis quominùs iu-

ret se dare non oportere, eùm non ideò futurum sit vt Legatio impediatur, si modò velit ille statim iurare, aut saltem iusiurandum referre. Alioqui manifestæ turpitudinis est neutrum velle facere *l. manifestæ 38. eod.* Nemo autem dixerit priuilegium Legato concessum sic interpretandum esse vt eo prætextu possit Legatus aliquam turpitudinis notam incurrere. Nam ex præcepto illo primo iuris nostri, quo honestè viuere iubemur, honesta interpretatio semper capienda est ne quid inhonestè fiat *l. si poss. ssor 52. ʃ. de hered. pet. l. filius 15. de cond. insti.* Ratio decidendi. Non tantùm rei iudicatæ, sed etiam litis contestatæ vicem iusiurandum obtinet, inque locum eius succedit, tametsi posteaquàm iuratum est, habeat etiam vim rei iudicatæ. Nam nec ad sententiam perueniri potest quin litis contestatio intercedat, vel aliquid quod sit vice contestationis *l. vnic. C. de lit. contest. l. 3. in princip. ʃ. de vsur.* Quomodo etiam dicimus iusiurandum vim probationis obtinere *l. cum qui. 30. ʃ. de iuretur.* quia nec vincere in iudicio quisquam potest nisi prius suam intentionem probauerit *l. 4. C. de edend. l. duo sunt Titij 30. de testam. tut.* Atqui Legatus non cogitur litem contestari Romæ quandiu in legatione est, ne legatio impediatur, Ergo nec iurare cogendus est sic dare non oportere, Nc quod vna via prohibitum est, alia fiat *l. ferre 21. §. 1. de tut. & cura. dat.* Neque videri potest in eo quicquam facere turpiter cùm iure & priuilegio suo vtatur *l. nullus vide-tur 55. de reg. iur.* etiamsi non magis referre iusiurandum velit, quàm iurare. Prius cuim est vt alicui iusiurandum deferri possit, quàm vt quæri oporteat an fieiat turpiter si neque iurare velit, neque iusiurandum referre. Et quamuis nihil facilius & expeditius sit homini leui & inconsiderato quàm iurare, laudanda tamen est modestia & verecundia eius, qui metu diuini numinis etiam ad superstitionem, vsque timidior est ad iurandum *l. qua sub conditione 8. de condic. instit.* Ideóque facilè posset euenire vt Legatus si iusiurandum ei posset deferri mallet illud referre quàm ipse iurare *l. illud 2c. §. 1. ʃ. de pecun. const.* quæ res iniiceret ei periculum litis amittendæ, quam fortasse vinceret aut iurando aut alias facti probationes adferendo si posset eas saluo legationis officio cunquirere. Quod quoniam facere non potest quia à suscepto munere obeundo auocetur, rectissimè placuit vt non magis iurare quàm aliter litem contestari, soámque intentionem probare compellatur. Nam nec iurare nec iusiurandum referre cogitur is qui se aliis probationibus vincere posse speret. Hinc est quod generaliter idem Paulus noster scribit in *l. tutor. 35. §. vltim. ʃ. de iuretur.* eos, qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare ibi compellendos esse, cuius propositionis exemplum ibidem adfert in Legatis promincialibus.

3 ¶ Ædium nomine legatus damni infecti promittere debet, aut vicinum admittere in possessionem.

Ad §. 3. ædium nomine.

Ratio dubitandi. Stipulatio quæ damni infecti nomine interponitur, non tantùm prætoria est, sed etiam ex earum prætoriarum numero quæ cautionales appellantur *l. 1. § cautionales ʃ. de prætor. stipulat.* Atqui cautionalium stipulationum omnium natura illa est vt actionum instar habeant, vt ibidem scriptum est, vnde etiam fit vt actionis appellatione contineantur *l. actionis 37. ʃ. de oblig. & action.* Actio porrò nulla dari potest contra Legatum quandiu in legatione est, ne quidem in rem quamuis id genus actionis ex præsenti possessione sit *l. non alias 2. §. vlt.* vbi dixi *supr.* Ergo tametsi Legatus possideat ædes quarum nomine cautio damni infecti postulatur, non eo magis tamen cauere ac promittere cogendus est.

Ratio decidendi. Non præcisè cogitur Legatus de damno infecto cauere, sed vel promittere vel vicinum admittere in possessionem, quòd id sine vllo ipsius incommodo fieri posse videatur, cùm is qui ex causa damni infecti mittitur in possessionem non ideireo possideat sibi sed tantùm custodiam nanciscatur earum ædium quæ ruinam minantur, vt tædio longioris custodiæ extorquear cautionem *l. 1. d. l. 4. §. 1 & § anas & pass. de damn. infect. l. cum legatorum 12. ʃ. quib. ex caus. in poss. eat.* tunc *l. quid enim 27 prox. praced. hoc tit.* Planè si vicinus missus in possessionem ædium Legati petseuerantis non cauere, petat vt ex secundo decreto sibi liceat ædes possidere secundum formam edicti *d. § anas l. si finita 15. §. Iulianus & seq. & pass. eod. titul.* non poto vlterius pingredi eundum aduersus Legatum ne legatio impediatur, quia secundum decretum requirit plenissimam causæ cognitionem *dict. §. anas*, propter præiudicium quod adfert domino. Siquidem is qui missus est in possessionem statim atque sibi possidere iussus fuit exinde dominium vsucapere aut per longi temporis spatium acquirere sibi potest *dict. §. Iulianus.* Quæ sententia est *l. prætoris 5. in princip. eod. tit.* Et eo nimirum intuitu secundi huius decreti, stipulatio ista cautionalis credenda est habere instar actionis, quam ideò excipere Legatus non est cogendus.

4 ¶ Sed & si dies actionis exitura erit: causa cognita aduersus eum iudicium prætor dare debet, vt lis contestetur, ita vt in prouincia transferatur.

Ad §. 4. sed et si dies.

Ratio dubitandi Non potest Legatus adigi ad litem contestandam quin à suscepto legationis officio aliquatenus auocetur, & legatio impediatur, adeò vt ob hanc causam nec iurare cogatur Legatus, quod tamen vno ferè verbo expedire posset *§. ex quibus supr.* Ergo etiamsi dies actionis exitura sit, non ideò tamen cogendus est à prætore vt litem contestetur, Quia tolerabilius est vt priuatus damnum incurrat actionis temporalis, quàm vt Legati priuilegium violetur quod sicut publicam causam habet, vtilitatem scilicet prouinciæ cuius nomine legatione fungitur, ita & publicam tutelam mereri visum est *l. Legatus 8. & l. non verè 42. ʃ. ex quib. caus. maior.* tunc *d. l. 2. ʃ. ne de stat. defunct.* Semper enim publica vtilitas priuatæ præferenda est

Auth.

Auth. *res quæ. C. commu. de legat. l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad l. Aquil.* Ratio decidendi. Sic interpretanda sunt & contemnanda priuilegia vti ne cuiquam iniuriosa sint & captiosa *l. ex facto 43. de vulg. & pupil. subst. l. Paulus notat 8. de prætor. stipul.* Atqui apertè iniquum & inuidiosum esset priuilegium Legati si sic acciperetur vt ne eo casu quo actio tempore peritura esset litem contestari cogeretur. Ita namque fieret vt res periret actori cui tamen nihil imputari posset, quod nunquam prætor patietur *l. 3. ff. de separat. l. Granius 71. §. penult. de fideiuss.* Nam & id agendum semper est quantum fieri potest vt res in tuto collocetur *l. senatusconsulto 16. in fin. supr. de off. præsid. l. solet 3. vers. item si res* vbi dixi *sup. de feriis.* Et verò qua fronte posset Legatus petere vt actionem tempore perire prætor pateretur? Satis igitur ei esse debet quod prætor hactenus duntaxat eum conueniri patitur vt lis contestetur, quæ post finitam legationem in prouinciam transferatur. Ita namque fit vt & actori sua actio, & Legato priuilegium suum conseruetur, eáque ratione neuter fraudetur: quod vnum maximè prætori propositum est & esse debet *l. ex his 8. in fin. ff. quæ in fraud. credit.* Iunge *l. sed etiam 12. l. mutui 43. §. vlt. supr. de procur. l. Pomponius 13. § pen. sup. de recept. l. 2. § pen. sup. hoc tit.*

5 ¶ Si paterfamilias mortuus esset, relicto vno filio, & vxore prægnante: non rectè filius à debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamuis postea vnus filius natus sit: quia poterant plures nasci, cùm per rerum naturam certum fuerit vnum nasci [a]. sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse: quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam. in qua omnia certa essent, cùm futura vtique fierent [b], sed nostram inscitiam aspici debere.

Ad §. vlt. si paterfamilias.

Ratio dubitandi, Cùm paterfamilias mortuus est relicto filio superstite, & vxore prægnante, quæ vnum postea filium pepetit si rei & naturæ veritatem euentúmque inspicimus, verum est partem dimidiam crediti ad filium superstitê ex die mortis patris pertinuisse. Si verò inspicimus id quod potuit euenire, certum est non tantùm tres liberos nasci potuisse sed etiam plures *l. 3. ff. si pars hered. petat.* saltem vsque ad quinque si Aristoteli credimus qui lib. 7. de histor. animal. cap. 4. scripsit vuluas mulierum totidem receptacula habere posse *l. si pater 36. ff. de solut.* Si denique id tantùm quod sæpius & frequentiùs euenit, inspicere volumus, nemo nescit, multò frequentius esse vt mulieres vno partu vnum filium pariant quàm vt tres, adeóque quàm vt duos. In summa quotquot sint nascituri, non potest negari quin ad filium superstitem pars hereditatis interim pertineat, & quidem ipso iure citra aditionem & ex sola legis potestate *l. in suis 14. De suis & legit. l. in suis 11. de lib. & posth.* Partis porrò appellatione in dubio dimidia significatur. Ergo fatendum est filium hunc superstitem vel partem dimidiam crediti posse interim petere vel nullam, cùm alia nulla certa esse possit, petitio autem certa esse debeat. Quamquam & in hac specie in qua ponimus vnum duntaxat filium ex prægnante vxore natum fuisse, videtur petitio dimidię certa esse, quia lex non minùs certa est quàm natura quod ad hoc vt filio eidémque suo heredi paterna hereditas acquiratur, Nec tantùm si mulier vacuo ventre reuera sit quæ prægnans putabatur, sed etsi vnum in vtero gerat, nec per naturam humanæ condicionis alium partum formare amplius possit *l. cùm quidam 30. §. suum heredem* iunct. *l. ventre 84. ff. de acq. here.* Ratio decidendi. Non tam rerũ natura hoc casu intuenda est in qua omnia etiam futura certa essent cùm futura vtique & omnimodo fieri necesse sit (si Paulo magis credimus Stoicum hîc agenti, quàm Theologis, qui longè aliter ac meliùs futura omnia etiam per rerum naturam incerta esse, & ex infallibili solius Dei prouidentia pendêre docent) quàm nostra inscientia. Nescimus autem quot liberi nascituri sint ex ea ex qua plures vno vtero nasci possunt. In dubio igitur iuris autores prudentissimè quandam medietatem secuti sunt, vt non quidem quod fit frequentiùs, sed quod fieri non rarò admodum potest intueremur, & quia fieri faciliùs & frequentiùs poterat vt tres quàm vt quatuor aut quinque pluresve nascerentur (quod enim vltra tres nascitur ferè portentosum videtur *l. verum 7. in prin. de reb. dub.*) quartam partem interim superstiti filio adsignauerunt, quamuis ex euentu appareat mulierem vnum duntaxat filium fuisse parituram *d. l. 3. ff. si pars hers. pet.* Fuitque hæc sententia primùm Sabini & Cassij, vt Paulus in hoc loco testatur, qui idem eam laudat, & sequitur, tametsi Vlpianus eam Iuliano tribuat *in d. §. suum heredem,* vbi etiam improbat contendens filio dimidiam interim adsignandam esse, nec tam inscientiam nostram inspici oportere vt vult Paulus, quàm naturæ legisque certitudinem. Scire enim lex creditur quicquid fit natura etiamsi à nobis nesciatur *d. l. ventre & l. 3. §. est autem tractatum. ff. de suis & legit.* Videtur tamen Iulianus in hac quæstione hæsitasse nec Sabini & Cassij sententiam omnino comprobasse, vt constat ex *d. l. si pater 36. de solut.* vbi ex notis Iuliani ad Vrseium Ferocem ita scribitur *aut quartam partem quia tres nasci potuerunt aut sextam quia quinque.* Planè vtrum magis probauerit, vt superstiti filio vel quarta vel sexta pars interim adsignari debeat, dissensit manifestè sicut & Paulus noster ab Vlpiano & aliis qui naturę certitudinem potiùs quàm inscientiam nostram inspiciendam esse crediderunt. Dissensisse namque Iureconsultos in hac quæstione negari meo iudicio non potest cùm Iuliani sententiam apertè Vlpianus improbet in *d. §. suum heredem.* Etsi video nonnullos vt concilient distinguere ius ipsum ab effectu iuris, quasi Vlpianus de iure tantùm non de effectu iuris responderit, cæteri verò de effectu iuris potiùs quàm de iure. In quo euidenter falluntur. Non enim de illo tractarunt prudentes, Pro qua parte superstes filius heres reuera sit aut fuisse retrò intelligatur vbi mulier prægnans filium vnum enixa est (siquidem exinde constat fuisse illum iam ab initio heredem ex semisse) sed illa tantùm fuit disputatio, Pro qua parte interim heres esse existimetur vt sciatur pro qua parte possit & agere & conueniri, quandiu nescitur quot liberos mulier sit paritura. Quæ quæstio neque ad ius absolutum heredis, neque ad effectum iuris

pertinet, quia neq; de iure, neque de effectu iuris absolutè definiri quicquam potest antequàm mulier pepererit. Nec enim verendum fuit quod concillatores verentur, ne fiat iniuria filio superstiti, si quarta tantùm pars ei assignetur, nec nisi vnus filius postea nascatur. Aut ne fiat iniuria posthumis si filio superstiti dimidia pars hereditatis tribuatur, & subinde plures posthumi nascantur, Prudentes enim huic periculo remedium illud inuenerũt, vt si pauciores quàm tres fuerint nati, residuum filio superstiti pro rata adcrescat, si plures quàm tres, decrescat de ea parte ex qua heres factus est, vt ex eodem Vlpiano scriptum legimus in *l. 4. si pars hered. pet.* Vbi tamen obseruandum est Vlpianum non suam sed aliorum sententiam referre, eámque ideò concipere verbis infinitiui modi *adcrescere, decrescere* quasi supplendo *putabant*, aut quod aliud verbum simile, quomodo in *l. Papinianus 23. de don. int. vir. & vxor.* vt appareat ita eũ scribere ex opinione antiquorum quos retulerat & probauerat Paulus in lege præcedente. Porrò ex illis verbis *adcrescere, decrescere, de ea parte ex qua heres factus est* apparet manifestè sic acceptam ab Vlpiano antiquorum sententiam, quasi senserint filiũ superstitem interim verè & ipso iure heredem esse pro quarta parte, sed cum hac tamen adiectione *interim* non autem absolutè. Sed & obseruatione dignum illud est quod idem Vlpianus in *d. l. 3. §. est autem tractatum. ff. De suis & legit.* postquàm præfatus est tractatum fuisse, id est, vt ego interpretor, dubitatum & disputatum inter prudentes pro qua parte is qui in vtero est partem faciat, quia ex vno vtero plures nasci possunt, Nihil tamen ad hanc quæstionem respondere, sed ad aliam planè diuersam, & quæ nũquam habuit dissentientes Iureconsultos, si in rerum natura certum sit hanc quæ se dicit prægnantem, non esse prægnantem, An interim ex asse heres sit is qui iam natus est. Sic enim scribit, *Et placuit si in rerum natura certũ sit hanc quæ se dicit prægnantem non esse, ex asse iam esse heredem hunc qui iam natus est, quoniam & ignorans heres fit.* quod & scriptum est in *d. l. ventre & d. §. suum heredem*, vbi quamuis ex Pomponij sententia à Tertylliano relata casus illos assimilet, Si mulier quę prægnans dicitur reuera vacuũ ventre sit, Itémque si pleno & in vtero vnum gerat, vt vtroque casu filius iam natus heres sit etiam ignorans, priore quidem casu ex asse, posteriore autem ex semisse, Non obscurè tamen innuit prudentes cæteros non eandem vtriusque casus rationem constituisse, cũ quibus & Papinianus videtur consensisse in *d. l. ventre*, Nisi quod tractat ibi aliam speciem, de ventre scilicet præterito, Pomponius verò illam tractabat in qua posthumus institutus esset, vel in qua successio intestati locum haberet. In summa hoc volo obseruari apud Vlpian. in *d. §. est autem tractatum*, mutilatam fuisse à Triboniano responsionẽ, quam ille attulerat ad propositam quæstionem, cùm Tribonianus Cassij, Sabini, Iuliani, & Pauli sententiam præualere vellet tanquam magis communiter receptam, Eam verò quæ in contrarium fuerat Pomponij, Tertylliani & Vlpiani explosam esse tanquàm minùs probabilem etiam in suo herede. Nec enim persuadere mihi possum fuisse tam insulsum Vlpianum, vt ad propositam quæstionem nihil penitus responderit, ad aliam verò quæ nec proposita fuerat responderit. Illud certè dici satis probabiliter potest Vlpianum in *d. §. suum heredem*, non tam suam quàm Pomponij sententiam referre, quam tamen idem ille fortassis improbauerit. Est enim ista scribendi ratio prudentibus nostris frequẽs & familiaris, vt docui ad *l. cùm lege 41. ff. de recept.* Sed etiamsi quis ita sentire velit, quod non improbo, assequetur quidem, vt Vlpianus nec à Paulo, nec à Sabino, Cassio & Iuliano dissensisse videatur, sed non æquè vt Pomponius à Iuliano cæterísque non dissenserit, Atque ita verum semper erit quod diximus, Iureconsultos in quæstione ista vt & in alijs paucis non dissensisse.

a *Cùm per rerum naturam certum fuerit vnum nasci.* Scripsit Paulus *cum* pro *quamuis.* Fuit enim hæc ratio dubitandi apud Paulum, quæ fuit decidendi apud Pomponium, vt constat ex Vlpiano in *d. l. cùm quidam 30. §. suum heredem. ff. de acquir. hered.*

b *In qua omnia certa essent cùm futura vtique fierent.* Stoicorum, vt iam monui, & aliorum ethnicorum propositio ista est qui in rebus humanis fati necessitatem inducebant, quam religionis nostræ sanctitas execratur, quæ futurorum omnium contingentiam ad solius Dei Opt. Max. voluntatem, & prouidentiam refert. Ex quo apparet tantò certiùs Sabini, Cassij, Iuliani & Pauli sententiam magis probandam esse quàm Pomponij, vt quandiu incertum est quot liberi ex vtero nascituri sint filius iam natus interim heres sit ex quarta tantùm portione non ex dimidia, quamuis vnus tantùm filius posteà nascatur. Alioqui si admitteres quod Sabinus, Cassius, Iulianus & Paulus, Pomponio concederent, Certum esse per rerum naturam non nisi vnum filium nasciturum, irem ego in sententiam Pomponij, & dicerem filium iam natum etiam ignorantem ex dimidia parte interim quoque heredem esse. quia lex scit omnia quæ scit natura. Et quod Paulus ait, non tam rerum naturam intuendam esse, quàm inscientiam nostram inspici debere, id ego admitterem quidem in filio emancipato aut extraneo herede instituto, qui sicut non aliter hereditatem acquirere sibi potest quàm si sibi delatam esse sciat *dict. l. ventre*, ita neq; ex alia parte quàm ex ea quam sibi delatam fuisse non ignoret *l. ex semisse 75. eo.* At non similiter in suo herede cuius aliam rationem esse apparet ex *d. §. suum heredem & d. l. ventre.* Ex qua etiam conijcio necessitatem istam fati quæ alijs prudentib. placuit, Papiniano tamen non placuisse. Nam in secunda illius legis specie, id est cùm præteritus venter plenus fuit, quid obsecro referret an incerto eo filius institutus decessisset, necne si per rerum naturam certum id esse sufficeret, nec inscientia nostra spectanda esset? Rursum etiamsi certum esset ventrem esse plenum, si tamen incertum non esset per ipsam quoque rerum naturam vtrum mulier paritura esset, an abortum factura, cur diceremus indistinctè cum Africano in *l. si filius 16. de liber. & post.* vbi eandem tractat speciem filium qui interea decessit intelligi suum heredem patri ab intestato extitisse, quòd ex eo tempore certum esse cœperit neminem ex eo testamento heredem fore? Quid enim si mulierem abortũ facere cõtingeret? Quid prohiberet quominùs ex testamento heres fuisse filius videretur, perinde acsi vacuo ventre mulier fuisset? Si non illud prohibet quod per ipsam quoque rerum naturam incertum sit an mulier abortum factura sit an paritura. Nemo autem superfit qui euentum illum expectare possit, si neque substitutus, neque coheres filio datus quisquam fuit.

Vtique

Vtrique enim posthumus praeteritus hunc aliter semper ruptum editum qualiter si natus esset. Et ideo fatetur Africanus filium antea conditum intelligi ex testamento heredem fuisse, si vel coheredem habuit vel substitutum, qui eo usque exclusus non potuit retinere. Solum ergo constare non potuit [illegible] quam & Papinianus & Africanus responderunt. Quae porro nulla esse possent si verum dicet quod Paulus & alij voluerunt? Omnia per rerum naturam certa esse, eamque naturae certitudinem potius quam inscientiam nostram spectari oportere. Idemque tractari potest in specie, de qua respondit Tryphoninus in *l. filium ex* [illegible] *lib. & post.* de filio qui e patre in cuius erat potestate, institutus sub conditione non potestatiua, & in defectum conditionis exheredatus decesserat pendente conditione tam institutionis quam exheredationis. Placet enim Tryphonino heredem eius ab intestato fuisse, quia dum vixit neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit, vt lex ait. Hoc vero cur ita? Nempe quia incertum fuit an conditio extitura esset, necne. Atqui per rerum naturam certum fuit, si Paulo credimus. Alterutrum enim tandem ac post mortem filij euenisse necesse est, vt conditio vel extiterit vel defecerit. Ergo fatendum est Tryphoninum vel in ea fuisse opinione vt futura quae postea contigerint, iam ab initio certa per rerum naturam non fuisse crediderit, vel si crediderit, inscientiam tamen nostram magis quam naturae certitudinem illam spectari voluerit. Et sane Pomponij ratio quam Vlpianus in *l. 1. filium heredem.* ita refert vt probare videatur aperte manca est. Quamquam enim humanae conditionis ea ratio est vt [illegible] post certum tempus [illegible] et quae in vtero filium vnum gerit, alium partu sociare amplius non possit, potest tamen per rerum naturam illud etiam euenire vt mulier abortum faciat: quo casu nemo dixerit filium iam natum non nisi ex semisse heredem fuisse. Quis enim ex alio semisse heres vel vnquam esset, vel forsitan consingeretur? Ergo quemadmodum nec Pomponius diceret filium institutum, eo casu interim heredem fuisse ex asse, ita [illegible] in contrarium casu contrarium debuit dicere, fuisse illum interim heredem esse ex semisse. Ac necessario fatendum est incerto eo an mulier abortum factura sit an paritura, & rursum si pariet an vnum paritura sit an plures, certam portionem filio iam nato adsignandam esse, ex qua heres [illegible] sit, [illegible] ipsum, siue iuris effectum inspicias, sed quae possit crescere vel decrescere ex euentu, quomodo scriptum est in *d. l. 4. si pars hered. pet.* Quod etsi valde nouum & singulare est, atque transsumptum a regulis iuris communis, ferendum tamen est vt & alia pleraque propter vtilitatem necessitatemue, vt in *l. si mulier 19. & ex* [illegible] *de iur. dot.* Non idem est si vacuo ventre mulier fuit, quae praegnans putabatur. Nihil enim per rerum naturam eo casu incertum est, cum certum mortis tempore fuerit, neque abortum facere posse mulierem quae non sit praegnans. In quo prudentes omnes consentiunt; ex quibus nemo dubitat quin filius iam natus & institutus heres ex testamento & ex toto asse fuisse intelligatur, hoc est incerto eo decesserit an venter vacuus esset an plenus, si modo vacuus re vera fuit *d. §. filium heredem, & d. l. ventre.* Inscientia igitur nostra tunc spectanda non est: cum natura ipsa itemque lex certa est. Cum vero & natura, &, quod est consequens, lex etiam incerta est, inscientiam quoque nostram & inspici, & aliquo remedio adiuuari necesse est, vt pendente incertitudine ius aliquod certum constituatur. Ius enim nisi certum nullum esse vnquam potest *l. 2. §. de iur. & fact. ignor.* Iunge quae scripsimus ad *d. l. ventre & d. l. filius lib. 3. Coniect. cap. 10.* & in [illegible] *De error. pragmat.*

29. PAVLVS libro 8. ad Plautium.

QVi appellat prior, agit.

Ad l. qui appellat 29.

Ratio dubitandi. Appellationis potestas illa est vt extinguat iudicatum *l. 1. §. vlt. ad SC. Turpill. l. furtij. §. 1. de his qui not. infam.* reducatque rem ad terminos litis contestatae quemadmodum pragmatici nostri loquuntur. Ergo non alius in causa appellationis potest actor esse quam qui fuit in prima instantia. Ratio decidendi. Quisquis appellat etiam si in priore instantia reus fuerit, nunc tamen agit, ad hoc nimirum vt sententia per appellationem rescissa, in melius reformetur a iudice qui ex appellatione cognoscit, vel si prioris iudicati iniquitas corrigatur *l. 1. §. 1. de appellat. l. praefecti vrbis de minor.* Nec eo minus tamen actor manet is qui in prima instantia actor fuit. Duae namque [illegible] sunt instantiae in quarum [illegible] nihil vetat actorem esse illum qui in altera reus. Caeterum quisquis actor est intentionem suam plerumque probare debet. Is quidem qui in prima instantia, totum id quod in iudicium & actionem deduxit, ille vero qui appellat, male iudicatum fuisse, quae omnium appellantium intentio & allegatio est. Inde fit, vt si, quod plerunque euenit, vterque litigatorum appellet, vtrumque etiam agere & actorem in causa appellationis esse fatendum sit. Atqui alterutrum necesse est magis actorem videri, & actoris partes obtinere, vt diximus cum de duplicibus iudicijs egimus ad *l. inter tres 13. sup. hoc tit.* Nec enim iudicium aliter expediri potest quam nisi ex litigatoribus vnus actoris, alter rei partibus fungatur *l. inter litigantes 62. inf.* Ergo quemadmodum in duplicibus iudicijs dicimus eum actorem videri qui prior aduersarium ad iudicium prouocauit *d. l. inter tres*, ita & cum vterque appellauit dicendum est actorem eum videri debere qui prior appellauit. Nec in duplicibus hoc tantum iudicijs, vt quidam putant, sed in caeteris etiam omnibus in quibus accidit vtrumque appellasse. Nam & ad iudicium appellationis prior aduersarium prouocat, qui prior appellat.

30. MARCELLVS libro primo Digestorum.

VBi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debet.

Ad l. vbi acceptum 30.

Ratio dubitandi. Inter initium & finem iudicij multa possunt accidere quae faciant vt alibi finem accipere iudicium debeat quam vbi coeptum fuit, cum

suas moras easq; interdum longiores habeat iudicij exercitio *l. etiam 15. in prin. ff. vt legat. nom. caueat.* Nec nouum est vt iudicium Romæ cœptũ in prouinciam transferatur & ita de loco ad locum, non minus quàm à persona in personam, vt in specie *§. sed etsi dict. l. prox. praeced. l. tam ex contractibus 57. ff. eod.* aut à iudice in alium iudicem *l. pen. §. vlt. de vacat. & excus. muner.* iunct. *l. si longius 18.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Non igitur generaliter & indistinctè verum est, vbi acceptum fuit iudicium ibi & finẽ accipere debere. Ratio decidendi. Is locus in iubẽdo iudicare solet comprehendi in quo iudicari soleat sine incommodo litigantium. Adeò vt etiamsi locus nullus in formula comprehensus sit, videatur tamen prætor in eo loco iussisse iudicari *l. si locus 59. infr.* Ergo interest vtriusque litigantium vt vbi acceptum iudicium est ibi & finiatur. Nec facilè potest fieri vt locus iudicij mutetur, quin alteruter incidat in captionem: vt neq; personarum, neque iudicis mutatio vnquam facienda est nisi ex necessitate, sicut in legibus supradictis. Nemo enim illicitum verè dixerit quod necessitas facit licitum, vt est in regula iuris pontificij. Hinc est quod superueniens fori priuilegium non est sufficiens causa propter quam iudicij locus mutari debeat *l. si quis posteaquam 7.* vbi dixi *sup. hoc tit.*

31. CELSVS libro 27. Digestorum.

SI petitor plures heredes reliquerit, vnúsque eorum iudicio egerit: non erit verum totam rem, quæ in priore iudicio fuerit deductam esse, nec enim quisquam alienam actionem in iudicium, inuito coherede, perducere potest.

Ad l. si petitor 31.

Ratio dubitandi. Iudicia constituuntur ex actionibus, sicut & actiones ex obligationib. vt Theophilus scribit initio *tit. Inst. de action.* & constat ex ipsa actionis definitione, quæ extat in *l. nihil aliud 51. ff. de obl. & action.* Atqui ex persona heredum debitoris condicio obligationis immutari non potest *l. 2. §. ex his. ff. de verb. obl.* Ergo si petitor, qui totam rem in iudicium deduxerat, pendente iudicio decesserit, pluresque heredes reliquerit, nec nisi vnus eorum iudicio egerit, iudicium quod fuit indiuiduum in persona defuncti, in heredum quoq; personis tale esse debet, nec eo minus verum erit totam rem quæ in priore iudicio fuerit, in posterius quoque deductam videri, vt proinde si postea coheres alter velit agere perinde sit repellendus exceptione rei iudicatæ acsi ambo egissent. Hic enim effectus est totius huius quæstionis: An tota res in posterius iudicium deducta sit an pars duntaxat eius, qui iudicio egit. Ponendum autem est coheredem hunc qui solus egisse proponitur in solidum egisse, non pro sua tantùm parte. Alioqui nullus quæstioni locus relinqueretur. Nam neque nouum est vt heres ex parte causam de totis bonis suscipiat & persequatur *l. ex parte 36. ff. famil. ercisc.*

Ratio decidendi. Non potest quisquam alienam actionem in iudiciũ perducere inuito eo ad quem actio pertinet, Ne sit in vnius potestate alteri suam actionem adimere *l. Granius 79. §. pen. ff. de fideiuss.* iunct. *l. 2. quod vi aut clam. l. ad quod nostrum 11. de reg. iur.* Atqui actio quæ ab vno ex coheredibus tota in iudicium deducta fuit, licèt sit hereditaria, tamen quod ad coheredis portionem attinet, aliena est, quia per legem 12. tabul. omnes actiones hereditariæ vt & cætera iura omnia pro hereditariis portionibus inter coheredes diuiduntur, quamuis in persona defuncti fuerint indiuidua *l. 1. C. si cert. pet. l. & 2 C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ergo non magis coheredi quàm alij cuilibet actionem communem pro parte coheredis inuito coherede in iudicium perducere. Inuitum autem coheredem hîc accipe non eum qui expressè contradicat, sed qui neque expressè, neque tacitè consentiat, vt in *l. filiusfamilias 8. §. inuitus. ff. de procur. l. 4. ff. vrb. praed.* & aliis plerisque iuris partibus. Ergo si proponas actionem quæ in iudicium à defuncto primùm, deinde ab vno ex coheredibus deducta fuit, esse talem quæ per legem 12 tab diuidi non potuerit, puta quod esset de re indiuidua, fortè de luendo pignore quod pro parte lui non potest, aut de seruitute quæ indiuidua est *l. heredes 25. §. an ca. stipulatio & § idem obseruatur. ff. fam. ercisc.* Aut de redimendo fundo qui venditus fuerat vel datus in solutum sub pactu de retruuendẽdo, quem similiter certum est pro parte redimi non posse quia emptor non fuerat eum pro parte empturus *l. tutor 47. sup. de minor. l. si quis aliam 46 ff. de solut.* magis probandum erit, huic Legi locum non fore, vnique ex coheredibus permittendum esse vt inscio quoque & inuito coherede ius suum exequatur, quod aliter pro sua tantùm parte exequi nullomodo posset *l. via, et iterer 17. ff. de seruit.* Nam & in hoc rerũ genere placuit, si quid socius in rem communem impẽderit, non actioni negotiorum gestorum, quæ aliàs locum haberet, sed iudicio communi diuidundo locum esse *l. si communes 40. ff. de neg. gest. l. communi 8. §. sine autem. ff. commun. diuid.* Et hoc demum casu verè vsurpari illud potest, Qualitatem & condicionem iudicij à defuncto instituti ex persona heredum immutari, nec posse, nec debere.

32. VLPIANVS libro 1. De Officio Consulis.

SI iudex, cui certa tempora præstita erant, decesserit, & alius in locum eius datus fuerit: tanta ex integro [a] tempora in persona eius præstituta intellegemus, quamuis magistratus nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen, vt legitimum tempus non excedat.

Ad l. si iudex 32.

Ratio dubitãdi. Ea demùm post certũ tẽpus fieri prohibita intelliguntur, quæ non nisi ad certum vsque tempus fuerunt permissa. Et contra, Ea demùm post certum tempus intelliguntur permissa, quæ ad id vsque tempus prohibita inueniuntur, *l. imperator 8. ff. de postul. l. Thais 41. § intra certa tẽpora. ff. de fideic. libert.* Atqui in proposita specie nullũ proponitur præstitutum fuisse tempus certum in formula per quam nouus iudex in locum demortui à

tui à magistratu substitutus fuit, intra quod tempus debuerit ille sententiam ferre itemque terminare. Ergo sic vllum tempus esse potest, post quod hic substitutus iudex videri debeat prohibitus iudicare saltem quatenus legitimum tempus non excedat. Quoties enim quærimus quid iudex datus facere possit ant debeat, statim ad formulam quæ eum dedit recurrendum est, ex eáque æstimandum ius totum iudicis dati, vt alias sæpe monuimus. Ratio decidendi. Multum interest an nunc primum iudex à prætore aut alio magistratu detur, an in alterius demortui aut alia ratione mutati locum subsituatur Priore casu si nulla iudici certa tempora ad iudicandum præstituta sint, quod tamen non facilè nisi per errorem aut imperitiam magistratus iudicem dantis potest contingere, liberum est iudici dato quandocunq; iudicare dum ne vltra tempus legitimum in eam rem iudicibus omnibus constitutum quod est triennij ex Iustiniani constitutione in *l. properandum 13. C. hoc titul.* Libera enim est perpetuáque potestas omnis quæ nullo tempore certo concluditur. Posteriore verò casu quamuis magistratus nulla iudici subrogato tempora præstituerit, tanta tamen ex integro in persona eius præstituisse intelligitur, quanta præstituerat defuncto: Id scilicet faciente vi & potestate substitutionis & subrogationis, eam dici soleat quod nec malè ex hoc loco probatur, & ex *l. si eum. § qui iniuriarum sup. si quis caution.* quicquid subrogatur, sapere naturam eius in cuius locum subrogatur. Simile est quod alibi docuimus verbum *substituo* licèt sit indicatiui modi non imperatiui, tamen in testamentis censeri verbum directum & imperatiuum, quia eiusmodi verbo subrogatur secundus heres in locum primi qui verbis imperatiuis fuerat institutus. Propter quod videri possunt verba eadem imperatiua in substitutione repetita, quod de verbo *iniungo* non similiter dici potest *l. quoniam indignum 11. C. de testam.* Denique parùm refert an expressè quid, an tacitè repetitum intelligatur *l. licet Imperator 74. de leg. 1. l. Titia 34. §. 1. ff. de verb. oblig.* Maximè verò in prætoriis formulis, quarum scilicet interpretatio tota pendet ex mente prætoris: quomodo & de prætoriis stipulationibus scriptum est in *l. in conuentionalibus 52. eo tit. l. in prætoriis 9. ff. de præt. stipulat.* Prætoris verò mentem in proposito dubitandum non est eam fuisse vt plenè formulam conciperet ne quid in ea requiri inde posset. Minùs autem plena est formula quæ nullius certi temporis mentionem habet intra quod iudicare iubeatur. Idem dicendum est si in posteriore formula prætermissus fuerit iudici locus qui in priore fuerat expressus, *arg. l. si locus 39. ff. hoc tit.*

a *Ex int. gro.* Ratio dubitandi. Tépora quæ cucurrerunt viuo priore iudice nunc ei computarentur si viueret. Ergo & ei qui in ipsius locum substitutus fuit computari debet, vt in omnibus eadem sit ratio posterioris iudicis quæ prioris. Ratio decidendi. Negligentia defuncti quæ potuit & debuit ei imputari non potest nocere successori qui neque iudicare potuit ante quàm iudex datus esset.

b *Ita tamen vt legitimum tempus non excedat.* Triboniani additio ista est respiciens ad supradictam Iustiniani constitutionem in *l. properandum 13. C. hoc tit.* quæ primùm induxit vt lites omnes intra triennium finiri & expediri debeant. Antea enim nullum tempus legitimum erat, sed quale quantúmque prætor aut alius magistratus qui iudicem dederat in formula expressisset. Quo magis necessarium fuisse intelligimus vt aliquod exprimeretur, ne alioqui aut litigatorum, aut iudicis dati negligentia liberas sibi habenas in perpetuum excurrendi daret. Hæc autem additio sicut inepta est si ad ius vetus ita & si ad nouum referatur, Non solùm quia hodie magistratus non dant iudices, sed ipsi per se cognoscunt post *l. 2. C. de pedan. iudic.* sed etiam quia non facilè credendum est quenquam magistratum tam imperitum aut stupidum fore vt in præstituendo iudici tempore legitimum excedere velit, & longius quàm triennij præfinire.

33. MODESTINVS libro 3. Regularum.

NOn videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.

Ad l. Non videtur 33.

Ratio dubitandi. Qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulat vtique implorat eius autoritatem, vt ab aduersario etiam inuito extorqueat editionem, Alioqui frustra peteret id, quod à iudice imperari nollet. Atqui hoc ipso agnoscit potestatem & autoritatem iudicis, quæ præsupponenda necessariò est vt à iudice imperari, & pronunciari aliquid possit *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iudic. l. 1. & tot. tit. C. si a non compet. iudic.* Ergo videtur in iudicem consentisse is qui genus actionis sibi edi apud eundem desiderat. Ratio decidendi. Potest fieri vt ex editione quæ petitur apud iudicem datum appareat iustam causam habere illum qui petiit ne in eum consentire cogatur, quod nec sciri priùs fere potest quàm editum sit genus actionis: pro cuius scilicet qualitate aut consentiendum sit aut dissentiendum. Non igitur adhuc consentit, qui ideò petit editionem, vt sciat an consentire debeat an dissentire: Sicuti neque consentit in iurisdictionem is qui in ius vocatus ex aliena iurisdictione venit, vt scire possit an iurisdictio sit eius qui vocationem iussit *l. si quis ex aliena 5. sup. hoc tit.* Hinc verò malè nostri vulgò inferunt, huius legis sententiam eò pertinere vt qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulauit non ideò prohibeatur exceptionem fori declinatoriam postea opponere, tanquam quæ opponi possit quandocunque ante litem contestatam dummodò non sit consensum in iudicem *l. vltim. C. de except. l. sed etsi su e pis 52. ff. hoc tit.* Aliud enim est consentire in iudicem, aliud in iurisdictionem, Cúmque exceptionem declinatoriam fori & iurisdictionis necesse sit opponi ante litem contestatam *dict. l. vltim.* & consequenter apud eum magistratum qui adrogat sibi iurisdictionem *l. nemo 4. C. de iurisd.* iudex autem de quo in hac lege & toto hoc titulo agitur non nisi post litem contestatam detur vt monui sæpius, Apparet non posse hanc legem intelligi de exceptione declinatoria fori & iurisdictionis, sed tan-

Digitized by Google

tùm de exceptione declinatoria iudicij & iudicis dati, quem fortè tanquam suspectum recusare velit is contra quem datus fuit. Nam & cùm ad eundem magistratum & iurisdictio & iudicatio pertinet, vt hodie post l. 2. C. de pedan. iudi potest agnosci iurisdictio, nec eo minùs tamen ius dicentis persona tanquam suspecta recusari: quia nimis malum & periculosum est coram suspecto magistratu litigare, quamuis eius iurisdictio competens esse non negetur l. apertissimi 16. C. h. t. Denique aliud est iurisdictionem detrectare, aliud iudicem recusare, cùm recusatio qualibet iudicis præsupponat competentiam iurisdictionis. Illud certè vetitum est si quis hodie apud magistratum qui ipse per se cognoscere cogitur postulet edi sibi genus actionis & libelli copiam, vt pragmatici nostri loquuntur, eum nequeam iurisdictionem, neque in personam magistratus hoc ipso consentire intelligi, nec idcirco prohiberi quominus & iurisdictionem & personam ius dicentis declinare possit. Eadem enim hac parte ratio est hodie ius dicentis, quæ olim erat iudicis dati. Id etiam ex hac lege obseruandum est duplicem olim editionis actionem fieri solitam fuisse. Vnam quæ præcedebat vocationem in ius, futuræ que litis speciem demonstrabat de qua in l. 3. C. de eden. vt sciret reus an contendere deberet an cedere priusquam vim & iniuriam vocationis pateretur l. 1. in prin. & eod. ill. tit. De edend. Alteram quæ fiebat apud iudicem datum post litem iam contestatam & constitutam, de qua in hac lege, quam pragmatici nostri vocant libelli communicationem. Prior enim desiit esse in vsu, sicut & denunciationes illæ quæ fiebant in actionibus personalibus, vnde & condictiones dicebantur §. appellamus Inst. de action. quia & vetus forma vocationis in ius quæ vim & impressionem habebat, in vsu quoque esse desiit, in cuius locum eius successit oblatio libelli, simplexq; citatio, cuius longè alia ratio est, tamque olim fuit l. libertus aduersus patronum 15. vbi dixi sup. de in ius vocand.

34. Iavolenvs libro 15. ex Cassio.

Si is, qui Romæ iudicium acceperat decessit: heres eius quamuis domicilium trans mare habet, Romæ tamen defendi debet: quia succedit in eius locum, à quo heres relictus est.

Ad l. si is qui Romæ 34.

Ratio dubitandi. Actor cogitur sequi forum rei tam in actionibus in rem quàm in personalibus l. vlt. C. vbi in rem act. l. 2. C. de iur. id. omn. iudic. Atqui mortuo eo qui iudicium Romæ acceperat, heres ipsius fit reus, cùm reus manere non possit is qui defunctus proponitur. Ergo si hic heres domicilium trans mare habeat, non est cogendus Romæ se defendere, quod vtrique nec sine magno suo incommodo facere posset. Ratio decidendi. Heres succedit in eius locum à quo heres relictus est eiusque personam in omnibus etiam in vitiis repræsentat l. cùm heres 11. ff. De diuer. temp. præscri. Atqui defunctus iudicium acceperat Romæ. Ergo & heres ipsius defendi Romæ debet. Nec tam heredis quàm defuncti domicilium sequendum est, vt vbi semel acceptum est iudicium ibi & finem accipere possit ex reg. l. vbi acceptum 30. sup. Nam etsi iudicium nullum cum defuncto cœptum esset, ibi tamen heres vel absens defendendus, vel præsens conueniendus esset, vbi defunctus debuisset l. heres absens 19. sup. hoc tit. vbi dixi.

35. Iavolenvs libro 10. Epistularum.

Non, quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse & vel in futurum concipi: ita in iudicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quæ postea in obligationem aduenturæ sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium verò antequam aliquid debeatur, non posse.

Ad l. non quemadmodum 35.

Ratio dubitandi. Ex obligationibus constituuntur actiones, ex actionibus autem iudicia, vt dixi ad l. si petitor 31. sup. Ergo eadem ratio debet esse iudiciorum, quæ obligationum: Atqui obligationes possunt esse in pendenti, præsertim obligatio fideiussoris quam certum est etiam in futurum concipi posse. Adhiberi enim fideiussor potest, tam futuræ quàm præcedenti obligationi dummodò sit aliqua vel naturalis futura obligatio l. 4. l. stipulatus sum 6. §. adhiberi. ff. de fideiuss. l. eo tempore 50. vers. sed fideiussorem. ff. de pecul. Sed & obligationes principales possunt esse in pendenti, siue in diem, siue sub condicione conceptæ fuerint l. creditores 10. ff. de verb. signific. l. is cui 42. ff. de oblig. & act. Ergo etiam iudicia in pendenti esse possunt. Alioqui frustra videtur dicere obligationem aliquam sub condicione vel in diem concipi posse, si non eius quoque nomine iudicium accipi possit. Ad quid enim obligationes nisi vt pariant actiones l. licet 42. §. ea obligatio sup. de procur. Ad quid rursus actiones nisi vt in iudicium deducantur l. nihil aliud 50. ff. de obl. & act. Sed neque nouum est vt actiones quoq; ipsæ sint in pendenti, Nempe cùm res ipsæ ex quibus actiones proficiscuntur sunt in pendenti, vt in l. seruus 43. § cùm seruus. ff. de acq. r. dom. l. de hereditate 19. §. pater & pass. 1. de castr. pecul. l. qui res 98. §. rem autem ff. de solut. Quomodo autem fieri potest vt iudicium non sit in pendenti cùm actio ipsa est: Ratio decidendi. Obligationes ideò possunt cōstitui in diē, vel sub condicione, non quòd interim effectū aliquē habere possint ad agendū, sed quia futurū est vt ex iis aliquo tempore & casu agi possit, nimirū vbi vel dies vel condicio venerit l. cùm condictio 9. ff. de reb. credit. l. cedere diem 213. de verb. signif. Actiones verò cùm similiter in pendenti esse posse dicimus, ad ius ipsum actionis non ad eius exercitium respicimus, & vt loquar cū philosophis ad potentiam non ad actum actionis. At iudicij alia ratio est, Nihil enim aliud iudicium est, quàm actus ipse & exercitium actionis. Non potest autem fieri vt exercitium actionis sit in pendenti, quia nec in pendenti potest esse actio, quæ iam exercetur, ex qua scilicet cōtestationem præcedere necesse est antequam

quam iudicium constituatur. Prætor autem nunquam patietur, litem apud se contestari ex ea actione quæ adhuc sit in pendenti *l. si pacto 14. l. petens 27. C. de pact. l. vnda 5. C. de contr. & commit. stipul.* Denique cùm iudicis datio non minus quàm iuris, sit actus legitimus, haud dubiè neque diem recipit, neque conditionem *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* Iudicem enim dare alij non possunt quàm quibus id permissum est lege vel senatusconsulto, vel constitutione, vel quo alio iure quod habeat vim legis *l. cum prætor 12. §. 1. supr. hoc titul.* Cùmque iudicium reddatur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl.* prius est vt actio, quæ in iudicium deducitur sit præsens, quàm vt iudicium eo nomine dictari à prætore possit. Proinde non potest iudicium esse in pendenti, cùm neque iudicium vllum sit nisi quod dictatum & constitutum sunt à prætore.

a *Vel de his rebus quæ postea in obligation. m aduentura sunt.* Non enim potest videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset *l. non potest videri 23. sup. hoc tit.* vbi dixi.

36. CALLISTRATVS libro 1. Cognitionum.

INterdum ex iustis causis, & ex certis personis sustinendæ sunt cognitiones [a]; veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur, qui reipublicæ causa absunt. idque Diui fratres in hæc verba rescripserunt. Humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium, vel filiam, vel vxor virum, vel filius parentem amisit, & in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

Ad l. interdum 36.

Ratio dubitandi. Et Reipublicæ & litigatorum interest, adeóque eius qui condemnatur, quàm citò fieri potest litem expediri vt ciuilis concordiæ teneatur vinculum quod per lites si nõ in totum certè aliqua ex parte dissoluitur & infringitur *l. 1. C. de admin. tutor. l. fratris 10. l. causas 16. & pass. C. de transact.* Idcóque dilationes omnes per quas lis protelatur, odiosæ esse creduntur, nec facilè saltem amplius, quàm semel tribuuntur *l. 1. cùm a nobis 5. & l. vlt. C. de dilat.* Ergo vbi semel lis cœpta est, debet currere suo marte, nec sustinenda & differenda est.

Ratio decidendi. Humanum est propter fortuitos casus qui vel præuideri, vel præuisi euitari non potuerint, dilationem dari fortè si pater litigator filium vel filiam vel vxor virum, vel filius parentem amiserit, ex qua causa placuit Iustiniano dierum nouem spatium indulgendum esse *Nouell. 15. vt cùm de appell. cognosc. cap. 5. vt non lic. credit. § hac autem dispositione.* Nec enim vllius est ne quidé sapientis fortuitum casum præstare. Sed tamen id non nisi parcissimè faciendum est, & vt Callistratus hic scribit ex certis causis & personis, nec plus quàm semel in causis pecuniariis, nec rursus nisi causa cognita *l. vl. sup. de fer. & dilat. d. l. 1. in fi. C. de dilat.* Aliud exemplum adfert Callistratus si litis instrumenta apud eos esse dicantur qui reipublicę causa absunt. Idque indubitatum est, Semper enim succurrendum est ei qui alioquin ad rem impossibilem præstandam vrgeretur, cùm impossibilium nulla sit obligatio, vt est in regula iuris. Idque est, quod ait *d. l. 1. C. de dilat.* euenire plerumque vt index vel instrumentorum, vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur, prout rerum vrgentissima ratio flagitauerit, & necessitas desideratæ instructionis exegerit. Reo sanè facilius & æquius est vt detur dilatio quoniam instructus ab initio esse non potest qui præter spem ad iudicium trahitur, cùm non sit in potestate eius an & quando conueniatur *l. 5. § vlt. de doli except. l. petendæ 6. C. de tempor. in integ. restit.* maximè si ad alienum & extraordinarium iudicium trahatur, vt in specie *l. 2. C. de dilat.*

a *Sustinendæ sunt cognitiones.* Generali nomine vsus est Callistratus vt lites omnes cõprehenderet, et quæ tam apud magistratus ipsos tractantur, quàm apud iudices datos. Omnium enim & magistratuum & iudicum cognitio est, sed iudicum ordinaria, magistratuum verò extraordinaria *tot. tit. De variar. & extraord. cognit.* quia erat ordinarium vt magistratus ipsi non cognoscerent sed iudices darent ante *l. 2. C. de pedan. iudicib.* Magistratuum propriè iurisdictio fuit, Iudicum verò datorum, iudicatio *l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integ. rest. agit. sit.* sed omniũ notio & cognitio *l. ait prætor 5. §. de re iudic.*

1 § Senator, si negotiis alienis se obtulerit in prouincia non debet iudicium recusare negotiorum gestorum, sed actionem eum excipere oportere, Iulianus respondit, cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.

Ad § 1. Senator.

Ratio dubitandi. Senatores cæterique clarissimi viri qui Romæ morantur, de quibus solis hic §. loquitur, nec alibi quàm Romæ conueniri possunt, nec rursum Romæ apud quemlibet magistratum, sed tantùm apud prætorianam vel vrbicam præfecturam, nisi alios eis iudices dederit iussio Principalis *l. 2. C. vbi Senat. vel clariss.* Id enim honori tãtæ dignitatis tribuendum esse visum est, scil. in causis pecuniariis. Nam in criminalibus omnem huiusmodi honorem reatus excludit *l. 1. eod.* Idque non tantùm ad priuatam Senatorum, sed etiam ad publicam vtilitatem pertinere videtur, ne Senatores ab obeundo Senatoris officio quod susceperunt, auocentur ad lites in prouincia tractandas quomodo de legatis prouincialib. qui legationis causa Romam venerunt, scriptum est in *l. non alias 24. in fi. & l. de eo 26. sup. hoc tit.* Ergo etiam si Senator alienis negotiis gerendis se obtulerit in prouincia, non ideo tamen cogendus est suscipere in prouincia iudicium negotiorum gestorum, sed Romæ conueniendus est vbi ponitur eum assiduè morari. Nam si de eo Senatore ageres, qui in prouincia larem foueret, aut ibi maiorem bonorum suorum partem possideret assiduéque versaretur, dubitationem res non haberet quin ea in prouincia conueniri & posset & deberet *d. l. 2. in fin. C. vbi Senat. vel clariss.*

Digitized by Google

legatur (nec enim legandi verbum in cæteris legatis vsurpabatur) sed ex eo quoque quod subiicit de actione in rem, quia non pro aliis legatis quàm vindicationis olim competebat in rem actio. Dicam latiùs ad *l. fideicommissum* 50. *§. vltim.* ff. si tamen velit actor suis impensis suóque periculo rem perferri ad eum locum in quo petitur, audiendus est *l. si in Asia* 12. *§.* 1. ff. *depos.* Planè quod quidã addunt si res legata vel per fideicommissum relicta ibi sit vbi petatur, improbè facere heredem si præscribat ei qui petit quasi maior pars hereditatis alibi sit *d. l. sed etsi* [illegible] *§. si ea res* ff. alienum est à tractatu huius legis, quæ loquitur tantùm de legatis, nec de omnibus, sed de iis solis quæ relicta sunt per vindicationem, vtiam dixi. Præscriptio autem illa, de qua in *d. §. si ea res*, non pertinet nisi ad fideicommissa, vt dicam ad *d. l.* 50. *§. vlt.* ff.

a *Siquidem per personalem actionem.* Ratio dubitandi: Etiam cùm per actionem in rem legatum petitur, ibi præstari debet vbi res est, vt sequitur in hac lege. Ergo superuacua est distinctio hæc An actione personali, an actione in rem legatum petatur.

Ratio decidendi. Distinctionis effectus in eo est, quòd cùm petitur legatum per actionem personalem dari quidem perinde res debet vbi est, sed non etiam peti. At cùm petitur per actionem in rem nõ tantùm dari debet in eo loco in quo est, sed etiam peti. Vindicatio enim fit in rem præsentem, vsurpata sollenni illa formula *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Vbi ergo petendum est legatũ aut fideicommissum per actionem personalem? Neque enim hæc lex aperit, quod tamen præcipuè docendum fuit in hoc tractatu De iudiciis. Respondeo separanda esse hac parte vt & in aliis plerisque legata à fideicommissis, vt dicam ad *d. l.* 50. *§. vlt.* ff.

b *Nisi si dolo malo heredis subductum fuerit.* Ratio dubitandi. Cùm heres dolo malo rem legatam alió transtulit quàm vbi relicta fuerat à testatore, satis punitur dolus eius si perinde res habeatur, acsi aliò translata non fuisset, Vt scilicet pœna delicto respondeat, nec puniatur heres nisi in eo ipso in quo deliquit arg. *l. rescriptum* 6. ff. *de his quæ vt indign. l. Paulus* 24. aliàs *l. falcidia.* ff. *ad leg. Falc.* Atqui si non fuisset res aliò translata, non ideò tamen dari debuisset, vbi nunc petitur, sed vbi relicta fuisset à testatore, quemadmodum suprà diximus. Ergo quamuis dolo malo in alium locum translata sit, non eò magis tamen dari nunc debet vbi petitur, sed vbi danda esset si translata non fuisset.

Ratio decidendi. Dolus malus heredis hanc pœnam meretur, vt eo fauore careat quo alioqui dignus fuisset si nihil dolo admisisset. Atqui quod non cogeretur rem legatam præstare alio loco quàm in quo relicta fuisset à testatore quamuis alibi peteretur, non alia ratione fiebat, quàm vt ei caueretur ne alioqui suprà quàm testator voluisse credatur, oneraretur. Ergo si dolo malo rem aliò transtulit, recusare non debet quominùs eam præstare debeat in eo ipso loco in quo conuenitur.

c *Præterea quod pondere.* Ratio dubitandi. Etiã cùm id legatum est quod pondere, vel numero, vel mẽsura continetur, verum est voluntatem testatoris eam fuisse intelligi vt ibi legatum præstaretur, vbi præstari posset minore incommodo heredis. Nec enim genus legati potest facere magis minúsue fauorabilem heredem, qui omni casu heres est, defunctique personam repræsentat. Atqui semper commodius est heredi præstare rem legatam ibi vbi à testatore relicta est quàm vbi petitur si ibi non sit: propter periculum sumptúsque translationis quàm alioqui fieri necesse esset, *d. l. cum res* 47. *de leg.* 1. iunct. *d. l. si in Asia* 12. *§.* 1. ff. *depos.* Ergo quamuis testator non ita legauerit *tot modios frumenti ex illo horreo*, aut *tot amphoras vini ex illo dolio* non tamen onerari heres debet, vt frumentum vel vinum ibi præstandum habeat vbi petitur, sed in eo demum loco in quo frumentum vel vinum est.

Ratio decidendi Quæcunque vel pondere, vel numero, vel mensura continentur, recipiunt functionem in suo genere *l.* 2. *§. mutui* ff. *de reb. credit.* & ideò creduntur præstari posse vbique & omni loco æquè commodè. Quod non similiter dici potest cùm eiusmodi adiecta adiectio *ex illo horreo*, *ex illo dolio*, quia nunc non tam genus quàm species legata videtur, aut saltem genus quidem sed per modum speciei, denique quodammodo certũ corpus, vt loquitur Afric. in *l. si seruus* 108. *§. qui quinq.* *de leg.* 1. quod proinde in indiuiduo præstandum est, & consequenter in eo loco in quo est, acsi res aliqua mobilis legata proponeretur *d. l. cum res* *§. sed si petatur*, Adieci *mobilis*, quoniam in rẽ immobilem cadere hic tractatus non potest, quæ sicut locum naturalem mutare nequit, ita nec per terrum naturam alibi præstari quàm vbi est.

d *Si autem per in rem actionem legatum petetur* Intellige de legato per vindicationem relicto ex quo dominium statim & recta via transibat à defuncto in legatarium quasi numquam factum heredis *l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. a Titio* 64. [illegible] *de furt.* Nam pro legatis per damnationem aut per sinendi modum relictis competebat olim personalis tantùm actio, non etiam vindicatio quæ hodie competit pro omni legato, ex Iustiniani constitutione *in l.* 1. *C. commun. de legat.*

e *Etiam ibi peti debet vbi res est.* Ratio dubitãdi. In actionibus in rem habet actor electionem fori an velit reum ibi conuenire vbi res est, an verò vbi reus idemque possessor domicilium habet *l. vlt. C. vbi in rem act.* Ergo etiam cùm per actionem in rẽ petitur legatum non est necesse vt petatur vbi res est Ratio decidendi: In actionibus in rem non tã persona quàm res conuenitur, vnde & nomẽ sumpserunt, quia exercetur contra eum qui nullo modo est obligatus nec nisi in rem ipsam dirigitur *§.* 1. *Inst. de action. l. Imperatores* 7. *de publ. & vectig. l. denique* 19. ff. *de iur. fisc.* Ergo necessitas & ratio iuris facit vt non alio loco possit actio in rẽ exerceri quàm vbi est res quæ petitur, cùm res ipsa sit, vt ita dixerim rea, Actor autem semper sequi debeat forum rei *l.* 2. *C. de iurisd. omn. iudic.* Planè quia commodius cuique est vt in loco sui domicilij conueniatur, vbi scil. minore sumptu ac vexatione litigaturus est, damus actori electionem vt possessorem conuenire possit si hoc malit, etiam in loco domicilij, cùm non possit conqueri possessor cuius condicio hac ratione sit melior. Plus enim præstat hoc casu actor quàm debeat, qui forũ illud eligit quod aduersario commodius est arg. *l. Iauolenus* 15. aliàs *l. eum qui de ann. leg.* iunct. *l. si extraneus* 23. *l. cũ in fundo* 78. *§. quod si maior de iur. dot.* Ipsi enim actori vtique semper cõmodius est in rem agere eo in loco vbi res est, vt sententia quam obtinebit, executionem faciliùs consequatur, ac nouam litem instituendam habeat apud iudicem territorij in quo res

res sita est, quippe qui non facilè executionem sententiæ ab alio iudice redditæ in suo territorio executioni mandari nisi parte adhuc audita permissurus sit: quæ res materiam nonæ litis passim præbet.

¶ *Etsi mobilis sit res.* Ratio dubitandi. Iam diximus tractatum hunc Vbi solui debeat res legata non posse cadere in rem immobilem, quam scilic. impossibile est alio loco præstari quàm vbi est. Ergo frustra est hæc adiectio. Ratio decidendi. Non potest quidem dubitari vbi res mobilis præstari debeat, sed potest dubitari vbi peti, & qua actione. Superiora autem proxima de petitione sunt non de præstatione. Rectè igitur adiectū est si res mobilis sit quæ legata fuit posse ad exhibendum agi cum herede ad hoc vt rem exhibeat quæ postea vindicari, quia nec nisi exhibita vindicari potest. Ideóque actionem ad exhibendum comparari necesse fuit, maximè propter vindicationes rerum mobilium *l.1. ℱ. ad exhib.* cùm immobiles occultari non possint. Nec mirum est actionem hanc dari legatario siue vindicaturo, sine quòd eius interersit ex alia causa, vt in *l.1. ℱ. de triti. vin. & oleo leg.* Nam & datur cæteris omnibus quorum interest ex quacunque dummodò iusta & honesta causa *l. 3. §. sciendum, & seq. ad exhib.*

39. PAPINIANVS libro 3. Quæstionum.

CVm furiosus iudex addicitur, non ideò minùs iudicium erit, quòd hodie non potest iudicare: vt scilicet suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit. neque enim in addicendo præsentia, vel scientia iudicis necessaria est.

Ad l. cùm furiosus 39.

Ratio dubitandi. Furiosus impeditur natura ne iudex esse possit *l. cùm prætor 12. §. 1. supr.* Adeò vt si is, qui cùm nōdum furiosus esset iudex datus fuit, postea furere cœperit, quāuis iudex maneat, quia rectè ab initio addictus fuit, mutari tamē debeat, quòd iudicandi necessitatem morbus sonticus ei remittat *l. iudex datus 46. ℱ. hoc tit.* Ergo non potest videri ab initio rectè datus & addictus iudex qui iam ipso dationis tempore furiosus fuit. Quæ autem ab initio fuit inutilis datio iudicis, ex postfacto conualescere non potest ex *reg. l. quod initio 29. & l. pen. de reg. iur.* Maximè secundùm Papiniani, cuius hæc lex est, sententiam, qui in huiusmodi quæstionibus videtur existimasse id tātùm spectari oportere An ab initio actus constiterit *l. verbis §. insi. ad leg. Falci.* Ratio decidēdi. In addicendo iudice neque præsentia, neque scientia iudicis necessaria est. Quid enim vetat & absentem & ignorantem iudicem dari? Omnes siquidem iudices dari possunt nisi qui vel natura vel lege, vel moribus impediuntur *&* prohibentur *l. cùm prætor 12. §. non autem. supr. hoc tit.* in quo numero, neque absentes, neque ignorantes numerantur. Atqui furor nihil amplius facere potest nisi vt furiosus & absentis & ignorantis loco habeatur *l. vbi non voce 124. §. 1. de reg. iur. l. 2. §. furiosus de iur. cod. l. sed si vnius 17. §. filiosfam. ff. de iniur.* Ergo si furiosus iudex addicatur, quamuis hodie & quandiu in furore est iudicare non possit, non eo minùs tamen rectè addictus intelligitur, etiam initio inspecto, quia iudicium esse potest, si postea quandocunque suæ mentis effectus sententiam dixerit quam vtique ratam esse nihil prohibebit. Loquimur enim de illo qui non perpetuò sit furiosus, quem certè natura ipsa impediret ne iudex esse posset *d. l. cùm prætor §. 1.* sed de eo qui vel dilucida habeat interualla, vel postmodùm omnino resipuerit. Notanda verò est elegans illa Papiniani formula *cùm iudex addicitur* qua & Paulus vsus est in *d. l. iudex datus.* Qui enim dabatur iudex à prætore aut alio magistratu addicebatur certæ formulæ tanquam glebæ, à qua recedere ne latum quidem vnguem posset *l. praxi. seq. §. 2.* vbi dicam. Hinc tria illa verba prætoris *Do, Dico, Addico*, de quibus sic Ouidius lib. Fastorum

Ille nefastus erit per quem tria verba silentur
Fastus erit per quem iure licebit agi.

¶ Dabat enim prætor actionem, Dicebat ius, & Addicebat iudicem, vt alio loco scripsimus, & notissimum est.

1 ¶ Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fideiubere potest: cùm priuilegio suo, cum sit in Italia contractum, vti non potest.

Ad §. qui legationis.

Ratio dubitandi. Is qui legationis causa Romam venit priuilegium habet ne possit durante legatione conueniri, Idque non priuati tantùm commodi, sed publicæ potissimùm vtilitatis causa, Ne ab officio suscepto legationis auocetur & ne impediatur legatio *l. non alias 24. §. vlt. l. de eo 26. supr.* Ergo non est ei permittendum vt ex qualibet causa id est etiam ad legationem non pertinente Romæ fideiubeat, Ne alioqui alterutrum euenire necesse sit vt vel decipiatur is qui fidem eius bona fide secutus est, Vel priuilegium ei suum auferatur quod iniquum videtur præsertim si ei non expressim renunciauerit *arg. l. penult. C. de pact.* Io summa fideiussor idoneus & locuples non videtur qui fori priuilegium aliquod habet, cùm ex eo fiat vt multò difficilioris sit conuentionis *l. si fideiussor 7. supr. qui satisd. cogant.* Ergo si quis Legatum Romæ fideiussorem offerat, meritò potest petitor eū recusare, Aut saltem si aliàs caueri non possit prædicendum est, non vsurum eum priuilegio si conueniatur *dict. l. si fideiussor. l. vltim. §. penult. ff. ad SC. Velleian.* Ratio decidendi. Habet quidem Legatus priuilegium sed non eorum nomine quæ in legatione contraxit *l. 2. § omnes autem & dict. l. non alias in princip. sup. hoc tit.* vbi dixi. Atqui cùm fideiubet hoc ipso contrahit durante legatione. Ergo non est verendum ne vtatur priuilegio quod nullum prorsus hoc casu habiturus est, ideóque nec prædictio vlla aut renunciatio priuilegij necessaria est. Imò nec adhiberi potest cùm priuilegium hoc casu non tam amittatur, quàm nullum sit, vt dixi, quia in Italia cōtraxit. Et hoc est quod Papinianus exprimit his verbis *cū priuilegio suo cùm sit in Italia contractum vti non potest*, vbi nescio cur malint nonnulli pro *cùm* legere aut interpretari *quamquam* &

ret se dare non oportere, cùm non ideò futurum sit vt Legatio impediatur, si modò velit ille statim iurare, aut saltem iusiurandum referre. Alioqui manifestæ turpitudinis est neutrum velle facere *l. manifestæ 38. eod.* Nemo autem dixerit priuilegium Legato concessum sic interpretandum esse vt eo prætextu possit Legatus aliquam turpitudinis notam incurrere. Nam ex præcepto illo primo iuris nostri, quo honestè viuere iubemur, honesta interpretatio semper capienda est ne quid inhonestè fiat *l. si possessor 52. ǁ. de hered. pet. l. filius 15. de cond. insti.* Ratio decidendi. Non tantùm rei iudicatæ, sed etiam litis contestatæ vicem iusiurandum obtinet, inque locum eius succedit, tametsi postea quàm iuratum est, habeat etiam vim rei iudicatæ. Nam nec ad sententiam perueniri potest quin litis contestatio intercedat, vel aliquid quod sit vice contestationis *l. vnic. C. de lit. contest. l. 3. in princip. ǁ. de vsur.* Quomodo etiam dicimus iusiurãdum vim probationis obtinere *l. cum qui. 30. ǁ. de iureiur.* quia nec vincere in iudicio quisquam potest quin prius suam intentionem probauerit *l. 4. C. de edend. l. duo sunt Titij 30. de testam. tut.* Atqui Legatus non cogitur litem contestari Romæ quandiu in legatione est, ne legatio impediatur, Ergo nec curare cogendus est se dare non oportere, Ne quod vna via prohibitum est, alia fiat *l. sfere 21 §. 1. de tut. & cura. dat.* Neque videri potest in eo quicquam facere turpiter cùm iure & priuilegio suo vtatur *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* etiamsi non magis referre iusiurandum velit, quàm iurare. Prius enim est vt alicui iusiurandum deferri possit, quàm vt quæri oporteat an faciat turpiter si neque iurare velit, neque iusiurandum referre. Et quamuis nihil facilius & expeditius sit homini leui & inconsiderato quàm iurare, laudanda tamen est modestia & verecundia eius, qui metu diuini numinis etiam ad superstitionem vsque timidior est ad iurandum *l. qua sub conditione 8 de condit. insti.* Ideòque facilè posset euenire vt Legatus si iusiurandum ei posset deferri malle illud referre quàm ipse iurare *l. illud 21. §. 1. ǁ. de pecun. const.* quæ res inuceret ei periculum litis amittẽdæ, quam fortasse vinceret aut iurando aut alias facti probationes adferendo si posset eas saluo legationis officio conquirere, Quod quoniam facere non potest quia à suscepto munere obeundo auocetur; rectissimè placuit vt non magis iurare quàm aliter litem contestari, suámque intentionem probare compellatur. Nam nec iurare nec iusiurandum referre cogitur is qui se aliis probationibus vincere posse speret. Hinc est quod generaliter idem Paulus noster scribit in *l. tutor. 55. §. vltim. ǁ. de iureiur.* eos, qui non compelluntur Romæ iudicium accipere, nec iurare ibi compellendos esse, cuius propositionis exemplum ibidem adfert in Legatis prouincialibus.

3 § Ædium nomine legatus damni infecti promittere debet, aut vicinum admittere in possessionem.

Ad §. 3. ædium nomine.

Ratio dubitandi. Stipulatio quæ damni infecti nomine interponitur, non tantùm prætoria est, sed etiam ex earum prætoriarum numero quæ cautionales appellantur *l. 1. § cautionales ǁ. de prætor. stipulat.* Atqui cautionalium stipulationum omnium natura illa est vt actionum instar habeant, vt ibidem scriptum est, vnde etiam fit vt actionis appellatione contineantur *l. actionis 37. ǁ. de oblig. & action.* Actio porrò nulla dari potest contra Legatum quando. in legatione est, ne quidem in rem quamuis id genus actionis ex præsenti possessione sit *l. non alias 24. §. vlt.* vbi dixi *supr.* Ergo tametsi Legatus possideat ædes quarum nomine cautio damni infecti postulatur, non eo magis tamen cauere ac promittere cogendus est.

Ratio decidendi. Non præcisè cogitur Legatus de damno infecto cauere, sed vel promittere vel vicinum admittere in possessionem, quòd id sine vllo ipsius incommodo fieri posse videatur, cùm is qui ex causa damni infecti mittitur in possessionem non ideirco possideat sibi sed tantùm custodiam nanciscatur earum ædium quæ ruinam minantur, vt tædio longioris custodiæ extorqueat cautionem *l. l. 4. §. 1 & §. duas & pass. de damn. infecti, l. cum legatorum 12. ǁ. quib. ex caus. in poss. eat.* iunct. *l. quid enim 27 prox. præced. hoc tit.* Planè si vicinus missus in possessionem ædium Legati perseuerantis non cauere, petat vt ex secundo decreto sibi liceat ædes possidere secundum formam edicti *d. l. 4. duas l. si finita 15. §. Iulianus & seq & pass. eod. titul.* non porrò vlterius progrediendum aduersus Legatum ne legatio impediatur, quia secundum decretum requirit plenissimam causæ cognitionem *dict. §. duas*, propter præiudicium quod adfert domino Siquidem is qui missus est in possessionem statim atque sibi possidere iussus fuit exinde dominium vsucapere aut per longi temporis spatium acquirere sibi potest *dict. §. Iulianus.* Quæ sententia est *l. prætoris 5. in princip. eod. tit.* Ee eo nimirum intuitu secundi huius decreti, stipulatio ista cautionalis credenda est habere instar actionis, quam ideò excipere Legatus non est cogendus.

4 § Sed & si dies actionis exitura erit: causa cognita aduersus eum iudicium prætor dare debet, vt lis contestetur, ita vt in prouincia transferatur.

Ad §. 4. sed et si dies.

Ratio dubitandi. Non potest Legatus adigi ad litem contestandam quin à suscepto legationis officio aliquatenus auocetur, & legatio impediatur, adeò vt ob hanc causam nec iurare cogatur Legatus, quod tamen vno ferè verbo expedire posset *§. ex quibus supr.* Ergo etiamsi dies actionis exitura sit, non ideò tamen vrgendus est à prætore vt litem contestetur, Quia tolerabilius est vt priuatus damnum incurrat actionis temporalis, quàm vt Legati priuilegium violetur quod sicut publicam causam habet, vtilitatem scilicet prouinciæ cuius nomine legatione fungitur, ita & publicam tutelam mereri visum est *l. Legatus 8. & l non verè 22. §. ex quib. caus. maior.* iunct. *l. 2. ǁ. ne de stat. defunct.* Semper enim publica vtilitas priuatæ præferenda est

Auth.

Auth. *res quæ. C. commun. de legat. l. si ... vulneratus 51. §. vlt. ad l. Aquil.* Ratio decidendi. Sic interpretanda sunt & conseruanda priuilegia vt ne cuiquam iniuriosa sint & captiosa *l. ex facto 43. de vulg. & pupil. subst. l. Paulus notat 8. de prætor. stipul.* Atqui apertè iniquum & iniuriosum esset priuilegium Legati si sic acciperetur vt nec eo casu quo actio tempore peritura esset litem contestari cogeretur. Ita namque fieret vt res periret actori cui tamen nihil imputari posset, quod nunquam prætor patietur *l. 3. ĵ. de separat. l. Granius 71. §. penult. de fideiuss.* Nam & id agendum semper est quantum fieri potest vt res in tuto collocetur *l. senatusconsulto 6. in fin. supr. de off. præsid. l. solet 3. vers. item si res* vbi dixi *sup. de ferijs.* Et verò qua fronte posset Legatus petere vt actionem tempore perire prætor pateretur? Satis igitur et esse debet quod prætor hactenus duntaxat eum conueniri patitur vt lis contestetur, quæ post finitam legationem in prouinciam transferatur. Ita namque fit vt & actori sua actio, & Legato priuilegium suum conseruetur, eáque ratione neuter fraudetur: quod vnum maximè prætori propositum est & esse debet *l. ex his 8. in fin. ĵ. quæ in fraud. credit.* Iunge *l. sed etiam 12. l. mutus 43. §. vlt. supr. de procur. l. Pomponius 13. §. pen. sup. de recept. l. 2. § pen. sup. hoc tit.*

5 § Si paterfamilias mortuus esset, relicto vno filio, & vxore prægnante: non rectè filius à debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamuis postea vnus filius natus sit: quia poterant plures nasci, cùm per rerum naturam certum fuerit vnum nasci [a]; sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse: quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cùm futura vtique fierent [b], sed nostram inscitiam aspici debere.

Ad §. vlt. si paterfamilias.

Ratio dubitandi. Cùm paterfamilias mortuus est relicto filio superstite, & vxore prægnante, quæ vnum postea filium peperit si rei & naturæ veritatem euentúmque inspicimus, verum est partem dimidiam crediti ad filium superstitē ex die mortis patris pertinuisse. Si verò inspicimus id quod potuit euenire, certum est non tantùm tres liberos nasci potuisse sed etiam plures *l. 3. ĵ. si pars hered. petat.* saltem vsque ad quinque si Aristoteli credimus qui lib. 7. de histor. animal. cap. 4. scripsit vuluas mulierum totidem receptacula habere posse *l. si pater 36. ĵ. de solut.* Si denique id tantùm quod sæpius & frequentiùs euenit, inspicere volumus, nemo nescit, multò frequentius esse vt mulieres vno partu vnum filium pariant quàm vt tres, adeóque quàm vt duos. In summa quotquot sint nascituri, non potest negari quin ad filium superstitem pars hereditatis interim pertineat, & quidem ipso iure citra aditionem & ex sola legis potestate *l. in suis 14. De suis & legit. l. in suis 11. de lib. & posth.* Partis porrò appellatione in dubio dimidia significatur. Ergo fatendum est filium hunc superstitem vel partem dimidiam crediti posse interim petere vel nullam, cùm alia nulla certa esse possit, petitio autem certa esse debeat. Quanquam & in hac specie in qua ponimus vnum duntaxat filium ex prægnante vxore natum fuisse, videtur petitio dimidię certa esse, quia lex non minùs certa est quàm natura quod ad hoc vt filio eidémque suo heredi paterna hereditas acquiratur, Nec tantùm si mulier vacuo ventre reuera sit quæ prægnans putabatur, sed etiā vnum in vtero gerat, nec per naturam humanæ condicionis alium partum formare amplius possit *l. cùm quidam 30. § suum heredem* iunct. *l. ventre 84. ĵ. de acq. here.* Ratio decidendi. Non tam rerū natura hoc casu intuenda est in qua omnia etiam futura certa essent cùm futura vtique & omnimodò fieri necesse sit (si Paulo magis credimus Stoicum hîc agenti, quàm Theologis, qui longè aliter ac meliùs futura omnia etiam per rerum naturam incerta esse, & ex infallibili solius Dei prouidentia pendêre docent) quàm nostra inscientia. Nescimus autem quot liberi nascituri sint ex ea ex qua plures vno vtero nasci possunt. In dubio igitur iuris autores prudentissimè quandam medietatem secuti sunt, vt non quidem quod fit frequentiùs, sed quod fieri non rarò admodum potest intueremur, & quia fieri faciliùs & frequentiùs poterat vt tres quàm vt quatuor aut quinque pluresve nascerentur (quod enim vltra tres nascitur ferè portentosum videtur *l. verum 7. in prin. de reb. dub.*) quartam partem interim superstiti filio adsignauerunt, quamuis ex euentu appareat mulierem vnum duntaxat filium fuisse parituram *d. l. 3. ĵ. si pars here. pet.* Fuitque hæc sententia primùm Sabini & Cassij, vt Paulus in hoc loco testatur, qui idem eam laudat, & sequitur, tametsi Vlpianus eam Iuliano tribuat *in d. §. suum heredem*, vbi etiam improbat contendens filio dimidiam interim adsignandam esse, nec tam inscientiam nostram inspici oportere vt vult Paulus, quàm naturæ legísque certitudinem. Scire enim lex creditur quicquid fit natura etiamsi à nobis nesciatur *d. l. ventre & l. 3. §. est autem tractatum. ĵ. de suis & legit.* Videtur tamen Iulianus in hac quæstione hæsitasse nec Sabini & Cassij sententiam omnino comprobasse, vt constat ex *d. l. si pater 36. de solut.* vbi ex notis Iuliani ad Vrseium Ferocem ita scribitur *aut quartam partem quia tres nasci potuerunt aut sextam quia quinque*. Planè vtrum magis probauerit, vt superstiti filio vel quarta vel sexta pars interim adsignari debeat, dissentit manifestè tamen & Paulus noster ab Vlpiano & aliis qui naturę certitudinem potiùs quàm inscientiam nostram inspiciendam esse crediderunt. Dissensisse namque Iureconsultos in hac quæstione negari meo iudicio non potest cùm Iuliani sententiam apertè Vlpianus improbet in *d. §. suum heredem*. Etsi video nonnullos vt concilient distinguere ius ipsum ab effectu iuris, quasi Vlpianus de iure tantùm non de effectu iuris responderit, cæteri verò de effectu iuris potiùs quàm de iure. In quo euidenter falluntur. Non enim de illo tractarunt prudentes, Pro qua parte superstes filius heres reuera sit aut fuisse retrò intelligatur vbi mulier prægnans filium vnum enixa est (siquidem exinde constat fuisse illum tam ab initio heredem ex semisse) sed illa tantùm fuit disputatio, Pro qua parte interim heres esse existimetur vt sciatur pro qua parte possit & agere & conueniri, quandiu nescitur quot liberos mulier sit paritura. Quæ quæstio neque ad ius absolutum heredis, neque ad effectum iuris

pertinet, quia neq; de iure, neque de effectu iuris absolutè definiri quicquam potest antequàm mulier pepererit. Nec enim verendum fuit quod conciliatores verentur, ne fiat iniuria filio superstiti, si quarta tantùm pars ei assignetur, nec nisi vnus filius postea nascatur. Aut ne fiat iniuria posthumis si filio superstiti dimidia pars hereditatis tribuatur, & subinde plures posthumi nascantur. Prudentes enim huic periculo remedium illud inuenerũt, vt si pauciores quàm tres fuerint nati, residuum filio superstiti pro rata adcrescat, si plures quàm tres, decrescat de ea parte ex qua heres factus est, vt ex eodem Vlpiano scriptum legimus in *l. 4. si pars hered. pet.* Vbi tamen obseruandum est Vlpianum non suam sed aliorum sententiam referre, eámque ideò concipere verbis infinitiui modi *adcrescere, decrescere* quasi supplendo *putabant*, aut quod aliud verbum simile, quomodo in *l. Papinianus 23. de don. int. vir. & vxor.* vt appareat ita eũ scribere ex opinione antiquorum quos retulerat & probauerat Paulus in lege præcedente. Porrò ex illis verbis *adcrescere, decrescere, de ea parte ex qua heres factus est* apparet manifestè sic acceptam ab Vlpiano antiquorum sententiam, quasi censerint filiũ superstitem interim verè & ipso iure heredem esse pro quarta parte, sed cum hac tamen adiectione *interim* non autem absolutè. Sed & obseruatione dignum illud est quod idem Vlpianus in *d. l. 3. §. est autem tractatum. ÿ. Desinu & legit.* postquàm præfatus est tractatum fuisse, id est, vt ego interpretor, dubitatum & disputatum inter prudentes pro qua parte is qui in vtero est partem faciat, quia ex vno vtero plures nasci possunt, Nihil tamen ad hanc quæstionem respondere, sed ad aliam planè diuersam, & quæ nũquam habuit dissentientes Iurisconsultos, si in rerum natura certum sit hanc quæ se dicit prægnantem, non esse prægnantem, An interim ex asse heres sit is qui iam natus est. Sic enim scribit, *Et placuit si in rerum natura certũ sit hanc quæ se dicit prægnantem non esse, ex asse iam esse heredem hunc qui iam natus est, quoniam & ignorans heres fit.* quod & scriptum est in *d. l. ventre & d. §. suum heredem*, vbi quamuis ex Pomponij sententia à Tertylliano relata casus illos assimilet, Si mulier quę prægnans dicitur tenera vacuo ventre sit, Itémque si pleno & in vtero vnum gerat, vt vtroque casu filius iam natus heres fit etiam ignorans, priore quidem casu ex asse, posteriore autem ex semisse, Non obscurè tamen innuit prudentes cæteros non eandem vtriusque casus rationem constituisse, cũ quibus & Papinianus videtur consensisse in *d. l. ventre*, Nisi quod tractat ibi aliam speciem, de ventre scilicet præterito, Pomponius verò illam tractabat in qua posthumus institutus esset, vel in qua successio intestati locum haberet. In summa hoc volo obseruari apud Vlpian. in *d. §. est autem tractatum*, mutilatam fuisse à Triboniano responsionẽ, quam ille attulerat ad propositam quæstionem, cùm Tribonianus Cassij, Sabini, Iuliani, & Pauli sententiam præualere vellet tanquam magis communiter receptam, Eam verò quæ in contrarium fuerat Pomponij, Tertylliani & Vlpiani explosam esse tanquàm minus probabilem etiam in suo herede. Nec enim persuadere mihi possum fuisse tam insulsum Vlpianum, vt ad propositam quæstionem nihil penitus responderit, ad aliam verò quæ nec proposita fuerat responderit. Illud certè dici satis probabiliter potest Vlpianum in *d. §. suum heredem*, non tam suam quàm Pomponij sententiam referre, quam tamen idem ille fortassis improbauerit. Est enim ista scribendi ratio prudentibus nostris frequẽs & familiaris, vt docui ad *l. cùm lege 41. ff. de recept.* Sed etiamsi quis ita sentire velit, quod non improbo, assequetur quidem, vt Vlpianus nec à Paulo, nec à Sabino, Cassio & Iuliano dissensisse videatur, sed non æquè vt Pomponius à Iuliano cæterisque non dissenserit, Atque ita verum semper erit quod diximus, Iureconsultos in quæstione ista vt & in aliis paucis non dissensisse.

a *Cum per rerum naturam certum fuerit vnum nasci.* Scripsit Paulus *cum* pro *quamuis*. Fuit enim hæc ratio dubitandi apud Paulum, quæ fuit decidendi apud Pomponium, vt constat ex Vlpiano in *d. l. cùm quidam 30. §. suum heredem. ÿ. de acquir. hered.*

b *In qua omnia certa essent cùm futura vtique fierent.* Stoicorum, vt iam monui, & aliorum ethnicorum propositio ista est qui in rebus humanis fati necessitatem inducebant, quam religionis nostræ sanctitas execratur, quæ futurorum omnium contingentiam ad solius Dei Opt. Max. voluntatem, & prouidentiam refert. Ex quo apparet tantò certiùs Sabini, Cassij, Iuliani & Pauli sententiam magis probandam esse quàm Pomponij, vt quandiu incertum est quot liberi ex vtero nascituri sint filius iam natus interim heres sit ex quarta tantùm portione non ex dimidia, quamuis vnus tantùm filius postea nascatur. Alioqui si admitteres quod Sabinus, Cassius, Iulianus & Paulus, Pomponio concederent, Certum esse per rerum naturam non nisi vnum filium nasciturum, item ego in sententiam Pomponij, & dicerem filium iam natum etiam ignorantem ex dimidia parte interim quoque heredem esse, quia lex scit omnia quæ sint natura. Et quod Paulus ait, non tam rerum naturam intuendam esse, quàm inscientiam nostram inspici debere, id ego admitterem quidem in filio emancipato aut extraneo herede instituto, qui sicut non aliter hereditatem acquirere sibi potest quàm si sibi delatam esse sciat *dict. l. ventre*, ita neq; ex alia parte quàm ex ea quam sibi delatam fuisse non ignoret *l. ex semisse 75. eo.* At non similiter in suo herede cuius aliam rationem esse apparet ex *d. §. suum heredem & d. l. ventre.* Ex qua etiam coniicio necessitatem istam fati quæ aliis prudentib. placuit, Papiniano tamen non placuisse. Nam in secunda illius legis specie, id est cùm præteritus venter plenus fuit, quid obsecro referret an incerto eo filius institutus decessisset, necne si per rerum naturam certum id esse sufficeret, nec inscientia nostra spectanda esset? Rursum etiamsi certum esset ventrem esse plenum, si tamen incertum non esset per ipsam quoque rerum naturam vtrum mulier paritura esset, an abortum factura, cur diceremus indistinctè cum Africano in *l. si filium 16. de liber. & post.* vbi eandem tractat speciem filium qui interea decessit intelligi suum heredem patri ab intestato extitisse, quòd ex eo tempore certum esse cœperit neminem ex eo testamento heredem fore? Quid enim si mulierem abortũ facere cótingeret? Quid prohiberet quominùs ex testamento heres fuisse filius videretur, perinde acsi vacuo ventre mulier fuisset? Si non illud prohibet quod per ipsam quoque rerum naturam incertum sit an mulier abortum factura sit an paritura. Nemo autem superfit qui euentum illum expectare possit, si neque substitutus, neque coheres filio datus quisquam fuit.

Digitized by Google

Verùm enim postumus [illegible] non aliter [illegible]. Et ideò fa- [illegible] intelligi ex testamento heredem fuisse, si vel coheredem habuit vel substitutum, qui euentus certitudinem potuerit expectare. Sub [illegible] illis est id quam & Papinianus & Africanus respexerunt. Quæ porrò [illegible] quod Paulus [illegible]: Omnia per rerum naturam certa esse [illegible] certitudinem potiùs quàm inscientiam nostram spectari oportere. Idemque [illegible] potest in specie, de qua respondit Tryphoninus in l. [illegible] de lib. & post. de filio [illegible] patre in cuius erat potestate, instituto sub conditione non potestatiua, & in defectum conditionis exheredato decesserat pendente conditione tam institutionis quàm exheredationis. Placet enim Tryphonino heredem eum ab intestato fuisse, quia dum vixit neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit, vt lex ait. Hoc verò cur ita? Nempe quia incertum fuit an conditio extitura esset, necne. Atqui per rerum naturam certum fuit, si Paulo credimus. Alterutrum enim tandem ac post mortem filij euenisse necesse est, vt conditio vel extiterit vel defecerit. Ergo fatendum est Tryphoninum vel in ea fuisse opinione vt futura quæ postea contigerunt, iam ab initio certa per rerum naturam non fuisse crederet, vel si crediderit, inscientiam tamen nostram magis quàm naturæ certitudinem illam spectari voluisse. Etiam Pomponij ratio quam Vlpianus in d. § *filium heredem* ita refert vt probare videatur aperte mutata est. Quanquam enim humanæ conditionis ea ratio est et saltem post certum tempus mor[illegible] et quæ in vtero filium vnum gerit, alium partum [illegible] non possit, potest tamen per rerum naturam illud etiam euenire vt mulier abortum faciat: quo casu nemo dixerit filium iam natum non nisi cognouisse heredem fuisse. Quis enim [illegible] ex abortu heres vel vnquam esset, vel fuisse [illegible] intelligeretur? Ergo quemadmodum nec Pomponius diceret filium institutum eo casu interim heredem fuisse ex tabulis, ita [illegible] in euentum [illegible] contrarij debuit dicere, filium interim heredem esse ex tabulis. Ac necessariò fatendum est interim eo [illegible] mulier abortum factura sit an paritura, & rursum si pariet an vnum partum an plures, certam portionem filio iam nato adiudicandam esse, eo quia heres [illegible] sit [illegible] ipsum [illegible] inspicias; sed quæ possit crescere vel decrescere ex euentu, quomodo scriptum est in *d. l.* [illegible] *hered. pet.* Quod etsi valde nouum & singulare est, [illegible] à regulis iuris communis, fatendum tamen est vt cum alia pleraque propter vtilitatem necessitatemque, vt in *l. si* [illegible] *de iur. dot.* Non idem est si vacuo ventre mulier fuit, quæ prægnans putabatur. Nihil enim per rerum naturam eo casu incertum est, quàm certum maneat [illegible] neque paritura, neque abortum facere posse mulierem quæ non sit prægnans. In eo quo prudentes omnes consentiunt; ex quibus nemo dubitauit quin filius iam natus & institutus heres ex testamento & ex tempore fuisse intelligatur, licèt interea eo decesserit an venter vacuus esset an plenus, si modò vacuus reuera fuit *d. § filium heredem, & d. l. de ventre.* Inscientia igitur nostra tunc spectanda non est, cùm natura ipsa itemque lex certa est. Cùm verò & natura, &, quod est consequens, lex etiam incerta est, inscientiam quoque nostram & inspici, & aliquo remedio adiuuari necesse est, vt pendente incertitudine ius aliquod certum constituatur. Ius enim nisi certum nullum esse vnquam potest *l. 2. ff. de iur. & fact. ignor.* Iunge quæ scripsimus ad *d. l. ventre & d. l. Iust-* *linus lib. 1. Conect. cap. 19.* & in [illegible] *De ventr. prægnat.*

29. PAVLVS libro 8. ad Plautium.

QVi appellat prior, agit.

Ad l. qui appellat 29.

Ratio dubitandi. Appellationis potestas illa est vt extinguat iudicatum *l. 1. § vlt. ad SC. Turpill.* [illegible] [illegible] redeatque rem ad terminos litis contestatæ quomodo pragmatici nostri loquuntur. Ergo non alius in caussa appellationis potest actor esse quàm qui fuit in prima instantia. Ratio decidendi. Quisquis appellat etiamsi in priore instantia reus fuerit, nunc tamen agit, id hoc nimirum vt sententia per appellationem rescissa, in melius reformetur à iudice qui ex appellatione cognoscit, vtque prioris iudicati iniquitas corrigatur *l. 1. § 1. de appellat. l. præfecti* [illegible]. Nec eo minus tamen actor remanet is qui in prima instantia actor fuit. Duæ namque & diuersæ sunt instantiæ in quarum [illegible] nihil vetat actorem esse illum qui in altera reus. Cæterùm quisquis actor est intentionem suam plenè probare debet. Is quidem qui in prima egit instantia, totum id quod in iudicium & actionem deduxit; is verò qui appellat, malè iudicatum fuisse, quæ omnium appellantium intentio & allegatio est. Inde fit, vt si, quod plerunque euenit, vterque litigatorum appellet, vtrumque etiam agere & actorem in caussa appellationis esse fatendum sit. Atqui alterutrum necesse est magis actorem videri, & actoris partes obtinere, vt diximus cùm de duplicibus iudicijs egimus ad *l. inter tres 13. sup. hoc tit.* Nec enim iudicium aliter expediri potest quàm si ex litigatoribus vnus actoris, alter rei partibus fungatur *l. inter litigantes 62. eod.* Ergo quemadmodum in duplicibus iudicijs dicimus eum actorem videri qui prior aduersarium ad iudicium prouocauit *d. l. inter tres*, ita & cùm vterque appellauit, dicendum est actorem eum videri debere qui prior appellauit. Nec in duplicibus hoc tantùm iudicijs, vt quidam putant, sed in cæteris etiam omnibus in quibus accidit vtrumque appellasse. Nam & ad iudicium appellationis prior aduersarium prouocat, qui prior appellat.

30. MARCELLVS libro primo Digestorum.

VBi acceptum est semel iudicium, ibi & finem accipere debet.

Ad l. vbi acceptum 30.

Ratio dubitandi. Inter initium & finem iudicij multa possunt accidere quæ faciant vt alibi finem accipere iudicium debeat quàm vbi cœptum fuit, cùm

suas moras eásq; interdum longiores habeat iudicij exercitio *l. cetam 15. in prin. ℑ. vt legat. nom. caueat.* Nec nouum est vt iudicium Romæ cœptũ in prouinciam transferatur & ita de loco ad locum, non minùs quàm à persona in personam, vt in specie *§. sed etsi duo l. prox praced. l. tam ex contractibus 57. ℑ. eod.* aut à iudice in alium iudicem *l. pen. §. vlt. de vacat. & excus. muner.* iunct. *l. si longius 18.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Non igitur generaliter & indistinctè verum est, vbi acceptum fuit iudicium ibi & finẽ accipere debere. Ratio decidendi. Is locus in iubẽdo iudicare solet comprehendi in quo iudicari soleat sine incommodo litigantium. Adeò vt etiamsi locus nullus in formula comprehensus sit, videatur tamen prætor in eo loco iussisse iudicari *l. si locus 59. infr.* Ergo interest vtriusque litigantium vt vbi acceptum iudicium est ibi & finiatur. Nec facilè potest fieri vt locus iudicij mutetur, quin alteruter incidat in captionem; vt neq; personarum, neque iudicis mutatio vnquam facienda est nisi ex necessitate, sicut in legibus supradictis. Nemo enim illicitum verè dixerit quod necessitas facit licitum, vt est in regula iuris pontificij. Hinc est quod superueniens fori priuilegium non est sufficiens causa propter quam iudicij locus mutari debeat *l. si quis posteaquam 7.* vbi dixi *sup. hoc tit.*

31. CELSVS libro 27. Digestorum.

SI petitor plures heredes reliquerit, vnúsque eorum iudicio egerit: non erit verum totam rem, quæ in priore iudicio fuerit deductam esse, nec enim quisquam alienam actionem in iudicium, inuito coherede, perducere potest.

Ad l. si petitor 31.

Ratio dubitandi. Iudicia constituuntur ex actionibus, sicut & actiones ex obligationib. vt Theophilus scribit initio *tit. Inst. de action.* & constat ex ipsa actionis definitione, quæ extat in *l. nihil aliud 51. ℑ. de obl. & action.* Atqui ex persona heredum debitoris condicio obligationis immutari non potest *l. 2. §. ex his. ℑ. de verb. obl.* Ergo si petitor, qui totam rem in iudicium deduxerat, pendente iudicio decesserit, pluresque heredes reliquerit, nec nisi vnus eorum iudicio egerit, iudicium quod fuit indiuiduum in persona defuncti, in heredum quoq; personis tale esse debet, nec eo minùs verum erit totam rem quæ in priore iudicio fuerit, in posterius quoque deductam videri, vt proinde si postea coheres alter velit agere perinde sit repellendus exceptione rei iudicatæ acsi ambo egissent. Hic enim effectus est totius huius quæstionis: An tota res in posterius iudicium deducta sit an pars duntaxat eius, qui iudicio egit. Ponendum autem est coheredem hunc qui solus egisse proponitur in solidum egisse, non pro sua tantùm parte. Alioqui nullus quæstioni locus relinqueretur. Nam neque nouum est vt heres ex parte causam de totis bonis suscipiat & persequatur *l. ex parte 36. ℑ. famil. ercisc.*

Ratio decidendi. Non potest quisquam alienam actionem in iudiciũ perducere inuito eo ad quem actio pertinet, Ne sit in vnius potestate alteri suam actionem adimere *l. Granius 79. §. pen. ℑ. de fideiuss.* iunct. *l. 2. quod vi aut clam. l. ad quod nostrum 11. de reg. iur.* Atqui actio quæ ab vno ex coheredibus tota in iudicium deducta fuit, licèt sit hereditaria, tamen quod ad coheredis portionem attinet, aliena est, quia per legem 12. tabul. omnes actiones hereditariæ vt & cætera iura omnia pro hereditariis portionibus inter coheredes diuiduntur, quamuis in persona defuncti fuerint indiuidua *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plur. ib. hered. debit.* Ergo non magis coheredi quàm alij cuilibet actionem communem pro parte coheredis inuito coherede in iudicium perducere. Inuitum autem coheredem hîc accipe non eum qui expressè contradicat, sed qui neque expressè, neque tacitè consentiat, vt in *l. filiusfamilias 8. §. inuitus. ℑ. de procur. l. 4. ℑ. vrb. prad.* & aliis plerisque iuris partibus. Ergo si proponas actionem quæ in iudicium à defuncto primùm, deinde ab vno ex coheredibus deducta fuit, esse talem quæ per legem 12. tab. diuidi non potuerit, puta quod esset de re indiuidua, fortè de fundo pignore quod pro parte lui non potest, aut de seruitute quæ indiuidua est *l. heredes 25. §. an ea stipulatio & § idem obseruatur. ℑ. fam. ercisc.* Aut de redimendo fundo qui venditus fuerat vel datus in solutum sub pacto de retrouendẽdo, quem similiter certum est pro parte redimi non posse quia emptor non fuerat eum pro parte empturus *l. tutor 47. sup. de minor. l. si quis aliam 46. ℑ. de solut.* magis probandum erit, huic Legi locum non fore, vnique ex coheredibus permittendum esse vt inscio quoque & inuito coherede ius suum exequatur, quod aliter pro sua tantùm parte exequi nullomodo possit *l. via, itineris 7. ℑ. de seruit.* Nam & in hoc rerũ genere placuit, si quid socius in rem communem impẽderit, non actioni negotiorum gestorum, quæ aliàs locum haberet, sed iudicio communi diuidundo locum esse *l. si communes 40. ℑ. de neg. gest. l. communi 8. §. sine autem. ℑ. commun. diuid.* Et hoc demum casu verè vsurpari illud potest, Qualitatem & condicionem iudicij à defuncto instituti ex persona heredum immutari, nec posse, nec debere.

32. VLPIANVS libro 1. De Officio Consulis.

SI iudex, cui certa tempora præstita erant, decesserit, & alius in locum eius datus fuerit: tanta ex integro [a] tempora in persona eius præstitura intellegemus, quamuis magistratus nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen, vt legitimum tempus non excedat.

Ad l. si iudex 32.

Ratio dubitãdi. Ea demùm post certũ tẽpus fieri prohibita intelliguntur, quæ non nisi ad certum vsque tempus fuerunt permissa. Et contra, Ea demùm post certum tempus intelliguntur permissa, quæ ad id vsque tempus prohibita inueniuntur, *l. imperator 8. ℑ. de postul. l. Thais 41. § intra certa tẽpora. ℑ. de fideic. libert.* Atqui in proposita specie nullũ proponitur præstitutum fuisse tempus certum in formula per quam nouus iudex in locum demortui à

tui à

tui à magistratu substitutus fuit, intra quod tempus debuerit ille sententiam ferre lnémque terminare. Ergo nec vllum tempus esse potest, post quod hic substitutus iudex videri debeat prohibitus iudicare saltem quatenus legitimum tempus non excedat. Quoties enim quærimus quid index datus facere possit aut debeat, statim ad formulam quæ eum dedit recurrendum est, ex eáque æstimandum iussum totum iudicis dari, vt alias sæpe monuimus. Ratio decidendi. Multum interest an nunc primum index à prætore aut alio magistratu detur, an in alterius demortui aut alia ratione mutati locum substituatur. Priore casu si nulla iudici certa tempora ad iudicandum præstituta sint, quod tamen non facilè nisi per errorem aut imperitiam magistratus iudicem dantis potest contingere, liberum est iudici dato quandocunq; iudicare dum ne vltra tempus legitimum in eam rem iudicibus omnibus constitutum quod est triennij ex Iustiniani constitutione in *l. properandum* 13. *C. hoc titul.* Libera enim est perpetuáque potestas omnis quæ nullo tempore certo concluditur. Posteriore verò casu quamuis magistratus nulla iudici subrogato tempora præstituerit, tanta tamen ex integro in persona eius præstituisse intelligitur, quanta præstituerat defuncto: Id scilicet faciente vi & potestate substitutionis & subrogationis, cùm dici soleat quod nec malè ex hoc loco probatur, & ex *l. si eum* 6. *§ qui iniuriarum sup. si quis caution.* quicquid subrogatur, sapere naturam eius in cuius locū subrogatur. Simile est quod alibi docuimus verbum *substitue* licèt sit indicatiui modi non imperatiui, tamen in testamentis censeri verbum directum & imperatiuum, quia eiusmodi verbo subrogatur secundus heres in locum primi qui verbis imperatiuis fuerat institutus. Propter quod videri possunt verba eadem imperatiua in substitutione repetita, quod de verbo *institue* non similiter dici potest *l. quoniam indignum* 15. *C. de testam.* Denique parùm refert an expressè quid, an tacitè repetitum intelligatur *l. licèt Imperator* 74. *de leg.* 1. *d. l. Titia* 34. *§.* 1. *ff. de verb. obligat.* Maximè verò in prætoriis formulis, quarum scilicet interpretatio tota pendet ex mente prætoris: quomodo & de prætoriis stipulationibus scriptum est in *l. in conuentionalibus* 52. *eo. tit. l. in prætoriis* 9. *de præt. stipulat.* Prætoris verò mentem in proposito dubitandum non est eam fuisse vt plenè formulam conciperet ne quid in ea requiri inde posset. Multò autem plena est formula quæ nullius certi temporis mentionem habet intra quod iudicare iubeatur. Idem dicendum est si in posteriore formula prætermissus fuerit iudicij locus qui in priore fuerat expressus, arg. *l. si locus* 59. *ff. hoc tit.*

a *Ex int. gro.* Ratio dubitandi. Tēpora quæ cucurrerunt viuo priore iudice nunc ei computarentur si viueret. Ergo & ei qui in ipsius locū substitutus fuit computari debēt, vt in omnibus eadem sit ratio posterioris iudicis quæ prioris. Ratio decidēdi. Negligentia defuncti quæ potuit & debuit ei imputari non potest nocere successori qui neque iudicare potuit ante quàm iudex datus esset.

b *Ita tamen vt legitimum tempus non excedat.* Triboniani additio ita est respiciens ad supradictam Iustiniani constitutionem in *l. properandum* 13. *C. hoc tit.* quæ primum induxit vt lites omnes intra triennium finiri & expediri debeant. Antea enim nullum tempus legitimum erat, sed quod quantùmque prætor aut alius magistratus qui iudicem dederat in formula expressisset. Quo magis necessarium fuisse intelligimus vt aliquod exprimeretur, ne alioqui aut litigatorum, aut iudicis dati negligentia liberas sibi habenas in perpetuum excurrendi daret. Hæc autem additio sicut inepta est si ad ius vetus ita & si ad nouum referatur, Non solùm quia hodie magistratus non dant iudices, sed ipsi per se cognoscunt post *l.* 2. *C. de pedan. iudic.* sed etiam quia non facilè credendum est quenquam magistratum tam imperitum aut stupidum fore vt in præstituendo iudici tempore legitimum excedere velit, & longius quàm triennij præfinire.

33. MODESTINVS libro 3. Regularum.

NOn videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.

Ad l. Non videtur 33.

Ratio dubitandi. Qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulat vtique implorat eius autoritatem, vt ab aduersario etiam inuito extorqueat editionem. Alioqui frustra peteret id, quod à iudice imperari nollet. Atqui hoc ipso agnoscit potestatem & autoritatem iudicis, quæ præsupponenda necessariò est vt à iudice imperari, & pronunciari aliquid possit *l. cùm Papinianus* 14. *C. de sent. & interloc. omn. iudic. l.* 1. *& tot. tit. C. si à non compet. iudic.* Ergo videtur in iudicem consensisse is qui genus actionis sibi edi apud eundem desiderat. Ratio decidendi. Potest fieri vt ex editione quæ petitur apud iudicem datum appareat iustam causam habere illum qui petiit ne in eum consentire cogatur, quod nec sciri prius fere potest quàm editum sit genus actionis: pro cuius scilicet qualitate aut consentiendum sit aut dissentiendum. Non igitur adhuc consentit, qui ideò petit editionem, vt sciat an consentire debeat an dissentire: Sicuti neque consentit in iurisdictionem is qui in ius vocatus ex aliena iurisdictione venit, vt scire possit an iurisdictio sit eius qui vocationem iussit *l. si quis ex aliena* 5. *sup. hoc tit.* Hinc verò malè nostri vulgò inferunt, huius legis sententiam eò pertinere vt qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulauit non ideò prohibeatur exceptionem fori declinatoriam postea opponere, tanquam quæ opponi possit quandocunque ante litem contestatam dummodò non sit consensum in iudicem *l. vltim. C. de except. l. sed et si* 14. *§ pis* 52. *ff. hoc tit.* Aliud enim est consentire in iudicem, aliud in iurisdictionem, Cùmque exceptionem declinatoriam fori & iurisdictionis necesse sit opponi ante litem contestatam *dict. l. vltim.* & consequenter apud eum magistratum qui adrogat sibi iurisdictionem *l. nemo* 4. *C. de iurisd.* iudex autem de quo in hac lege & toto hoc titul. agitur non nisi post litem contestatam detur vt monui sæpius, Apparet non posse hanc legem intelligi de exceptione declinatoria fori & iurisdictionis, sed tan-

Digitized by Google

suas moras eásq; interdum longiores habeat iudicij exercitió *l. etiam 15. in prin. ff. vt legat. nom. caueat.* Nec nouum est vt iudicium Romæ cœptũ in prouinciam transferatur & ita de loco ad locum, non minùs quàm à persona in personam, vt in specie *§. sed etsi dies l. prox. praeced. l. tam ex contractibus 57. ff. eod.* aut à iudice in alium iudicem *l. pen. §. vlt. de vacat. & excus. muner.* iunct. *l. si longius 18.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Non igitur generaliter & indistinctè verum est, vbi acceptum fuit iudicium ibi & finé accipere debere. Ratio decidendi. Is locus in iubẽdo iudicare solet comprehendi in quo iudicari soleat sine incommodo litigantium. Adeò vt etiamsi locus nullus in formula comprehensus sit, videatur tamen prætor in eo loco iussisse iudicari *l. si locus 59. infr.* Ergo interest vtriusque litigantium vt vbi acceptum iudicium est ibi & finiatur. Nec facilè potest fieri vt locus iudicij mutetur, quin alteruter incidat in captionem: vt neq; personarum, neque iudicis mutatio vnquam facienda est nisi ex necessitate, sicut in legibus supradictis. Nemo enim illicitum verè dixerit quod necessitas facit licitum, vt est in regula iuris pontificij. Hinc est quod superueniens fori priuilegium non est sufficiens causa propter quam iudicij locus mutari debeat *l. si quis posteaquam 7.* vbi dixi *sup. hoc tit.*

31. CELSVS libro 27. Digestorum.

SI petitor plures heredes reliquerit, vnúsque eorum iudicio egerit: non erit verum totam rem, quæ in priore iudicio fuerit deductam esse, nec enim quisquam alienam actionem in iudicium, inuito coherede, perducere potest.

Ad l. si petitor 31.

Ratio dubitandi. Iudicia constituuntur ex actionibus, sicut & actiones ex obligationib. vt Theophilus scribit initio *tit. Inst. de action.* & constat ex ipsa actionis definitione, quæ extat in *l. nihil aliud 51. ff. de obl. & action.* Atqui ex persona heredum debitoris condicio obligationis immutari non potest *l. 2. §. ex his. ff. de verb. obl.* Ergo si petitor, qui totam rem in iudicium deduxerat, pendente iudicio decesserit, pluresque heredes reliquerit, nec nisi vnus eorum iudicio egerit, iudicium quod fuit indiuiduum in persona defuncti, in heredum quoq; personis tale esse debet, nec eo minùs verum erit totam rem quæ in priore iudicio fuerit, in posterius quoque deductam videri, vt proinde si postea coheres alter velit agere perinde sit repellendus exceptione rei iudicatæ acsi ambo egissent. Hic enim effectus est totius huius quæstionis: An tota res in posterius iudicium deducta sit an pars duntaxat eius, qui iudicio egit. Ponendum autem est coheredem hunc qui solus egisse proponitur in solidum egisse, non pro sua tantùm parte. Alioqui nullus quæstioni locus relinqueretur. Nam neque nouum est vt heres ex parte causam de totis bonis suscipiat & persequatur *l. ex parte 36. ff. famil. ercisc.*

Ratio decidendi. Non potest quisquam alienam actionem in iudiciũ perducere inuito eo ad quem actio pertinet, Ne sit in vnius potestate alteri suam actionem adimere *l. Granius 79. §. pen. ff. de fideiuss.* iunct. *l. 2. quod vi aut clam. l. id quod nostrum 11. de reg. iur.* Atqui actio quæ ab vno ex coheredibus tota in iudicium deducta fuit, licèt sit hereditaria, tamen quod ad coheredis portionem attinet, aliena est, quia per legem 12. tabul. omnes actiones hereditariæ vt & cætera iura omnia pro hereditariis portionibus inter coheredes diuiduntur, quamuis in persona defuncti fuerint indiuidua *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ergo non magis coheredi quàm alij cuiliber actionem communem pro parte coheredis inuito coherede in iudicium perducere. Inuitum autem coheredem hîc accipe non eum qui expressè contradicat, sed qui neque expressè, neque tacitè consentiat, vt in *l. filiusfamilias 8. §. inuitus ff. de procur. l. 4. ff. vrb. praed.* & aliis plerisque iuris partibus. Ergo si proponas actionem quæ in iudicium à defuncto primùm, deinde ab vno ex coheredibus deducta fuit, esse talem quæ per legem 12. tab. diuidi non potuerit, puta quod esset de re indiuidua, fortè de luendo pignore quod pro parte lui non potest, aut de seruitute quæ indiuidua est *l. heredes 25. §. an ea stipulatio & §. idem obseruatur ff. fam. ercisc.* Aut de redimendo fundo qui venditus fuerat vel datus in solutum sub pacto de retrouendẽdo, quem similiter certum est pro parte redimi non posse quia emptor non fuerat eum pro parte empturus *l. tutor 47. sup. de minor. l. si quis aliam 46. ff. de solut.* magis probandum erit, hunc Legi locum non fore, vnique ex coheredibus permittendum esse vt inscio quinque & inuito coherede ius suum exequatur, quod alitèr pro sua tantùm parte exequi nullo modo possit *l. via, itineris 7. ff. de seruit.* Nam & in hoc rerũ genere placuit, si quid socius in rem communem impẽderit, non actioni negotiorum gestorum, quæ aliàs locum haberet, sed iudicio communi diuidundo locum esse *l. si communes 40. §. de neg. gest. l. communi 8. §. sine autem ff. commun. diuid.* Et hoc demum casu verè vsurpari illud potest, Qualitatem & condicionem iudicij à defuncto instituti ex persona heredum immutari, nec posse, nec debere.

32. VLPIANVS libro 1. De Officio Consulis.

SI iudex, cui certa tempora præstita erant, decesserit, & alius in locum eius datus fuerit: tanta ex integro [a] tempora in persona eius præstituta intellegemus, quamuis magistratus nominatim hoc in sequentis datione non expresserit: ita tamen, vt legitimum tempus non excedat.

Ad l. si iudex 32.

Ratio dubitãdi. Ea demùm post certũ tẽpus fieri prohibita intelliguntur, quæ non nisi ad certum vsque tempus fuerunt permissa. Et contra, Ea demùm post certum tempus intelliguntur permissa, quæ ad id vsque tempus prohibita inueniuntur, *l. imperator 8. §. de postul. l. Titius 41. § intra certa tẽpora ff. de fideic. libert.* Atqui in proposita specie nullũ proponitur præstitutum fuisse tempus certum in formula per quam nouus iudex in locum demortui à

tui à magistratu substitutus fuit, intra quod tempus debuerit ille sententiam ferre: itemque terminare. Ergo nec vllum tempus esse potest, post quod hic substitutus iudex videri debeat prohibitus iudicare saltem quatenus legitimum tempus non excedat. Quoties enim quæritur quid iudex datus facere possit aut debeat, statim ad formulam quæ eum dedit recurrendum est, ex eáque æstimandum ius totum iudicis dati, vt alias sæpe monuimus. Ratio decidendi. Multum interest an nunc primum iudex à prætore aut alio magistratu detur, an in alterius demortui aut alia ratione mutati locum substituatur. Priore casu si nulla iudici certa tempora ad iudicandum præstituta sint, quod tamen non facilè nisi per errorem aut imperitiam magistratus iudicem dantis potest contingere, liberum est iudici dato quandocunque iudicare dum ne vltra tempus legitimum in eam rem iudicibus omnibus constitutum quod est triennij ex Iustiniani constitutione in *l. properandum 13. C. hoc titul.* Libera enim est perpetuáque potestas omnis quæ nullo tempore certo concluditur. Posteriore verò casu quamuis magistratus nulla iudici subrogato tempora præstituerit, tanta tamen ex integro in persona eius præstitutæ intelliguntur, quanta præstituerat defuncto: Id scilicet faciente vi & potestate substitutionis & subrogationis, cùm dici soleat quod nec malè ex hoc loco probatur, & ex *l. si eum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution.* quicquid subrogatur, sapere naturam eius in cuius locum subrogatur. Simile est quod alibi docuimus verbum *substituo* licèt sit indicatiui modi non imperatiui, tamen in testamentis censeri verbum directum & imperatiuum, quia eiusmodi verbo subrogatur secundus heres in locum primi qui verbis imperatiuis fuerat institutus. Propter quod videri possunt verba eadem imperatiua in substitutione repetita, quod de verbo *institue* non similiter dici potest *l. quoniam indignum 11. C. de testam.* Denique parùm refert an expressè quid, an tacitè repetitum intelligatur *l. licèt Imperator 74. de leg. 1. l. Titia 34. §. 1. ff. de verb. oblig.* Maximè verò in prætoriis formulis, quarum scilicet interpretatio tota pendet ex mente prætoris: quomodo & de prætoriis stipulationibus scriptum est in *l. in conuentionalibus 52. eo. tit. l. in prætoriis 9. ff. de præt. stipulat.* Prætoris verò mentem in proposito dubitandum non est eam fuisse vt plenè formulam conciperet ne quid in ea requiri iuste posset. Minùs autem plena est formula quæ nullius certi temporis mentionem habet intra quod iudicare iubeatur. Idem dicendum est si in posteriore formula prætermissus fuerit iudicij locus qui in priore fuerat expressus, arg. *l. si locus 59. ff. hoc tit.*

a *Ex integro.* Ratio dubitandi. Tēpora quæ cucurrerunt viuo priore iudice nunc ei computarentur si viueret. Ergo & ei qui in ipsius locū substitutus fuit computari debēt, vt in omnibus eadem sit ratio posterioris iudicis quæ prioris. Ratio decidēdi. Negligentia defuncti quæ potuit & debuit ei imputari non potest nocere successori qui neque iudicare potuit ante quàm iudex datus esset.

b *Ita tamen vt legitimum tempus non excedat.* Tribonianí additio ista est respicientis ad supradictam Iustiniani constitutionem in *l. properandum 13. C. hoc tit.* quæ primùm induxit vt lites omnes intra triennium finiri & expediri debeant. Antea enim nullum tempus legitimum erat, sed quale quantumque prætor aut alius magistratus qui iudicem dederat in formula expressisset. Quo magis necessarium fuisse intelligimus vt aliquod exprimeretur, ne alioqui aut litigatorum, aut iudicis dati negligentia liberas sibi habenas in perpetuum excurrendi daret. Hæc autem additio sicut inepta est si ad ius vetus ita & si ad nouum referatur. Non solùm quia hodie magistratus non dant iudices, sed ipsi per se cognoscunt post *l. 2. C. de pedan. iudic.* sed etiam quia non facilè credendum est quemquam magistratum tam imperitum aut stupidum fore vt in præstituendo iudici tempore legitimum excedere velit, & longius quàm triennij præfinire.

33. MODESTINVS libro 3. Regularum.

NOn videtur in iudicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.

Ad l. Non videtur 33.

Ratio dubitandi. Qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulat vtique implorat eius autoritatem, vt ab aduersario etiam inuito extorqueat editionem, Alioqui frustra peteret id, quod à iudice imperari nollet. Atqui hoc ipso agnoscit potestatem & autoritatem iudicis, quæ præsupponenda necessariò est vt à iudice imperari, & pronunciari aliquid possit *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iudic. l. 1. & tot. tit. C. si non compet. iudic.* Ergo videtur in iudicem consentisse is qui genus actionis sibi edi apud eundem desiderat. Ratio decidendi. Potest fieri vt ex editione quæ petitur apud iudicem datum appareat iustam causam habere illum qui petiit ne in eum consentire cogatur, quod nec sciri priùs fere potest quàm editum sit genus actionis: pro cuius scilicet qualitate aut consentiendum sit aut dissentiendum. Non igitur adhuc consentit, qui ideò petit editionem, vt sciat an consentire debeat an dissentire: Sicuti neque consentit in iurisdictionem is qui in ius vocatus ex aliena iurisdictione venit, vt scire possit an iurisdictio sit eius qui vocationem iussit *l. si quis ex aliena 5. sup. hoc tit.* Hinc verò malè nostri vulgò inferunt, huius legis sententiam eò pertinere vt qui actionis genus sibi edi apud iudicem postulauit non ideò prohibeatur exceptionem fori declinatoriam postea opponere, tanquam quæ opponi possit quandocunque ante litem contestatam dummodò non sit consensum in iudicem *l. vltim. C. de except. l. sed et si hic cepit 52. ff. hoc tit.* Aliud enim est consentire in iudicem, aliud in iurisdictionem, Cùmque exceptionem declinatoriam fori & iurisdictionis necesse sit opponi ante litem contestatam *dict. l. vltim.* & consequenter apud eum magistratum qui adrogat sibi iurisdictionem *l. nemo 4. C. de iurisd.* iudex autem de quo in hac lege & toto hoc titul. agitur non nisi post litem contestatam detur vt monui sæpiùs, Apparet non posse hanc legem intelligi de exceptione declinatoria fori & iurisdictionis, sed tan-

quam iudicium constituatur. Prætor autem nunquam patietur litem apud se contestari ex ea actione quæ adhuc sit in pendenti *l. si pacto 14. l. petens 27. C. de pact. l. nuda 5. C. de contr. & commit. stipul.* Denique cùm iudices dati non minus quàm prætoris, sit actus legitimus, haud dubiè neque diem recipit, neque conditionem *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* Iudicem enim dare alij non possunt quã quibus id permissum est lege vel Senatusconsulto, vel constitutione, vel quo alio iure quod habeat vim legis *l. cum prætor 12. §. 1. supr. hoc titul.* Cùmque iudicium reddatur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl.* prius est vt actio, quæ in iudicium deducitur sit præsens, quàm vt iudicium eo nomine dictari à prætore possit. Proinde non potest iudicium esse in pendenti, cùm neque iudicium vllum sit nisi quod dictatum & constitutum sit à prætore.

a *Veld. his rebus quæ postea in obligationem aduentura sunt.* Non enim potest videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset *l. non potest videri 23. sup. hoc tit.* vbi dixi.

36. Callistratvs libro 1. Cognitionum.

INterdum ex iustis causis, & ex certis personis, sustinendæ sunt cognitiones [a]: veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur, qui reipublicæ causa aberunt. idque Diui fratres in hæc verba rescripserunt. Humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium, vel filiam, vel vxor virum, vel filius parentem amisit, & in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

Ad l. interdum 36.

Ratio dubitandi. Et Reipublicæ & litigatorum interest, adeóque eius qui condemnatur, quàm citissimè fieri potest litem expediri vt ciuilis concordiæ retinentur vinculum quod per lites si nō in totum certè aliqua ex parte dissoluitur & infringitur *l. 1. C. de admin. tutor. l. fratris 10. l. causas 16. & pass. C. de transact.* Ideóque dilationes omnes per quas lis protelatur, odiosæ esse creduntur, nec facilè saltem amplius, quàm semel tribuuntur *l. cum à nobis 5. & l. vlt. C. de dilat.* Ergo vbi semel lis cœpta est, debet currere suo marte, nec sustinenda & differenda est.

Ratio decidendi. Humanum est propter fortuitos casus qui vel prævideri, vel præuisi euitari non potuerint, dilationem dari fortè si pater litigator filium vel filiam vel vxor virum, vel filius parentem amiserit, ex qua causa placuit Iustiniano dierum nouem spatium indulgendum esse *Nouell. 115. vt cùm de appell. cognosc. cap. 5. vt non lic. credit. §. hoc autem dispo̱nimus.* Nec enim vllius est ne quidē sapientis fortuitum casum præstare. Sed tamen id non nisi parcissimè faciendum est, & vt Callistratus hic scribit ex certis causis & personis, nec plus quàm semel in causis pecuniariis, nec rursus nisi causa cognita *l. vl. sup. de fer. & dilat. d. l. 1. in fi. C. de dilat.* Aliud exemplum adfert Callistratus si litis instrumenta apud eos esse dicantur qui reipublicæ causa absunt. Idque indubitatum est, Semper enim succurrendum est ei qui alioquin ad rem impossibilem præstandam vrgeretur, cùm impossibilium nulla sit obligatio, vt est in regula iuris. Idque est quod ait *d. l. 1. C. de dilat.* euenire plerumque vt index vel instrumentorum, vel personarum gratia dilationem dare rerum necessitate cogatur, prout rerum vrgentissima ratio flagitauerit, & necessitas desideratæ instructionis exegerit. Reo sanè facilius & æquius est vt detur dilatio quoniam instructus ab initio esse non potest qui præter spem ad iudicium trahitur, cùm non sit in potestate rei an & quando conueniatur *l. 5. § vlt. de doli except. l. petendi 6. C. de tempor. in integ. restit.* maximè si ad alienum & extraordinarium iudicium trahatur, vt in specie *l. 2. C. de dilat.*

a *Sustinendæ sunt cognitiones.* Generali nomine vsus est Callistratus vt lites omnes cõprehenderet quæ tam apud magistratus ipsos tractantur, quàm apud iudices datos. Omnium enim & magistratuum & iudicum cognitio est, sed iudicum ordinaria, magistratuum verò extraordinaria *tot. tit. De variar. & extraord. cognit.* quia erat ordinarium, vt magistratus ipsi non cognoscerent sed iudices darent *arg. l. 1. C. de pedan. iudicib.* Magistratuum propriè iurisdictio fuit, Iudicum verò datorum, iudicatio *l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integ. rest. agat.* sit, sed omnium notio & cognitio *l. ait prætor §. 5. de re iudic.*

1 § Senator, si negotiis alienis se obtulerit in prouincia non debet iudicium recusare negotiorum gestorum, sed actionem eum excipere oportere, Iulianus respondit, cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.

Ad §. 1. Senator.

Ratio dubitandi. Senatores cæterique clarissimi viri qui Romæ morantur, de quibus solis hic §. loquitur, nec alibi quàm Romæ conueniri possunt, nec rursum Romæ apud quemlibet magistratum, sed tantùm apud prætorianam vel vrbicam præfecturam, nisi alios eis iudices dederit iussio Principalis *l. 2. C. vbi Senat. vel clariss.* Id enim honori tãtæ dignitatis tribuendum esse visum est, scil. in causis pecuniariis. Nam in criminalibus omnem huiusmodi honorem reatus excludit *l. 1. eod.* Idque non tantùm ad priuatam Senatorum, sed etiam ad publicam vtilitatem pertinere videtur, ne Senatores ab obeundo Senatoris officio quod susceperunt, auocentur ad lites in prouincia tractandas quomodo de legatis prouincialib. qui legationis causa Romam venerunt, scriptum est in *l. non alias 24. in fi. & l. 2. de 26. sup. hoc tit.* Ergo etiam si Senator alienis negotiis gerendis se obtulerit in prouincia, non ideo tamen cogendus est suscipere in prouincia iudicium negotiorum gestorum, sed Romæ conueniendus est vbi domicilium eum assiduè morari. Nam si de eo Senatore ageres, qui in prouincia larem foueret, aut ibi maiorem bonorum suorum partem possideret assiduéque versaretur, dubitationem res non haberet quin ea in prouincia conueniri & posset & deberet *d. l. 2. in fin. C. vbi Senat. vel clariss.*

Ratio decidedi. Senator qui aliis negotiis se obtulit in prouincia, ibidem quasi contraxisse, & consequenter sua sponte ibi hanc obligationem suscepisse intelligitur. Nam cùm obligatio nõ aliunde quàm ex ipsa gestione nascatur *l.5.in princ. de obligationibus & actionibus*, non alio loco potest videri contracta, quã in quo gesta negotia fuerunt *l. hæres absens 19.§.1.ã.* Ergo nõ potest Senator recusare quo minùs iudicium negotiorũ gestorum ibidē suscipere compellatur, quasi qu. hac parte suo priuilegio renũciauerit, Exemplo eius quod dictimus de Legato qui durãte legatione cõtraxit Romæ vel quasi cõtraxit, vel deliquit *l.2.§.omnes. d.l. non alius in princ. & §.1.sup.* Cæterũm in illis verbis *cùm sua sponte sibi hanc obligationem cõtraxerit* errarum est & pro *sibi* legendum *ibi*, vt nemo nõ videt.

37. CALLISTRATVS libro 5. Cognitionum.

SI de vi & possessione quæratur: priùs cognoscendũ de vi, quàm de proprietate rei Diuus Hadrianus τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν, *id est, communi seu reipubl. Thessalorũ*, Græcè rescripsit.

Ad l. si de vi 37.

Ratio dubitandi. Petitorium absorbet possessorium, quia posteaquam de iure petitoris cognitum est & pro eo pronunciatum fuit omnimodo restituenda ei possessio est, Si verò petitor succubuerit nihil iam est quod pro eo de possessione tractari possit. Is enim totus effectus est petitorij iudicij vt sciatur cui possessio rei controuersæ vel restituenda vel relinquenda sit *l. officium 9.l. is qui destinauit 24.l. qui petitorio 36.l. qui restituere 68.& pass.ff. De rei vindic.* Ergo etiamsi de vi & possessione quæratur expeditius tamen & commodius est vt de proprietate priùs cognoscatur & iudicetur, vt vtrique quæstioni vnus iudicati finis sufficiat, nec lites multiplicari oporteat arg. *l. singulis 6.ff. de except. rei iudic.* néve diuersas sententias & cõtrarias sequi contingat si quod plerumque aliter de possessione, aliter de proprietate pronunciatur *d.l. singulis. in fin.l. nihil. C. de exc.* Denique causa proprietatis est principalis *l. si, quis ad se fundum. C.ad leg. Iul. de vi publ.* Absurdum autem videtur, fieri moram negotio principali ob aliam minùs principalem quæstionem arg. *l.1.C. de ordin. iudic.*

Ratio decidendi. Si quæstio possessionis admixtam habeat quæstionem violentiæ omni modo cognoscendum est de vi, & consequenter de possessione priùs quàm de proprietate, quia violentiæ vitium ante omnia purgari oportet, tanquam ea res pertineat ad publicam vtilitatem, cùm nihil sit tam contrarium legibus, quàm vis, neque quod ciuilis legislator habeat tantopere exosum, Ne alioqui & magistratus & leges fieret necesse sit, maiorisque tumultus occasionem præberi si singulis permittat legislator id per se facere, quod per magistratum expediri publicè oporteat *l. non est singulis 76. de reg. iur.* Hinc nimirum leges Iuliæ ad vim omnem siue priuatam, siue publicam grauissimè nec tantùm coërcendam Tot. tit. *Ad leg. Iul. de vi priuat.* & *Ad legẽ Iul. de vi public.* Hinc decretum Diui Marci de quo in *l. extat 13. sup. quod met. caus.* Hinc tot Imperatorum constitutiones aduersus violentos alienarum rerum inuasores, vltra prætoris interdictum Vnde vi *l.3.& 6.& 7.& 10.C. vnde vi d.l. si quis 7. & pass. C. ad leg. Iul. de vi publ. l. si cùm 13.§. si inter duos aliàs l. æquissimum ff. de v. usu fr. l.1.§. iudi quærimur ff. de ope. noui nunciat.* Idque adeò verum est vt si nõ de proprietate, sed tantum de vi & de possessione quæratur, priùs tamen de vi cognoscendum & pronunciandum sit, quàm de iure possessionis. Nam & id à Diuo Pio quem D Hadrianum Callistratus hîc vocat, decretum fuisse testatur Marcianus in *l. qui cœtus §. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* vbi refertur etiam illud ipsum rescriptum de quo hîc Callistratus. Sed si non de vi, at de sola possessione ac proprietate quæratur, Puto dist. guendum esse, An proprietatis probationes ita in promptu sint vt tam citò possit cognosci & pronunciari de proprietate, quàm de possessione, vt eo casu vtramque quæstionem vno eodemque iud. cio terminari oporteat ex *d.l. nihil. C. de exc. rei. pei modo constat, modo agatur* quomodo pragmatici loquuntur arg. *l. 3. in princ. ff. vt in poss. legat.* An verò, quod sæpius euenit, quæstio de proprietate altiorem requirat indaginem, & prolixiorem tractatum habeat, quia probationes dominij perdifficiles esse solent *§. commodum. Instit. de interd.* Vt tunc quæstionem de possessione priùs expediri oporteat, arg. *l. ille à quo 13.§.1. ad SC. Treb. ll.* non solùm quia semper id cum ius hen potest, sed etiam quia fauorabilior est hac parte causa possessionis & proprietatis, maiorémque celeritatem exigit, ne ad arma viris quæ alioqui decurratur, ad quæ facilè vix vnquam decurri solet propter proprietatem, sed tantùm propter possessionem, cuius præcipuum commodum in fructuum perceptione consistit. Licet enim fructus non possessionis sed dominij, & nihil inde acquirant *l. qui scit 25.ff. de vsur.* is tamen fructus percipit qui rem possidet, quamuis non sit dominus, non autem is qui dominus est si non possideat. Quæ ratio etiam facit vt in omnibus interdictis etiam in quibus de vi non agatur solus prætor per se cognoscat, nec det iudicem, quomodo dat in causa proprietatis. Itẽ vt in omnibus etiam interdictis ratio fructuum habeatur, vt ex contextu & interpretatione omnium interdictorum apparet. Denique ob hanc ipsam rationem placet non solùm momentaneæ possessionis actionem per quamcumque personam etiam minus legitimam exerceri posse, quod in causa proprietatis secus est *l. vlt. C. qui leg. pers. in iudic. stand. hab.* Sed etiam quod magis est, Ab ea sententia quæ de momentanea ista possessione lata fuerit appellari non posse *l. vnic. C. si de moment. poss. fuer. appell.* Ne quod beneficio celeritatis inuentum est subdatur iniuriis tarditatis, vt inquit *l.22. C. Theod. quod appell. nõ recip.* & arg. *l.1. & l.4.§. duas ff. de damn. infect. l. si quis filio 6.§. quid tamen ff. de inoff. testam.* Nam & ideirco causa ista possessionis momentanea appellatur, aut vt antiqui loquebantur vel *momentum* non quia parui momenti sit aut momẽto tantùm temporis duret, vt quidam putant imperitè, Sed quia in momento ac celeriter expediri & potest & debet, vt reformatio & restitutio possessionis statim fiat, vt constat ex Isidoro libro 5. Etymolog. & *d.l. vnic. C. si de moment. poss. fuer. appell.* Ex his etiam adeò æquum visum est, vt quamuis ius pontificium quo vtimur, permittat ab his quoque sententiis

tentiis appellati *cap. cùm ad sedem. de restitut. spol.* etiamnum tamen id retineamus ex iure ciuili, vt sententia possessorij quam pragmatici nostri Recredentiam vocant, possit mandari executioni nonobstante appellatione, ac citra ejus præiudicium, quemadmodum ex Imberto & Rebuffo notat Gothofr. ad *dict. l. vnic.* Ergo concludamus De vi prius cognoscendum esse indistinctè quàm de possessione vel de proprietate, De possessione verò, si nulla vis interuenisse dicatur, non prius quàm de proprietate nisi cum superiore distinctione. Propter quam causam solent pragmatici nostri consilium dare & obseruare, vt qui de possessione prius agere vult protestetur, nolle se prius tractare, aut, vt loquuntur, ingredi petitoriũ, quàm tota quæstio de possessione non solùm per sententiam finita sit, sed etiam per sententiæ executionem quæ fuerit subsecuta. Quæ protestatio non est necessaria cùm is qui possessionis momentaneæ reformationem petit, vim quoque sibi factam dicit, quia vis, vt dixi, ante omnia purganda & emendanda est. At neque protestationem hanc vllius vtilitatis esse puto, quoties aduersarius habet in promptu profertque manifestas dominij probationes. Nec enim debet esse in potestate vnius ex litigatoribus vt protestatione sua impediat ne iudex vtramque quæstionem simul dirimat, cùm id facere æquè citò & æquè cõmodè potest, Adeò vt nec desint qui potent, Etiamsi agatur de restitutione possessionis, quæ per vim ablata fuerat, id ipsum tamen obtinere, & ablatæ possessionis restitutionem quæ omnium fauorabilissima est impediri si spoliator incontinenti doceat de iure dominij sui, Quamuis dici soleat etiam prædonem ante omnia restitui oportere *cap. in literis. Extr. de resti. spoliat.* Sed de tota illa quæstione copiosius dicendum erit alio loco, sicut & de alia quæ à tã multis tractatur, An qui cœpit agere petitorio possit eo pendente agere possessorio: Qui tractatus pertinet ad *§. nihil commune, l. naturaliter 12. j. de acquirend. poss.* Hoc tamen superest obseruandum ad hanc legem, Decretum Diui Pij à Marciano relatum in *d. l. 5. §. 1 ad leg. Iul. de vi pub.* plenius esse quàm eiusdem Imp. rescriptũ, cuius hîc solius meminit Callistratus. Nam cùm hoc tantùm rescripsisset primùm, vt de vi prius cognosci oporteat quàm de proprietate, Postea decreuit vt prius etiam terminanda sit quæstio violentiæ quàm alia quælibet siue dominij illa sit siue possessionis. Itaque quod hîc scriptum est *si de vi & possessione quæratur*, non ita accipiendum est quasi ter prium sit *si unus de vi agere velit, alius autem de possessione*, sed cõiunctim hoc sensu, si de vi & possessione simul agere qui velit contra eum qui malit litigare de proprietate. Alioqui ridiculum esset rescriptum quod ad quæstionem de possessione propositam rescripsisset de proprietate: Sicut & superuacuum fuisset decretũ eiusdem Imperatoris quo nihil amplius, quàm rescripto contineretur. Quod non videtur percepisse imperitus interpres qui in *d. l. 5. §. 1. ad legem Iul. de vi publ.* adiecit verba illa *vel dominio* quæ ineptia & tollenda esse constat non solùm ex hac lege sed ex ipsa etiam ratione quam nunc attulimus. Credidit namque interpres quæstionem de vi in rescripto illo Diui Pij opponi quæstioni de possessione, sicut & semper opponitur quæstioni de dominio, eandemque esse hac parte rationem possessionis & dominij, nec obseruauit quæstionem de possessione plerumque iunctam esse quæstioni de vi ex parte eiusdem litigatoris, quia & vix est, vt alij vis fiat quàm ei qui possidet *l. 1. §. est igitur. j. vti possidetis l. 1. & toto titul. Vnde vi.* quod de dominij causa & quæstione non similiter dici potest. Ideóque ita scripsit Callistratus *si de vi & possessione* non quomodo scribendum erat si aliter sensisset *si de vi & de possessione.* Et quod sequitur prius cognoscendum esse de vi, sic accipe vt repetas *& possessione* quàm de proprietate.

38. LICINNIVS RVFINVS libro 4. Regularum.

QVod legatur, siquidem per personalem actionem[a] exigetur; ibi dari debet, vbi est: nisi si dolo malo heredis subductum fuerit[b] tunc enim ibi dari debet, vbi petitur. Præterea quod pondere[c], aut numero, aut mensura cõtinetur, ibi dari debet, vbi petitur: nisi si adiectum fuerit, *centum modios ex illo horreo*, aut *vini amphoras ex illo dolio*. Si autem per in rem actionem legatum petetur[d], etiam ibi peti debet, vbi res est[e]. Et, si mobilis sit res[f], ad exhibendum agi cum herede poterit, vt exhibeat rem: sic enim vindicari à legatario poterit.

Ad l. quod legatur 38.

Ratio dubitandi. Heres qui adit hereditatẽ hoc ipso intelligitur quasi contrahere cum legatariis, non minus quàm cum creditoribus *l. 5. §. heres. j. de oblig. & action. l. 3. §. vltim. & l. seq. j. quib. ex caus. in poss. eat.* Ergo non solùm conueniri ibi debet legatorum nomine vbi hereditatem adiit, sed etiam ibi soluere. Nam quemadmodum contraxisse vnusquisque intelligitur in eo loco, in quo vt solueret se obligauit *l. heres absens 19. §. vltim. sup. l. contraxisse 21. de oblig. & action.* ita & videtur quilibet se obligasse vt solueret in eo loco in quo contraxit vel quasi contraxit, Nisi propria ratio aliqua sit quæ id impediat, vt in Legato prouinciali qui hereditatẽ sibi in prouincia delatam adiit Romæ, De quo in *l. de eo 26. supr. hoc tit.* Ratio decidendi. Voluntas testatoris quæ totum facit in vltimis volũtatibus *l. si mihi 12. in fin. de lega. 3.* illa fuisse creditur, vt res legata si non esset in eo loco in quo peteretur, ibi præstaretur vbi relicta esset, si non alibi eam præstari iusserit, vt scili. præstaretur quàm minimo fieri potest heredis incommodo sumptúque, Nisi si dolo malo heredis subducta sit & in alium locum translata: quo casu ibi præstanda est vbi petitur, licèt nunquam ibi res fuerit *l. cùm res 47. in pr. eod. tit. de leg. 1.* Extra hunc casum semper fauendũ est heredi, vt minus oneretur, arg. *l. Sempronius 47. de legat. 2.* Minus autem oneratur præstando rem vbi est, quàm si cogatur eã præstare vbi petitur, si ibi non sit, quia scil. non cogitur eam ipse manu sua præstare, cùm possit eo quoque inuito legatarius rem legatam ibi vbi est occupare. Tractamus siquidem in hac lege de legato per vindicationem relicto, vt constat non solùm ex verbis istis *quod*

Digitized by Google

legatur, (nec enim legandi verbum in cæteris legatis vsurpabatur) sed ex eo quoque quod subiicitur de actione in rem, quia non pro aliis legatis quàm vindicationis olim competebat in rem actio. Dicam latiùs ad *l. fideicommissum 50. §. vltim. ff.* si tamen velit actor suis impensis suoque periculo rem perferri ad eum locum in quo petitur, audiendus est *l. si in Asia 12. §. 1. ff. depos.* Planè quod quidã addunt si res legata vel per fideicommissum relicta ibi sit vbi petatur, improbè facere heredem si præscribat ei qui petit quasi maior pars hereditatis alibi sit *d. l. sed etsi 38. cæpit. §. si ea res ff.* alienum est à tractatu huius legis, quæ loquitur tantùm de legatis, nec de omnibus, sed de iis solis quæ relicta sint per vindicationem, vt iam dixi. Præscriptio autem illa, de qua in *d. §. si ea res*, non pertinet nisi ad fideicommissa, vt dicam ad *d. l. 50. § vlt. ff.*

a *Siquidem per personalem actionem.* Ratio dubitãdi. Etiam cùm per actionem in rem legatum petitur, ibi præstari debet vbi res est, vt sequitur in hac lege. Ergo superuacua est distinctio hæc An actione personali, an actione in rem legatum petatur.

Ratio decidendi. Distinctionis effectus in eo est, quòd cùm petitur legatum per actionem personalem dari quidem perinde res debet vbi est, sed non etiam peti. At cùm petitur per actionem in rem nõ tantùm dari debet in eo loco in quo est, sed etiam peti. Vindicatio enim fit in rem præsentem, vsurpatâ sollenni illa formula *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Vbi ergo petendum est legatũ aut fideicommissum per actionem personalem? Neque enim hæc lex aperit, quod tamen præcipuè docendum fuit in hoc tractatu De iudiciis. Respondeo separanda esse hac parte vt & in aliis plerisque legata à fideicommissis, vt dicam ad *d. l. 50. §. vlt. ff.*

b *Nisi si dolo malo heredis subductum fuerit.* Ratio dubitãdi. Cùm heres dolo malo rem legatam in aliò transtulit quàm vbi relicta fuerat à testatore, satis punitur dolus eius si perinde res habeatur, ac si aliò translata non fuisset, Vt scilicet pœna delicto respondeat, nec puniatur heres nisi in eo ipso in quo deliquit arg. *l. rescriptum 6. ff. de his quæ vt indignis.* *Paulus 24. aliàs l. fal cidia. ff. ad leg. Fal.* Atqui si non fuisset res aliò translata, non ideò tamen dari debuisset, vbi nunc petitur, sed vbi relicta fuisset à testatore, quemadmodum suprà diximus. Ergo quamuis dolo malo in alium locum translata sit, non eò magis tamen dari nunc debet vbi petitur, sed vbi danda esset si translata non fuisset.

Ratio decidendi. Dolus malus heredis hanc pœnam meretur, vt eo fauore careat quo alioqui dignus fuisset si nihil dolo admisisset. Atqui quod non cogeretur rem legatam præstare alio loco quàm in quo relicta fuisset à testatore quamuis alibi peteretur, non alia ratione fiebat, quàm vt ei faueretur ne alioqui suprà quàm testator voluisse crederetur, oneraretur. Ergo si dolo malo rem aliò transtulit, recusare non debet quominùs eam præstare debeat in eo ipso loco in quo conuenitur.

c *Præterea quod pondere.* Ratio dubitand. Etiã cùm id legatum est quod pondere, vel numero, vel mẽsura continetur, verum est voluntatem testatoris eam fuisse intelligi vt ibi legatum præstaretur, vbi præstari posset minore incommodo heredis. Nec enim genus legati potest facere magis minùsve fauorabilem heredem, qui omni casu heres est, defunctique personam repræsentat. Atqui semper commodius est heredi præstare rem legatam ibi vbi à testatore relicta est quàm vbi petitur si ibi non sit: propter periculum sumptúsque translationis quàm alioqui fieri necesse esset, *d. l. cùm res 47. de leg. 1. iunct. d. l. si in Asia 12. §. 1. ff. depos.* Ergo quamuis testator non ita legauerit *tot modios frumenti ex illo horreo, aut tot amphoras vini ex illo dolio* non tamen onerari heres debet, vt frumentum vel vinũ ibi præstandum habeat vbi petitur, sed in eo demum loco in quo frumentum vel vinum est.

Ratio decidendi. Quæcunque vel pondere, vel numero, vel mensura continentur, recipiunt functionem in suo genere *l. 2. §. mutui ff. de reb. credit.* & ideò creduntur præstari posse vbique & omni loco æquè commodè. Quod non similiter dici potest cùm eiusmodi adest adiectio *ex illo horreo, ex illo dolio*, quia nunc non tam genus quàm species legata videtur, aut saltem genus quidem sed per modum speciei, denique quodammodo certũ corpus, vt loquitur Afric. in *l. si seruus 108. §. qui quinq. de leg. 1.* quod proinde in indiuiduo præstandum est, & consequenter in eo loco in quo est: ac si res aliqua mobilis legata proponeretur *d. l. cùm res 47. sed si petatur,* Adieci *mobilis*, quoniam in rẽ immobilem cadere hic tractatus non potest, quæ sicut locum naturalem mutare nequit, ita nec per rerum naturam alibi præstari quàm vbi est.

d *Si autem per in rem actionem legatum petetur* Intellige de legato per vindicationem relicto ex quo dominium statim & recta via transibat à defuncto in legatarium quasi numquam factum heredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 65. in fi. de furt.* Nam pro legatis per damnationem aut per sinendi modum relictis competebat olim personalis tantùm actio, non etiam vindicatio quæ hodie competit pro omni legato, ex Iustinianı constitutione *in l. 1. C. communia de legat.*

e *Etiam ibi peti debet vbi res est.* Ratio dubitãdi. In actionibus in rem habet actor electionem fori an velit reum ibi conuenire vbi res est, an verò vbi reus idemque possessor domicilium habet *l. vlt. C. vbi in rem act.* Ergo etiam cùm per actionem in rẽ petitur legatum non est necesse vt petatur vbi res est. Ratio decidendi. In actionibus in rem non tã persona quàm res conuenitur, vnde & nomẽ sumpserunt, quia exercentur contra eum qui nullo modo est obligatus nec nisi in rem ipsam diriguntur *§. 1. Inst. de action. l. Imperatores 7. de publ. & vectig. l. denique 19. ff. de iur. fisc.* Ergo necessitas & ratio iuris facit vt non alio loco possit actio in rẽ exerceri quàm vbi est res quæ petitur, cùm res ipsa sit vt ita dixerim rea. Actor autem semper sequi debeat forum rei *l. 1. C. de iurisd. omn. iudic.* Planè quia commodius cuique est vt in loco sui domicilij conueniatur, vbi scil. minore sumptu ac vexatione litigaturus est damus actori electionem vt possessorem conuenire possit si hoc malit, etiam in loco domicilij, cùm non possit conqueri possessor cuius conditio hac ratione fit melior. Plus enim præstat hoc casu actor quàm debeat, qui forum illud eligit quod aduersario commodius est arg. *d. l. nolenus 15. quas legem qui de ann. leg.* iunct. *l. si extraneus 33. l. cũ in fundo 78. §. quod si mulier de iur. dot.* Ipsi enim actori vtiq; semper cõmodius est in rem agere eo in loco vbi res est, vt sententiæ quam obtinebit, executionem faciliùs consequatur, nec nouam litem instituendam habeat apud iudicem territorij in quo res

Digitized by Google

res sita est, quippe qui non facilè executionem sententiæ ab alio iudice redditæ in suo territorio executioni mandari nisi parte adhuc audita permissurus sit: quæ res materiam nouæ litis passim præbet.

¶ *Etsi mobilis sit res.* Ratio dubitandi. Iam diximus tractatum hunc Vbi solui debeat res legata non posse cadere in rem immobilem, quam scilic. impossibile est alio loco præstari quàm vbi est. Ergo stulta est hæc adiectio. Ratio decidendi. Non potest quidem dubitari vbi res mobilis præstari debeat, sed potest dubitari vbi peti, & qua actione. Superiora autem proxima de petitione sunt non de præstatione. Rectè igitur adiectū est si res mobilis sit quæ legata fuit posse ad exhibendum agi cum herede ad hoc vt rem exhibeat quæ possit vindicari, quia nec nisi exhibita vindicari potest. Ideóque actionem ad exhibendum comparari necesse fuit, maximè propter vindicationes rerum mobilium *l. 1. ff. ad exhib.* cùm immobiles occultari non possint. Nec mirum est actionem hanc dari legatario siue vindicaturo, siue quòd eius interfuit ex alia causa, vt in *l. 2. ff. de trit. vin. & oleo leg.* Nam & datur cæteris omnibus quorum interest ex quacunque dummodò iusta & honesta causa *l. 3. §. sciendum, & seq. ad exhib.*

39. PAPINIANVS libro 3. Quæstionum.

CVm furiosus iudex addicitur, non ideò minùs iudicium erit, quòd hodie non potest iudicare: vt scilicet suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit. neque enim in addicendo præsentia, vel scientia iudicis necessaria est.

Ad l. cùm furiosus 39.

Ratio dubitandi. Furiosus impeditur natura ne iudex esse possit *l. cùm prætor 12. §. 1. supr.* Adeò vt si is, qui cùm nōdum furiosus esset iudex datus fuit, postea furere cœperit, quāuis iudex maneat, quia rectè ab initio addictus fuit, mutari tamē debeat, quòd iudicandi necessitatem morbus sonticus ei remittat *l. iudex datus 46. ff. hoc tit.* Ergo non potest videri ab initio rectè datus & addictus iudex qui iam ipso dationis tempore furiosus fuit. Quæ autem ab initio fuit inutilis datio iudicis, ex postfacto conualescere non potest ex reg. *l. quod initio 29. & l. pen. de reg. iur.* Maximè secundùm Papinianum cuius hæc lex est, sententiam, qui in huiusmodi quæstionibus videtur existimasse id tātùm spectari oportere An ab initio actus constiterit *l. verbis 5. in fi. ad leg. Falc.* Ratio decidēdi. In addicendo iudice neque præsentia, neque scientia iudicis necessaria est. Quid enim vetat & absentem & ignorantem iudicem dari? Omnes siquidem iudices dari possunt nisi qui vel natura vel lege, vel moribus impediuntur ne possint *l. cùm prætor 12. §. non autem. supr. hoc tit.* in quo numero, neque absentes, neque ignorantes numerantur. Atqui furor nihil amplius facere potest nisi vt furiosus & absentis & ignorantis loco habeatur *l. vbi non voce 124. §. 1. de reg. iur. l. 2. §. furiosus de iur. cod. l. sed si vnius 17. §. filiofam. 11. ff. de iniur.* Ergo si furiosus iudex addicatur, quamuis hodie & quandiu in furore est iudicare non possit, non eo minùs tamen rectè addictus intelligitur, etiam initio inspecto, quia iudicium esse poterit, si postea quandocunque suæ mentis effectus sententiam dixerit quam vtique ratam esse nihil prohibebit. Loquimur enim de illo qui non perpetuò sit furiosus, quem certè natura ipsa impediret ne iudex esse posset *d. l. cùm prætor §. 1.* sed de eo qui vel dilucida habeat interualla, vel postmodùm omnino resipuerit. Notanda verò est elegans illa Papiniani formula *cùm iudex addicitur* qua & Paulus vsus est in *d. l. iudex datus.* Qui enim dabatur iudex à prætore aut alio magistratu addicebatur certæ formulæ tanquam glebæ, à qua recedere ne latum quidem vnguem posset *l. proxi. seq. §. 1.* vbi dicam. Hinc tria illa verba prætoris *Do, Dico, Addico*, de quibus sic Ouidius lib. Fastorum

Ille nefastus erit per quem tria verba silentur
Fastus erit per quem iure licebit agi.

¶ Dabat enim prætor actionem, Dicebat ius, & Addicebat iudicem, vt alio loco scripsimus, & notissimum est.

1 ¶ Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fideiubere potest: cùm priuilegio suo, cum sit in Italia contractum, vti non potest.

Ad §. qui legationis.

Ratio dubitandi. Is qui legationis causa Romam venit priuilegium habet ne possit durante legatione conueniri, Idque non priuati tantùm commodi, sed publicæ potissimùm vtilitatis causa, Ne ab officio suscepto legationis auocetur & ne impediatur legatio *l. non alias 24. §. vlt. l. de eo 26. supr.* Ergo non est ei permittendum vt ex qualibet causa id est etiam ad legationem non pertinente Romæ fideiubeat, Ne alioqui alterutrum euenire necesse sit vt vel decipiatur is qui fidem eius bona fide secutus est, Vel priuilegium ei suum auferatur quod iniquum videtur præsertim si ei non expressim renunciauerit arg. *l. penult. C. de pact.* In summa fideiussor idoneus & locuples non videtur qui fori priuilegium aliquod habet, cùm ex eo fiat vt multò difficilioris sit conuentionis *l. si fideiussor 7. supr. qui satisd. cogant.* Ergo si quis Legatum Romæ fideiussorem offerat, meritò potest petitor eū recusare, Aut saltem si aliàs caueri non possit prædicendum est, non vsurum eum priuilegio si conueniatur *dict. l. si fideiussor. l. vltim. §. penult. ff. ad SC. Vellesan.* Ratio decidendi. Habet quidem Legatus priuilegium sed non eorum nomine quæ in legatione contraxit *l. 2. § omnes autem & dict. l. non alias in princip. sup. hoc tit.* vbi dixi. Atqui cùm fideiubet hoc ipso contrahit durante legatione. Ergo non est verendum ne vtatur priuilegio quod nullum prorsus hoc casu habiturus est, ideóque nec prædictio vlla aut renunciatio priuilegij necessaria est. Imò nec adhiberi potest cùm priuilegium hoc casu non tam amittatur, quàm nullum sit, vt dixi, quia in Italia cōtraxit. Et hoc est quod Papinianus exprimit his verbis *cū priuilegio suo cùm sit in Italia contractum vti non potest*, vbi nescio cur malint nonnulli pro *cùm* legere aut interpretari *quamquam* &c.

pro *in Italia*, reponere *in alia* vt suppleant *prouincia*. Priorem enim illum articulum *cum* vsurpauit Papin. vt solet pro *quoniam* nō pro *quanquam* neq; lectio hæc quicquam habet difficultatis, aut incommoditatis, Neque verò aut melior aut alia vlla ratio quærenda est, propter quam non possit Legatus vti priuilegio, Nisi quia durante legatione contraxit. Non enim ideò quod contractus cui fideiussor accessit celebratus fuerit in alia prouincia, posset auferre Legato priuilegium suum si is ante legationem, siue in Italia, siue in alia prouincia contraxisset.

40. PAPINIANVS libro 4. Quæstionum.

NOn quidquid iudicis potestati permittitur, id subiicitur iuris necessitati.

Ad l. non quidquid 40.

Ratio dubitandi. Iudex datus, cogitur omnino iudicare secundum formulam sibi à prætore aut alio magistratu, qui iudicis dandi ius habeat præscriptam, Vnde & addici dicitur cùm datur, vt diximus ad *l. preced* Ergo quicquid iudicis potestati permittitur, id etiam subiicitur iuris necessitati.

Ratio decidendi. Non potest iudex ea non facere quæ sibi per formulam prætoris videt esse præscripta, Sed multa sunt extra formulam quę à legū autoritate pendent in quibus patet latiùs potestas iudicis quàm necessitas iuris, Exemplum nostri adferunt nec malè ex *l. 1. C. quomod. & quand. iud.* vbi scriptum est posse iudicem & solere condemnare illum ex litigatoribus, qui sit absens, sed non ideò tamen cogi id facere. Potest enim etiam absens interdum vincere si bonam causam habeat *l. & post edictum 33. ɉ.* vt nimirum partis absentia per Dei præsentiam repleatur, vt Iustin. loquitur in *l. properandum 13. § cùm autem. C. hoc tit.* Aliud exemplum adferri potest ex *l. terminato .. C. de fruct. & lit. exp.* vbi dicitur iudicem qui de principali negotio sententiam promulgauit, comminus adhuc constitutis partibus iuridica pronunciatione, posse significare, victori debere restitui expensas. Quod & ad fructus porrigi potest si de iis nihil dictum fuerit in sententia arg. *l. 2. eod.* Et tamen nemo dixerit cogendum esse iudicem vt id faciat: cùm hoc ipso quod nihil pronunciauit de sumptibus & fructibus si fuerant petiti, possit videri actorem ab ea petitione repulisse. Denique rescindere quidem sententiam suam iudex non potest quantumuis malè iudicauerit, quia officio suo, siue benè, siue malè functus est *l. iudex posteaquam 55. l. cùm quærebatur 62. de re iudic.* Sed reliqua quæ ad consequētiam iam statutorum pertinent, priori tamen sententiæ desunt circa condemnandum vel absoluendum reum posse supplere dummodo eodem die: sed id supplere nolit non cogitur *l. Paulus respondit 42. eod. tit.* vbi quod scriptum est debere iudicem hoc facere non ita accipiendum est, vt cogatur, sed ita vt si officio suo bene functus videri velit, debeat supplere, quæ alioqui per imperitiam omisisse diceretur.

1 ¶ Iudex, si quid aduersus legis præceptum in iudicando, dolo malo prætermiserit, legem offendit.

Ad §. Iudex.

Ratio dubitandi. Quod prætermissum est in sententia suppleri posteà potest ab eodē iudice, dummodò eodem die, vt proximè diximus, ex *l. Paulus respondit 42. ɉ. de re iudi.* Ergo non statim legem offendit nec protinus litem suam facit iudex qui aliquid aduersus legis præceptum etiam dolo malo prætermisit in iudicando. Ratio decidendi. Qui dolo malo prætermittit aliquid in iudicando, idque aduersus præceptum legis non in eo est, vt idipsum supplere velit, siue eodem, siue alio die. Alioqui non posset dici prætermisisse dolo malo. Mirum itaque non est si legem offendat, litemque suam faciat: quod non similiter de eo dici potest qui per errorem aut imperitiam aliquid prætermisit. Exemplum esto, si prætermissa sit condemnatio sumptuum, cùm victus nullam haberet satis probabilem litigandi causam, *l. eum quem temerè 79. ɉ. hoc tit. l. properandum 13. §. siue autem. C. eod. l. qui solidum 78. §. 1. de leg. 2. l. 3. & 4. C. de fruct. & lit. expens.* Item si possessor victus sit de proprietate, nec iudex quicquam de fructibus pronunciauerit. Nam etiamsi malè iudicatum fuerit in causa proprietatis, debet tamen iudex eodē errore de fructib. quoque pronunciare. Et ni faciat, offendit leges, quæ non patiuntur, vt lucro possessoris qui victus est, fructus cedant *l. & ex diuerso 35. §. 1. ɉ. de rei vindic.* Nec in contrarium potest obiici quod initio huius legis Papi. ait. Non quicquid iudicis potestati permittitur id subiici etiā iuris necessitati. Non enim positum est in iudicis potestate, vt iudicet secundùm leges, sed ex iuris necessitate est vt id facere cogatur Nouel. 82. *De iudicib. cap. 13. de diuer. scri. ad iudic. direct. § omnis autem iudex.* quia facti quidem quæstio in iudicantis arbitrio & potestate est, sed iuris autoritas non est *l. ordine 15. ad munic. l. 1. §. 2. vers. quorum alterutrum. ɉ. ad SC. Turpill.* Itaq; videtur mihi Papinianus hanc sententiā subiecisse initio huius legis, quodammodo per exceptionē hoc sensu acsi vnico cōtextu scriptum esset, Non equidem quicquid permittitur iudicis potestati etiam subiici iuris necessitati. Si tamē iudex aduersus legis præceptum aliquid prætermiserit dolo malo in iudicando, offendi ab eo legem, Nec proinde impunitum id manere oportere, sed teneri iudicem actione in factum, tanquam qui hoc ipso fecerit litem suam *l. vlt. ɉ. de var. & ext. cogn. l. filiusfamilias 15. §. supr. hoc tit.*

41. PAPINIANVS libro 11. Quæstionum.

IN omnibus bonæ fidei iudiciis, cùm nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.

Ad l. in omnibus 41.

Ratio dubitandi. Non potest sequi cōdemnatio vbi nulla actio est, Nec rursus agere quisquā potest sine actione, vulg. *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de neg. gest.* *l. quo-*

l. quoties 9. §. & generaliter. ff. de admin. tutor. Atqui cùm obligatio in diem, vel sub condicione concepta est, nulla prorsus actio potest competere priusquàm dies præstandæ pecuniæ venerit *l. cedit condic. 109. in princ. ff. qui rib. cond. l. cedere diem 213. ff. de verb. sign.* Adeò vt qui ante diem agit non tam malè agere videatur plus petendo tempore *§. plus autem. Inst. de action* quàm nihil agere. Quanquam si verū amamus, dicendum potius est eum malè agere, quomodo post Scæuolam Vlpia. loquitur in *l. vnic. in pr. ff. quan. dies vsufr. lega. ced.* Neque rursum bonæ fidei ratio facere potest, vt ei cui non nisi in diē debetur, permittendū sit agere ante diem, ne conuentio violetur. Nihil enim tam conueniens est fidei humanæ, quàm pacta seruari *l. 1. supr. de pact.* Et verò vt quis ante diem agat, non multum abest à dolo malo cui nihil tam contrarium est quàm bona fides, ideóque repellitur doli exceptione, tam quoque cùm conuentioni non nisi tacitè tempus inest *l. 2. § non mi. ve. ff. de dol. mal. except.* Ergo etiam si bonæ fidei iudicium proponatur, tamen quandiu dies præstandæ pecuniæ nondum venit si agat creditor necesse est frustrà eum & malè agere: Nec minùs si agat ad interponendam cautionem, quàm si ad petendam quandam solutionem, cùm in contractu nihil dictum sit de præstanda cautione, neque cogitatum. Quid verò aliud in contractibus omnibus, siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris, spectare possumus, nisi quod à contrahentibus actum, aut si id non appareat, quod dictum sit *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Ratio decidendi. Is cui debetur in diem nō potest quidē agere ante diem ad solutionem, quin malè agat, tanquam plus petens tempore, sed tamen si iusta causa sit suspicandi fore vt ad diem non habeat debitor vnde soluat, idque ex noua causa quæ superuenerit post contractum, fortè si rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit, vt in *l. 2. ff. vt in poss. leg.* aut si fugitiuus credatur, quod nostri dicunt fieri suspectum de fuga, bona fides sanè facit vt creditori consuli oporteat data ei actione ad interponendam cautionem, vt res in tuto collocetur, neque res pereat. Quid enim prodesset diem expectari si interim res periret? Inanis si quidem est actio quam debitoris eludit inopia *l. namque ff. sup. de dolo.* Sed hoc eum fiat sola bonæ fidei ratione nō habet locum si ex contractu quolibet in diem debeatur, at tantùm in omnibus bonæ fidei iudiciis, vt scriptum est in hac lege, siue generalia sint, vt pro socio, negotiorum gestorum & tutelæ, siue specialia veluti mandati, depositi, commodati *l. pro socio 38. ff. pro socio*, quòd in huiusmodi iudiciorum genere longè pleniores fiant præstationes. sicut & in contractibus bonæ fidei pleniores & latiores fiunt interpretationes, quia id inter contrahentes actum fuerit, quicquid agi potuit, & debuit ex bona fide, licèt de eo nihil dictum sit *l. quòd si nolit 31. §. quia assidua. ff. de ædilit. edict.* Ergo in contractibus strictis aliud est, quia licèt dici soleat in contractibus omnibus bonam fidem desiderari *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act.* id tamen non ad eam bonam fidem pertinet, de qua nunc agimus, id est, quæ nihil nisi æquitas est, aut saltem quæ summam æquitatem desideret, vt loquitur Tryphoninus in *l. bona fides 31. ff. depos. l. ex empto 11. §. 1. l. bona fides 50. ff. de act. empt.* Sed ad eam quæ opponitur dolo malo, quam sanè in omnibus contractibus adesse tam necesse est, quàm dolum malum ab omnibus abesse: quæ olim clausula honestatis dicebatur, solebátque omnib. subiici stipulationib. *l. doli clausula 119. l. ex ea parte 121. ff. de verb. oblig.* An igitur in omnibus bonæ fidei iudiciis obtinebit hæc Papiniani sententia, siue in diem, siue sub condicione debeatur? Nam vtroque casu verum est diem præstandæ pecuniæ non venisse quandiu dies vel condicio pendet, æquè autem venire diem cùm existit condicio, atque si in diem debitum fuisset. Verùm non puto tam generaliter intelligendum Papinianum sed restringendum ad ea debita quæ in diem cōtracta sunt: Quorum causam fauorabiliorem esse æquum est, quàm eorum quæ debentur sub condicione, quod quæ in diem certum debentur ea certum sit omnimodo debitum iri, cùm non possit certus dies non venire, At non item ea quæ sub condicione, cùm nec condicio dicenda sit nisi quæ potest non existere *l. si quis ita 33. ff. de hered. instit. l. quod si ea condicione 213. ff. de condict. ind. l.* Vnde etiam est quod in diem debitū esse ante diem compēsari non potest *l. quod in diem 7. l. cum miles 6. §. 1. ff. de compens.* solutum tamen ante diem repeti non potest *l. in diem 10. de condict. indebit.* quod in debito condicionali diuersum est *l. sub condicione 19. & seqq. eod. tit.* Adeò enim quod sub condicione debetur nullo modo deberi intelligitur, vt nec si velit debitor pēdente condicione soluere, tamen consequi liberationem ex ea solutione possit, quia scilicet prius est vt obligatio contrahatur, quàm vt tollatur, & vt quid debeatur quā vt soluatur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrys. ff. de verb. oblig.* Quid ergo absurdius dici potest, quàm ad præstandam cautionem vrgeri eum ante diem qui soluere eo adhuc tempore non possit etiam si maximè velit, vel ob hoc ipsum vt se liberet ab onere præstandæ cautionis? argum. *l. quod autem 6. §. apud Labeonem, quæ in fraud. credit.* Plerunque enim euenit, vt æquè difficilè sit, imò difficilius fideiussorem aut pignora inuenire, quàm pecuniam explicare *l. 2. §. penult. sup. h. t.* Debiti in diem certum alia ratio est, quia potest solui ante diem, quia ante diem peti non possit *l. quod certa die. de solut.* siquidem plus præstat, quàm debeat qui soluit ante diem *l. 1. nolenti ... alias l. cum qui de ann. lega.* Est igitur facilius & æquius vt in bonæ fidei iudiciis possit ex iusta causa etiam ante diem agi ad interponendam cautionem pro debito in diem, cuius dies iam cessit licèt nondum venerit, quàm pro debito sub condicione: cuius dies nec cessit, nec venit *d. l. ced. 1. diem.* An ergo debitum hoc condicionale perire aut saltem inane per inopiam debitoris fieri patiemur? Quidni verò? Nam & idem contingere posset deficiente condicione. Nec ratio vlla est vt prætextu bonæ fidei magis laborandum habeat iudex ad debitum condicionale in tuto collocandum, quàm laborauerit creditor, qui tormentius debiti ex incerto condicionis euentu pendere contentus fuit. Nam id quidem semper agit legislator quantum potest vt res in tuto collocetur *l. quoties 12. ff. de reb. dub. l. quoties 8. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. ff. de verb. oblig.* sed subsequendo contrahentium aut expressam aut tacitam voluntatem, non etiam immutando eam & reformando. Neque ad hunc tractatum pertinet quod scriptum est in *l. sin autem omnes 2. qui satisd. cog. & l. quod in diē 16. ff. de pet. here. l. 2. in prin. de hered. vend. l. 2. de evict.* vt ad eos locos dicemus. *Cautionem* porrò hìc accipe non pro satisdatione, sed siue fideiussoribus, siue pignoribus caueatur, vt & in *l. si mandatu 50. §. vlt. ff. mand. et l. 4. §.*

addit. §. 7. de fideic. libert. Sufficere enim debet actori, vt ei quomodo cautum sit, vtque permittatur ei hoc nomine agere ante diem, quod in alio iudiciorum genere nullomodo liceret. Sanè nuda cautio non sufficeret, quamuis ita sensisse videtur Accursius.

42. PAPINIANVS libro 24. Quæstionum.

SI vxor à legato Romæ diuerterit, dotis nomine defendendum Romæ virum responsum est.

Ad l. si vxor 42.

Ratio dubitandi. Exigere dotem mulier illis debet, vbi maritus domicilium habuit, siue morte viri, siue diuortio matrimonium solutum esse proponatur *l. exigere 65. j. hoc tit.* Ergo si vxor Romæ diuerterit ab eo qui legationis causa Romam cum vxore venerat, non Romæ, sed in prouincia vbi habuit domicilium maritus defendi debet.

Ratio decidendi. Eadem ratio esse solet & debet distractus, quæ contractus maximè cùm ex distractu noua obligatio contrahitur *l. si quis absentis 5. §. is quoque j. de oblig. & actio.* Atqui si maritus Romæ contraheret cum vxore in ipso tempore legationis, Romæ defendi deberet, neque priuilegium in eo vllum haberet *l. non alias 24. l. cum furiosus 39. §. 1. vbi dixi supr. hoc tit.* Ergo & cùm per diuortium distraxit matrimonium, quia hoc ipso contraxit obligationem dotis restituendæ *tot. tit. sol. matrimon. D. & C.* Et ita videtur sensisse Azo, legisque huius rationem melius percepisse, quàm Accursius, qui in Legato speciale hoc esse scripsit. An igitur dicemus generaliter maritum quemlibet à quo vxor diuerterit posse conueniri de dote in eo ipso loco, in quo factum diuortium est, quamuis ille alibi domicilium habeat? Ita puto, ex generali ea regula quæ vult Posse quemcunque debitorem conueniri non tantùm eo loci in quo domicilium habet, sed ibi etiam vbi contraxit vel quasi contraxit *l. heres absens 19. supr.* Contrahit enim, & se ad dotis restitutionem certè obligat quisquis diuertit, cùm inter diuertentes negotium geratur, quod nemo similiter contrahi dixerit inter morientem vnum ex coniugibus, & superstitem alterum. Nec est contrarium quod scriptum est in *d. l. exigere*, de dote post solutum matrimonium in domicilio mariti exigenda & repetenda, Debet enim illa lex, ni fallor, restringi ad eum casum quo matrimonium solutum fuerit morte viri, quod nec obscurè innuunt verba illa *vbi maritus domicilium habuit.* Scripsisset enim Vlpianus *vbi maritus domicilium habet*, si eum casum tractasset quo maritus adhuc viueret. Nec enim si maritus aliud domicilium habet mortis suæ tempore, quàm quod habuit tempore contractus, maiorem prioris quàm posterioris domicilij rationem haberi oportere credendum est, si maluit mulier in posteriore defuncti viri domicilio heredem ipsius conuenire. Ac rursum casus diuortij tam odiosus & abominabilis est, vt non possit videri de illo cogitatum tempore contracti matrimonij, nisi cùm de eo expressim fuit conuentum, vt in *l. si constante 22. in prin. j. sol. matr.* nec proinde ad restitutionem dotis in casum diuortij dote eo in loco, in quo post à diuortium fieri contingeret. arg. *l. si quis [illegible] in prin. [illegible] & [illegible]* Denique tam propter quam negat Vlp. in *d. l. exigere*, spectandum esse locum dotalis contractus non potest visque aimeam diuortij, quoniam ad maritum eiusque domicilium non est redditura mulier quæ ab eo iam diuertit.

43. PAPINIANVS libro 27. Quæstionum.

EVm, qui Insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocunque loco agere posse in id, quod interest, constat.

Ad l. eum qui insulam 43.

Ratio dubitandi. Is qui certo loco dare promisit sicut alio loco soluere inuito stipulatore non potest *l. penult. j. de eo quod cert. loc.* Ita neque alio loco conueniri si summum ius inspicias, Ideòque fuit necesse induci actionem arbitrariam De eo quod cert. loc. quæ *κατ᾽ ἐξοχήν* arbitraria dicitur per quam posset stipulator etiam alio loco agere, sed adiecta loci mentione vt promissor condemnaretur in id omne quod stipulatoris interesset eo loco in quo dari debuit solutum non fuisse *l. 1. eod. § si quis agens. vers. loco plus petitur. Instit. de action.* Atquin is qui insulam Capuæ fieri intra certum tempus stipulatus est non tantùm tempus, sed etiam locum stipulationi inseruit. Ergo etiam finito tempore intra quod fieri insula debuit, non eo magis tamen agere quocunque loco potest; sed Capuæ agere debet, aut saltem ad arbitrariam actionem recurrere, cuius tamen nulla mentio fit in hac lege, Ne alioqui ex stipulatione contra formam stipulationis agi videatur.

Ratio decidendi. In obligationibus dandi id obtinet, quod modò diximus, non etiam in obligationibus faciendi, ex quibus scilicet nunquam datur actio ad factum præcisè, sed si non fiat quod conuenit agendum est ad id quod interest *l. si quis ab alio 13. §. 1. de re iudic. l. stipulationes quis aliam 81. de verb. oblig.* quia non credidit legislator posse fieri, vt quis ad factum præcipuè cogatur citra vim & impressionem, quam semper habuit vehementer exosam. Atqui stipulatio de qua in hac lege agitur, non ad dandum pertinet sed ad faciendum. Ergo si intra præstitutum tempus facta non sit insula quæ fieri debuit, agendum est ex huiusmodi stipulatione non ad hoc vt fiat insula quæ amplius fieri non potest intra constitutum tempus quod iam præteriit, sed omnimodo agendum est in id quod interest stipulatoris, quæ actio non ad faciendum opus pertinet, sed ad pecuniam dandam, vt nemo non videt, *l. 2. §. vltim. supr. qui satisd. cogant.* Atqui quod ad hoc pertinet neque locus stipulatione comprehensus est, neque tempus. Non enim de eo quod stipulatoris interesset Capuæ præstando conuenit, sed tantùm de insula Capuæ facienda. Ergo ex huiusmodi stipulatione agi poterit quocunque loco

ad id

ad id quod interest stipulatoris. Quod enim certo loco fieri promissum non est, vbique solui & peti potest *l. qui Romæ 122. in princ. l. continuus 137. §. cum ita. ff. de verbor. oblig.* Ex quo apparet, non posse verum esse, quod quidam hic notant post Decium ad *l. quatenus 24. num. 4. ff. de regul. iur.* tutius esse, vt ex his faciendi obligationibus, primo loco petatur factum fieri, & si factum non fuerit petatur interesse succesiuè. Nam si quomodo agendum esset ad factum, vtique non quocunque loco agi posset, sed omnino Capuæ agi oporteret, Nisi fortè putamus vnam eandémque actionem posse diuidi, vt exerceatur Capuæ quatenus factum petitur, quocunque autem loco quatenus agitur ad id quod interest, quod planè ridiculum est. Quid ergo? Ad factum nullomodo agi potest, maximè in hac specie in qua præstitutum & finitum tempus proponitur faciendæ insulæ, sed omnimodo & præcisè agendum est ad id quod interest ob non factum quod fieri oportuit, & quidem quocunque loco. Nec enim verendum est vt mora purgari possit post tempus, cùm iam cœpit interesse stipulatoris. *l. si ita quis 135. §. Si ita. ff. de verb. obligat.* Quòd si tempus stipulatione comprehensum non esset, tacitè tamen illud inesse intelligeretur intra quod fieri insula posset *l. si ita stipulatus 14. eod.* vbi dicitur statim atque tempus præterierit quo insula ædificari potuit posse agi ex ea stipulatione, quod haud dubiè sic accipiendum est, vt agi possit & debeat non vt insula fiat, sed vt ob eam non factam, id quod interest præstetur Adeò vt non defuerint ex prudentibus qui crederent, Nec esse expectandum eo casu vt tantum temporis prætereat quanto insula fabricari possit, sed vbi iam cœpit faciendæ insulæ mora fieri tunc agi posse diémque obligationis cedere ad pecuniam præcisè petendam *l. stipulationes non diuiduntur 72. §. vlt. eod.* In quo an aliud Sabinianorum, aliud Proculianorum iudicium fuerit, quod recentiores plerique putant, ad eos locos dicendum erit. Nunc igitur in hac lege agitur per actionem arbitrariam De eo quod certo loco, Sed ex propria puráque stipulatione, nulla certi loci facta mentione. Nec quod tempus quoque in stipulatione adiectum fuerat, inducere potest arbitrariam, Non solùm quia faciendæ insulæ præstitutum fuerat, non autem præstando eo quod interesset, verùm etiam quoniam temporis adiectio nunquam facit actionem arbitrariam, vt contrà Iacobum Cuiacium disputauimus lib. 15. Coniectuatum.

44. PAPINIANVS libro 2. Responsorum.

NOn idcirco iudicis officium impeditur, quòd quidam ex tutoribus post litem aduersus omnes inchoatam reipublicæ causa abesse cœperunt: cùm præsentium, & eorum, qui non defenduntur, administratio discerni & æstimari possit.

Ad l. non idcirco 44.

Ratio dubitandi. Iudex datus post litem aduersus omnes tutores inchoatam contra omnes datus fuisse intelligitur, eáque mente vt totam litem quæ vnica est finiat vnica etiam sententia, Ne aliter multiplicentur lites, tanióque maior & inexplicabilior fiat difficultas, maximè propter periculũ quod subest ne diuersa pronunciari postea contingat inter eos quorum tamen par & eadem sit causa, arg. *l. singulis 6. ff. de excep. rei iud.* Nam & inde est quod dicimus causæ continentiam diuidi nunquam oportere sed vno eodémque iudicio litem totam terminari debere *l. nulli 10. C. h. t.* Ergo si quidam ex tutoribus post litem aduersus omnes inchoatam & contestatam, reipubl. causa abesse cœperint, videtur officium iudicis impediri, ne contra præsentes cognitionem perficere, & pronunciare possit. Cùm nec aliter officio suo functus videri possit iudex qui per vnicam formulam aduersus omnes datus fuit, quàm si contra omnes simul & semel pronunciet, quod tamen facere non potest si absentes qui non defenduntur iustam habeant absentiæ causam quæ impediat ne videri possint contumaces, quomodo iustissimam certè habent qui absunt reipublicæ causa, Adeò vt contra eos proposito edictum peremptorium nullius sit momenti *l. contra pupillum 54. ff. de re iudic.*

Ratio decidendi. Cùm aduersus plures siue contutores siue alios ex eadem causa obligatos vna tantùm lis instituitur, multùm interest an materia litis diuidua sit an indiuidua. Posteriore casu ea obtinent, quæ modò diximus. Priore verò non potest absentium, qui non defenduntur causa facere, quominùs contra præsentes cognosci & pronunciari debeat, vt litis materia si non penitus in totum tolli possit, saltem minuatur, arg *l. quidam existimauerunt 21. ff. de reb. credit.* Facilè autem fieri potest & fit plerumque vt inter tutores tutela diuidatur, & tutelæ administratio: Quæ diuisio licèt iuris sit non iurisdictionis, modum tamen administrationi facit *l. inter tutores 36. ff. de admin. tutor. & tot. tit. Cod. de diuid. tut. l.* Id verò cùm factum est facilè discerni & æstimari potest administratio præsentium & eorum, qui non defenduntur. Aliud igitur esset si discerni non posset. Iunge *l. 1. & 2. Co. de consort. eiusd. lit.*

1 § Cùm postea seruus apparuit, cuius nomine per procuratorem fuerat actum, absolui debitorem oportet. quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit [a].

Ad §. cùm postea.

Ratio dubitandi. Absolutio non potest fieri, nisi per rem iudicatam *l. 1. & 3. ff. de re iudic.* Nec rursus lis iudicari quæ nõ priùs fuerit mota, nec denique lis moueri aliqua sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. & de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. ff. de admin. tutor.* Atqui seruus neque agere potest neque conueniri *l. quoties 13. § si quis caution. l. cum seruo 107. de reg. iur.* Ergo cùm postea seruus apparuit is cuius nomine per procuratorem lis fuerat instituta aduersus debitorem, Dicendum est corruere iudicium, aut potiùs ex postfacto apparere iudicium nullum fuisse, non autem absolui debitorem oportere. Nec enim quod procuratoris, qui serui nomine egit, persona fuerit libera, quicquam facere potest, cum generale sit in omnibus iudiciis quæ per procura-

torem exercentur, vt non procuratoris, sed eius cuius nomine agitur, personam spectari oporteat, *l. si ante acceptum 7. l. sind defendendum 10. ∫. iudic. solut. l. Plautius 61. l. si procuratorem 65. sup. de procurat.*

Ratio decidendi. Interest debitoris vt absoluatur ab obseruatione iudicij, quòd licèt reuera iudiciũ non fuerit nec esse potuerit, iudicij tamen formam habuit cùm debitor per procuratorem eius qui libet putabatur conuentus erat. Nec rursum aliquando hic debitor disputandum habeat cum eodem creditore de eodem debito. Potest igitur hic debitor absolui à iudice, à quo tamen neque ipse, neque ipsius aduersarius condemnari posset. Cui nõ est contrarium quod scriptum est in *d. l. 3. de re iudi.* Eum demum absoluendi potestatem habere qui potest condemnare. Nam præter id quod non similiter possit quis è contrario dicere, Absoluendi ergo potestatem non habere illum qui non possit condemnare, vt docui lib. 15. Coniect. c. r. Illud etiam obseruandum est, quod iudex hic, de quo agimus, neque actorem, neque reum condemnare posset, non fieri ex defectu potestatis in iudice, sed ex defectu materiæ, quia ex eo iudicio quod propter actoris personam non tenuit, sequi condemnatio non potest. Quæ ratio non æquè impedit absolutionem. Quanto enim verius est iudicium non tenere, tantò etiam æquius est absolui debitorem, sed ita tamen vt neque sumptuum litis condemnatio fieri vlla possit, quia nec quisquam est qui possit condemnari, Nisi proponas non ignorasse procuratorem condicionem eius, cuius nomine agebat, sed eam dolo malo celasse: Hoc enim casu non putarem dubitandum, quin duli nomine procurator ad sumptus litis ex propria persona teneretur, qui tam improbè non tantùm debitori, sed etiam prætori illusisset.

a *Non obstabit.* Ratio dubitãdi. Ex qua persona quis lucrum capit, eius factum præstare debet *l. ex qua persona 149. de reg. iur.* Atqui tractamus de domino cui actio competat ex serui stipulatione. Ergo si debitor contra quem seruus ipse egerat per procuratorem, absolutus sit, debet ea sententia & absolutio nocere domino quandocunque litem pro eodem debito inferenti: Præsertim cùm possit domino imputari cur seruum suum ex ea causa agere passus sit, meliúsque & sibi, & debitori non prospexerit, *arg. l. sæpe 63. vers. scientibus. ∫. de re iud.*

Ratio decidẽdi. Non solet, nec potest res iudicata alij nocere, quàm ei contra quem iudicatum est *tot. tit. C. ini alios act. vel iudic. aliis non nocer. l. de vnoquoque 47. ∫. de re iud.* Atqui non fuit absolutus debitor nisi aduersus seruum qui priùs egerat nullo iure. Ergo non potest ea absolutio, & sentẽtia, si tamen hoc nomen meretur, nocere domino nunc agenti propriámque litem suo non alieno nec serui nomine inferenti. Quod enim domino ex serui stipulatione acquiritur, licèt per mediam serui personam acquiratur, sic tamen acquiritur vt ne momento quidem temporis aut obligatio aut actio consistat in persona serui *l. placet 79. de acqui. hered.* adeò vt etiam inuito domino per serui stipulationem acquiratur *l. etiam 3. de acq. rer. domin. l. seruus vetante 62. ∫. de verb. oblig.* Proinde non potest videri dominus agere ex persona vel ex iure serui, qui iure ciuili pro nullo habetur *l. nullo modo 7. de l. Cor. de fals. l. quod attinet 32. de reg. iur.* nullámque personã habere intelligitur *l. 3. §. vltim. l. 4. ∫. de cap. minut. l. si Pamphilo ... de option. legat.* Et consequenter nihil causæ est cur eius factum domino debeat nocere qui ius suum propriámque litem exequitur.

45. PAPINIANVS libro 3. Responsorum.

ARgentarium, vbi contractum est, conueniri oportet: nec in hoc dilationem, nisi ex iusta causa dari, vt ex prouincia codices adferantur. Idem in actione tutelæ placuit.

Ad l. argentarium 45.

Ratio dubitandi. Ibi conueniri quis debet vbi actio & defensio instrui commodius posse videatur, & vbi verissima possunt documenta præstari *l. 2. C. vbi de ratiocin. agi oport.* Atqui de iis quæ cũ argentario geruntur, & de re ad argentariã pertinẽte non aliæ meliores aut certiores probationes haberi possunt, quàm quæ ex codicibus rationum desumuntur, ideóque nimirum quoties argentarius quispiam ex hac causa conuenitur, etiam rationes edere ex edicto prætoris iubetur *l. 4. & seqq. sup. de edend.* Ergo si alibi argentariam quis exercuit, alibi verò codices rationum & argentariæ instrumenta habeat, ibi debet conueniri vbi sunt codices rationum, aut saltem danda ei dilatio est, vt ex prouincia codices adferantur. Ratio decidendi. Debet quisque ibi conueniri vbi contraxit vel quasi contraxit *l. heres absens 19. §. 1. sup. hoc t.* Ergo argẽtarium vbi contractum est, id est, vbi argẽtariam exercuit, conueniri oportet. Nec danda ei dilatio est nisi ex magna causa ad codices rationum ex prouincia adferendos. Sibi enim debet imputare qui transtulit, & in hoc ipso deliquit *d. l. 4. §. vlt.* nec proinde dignus est cui faueatur, Nisi iustam causam habuit aliò transferendi. Eadem enim iusta quoque causa erit dandæ dilationis, Idque est quod hîc Papinianus ait *nisi ex iusta causa.* Idem in actione tutelæ placuit, vt ibi debeat conueniri tutor vbi tutelam administrauit, nec dilationem nisi ex iusta causa ei dari oporteat, vt libri rationum ex prouincia adferantur. Scripsi ad *dict. l. heres absens. §. 1. supr.*

1 ¶ Nomine puellæ tutoribus in prouincia condemnatis, curatores puellæ iudicatum Romæ facere coguntur, vbi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit.

Ad §. 1 nomine puellæ.

Ratio dubitandi. Ad officium magistratuum, qui iudices dederũt, pertinet vt iudicum à se datorum sententias exequantur *l. à Diuo Pio 15. in princ. ∫. De re iudic.* Atqui magistratus alij sunt qui in vrbe, alij qui in prouinciis ius dicunt & dant iudices. Necenim extra territorium suum iudices dare quisquã potest, vt nec aliud facere quod sit iurisdictionis *l. vlt. sup. de iurisdict.* Ergo fieri non potest, vt tutoribus puellæ nomine in prouincia condemnatis, curatores iudicatum Romæ facere cogantur, etiamsi Romæ mutuam pecuniam acceperit mater cui filia heres extitit. Ratio decidendi. Rei necessitas interdum facit vt executionem sententiæ aliò loco

fieri

fieri oporteat, quàm in quo sententia lata fuit, Adeò vt interdum sententiam Romæ dictam præsides quoque prouinciarum iubendi sint exequi in prouincia *d.l. a Diuo Pio.* §.1. Fortè & id quod ex iudicato præstandum est, in alio territorio esse proponatur. Aut si executio iudicati petatur in ea prouincia in qua contractum fuit, vt in specie huius §. Mater enim ex cuius contractu filia, eadémque heres conueniebatur, mutuam pecuniam Romæ acceperat. Proinde nihil causæ erat cur eiusdem puellæ curatores recusarent iudicatum facere Romæ, quamuis sententia cuius executio petebatur, contra tutores in prouincia fuisse reddita proponeretur. Nam etsi sententia nulla intercessisset, rectè tamen curatores vrgerentur Romæ ad solutionem ex eo contractu qui Romæ initus fuisset, sicut & mater ipsa si viueret, in cuius locum filia successit *l. si is qui Romæ 34. sup.* cum maximè contractus locum in his quæstionibus spectari oporteat, vt scriptum est initio huius legis, & in *l. heres absens 19.* vbi dixi sup. Quis ergo ferat & aliam & deteriorem esse conditionem creditoris, ob id solùm quod de hoc ipso debito sententiam in prouincia iam retulerit? arg. *l.3. vers. qua tandem ratione.* ῀j. *de vsur.* Euidenter siquidem iniquum est nocere rem iudicatam ei pro quo fuerit iudicatum *l. euidenter 16.* ῀j. *de excepton rei iud.* Sed qua autoritate poterit Romæ fieri executio sententiæ in prouincia latæ? Non vtique ex autoritate iudicis qui sententiam in prouincia tulit, Nec rursus ex imperio Præsidis aut alterius magistratus prouincialis qui iudicem dederit *d.l. vlt. de iurisd. l. cum vnus 12. §. pen.* ῀j. *de reb. autor. iudic. possid.* Sed ex iussu Principis, qui tam Romæ quàm prouinciis imperet *d.l. a Diuo Pio.* §.1. Aut saltem adhibito remedio literarum requisitoriarum, quarum præcipuus hodie in eam rem vsus est, vt benè & appositè notauit clariss. I.C. Dionysius Gothofredus ad *d.* §.1.

46. PAVLVS libro 2. Quæstionum.

IVdex datus in eodem officio permanet, licèt furere cœperit: quia rectè ab initio iudex addictus est. sed iudicandi necessitatem morbus sonticus remittit. ergo mutari debet.

Ad l. iudex datus 46.

Ratio dubitandi. Solent intercidere etiam illa quæ ab initio constiterunt si ad eum casum peruenerint, à quo incipere non potuerunt *l. pro parte 11.* ῀j. *de seruit. l. quia in eum casum 16.* ῀j. *ad l. Aquil. l. debiter 82. vers. quod si viuo de legat. 2.* Atqui non posset iudex dari is qui iam ipso datiuus tempore furiosus esset si modò furore perpetuo teneretur, Natura scilicet ipsa id prohibente *l. cum prætor 12. §. pen. sup. h. t.* Porrò de eo furore hîc Paulus loquitur qui sit perpetuus, Alioqui non posset dici morbus sonticus, si quãdo desineret. dummodò per dilucida interualla; Ergo iudex datus si furere cœperit, quamuis rectè ab initio iudex addictus sit, in eodem officio permanere non potest. Ratio decidendi. Non est nouum, vt quæ semel vtiliter facta & constituta sunt durent, licèt casus venerit, à quo incipere non potuerunt *l. in ambiguis 85. §. 1. de reg. iur. l. verbis 5. ad leg. falcid.* Nec enim omnibus placuit olim prudentib. supradicta regula, de qua in *d.l. quia in eum,* vt constat ex §. *ex contrario. Inst. de legat.* Ergo cùm iudex hic, de quo agimus, rectè ab initio addictus sit, quia eo tempore furiosus non fuit, nõ eo minùs in officio suo permanet quod postea furere cœperit. Quandoquidem & ab initio dari iudex furiosus potuisset, valerétque ab eo dicta sententia si modò ante sententiam furere desiisset *l. cum furiosus 39. sup.* Atqui iudicare, inquies, non potest qui hodie furiosus est. Fateor, Et ideò nimirum mutari debet, quia iudicandi necessitatem morbus sonticus remittit, qui cuique rei impedimento est *l. quæsitum 60.* ῀j. *de re iudic.* Sed aliud est dignitatem iudicis iúsque iudicandi retinere, Aliud verò dignitatem ipsam officiúmq; iudicis exercere. Qui furere cœpit nihil omnino agere & exercere potest quandiu in eo statu est, quoniam absentis & quiescentis loco in omnib. habetur, vt dixi ad *d.l. cum furiosus,* adeò vt nec sentire intelligatur *l. si tibi 8. §. vnius. de opt. legat.* Sed tamen non eo minùs & statum & dignitatem in qua fuit, & magistratum & potestatem retinet, non minùs quàm dominium rei suæ *l. qui furere 20. sup. de stat. homin.*

47. CALLISTRATVS libro primo Quæstionum.

OBseruandum est, ne iudex detur. quem altera pars nomina impetat: (id enim iniqui exempli esse, Diuus Hadrianus rescripsit) nisi hoc specialiter à principe [a] ad verecundiam petiti iudicis respiciente permittetur.

Ad l. obseruandum 47.

Ratio dubitandi. Ad verecundiam petiti iudicis pertinet, vt non ob id solùm suspectus videatur, quod ab altera tantùm parte nominatim petitus sit. Nam si vir bonus & probus iudex est, quid obsecro de ipsius probitate detrahere potest, quod cùm alteruter litigantium nominatim iudicem petat? Sed & ita posito iure vt iudex dari non debeat is qui ab alterutra duntaxat parte petitus fuerit, inuenta erit ratio faciendi ne is iudex vnquam dari possit, is qui fortasse omnium commodissimè dari deberet: Is enim ex litigatoribus qui eum iudicem habere nollet, nihilominùs peteret nominatim, vt is daretur, atque ita assequeretur, vt dari nũquam posset, quod certè ferendum non est, Nam alioqui sit in potestate cuiuslibet calumniosi litigatoris optimi cuiusque iudicis famam lædere & suggillare. arg. *l. si idem 11. §. 1. sup. de iurisd.* néve quod vna via fieri non potest, aliâ fiat contra *l. scire oportet 21. §. 1. de tut. & curat. dat. l. 5. §. si pupillus.* ῀j. *de reb. eor. qui sub tutel.* Ergo nõ eo minùs iudex dari quis debet quod ab altera tantùm parte nominatim petitus sit si aliud nihil obstet: nec enim qui ab altera parte nominatim petitur, hoc ipso videri potest similis ei qui operã suã vltrò ingerit, de quo in *l. qui omnia 35. de procur.* aut ei qui sibi in testamẽto adscribit de quo in *l. vxoris 18. §. 1.* ῀j. *de fals.* Illi enim aliquid faciunt propter quod se suspectos præbent. Hic verò nihil facit qui & petitũ se fortassis ignorat. Ratio decidendi. Iniqui & pessimi exempli est vt alteruter litigatorum eum sibi iudicem eligat quem volet. Ita enim fiet vt eum semper eligat à

quo maiorem gratiam speret, quam aut frequentior familiaritas, aut adfinitas aliqua, aut denique alia secretior & occultior causa possit, vel à probissimo & integerrimo iudice extorquere. Sic enimque vsu comparatum esse videmus, vt quamuis apud se iudex statuat nihil per gratiam aut sordes facere, nec alij fauere, quàm cui iustitiam ipsam patrocinari comperiet, facilè tamen sibi persuadeat iustiores esse partes illius cui fauere magis velit. Postquàm placuit iudici quantumuis probo, si idem amicus sit, hoc saltem permittendum esse vt amici causam meliorem & iustiorem esse desideret. Quo tamen vno, nudóque desiderio vix dici potest quantùm iustitiæ sinceriter administrandæ voluntas debilitetur. Meritò igitur rescriptum est ab Hadriano, Esse obseruandum magistratui qui iudicem daturus est, ne vnquam det eum quem alteruter litigatorum nominatim petat. Et certè parum refert an quis in causa sua eum iudicem eligat quem velit, An verò ille ipse iudicet, quod tamen distinctè prohibitum est *tot. tit. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic.* Nec quicquam durius litiganti homini esse potest, quàm si cogatur coram suspecto quantumuis alioquin probo iudice litigare *l. apertissimi 16. vers. licet enim C. h. t.* Planè si iudex petitus nominatim eius sit dignitatis vt ad verecundiam eius maximè pertineat, ne ob id suspectus videatur, permittendum ei erit vt iudex nihilominùs detur, sed impetranda erit ea permissio à Principe, vt Callistratus noster hîc scribit. Quòd si dolo malo petentis factum sit, vt hic iudex nominatim petitus ab eo fuerit, cùm tamen omnium minimè iudicem illum habere vellet, facere id debebit quo magis non quominùs iudicem dari eum oporteat, quia malitiis nunquam indulgendum est *l. in fundo 38. ff. de rei vindic.*

a *Nisi hoc specialiter à Principe.* Ratio dubitandi. Beneficia & rescripta Principum nemini debent esse captiosa *l. 2. § merito, & § si quis à Principe. ff. ne quid in loc. publ.* & Principes multò magis quàm alios vllos æquum est abstinere ab iis siue faciendis, siue concedendis quæ speciem aliquam vel minimam habeant iniquitatis *l. Imperatorem 9. ff. de hered. inst. l. ex imperfecto 23. de lega. 3. l. ex facto 43. de vulg. & pup. substit. l. 4. C. de emancip. liber.* Atqui iam diximus pessimi & iniqui exempli esse, vt iudex detur is quem altera pars nominatim petat. Ergo nec à Principe permittendum hoc est, quod citra alterius iniuriam & captionem permitti non potest.

Ratio decidendi. Non facilè bonus Princeps hoc permissurus est, sed ex causa permittere id potest, si fortè iudicis petiti probitatem, & fidem adeò perspectam habeat, vt facilè credat non aliter eum iudicaturum esse, quàm Princeps ipse esset iudicaturus, Quomodo de præfectis prætorio scriptum est in *l. vnic. § pen. sup. de off. præfect. præt.* Vereor tamen valde, vt exceptio hæc Triboniani sit potiùs, quàm Callistrati. Sunt enim Triboniano familiarissimæ exceptiones istæ sic conceptæ *nisi specialiter*: fuit autem hæc digna eo qui apud Imperatorem præcipua pollens autoritate, poterat quotidie impetrare ab Imperatore, vt is iudex daretur quem nominatim peteret is, à quo Tribon. ipse primùm corruptus pecuniis fuisset.

48. Pavlvs libro 2. Responsorum.

PArs literarum Diui Hadriani: *Τοὺς ἄρχοντας, ἐν ᾧ ἄρχουσιν ἐνιαυτῷ, μήτε ἰδίαν δίκην ἰδίων, μήτε διωκόντων, μήτε φευγόντων, μήτε ὑπὲρ ὧν ἐπιτροπεύουσιν ἢ κηδεμόνες εἰσίν, ἀλλ᾽ ἐπειδὰν ἐξέλθῃ ἡ ἀρχή, καὶ αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας, καὶ τοῖς φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς εἶναι ἐννόμους τὰς δίκας.* Id est: *Magistratus, quo anno cum imperio sunt, neque propriam, neque eorum, quorum tutelam, vel curam gerunt, causam in iudicio, vel agendo, vel defendendo sustinento. Simulac verò magistratus dies exierit*[a]*, non ipsis tantùm aduersus reos suos, sed etiam aliis aduersus ipsos litem intentare ius fasque esto.*

Ad l. pars literarum 48.

Ratio dubitandi. Nemini officium publicum vel damno vel compendio esse debet *l. videlicet 29. sup. ex quib. caus. maior. l. absentia 140. ff. de reg. iur.* Atqui non paruum damnum est si quis actionem sibi competentem exercere per annum integrum prohibeatur, Maximè si ponas actionem esse temporalem quæ anno vno sit peritura, aut etiam semestri, vt sunt pleræque actiones annales, nonnullæ etiam semestres vt redhibitoria *l. cùm sex 55. & pass. de ædilit. edict. l. in honorarius 35. de oblig. & action.* E contrario non paruum compendium est ex alterius damno quod quis per annum integrum conueniri non possit: cùm interim multa queant euenire, quæ faciant vt actio ipsa, vel eius saltem exercendæ facultas, intercidat, fortassis facultatibus lapso debitore. Ergo non potest æquum videri quod D. Hadrianum constituisse hîc Paulus refert, vt magistratus quo anno cum imperio sunt, neque propriam, neque eorum quorum tutelam vel curam gerunt causam in iudicio vel agendo vel defendendo sustineant. Præsertim cùm nihil prohibeat quominùs cæterorum exemplo & agere & conueniri per procuratorem possint *l. 1 § vsu. sup. de procurat.* Et sanè ita posito iure vix est, vt non ad inuidiam nocere magistratibus dignitas eorum videatur, contrà quàm ab Impp. rescriptum sit in *l. ad inuidiam 6. C. de his qui vi metus caus.* Deinde quid si inuitis magistratibus aliquid acciderit, puta si iniuriam vel furtum aliúdve damnum passi sint. Quid obsecro, iniquius, quàm impunita per annum delicta manere, atque ita in perditissimi cuiusque potestate esse, vt magistratus eo anno quo cum imperio sunt, pulsent vltrò, & lacessant, *arg. l. 2. § item si extra in fin. sup. hoc tit.*

Ratio decidendi. Fuit optimi Imperatoris prouidere ne quis publica potestate & imperio in alterius necem absolui posset, néve dignitas eius qui in magistratu & imperio esset per lites contra eum ab aliis æquo marte dimicaturis institutas, minui videretur. Quisquis enim siue agendo, siue defendendo litigat, necesse est vt parem sibi, & æqualem in ea lite aduersarium constitui patiatur: in qua si eum vinci contingit, etiam dedecori futurum illud est, minuitque ea res non parum existimationem magistratus, quasi per imperitiam, aut perfidiam litem vel instituisse, vel excepisse videatur, qui iustè condemnatus creditur. Quis enim iudex nisi planè amens aut imperitus maiores istos magistratus auderet iu-

ret iniustè condemnare? Sed & Senatusconsulto cauetur, vt de his quæ non tantùm præsides ipsi, sed etiam comites aut libertini eorum, antequàm in prouinciam venirent contraxerint, non nisi parcissimè ius dicatur, ita tamen vt actiones quæ ob eam causam institutæ non essent, ex posteaquàm eorum quis ex prouinc a excesserit restituantur *l. senatusconsulto 16. sup. de offic præsid.* Melius enim visum est & tolerabilius, vt ex annui eius temporis mora incommodum aliquod accederet, aut magistratibus, aut iis, qui cum magistratu litigare vellent, quàm vt id fieri permitteretur, propter quod suspicari quis vel temerè posset aliquid factū esse vel à magistratibus, vel in ipsos magistratus, quod minus ex eorum vel fide vel dignitate esse crederetur. Adeò decet magistratus omnes nō tantùm crimine, sed etiam quantulacunque criminis suspicione vacare. Et quoties nihil sine captione inuestigari potest, eligendum est id quod habeat, vel minus iniquitatis *l. quoties 200. de reg. iur.* vel plus publicæ honestatis, cuius præc pua ratio habenda est in iis etiam quæ licent *l. non omne 144. eod. l. semper in coniunctionibus 42. ff. de rit. nupt.* Planè si quid inuitis magistratibus accidat eo anno quo cum imperio sunt pati à iniuriam vel furtū passi sint, hactenus iis ius dicendum est, vt his contestetur, ictiq ablata exhibeatur & deponatur, aut exhibeti illæ e satisdatio promittatur. *d. l. senatusconsulto in fin.* vt dixi.

a *Simul ac vero magistratus dies exierit.* Ratio dubitandi. Etiam posteaquàm magistratus dies exiit; supersunt tamen reliquæ quædam pristinæ dignitatis, Nam qui fuit Consul remanet Consularis; qui Prætor, prætorius, qui Quæstor, quæstorius, & sic de cæteris. Ergo parum videtur referre an magistratus dies exierit necne. Ratio decidendi. Non dignitas magistratus facit quominùs vel agere vel conueniri possint eo anno quo magistratum gerunt, sed imperium quod eo anno habent cum dignitate *l. 2. sup. de in ius vocand.* Ideò namque in literis Diui Hadriani sic scriptum est *Magistratus quo anno cum imperio sunt.* Atqui postquàm magistratus dies exiit, neque imperium, neque imperij reliquias vllas retinent. Supersit res igitur reliquiæ dignitatis facere non debent quominùs vel agere possint vel conueniri. Quid ergo fiet hodie cùm magistratus sint perpetui? Mutauit ea res rationē iuris, nec hodie locus esse potest literis Hadriani; vt nec quantum ad alia pleraque, quæ in annuis magistratibus erant olim constituta, vt constat ex *l. principalibus 5. & seq.* vbi fauente Deo dicemus, *ff. de reb. credit.* In maioribus magistratibus Aduocatus fisci non est, ideóque nec agere prohibetur *l. penult. & vltim sup. de postul.* Planè quisquis in honore animo ministerióque publico est si aduersus legem Iuliam de adulteriis deliquerit, reus quidem postulatur, sed differtur eius accusatio & cautione iudicio sistendi causa promittitur in finem honoris *l. si adulterium 38. §. 10. ff. ad leg. Iul. de adult.*

49. PAVLVS libro 3. Responsorum.

VEnditor ab emptore denunciatus, vt eum euictionis nomine defenderet, dicit, se priuilegium habere sui iudicis. Quæritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem, & emptorem cœpta est, ad suum iudicem reuocare. Paulus respondit venditorem emptoris iudicem sequi solere.

Ad l. venditor 49.

Ratio dubitandi. Venditor cùm emptorem defendit euictionis nomine, nō tam emptoris quàm suam propriam causam agit, quippe in quem periculum damnúmque euictionis totum fit recasurum *l. si controuersia 9. l. cùm successores 5. C. de euict. l. si in venditione 60. ff. ead. & tit. l. 2. C. vbi in rem act. exerc. deb.* Ergo non est frustrandus priuilegio sui iudicis si quod habet, quasi alienam magis quàm suam litem defendat, potéstque litem ab eo iudice apud quem res inter petitorem & emptorem cœpta est ad suum iudicem reuocare. Ne alioqui priuilegium quod ex propria persona habet, ei adimatur ex persona alterius, præsertim cùm nihil intersit emptoris dūmodò defendatur. Ratio decidēdi. Litem alienam non suam persequitur venditor qui emptorem defendit, aut potiùs rem à se venditam, licèt suo sumptu & periculo id faciat. Nec enim potest dicere rem suam quam vendidit, & quam in emptorem totam transtulit, Nec proinde litem eo nomine institutam, præsertim quæ iam cœpta sit inter petitorem & emptorem. Cogitur ergo sequi iudicem emptoris, vt vbi cœptum iudicium est ibi & finē accipiat ex reg. *l. vbi cœptum 30. sup.* Nam nec emptor alia actione conuenitur, quàm actione in rem quæ scilicet non contra venditorem competit, sed contra possidentem *d. l. 2. C. vbi in rem act.* Sed hoc ita est accipiendum si venditor emptorem defendat, nec nisi contra petitorem pro emptore litigare velit. Cæterùm si venditor ab emptore laudatus neget se teneri de euictione, ideóque nolit emptorem defendere, alia erit quæstio nouáque lis eo nomine instituenda est, & quidem apud iudicem venditoris cùm sit actio personalis in qua haud dubiè & generaliter cogitur actor sequi forum rei *l. 2. C. de iurisdict. l. vlt. C. vbi in rem act.* Neque ad illum casum hæc lex pertinet, quamuis ea passim abutantur pragmatici nostri, vt errorem suum defendant, qui & inualuit iam in tribunalibus. Contra quem vide quæ scripsi in 1. *part. Chiliad. De error. pragmat.*

1 ¶ Iudices à præside dati solent etiam in tempus successorum eius durare, & cogi pronuntiare: eásque sententias seruari. in eundem sensum etiam Scæuola respondit.

Ad §. Iudices.

a Ratio dubitandi. Nulla præsidum autoritas est postquam magistratum deposuerunt, maximè verò vbi successorē acceperunt *l. m. mandata 10. supr. de offic. procons.* Ergo neque specialium iudicum ab iis datorum, qua & eum qui iudicare iubet, magistratum esse, oportet, & magistratus ipsi qui ipsi prouincias regunt, iudicare iubere eo die quo pri-

uati futuri sunt, non possunt *l. cum qui 12. sup. di ne- rejd.* Ratio decidendi. Iudex à præside vel alio magistratu datus totam autoritatem suam, & iudicandi potestatem plenè accipit eo instanti quo iudex datur. Sufficit igitur vt ab initio rite rectéque datus sit *l. iudices dati 46. supr.* Nec eo minùs tenet datio, quòd is qui dederat eũ dare hodie nõ posset, quia datio semel ritè facta non pendet amplius ab autoritate dantis nisi hactenus vt possit vetare ne iudicet is qui antea iudex datus fuit *l. iu- dicium soluitur 58. ĵ. hoc titul.* Ergo sicut iudicandi facultatem hic iudex retinet, ita & iudicandi necessitatem habet vt perinde cogatur pronunciare, acsi ab eo præside qui nunc prouinciam gerit datus esset. Ac sanè publicè interest, & ad iudiciorum litiúmque expeditionem pertinet, vt non facilè nec nisi ex causa necessaria iudex mutetur qui semel ritè rectéque datus fuit, *l. Iulianus art 17. & d. l. iudex datus. supr l. pen. §. vlt. ĵ. de vacat. & excus. muner.*

50. VLPIANVS libro 6. Fideicommissorum.

SI fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse maiorem partem hereditatis: non erit ad præstationem compellendus, & ita multis constitutionibus cauetur, vt ibi petatur fideicommissum, vbi maior pars hereditatis est [a]: nisi probetur, eo loco voluisse testatorem [b] fideicommissum præstari, vbi petitur.

Ad l. si fideicommissum 50.

Ratio dubitandi. Heres cogitur excipere actiones hereditarias in eo loco, in quo defunctus domicilium habuit *l. heres absens 19. sup.* Atqui hereditariarum actionum numero & legata & fideicommissa continentur *l. hereditariarum 20. de oblig. & action.* Ergo fideicommissum ibi ab herede petendum est vbi defunctus domicilium habuit, non vbi est maior pars hereditatis. Ratio decidendi. Legata & fideicommissa licèt hereditariarum actionum loco habeantur, tamen incipiunt ab herede *d. l. hereditariarum*, nec vnquam à defuncto debita fuisse dici possunt. Tunc enim deberi incipiunt cùm heres adeundo quasi contrahit cum legatariis & fideicommissariis *l. 5. § heres quoque eod. l. 3. in fi & l. 4. quib. ex caus. in poss. eat. l. 1. § vlt. & l. 2. ĵ. vt in poss. leg.* Nihil igitur refert vbi defunctus domicilium habuerit. Tunc demùm enim id spectandũ est cùm heres conuenitur ex persona defuncti, & eorum nomine quæ defunctus ipse debuit *d. l. heres absens, & l. si is qui Romæ 34. sup.*

a *Vbi maior pars hereditatis est.* Ratio dubitandi. Possunt fideicommissa & legata peti per actionem personalem *l. quod legatur 38. § 1. l. filiusfamilias 16. § 1. ĵ. qui testamentum facere possunt.* Ergo non est inspiciendum vbi sita sit hereditas aut maior pars hereditatis. Solet enim illa inspectio tunc tãtùm habere locum, quando agitur in rem *l. vlt. C. vbi in rẽ act. exerc. deb.* Et ideò distingui solet in legatis an petatur per actionem personalem, an per actionem in rem *d. l. quod legatur.* Quæ tamen distinctio poterat inter Pandectarum cadere in fideicomissa, quippe quorum vindicatio nulla esset, cùm nõ sicut legatorum ita & fideicommissorum dominium vllo casu posset transire recta via in fideicommissarium saltem citra traditionem, Adeò vt secuta quoque traditione non nisi bonitarium dominium haberet fideicommissarius, at non etiã quiritarium, quòd fideicommissi causa iure ciuili non esset cognita nec habilis ad dominium transferendum, vt alibi à nobis disputatum est ex *l. 3. ĵ. si vsusfruct. pet. l. Herennius 41. ĵ. de vsur. iunct. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Quamuis hodie verum sit non minùs pro fideicommissis, quàm pro legatis competere vindicationem ex *l. 1. C. commun. de legat.*

Ratio decidendi. Etsi fideicommissorum nomine sicut & legatorum obligatur heres teneturque actione personali ex suo quasi contractu *d. l. 5. §. heres quoque. ĵ. de oblig. & action.* hereditas tamen illa est quæ ipsum obligat. vnde etiam fit, vt si plures sint heredes, non pro virilibus sed pro hereditariis portionibus teneantur, *l. siue a certis 17. ĵ. de duobus reis.* Ergo non alibi fideicommissum peti debet, si non petatur in loco domicilij heredis, quàm vbi hereditas ipsa est quæ heredi relicta fuit *l. vnic. C. vbi fid. pet. oport.* aut saltem maior pars hereditatis. Dices hanc rationem videri potiùs facere vt fideicommissi nomine possit conueniri heres vbicunque sit aliquid hereditarium quasi & ibi hereditas sit. Videturque sanè hæc magis germana dubitandi ratio ad hunc locum, ex *l. 1. eod et si 12. §. vlt. ĵ. illis verbis, et si nihil sit eo loci.* Sed respondendum est meritò constitutum esse, vt vel totam hereditatem vel maiorem partẽ hereditatis ibi esse oporteat, vbi petitur fideicommissum, Ne alioqui accidat vt in diuersis prouinciis quod plerumque euenit, sita hereditate, cogatur heres in diuersis tribunalibus, eodem tempore contra diuersas personas se defendere, atq; ita lõgè grauiorem vexationem pati, quàm si ab omnibus conueniretur in eo loco in quo esset maior pars hereditatis. Quod autem dico *hereditatis* intellige bonorum hereditariorum. Nam hereditas ipsa cùm sit nomen iuris, & in iure consistat non in corpore *l. hereditas 50. ĵ. de pet. hered* nullibi esse potest *l. 1. §. quædam. sup. de rer. diuis.* Ad hũc verò tractatũ non pertinet quod scriptum est in *l. cum res 47. in pr. & l. si seruum 108. in princ. de leg. 1.* & in *d. l. quod legatur sup.* Ibi enim non de fideicommissis legitur, sed de legatis quo tum alia ratio fuit iure veteri, vt dicam ad §. vlti. huius legis. Illud sanè constat posse fideicommissum peti in domicilio heredis, & quidem sine vllus præscriptionis metu *d. §. vlt.* vbi latiùs dicam.

b *Nisi probetur eo loco voluisse testatorem.* Ratio dubitandi. Non potest facere testator, quin hereditas illa sit quæ obligat heredem ad fideicommissorũ præstationem *d. l. siue à certis 17. ĵ. de duob. reis.* Ergo neque vt alibi debeat peti fideicommissum quàm vbi est hereditas aut maior pars hereditatis, ne sit in eius potestate facere, vt leges in suo testamento locum non habeant contra *l. nemo potest 55. de leg. 1.* Ratio decidendi. Paterfamilias vti super sua re legassit legémque fecerit ita ius esse debet *l. verbis legis 120. de verb. signif.* & in omnibus quæstionibus quæ ad vltimas voluntates pertinent, voluntas testatoris illa est quæ totum facit *l. si mihi & in fin. de leg. 1. l. in conditionibus 19. de cond. & demonst.* dum ne quid

quid testator velit, aut præcipiat contra leges. Atqui nihil contra leges facit testator qui iubet fideicommissum eo loco præstari vbi petetur, quia quod leges volunt alibi præstandum esse si alibi maior sit pars hereditatis. Exceptionem hanc ipsam habet, si non alio loco testator præstari iusserit. Itaque testator qui alio loco præstari iubet, neque contra, neque præter leges quicquam facit. Certè non contra, quod sufficit. Nam præter leges facere quidlibet testator potest, dum ne contra, sicut & prætor *l. necnon 28. §. quod eius supr. ex quib. caus. maior.* Voluntas igitur testatoris hac parte omnino sequenda est, nec tantùm expressa, sed etiam tacita *l. sed etsi 52. §. 1. & 2. ff.* Sed adde aliam exceptionem, Nisi res quæ per fideicommissum relicta fuit eo loci sit vbi petitur. Tunc enim non potest heres præscribere ei qui petit, quasi hereditas aut maior pars hereditatis alibi sit *d. l. sed etsi 52. §. si ea res ff. hoc tit.* vbi dicam.

1 ¶ Tractatum est de ære alieno: si in ea prouincia, vbi fideicommissum petitur, plus esset æris alieni: an quasi maior pars alibi esset, præscriptio locum haberet. Sed & hic placuit nihil facere æris alieni nomen: cùm non loci sit æs alienum, sed vniuersarum facultatum: æs enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates. Quid tamen, si forte a certis oneribus destinatum sit id patrimonium: vt puta alimentis præstandis, quæ Romæ præstari paterfamilias iusserat, vel tributis, vel quibusdam aliis inexcusabilibus oneribus: an possit præscriptio locum habere? hic putem iustius dici, locum habere.

Ad §. tractatum.

Ratio dubitandi. Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno *l. mulier 70. ff. de iur. dot. l. non possunt 11. ff. de iur. fisc. l. subsignatum 39. §. 1. de verb. sign.* Ergo si in ea prouincia in qua fideicommissum petitur plus sit æris alieni, quàm in alia, locum habere debebit præscriptio quasi maior pars bonorum hereditariorum alibi sit. Ratio decidendi. Æs alienum non alicuius loci est, sed vniuersarum facultatum, id est, totum patrimonium imminuit, non certi loci facultates quia nec singula corpora possunt recipere æris alieni diminutionem *l. cogi 16. §. inde quæritur ff. ad SC. Trebell.* Ergo nihil potest hîc facere nomen æris alieni, nec proinde potest eo prætextu locum habere præscriptio quominus fideicommissum ibi præstandum sit vbi petitur si maior pars bonorum ibi sit, quamuis maior quoque pars æris alieni in eadem prouincia esse videatur. Ex hoc autem apparet quàm verum sit quod suprà diximus, maiorem partem hereditatis hîc intelligere nos debere, maiorem partem bonorum hereditariorum. Nam bona quidem minuuntur in vniuerso propter æs alienum, At hereditas ipsa si propriè sumatur quatenus consistit in iure non in corporibus, vt in *l. 1. §. quædam. supr. de rer. diuis. & in l. hereditas 50. de petit. hered.* non minuitur quia continet commoda & incommoda, nec minùs æs alienum quàm quod fuit defuncti *l. hereditatis 119. de verbor. signific. iunct. l. 3. ad leg. falcid. l. 1. & 2. ff. de bonor. poss. ff.*

a *Quid tamen si forte* Ratio dubitand. Aes alienum imminuit totum patrimonium non certi loci facultates, vt proximè diximus Atqui æris alieni appellatione continetur etiam si alimenta quibusdam siue Romæ, siue alio in loco præstanda sint, vel tributa soluenda, vel alia huiusmodi onera quæ planè inexcusabilia sunt, subeunda. Creditores enim accipiuntur, non hi tantùm qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex qualibet causa debeatur, & ex quacunque actione vel persecutione, vel iure ciuili, vel honorario, vel extraordinario, siue purè, siue in diem vel sub cõdicione *l. creditores 10. & seq. ff. de verb. signif.* Ergo quamuis patrimonium eius prouinciæ vbi fideicommissum petitur certis oneribus huiusmodi fuerit destinatum, non eo magis dicendum est locum habere præscriptionem, de qua hîc agitur, quasi alibi maior sit pars hereditatis Ratio decidendi. Destinatio patrisfamilias hoc facit. vt & alia quã plurima, quæ pendent ex sola domini voluntate *l. ligni 55. §. idem l. qui filium 64. de leg. 3.* Nec videtur paterfamilias in ea prouincia habuisse alia bona, quàm quorum fructum & emolumentum sibi saluum esse voluit deductis oneribus quibus ea destinasset.

2 ¶ Sed & rescriptum est, vt illic fideicommissum petatur, vbi domicilium heres habet: (Quotiens autem cœpit quis fideicommissum soluere, non potest hac præscriptione vti.)

Ad § 2. Sed & rescriptum.

Ratio dubitandi. Multis constitutionibus cauetur ibi petendum esse fideicommissum vbi vel hereditas tota est, vel maior pars hereditatis, vt scriptum est initio huius legis, & in *l. vnic. C. vbi fideic. pet. oport.* Ergo non illic vbi domicilium heres habet. Ratio decidendi. Constitutiones intelligi debent de eo casu quo fideicommissum petatur in eo loco in quo aliquid sit quidem hereditarium sed vbi domicilium heres non habeat. Et consequenter præscriptio cuius hîc Vlpianus meminit locum habet cùm heres non in loco sui domicilij conuenitur, sed in alio loco vbi neque domicilium, neque maiorem hereditatis partem habeat, sed in quo tamen aliquid sit hereditarium, Quia cùm hereditas quæ in iure consistit non in corpore videatur esse vbicunque aliquid hereditarium est, possit autem fideicommissum ibi peti vbi hereditas est *d. l. vnic. C. vbi fideic. pet. opor.* negari non potest quin rectè agat, quisquis fideicommissi nomine conuenit heredem in eo loco, licèt maior pars hereditatis alibi esse proponatur. Alioqui si malè hic & nullo iure ageret, præscriptio ista non esset, quæ tamen est heredi necessaria, quod alibi sit maior pars hereditatis. Sed non tollit ea ratio æquitatem præscriptionis, quàm ideò heredi accommodandam esse visum est, Ne alioqui eodem tempore in variis tribunalibus vexetur litibus si

fortè veandi eius gratia conspirent fideicommissarij, vt singuli pro singulis fideicommissis eum conueniant in aliis atque aliis tribunalibus, in quorum territorio aliquid hereditarium reperiatur: quomodo frequentissimum olim erat in tanta Romanorum fortuna, vt patrimonium permulti haberent in variis prouinciis, quod legatorum formulæ illæ toties in libris nostris vsurpatæ testantur *Bona quæ habeo in Asia, Pamphylia, Cilicia, &c.* Cæterùm si heres in loco sui domicilij conueniatur etiamsi nihil ibi possideat ex hereditate, qua fronte tamen potest recusare aut præscribere quominùs ibi conueniatur, adeóque fideicommissum præstare compellatur? Nec enim alio vllo loco conueniri potest commodiùs: Nec addenda est exceptio quæ additur in legatis si modò id quod petitur eo loco præstari commodè possit, id est, si non certum corpus legatum aut fideicommissi nomine relictum sit, sed quid aliud quod in pondere, vel numero, vel mensura consistat, quod nemo adhuc dixit, separanda esse hac parte fideicommissa etiam singularia, à legatis per vindicationem relictis. Nam nec in alio legatorum genere ipsum *lego, adi* verbum vsurpatur. Monet me quod video in hac lege & sequentibus, & *in tit. C. vbi fideic. pet. oport.* de fideicomisso tãtùm agi, non etiam de legato. Contrà verò in *d. l. quod legatur 38. supr. & d. l. cùm res 47. l. si seruum 108. in princip. de legat. 1.* de solo legato agi non etiam de fideicommisso. Porrò inter legatum quod per vindicationem & per verbum *lego* relictum sit, & fideicommissum hoc interest, quod testator eum legat nec de herede loquitur, nec ad heredem, sed tantùm de legatario & ad legatarium. Cùm verò heredis fidei cõmittit, necessariò de herede cogitat, siue cũ eo loquatur, quãuis nec id necesse sit, siue ad fideicommissãriũ verba sua dirigat, & intentionem. Adeò vt dubitatum sit olim an valeret fideicommissum, de quo testator cum herede locutus non esset *l. miles ad sororē 75. in princ. l. cùm pater 77. § donationis de leg. 2.* Ex qua differentia, etiam illa proficiscitur quod legatum per vindicationem relictum, à legatario potest occupari propria autoritate, nec capiendum necessariò est per manus heredis, tanquam quod tam citò acquisitum sit legatario, atque hereditas heredi *l. legatum 80. eod. & l. à Titio 64. in fi. de furt.* fideicõmissum verò ab herede, ac per eius manus semper capiendum est siue vniuersale sit, siue singulare inspecta iuris veteris ratione. Non enim nunc agimus de iure nouo, quod Iustin. induxit in *l. 1. C. commun. de lega.* vbi etiam pro fideicommissis singularibus, sicut & pro legatis quibuslibet dedit vindicationem. Inde igitur fieri dico, vt cùm certa res legata fuit, certúmque corpus, si heres per actionem personalem conueniatur, non solùm ibi conueniri possit vbi habet domicilium, sed etiam vbi est hereditas, siue maior, siue minor pars hereditatis ibi sit, etiamsi res legata alibi sit præstanda tanquam alibi à testatore relicta, Nempe quia sufficit heredi vt patiatur se condemnari & consentiat vt legatarius ibi rem capiat vbi est, cùm poterit etiam inuito & non expectato herede, vt Caius loquitur in Insti. eam rem sibi legatam propria autoritate occupare. Proinde etiamsi heres date illam sua manu & præstare velit, non alibi tamen date illam & præstare cogendus est quàm vbi est, ita nimirum faciente voluntate testatoris. Nam si testator voluit, vt posset legatarius eam rē propria autoritate occupare, quod vtique facere non potuisset alio in loco, quàm vbi res fuisset, multò magis credendus est non alio in loco dari eam, præstarique ab herede voluisse, quàm vbi relicta fuisset. Quòd si non certum corpus legatum fuerit, sed pecunia, vel quid aliud quod cõsistat in pondere, numero, vel mensura, idque per modum generis non per modum corporis & speciei, petendum quidem illud est in eodem loco. Sed cum hoc ampliùs quod ibidem etiam præstandum est omnimodo non inspecto eo quod legata specie inspiceretur, An alibi testator, aut pecuniam, aut merces reliquisset, vt dixi ad *d. l. quod legatur. supr.* vbi etiam attuli rationem diuersitatis. Planè si nolit legatarius heredē conuenire, vbi est maior pars hereditatis, licèt non habeat ibidem heres domicilium suum, Non video cur non cogendus sit ibi iudicium suscipere contra legatarium, perinde ac contra fideicommissarium. Tantò magis quod ea res non obligat heredem, vt ibi præstare cogatur rem legatã quæ alibi sit. Aliud enim est quærere vbi legatum peti debeat, aliud verò in quo loco præstari. Nec quicquam vetat vno loco peti legatum, & condemnari heredem eo nomine, alibi verò fieri præstationem *d. l. quod legatur & d. l. cùm res.* Sed quid si petatur ibi legatum vbi sit res vna tantũ hereditaria? Nec habebit heres præscriptionem contra legatarium quam haberet cõtra fideicommissarium, siue certum corpus legatum sit, quia eo casu nihil interest heredis, qui, vt dixi, non eò magis legatum ibi præstare compelletur, sed vbi corpus ipsum erit *d. l. quod legatur*, Siue legata sit pecunia, vel quid aliud simile, quia testator qui legauit per vindicationem non magis voluit heredē habere quicquam, vel minimum ex hereditate, quàm legatarium habere suum legatum, *d. l. legatum.* Potestque dici stare hoc casu per heredem, quominùs legatarius suum legatum consequatur, & occupet suo iure, sc. si soluendo legato sufficiens sit patrimonium hereditarium quod in eo loco est in quo legatum petitur, ne alioqui minùs magno incommodo heres afficiatur, arg. *l. sed etsi 52. § 2. & 3.* At in fideicommisso, siue vniuersale, siue singulare sit, diuersa sunt omnia. Nam eùm heres non possit recusare quominùs fideicommissum sua manu præstet, nec illud quoque recusare potest quominùs præstet in eo loco in quo petitur, licèt res alibi relicta fuerit à testatore, Ne alioqui dum se excusat quod res alibi sit, hoc ipso se tantò magis oneret, vt ad eum locum ire ipse cogatur ad rem tradendam: quæ res non minus ab ipsius cõmodo, quàm à testatoris voluntate aliena esset. Onerauit enim testator heredem, vt sua manu fideicommissum præstaret, non etiam vt iret ad eum locum in quo res esset, ibique eam præstaret. Quare nec eùm de fideicommisso quæritur, distinctio illa adhibetur quæ adhibenda est in legatis, An eam rem heres aliò transtulerit dolo malo, quia non potest transtulisse dolo malo, qui satisfacit voluntati testatoris tradendo eam quocunque loco, maximè verò si in eo loco tractat, in quo petatur: quæ tota est pœna heredis aliò rem legatam dolo malo transferentis. Sicut nec distinctio alia in fideicommissis locum habet, An legata sit species, an verò genus quod in pondere, numero, vel mensura consistat, Omnibus enim fideicommissis commune illud est, vt præstari debeant vbi petuntur, nec duplex in iis quomodo in legatis quæstio

est,

est, Vbi debeant peti, & vbi præstari, sed tamen æquius fuit constitui, vt ibi peti debere nt vbi commodius præstari possent, facta scilicet ratione in heredis, vt in aliis ferè omnibus, interpretatione, quia etiam in fideicommissis testatori voluit potiorem esse cautam heredis, quàm fideicommissarij acceptum fideicommissum per manus heredis. Non potuit autem constitui locus commodior in quo & peterentur & præstarentur, quàm vbi relicta esset hereditas *l. vnic. C. vbi fideic. pet. oport.* cùm ex ipsa hereditate sint præstanda. Hereditas, inquã, id est res hereditariæ. Ius enim ipsum hereditatis nullibi gentium esse potest, vt iam dixi, cùm sit incorporale. At quoniam fieri facilè potest, ac euenit plerumque, vt res hereditariæ in variis non modò locis sint, sed etiam prouinciis & iurisdictionibus, Nihil poterat incommodius esse heredi, quàm ita ius constitui, vt vbicunque esset aliquid hereditarium, ibi conueniri posset quasi & in eo loco esset hereditas, nisi adhibitum fuisset ex constitutionibus temperamentum, vt ibi maiorem hereditatis partem esse oporteret, vbi heres præextu hereditatis inquietaretur. Sed hue ad excludenda duntaxat cætera loca, in quibus aliquid esset ex hereditate, at non etiam ad excludendum locum domicilij si fideicommissarius heredem ibi conuenire mallet. Eo namque casu quo heres in domicilij sui loco conuenitur, nulla est ei præscriptione adiuuandus est, tametsi maior pars hereditatis alibi sit, tanquam eo casu non iam quasi heres, quàm quasi alius debitor quilibet conueniatur, & in eo iure communi quo cæteri debitores omnes in domicilij loco conueniuntur *l. 2. C. de iurisdict.* Ideoque Vlpianus in hoc §. indistinctè ait, rescriptum esse vt illic petatur fideicommissum, vbi domicilium heres habet, Nec addit quicquam de præscriptione illa *si alibi non sit maior pars hereditatis.* E contrario, cùm idem Vlpian. in principio legis scribit in hunc modum *Si fideicommissum ab aliquo petatur, sique dicat alibi esse maiorem partem hereditatis,* an non satis inuui tractare se eatum illic quo fideicommissum ibi petatur, vbi aliqua sit pars hereditatis, sed non maior? Ita ut vt tota vis huius differentiæ quam inter legata & fideicommissa constituimus, consistat iam in petitione, quàm in præstatione. Nam et hæc & illa petenda sunt alibi atque alibi, sed fideicommissa ibi omnimodo præstanda sunt vbi petuntur, legata verò vindicationis si per actionem personalem petantur etiam alibi præ-

standa sunt plerunque, id est, cùm certum corpus legatum fuit quod alibi sit, relictum à testatore nec dolo malo heredis alio translatum. Aut si quando præstanda sint vbi petuntur, quod contingit si legata sit pecunia vel quid aliud quod pondere, vel numero, vel mensura continetur, ibi etiam præstantur etiamsi neque tota hereditas, neque maior pars hereditatis ibi sit. Fideicommissa verò non item propter præscriptionem in quæ heredi datur contra fideicommissarium, at nunquam contra legatarium cui datum fuerit legatum per verbum *lego*. Atque hæc mea sententia est noua quidem & ante hunc diem inaudita, sed quæ tamen & rationi iuris veteris, & earum legum quas interpretamur verbis conuenientior videtur. Cui consequens est, vt postquam Iustinianus pro fideicommissis quoque singularibus dedit vindicationem, eandémque ipsis vt & legatis omnibus naturam tribuerit, quæ olim erat legatorum per vindicationem relictorum, ius hoc totum hodie sit conturbatum, & illud ipsum in fideicommissis omnibus petentibus obseruari oporteat, quod olim obtinebat in legatis per vindicationem non quod in ipsis fideicommissis. Excipienda tamen sunt fideicommissa vniuersalia pro quibus nec hodie vindicatio competit nisi post factam ab herede restitutionem, vt neque olim *l. facta 63. ad SC. Trebell.* præterquam iis casibus quibus placuit fideicommissum vniuersale habendum esse ipso iure pro restituto *l. pen. C eo. & Nouell. de hered. & falc.* Vbi ergo petendum erit hodie fideicommissum vniuersale? Vbi petendum erat olim, id est, vel in loco domicilij heredis, vel vbi est maior pars hereditatis.

b *Quoties autem cœpit quis.* Hic versiculus meritò pro mendoso circumscriptus est tanquam planè ineptus, & à sententia huius §. itemque legis sequentis alienus. Vt vel ex hoc maximè loco appareat non defuisse ex interpretibus imperitos plerosque qui leges nostras plerasque corruperint sua glossemata contextui inserendo. Verum tamen etsi heres in eo loco conuentus ad præstandum fideicommissum vbi nec domicilium ipse haberet, nec maior pars hereditatis esset, cœperit aliquid ex fideicommisso soluere non posse illum vti hac præscriptione quippe cui per solutionem inchoatam renunciasse videatur non minùs quàm si eo in loco litem contestatus esset. Aliud esset si soluisset ante quam conueniretur.

51. MARCIANVS libro 8. Institutionum.

QVamuis ad eum hereditas fuerit deuoluta, qui domicilium in prouincia habet. Sed & Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, si consenserit fideicommissarius alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare, vbi consenserit.

Ad l. quamuis 51.

Ratio dubitandi. Cùm hereditas illius qui patrimonium suum Romæ habuit (de isto enim omnes hæ leges loquuntur) ad eum deuoluta fuit qui domicilium in prouincia & fortassis trans mare habet, non videtur ea fuisse voluntas testatoris, vt hic heres fideicommissum præstare cogatur in loco sui domicilij in quo nihil penitus ex hereditate possideret. Vtique enim testator heredem non de suo sed de bonis hereditatis fideicommissa præstare voluit. Ergo saltem hoc casu dicendum est heredem si in domicilij sui loco conueniatur ad fideicommissi præstationem, iuuandum esse ea præscriptione quod alibi sit hereditas. Nam cui damus exceptionem ob id quod maior pars hereditatis alibi sit, multò magis danda est ob id quod tota hereditas in alia prouincia esse proponatur.

Ratio decidendi. Ius commune illud est omnium debitorum, vt nullam habeant præscriptionem si in loco sui domicilij conueniantur, quia nec fieri posset vt alio vllo loco qui commodius esset conuenirentur. *l. 2. C. de iurisd. l. cum quadam 19. §. ea*

Digitized by Google

ill.tit. Nec quod in eo loco nihil penitus sit hereditarium, ad rem facit, Quando etiamsi nihil prorsus esset in hereditate non eo minùs tamen & conueniri posset heres, & de suo satisfacere creditoribus teneretur *l. quæ dotis 33.§. solut. matr.* Etenim autem minùs iuris habebant olim legatarij & fideicommissarij quàm creditores, quia neque legatis vel fideicommissis onerari poterat hereditas suprà quàm esset in hereditate *l. in ratione 11.§. quod vulgo ad leg. falcid. l. 1.§. si is qui quadri. genta ad SC. Treb.* (quod hodie immutatum est à Iustiniano in odium heredis nullum inuentarium conficientis. *l. vlt.§. sin vero postquam, iun. §. et si præfatam. versic. sed et si legatarij. C. de iur. delibera.*) Non poterat tamen ea res quod nihil ex hereditate esset in loco domicilij heredis, facere quominùs in eo loco conueniri posset, cùm esset liberum heredi res hereditarias alibi constitutas vel vendere, vel ad domicilij sui locum si erant mobiles reuocare, vt fideicommissario satisfacere posset. Aut saltem poterat ea ratio afferre aliquam excusationem heredi, conuento & condemnato in loco sui domicilij, ne tam citò iudicatum facere teneretur, at non etiam ne in eo loco & conueniretur & condemnaretur. Cæterùm ex huius legis continuatione cum §. vlt. legis præcedentis apparet quàm verum sit quod ad eũ §. vlt. monuimus irreptitium esse delendumque totum illum versic. *quotiens autem cœpit quis.* Nihil enim commune habet lex hæc cum eius versiculi sententia, sed eum eo tantùm quod Vlp. dixerat rescriptum esse, vt illic fideicommissum petatur vbi heres domicilium habeat. Apparet etiam ex hac lege verum esse quod docuimus ad eundem §. vlt. nulla præscriptione iuuandum esse heredem cùm in sui domicilij loco conuenitur, etiamsi maior pars hereditatis alibi esse proponatur. Nam si poneres tractari in hac lege de herede qui & in foro sui domicilij conueniretur, & in eo loco haberet maiorem partem hereditatis, inepta esset ratio dubitandi quæ ex eo sumitur quod hereditas ad alterius prouinciæ hominem fuerit deuoluta, cùm etiamsi Romanus esset nec vllum domicilium in prouincia haberet, in ea tamen conueniri & posset & deberet, vel ob hoc solùm quod in ea esset maior pars hereditatis.

a *Si consenserit fideicommissarius alio loco dare.* Legendum est *fideicommissum* pro *fideicommissarius* nato facilè mendo ex eo quod paucioribus literis scriptum esset *fideicommiss.* quibus literis & fideicõmissum & fideicõmissarius poterat significari. Cæterùm & præcedentia & sequentia omnia sunt de herede non de fideicommissario. Præsertim illa *si consenserit alio loco dare.* Item illa *necesse habuit secundùm consensum dare* vbi consenserit. Heredis enim est dare, fideicõmissarij autẽ accipere. Sed & quod initio sequentis legis scriptum est, *si suscepit actionem fideicommissi* ad heredem pertinet nõ ad fideicommissarium vt nemo non videt. Ratio dubitandi. Priuatorum pactionibus iuri publico derogari nõ potest *l. ius publicum 38. sup. de pact.* Atqui ius publicũ est vt fideicõmissum nõ alio loco peti oporteat quàm vbi vel heres domicilium habet, vel maior pars hereditatis est, vt dixi ad §. vlt. legis præcedentis. Ergo quamuis consenserit heres fideicommissum alio loco dare non tamen necesse habebit secundùm consensum dare, id est vbi consenserit, Maximè si postea mutet voluntatem *l. si conuenerit 18. sup. de iurisd.* Ratio decidendi. Potest quilibet iuri ac priuilegio suo renunciare *l. pactum 46. §. de pact. l. pen. C. eod.* maximè vero præscriptioni fori cui plerumque etiam tacito consensu renunciatum intelligitur, putà si lis contestata sit antequàm ea opponeretur *l. vlt. C. de except. l. 4. C. de iurisd. & §. 1 proxim. seq.* vbi dicam.

6. VLPIANVS libro 6. Fideicommissorum.

SEd & si suscepit actionem fideicommissi, & aliis defensionibus vsus, hanc omisit: postea quamuis ante sententiam, reuerti ad hanc defensionem non potest.

Ad l. sed et si 32.

Ratio dubitandi. Præscriptio ista de qua agitur in hac lege & in præcedentibus non videtur similis cæteris præscriptionibus fori quas proximè diximus non posse opponi post litem contestatam ex *l. 4. C. de iurisd. l. vlt. C. de except.* quia non tam ad iurisdictionem ipsam declinandam pertinet, ne heres fideicommissi nomine conueniatur & condemnetur, quàm ad remorandam præstationem, Ne scilicet fideicommissum præstare teneatur in eo loco in quo non sit maior pars hereditatis *l. si fideicommissum 50.* in illis verbis, *non erit ad præstationem compellendus sup. hoc tit.* Vt proinde non tam fori, quàm loci præscriptio esse videatur. Ergo etiamsi lis contestata sit apud prætorem susceptaque per heredem actio fideicommissi nõ eo minùs tamen heredi permittendum est quamuis aliis defensionibus vso vt saltem ante sententiam ad hanc defensionem reuertatur. Neque enim pluribus defensionibus quicquam vti prohibetur, Nec rursus nouum est vt exceptiones pleræque non modò post litem contestatam & ante sententiam, sed etiam post sententiam ipsam opponantur, Nempe si tales sint quæ non impugnent iudicatum, Cuiusmodi sunt solutionis, compensationis, &c. De eo quod facere quis possit *l. miles 6. in princ. §. de re iudic. l. in condemnatione 173. vbi not. §. De reg. iur.* Quibus & hæc similis esse videtur. Quid enim vetat quominus heres qui sit condemnatus ad solutionem fideicommissi, & tamen præstitbat non alio se loco præstare id debere quàm vbi maior pars hereditatis?

Ratio decidendi. Fideicommissa omnia quoniam per manus heredis præstanda sunt, nõ alio in loco peti debent, quàm in quo etiam præstari, vt dixi ad *l. 50. §. vlt. sup.* Ergo quæ præscriptio non potest opponi Ne fideicommissum certo loco petatur, eadem nec opponi potest, vt in eo loco præstetur. Atqui præscriptio Ne fideicommissum certo loco petatur est præscriptio fori non loci, vt apparet ex eo quòd si in eadem prouincia & iurisdictione varia sint loca, in quibus sita sint bona hereditaria, non potest heres conuentus in foro illius prouinciæ præscribere quod in alia ciuitate eiusdem iurisdictionis, maior pars sit hereditatis. Alibi enim esse maiorem partem nihil aliud est in hoc tractatu, quàm esse in alia iurisdictione. Ergo non potest opponi ante litem contestatam. Est enim

nim hoc generale & commune omnibus fori præscriptionibus, vt & cæteris dilatoriis, vt opponi debeant ab initio litis, & ante contestationem *d. l. vlt. C. de except. l. exceptionem 19. C. d. probat.*

1 ¶ Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit: quamuis maior pars hereditatis in prouincia sit, tamen Romæ debere fideicommissum solui, dicendum est: cùm appareat id testatorem sensisse ex genere comparationis.

Ad §. 1. si libertis.

Ratio dubitandi. Non debet fideicommissum aut peti aut solui Romæ si maior pars hereditatis sit in prouincia, Alioqui præscriptio locum habet, de qua in *l. si fideicommissum 50. sup. hoc tit.* Ergo etiamsi libertis suis testator emi voluerit tesseras frumentarias, id est, signa, quibus exhibitis frumẽtum à Principe dabatur, si tamen maior pars hereditatis in prouincia sit, non eò magis Romæ peti aut solui fideicommissum hoc debebit.

Ratio decidendi. Etiam alibi quàm vbi maior pars hereditatis est soluenda sunt fideicommissa si testator ita voluerit. Est enim hoc commune legatis omnibus & fideicommissis, vt in huiusmodi quæstionibus voluntatem testatoris ante omnia spectari oporteat *l. cum res 47. de leg.* Atqui in proposita specie apparet de voluntate testatoris ex genere comparationis, id est, ex qualitate & condicione eius rei quam fide commissarius emi ab herede & comparari voluit. Tesseras enim frumentarias emi voluit, quæ non alibi, quàm Romæ venduntur, sicut nec alibi, quàm frumentum datur iis qui eiusmodi tesseras exhibent. Ex eo igitur apparet voluntatem testatoris hoc casu fuisse vt tale fideicommissum Romæ solui debeat. Quod ipsum tamen sic intelligendum videtur, si huic fideicommisso præstãdo sufficiens relictum sit Romæ patrimonium, Exemplo eius quod scriptum est in §. *seq.*

2 ¶ Sed etsi proponas, quibusdam clarissimis viris argenti, vel auri pondo relicta, & sit sufficiens ad huiusmodi fideicommissa Romæ patrimonium: licèt maior pars totius patrimonij in prouincia sit: dici oportet, Romæ esse præstandum. nec enim verisimile est, testatorem, qui honorem habitum voluit his, quibus reliquit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse.

Ad §. 2. Sed etsi proponas.

Ratio dubitandi. Fideicommissa omnia sicut & legata quæ à testatoribus relinquuntur, eandem semper causam habent, adfectionem scilicet testatoris erga legatarios & fideicommissarios, quibus hunc honorem habere voluerit ob meritum aliquod præcedens *l. nec adiecit 9. inf. a pro socio.* Ergo parum refert an clarissimis quibusdam viris, an aliis bene meritis argenti vel auri pondo aliquot relicta sint Romæ, Sed vtroque casu perinde dicendum est, vel præstandum esse fideicommissum Romæ ex ratione illa quam hic Vlpianus adfert quòd non sit verisimile testatorem, qui honorem habitum voluit iis quibus reliquit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse, Vel præscribendum esse fideicommissariis petentibus Romæ fideicommissum, quòd alibi sit maior pars hereditatis. Ratio decidendi. Etsi legatorum & fideicommissorum omnium causa eadem est quæ & ex testatoris adfectione, & ex legatarij vel fideicommissarij merito proficiscitur, fatendum tamen est, non semper parem esse testatoris erga omnes illos adfectionem, & plerumque interpretandas plenius defunctorum voluntates pro eius dignitate cui relictum est *l. plenum 12. §... vers. aliquo enim largius ff. de vsu & habit.* Ergo cùm testator clarissimis quibusdam viris aliquot argenti vel auri pondo reliquit, multò maior ratio est, vt dicamus non esse verisimile testatorem qui honorem iis habitum voluit, tam modica fideicommissa in prouincia præstari voluisse, quàm si aliis cuiuslibet condicionis hominibus eiusmodi fideicommissa data proponerentur. Proinde clarissimis istis fideicommissum Romæ petentibus non obstabit præscriptio quæ aliis obstaret, Quòd alibi sit maior pars hereditatis, Si tamen illud præterea concurrat vt ad huiusmodi fideicommissa Romæ præstanda sufficiens sit Romæ patrimonium. Alioqui durum sanè & iniquum esset prætextu dignitatis fideicommissarium vrgeri heredem ad soluendum fideicommissum eo in loco vbi non habeat ex patrimonio defuncti vnde possit soluere. Quo argumento suprà diximus ad *l. si fideicommissum 50. §. vlt in. supr.* Etsi heres nullam habeat præscriptionem contra legatarios petentes legatum pecuniarium, aut quod consistat in pondere, vel numero, vel mensura, etiamsi petatur ibi vbi quid vel minimum sit ex hereditate, id tamen ita debere accipi: Si in eo loco sit ex hereditate quantum satis est ad soluendum legatum: vt eadem sit condicio heredis quantum ad legatarios quæ quod ad fideicommissarios, Illo saltem casu, quo non magis contra fideicommissarium præscriptio aliqua competat, quàm contra legatarium. Non tamen sufficeret quod & clarissimis viris data essent fideicommissa, & sufficiens esset ad ea soluenda Romæ patrimonium, si non etiam illud concurreret vt modica essent fideicommissa: Emphasis enim præcipua rationis qua vtitur Vlpianus, consistit in modicitate fideicommissorum vt probant verba illa *tam modica fideicommissa,* Indignum enim sanè esset pro re modica cogi clarissimos viros relicta vrbe in prouinciam ire. Ergo si magna sint fideicommissa, probandum aliud erit quamuis sufficiens quoque sit ad ea soluenda Romæ patrimonium: vt ab eo iure quod communiter constitutum est, non nisi quàm minimùm fieri potest recedatur.

3 ¶ Si ea res, quæ per fideicommissum relicta est, eo loci fit: dicendum est non debere præscribi, ei, qui petit, quasi maior pars hereditatis alibi sit.

Ad §.3. si ea res.

Ratio dubitandi. Constitutiones quæ præscriptionem hanc fori dederunt heredi aduersus fideicommissarios ne possit ab eo peti fideicommissum alio in loco quàm in quo sit maior pars hereditatis *l. si fideicommissum 50. in princ. s.* generaliter & indistinctè locutæ sunt, id est nó adhibita ea distinctione, An res quæ per fideicommissum relicta fuit eo in loco sit an quo petitur, an non. Ergo generaliter & indistinctè intelligi debent, arg. *l. de precio. 8. ʃ. de publicia. l. in fraudem 13. in fi. ʃ. de test. milit. l. 1. §. generaliter. ʃ. de leg. praest.* & consequêter, quamuis ea res quæ per fideicommissum relicta est, eo loci fit vbi petitur, dicendum est perinde præscribi debere ei qui petit si maior pars hereditatis alibi sit. Ratio decidendi. Non tam quid ab Imperatoribus quàm qua mente & ratione cóstitutum sit inspiciendum est *l. pen. ʃ. ad exhib. l. ad egere 6. §. quamuis. ʃ. de iur. patron.* Atqui nó alia fuit ratio propter quam putauerint Imperatores accómodandam heredi hâc præscriptionem aduersus fideicommissarios petentes fideicommissum, quàm vt fauerent heredi, ne alibi præstare fideicommissum cogeretur, quàm vbi minore suo incommodo id facturus videbatur. Porrò incommodum nullum heredis futurum est etiamsi cogatur fideicómissum præstare in eo loco in quo non sit maior pars hereditatis, si modò ea ipsa res quæ præstanda est in eo loco reperiatur. Vbi enim præstari, obsecro, commodiùs potest, quàm vbi est cùm illud etiam cócurrit vt ibi vbi est petatur? Ergo nullus hoc casu præscriptioni aut constitutionibus locus esse potest. Non dissimilis Papiniani ratio, & ratiocinatio est in *l. unum ex familia 67. §. fi rẽ de legat. 2.* Malè tamen nónulli ad hunc locum pertinere putant, quod scriptum est de re legata ibi vbi est præstanda in *l. quod legatur 38. S. l. cum res 47. de leg. 1.* Nã in legatis omnino diuersum ius est, & res legata ibi vbi est, præstanda est tum quoq; cum alio loco petitur per actionem personalem, vt dixi ad §. *vlt. l. 50. s.* At nos tractamus eum casum quo res per fideicómissum data ibi sit vbi petitur. Alioqui non esset præstanda vbi esset sed vbi peteretur, Cùm hoc tamen vt neque alibi peti posset, quàm vbi esset maior pars hereditatis, Nisi voluntas testatoris illud suaderet vt in casibus de quibus in §.1. & 2. s. Illa etiam differentia inter legatum & fideicommissum mihi notanda summè videtur, quod etiamsi in eo loco in quo est petitúrque res per fideicommissum relicta, nihil aliud sit hereditarium, non eo minùs tamen in eo ipso loco heres fideicommissi nomine conueniri potest & quidem sine metu præscriptionis: Non quòd res quæ petitur ibi sit (ratio enim illa sola melior est ad tollendum obicem præscriptionis, quàm ad inducendum ius petendi eo in loco fideicommissi:) Sed quòd verum sit eo in loco, in quo est res quæ per fideicommissum relicta fuit, esse aliquid hereditarium, cùm ipsa res per fideicommissum relicta, sit mancàtque hereditaria quousque fideicommissario tradita præstitáque fuerit. Sufficit autem hoc casu conueniri heredem in eo loco in quo sit aliquid hereditarium, cessante scilicet constitutionum potestate. At si res per vindicationem legata, peteretur per actionem personalem in eo loco in quo ipsa esset, & vti nihil aliud esset hereditarium, vtique malè peteretur tanquam in eo loco in quo non posset videri esse hereditas cùm nihil ibi esset ex hereditate. Res enim ipsa per vindicationem legata nón potest dici hereditaria, cùm eius dominium nunquam factum heredis recta via transierit à testatore in legatarium, etiamque ignoranti fuerit acquisitum *l. cum pater 77. §. fundo l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin de furt.* Denique legata delibant hereditatem *l. legatum est d. libatio 116. de leg. 1.* At fideicommissa nó hereditatem sed patrimonium heredis. Aut quod idem est Legata delibant hereditatem acquirendam, Fideicommissa verò hereditatem iam acquisitam & eo tempore quo iam sit conuersa in patrimonium heredis. Idque non obscurè significat Iurisc. in *d. l. quod legatur 38. vers. si autem sup.* vbi ait, Rem legatam posse quidem & debere peti vbi est si petatur per actionem in rem, At non etiam si petatur per actionem personalem, quomodo tamen fideicommissum peti semper necesse est, iure isto vetere inspecto.

4 ¶ Sed si non fideicommissum petatur eò loci, sed fideicommisso satis: videndum est an hæc præscriptio locum habeat. & non puto habere, quinimmò, & si nihil sit eò loci attamen iubendum satisdare. quid enim veretur: cùm, si satis non dederit, mittatur aduersarius in possessionem fideicommissi seruandi causa.

Ad §. vlt. Sed si non fideicommissum.

Ratio dubitandi. Parum interest an vrgeatur quis ad fideicommissum præstandum in eo loco in quo non sit maior pars hereditatis, An verò ibidem vrgeatur ad præstandam fideicommissi nomine satisdationem ex edicto prætoris, de quo in *tit. Vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* cùm plerumq; tam difficile sit fideiussorem inuenire quàm pecuniam explicare *l. 2. ʃ pen sup. h. t.* Ergo quemadmodum non potest heres pro fideicommisso conueniri eo in loco in quo nihil sit hereditarium, at neque ibi vbi aliquid ex hereditate est si maior pars hereditatis alibi sit, ita neque permittendum est vt eo loco ad præstandam fideicommissi nomine satisdationem, Ne alioqui quod per fideicommissarium directò fieri non potest, id per indirectum fieri permittatur, Contra *l. si ire oportet 21. §. 1. ʃ. de test am. tutel.* Ratio decidendi. Longè diuersa ratio est præstandi fideicommissi & præstandæ satisdationis pro fideicommisso. Non enim satisdationem præcisè iubet præstari prætor, quod sanè plerumque esset difficillimum, sed cum hac adiectione, vt si non præstetur mittendus sit fideicommissarius, aut legatarius in possessionem rerũ hereditariarum, custodiæ causa vt tædio lógioris custodiæ tandem extorqueat cautionẽ. *l. 5. in prin. ʃ. vt in poss. lega.* iun ct, *l. 1. §. non exigit. eod.* Atqui nullum in eo damnum aut incommodum est heredis qui non eo minùs retinet

retinet omnium rerum hereditariarum & dominium & possessionem *l. cum legatorum 12. ff. quib. ex caus. in poss. eat. l. si quis ante ... ff. de acq. poss.* Ergo non est permittendum heredi vt aduersus petitam satisdationem prætendat, majorem partem hereditatis alibi esse, sed omnimodo condemnandus est sub alternatione, vt vel satisdet fideicommissi nomine, vel patiatur aduersarium ex ea causa mitti in possessionem rerum hereditariarum, Adeóque quod magis est etiam si in eo loco nihil penitus sit ex hereditate, simile est quod diximus ad *l. 26. & 27. supr.*

a *Quamuis etsi nihil sit eo loci.* Ratio dub. Nō potest quis mitti in possessionem ex autoritate prætoris aut alterius magistratus, nisi earum demùm rerum quæ in eius magistratus territorio & iurisdictione sunt *l. cum vnus 12. §. pen. ff. de reb. autor. iudic. possid.* cum extra territorium ius dicenti impunè non pareatur *l. vlt. sup de iurisd.* Ergo si nihil hereditarium sit eo loco in quo satis petitur fideicōmissi nomine, frustra est dicere ideò permittendum id esse fideicommissario quod in defectum satisdationis mittendus sit fideicommissarius in possessionem bonorum hereditariorum cùm ea missio sine effectu futura sit. Ratio decidendi. Quamuis in eo loco in quo petitur satisdatio pro fideicommisso, nihil penitus sit hereditarium, Tamen missio ex alterius magistratus autoritate potest fieri in possessionem rerum hereditariarum eáq; missio habere effectum, Scilicet si in alio illo loco quamuis ad alterius magistratus iurisdictionem pertinente aliquā sint bona hereditaria? Quidni enim poterit magistratus iubere vt in eorū possessionem fideicommissarius mittatur, ob hoc ipsum quod heres interpellatus vt satisdaret etiam in eo loco in quo nihil erat ex hereditate, satisdare tamen noluerit? Nam si non exigit prætor vt per heredem stet quominùs caueat, sed contentus est per legatarium vel fideicommissarium non stare quominùs ei caueatur, etiamsi nec desiderauerit sibi caueri *l. 1. §. non exigit. ff. vt in poss. legat.* Quantò magis sufficere debebit ad impetrandam ex edicto & autoritate iudicis competentis missionem in possessionem quod interpellatus heres, recusauerit aut distulerit satisdationem, quamuis interpellatio ibi facta sit vbi nihil erat hereditarium? Semper enim verum est non solùm non satisdedisse heredem nec per fideicommissarium stetisse, quod sufficeret, sed etiam quod magis est interpellatum heredem satisdare noluisse, pérq; eum stetisse, quod ex abundanti est. Cæterùm hic versic. ostendit quod iam suprà monuimus, sufficere vt aliquid sit vel minimum ex hereditate in eo loco in quo legatū aut fideicommissum petitur, vt heres ibi possit summo iure cōueniri, Quòd vbicunque aliquid est hereditarium ibi etiam hereditas sit, quæ sola obligat heredem præstationi legatorum & fideicommissorum *l. si ita a certis 17. ff. de duob. reis.* Ideóque nimium necessaria est heredi præscriptio. Quòd alibi sit maior pars hereditatis quæ præscriptio non esset necessaria si summo iure conueniri heres eo loco non posset.

53. HERMOGENIANVS libro 1. Iuris Epitomarum.

VIx certis ex causis aduersus dominos seruis consistere permissum est: id est, si qui suppressas tabulas testamenti dicāt, in quibus libertatem sibi relictam adseuerant. Item artioris annonæ populi Romani, census etiam, & falsæ monetæ criminis reos dominos detegere seruis permissum est. Præterea fideicommissam libertatem ab his petent: Sed & si qui suis nummis redemptos esse, & non manumissos, contra placiti fidem adseuerent. Liber etiam esse iussus, si rationes reddiderit, arbitrum contra dominum rationibus excutiendis rectè petet. Sed & si quis fidem alicuius elegerit: vt nummis eius redimatur, atque his solutis manumittatur: nec ille oblatam pecuniam suscipere velle dicat contractus fidem detegendi seruo potestas tributa est.

Ad l. vix certis ex causis 53.

Ratio dubitandi. Nulla lis potest nobis esse cum eo quem habemus in potestate, siue filiusfamilias ille sit, siue seruus. Præterquàm de peculio castrensi quod ad filiumfamilias pertinet *l. 4. sup. h. t.* Seruus enim neque peculium castrense habere potest, quia nec miles esse potest vt ad eam legem notaui, cùm sit omnino incognitus non tantùm ciuili iure sed etiam prætorio, adeò vt neque extra ordinem computetur *l. nullomodo 7. de l. Corn. de fals. l. qui testamento 20. §. seruus. ff. qui testam. fac. poss.* tāquam qui pro nullo habeatur *l. quod attinet 2. de reg. iur.* Vnde est quod neq; agere neq; cōueniri vnquam seruus potest nec si cum extraneo illi res sit *l. quoties 13. ... qui sat. l. cum seruo 107. de reg. iu.* quippe quòd & actiones omnes & iudicia sint iuris ciuilis cuius nullam penitus communionem seruus habet nisi ex persona domini quātum satis est vt domino suo prodesse possit *l. nō minus 31. de hered. instit. l. ... l. 2. l. & ... de stipul. seruo.* Ergo multò minùs fieri potest vt ex aliqua quātumuis iusta causa permittendum sit seruo aduersus dominū suum consistere, siue in iudicio, siue apud prætorē. Ratio decidendi. Quędam sunt causæ fauorabiliores in quibus hoc permittendum fuit, nō propter seruū, sed propter vtilitatem publicam, cuius fauorē admixtū habent. Vtilitas autem publica semper spectanda est & præferenda non tātùm vtilitati priuatæ, *Auth. res quæ in fin. C. com. de legat.* sed etiam quod magis est, rationi iuris *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad l. Aquil.* vt, quod est in duodecim tabulis, salus populi suprema lex sit. Eiusmodi verò causæ octo in hac lege numerātur, quarū duæ tantùm pertinēt ad seruum ipsum, sed de libertate contendētem, quæ omniū fauorabilissima res esse creditur *l. libertas omnib. 22. de reg. iur.* non tā quòd sit naturalis & iure naturali communis omnibus hominibus *d. l. quod attinet l. 4. de iust. & iur.* quàm quia reipublicæ non parum interest repleri liberis hominibus ciuitatē *l. 1. ff. solut. matrim.* Cęterę omnes causę ad reipublicę dignitatē & vtilitatem directò spectant. Sed illud omnibus cōmune est quod non ideò his vnquam est aut iudicium inter dominum & seruum, at tantùm vt seruo potestas fiat conquerendi apud prætorem aliùmve magistratum de iniuria sibi per dominum illata vel detegendi contra dominum id quod sciri publicè interesse videatur. Itaque non sunt istæ exceptiones ad supradictam conclusionem quam posuimus in ratione dubi-

tandi, quod vulgò creditur, ob idq; nec sic loquitur Hermogenianus in hac lege vt dicat vix certis ex causis permissum esse seruo vt possit contra dominum litigare, sed vt possit aduersus dominum consistere, id est vt in Curia Romana pragmatici loquuntur, os aperire: quod certè nec nisi magna ex causa permittendum fuit, cùm ita fieri videatur vt non tantùm dominica potestas, sed etiam reuerentia per seruum debita domino cuius persona ei semper sancta & honesta videri debet, violetur. Quare nec debuit hæc lex poni sub hoc titulo in quo non agitur nisi de iudiciis quæ per iudices datos exercentur. Nullo enim prorsus casu potest seruus in iudicio & apud iudicem datum consistere contra dominum, sed tantùm in iure apud prætorem. Primus ergo casus est, Si seruus dicat suppressas fuisse à domino tabulas testamenti in quibus libertatem sibi relictam fuisse adseueret *d. l. nullomodo 7. de leg. Corn. de fals.* Duplex enim hic fauor est & libertatis quæ alioqui intercideret, & testamenti, cùm voluntates defunctorum exitum habere intersit publicè *l. vel negare 6. ff. testam. quem. aper. l. 1. C. de sacros. eccles.* Secũdus casus est, Si seruus dicat dominum fraudasse annonam publicam *l. 1. ff. de leg. Iul. de annon.* vbi tamen quod Marcianus scribit consistere ex hac causa iudicium inter dominum & seruum, minùs propriè dictum puto, pro eo quod Hermogenianus hic scribit posse seruum ex hac causa aduersus dominum consistere, eúmque accusare, sed deferendo duntaxat & os aperiendo, vt dixi, non etiam iudicium contra eum accipiendo: nisi malis distinguere hac parte iudicia criminalia à ciuilibus. Ciuilia enim ex actionibus constituuntur, Criminalia verò ex accusationibus. Facilius autem est vt permittatur seruo accusare, quàm vt agere, quia in actionibus merum ius ciuile, in accusationibus etiam factum versatur, Scilicet quia actiones pendent ab obligationibus, quæ sunt iuris, Accusationes verò à delictis quæ sunt facti, Vnde est quod accusari & condemnari etiam seruus ex causa delicti potest, qui tamen ciuili actione conueniri, vt diximus, nũquam potest. Habet autem hic casus euidentem æquitatem, quòd nihil sit vtilius reipublicæ quàm rationem haberi publicæ annonæ, ne qua ex causa carior fiat *l. 2. & 3. eo. t. de leg. Iul. de annon.* Quamquam nec tam generaliter id accipiendum videtur vt passim; & quandocunque liceat seruo contra dominum suum ex hac causa consistere, sed tum demum si iam arctiore annona populus Romanus laboret, quemadmodum hæc lex ait, vt intelligamus si in summa annonæ publicæ abundantia velit seruus dicere fraudatam esse annonam à domino, non facilè audiendum eum esse. Tertius casus est, Si seruus dicat fraudem factam esse à domino in censu profitendo, quod ea quoque res maximè pertineret ad publicam vtilitatem, cùm Romani ferè omnia ex census ratione & comparatione æstimarent *l. 3. l. 4. §. vlt. & pass. ff. de censib.* Quartus est si falsæ monetæ reum detegere dominũ seruus velit. Nam quemadmodum nec sine moneta commercium, nec sine commercio respublica stare potest *l. 1. De contr. empt.* ita nihil est quod in republica bene constituta maioris momenti sit, quàm prouidere ne qua fraus fiat in moneta publica, & maximè ne quis adulterinam monetam clandestino scelere exerceat *l. 1. & 2. C. de fals. monet.* & vt certa semper iustáque sit nummorum æstimatio *l. 3. ff. de in lit. iur.* Propter quam causam placuit, seruum qui eiusmodi monetarios adulterinam monetam cudentes detulerit in publicum, hoc ipso ciuitate Romana donandum esse, inuito etiam domino cui tamen hactenus consultum est vt serui sui pretium à fisco percipiat *l. 2. C. pro quibus caus. seru. pro præm. libert. accip.* Quare nec mirũ est si ex hac causa possit seruus contra dominum consistere, cuius nec ferè seruus ampliùs esse intelligitur qui iam in eo est vt pro præmio detecti sceleris, ciuitatem Romanam inuito quoque domino sit habiturus. Quintus casus est, Si seruus fideicommissariam libertatem petat, quam dominus præstare nolit. Quidni enim liceat seruo conqueri hoc casu de domino apud prætorem fideicommissarium vt ab inuito eo extorqueat libertatem? *tot. tit. de fideic. libert.* Est enim hoc casu duplex fauor, & libertatis & fideicommissi. Vterque tantus vt si dominus heres institutus rogatus sit seruum suum manumittere, eique hereditatem restituere nec adire velit siue iusto fortassis metu æris alieni, siue vt seruum suum & libertate & hereditate fraudet, possit cogi hereditatem adire & restituere *l. similiter 22. §. non est dubitatum ad SC. Trebell.* vbi ait Vlpianus non debere prætorem aspernari personam cogentis, quia quamuis nondum possit aut fideicommissariam libertatem petere, aut directã sibi vindicare, tamen propter solam spem & libertatis & hereditatis aditum per se habet ad prætorem. Tametsi non posset cogere heredem ad hereditatem adeundam propter solam libertatem *l. non est cogendus 53. eod. t.* Cur verò loquitur hæc lex de fideicommissaria libertate duntaxat? An quia sit fauorabilior quàm directa? Minimè, sed quia nullo fauore directa indiget cùm ipso iure liber & heres sit qui directam libertatem à domino consequutus est, Ideóq; non potest in directa libertate fieri locus quæstioni, An seruus possit eam à domino petere cùm non alius quàm dominus eam dare possit, *l. seruo tuo 9. C. de test. manum.* Potest sane fieri vt etiam directæ libertatis obtinendæ gratia quam dominus in testamento suo dederit, adeundus sit prætor vt cogat heredem adire hereditatem, quæ si non adiretur directæ omnes libertates eo testamento datæ intercideerent, non minùs quàm fideicommissariæ *d. §. non est dubitatum.* Sed eo casu non consistit seruus aduersus dominum, sed tãtùm aduersus heredem institutum, qui dominus nec est nec esse vult hoc ipso quod heres fieri recusat. Sextus casus est, Si qui suis nummis redemptos se, & non manumissos contra placiti fidem adseuerent. Ex hac enim causa possunt cõsistere cum dominis suis in quorũ fidẽ confugerunt, & queri quòd ab iis non manumittantur. Idque ex sacris constitutionibus Diuorum fratrum, sed sub ea tamen denunciatione vt is seruus qui hoc intenderit nec impleuerit, in opus metalli detur, Nisi fortè dominus reddi eum sibi maluerit, vtique non maiorem ex ea causa pœnam constituturus *l. si quis dicat 5. ff. de manum.* Habet autem hic etiam casus summam æquitatem, quia is qui suis nummis emitur ex epistola eorundem Diuorum fratrum libertatem adipiscitur *l. si quis 4. in princip. eod. tit.* vbi etiam tractatur, quomodo fieri possit vt nummis suis ematur seruus qui quandiu seruus est, nihil proprium habere potest. Iunge *l. qui se debere 67. ff. hoc tit.* Septimus casus est, si quis liber esse iussus sit sub hac condicione quæ olim vulgaris & frequẽs erat *si rationes reddiderit* &

dominus

Digitized by Google

dominus vel moram libertati faciat quæ nisi expleta condicione competere non potest, rationes inspiciat & excutere vel differat, vel recuset. Arbitrum enim contra dominum ad rationes excutiendas recipi seruus petet, alioqui nulla ei ratio superest obtinendæ libertatis *l. sicut libertas 44. de cond. & demonstr.* Videtur enim dominus moram facere libertati qui condicionis implemento moram adfert *arg. l. si cui legatum 91. in fin. eod. tit. l. si quis seruo 84. de legat. 2.* At cur non potius dicimus habēdam esse condicionem hanc pro impleta cùm per dominum stat quominùs impleatur ex reg. *l. iure ciuili 24. de condit. & demonst. l. in omnibus 39. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* quàm, vt contra iuris rationem & regulas seruum aduersus dominum suum consistere patiamur? Respondeo quia nec potest dici stare per dominum antequàm acceptus sit aut petitus inceat rem arbiter, postulante seruo: qui nec si millies offerat domino rationes excutiendas non ideò tamen dominum in mora vlla constituere potest qui nec eius interpellandi ius habet. Nulla enim mora ibi fieri intelligitur vbi petitio nulla est *l. nulla 88. eod. l. si pupillus 127. de verb. oblig.* Octauus & postremus casus est, qui ad sextum proximè accedit, Si quis fidem alicuius elegerit, vt nummis eius redimatur, atq; his solutis manumittatur, nec postea velit emptor qui proprijs pecuniis eum redemit, oblatam ab ipso pecuniam accipere. Potestas enim seruo tributa est non quidem agendi ex hac causa contra dominum, sed vt Hermogenianus hîc loquitur detegendi duntaxat fidem contractus, & perfidiam domini, vt aduersus eam perfidiam auxilium impetret à prætore, atque ita tandem libertatem consequatur. Nam & hoc casu ferè est, vt suis nummis emptus videatur seruus, qui eam nummorum quantitatem quam emptor de suo dedit paratus est ei reddere secundum formam conuentionis inter eos factæ. Nonus casus addi potuit qui & primus exprimi debuit, Si seruus domino velit obiicere crimen læsæ maiestatis. Nam & serui dominos suos deferentes audiuntur propter criminis atrocitatem *l. famosi 7. §. serui quoque ff. ad l. Iul. maiest.* Extra hos casus seruo qui vltrò aliquid de domino confitetur vel queritur, fides non accommodatur, Neque enim oportet salutem dominorum arbitrio seruorum committi *l. 1. §. si serui l. vnius 18. §. seruo & seq. ff. de quæst.* Adeò vt nec in caput eius domini à quo distractus fuit, & cui aliquando seruiuit, interrogari seruus possit, in memoriam scilicet prioris dominij, vt ibi scriptum est. Sic nec liberti patronos accusare possunt in memoriam scilicet pristinæ condicionis *l. qui accusare S. in fin. ff. de accus. l. vltim. C. qui accus. non poss.* quæ lex probat tam libertis quàm seruis qui contrà fecerit ausi essent certum supplicium fuisse constitutum.

54. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

PEr minorem causam maiori cognitioni præiudicium fieri non oportet: maior enim quæstio minorem causam ad se trahit.

Ad l. Per minorem 54.

Ratio dubitandi. Habent causæ singulæ sua merita, suos progressus, & exitus, denique sua fata: & sicuti singulis cōtrouersiis singulæ actiones comparatæ sunt, ita & singulis actionibus singulæ sententiæ, & vnus iudicati finis *l. singulis 6. ff. de except. rei iudic.* Ergo non ob id minùs cognoscendum & pronunciandum est de quæstione minore quòd lis pendeat de maiore. Semper enim & litigatorum & reipublicæ interest vt si non tota lis terminari possit, tamen vel tantillum de lite decedat, litisque materia si non in toto saltem in tanto, vt pragmatici loquuntur, diminuatur, arg. *l. quidam existimauerunt 21. ff. de reb. credit.*

Ratio decidendi. Ita comparatum natura est in rebus penè omnibus, vt eorum quæ maiora sunt maior ratio curaq; habenda sit, quàm eorum quæ minora, vtq; maiora negotia minoribus imperent. Non enim magis fieri potest vt minora negotia sint maioribus paria, quàm inter homines vt potentioribus tenuiores sint pares *l. 3. in princ. ff. de alien. iud. mut. caus. fact.* aut vt fundus inferior superiori non seruiat *l. 1. §. vlt. de aqua & aqua pluu. arcend.* Ergo rectè constitutum est vt per minorē causam maiori cognitioni præiudicium fieri non oporteat *l. 4. ff. de in integ. restit.* Maior enim quæstio minorem causam ad se semper trahit *l. fundum 16. l. fundi 18. de except.* Rei porrò maiori præiudicium fieri videtur, cùm ea quæstio in iudicium deducitur quæ vel tota vel ex aliqua parte communis est quæstioni de re maiori *l. res 21. eod. tit.* vbi tamen mallem legere *rei maiori*, quàm vt vulgo *res maioris pecuniæ* vt sententia legis esset generalior. Potest enim quæstio esse de re maiori in quam tamē pecuniæ nomen cadere nullomodo possit, puta si de statu agatur, & interim velit is qui se patronum dicit agere de operis cū liberto qui se non modò libertum, sed etiam ingenuum esse contendat. Facilè autem fieri potuit vt cùm scriptum esset *maioris* irrepserit per mendum exscriptoris litera *s*, indéq; alius interpres quasi aliquid deesset potiùs quàm superesset occasionem sumpserit addēdi *pecuniæ* cùm aliud nomen aptius & generalius nōmen non inueniret. Solùm enim *res* nomen generalius est quàm pecuniæ *l. 5. de verb. signific.* Atqui non poterat nisi multò insulsiùs ita scribere *res maioris rei*, Et verò cùm in fine legis ea ipsa verba sint *quæstioni de re maiori*, cur credamus Neratium initio legis aliter locutum fuisse? Denique quis vnquam Latinè dixit rem maioris pecuniæ pro re maioris precij & æstimationis? Precium enim pecunia quidem est, sed non è conuerso pecunia omnis precium dici potest.

55. PAVLVS libro singulari de Officio adsessorum.

EDictum, quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum connumerari debet. Planè licet omnis * ab antecessore numerus finitus sit, solet successor vnum edictum dare.

Ad l. edictum 55.

Ratio dubitandi. Cùm iudex datus decessit, & alius in eius locū substitutus fuit, tūc ex integro tēpora in persona eius præstituta intelliguntur quum

ta decessori fuerant ad iudicium peragendum data *l. si iudex 32. sup.* Non alia vtique ratione quàm quia tempus, quod cucurrit decessori non possit imputari successori cuius nulla fuit propria negligentia, quódque successori omnia ex integro agenda superesse videantur. Atqui si edictum quod ab antecessore datum est in numero trium edictorum computari deberet coram successore, tantò minùs agendum superesset successori tantóque citiùs & breuiùs lis expediretur. Ergo ne frustrà vel iniquè ius ita constitutum videatur vt successori ex integro danda sint tanta tempora quanta antecessor habuit, dicendum est edictum quod ab antecessore datum fuit in numero trium edictorum connumerari debere. Ratio decidendi. Odium litium facit vt iudiciorum tempora non solùm certa præstituenda sint, sed etiam restringenda quantum fieri potest, potiùs quàm protelanda *l. properandum 13. C. hoc tit.* Ergo edictum quod ab antecessore datum est ad citãdum reum in numero trium edictorum computari oportet quæ præcedere necesse est vt ritè atque ex iudiciorum ordine sententia contra absentem ferri possit, de quibus dicemus ad *l. peremptorium 68. & seqq. ꝫ. hoc tit.* Nimirum vt tantò breuiùs ac citiùs iudicium expediatur, possitq; ad sententiam perueniri. Vnicum enim iudicium est licèt plures sint iudices, ideóq; mortuo iudice & alio dato non aliud iudicare posteriorem oportet quàm quod priorem iudicare oportuerat *l. mortuo 60. iunct. l. proponebatur 76 ꝫ.* Neque verò quicquam interest absentis, Cùm necesse sit duobus eum aliis edictis euocari ad successorem quorum alterum sufficere posset ne iustam querelæ caosam haberet absens postmodum condemnatus quasi se inscio & inaudito iudicatum esset. Facilè namque credendus est non fuisse venturus ad tria edicta quo ad duo adeóque nec is qui ad tertium & peremptorium venire noluit. Propter quam caosam praxis nostra ea est vt quamuis in priorum edictorum forma quæ alioqui ad vnguem seruanda est, aliquid siue per apparitorum incuriam, siue per actoris vel negligẽtiam vel præcipitem festinationem peccatum reperiatur, non eo minùs sententia contra absentem ritè feratur, si tertium & peremptorium sollenniter impetratum probetur.

a *Planè licèt omnis.* Ratio dubitandi. Quæ ratio facit, vt edictum quod ab antecessore datũ est in numero trium edictorum connumerari oporteat, secundùm id quod proximè diximus, eadem multò magis facit vt si omnis edictorum numerus ab antecessore finitus sit, nec possit nec debeat successor aliud edictum dare, Ne alioqui videatur litem penè iam finitam ad nouæ litis omniq; iudicij constitutioné redigere, arg. *l. minor annis 40. sup. de minor.* Quid enim potest imputari actori qui trium edictorum ordinem rectè peregerit viuo priore iudice, quod is iudex deinde ante sententiam decesserit? Maximè cùm vt iam diximus non aliud nouum iudicium sit, quod à posteriore iudice exercetur, sed illud ipsum quod à priore quamuis alius sit iudex *d. l. proponebatur 76. ꝫ. hoc t.* Ergo si omnis edictorum numerus ab antecessore finitus sit, non debet successor aliud & quartum edictum dare. Nam post tertium nullus nisi peremptorio locus relinquitur *l. & tertium 70. ꝫ.*

Ratio decidendi. Id agit legislator quantum potest ne quis absens & inauditus licèt euocatus condemnetur, ne condemnatus possit conqueri magis se propter suam absentiã quàm quòd malam causam haberet fuisse condemnatum; quòd & in dubio præsumi solet quoties quis absens, etiam ritè condemnatur *l. si adeo 55. ꝫ. de euict.* quia quáuis dici soleat partis absentiam per Dei præsentiam repleri *d. l. properandum 13. § cùm autem C. h. tit.* adeò vt nõnunquam etiam absens vincat *l. & post edictum 73. ꝫ. l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Attamen cùm ex facto ius oriatur, iudex autem quantumcunque religiosus nihil supplere possit eorum quæ sunt facti, Necesse est frequenter is euenire vt absens quis condemnetur, qui vicisset haud dubiè si ad exceptiones suas proponendas iudicio adfuisset. Ob eam igitur caussam solet successor quartum & nouum edictum dare priusquam ad peremptorium veniatur, vt postea perseuerante reo non venire possit tutiùs ferri sententia pro præsente, cui rursum tam parui temporis mora nocere non potest nec ius amplius deterius constituere, *arg. l. si debitori 21. sup. hoc tit. l. itẽ post tres 8. sup. si quis caution.* Melius enim est peccare in latiorem & benigniorem partem, & in tempore potiùs quàm in re, Non equidem fauore absentis, qui nullo fauore dignus est apud successorem cuius antecessorem tantopere contempsit arg *l. c. 4. & d. l. & post edictum 73. § vlt. ꝫ. eo.* sed quoniam ad ipsam iudiciorum autoritatem pertinet, & ad pronunciaturi iudicis dignitatem ne quid temerè contra absentem iudicasse videatur: quomodo viderì sanè posset si inciperet ille à pronunciatione aut à peremptorio, quamuis antecessor contra eundem reum omnem edictorum ordinem peregisset. Nam & fieri potest vt qui tribus edictis fuerat euocatus ab antecessore, crediderit, extinctam amplius morte potestatem edictorum, & alia totidem ex noui iudicis autoritate fieri debere priusquam ad sententiam perueniri posset, vt solet mandatum omne finiri morte *l. si quis alicui 27. § morte ꝫ. mandat.* & eam prætereà conditionem tacitam habere si res in eodem statu maneret *l. si cum Cornelius 82. iunct. l. cum quis 38. in prin. ꝫ. de solu.* Qui error, licèt iuris sit potiùs quàm facti, quia mandatum edictorum peragendorum non extinguitur morte edictis ipsis iam ante mortem peractis, atque ita mandato iam impleto, prodesse tamen deberet absenti de damno vitando certanti *l. iuris 7. & seq. ꝫ. de iur. & fact. ignor.* si iudiciorum fauor & autoritas contrariam interpretationem non suaderet. Æquissimum igitur fuit hoc adhiberi temperamentum, vt etiamsi ab antecessore peractus esset finitúsque numerus omnium edictorum, successor tamen vnum edictum daret, mox ad peremptorium & ad ferendam sententiam perueniret.

56. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

LIcèt verum procuratorem in iudicio re deducere, verissimum est: tamen & si quis, cùm procurator non esset [a], litem sit contestatus, deinde ratam dominus habuerit, videtur retrò res in iudicium rectè deducta.

Ad l. licèt

Digitized by Google

Ad l. licèt 56.

Ratio dubitandi. Nemo rem alienã in iudicium deducere potest *l. si petitor 31. vbi dixi supr. eod.* Frustra enim esset tale iudicium ex quo nũquam posset sequi sententia quæ exceptionem pareret rei iudicatæ. Siquidem domino quãdocunque postea litem propriam inferenti, non posset obstare quod aduersus non dominum iudicatum esset *l. nõ idcirco 54. §. 1. sup. eod. l. cùm quæritur 12. & seq. & pass. j. de except. rei iudic.* Atqui etiam verus procurator dominus quidem litis est post contestationem, sed nõ negotij quod deducitur in litẽ *l. procuratoribus 22. & l. 4. C. de procurat.* ideóq; nec iudicati conueniri nec liberari potest nisi aliud mandatum in hoc habeat *l. hoc iure 86 de solut.* Loquimur siquidem hîc de procuratore ad litem tantum non etiam ad negotia dato. Ergo nec verus procurator rem in iudicium deducit. Ratio decidendi. In iudicium nihil nisi lis ipsa deducitur. Atqui procurator est dominus litis. Ergo rem totam in iudicium deducit. Sed etsi nõ sit dominus negotij principalis de quo lis est, cùm tamen habeat mandatum: non minus hoc quoque respectu rem in iudicium deducit, quàm si esset dominus cùm faciat ex domini voluntate, nihilq; interfit an per se quis id faciat an per procuratorem *l. 1. §. vsus & pass. supr. de procurat.* Alienam enim rẽ in iudicium deducere inuito quidẽ domino, id est eo non consentiente, nemo potest *d. l. si petitor.* sed ex voluntate domini potest qui libet, quoniã volenti non fit iniuria. *l. in diem 9. §. 1. j. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a. *Tamen etsi quis cum procurator non esset.* Ratio dubitãdi. Is demũm procurator rem in iudicium deducit qui verus procurator est, vt proximè diximus. Ergo qui procurator non est, quique nullum agendi mandatum habet, etiamsi alterius nomine agat rem in iudicium deducere non potest. Nec quod sequi possit ratihabitio ad rem facere videtur, cùm iudicium non possit interim esse in pendenti *l. non quemadmodum 35. supr.* Necesse igitur est rem in iudicium deduci vel eo ipso tempore quo iudicium exercetur, vel numquam.

Ratio decidendi. Ratihabitio quandocunque secuta æquiparatur mandato *l. vlt. C. de SC. Maced. l. vero procuratori 12. §. vlt. de solut.* nec tantùm in cõtractibus & in delictis *l. 1. §. sed etsi quod aliud j. vnde vi. & de vi armat. l. hoc iure 152. §. in maleficio. de regul. iur.* sed etiam in iudiciis *l. si is qui heres 25. §. vlt. ibi denido ego hanc petitionem tuam ratam non habuero. j. de except. rei iudic.* Ergo nihil interest an verus procurator egerit, an falsus, cuius tamen factum dominus postea ratum habuerit *l. 3. §. procuratorum. j. iudic. solui.* Nisi quod verus procurator iã inde ab initio rem in iudicium deducit: falsus non item, sed secuta demũm ratihabitione deduxisse intelligitur, & retro fingitur. Neque tamẽ interim iudicium est in pendenti, quoniam scilic. ab initio nullum est, ex postfacto autem per ratihabitionem conualescit. Proinde nunquam pendet. Vnde est quod dicimus, exceptionem procuratoriam per quam negatur is qui tanquam procurator egit habuisse vnquam mandatum posse opponi quandocunque etiam in executione iudicati, quia reddit iudicium retrò nullũ, quamuis si de mandato quidem constet, sed exceptio procuratoria ex persona procuratoris sumatur, quod ex variis causis potest contingere, necesse sit eam exceptionem opponi ante litem contestatam, quasi quæ dilatoria sit *l. licèt 24. C. de procur. iunct. l. exceptionem 19. C. de probat.* E contrario iudicij per falsum procuratorem accepti ratihabitio quandocunque fieri potest etiam in executione iudicati, quia reddit iudicium retro validum & omnia retro acta confirmat: Adeò vt sufficiat à sententia contra falsum procuratorem lata dominum appellare *l. 3. §. falsus procurator. j. rat. rẽ haber.* Inde etiam est quod cuilibet quantumuis falsus procurator admittitur ad agendum alieno nomine dummodò cautionem offerat de rato *d. §. falsus. l. 1. C. de procurat.* Hinc denique quod coniunctus etiam quem constat non habere mandatum admittitur ad agendum pro coniuncto oblata rei cautione *l. sed & hæ personæ 35. supr. de procur.* quamuis ea res non faciat istos procuratores *l. 3. §. sed etsi fortè iudic. solui.*

57. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

TAm ex contractibus, quàm ex delictis, in filiumfamilias competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem, transfertur iudicium in patrem, dumtaxat de peculio, & quod in rem eius versum est. Certè si, quasi procurator[a] alicuius, filiusfamilias iudicium acceperit: mortuo eo, in eum, quem defenderit, transactio, vel iudicati detur[b].

Ad l. tam ex contractibus 57.

Ratio dubitandi. Inanis est actio quam debitoris inopia eludit *l. nam is 6. sup. de dolo.* Atqui filiusfamilias nulla bona habet in quæ fieri possit executio iudicati *l. lex Cornelia 28. vers. quia non efficitur de vulgar. & pupill. substit.* cùm quicquid acquirit acquirat patri iure Pandectarum *l. placet 79. j. de acquir. hered. l. 1. j. si quis à parent. manum. sit.* nisi eo demum casu quo pater sibi per filium acquiri nolit *l. cogi 16. §. si pater. l. imperator 10. j. ad SC. Treb. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poss. poss.* Ergo frustra est dicere cõpetere actionẽ in filiũfamilias tã ex contractibus quã ex delictis, licèt verũ sit ex omnibus causis eũ obligari *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act.* præterquàm ex causa mutui *l. 1. & tot. t. De SC. Maced. & vers. l. 16. §. 3. j. de fideiuss.* Ratio decidendi. Filiusfamilias cùm sit homo liber & habeat caput in ciuitate nõ minus quàm paterfamilias, personam vtiq; habet integrã, ac proinde capacem & obligationis contrahendæ, & actionis suscipiendæ, & cõdemnationis subeundæ, in quibus omnibus differt à seruo, qui nõ potest habere personã integrã cùm non habeat caput *l. 3. §. vlt. & l. 4 sup. de cap. minut.* ideóq; nec agere nec conueniri vnquam potest, vt diximus ad *l. vix certis 53. sup. & l. quoties 13. supr. si quis cautio. l. cum seruo 107. de reg. iur.* Nihil ergo vẽtat in eum & cõpetere & exerceri actionẽ, siquidẽ etiam dum in potestate manet, condemnari potest *l. si dubitet 10. §. si filiusfam. j. de fideiuss.* Nec sine effectu erit condemnatio quandoquidem poterit filiusfamilias ex eo iudicato conueniri, saltem quãdocunque sui iuris fuerit effectus, vt supradicto loco idem Vlpianus noster, cuius hæc lex est, ratiocinatur. Hodie verò nullam res ista recipit dubitandi rationem cùm filiifamilias ex Iustiniani constitutionibus vsque adeò facti sint capaces acqui-

Digitized by Google

fictionis etiam inuito patre vt heredem quoque ab intestato habere possint *l. cum oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Nouel. 118. *de hered. ab intest. venient.*

a *Sed mortuo filio post litis contestationem.* Rectè *post litis contestationem*, quoniam nec vllum ante contestationem iudicium est de quo transferendo tractari possit, Tunc enim cõstituitur cùm prætor lite apud se contestata dat iudicem & formulam.

Ratio dubitandi. Iudicium cœptum cum defuncto, in eum demum transferri potest qui in defuncti ius & locum successerit *l. heres 19. l. si is qui Romæ 34. sup. hoc tit.* Atqui pater nec est, nec potest esse heres filiifamilias defuncti ne quidem in castrensi peculio si non fuerit in eo castrensi peculio heres à filio institutus *l. 1. & 2. ff. de castr. pecul.* quamuis in eo peculij genere filiusfamilias patrisfamilias iure censeatur *l. 2. ff. de SC. Maced.* Ergo fieri non potest vt mortuo post litis contestationem filio præsertim qui neque castrense, neque quasi castrense peculium habuerit iudicium in patrem transferatur. Non magis quàm in alium, quando nec fieri potest vt heredem habeat is qui bona nulla reliquit *d. l. lex Cornelia 28. vers. quia per eam nõ efficitur. ff. de vulg. & pupill. subst.* Et consequenter dicendum est resolui & euanescere iudicium quod cœptum fuerat cum filiofamilias, quemadmodum resoluitur & euanescit obligatio, itémque actio quoties vel debitor vel creditor moritur sine successore *l. 1. §. idem Pomponius 14. in fin. ff. deposit. l. habere licere 57. in prin. de euict. l. 1. C. de oblig. & action.*

Ratio decidẽdi. Publicè interest iudicium quod semel acceptum sit exitúmque vtile habuerit, finem quoq; habere, vt lis ipsa terminetur, *l. vbi acceptum 30. sup. l. singulis 6. ff. de except. rei iudic.* Ne alioqui frustra acceptum videatur, cùm totus iudiciorum fauor totáque vtilitas in fine consistat, id est, in iudicato. Atqui iudiciũ benè cœptum fuerat cum filiofamilias cum quo scilicet perinde atque cum patrefamilias agi potuit ex omnibus causis *l. filiusfamilias 39. ff. de oblig. & action.* Ergo ne intercidat, & vt exitum habere possit, necessariò dicendum est, vel ob hoc ipsum quod filiusfamilias heredem nullum reliquit, translationem fieri debere illius iudicij in patrem, At non tanquã in heredẽ aut alio genere successorem filij sed tanquàm patrẽ. Ideóque nimirum non trãsfertur in solidum quomodo in ipsum filiũfamilias exercebatur qui vtique ex suo siue contractu siue delicto in solidũ tenebatur *l. si quis cum filiofamilias 44. ff. de pecu.* sed duntaxat de peculio, & de eo quod in rem patris versum fuisse probare actor poterit. Nam & viuo filiofamilias potuisset pater ex filij sui nõ quidem delicto sed contractu eatenus conueniri *d. l. si quis, & pass. eod. tit. de pecul. & tit. De in rem vers. l. 1. C. ne filius pro patr.* Proinde non potest pater conqueri aliquam se in eo pati iniuriam, & tamen ex huiusmodi translatione iudicij lucrum hoc consequitur actor vt non habeat necesse contra patrem nouũ iudicium instituere, quod sine longiore mora, maioréq; sumptu fieri non posset, maximè si in eo statu lis erat viuo filiofamilias vt non valdè abesset à re iudicanda: Item vt actio quam contra patrem exercebit ex translatione illa iudicij sit perpetua vt cæteræ omnes etiam temporales quæ semel in iudicium deductæ fuerunt *l. vlt. in fin. de fideiuss. tuto. l. nam posteaquam 9. §. si is qui ff. de surcinr.* quæ alioqui post mortem filij non nisi annalis esse potuisset *l. 1. in prin. & §. meritò ff. quand. de pecul. act. est annal.* In quo summè notãdum est, quod eodem manente iudicio, qualitates tamen vt condiciones iudicij per translationem illam immutantur. Filius enim tenebatur in solidum, Pater verò non nisi de peculio aut ad summum De in rem verso. Quid ergo si filiusfamilias non ex contractu, sed ex delicto suo conueniebatur? An non fiat iniuria patri, qui filij heres non sit si ex ea causa cogatur post mortem filij actionem de peculio pati quam viuo filio pati non cogebatur? *l. 1. §. si filiusfamilias. ff. de his qui effud. vel deiec. l. ex pœnalibus 58. de regul. iur.* Non eò minùs trãsferetur iudicium in patrem hactenus vt & de peculio teneatur, & de in rem verso si plus in rem patris versum proponatur, quàm sit in peculio. Quomodo & si filius iam cõdemnatus fuisset, iudicati actio contra patrem ad eum quoq; modũ daretur *l. 3. §. si idem scribit. ff. de pecul.* vbi rationem Vlpianus ex Marcello reddit, quòd sicut per stipulationem ita & in iudicio cum filio contrahatur, vt proinde non tã iudicij origo & causa spectanda sit, quàm ipsa velut obligatio iudicij vel iudicati. Sic enim loquor, quoniam non tam iudicati quàm iudicij ratio illa est, quæ patrem obligat de peculio tum quoque cùm filius iudicatus fuit. Nec enim per iudicatum sed per iudicium quasi cõtrahitur *d. §. idem scribit.* Nihil igitur interest an filius iudicium tantùm acceperit etiam ex delicto, an verò fuerit condemnatus. Nisi quod priore casu de translatione iudicij tractandum est, Posteriore verò non item quia iudicium finem per sententiam accepit *l. 1. ff. de re iudic.* sed de actione iudicati, idque postrema etiam huius legis verba apertè probant. Planè quod ad actionem De in rem verso pertinet, quamuis placeat esse illam veluti partem quandam actionis de peculio, vnámque esse actionem qua de peculio, & de eo quod in rem versum est agitur, tùm quoque cùm duas habet condemnationes, vt Iustin. tractat in §. *præterea. vers. licèt enim. Instit. quod cum eo qui in alien. potest. est.* Certum tamen est, patrem qui ex delicto filiifamilias conueniri de peculio, vt diximus, nõ potest, posse tamen conueniri de omni eo quod ex filij delicto in rem eius versum est, Idque actione etiam de peculio, quia iniquissimum est ex furto filiifamilias impunè patrem locupletari *d. l. 3. §. pen. ff. de pecul.* Sicut & turpia lucra heredibus extorquentur, etiam eo casu, quo alioqui non posset actio transire in heredem *l. in heredem 5. supr. de calumniat. l. si plures 17. §. supr. de dolo. l. 3. in princip. de vi & vi armat.*

a *Certè si quasi procurator.* Ratio dubitandi. Etiam cùm filiusfamilias quasi defensor condemnatus fuit, potest tamen pater eo nomine conueniri de peculio tanquam ex contractu filij, quippe qui iudicium accipiendo non minùs quàm per stipulationem promittendo contraxisse intelligitur *d. l. 3. §. idem scribit de pecu.* Ergo in hoc etiã casu idipsum obtinere debet quod iam dictum est, vt transferatur in patrem iudicium quod filiusfamilias tanquã procurator defensórque alterius acceperat, vel si iam fuerat condemnatus filius, in patrem quoque actio iudicati de peculio detur. Nec proinde necesse est vt in eum quem filiusfamilias defendebar, translatio iudicij fiat, vel iudicati detur: cùm procliuior sit translatio in patrem qui filio coniunctissimus omnium est ita vt eadem vtriusque persona existimetur *l. vlt. C. de impuber. & aliis subst.* quam in eum quem filius defendebat qui non solum

Digitized by Google

lium remotior, sed etiam omnino extraneus ei est.

Ratio decidendi. Quæ ratio facit vt mortuo filiofamilias, qui iudicium siue pro se siue pro alio acceperat, iudicij translatio in aliquem facienda sit ne iudicium quod semel benè ritéque acceptum fuit intercidat, eadem euincit vt quo plenior trãslatio fieri potest, eo magis illam fieri oporteat ne quid ex accepti iudicij vtilitate diminuatur. Perit enim ex parte iudicium, quod minore vtilitate in alium transfertur, sicut & perire ex parte dicimus rem, quæ fiat deterior. Atqui iudicium cœptũ cum filiofamilias si quando in patrem transferatur nõ transfertur in solidum, sed tantùm de peculio & de eo quod ad patrem peruenit, vt diximus. Cùm verò transfertur in extraneum quem filiusfamilias defendebat siue tanquam procurator siue tanquam defensor voluntarius, translatio fit in solidũ quia fit in eum cuius proprium negotium gerit, & ad quem res quæ in iudiciũ deducta fuit in solidum pertinet. Melior igitur est vt in hunc quam vt in patrem iudicium transferatur, Nec solùm si vtilitatem translationis inspicias ex parte actoris, sed etiam si æquitatem causæ ex parte patris cui sanè parcendum est quantum id fieri saluo iure actoris potest, cùm nihil ei queat imputari qui & ex facto filij non suo conuenitur, & post mortem filij, in cuius amissi solatium commiseratione aliqua dignus esset potiùs quàm vt iniquioribus cõditionibus teneretur, arg. *l. iure succur. sum 6. infr. de iur. dot.* Nec distinguendum est an is quem filius defendebat soluendo sit necne, Cùm nihil intersit actoris qui vtique plenam actionem habiturus est aduersus fideiussores quos à filiofamilias dari necesse fuit priusquam ad alienæ litis defensionem admitteretur *l. qui proprio 46. §. qui alium l. minor. 51. §. vlt. cum legibus sequ. sup. de procur.* Si non ipsi saltẽ fideiussores reum defendant *l. iam tamen 5. §. nunc videamus & sequent. iudic. solui.* atque ita iudicium in se transferant. Quando ergo pater tenebitur de peculio ex persona filij, qui tanquam alterius defensor fuerit condemnatus? vt in *d. §. idem scribit infr.* Nimirum eo casu quo filius adhuc post condemnationem viuat: quia tunc nihil potest tractari de transferendo iudicio vel de dãda iudicati actione contra eum qui à filiofamilias defensus fuit, & tamen iudicati actio competit iure ordinario, vt & ex alio contractu quolibet aduersus patrem. Quem nec teneri dubitem mortuo filio, si tam stultus sit actor vt malit patrem de peculio tantùm, quàm eum qui defendebatur in solidum conuenire.

b *Transactio vel iudicati datur.* Locus haud dubiè mendosus est. Quid enim ad huius legis tractatum facit nomen transactionis? Sed quomodo sit emendandus non inter omnes constat. Alij enim cum Haloandro legunt *iudicij trãslatio datur*, Alij *translatio vel iudicati datur.* Meliùs ac subtiliùs vt alia pleraque Petrus Faber clarissimus Iureconsultus cuius memoria in benedictione est, docuit *li. 1. Semestr. cap. 12. & 13.* legendũ esse pro *transactio transfertur actio*, nato facilè vicio ex scribendi errore per notas cùm fortè scriptum esset *trãsf. actio* quod & nos iam alibi probauimus, pro ea qua tãti viri iudicium apud nos pollet, pollebitq; semper autoritate. Itaq; plura hic nos dicere nihil attinet de sententia huius legis quam ipse duobus illis capitibus tam luculenter & eruditè enarrauit. Illud tantùm monendum est ex sententia contra defensorem lata dari non regulariter actionem iudicati extra hunc casum, in eum qui defensus sit *l. si procurator 28. in fin. sup. de procurat.* vbi dixi. Posset sanè non improbabiliter ita emendari *transit actio.* Sed probabilius, ni fallor, *translatio.* Nam & similiter translationem dixit Vlpianus simpliciter pro translatione iudicij in *l. sed si 27. §. sed si pater. D. de iniur.*

58. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

IVdicium soluitur vetãte eo, qui iudicare iusserat[a]: vel etiam eo, qui maius imperium[b] in eadem iurisdictione habet: vel etiam, si ipse iudex eiusdem imperij esse cœperit[c], cuius erat, qui iudicare iussit.

Ad l. iudicium soluitur 58.

a *Vetante eo qui iudicare iusserat.* Ratio dubitandi. Qui semel ritè rectéque iudex datus est, in officio permanet etiamsi furere cœperit *l. iudex datus 46. sup. hoc tit.* aut etiãsi is qui iudicẽ dedit iudicis dandi potestatem amiserit, fortè finito magistratu, *l. venditor 46. §. 1. supr.* Nempe quia iudicij datio ab initio constitit. Ergo nec si iudicare vetet is qui prius iudicare iusserat, iudicium tamẽ ideò soluetur. Nam & reipublicæ & litigatorum interest ne tam facilè & ex vnius hominis voluntate soluatur iudicium quod rectè atque vtiliter constiturũ fuit.

Ratio decidendi. Hæc lex sicut & totus hic titulus est de pedaneis iudicibus datis ab illo qui iudicis dandi ius habuerit secundum ea quæ scripsimus ad *l. cùm prætor 12. §. 1. sup. eodem.* ac proinde qui nullam iudicandi facultatem habent nisi ex mandato superioris. Atqui ex natura cuiuslibet mandati est vt reuocari possit ad nutum mandantis dummodò re integra, vtque extinguatur finita voluntate *l. si vero 12. §. penult. ff. mandat. §. recte. Institut. eod.* Ergo iudicium necessariò soluitur si iudicare vetet is qui iudicare iusserat, vt in *d. l. cùm prætor. in princip.* Eiusdem namque potestatis est iubere & prohibere *l. 3. de reg. iur. l. nec non 28. §. quod eius sup. ex quibus caus. maior. l. 3. § in fur. eosi. ff. de pecu.* Demq; etiam mãdata iurisdictio quæ multò plus iuris tribuit quàm mandata iudicatio iisdem mandati regulis subijcitur vt mandãtis & pœnitentia & morte finiatur *l. & quia 6. sup. de iurisdict.* Res autem hac parte integra esse intelligitur quandiu is qui iudex datus fuit, nihil pronũciauit, licet cognoscere cœperit, quia non est in mandato formulæ, vt cognoscat nisi in necessarium antecedens, sed tantùm vt pronunciet. Non tamen facilè nec nisi magna ex causa debet magistratus iudicem quem semel dederit reuocare, quia vix fieri potest, vt siue hoc siue illo modo mutetur iudex, citra captionem alterius ex litigatoribus, vt dixi ad *l. Iulianus ait 17. & ad d. l. iudex datus 46. sup. hoc tit. ex l. pen. in fi. ff. de vacat. & excus. muner.*

b *Vel etiam eo, qui maius imperium.* Ratio dubitãdi Eius demum est mandatum reuocare, qui ipse mãdauit, non alterius. Nec enim mandatum ex alterius quàm ex ipsius qui mandauit, voluntate pendet. Atqui is qui maius imperium habet in eadem

Digitized by Google

iurisdictione ex cuius autoritate iudex datus fuit, non ideò tamen dedit iudicem, de cuius reuocatione tractamus. Ergo nec prohibere potest quominùs is iudicet quem alius dedit, qui dandi ius habuit, sed ex eius qui dedit voluntate id pendere debet.

Ratio decidendi. Potest fieri vt in eadem iurisdictione plures imperium habeant, sed vnus magis quàm alius. Id euenit quoties prætor aut alius magistratus iurisdictionem suam alteri mandauit. Nam & qui mandauit eandem nihilominùs retinet habétque propriam, & magistratus sui iure, & is cui mandata est habet eam quoque, sed tanquam alienam & alieno beneficio *l. 5. & 6. solet 16. supr. de iurisdict. l. 1. §. qui mandatam, & l. 3. supr. de offic. eius cui mandat. est iurisdict.* Maius ergo imperium in ea iurisdictione habet magistratus qui eam mandauit quàm is cui mandata fuit, Et tamen vterq; iudicis dandi ius habet *d. l. cum prætor. §. is quoque supr. hoc tit.* quia scil. mandata iurisdictione totum officium iuris dicundi transit in mandatarium *l. 2. §. At autem ff. de suspect. tut.* iurisdictionis autem illud quoque est iudicis dandi potestatem habere *l. 1. in fin. s. de iurisdict.* Igitur si is qui mandatam iurisdictionem exercet dederit iudicem, magistratus verò qui mandauit, velit prohibere ne is iudex iudicet, quidni poterit prohibere, qui mandatam quoque iurisdictionem si vellet posset reuocare? Non ob id solùm quod in ea iurisdictione maius imperium habeat, sed etiam quia is qui iudicem dedit nõ aliud imperium habuit quàm ex mandato & voluntate magistratus. Tam igitur facile est magistratui qui iudicem non dedit, quàm mandatario iurisdictionis qui iudicem dedit, vt eum prohibeat, qui antea iussus fuerat iudicare. Sed neque hoc nisi ex magna causa vnquam fit. Suauis verò est Bartolus qui ex hac lege notat, Etiam post litem contestatam posse reuocare iurisdictionem delegatam quamuis secus sit in procuratore, Quasi verò iudex de quo in hac lege agitur iurisdictionem aliquam delegatam habeat, ac non potiùs nudam iudicationem, vt loquitur Iustin. in *l. vltim. C. qui & aduers. quos in integr. restit.* Aut quasi potuerit hæc reuocatio fieri etiam ante litem contestatam, cùm tamen non nisi lite contestata dari iudices possent: vt proinde reuocatum illum esse oporteret priusquàm datus esset. Venia dignus est Bartolus excusatione qui hæc omnia ignorauit ignoratione veteris ritus, & moris iudiciorum Romanorum, vt iam alibi sæpius & monuimus, & probauimus.

c *Si ipse iudex eiusdem imperij esse cœperit.* Ratio dubitandi. Etiam prætor mandatam ab alio magistratu iurisdictionem exequi potest vt non ideirco quicquam pro suo imperio agat in ea iurisdictione sed pro eo cuius mandatu ius dicit quoties partibus eius fungitur *l. 3. sup. de iurisd.* Et tamen prætor est ex maioribus magistratibus & ex eorum numero qui imperiũ habent *l. 2. supr. de in ius voc. ad.* Ergo nihil causæ est cur iudicium solui debeat etiam si iudex datus eiusdem imperij esse cœperit, cuius erat is qui iudicare iussit. Ratio decidendi. Iudex à magistratu datus, cùm iurisdictionem nullam habeat; sed tantùm iudicationem, vt proximè diximus, nec minùs necessitatem quàm potestatem iudicandi *l. iudex datus 46. sup. hoc tit.* non tam vice magistratus fungi dici potest, quàm ministerio quodam fungi ad id faciendum quod ab ipso magistratu fieri, propter eius imperium & dignitatem indecorum videretur. Nam nec aliam ob causam ita ius obtinebat ante *l. 2. C. de pedan. iudic.* vt magistratus iudices dare solerent & deberent in omnibus ferè causis, id est, iis tantùm exceptis quæ grauiores & fauorabiliores viderentur, quàm quia indignum esset autoritate & maiestate populi Romani vt magistratus de facto ipso cognoscerent & & pronunciarent, Vt omnium elegantissimè probat locus ille toties ideò iam à nobis citatus ex Ciceron. epistol. ad Q. fratrem, *Quid? Prætor solet ne iudicare deberet?* Ideirco nimirum iudices dati pedanei dicebantur *d. tit. D. p. dan. l. 3. §. 1. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* tanquam qui non solùm inferiores essent magistratibus (nam & magistratuum aliqui alijs inferiores fuerunt *l. 4. sup. de recept.*) sed etiã ad pedes magistratuum velut eorum ministri, Vnde & addicti vocabantur, quod addicti essent formulæ quam magistratus imperiosè verbisq; imperatiuis præscripserat, Non minùs quàm censiti aut adscriptitij addicti sunt glebæ. Meritò igitur placuit solui iudicium si ipse iudex datus eiusdem imperij esse cœperit cuius erat is qui iudicare iussit, ne qui iudicationem susceperat eo tempore quo nullam habebat excusationem, cogatur etiam post adeptam dignitatem id facere quod non nisi indignè à tali magistratu fieri posse credidit ille ipse qui iudicem dedit. Aliud ergo esset si nõ de iudicis datione, sed de mandata iurisdictione ageremus. Non enim solueretur mandatum iurisdictionis ob id solùm quod mandatarius magistratũ gerere cœpisset: cùm etiam magistratum magistratui suam iurisdictionem mandare non indecorum existimetur *d. l. 3. de offic. eius.* Ex quo apparet tantò manifestiùs, quàm verum sit quod toties inculcauimus, Aliud longè esse iudicem quem datum esse, aliud verò mandatam iurisdictionem exercere. Itemq; quàm abiectum esset iudicũ pedaneorum munus si cum magistratibus populi Romani conferrentur, cùm etiam illi qui mãdatam à magistratu iurisdictionem exercebant iudicem perinde dare possent, qui tamen magistratus ipsi non erant, tantùm magistratuum vice & officio fungebantur. Dixi ad *l. eum qui 13. sup. de iurisd.*

59. VLPIANVS libro 51. ad Sabinum.

SI locus in iubendo iudicare non est comprehensus, videtur eo loco iudicare iussisse, quo solet iudicari sine incommodo litigantium.

Ad l. si locus 59.

Ratio dubitandi. Fieri vbique potest quod nullo certo loco fieri vel imperatum vel conuentum est *l. continuus 137. §. cum ita, ff. de verb. oblig.* Ergo si certus locus non sit comprehensus in iubendo iudicare, id est, in prætoris formula per quam dedit iudicem, eùmque iudicare iussit, videtur in eius arbitrio & potestate reliquisse prætor vt in quo vellet ipse loco iudicaret. Nec enim solet prætor in formula ea prætermittere quibus iudicem ex necessitate addictum esse velit. Ad quid enim dat formulam, nisi vt ex eius præscripto intelligere

possit

possit iudex, quid sibi sit faciendum? Ratio decidendi. Formulæ omnes prætoriæ sicut ab eius autoritate vim capiunt, ita & ex eius voluntate debent recipere interpretationem *l. in conuentionalib. 52. ff. de verb. oblig. l. in prætoriis 9. de prætor. stipul.* Nemo autem dixerit prætorem id egisse vt iudex datus alio loco iudicare posset vel deberet, quàm in quo iudicari solet, & quidem sine incommodo litigantium, quibus vtrique cõsultum voluit eum, & formulam & iudicem dedit. Alioqui non bene officio suo functus videri posset dando formulam sine expressione loci, si de alio loco insolito, sensisset. Ea namque sola possunt tutò ac sine reprehensione prætermitti quæ sunt moris & consuetudinis, quasi quæ tacitè veniant, etiamsi non fuerint expressa, arg. *l. quod si nolit 31. §. quia adsidua ff. de ædil. edict. vulg. l. cùm quid 3. ff. si certũ pet. l. vlt. C. de fideiuss.* Sic nec arbiter compromissarius qui iudicis vicem aut potiùs similitudinem in multis obtinet, iubere potest vt litigatores veniant in alium locũ quàm in quem & honestè & minore incommodò venire possint *l. quod tamẽ 21. §. si arbit. sup. de recept.* Quid si prætor in formula nõ loci sed tẽporis mẽtionem omiserit? D. xi ad *l. si iudex 32. ff. e.* vbi videsis.

60. PAVLVS libro 14. ad Sabinum.

MOrtuo iudice: quod eum iudicare oportuerat, idem eum, qui subditus est, sequi oportet.

Ad l. mortuo 60.

Ratio dubitandi. Potest & debet bonus iudex non ex alieni sed ex sui & proprij animi sententia iudicare *l. 3. §. 1. l. quæsitum 15. ff. de testib.* & prout religio ei iudicandum dictauerit solum Deum præ oculis habens, & leges & formulam: *Nouell. 82. de iudicibus. c. de diuersis script. ad iud. direct. §. omnis autem iudex, l. non quicquid 40. §. 1.* vbi dixi *supr. hoc tit.* Alioqui facit litem suam *l. filiusfamilias 15. §. 1. supr. l. vlt. de extraord. cognit.* Ergo non quid prior iudex iudicare debuerit in cuius demortui locum alius substitutus est, inspici oportet, sed quid posterior ipse iudicare debeat, Præsertim cùm possit alius esse status litis coram posteriore iudice in ipso tempore rei iudicandæ quàm fuerit coram priore. Nã & interdum sola mors iudicis aliquid de statu & forma litis mutat: Cuius rei exemplum non obscurum est in *l. edictum 55. vers. planè supr. eod.* Nam si mortuo priore iudice qui omnium edictorum ordinem peregisset, posterior iudex statim ad peremptoriũ pronunciationémq; veniret non proposito quarto edicto, id quidẽ faceret quod antecessorẽ suum facere oportuisset, nec eò minùs tamen malè faceret, quia vnum edictum nouum dare debet *d. l. vers. planè.* Ratio decidendi. Cùm in demortui iudicis locum alius iudex datur, vnum idémque iudicium esse intelligitur, vt dixi ad *d. l. edictum ex l. proponebatur 76. ff.* & ex vna eadémque prætoris formula æstimandum *l. si iudex 32. sup.* cui scil. vterque iudex æquè obstrictus & addictus fuisse intelligitur. Ergo qui subditus est & subrogatus in locum prioris, eum prorsus necesse est id sequi non quod prior fortassis per imperitiam aut per sordes malè iudicaturus fuerat, sed quod eum iudicare oportuerat, vt hæc lex ait, id est, ad præscriptum formulæ prætoris, à qua neutri licuit recedere, Nimirum quantum ad ius sententiæ definitiuæ, quæ sola facit vt iudex siue benè, siue malè officio suo functus videri possit *l. iudex posteaquam 55. ff. de re iudic.* Nam quantum ad interlocutiones nihil est in formula quod iudicem obstringat, quominùs aliter atque aliter pronunciet si modò neque lex, neque iudiciorum consuetudo in eo loco in quo iudiciũ agitur, obseruata repugnet. Sicut & quod ad facti quæstionem pertinet, negari non potest quin sit illa in arbitrio & potestate iudicantis *l. 3. §. 1. vers. quorum alterum ff. ad SC. Turpil. l. ordine 5. ff. ad municip.* & consequenter quin iudex possit & debeat ex animi sui sententia facti probationes æstimare, ac fortasse longè aliter quàm æstimaturus fuerat antecessor. Quis enim nescit ita passim vsuuenire vt quod vnus iudex benè probatũ credat, alius nullomodo ac ne quidem semiplenè, vt loquuntur, probatum putet. Vnde est quod pragmatici passim iactitant, non omnino quidem falsò, sed tamen valde periculosè totam probationum materiam esse arbitrariam, vt in eo litium genere vix iudex quisquam sit qui non putet sibi impunè adeóque salua propemodum conscientia licere in quã velit partem iudicare. Quæ res facit vt nec plerique iudicum & litigatorum erubescant dicere si quando litis decisio ex probationum, præsertim verò ex testium fide pendeat, esse litem ex earum numero in quibus bonum sit habere iudicem fauorabilem. Quod ego tamen nec dici nec audiri vnquam vellem, Nisi quod iudici qui in facto errasset faciliùs parcerem non quia in eius arbitrio fuerit errare impunè, sed quia facti quæstio & interpretatio etiam prudentissimos plerunque fallat *l. 2. infr. de iur. & fact. ignor.* Arbitri non eadem quæ iudicis ratio est: Nec enim potest sic in arbitrum compromitti vt certam sententiam dicat, Alioquî arbitrium nullum est nec cogitur ille sententiam dicere, nisi permittatur ei vt dicat quod ipsi videtur *l. qualem 19. sup. de recept.* Est enim tolerabilius vt iudex qui à prætore vel alio magistratu datur certæ sententiæ ferendæ formam & necessitatẽ accipiat à formula magistratus, quàm arbiter à voluntate litigatorum, qui si iam conuenіant in eo quod pronunciari volunt, non egent amplius arbitro. Etsi apparet ex iis quę diximus sententiam cuius à iudic dato ferendæ formam prætor præscribit nõ esse absolutè certam; sed tantùm quod ad ius pertinet, ex suppositione nimirum facti, de quo etiam in formula sub condicione illa vulgari *si paret*, quæ iudicis arbitrio & æstimationi totam facti quęstionem relinquit. Paulus verò in *d. l. qualem* potest intelligi de ea sententia quam litigatores tam absolutè certam fecerint, vt arbitri iudicio & potestati nihil reliquerint, Quod eùm faciunt plus sibi potestatis & autoritatis arrogant in arbitrum, quàm prætor in iudicem à se datum, Idróque meritò placuit vt nec valeat compromissum ita factum, nec arbiter ex eo sententiam dicere cogatur. Planè si conuenerit inter litigatores quid pronuncietur, etiam iudex à prætore datus cogitur eiusmodi sententiam proferre, *l. si conuenerit 26. ff. de re iudic.* quia nihil in eo fit contra iudicis autoritatem, vel mentem prætoris qui vtique dando litigatoribus iudicem nihil aliud egit nisi

vt cõtrouersias eorum dirimeret, à quibus si sponte recesserint ea lege vt vel hoc vel illud pronunciarent, tatum id quoque prætor habet. arg. *l. 15. inde quæritur. j. de oper. noui nunciat.*

61. VLPIANVS libro 26. ad Edictum.

SOlemus quidem dicere, id venire in iudicium de quo actum est inter litigantes[a]. sed Celsus ait, periculosum esse, ex persona rei hoc metiri[b]: qui semper, ne condemnetur, hoc dicet, non conuenisse. Quid ergo? melius est dicere, id venire in iudicium, non de quo actum est, vt veniret: sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret.

Ad l. solemus 61.

Ratio dubitandi. Id demum in iudicium deductum dici potest quod à litigatoribus deductum fuit in contestationem apud prætorem, & à prætore ipso postea deductum in formulam, cùm non possit iudex recedere à præscripto formulæ vt de alia re cognoscat quin hoc ipso fit incompetens *l. 5. & tot. tit. C. si a non compet. iudic.* Nisi in casu *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iud.* Ergo nõ facilè potest incidere quæstio, Quid in iudicium venisse videatur. Nam sicut ea de quibus lis contestata nunquam fuit in iudicium venire non possunt, ita nec ea quæ post acceptum iudicium acciderunt *l. non potest 23.* vbi dixi *supr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Potest fieri vt certum sit litem contestatam esse inter litigantes de Sticho vel de fundo Corneliano, & cõsequenter de Sticho quoque vel de fundo Corneliano datam esse formulam, neque tamen certum sit de quo Sticho vel de quo fundo Corneliano litigatores senserint. Finge duos esse seruos, aut duos fundos eiusdem nominis. Hoc igitur casu necessariò quærendum est quid in iudicium venerit, an is Stichus aut fundus de quo actor dicit se sensisse, an is potiùs de quo reus, an neuter.

a *Id venire in iudicium de quo actum est inter litigantes.* Ratio dubitandi. Si nõ aliud venit in iudicium, quàm quod actum est inter litigantes, Ergo si vnus ex litigatoribus de vno Sticho, alius de alio senserit, nihil actum erit. Nam & in stipulatione idem seruaretur vt si quis Stichum stipulatus de vno sensisset, promissor autem de alio, stipulatio non valeret, *l. inter stipulantem 83. §. 1. j. de verb. obliga.* quia in stipulationibus quoque perinde ac in iudiciis sequimur semper id quod actum est inter contrahentes *l. semper in stipulationib. 34. de reg. iur.* Atqui etsi ita esse Aristo existimauit, cæteris tamen prudentibus placuit non ita esse, sed ex actoris solius potiùs, quàm ex rei quoque intentione æstimari id oportere, Nam inter stipulationem & iudicium euidens differentia illa est, quod stipulatio non nisi ex vtriusque consensu valet vtrique accipit. Iudicium verò ex autoritate prætoris qui dictat illud redditque etiam in inuitum. Porro semper negaret reus se consensisse in eum Stichum vel fundum de quo actor diceret se sensisse, vt ita & prætori & iudici illudens effugeret cõdemnationem, vt præclarè contra Aristonem ratiocinatur Paulus in *d. l. inter stipulantem §. 1.* Ergo non sic dicendum est quomodo solere nos dicere Vlpianus hîc ait, In iudicium id venire de quo actum est inter litigantes, sed potiùs quomodo Paulus loquitur in *d. §.* eum demum Stichum petitum videri de quo actor sensit.

Ratio decidendi. Quæ Pauli sententia est in *d. §. 1.* eadem est Vlpiani ex Celso in hac lege, Periculosum scilicet fore si ex persona & voluntate rei metiremur quid in iudicium venisset, quia is ne condemnaretur semper diceret se non conuenisse. Ergo cum Celso & Vlpiano concludendum est, falsam esse aut saltem minùs propriè conceptã illam propositionem quæ vulgò sic efferri solet *id venire in iudicium d. quo actum est inter litigantes.* Quæ si vera esset sanè sequeretur: Nihil ergo in iudicium venire nisi de quo vterq; litigatorum consentiat, Ac proinde nihil actum esse quoties reus negabit se consensisse: Sed negatiuè concipiendam esse regulam hoc modo, Non vt veniat in iudicium id de quo actum est vt veniret, at contrà vt non veniat id de quo nominatim actum est ne veniret: Quod ipsum in effectu nihil est aliud quàm quod ait Paulus in *d. §. 1.* Actori potiùs quàm reo hac parte credi oportere: Ita enim fit vt non sit actoris probare quid in iudicium venerit, cùm habeat fundatam intentionem, sed rei sit probare, quid illud sit de quo nominatim actum est ne in iudicium veniret. Arbitriorum compromissariorum alia ratio est. Id demum enim venit in compromissum de quo actum est vt veniret *l. quid tamen 21. aliàs l. si cum dies §. plenum sup. de recep.* Nimirum quia compromissa etiam per stipulationem fiant non nisi ex vtriusque litigatoris consensu fieri & stipulationes constituuntur *d. l. inter §. 1. de verb. obliga.*

b *Periculosum esse ex persona rei hoc metiri.* Ratio dubitandi. Fauorabiliores sunt etiam in iudiciis rei quàm actores *l. fauorabiliores 125. de reg. iur.* Ergo reo potiùs quàm actori in dubio credendum est. Præsertim cùm possit imputari actori cur non intentionem suam expresserit apertiùs de quo Sticho, vel de quo fundo sentiret cùm litem contestaretur. Ex reg. *l. veteribus 39. supr. de pact.*

Ratio decidendi. Fauetur reo in iudiciis quatenus faueri potest salua ipsius iudicij substantia & potestate. sed non vsque adeò vt in eius arbitrio & voluntate relinqui oporteat an iudicium aliquod sit, Ne alioqui ex ipsius etiam voluntate pendeant an condemnetur, quod non minùs absurdum esset quàm si quis in arbitrio debitoris poneret an deberet *l. 2. §. Scæuola, aliàs l. non vtique. j. de eo quod cert. loc. l. sub hac conditione 8. j. de verb. obligat.* Dices non minùs absurdũ esse si dicamus ex actoris voluntate rei condemnationẽ pendere. Sed non sunt hæc similia. Nam reo ad effugiendam condemnationem sufficeret negare se consensisse vt in iudicium veniret is Stichus de quo actor sentire se diceret, tametsi nullum eius retinendi se ius habere fateretur: quia nõ eò magis posset iudex pronunciare de eo Sticho de quo datus non fuisset. At nõ similiter actori sufficeret ad extorquendam aduersus reum condemnationem, quòd diceret se de illo Sticho sensisse de quo consentire reus nollet, eúmque ipsum Stichum esse de quo iudicium datum & acceptum est, nisi etiam probaret vel ad se illum pertinere iure dominij, si vindicatio instituta sit, vel sibi debitum esse ex contractu aut quasi con-

si contractu si per actionem in personam petitus proponatur. Itaque periculum nullum est vt hac parte actori magis credamus quàm reo, quomodo esset è contrario periculosissimum aliquid reo neganti hac parte credere contra actorem. Denique non sola actoris vtilitas in hoc versatur, sed etiam autoritas prætoris & potestas iudiciorum cum facilè posset reus alioquin illudere & impunè.

1 § Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.

Ad §.1. Latrunculator.

Ratio dubitandi. Etsi Latrunculator iure suo & vi propriæ iurisdictionis de re pecuniaria iudicare non potest, cùm habeat tantùm criminalem iurisdictionem in latrones (nam & inde nomen sumpsit quasi latronum insectator, quomodo appellatur Nouel. 8. *vt iudic. sine quoquo suffrag. fiant. ca. 13. §. interdicimus, an princi.*) quid tamen vetat dari eum iudicem de re pecuniaria à magistratu aliquo præsertim qui sit ex maioribus habeatque etiam de causis pecuniariis iurisdictionem, vt puta à prætore vel à præfecto vrbis. Non enim aliis interdictum videtur ne iudicationes à magistratibus suscipiant, quàm qui eiusdem parisque imperij sint, argum. *l. iudicium soluitur 58. in fin. sup. hoc tit.* Ergo etiam Latrunculator de re pecuniaria iudicare poterit si fortè à maiore aliquo magistratu in eam rem datus sit. Ratio decidendi. Ipsum Latrunculatoris nomen ostendit non aliam ob causam eum in republica constitutum quàm vt Latrones assiduè insectetur, grauissimisque suppliciis coerceat, ne quâ parte hoc genus hominum aut grassari aut delitescere patiatur. Quæ res tanti momenti est, tantámque exigit diligentiam & assiduitatem, vt non immeritò interdictum sit Latrunculatori ne causis pecuniariis iudicandis operam daret, Ne alioqui facilè accidat vt ea ratione à suo munere diligentiùs, ac vt oportet, obeundo auocetur, quod sanè non esset è reipublicæ vtilitate, arg. *l. non alias 14 in fin. sup. h. tit.* Latrunculatoribus illis respondere videntur ij quos Galli vocât *Preuost des Mareschaux*, aut etiam *Preuost de campagne*. Habêt enim iurisdictionem criminalem in latrones, grassatores, militiæ desertores & alios id genus homines, vt non solùm prehendant, sed extremis quoque suppliciis afficiant remota qualibet appellatione, Adhibito tamen aliquo peritiorum Adsessorum numero nisi facinorosos homines in ipso scelere ac facinore deprehendant, quo casu omnia per seipsos expedire possunt sine adsessore.

62. VLPIANVS libro 39. ad Edictum.

INter litigantes non aliter lis expediri potest, quàm si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur.

Ad l. inter litigantes 62.

Ratio dubitandi. Multa sunt iudicia eius naturæ & conditionis, vt in iis vterque ex litigatoribus & actor sit & reus, vterque petitor, & vterque possessor, quæ ideò nunc mixta, nunc duplicia appellantur, qualia sunt Finium regundorum, Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, de quibus in *l. iudicium 10. §. fin. regund. l. 2. §. 1. §. communi diuid. l. actionum 37. §. 1. §. de oblig. & action.* vbi adduntur alia etiam exempla De interdictis, Vti possidetis, & Vtrubi, in quibus similiter contingit vt vterque actor sit, quamuis non eò minùs vterque se dicat possessorem *l. 1. §. inter litigatores, & l. 3. §. 1. §. vti possid.* Nec rursus nouum est vt is quoq; qui possidet nihilominus actoris partes obtineat, sine vno tantùm casu id contingere dicas, siue non vno casu, quomodo legendum esse in §. *aeque & er. sane Instit. de action.* docuimus lib. 19. Conject. cap. vlt. Et tamen nemo dixerit iudicia ista expediri nullomodo posse. Ad quid enim dictarentur & constituerentur si expediri postea non possent? Ergo non potest verum esse quod hic Vlp. ait inter litigantes non aliter expediri litem posse, quàm si alter petitor, alter possessor sit, Et esse debere qui onera petitoris sustineat, itémque qui commodo possessoris fungatur.

Ratio decidendi. Et ciuilis & naturalis ratio facit vt alium necesse sit possidere, alium verò à possidente petere, vt scriptum est in *§. retinendæ. Instit. de interd.* Itémque vt alium necesse sit actoris partes sustinere qui probatione oneretur *l. si priusquam 15. in fi. de oper. noui nuncia.* alium possessoris à quo nulla probatio exigatur. In eo namque versatur præcipuum commodum possessionis vt probandi onus transferat in aduersarium *§. commodum. Inst. eo. ti. de interd.* Proinde tum quoque cùm duplicia illa iudicia exercentur, in quibus vterque & actor & reus est, aliquid tamen fieri oportet propter quod differentia inter eos inducatur, ne par omnium causa esse existimetur. Ideóque inspicimus quis prior ad iudicium prouocauerit vt is demùm actor esse intelligatur. Quòd si ambo simul ad iudicium prouocent, tùm quasi alio omni remedio deficiête cogimur sorti rê committere, vt discerni possit actor à reo & petitor à possessore: ne alioqui nulla superfit ratio iudicij expediendi *l. in trib. 14. & seq.* vbi dixi *s. h. t.*

63. VLPIANVS libro 49. ad Edictum.

REctè defendi, hoc est, iudicium accipere vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione, nec ille videtur defendi [a], qui, quod iudicatum est, non soluitur.

Ad l. rectè defendi 63.

Ratio dubitandi. Publicè vtile est quoscunque, sed præsertim absentes à quibuscunque defendi *l. seruum quoque 33. §. publicè sup. de procurat.* Atqui nô facilè potest quilibet inuenire fideiussorem per quem satisdet de iudicato soluendo *l. 2. § penultim. supra hoc titulo.* Ac plerumque facilius est soluere quàm fideiussorem dare: Neque verò iudicia ideò exercentur, vt fideiussor detur, sed vt solutio exigatur eius quod actori debetur, vt ex actionis definitione apparet, de qua in *l. nihil aliud 51. §. de obligat. & action.* Pecunia autem plerumque

debetur non satisdatio. Ergo rectè defendi etiam ille dicendus est qui non satisdat si modò vel per se vel per alium accipiat iudicium, nec recuset soluere iudicatum vbi erit condemnatus. Alioqui longè difficilior fieret cuiusque defensio quam tamen faciliorem fieri potius oporteret tanquam quæ naturalem habeat rationem, adeóque iuris sit naturalis, vt nostri loqui solent. Sed & cùm quis seipsum per se defendit non per procuratorem, certum est non cogi eum satisdare vt in hoc melioris condicionis sit quàm procurator & defensor *l. sed & hæ 35. §. defendere. iunct. l. si defunctus 15. supr. de procura. l. si ad defendendum 10. iudic. solui.* Ergo male hic Vlp. *sed cum satisdatione*, vel eodem Vlpiano iudice in *l. 5. §. vlt. quib. ex caus. in poss. eat.*

Ratio decidendi. Ad autoritatem prætoris publicámque vtilitatem maximè pertinet, vt ante omnia prouideatur ne quid à prætore temerè vel frustra factum esse videatur. Ergo cùm in possessionem bonorum debitoris missi sunt creditores ob id quod non defenderetur, si postea velit ille se defendere, vt ita creditores de possessione discedere iubeantur, meritò arctandus est vt satisdare compellatur, ne alioquin commodum missionis quod ex prætoris edicto habuissent iis tam facilè eriperetur. Igitur rectè defendi hoc casu non illud tantùm est, iudicium accipere vel per se vel per alium, sed si hoc præterea adiicias *cum satisdatione*. Nam siue quis per procuratorem defendatur satisdare debet de iudicato soluendo, quamuis reus sit, quia stipulatio hæc à domino litis pro procuratore interponitur *dict. l. si ad defendendum 10. iudic. solui.* siue ipse se defendat, vt impediat bonorum suorum venditionem quæ semel passus sit ex edicto possideri hanc quoque culpæ suæ pœnam luere illum æquum est vt satisdare teneatur, quamuis ab initio potuisset sine satisdatione missionem impedire, quia facilius est impedire ne creditores mittantur in possessionem quàm facere vt de possessione in quam missi sunt iubeantur discedere, quia & *Turpius eiicitur quàm non admittitur hospes.* Siue denique alius alium defendat ideò satisdare cogitur, quia nemo quantumuis locuples alienæ litis idoneus defensor sine satisdatione intelligitur *l. qui proprio 46. § qui alium & l. minor 51. §. vlt. & legib. seqq. sup. de procur. & l. item ait prætor 21. §. vlt. sup. ex quib. cau. maior. l. 5. §. vlt. quib. ex caus. in poss. eat. l. si pupillus 33. § 1. de reb. autor. iudic. possid.* qui tamen duo posteriores loci pugnare inuicem videntur, quamuis ambo sint Vlpiani. Nam in §. *vlt.* ait Vlp. non putare se necessariam satisdationem si debitor ipse se defendat Contrà verò in *dict. §. 1* siue ipse sui, siue alius eius defensionem suscipiat satisdari debere vt satisdatione interposita iudicium accipiatur & à possessione discedatur: cum quo consentit quod in hac lege idem Vlpianus scribit. Illud sanè constat hanc legem non pertinere ad eum qui ab initio se defendit, & cuius bona numquam fuerint eo prætextu possessa quasi non defenderetur. Hunc enim certum est satisdare cogendum non esse, cùm suam & propriam litem per se tueatur *d. l. sed & hæ. §. defendere.* Nec vnquã tenetur dominus satisdare aut promittere pro se de iudicato soluendo, sed tantùm pro suo procuratore si quando defendi velit per procuratorem, vt in *d. l. si defunctus & d. l. si ad defendendum.* At si ab initio latitauit aut alia ratione copiã sui non fecit, ita vt cùm neque à seipso, neque à quoquã alio defenderetur, in possessionem bonorum eius missi sint creditores ex edicto, quasi iamiam ex bonis ex posteriore edicti parte venditum, ratio certè facit vt hoc casu durius agi cum debitore oporteat, vt quamuis ipse se defendat, satisdare tamen debeat priusquam iubeãtur creditores de possessione decedere *dict. l. 33. §. 1. de reb. autor. iudic. possid.* quasi nõ careat doli suspicione qui iam semel bona sua possideri passus est, verendúmque sit ne iterum detrectet iudicium qui iam aliàs detrectauit. Et de hoc demùm debitore intelligendus est Vlpian. in hac lege, quoniam in eo debitore qui ab initio copiam sui fecit, nec vnquam latitauit, non solet nec potest quæstioni locus esse an rectè defendatur, sed in eo tantùm qui antea non defensus, cùm defendi deberet, nunc primùm defenditur vt bonorum venditio impediatur: Nisi cùm ab initio volet ille per alium defendi siue procurator ille alius sit, siue voluntarius defensor. Sed tamen excipiendus est pupillus vt quamuis eius bona quòd à nemine defenderetur ex edicto possessa sint, si tamen post pubertatem paratus sit se per seipsum defendere non sit onerandus satisdatione, *d. l. 5. § vlt. quibus ex caus. in poss. eat.* quo loco obseruandum est non generalem tractatum institui ab Vlpiano, quomodo in hac lege & in *d. l. 33. § 1. de reb. aut. iud. poss.* Quando rectè quis defendi videatur, & an semper necessaria sit satisdatio siue quis seipsum defendat, siue eum alius sed adhiberi interpretationem ad præcedentia verba edicti prætoris, quæ non de quolibet debitore loquuntur, sed de solo pupillo cuius bona fuerint possessa per creditores. Exceptionis autem huius æquitas summa & euidens est, quòd non debeat durior fieri condicio pupilli ob id quod neque ipse se, neque alius eum defenderit, cùm ætatis ratio faciat vt nihil ei possit imputari, potiúsque commiseratione dignus sit quàm pœna, hactenus saltem vt non peiore condicione admittatur ad sui defensionem, quàm si bona eius possessa numquam fuissent, quo casu posset vtique se defendere sine satisdatione, vt diximus. Vide an ita dissolueris ad *l. 21. §. vlt. supr. ex quibus caus. maio.* Atque ita nodum hunc dissoluendum arbitror, non quomodo visum est Cuiacio qui libro 10 obseru. cap. 29. sic Vlpianum intelligit in *dict. §. vlt.* inquam vtra que opinionem probauerit, vt & necessaria esset satisdatio & non esset. Quasi verò iuris nostri ratio dubitationes istas & incertitudines maximè in tanto Iureconsulto quantus Vlpianus fuit ferre vnquam possit. Nimirum accepit vir doctissimus sententiam Vlpiani generaliter, quasi ad omnes debitores qui rectè defenderentur pertinentem, quam tamen debuit coarctare ad pupillos de quibus solis locuta erat pars illa edicti quam tùm interpretabatur Vlpianus, & ad quos solos possis referre verba illa interpretationis *& quidem non solùm ipsis se defendere volentibus hoc edictum scriptum est*. Iuuat etiam suspicari corruptam esse huius legis inscriptionem ideóque emendandam ex *d. l. 5.* vt pro quadragesimonono libro ad Edictum reponamus 9. Is enim liber est in quo potissimùm tractauit Vlpian. de missione in possessionem bonorum debitoris ex edicto, si is non rectè defendatur. vt constat etiam ex *l. 3. & 7. eod. tit. quib. ex caus. in poss. eat.*

a *Nec ille videtur defendi.* Ratio dubitandi. Nõ potest tractari de iudicato soluendo priusquàm iudicatum sit, quia ad executionem sententiæ id pertinet de

ner., de qua nisi præposterè ante sententiam timere nequit. *l. C. de execut. rei iudic.* Atqui post latã sententiam iam vera defensio est *l. tamet. men §. in princ. ...* cùm lis ex re iudicata finem iam acceperit *l. i. de re iudicat.* Ergo cùm quæritur, An rectè quis defendatur; impertinenter eo inquiritur an iudicatum soluat. Et ideò, stipulatio iudicatum solui tres clausulas in vnum collatas habere dicitur, De re iudicata, De re defendenda, & de dolo malo, *l. iudicatum solui & iusfr. iudic. solui,* vt quod actor consequi nõ potest ex clausula De re defendenda consequatur ex altera de re iudicata, quæ & prævalere solet, *l. vlt. eod.*

Ratio decidendi. Rectè defendi nihil aliud est, quàm viri boni arbitratu defendi *l. ex clausula 17. & seqq. cod. tit. l. penult. & vlt. sup. de procurat.* Atqui vir bonus non arbitrabitur defendi rectè eum qui etiam cõdemnatus iudicato parère nolit. Ad quid enim prodest accipere iudicium, & ad rem iudicatam peruenire nisi vt iudicatum fiat? Is quidem exitus est omnium iudiciorum, Executio nimirum rei iudicatæ. Ergo non solùm ille dicendus est non defendi, qui vel per se vel per alium accipere iudicium detrectat, aut qui dicit quidem se paratum, sed sine satisdatione: sed quoque cùm bona eius iam possessa sunt à creditoribus, sed & is qui condemnatus non soluit quod iudicatum est. Tantò enim magis frustratur & tergiuersatur, quàm si nõ esset condemnatus, quantò æquius esset saltem post cõdemnationem id facere illum, quod etiam ante sententiam vir bonus & ex bona fide facere debuisset, arg. *l. 3. vers. qua tandem ratione. ... ac vi, iur. l. si tertius 21. §. cum per venditorem. in fin. de actio. em. pt.* Et hæc verisculi huius sententia est, non autem illa, vt non videatur defendi qui iudicatum solui non satisdat. Hoc enim ipsum illud est quod iam dictum fuerat in prima legis parte. Sed nec Vlpiani verba quæ de iudicato soluendo sunt hanc interpretationem patiuntur. Aliud enim est iudicatum non soluere, Aliud verò de iudicato soluendo non satisdare. De iudicato soluendo satisdandum est antè sententiam, Iudicatum verò ipsum soluendum, vt iam dixi, post sententiam. Et quemadmodum plus facit qui iudicatum soluit quàm qui satisdat de iudicato soluendo, Ita è contrario grauior culpa est illius qui post condemnationem recusat soluere iudicatum, quàm eius qui ante sententiam detrectat satisdare, Sed longè grauissima si antè sentẽtiam satisdederit quis de iudicato soluendo, vbi verò condemnatus est, soluere recuset, quasi viro bono ad plenam defensionem sufficiat quòd satisdederit de iudicato soluendo: quod tamen ridiculum est. Nam sicuti quandiu sententia non est reddita sufficit satisdedisse, quia nihil aliud est quod amplius requiri iure possit, ita post sententiam & condemnationem soluere oportet, nec satisdedisse prodest eùm solutio ex sententia non satisdatio postuletur.

64. VLPIANVS libro 1. Disputationum.

NOn ab iudice doli æstimatio ex eo, quod interest, fit, sed ex eo quòd in litem iuratur. Denique & prædoni [a] depositi, & commodati, ob eam causam competere actionem, non dubitatur.

Ad l. non ab iudice 64.

Ratio dubitandi. Et obligationes & actiones omnes in id comparatæ sunt, ac proinde ipsa quoque iudicia vt vnusquisque id quod sua interest consequatur *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. obli.* Ergo si quando dolus aduersarij æstimandus sit à iudice, quod euenit quoties in litem iuratur, non ex alio quàm ex eo quod actoris interest æstimari potest. Nam vt pragmatici nostri solent dicere, nemo audiendus est, siue agendo, siue excipiendo sine interesse *l. ille aquo 13. §. si de testamento. ff. ad SC. Trebell. l. 3. §. 3. de verb. oblig.* Et verò cùm non alia fuerit causa inducendi iurisiurandi in litem, quàm quod non deberet esse in potestate dolosi hominis vt ab inuito domino per rapinam rem eius precio iusto compararet, vtque dominus etiam inuitus rem suam iusto precio vendere cogeretur *l. non enim 7. ff. iudic. solui. iunct. l. nec quasi 70. de rei vindi.* apparet satis tum quoque cùm in litem iuratur, ex eo quod actoris interest fieri condemnationem, doloque æstimationem. Maximè verò si iuretur ex necessitate, ac ob id solùm quòd non possit iudex sine delatione iurisiurandi æstimare tem quæ non extat, vt in *l. in actionibus §. in fin. de in lit. iurand.*

Ratio decidendi. Rem in iudicium deductam non idcirco pluris esse opinamur, quòd crescere possit condemnatio ex contumacia non restituentis, idque per iurandum in litem, quia res non pluris fit per hoc, sed contumacia ipsius æstimatur à iudice vltra rei precium *l. i. nã ait. De in lit. iur.* vbi sic legendum esse, *sed contumacia æstimatur*, non vt alij *sed ex contumacia* monuimus, & probauimus in Iulijs Coniect. Ergo cùm in litem iuratur ob id quod iniustus possessor domino rem suam aut à se depositam, vel cõmodatam petẽti nolit restituere, fit æstimatio doli à iudice non ex eo quod interest actoris, sed ex eo quod in litem iuratur suprà quàm rerea interst, quod vulgò nostri *iusiurandum affectionis* appellant. Ad differentiã eius quod idẽ volent dicere *iuramentum veritatis*, cuius nondũ tamen nullũ esse probauimus lib. 16. Cõiect. nec proprius hic est de eo dicẽdi locus. Et sanè siue rei æquitas, siue etiã causæ necessitas moueat iudicẽ ad deferẽdum iusiurandũ in litem, numquam fieri potest, vt non æstimetur dolus illius cõtra quẽ iuratur, suprà quàm intersit actoris. Planè si nihil interesset eius qui iusiurandũ sibi deferri peteret, nõ esset is vtiq; audiendus Est enim multò facilius, vt quis agendo cõsequatur suprà quàm sua intersit, quàm vt agere possit is cuius nihil interest. Rursum si non condemnaretur reus suprà quàm actoris interesset, nõ tam dolus quàm interesse ipsum æstimatum videretur, vt in *l. si traditio 4. C. de act. empt.*

a *Denique & prædoni.* Ratio dubitãdi. Nemo ex improbitate sua potest aut debet consequi actionem *l. itaque 12. §. 13. de fur.* vbi Vlp. ait furti actionẽ non dari malæ fidei possessori qualis fur est, vel prædo, quia licèt eius intersit rem non subripi, cum eius periculo res sit propter moram quam in re furtiua cõtrectanda perpetuò facere intelligitur *l. in re furtiua 8. §. 1. de condict. furt.* nemo tamẽ ex improbitate sua cõsequi debeat actionem: Nam nec sufficit interesse vt agi possit, nisi etiam illud cõcurrat vt intersit ex honesta causa *l. cùm si tacet. de furt. l. 3. §. si mecum ad exhib.* Ergo si fur vel prædo rem à se subreptam deposuerit aut commodauerit, non eò magis actionem vel depositi vel commodati, præsertim cùm bonæ fidei sint habere debet: quia licèt

Digitized by Google

eius interfit propterea quòd eo nomine teneatur vero domino actione furti, quæ ratio fuit Marcelli ab Vlpiano relati in *l. 1. § si prædo 39. ff. deposit.* negari tamen non potest quin ex turpi causa intersit cùm intersit propter furtum ab actore ipso factũ.

Ratio decidendi. Etiam furi & prædoni data fides seruanda est *l. bona fides 31. versic. incurrit. ff. eod. t. deposit.* Ergo si fur vel prædo rem quam subripuit aut inuasit apud alium deposuerit, aut alij commodauerit, non eo minus actionem depositi aut commodati habere debet quòd sit ipse fur & prædo *dict. § si prædo l. ita vt 10. ff. commod.* quemadmodum & si subreptos à se nummos credidisset, subreptis iis haberet condictionem *l. nam etsi fur. 13. ff. de rebus credit.* Neque verò hoc casu actionem sibi fur vel prædo acquirit ex sua improbitate, sed ex sua conuentione, quamuis improbitas materiam conuentioni præbuerit. Sed quid habet hæc sententia commune cum eo quod initio legis dictum est doli æstimationem fieri à iudice nõ ex eo quod interest sed ex eo quod in litem iuratur, Nempe hoc sibi vult Vlpianus, etiam prædoni eum agit depositi vel commodati permittendum esse iurare in litem, vt ex eo iureiurando possit iudex dolum depositarij vel commodatarij æstimare, potiùs quàm ex eo quod interest actoris, Quasi nec eius quicquam interesse videatur cùm non intersit ex honesta causa. Illud certè constat in depositi actione iurari in litem, vt & in actione commodati *l. 3. § in hac actione. ff. commod. l. 1. § in deposito 26. ff. depos.* quoniam actio vtraque bonæ fidei est, & in vtraque agitur de perfidia & fide rupta, quæ potissimum ratio iuramento in litem locum facit *l. 1. apud quem § in princip. ff. depos.* Sed tamen illud mirum & nouum est deferri iusiurandum in litem furi & prædoni, quod non alij deferendum videatur, quàm ei qui alioquin rem suam iusto precio vendere cogeretur: Nisi cùm iusiurandum ex necessitate deferendum est, vt in specie *l. in actionibus 5. § vlt. ff. de in lit. iur.* Dici tamen potest, sicuti non minor est perfidia eius qui rem sibi à prædone depositam vel commodatam non vult restituere, quàm si ab alio eam accepisset, dum ne dominus ipse interueniat qui eam sibi restitui velit, vt in *d. l. bona fides 31. vers. incurrit* Ita ne eo minore pœna vindicandam. Nemo enim ex alieni delicti causa nouam & propriam delinquendi occasionem capere debet. Cur non ergo perinde damus furi vel prædoni actionem furti contra furem, atque actionem depositi vel commodati aduersus depositarium aut commodatarium? An non æquè io dolo fur secundus est? Et nónne in furti quoque actione iuratur in litem? Alta sanè est *l. cum furti 9. de in lit. iur.* Sed haberet fur eo casu actionem ex sua improbitate *d. l. itaque*, quam in huius legis specie, id est, cõtra depositarium & commodatarium habet ex conuentione: quæ conuentio facit vt depositario, vel commodatario recusanti rem reddere possit obijci, non tantùm dolus, sed etiam perfidia, quæ plus quàm dolus est, & quæ in secundo fure nulla esset nisi proponeres furem domesticum. Ea igitur perfidiæ ratio sola est quæ facit vt etiam furi vel prædoni agenti siue depositi, siue cõmodati iusiurandum in litem concedi oporteat, quamuis alij cuicunque siue domino, siue alteri cuius tamen ex honesta causa interesset non eo minùs tale iusiurandum in actione furti dandum esset, quòd perfidia nulla, sed dolus tantùm interuenisset.

1 § Si quis alio iudicio acturus, iudicatum solui satis acceperit: deinde in alio iudicio agat; non committetur stipulatio: quia de alia re cautum videtur.

Ad § 1 si quis alio.

Ratio dubitandi. Stipulatio iudicatum solui præsertim ea de qua in hoc §. agitur, impersonaliter, & in rem concipitur, id est, non expressa certi iudicis mentione. Alioqui dubitationem nullam res haberet, quin stipulatio relata ad litem coràm certo iudice tractandam non posset committi iudicio alio, & apud alium iudicem peracto *l. penul. iudic. solui.* Ergo vt stipulatio hæc committatur, ex eáque possit agi contra illum qui iudicatum soluere recusat, sufficit iudicatum esse nec solui: quia quicquid in stipulatione omissum est pro omisso habendum est *l. quicquid adstringendæ 99. de verb. obl.* Nec igitur illud inquirendum & inspiciendum est, an in aliu iudicio actum sit, quàm in quo actum iri putabat is qui cauit, Neque ob id magis verum videri potest quod hîc Vlp. ait de alia re cautum videri. Ponimus enim de eadem prorsus re & eodem actionis genere actum esse in vno iudicio, de qua in alio agi sperabatur. Ratio decidendi Stipulatio iudicatum solui nõ interponitur propter rem quæ in iudicium deducitur, sed propter iudiciũ ipsum vt ratum fiat *l. 1. § 1. de præt. stipul.* Ergo si cùm pro vno iudicio interposita esset, alio iudicio actum sit, quamuis de eadem re, vtique videtur de alia re cautum, quia cautum fuit de alio iudicio, Ideóque nec committetur stipulatio, quia licèt impersonaliter concepta sit, nec verba repugnent quominùs in quocunque iudicio actum sit, de ea ipsa re de qua cautum fuit, stipulatio locum habere possit, mens tamen & voluntas contrahentium repugnat, quæ semper ac potissimùm spectanda est, etiam in stipulationibus conuentionalibus *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* ac multò magis ex prætoriis, quæ etiam ex mente prætoris recipiunt interpretationem *l. in conuentionalibus 52. de verb. obligat. l. in prætoriis 9 de præt. stipul.* Nam qui iudicatum solui satis accepit tanquam vno iudicio acturus, fortasse rem suam per actionem in rem petiturus, si posteà comperta veritate probandique dominij desperatione malit eam rem petere per actionem depositi, vel commodati, an potest videri in hunc casum stipulatus fuisse, & de hoc nouo iudicio sensisse, de quo non cogitabat eo tempore quo stipulabatur? Nec rursus prætor cùm iubet satisdari Iudicatum solui id agit vt actori cautum sit omnimodo, & quocunque in iudicio acturus sit, sed vt eius tantùm iudicij nomine, de quo agitur inter litigantes eo tempore quo satisdatio postulatur.

65. VLPIANVS libro 34. ad Edictum.

EX gere dotem mulier debet illic, vbi maritus domicilium habuit, non vbi instrumentum dotale conscriptum est, nec enim id genus contractus est, vt & eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quàm eum, in cuius domicilium & ipsa mulier per condicionem matrimonij erat reditura.

Ad 1.

monil m mu *Ad l. excipere dotem 15.*

Ratio dubitandi. Potest quisque in eo loco conueniri in quo contraxit, vel quasi contraxit, adeò que in quo deliquit, vel quasi deliquit *l. 2. §. omnes. l. heres absens 19. §. 1. l. non alias 24. in princip. hoc titul.* Ergo si maritus cùm dotem vxoriam accepit, déque ea, vt fieri solet, in casum soluti matrimonij restituenda se obligauit, alibi domicilium habuerit, quàm vbi contraxit, non eò magis tamen recusare potest, quominùs in eo loco vbi dotale instrumentum conscriptum est si hoc mulier elegerit conueniatur, Ne alioqui repetendæ dotis facultas coangustetur, quàm dotium fauore amplianda potiùs oporteret. Ratio decidendi. Contractus dotalis non est ex eo genere contractuum, in quo locum contractus vbi instrumentum factum est spectari oporteat, potiùs quàm personam mariti, in cuius domicilium ipsa etiam mulier per conditionem matrimonij futura erat. Sensus est, Mulierem cùm dotem dat marito, sequi non tantùm fidem, vt alij omnes qui ex quacunque causa contrahunt, sed etiam domicilium mariti. Nec enim daret dotem nisi sciret futurum vt maritus in suo domicilio, & vxorem acciperet, & cætera omnia matrimonij onera perferret. Ergo si quando exigenda dos sit, & repetenda per mulierem, non vbi exigere illam debet vbi contraxit (quod plerumque fit in domicilio ipsius mulieris) sed illic vbi maritus eo tempore domicilium habuit, quasi ibi potiùs contractum videatur ex mulieris quoque voto & destinatione, maximè cùm & dos quælibet eo animo ac voto detur, vt perpetuò sit penes maritum *l. 1. ff. de iur. dot. l. 2. Cod. ne fideiuss. dot. dent.* Nec enim nouum est, vt in vno loco re vera contractum sit, & in alio tamen contractum fuisse videatur *l. heres absens 19. §. vlti.* vbi dixi *sup. eod. l. contraxisse 21. ff. de oblig. & action.* Et planè commodius est heredibus mariti vt repetitionem dotis in eo loco patiantur, in quo defunctus domicilium habuit, quàm vbi instrumentum dotale conscriptum fuit. At quid si maritus aliud domicilium habuerit tempore contractus, aliud verò tempore mortis? Hoc enim euenire facilè potest, in quo domicilio erit mariti heres conueniendus? Et putem in vtroque prout mulier elegerit. Sed diuersa ratione. In domicilio quidem quod maritus habuit contractus temporis, non tanquam in loco domicilij (præsens enim domicilium intelligimus, quoties dicimus aliquem in domicilij sui loco conueniendum esse) sed tanquam in loco contractus, quasi ibi contractum sit, vt iam dixi. In eo autem quod maritus habuit mortis suæ tempore tanquam in loco domicilij. Quam ob causam fortassè Vlpianus ita scribere generaliter voluit *vbi maritus domicilium habuit*, nuo expresso tempore vel cõtractus vel soluti matrimonij. Nec dixit, *vbi domicilium habet*, quia ponit morte viri solutum fuisse matrimonium, cùm ponat superstitem vxorem quæ ipsa exigat dotem. Nisi fortè velis eum quoque casum hîc tractari quo matrimonium solutum sit diuortio, vt in *l. si vxor 42. supr. hoc titulo.* Sed non est hoc probabile, Non ob id solùm quod abominabilior videatur ille casus, quàm vt de eo cogitatum fuisse credibile sit, arg. *l. cùm tale 72. in princ. ff. de condic. & demonst.* Sed etiam, quia cùm maritus diuertit ab vxore, siue ipsius mariti, siue vxoris culpa diuortium fiat, hoc ipso intelligitur cum ea contrahere, séque ad restitutionem dotis nunc primùm obligare. Vt proinde vel ex ipsa iuris regula quæ habet Posse quem conuenire in eo loco vbi contraxit, consequens fiat ibi conueniendum & defendendum esse maritum vbi diuertit *d. l. si vxor* vbi dixi. Est enim longè diuersa ratio huius contractus ab illo qui tunc fit cùm matrimonium contrahitur. Siquidem mulier quæ contrahit matrimonium hoc ipso cogitat de domicilio mariti, ad quod iamiam itura est. Quæ verò diuertit de suo potiùs vetere domicilio ad quod iamiam sit reditura. Proinde ratio qua hîc nititur Vlpianus, vt probet non esse inspiciendum locum vbi dotalis contractus celebratus est, non perinde probare potest, nec illum inspici debere in quo matrimonium diuortio distractum fuit. Dices non contractum fieri sed potiùs distractum quoties matrimonium dissoluitur etiamsi per diuortium. Ego verò fateor matrimonium distrahi, sed tamen dico hoc ipso negotium aliquod geri ex quo nascitur & contrahitur obligatio dotis reddendæ, Et ideò locum diuortij posse & debere inspici tanquam locum contractus *dict. l. si vxor.* At nõ idem est cùm matrimonium morte alterutrius coniugum dissoluitur. Cùm enim vnus ex coniugibus moritur, non ideò negotium aliquod inter coniuges geri intelligitur: Nec enim qui moritur quicquam facit cùm mors nihil nisi priuatio sit. Multò minùs verò qui alium mori patitur. At nec illud omnino probare possum, quod hîc Bart. & alij notant, Speciale esse in contractu dotis, vt non tam locus contractus inspiciatur, quàm domicilium mariti. Nam nec alia ratione puto inspici locum domicilij quod maritus tempore contractus habuit, quàm quia vt iam dixi in eo ipso loco & contractum fuisse matrimonium, & dotale instrumentum conscriptum esse videatur. Illud planè singulare est ob naturam & conditionem matrimonij vt videatur contraxisse mulier in domicilio mariti, quamuis nec solutionem dotis, nec tale aliud quicquam in id domicilium contulerit: Nempe quia plus facit quæ vitam ipsam omnésque & suas spes & liberorum quos ex matrimonio sperat in maritum, maritique domicilium vbicunque tandem futurum sit, confert.

a *Per conditionem matrimonij.* Matrimonium enim facit vt quamuis inter coniuges inducatur omnis iuris & diuini & humani communicatio *l. 1. ff. de rit. nupt.* mulier tamen mariti domicilium sequatur, non æquè maritus domicilium mulieris *l. filij 22. §. 1. l. vlt. §. item rescripserunt mulierem ff. ad municip.* Nempe quia vir caput mulieris est, sicut Christus Dominus caput est Ecclesiæ, inquit D. Paulus. Item si quæris rationem quæ tota sit ex iure ciuili, quia thorus matrimonialis ad virũ pertinet non ad mulierem. Vnde illud etiam est quod iure ciuili sola mulier adulteriũ committit si se cum alio misceat, non etiam maritus si cũ alia muliere libera nec nupta Aliud tamen hac parte, vt & in aliis plerisque Christus, aliud Papinianus, vt alibi etiam monui.

66. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

Si quis intentione ambigua, vel oratione vsus sit, id, quod vtilius ei est, accipiendum est.

Ad l. si quis intentione 66.

Ratio dubitandi. Interpretatio semper facienda est contra eum qui legem apertiùs dicere potuit & debuit ex reg. *l. veterib. 39. §. de pact. l. Labeo scripsit 21. §. de contrah. empt.* Ergo contra eum qui ambigua intentione vsus est. Quis enim cogebat eum ambiguè loqui. Maximè verò in iudiciis hoc debet obtinere in quibus solent plerique huiusmodi ambiguitates ex proposito captare, & dolo malo vt aduersarius in aliquam inducat captionem. Vnde est quod dicimus, nihil interesse an quis neget, an taceat interrogatus, an verò obscurè respondeat vt incertum dimittat interrogatorem *l. de etate 11. §. nihil interest. §. de interrog. actio. faciend.* Ideoq; nec cogendum respondere illum, qui laqueum captionis timet *l. qui interrogatur 5. eod. t.* Non igitur quod veliuset ei qui in iudicio ambigua intentione vsus fuit, sed quod damnosius & incómodius futurum sit, inspici oportet. Ratio decidendi. Separanda sunt hac parte, vt & in multis aliis iudicia à contractibus, ambigua ab obscuris, vt dixi latiùs ad *d. l. veteribus.* vbi vide.

67. VLPIANVS libro 6. Disputationum.

QVi se dicit suis nummis redemptum, si hoc probauerit, exinde liber erit, ex quo redemptus est: quia constitutio non liberum pronunciari præcipit, sed restitui ei libertatem iubet. Proinde compellendus erit manumittere [a] eum, qui se suis nummis redemit Sed & si latitet [b], exempla senatusconsultorum ad fideicommissam libertatem pertinentium debere induci oportet.

Ad l. qui se dicit 67.

Ratio dubitandi. Qui nummis suis redemptus fuit, non ideò tamen siue à venditore, siue ab emptore manumissus dici potest. Ergo nec liber esse ex quo instanti redemptus fuit, præsertim cùm sit adhuc manumittendus, vt sequitur in hac lege, & scriptum etiam est in *l. 3. §. d. manumiss.* Quomodo enim manumitti posset is qui iam liber esset?

Ratio decidendi. Plerique sunt casus in quibus sine manumissione ad libertatem peruenitur *tot. t. Qui sin. manumiss. ad libert. perueń.* quia manumissio in iis casibus potestate iuris interueniente retrolungitur, vt in *l. 3. all. tit. l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* Inter cæteros hic vnus quodámodo est si quis suis nummis ematur, quia ex epistola Diuorum fratrum ad Vrbium Maximum in eam códitionem redigitur, vt libertatem adipiscatur *l. 4. in prin. §. d. manumiss.* non quidem sine manumissione, sed ita vt quandocunque manumissus censeatur, fuisse liber prius etiam quàm manumitteretur. quasi restituta ei & reddita potiùs quàm data per manumissioné libertate: quia nec emptor quicquã hoc casu præstat propter quod ius habere debeat impediendæ libertatis, cùm nihil de suo impendat, sed suum duntaxat nomen emptioni accommodet *d. l. 4. 6. 1.* Itaque sic loquitur constitutio, nó vt liberum eum pronunciari præcipiat, sed vt iubeat ei restitui libertatem: Vt proinde intelligamus facto quidem aliquo emptoris opus esse, id est, manumissione vt seruus hic habeat libertatem: sed tamen vbi semel manumissus sit, videri eum liberum ita retrò fuisse, ex quo die redemptus fuit, non ex die tantùm manumissionis, quasi moram in libertate passus sit ab emptore qui statim à primo redemptionis instanti debuit illum manumittere qui ad ipsius fidem confugerat, vt loquitur Marcianus in *d. l. 5.* Quo non facto singularis perfidia est emptoris & digna quæ hanc pœnam patiatur, vt nunquam in eius dominio seruus hic fuisse intelligatur, Et consequenter vt si quid medio tempore, vel ex operis suis, vel aliunde quàm ex re ipsius emptor squæsiit, totum id sibi quæsierit, non emptori, qui dominus nunquam fuisse existimatur, aut saltem qui dominus non esset hodie, si fidem tam citò quam debuerat, impleuisset, quod vtique sine vllo damno suo facere potuit *d. l. 4. §. nihil autem interest. de manum.* vbi Vlp. hanc ob causam ait non aliud esse in pupillo si pupillus emerit seruum imaginario isto genere emptionis. Quare nec mirum est si possit seruus ex hac causa consistere contra emptorem qui ita dominus est, vt tamen nec esse, nec vnquam fuisse videatur *dict. l. d. v. cx certis ex causis 53. supr.*

a *Proinde compell. ndus erit manumittere.* Deest hic dictio *emptor* vel *dominus* & necessariò addenda est eùm suppleri non possit ex præcedentibus in quibus nullum adhuc de domino aut emptore verbum. Porrò hæc manumissio nullum emptori manumittenti acquirit ius patronatus in hunc seruum tanquam libertum, siue quòd non nisi imaginarius emptor & dominus fuerit, Siue quod per suam perfidiam malæ fidei cog. manumittere, quàm vltrò fidem suam implere, arg. *d. l. vltim. si quis à parent. manum. fu.* Idem iuris erit si quis ab alio nummos acceperit vt seruum suum manumittat. Nam & ab inuito libertas hoc casu extorqueri potest, quasi videatur hic seruus suis nummis redemptus est *l. si quis ab alio 19. §. de manumiss.* Illud sanè in his seruis mirabile est vt non sint liberi citra manumissionem, & tamen prius liberi fuisse intelligantur, quàm fuerint re vera manumissi.

b *Sed et si latitet.* Ratio dubitandi. Senatusconsulta facta in fauorem libertatum fideicommissariarum vt si per absentiam & contumaciam eius qui præstare illas debuit mora fiat, ne præstentur pro præstitis habeantur, nihil dicunt de huiusmodi seruo qui suis nummis redemptus fuit, vt constat ex verbis senatusconsultorum Rubriani & Æmiliani, quæ Vlpianus noster refert in *l. cum verò 26. §. subuentum, & in l. si cum seruum 28. §. si quis seruum. §. de fideic. libert.* Ergo etiamsi latitet is qui seruum proprijs ipsius serui nummis redemptum manumittere debeat cogeretur, non ideò subueniri potest huic seruo, vt pro manumisso habeatur, Ne alioqui fiat ex Senatusconsulto liber is de quo senatusconsultum nec dixit quicquam nec cogitauit. Ratio decidendi. Non possunt omnes casus singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi, Sed cùm in aliqua re sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni præest ad similia procedere atque ita ius dicere debet, Bona enim occasio est cætera quæ tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione, vel si hoc fieri probabiliter nequeat, saltem iurisdictione suppleri *l. non possunt 12. & sequ. supr. de legibus.* Ergo & cùm latitat

... qui se iudicis nutu redemptum manumittere debuit, exempla supradictorum senatusconsultorum ad fideicommissarias libertates pertinentium induci oportere, vt huic seruo subuenniatur, isque eodem iure censeatur, quo si manumissus esset, cùm eius causa non minùs fauorabilis, imò fauorabilior sit quàm si libertatem fideicommissariam meruisset. Videtur tamen mihi hæc lex ad hunc titulum nil pertinere. Est enim tota hæc cognitio prætoris, vt & de ... in ... bus causis liberalibus, non iudicis dati: Nec enim iudex dari poterat quoties de libertate quærebatur, cuius scilicet fauor maiores iudices exigebat *l. non distinguemus 32. §. de liberali. supr. de recept. l. 2. C. de pedan. iudic.*

68. VLPIANVS libro 8. Disputationum.

AD peremptorium edictum hoc ordine venitur: vt primo quis petat, post absentiam aduersarij, edictum primum [a]: mox alterum.

Ad l. ad peremptorium 68.

Ratio dubitandi. Qui primo edicto vocatus noluit venire ad iudicem, is sanè autoritatem eius contempsit. arg. *l. si quis ex aliena 5. supr. hoc tit.* Ergo indignus est qui diutiue expectetur, & aliis edictis euocetur, sed statim condemnandus videtur, tanquam contumax adeóque tanquam præsens cùm absentia contumacis pro præsentia sit, Auth. *quas prouintia. C. vbi de crim. ag. oport.* Ratio decidendi. Non omnis absentia contumacia est; sed ea demùm quæ iudicis contemptum admixtum habet, Sicut nec omnis dilatio mora est, sed ea tantùm quæ excusationem nullam habet, *l. sed etsi ... 21. infr. de vsur.* Ac quoniam contumacia omnis delictum est (nec enim leuiter delinquit qui iudicem à magistratu datum contemnit, cùm ea res in ipsius quoque magistratus qui iudicem dedit, contemptum vergat) nec facilè capienda est præsumptio delicti, quippe quæ sit odiosa, vulg. *l. merito 51. infr. pro socio.* æquissimum fuit ita ius constitui, vt non statim atque à iudice quis euocatus ad eum non venisset, pro cōtumace haberetur, sed ita demùm si iterum atque iterum reuocatus, abesse perseueraret, nec vllas absentiæ suæ iustas causas per se vel per alium reddere, quod pragmatici nostri *exonier, exoine* dicunt quasi exonerare ne ad iudicē venire cogatur. Pleraque enim possunt interuenire ac interueniunt quotidie propter quæ impediatur is qui vocatus fuit ne venire possit etiamsi maximè velit. De quibus partim diximus in *l. 2. §. si quis iudicio. & §. 3. sup. si quis caution.* vbi vide.

b *Post absentiam aduersarij edictum primum.* Ratio dubitandi. Non potest fieri vt aduersarij absentia præcedat edictum primum. Is enim absens verè dicitur qui cùm adesse iam deberet, nondum adest. Atqui nemo adesse debet priùs quàm fuerit euocatus *l. etiamsi 29. §. sup. de minor.* Ergo necesse est vt primum edictum præcedat non vt sequatur absentiam. Ratio decidendi. Absentia inducitur etiam ante primum edictum ex eo quod reus non venerit ad diem in promissione iudicio sistendi causa dictam. Ideóque namque ex autoritate prætoris, cùm eum iudicem dabat, interponebatur stipulatio, adeóque satisdatio Iudicio sisti, de qua in *l. 2. & tot. tit. supr. qui satisd. cog.* & in tribus titulis sequentibus. Itaq; si reus ad diem venisset nullo erat opus edicto, Si non venisset, tum verò tanquam contra absentem primum edictum proponebatur, vt veniret reus & absentiæ suæ causas si quas habebat redditurus & apud datum iudicem litigaturus. Proponebantur autem edicta ista factis denunciationibus per literas iudicis dati, vel illi ipsi qui reuocabantur, vel saltem ad ipsius ędes, arg. *l. 4. §. toties. ff. de damn. inf. & l. 2. C. de annal. except. l. contumacia 53. §. 1. de re iudic.*

69. VLPIANVS libro 4. de Omnibus tribunalibus.

PEr interuallum non minus decem dierum.

Ad l. per interuallum 69.

Ratio dubitandi. Expediendæ sunt lites quàm citò & celeriter fieri potest, præsertim contra absentes quibus iam imputari potest cur ad diem dictam non venerint, suæque promissioni non satisfecerint. Ergo vel nullum interuallum dandum est inter primum & secundum edictum vel minùs quàm decem dierum dari debet. Alioqui non erit verum quod in præcedenti lege dictum est post propositum primum edictum si absens non venerit, mox alterum proponendum esse: Quis enim dicat *mox* fieri quod non fiat nisi post decem dies? arg. *l. etsi post tres 8 sup. si quis caution.* Et cur non dicimus potiùs hoc casu vt & in aliis plerisq; spatiū hoc temporis tam breue esse debere vt intellectu magis percipi quàm verbis & elocutione exprimi possit, *l. quod dicimus 105. de sol. l. quo enim 12. §. Iulianus ff. rat. rem haber.* Ratio decidendi. Nihil vnquā præcipiti festinatione faciendum est, nisi si quando præueniendi magni alicuius periculi causa ita fieri necesse est *l. si quis filio 6. §. quod tamen ff. de inst. rupt.* & in ipsis quoque delictis prudentis est hominis ad quem ea res pertinet, dare interdum etiam pœnitentiæ locum, nec tam facilem esse ad delictum pro comperto habendum, vindicandúmque. Sed maximè in litibus tractandis obseruandum est bono iudici, non minùs vt nihil festinanter & præcipitanter faciat, quàm vt ne quid remissè ac negligenter. Est enim præcipitatio, vt benè pragmatici aiunt, nouerca iustitiæ, præsertim autem si feratur in absentem. Nihil enim est quod difficiliùs facere debeat bonus iudex quàm vt pronunciet in absentem, quem scilicet suspicatur ideò vinci potiùs quòd abiit, quàm quod malam habeat causam. vt dixi ad *l. edictum 54. sup. hoc tit. ex l. si ideò 5. ff. de eutil.* Adeò durum & iniustum visum est ciuili legislatori, vt absens quis & inauditus cōdemnetur. Interuallum ergo aliquod intercedere oportet inter primum & secūdum edictum, itémque inter secundum & tertium vt longius habeat spatium reus ad comparendum. Debent enim lites procedere non currere. Porrò non minùs quàm

decem dierum interuallum illud esse debuit, quia & modicum tempus esse intelligitur, quod decem duntaxat dierum est *l. promissor 21. §. 1. ff. de constit. pecun.* si tamen locus ille Triboniani non est potiùs quàm Pauli, vt docuimus in libris Coniecturarum: nam & quod hîc dicitur de decendio sumptum videtur ex Iustiniani constitutione in *l. properandum 13. §. & si quidem. hoc tit.* in illis verbis *decem dierum spatio per vnumquemque introitum destinato.* Hodie tamen non tantùm decem, sed etiam triginta dierum interuallum est, quod Iustinianus intercedere voluit in tribus illis edictis quæ similiter præcedere iussit vt contra actorem contumacem ferri sententia possit, Nouell. 112. *de litigios. cap. 3. vt post annum & tria edict. §. omnem verò.* Denique certum tempus in hanc rem constitui necesse fuit nō arbitrio cuiuslibet iudicis relinquēdum, quòd ea res maximè pertineat ad formam & sollennitatem iudicij, quam vtique semper certam esse oportet, quemadmodum ipsum quoque ius semper certum est, & esse debet *lege 2. infr. de iur. & fact. ignoran.* Certum est autem hoc tempus non ita vt non possit esse longius ex causa, sed vt non possit esse breuius.

70. VLPIANVS libro 8. Disputationum.

ET tertium quibus propositis: tunc peremptorium impetret [a], quod inde hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem [b]: hoc est, vltra ne pateretur aduersarium tergiuersari.

Ad l. & tertium 70.

a *Quibus propositis tunc peremptorium impetret.* Ratio dubitandi. Etiā post tria edicta proposita, quartum quoque aliquandu dandum est *l. edictum 55. vers. planè. supr. h. t.* Ergo non semper & indistinctè verum est quod hæc lex ait propositis tribus edictis, tunc peremptorium impetrandum esse.

Ratio decidendi. Vix est, vt nullam satis iustam & probabilem absentiæ ac contumaciæ suæ excusationem habere possit is qui tribus edictis vocatus venire noluerit, ne alioqui detur progressus in infinitum, si non certus edictorum numerus præstituatur, qui finiri quandoque possit. Tria igitur edicta sufficiunt, nec quartum necessarium est nisi in specie *d. l. edictu,* vbi attulimus rationem. Quòd si quis pergat quærere cur hunc edictorum numerum ternario potiùs quàm alio vllo vel maiore vel minore concludi prudentes voluerint, Vt taceam quæ de ternarij numeri præstantia conquiri & congeri hîc possent, Dicam tantùm esse hoc iuris constituti, cuius proinde ratio nulla adferri potest *l. non omnium 20.* vbi dixi *sup. de legibus.* Nam etsi ius ita constitutum esset, vt quatuor edicta, vel quinque præcedere oporteret perinde quæreres cur quatuor aut quinque potiùs quàm tria. Idémque respondebo si quæras ad legem præcedentem, Cur interuallum quod inter edicta obseruari necesse est non minùs esse possit quàm decem dierū, & cur non octo vel quindecim potiùs quàm decem dierum mentio hîc fiat. Nempe, inquam, ne si de octo vel quindecim diebus prudentes locuti fuissent, illud ipsum adhuc quærendum habuisses, Cur de octo vel quindecim potiùs quàm de decem.

b *Quod perimeret disceptationem.* Ratio dubitandi. Non edictum peremptorium illud est, quod perimit finitq; disceptationem, sed sententia & res iudicata *l. 1. ff. de re iudic. l. singulis 6. ff. de except. rei iudic.* Ergo non potest edictum hoc postremum peremptorium appellari, aut alia ratio quærenda est cur ita appelletur, quàm quòd perimat disceptationem. Nihil enim per hoc edictum iudex pronunciat, sed tantùm comminatur etiam absente diuersa parte cogniturum se & pronunciaturum.

Ratio decidendi. Hoc edictum ideò perimere disceptationem creditur, quoniam vltra non patitur aduersarium tergiuersari, id est, frustrandi actorem efficere ne ad exitum controuersia deducatur, vt Africanus loquitur in *l. vlt. supr. de procurat.* Potest enim lis haberi iam pro finita quoties in eo statu est, vt nihil ampliùs possit iudicis pronunciationem impedire aut remorari, quod etiam euenit cùm in causa conclusum est, quod dicimus *quand le proces est couché en droit.* Nam & exinde habetur pro iudicato. Sic dicimus exceptiones peremptorias, quæ perimunt negotium, nec litem vltra & diutiùs viuere patiuntur *l. 3. ff. de except.* quamuis necessaria sit semper sententia & res iudicata, vt liti finis imponatur. Parū enim est oppositam esse exceptionem, & super ea cognitū fuisse si non etiam de ea pronuncietur. Planè quod hîc dicitur edictum peremptorium perimere disceptationem, ita verum est si rectè ritéq; fuerit impetratum. Alioqui si vel contra pupillum indefensum, vel contra absentem reipubl. causa, vel contra minorem 25. annis impetratum sit, vel contra mortuum, nihil momenti habet *l. contra pupillum 54. iunct. l. acta 54. §. vlt. ff. de re iud.* Sed etsi reus viuebat tempore impetrati edicti peremptorij, posteà verò decesserit ante condemnationem, non valet sentētia post eius mortem reddita, quia peremptorium soluitur morte rei, ideóq; vt integra de causa notio præstabitur, & quod optimum erit statuetur *l. in sententiis 59. §. vlt. eod.* Proinde peremptorium hoc casu etiam vtiliter impetratum non perimet disceptationem.

71. VLPIANVS libro 4. de Omnibus tribunalibus.

IN peremptorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diuersa parte cogniturum se, & pronunciaturum.

Ad l. in peremptorio 71.

Ratio dubitandi. Comminatio iudicis vim rei iudicatæ habere nunquam potest *l. 1. 4. & pen. C. de comminat. epistol. progr. vim leg. non haber.* Atqui edictum peremptorium inde nomen sumpsit quod perimat disceptationem, vt diximus in *l. prox. praeced.* Ergo est quid aliud, quàm nuda comminatio. Ratio decidendi Non dicitur peremptorium quasi perimat disceptationem exemplo aut iure rei iudicatæ, sed quia reum vltra tergiuersari non patitur,

titur, vt ait *l. praeced.* Itaque peremptorium & dicitur & est, facta relatione ad aduersarium non ad iudicem, qui sanè cùm edictum hoc proponit, non ideò peremit negotium, sed tantùm comminatur se etiam absente diuersa parte cogniturum & pronunciaturum. Cuius comminationis non parua est vtilitas, quippe sine qua non nisi iniustè ac temerè procedi vnquam posset ad sententiam definitiuam aduersus absentem & inauditum, Vetante id scilicet lege 12. tabul. vt mox dicemus.

a *Etiam absente diuersa parte.* Ratio dubitandi. Nihil potest iudex statuere quod sit contra leges *l. nō quicquid 40. §. 1. sup. hoc tit.* Atqui lex 12. tabul. & ratio ipsa naturalis quæ legum omnium etiam ciuilium mater est, districtè vetat & prohibet ne quis absens & inauditus condemnetur *l. 1. Ϳ. de requir. reis l. absentem 5. de pœn.* Ergo iniquè & contra leges facit iudex qui comminatur se etiam absente diuersa parte cogniturum esse, & pronunciaturum. Ratio decidendi. Contumacia pro præsentia est, Auth. *qua in prouincia vers. si d. si nec ipse. C. vbi de crim. agi oport.* Atqui contumax est is qui tribus edictis vocatus aut vno pro omnibus quod etiam peremptorium appellamus, de quo dicemus ad *l. seq.* totiens euocatus præsentiam sui facere contēnit *l. contumacia 53. §. 1. Ͻ. de re iudic. l. ea quæ 7. cum duab. seq. C. quomod. & quand. iud.* Ergo quoties peremptorium impetratur, iustè potest iudex & debet comminari se cogniturum & pronunciaturū absente quoque aduersario, vt is intelligat nullum sibi amplius superesse in absentia & contumacia auxilium non solùm ad impediendam, sed nec ad differendam quidem condemnationem: adeóque tantò diligentior fiat ad veniendum ne reuera absens pro præsente tamen adeóque consentiente condemnetur. Alioqui in eius potestate esset numquam veniendo id assequi, vt numquam condemnaretur, nec ad exitum controuersia vnquam produceretur, quod esset ridiculum & iniquū, *l. clemus 61.* vbi dixi *sup. hoc tit. l. vlt. supr. de procurat.* Nam sicuti leges non patiuntur absentem & inauditum quemquam condemnari, sic & illud multò minùs vt lis vlla fiat immortalis, & in infinitum producatur, præsertim verò per contumaciam & tergiuersationem eius qui parēre nolit, iue iudici, siue ius dicenti. Hoc igitur temperamentum sequuntur, vt contumacem condemnari quidem velint, at non tanquam absentem vel inauditum, sed tanquam & præsentem & auditum, adeóq; propemodum consentientem, qui cùm esset etiā à iudice admonitus fore vt si nō veniret absente nihilominùs eo pronunciaretur, noluit tamen venire. Maluisse enim hoc videtur & consensisse, vt absens condemnaretur. Quæ ratio etiam facit, vt ex peremptorio condemnatus absens si appellet non sit audiēdus, si modò per contumaciam defuit, quasi qui futuræ condemnationi per contumaciam suam consenserit *l. & post edictum 73. §. vlt.* vbi dicam. Ͻ. *hoc tit.*

72. VLPIANVS libro 8. Disputationum.

NOnnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta, quę præcesserint, datur: nonnunquam post vnum, vel alterum: nonnunquam statim: quod appellatur *vnum pro omnibus.* Hoc autem æstimare oportet eum, qui ius dixit [a]: & pro conditione caussæ, vel personæ, vel temporis ita ordinem edictorum, vel compendium moderare.

Ad l. nonnunquam 72.

Ratio dubitandi. Ad iudiciorum quæ contra absentes exercētur formam & sollennitatem pertinet, vt tribus denunciationibus euocentur, priusquàm contra eos quasi contumaces pronunciari quicquam possit *l. ea quæ 7. l. tres denunciationes 9. C. quomod. & quand. iud.* Atqui neque forma neq; autoritas iuris est in arbitrio iudicantis *l. 1. §. 1. vers. quorum alterum. Ͻ. ad SC. Turpill. l. ordine 15. Ͻ. ad municip.* Ergo non est nec debet esse in potestate iudicis, vt pauciora quàm tria edicta proponat, antequàm ex peremptorio pronunciare possit: Alioqui vix erit vt non seruato iuris & iudiciorum ordine pronunciasse videatur. Ratio decidendi. Non hoc præcisè constitutum est, vt tria edicta, de quibus hucusque diximus, omnino præcedere oporteat, sed alternatiuè vt vel tria, vel duo quæ sint pro tribus, vel saltem vnū quod sit pro omnibus, id est, etiam pro tribus quod & peremptorium appellatur. *l. contumacia 53. §. 1. Ͻ. de re iudic. l. consentaneum 8. C. quemod. & quand. iud.* Itaq; semper certus est numerus edictorum, quia semper tria interuenire necesse est, vel distinctè, vel vi ipsa & effectu. Triū enim vicem obtinet illud vnum quod est pro tribus sicut & tres denunciationes ad peremptorij edicti vicem aduersus contumaces conualescere salubriter statutum est *d. l. tres denunciationes.* Vtrū verò melius sit magisque expediat, tria edicta ex ordine ac distinctè dare, an confusè potiùs dato vno pro omnibus quod peremptorium sit, positum est, ponique necessariò debuit in arbitrio iudicantis qui aliter atque aliter ęstimare hoc debeat, pro condicione caussarum, vel temporum, vel personarum, vt sequitur in hac lege. Quid enim si is euocandus sit qui ad primum edictum responderit se nolle venire? Quid obsecro necesse est hunc alio atque alio edicto euocari priusquàm ad peremptorium perueniatur? Frustrà enim diutiùs expectatur is quem ex propria eius responsione constat numquam venturum. Quid si fateatur se debere nec recuset condemnationem, quam nec possit euitare quòd non habeat in manu pecuniam, cuius solutio postulatur? Quid attinet longiorem ei dare dilationem ad veniēdum, qui nullam petit nisi ad soluendum? vt in *l. si arbitoris 11.* secundum Triboniani mentem *sup. hoc tit.* Quid si res, qua de agitur, tot edictorum moram & dilationem non patiatur? Nam & ipsæ iuris regulæ ex hac causa plerunque violantur *l. Diuus 5. Ͻ. de hered. pet. l. Aristo. 5. §. 1. l. aut prætor 7. §. vlt. Ͻ. de tut. de lib. l. vlt. Ͻ. de appel. recip. vel non l. 1. §. vlt. & l. 2.* vbi dixi *s. de fer. & dilat.* Quid denique ne singula persequamur, si cum eo res sit qui tergiuersari solitus sit iudicúmque edicta & literas contemnere, aut qui etiam in alio fortassis eiusdem negotij capite iam contumax fuisse proponatur? Indignus sanè hic est cui tantopere faueatur. Pendet hoc igitur ex arbitrio & religione iudicantis.

a *Hoc autem æstimare oportet eū qui ius dixit.* Totus hic versiculus haud dubiè Triboniani est, re spi-

cientis ad constitutionem Iustiniani in *l. properandum 13. C. hoc tit.* vbi quod constitutum erat olim pro forma iudiciorum, quæ contra absentes exercebantur à iudicibus datis, & pedaneis qui iudicationem tantùm habebant non iurisdictionem *l. vlt. C. vbi & apud quos caus. in integr. rest. agit. sit. l. ait prætor 5. ff. de re iudic.* quique ideò non ius dicere sed iudicare dicebantur, vt toties monuimus, traxit Iustinianus, multis tamen additis & immutatis ad quoscunque iudices etiam maiores qui ipsi iudicent ex sua iurisdictione. vt scriptum est in *§. sin autem reus absfuerit. ead. leg.* Scilicet cùm iã ex alia Imperatorum Diocletiani & Maximiani constitutione quæ extat in *l. 2. C. de pedan. iudic.* iam factum esset vt omnes magistratus, de quibus causis anteà non poterant ipsi cognoscere, sed iudicem dare debebant, per se ipsos hodie cognoscere ac pronunciare teneãtur. Nec sanè quisquam ex prudentibus vnquam sic locutus est, vt pedaneum iudicem & à magistratu datum dixerit ius dicentem. Quamuis è contrario nonnunquam etiam magistratus ipsi iudices dicantur. Nec malè. Sunt enim iudices sed maiores, vt diximus in *l. non distinguemus 32. §. de liberali. sup. de recept.* & alibi sæpe. Estque iudicis nomẽ generalius ac latiùs patens, quàm ius dicentis. Quisquis enim ius dicens est, idẽ & iudex dici potest: At non nisi valde ineptè potuisset quis Vlpiani nostri temporibus iudicẽ quemlibet etiã datum ac pedaneum appellare ius dicentẽ. Sed & Tribuniani manum prodit etiam tota ista phrasis *ita ordinem edictorum vel compendium moderare*, etsi concedã tibi nõ illibenter scripsisse Tribonianum *moderari* nõ *moderare* ne alioqui vapulandũ ei sit, si Priscianus ita scribentem, vel audiat, vel legat.

73. VLPIANVS libro 14. de Omnibus tribunalibus.

ET post edictum peremptorium impetratum, cùm dies eius superuenerit, nunc absens citari debet. &, siue responderit, siue non responderit: agetur causa[a], & pronuntiabitur: non vtique secundum præsentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet[b].

Ad l. & post edictum 73.

Ratio dubitandi. Edictum peremptorium est quod perimit disceptationem, nec aduersarium vltrà tergiuersari patitur, habétque comminationem etiam absente eo cogniturum iudicem & pronunciaturum, vt scriptum est in legibus præcedentibus. Ergo post peremptorium impetratum cùm dies eius superuenit, non est amplius iterum citandus reus, Ne aliqui detur progressus in infinitum, & actum agi videatur. Ratio decidendi. Nõ est quidem euocandus reus alio vllo edicto post peremptorium, vt ad iudicem veniat, sed tamen citandus est voce præconis in foro ipso & tribunali, vt hoc ipsum sciatur an venerit necne. Si enim ad vocem præconis non responderit, nec venisse intelligetur, Nisi postmodùm confestim & sedente adhuc pro tribunali iudice venerit, quo casu existimari potest non sua culpa, sed parùm exaudita præconis voce defuisse, ideóque & restitui potest *l. Diuus 7. supr. de in integr. restit.* Aliud ergo est apud Iureconsultos *citari*, aliud verò *euocari*, aut saltem aliud citari per præconem, vt sciatur an adsit, Aliud verò citari per edictum ob hoc ipsum vt adsit.

a *Siue non responderit, agetur causa.* quod Græci dicunt agi causam ἐρημοδικεῖν, id est, altera parte absente *l. vlt. ff. ad SC. Trebell.*

b *Sed interdum vel absens si bonam causam habuit, vincet.* Ratio dubitandi. Contumacia litigatoris dãno litis coercetur *l. contumacia 53. de re iudic.* Atqui contumax est qui tribus edictis propositis, vel vno pro tribus quod peremptorium appellatur, euocatus præsentiam sui facere contemnit, vt scriptũ est in §. . einsdem legis. Ergo fieri non potest, vt absens vincat etiam si bonam causam habeat, alioqui nec vllam contumaciæ suæ pœnam pateretur, quam tamen nemo dixerit manere impunitã oportere, cùm sit maleficium & delictũ. Ratio decidendi. In eo tantùm puniri quis debet in quo deliquit, ne pœna excedat delictũ *l. rescriptum 6. ff. de his quæ vt indign. auffer. l. Paulus 24.* altàs *l. falcidia ff. ad leg. falc.* Atqui absens qui tot literis & edictis euocatus à iudice noluit venire in hoc tantùm peccauit quod abesse maluit, quàm adesse ne cognosci & pronunciari de causa posset. Satis ergo punitur si quamuis absens sit, nihilominùs tanquam præsente eo de causa ipsius & cognoscatur & pronuncietur: quæ certè non leuis pœna huius contumaciæ est. Sciunt enim omnes qui litigant, & quotquot in foro versantur, quantum intersit ad victoriam litis etiam in bona causa obtinenda, vt adsit qui vult vincere, Vt verò ex ea causa bonæ litis iacturam facere debeat absens & contumax, planè extra causam delicti est: Cúmque non alio colore possit de causa cognosci & pronunciari absente vna parte, quàm quod contumacia faciat, vt pro præsente haberi absens debeat, quemadmodum diximus, nulla ratio est cur ob id solùm vinci quis debeat etiam si bonam causam habeat, quòd sit absens. Alioqui ea ratio quæ facit vt absente altero ex litigatoribus iudicari res possit, implicaret secum contradictionem. Ac præterea partis absentiam per Dei præsentiam repleri æquum est, vt ait Iustin. in *d. l. properandum 13. §. cùm autem eremodicium. C. hoc tit.* quia Deus ipse est qui iudicat, & iudices omnes terræ iudicaturus est, nec hominum, sed Dei iudicium exercent ipsi etiã homines qui iudices appellantur. Vnde fit, vt ipsis terribilius sit & esse debeat iudicium quàm litigatoribus, quia litigatores quidem sub hominibus, iudices autem Deo inspectore adhibito causas proferunt trutinandas, vt Iustin. præclarè in *l. rem non nouam 14. C. hoc tit.* Nec obstat quod scriptum legimus in *d. l. contumacia.* Distinguenda enim est duplex contumacia, Vna eorum qui ius dicenti non obtemperant, de qua Hermogen. in illo loco, & Vlpian. in *l. vnic. sup. si quis ius dicent. non obtemp.* & illa litis dãno coercetur. Altera eorum qui iudicis pedanei edicta & literas contemnunt, de qua nunc agimus, & hæc non semper & absolutè damno litis coercetur, sed ita demùm si malam causam habere inueniatur. Textus est non dissimilis in *l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Exemplum autem de absente qui vicerit in *d. l. vlt. ff. ad SC. Trebell.* Diuersitatis autem huius ratio duplex est, Vna quod contumacia eorum qui ius dicenti non obtemperant, non facit

vt in

vt in pœnam contumaciæ de causa cognoscatur & pronuncietur, sed è contrario, vt non possit magistratus vlterius procedere, id est, ne iudicem quidem dare qui cognoscat & pronunciet. Nam nec alius dicitur non obtemperasse ius dicenti, quàm qui quod extremum est in iurisdictione non fecit, id est, qui litem contestari noluit, vt explicauimus ad *d.l.vni.si quis ius dic.nt.non obtemp.* quia neq; nisi lite contestata iudicem dare poterat prætor aliúsve magistratus qui dādi iudicis ius habebat. Proinde non parua pœna dignus est qui magistratui populi Romani tam proteruè ac procaciter illudit. Patitur verò iacturam litis etiam bonæ in pœnam suæ contumaciæ, non quia condemnetur etiamsi bonam causam habeat, sed quia ex edicto prætoris tenetur omninò præstare quanti ea res est, de qua litem contestari recusauit *d.l.vnic.§.vlt.* At contumacia eorum qui iudici pedaneo parêre nolunt, nec iurisdictionem impedit magistratus qui iudicem dedit, nec ipsius iudicis iudicationem, at è contrario facit, vt etiam absente altera parte possit de causa cognosci & pronunciari, quod ipsum vtique non aliter fieri potest, quàm examinato plenè negotio ad iustitiæ & æquitatis regulam, vt sciri possit, quis debeat vincere. Altera differentiæ ratio est, quod multò grauiore pœna dignus sit qui ius dicentem & magistratum ipsum quàm qui iudicem pedaneum à magistratu datum contempsit, Licèt fieri nequeat vt salua dignitate eius magistratus qui iudicem dedit, iudex datus condemnatur, & quasi saltem per consequentias magistratui debitus honor violetur. Sed non solent tantopere curari ista quæ non fiunt nisi per consequentias, vulg. *l.1.& l.quod dicitur 7.ĵ.de autor.tutor.* Hinc est quod si quis eum qui in ius ad prætorem vocabatur vi exemerit, tenetur pœna edicti, de qua in *tit: Ne quis eum qui in ius vocat.vi exim.* qua tamen non tenetur vi eximens eum qui ad pedaneum iudicem, id est, ad iudicium non in ius vocabatur *l.3.§.si quis ad pedaneum.ill.tit.* Euenit tamē sæpius vt absens vincatur, quia vix vlla est tam bona causa quæ non egeat allegationibus & probationibus, quæ tamen quoniam facti sunt non iuris, suppleri per iudicem qui de causa cognoscit, nec possunt vnquam, nec debent *l.vnic.vbi not.C.vt qua desi.aduoc.part.iud.suppl.* Tūc ergo potest absens vincere cùm actor deficit in probanda intentione, vt in specie *d.l.vlt.ad SC.Treb.* quam intētionem semper probare actor debet priusquam de exceptionibus rei quæri oporteat, quoniam alioqui non probante actore semper absoluendus est reus etiamsi nihil præstiterit *l.qui accusare 4.C.de ed●d.* Sed & in dubio aduersus absentem pronunciandū est quoties absentiæ contumacia iuncta est. Id enim est quod pragmatici in ore passim habent, Iura omnia clamare contra contumaces. Sed & pœnam illam suæ contumaciæ patitur quisquis ad tria iudicis edicta venire noluit, quòd eo quoque casu quo vincit, quia bonam causam habet, nullam tamen sumptuum condemnationem obtinet quam alioqui victores omnes obtinere solent *d.l.properandum §.cum si quidem 2.* nisi eûm victus iustam habuit, aut saltem probabilem litigandi causam *l.qui solidum 78.§.1.de leg.2.l.eum quem temerè 79.* vbi dicam ĵ.*h.t.* Dices non magnam esse hanc pœnam, vt nullos sumptus ferat qui nullos fecit. Sed potest tamen fieri vt intersit propter sportulas, & de ea quæ hodie rerū iudicatarū emolumenta tributáq; appellamus, quę aliquando pro qualitate & quantitate rei in iudiciū deductæ ad magnam ascendunt æstimationem.

1 ¶ Quòd si is qui edictum peremptorium impetrauit, absit die cognitionis: is verò, aduersus quem impetratum est, adsit: tum circumducendum erit edictum peremptorium: neque causa cognoscetur, nec secundum præsentem pronunciabitur.

Ad §.1.quòd si is, qui edictum.

Ratio dubitandi. In iudiciis omnino seruanda est æqualitas, ne quid fauorabilius pro vno quàm pro altero ex litigatoribus constituatur *l.vlt.C.de fructib.& lit.expens.* Aut si quando alius alio fauorabilior videri potest, certum est fauorabiliores esse reos, quàm actores *l.fauorabiliores 125.d.reg.iur.* Atqui si reus ad diem cognitionis non venisset, & causa cognosceretur hodie, & secundum præsentem actorem pronunciaretur, nisi reus absens bonam causam habere inueniretur, vt proximè dictum est. Ergo si actor ipse qui edictum impetrauerat absit die cognitionis reus verò aduersus quē impetratum est adsit, non circumducendum est edictum peremptorium, sed idipsum pro reo obseruandum contra actorem, vt & de causa cognoscatur, & contra actorem absentem pro præsente reo pronuncietur, nisi actoris absentis melior causa reperiatur. Nam & is qui edictum impetrauit si ad diem cognitionis non adiit, non minùs contemnit autoritatem iudicis, quàm is aduersus quē impetratum est. Imò tantò magis quod videtur ludibrio habere iudicem cuius autoritatem nunc implorat, nunc contemnit; arg. *l.vlt.§.vlt.C.de bon.quæ liber.* nec dignus est cui iudex faueat, qui dum iudicem inuocat, in eum committit, arg. *l.auxilium 37.in fin.sup.de minor.*

Ratio decidendi. Qui edictum impetrauit si absit die cognitionis, non ideò tam facilè credendus est velle iudicem contemnere, cuius auxilium implorauit, vel litem deserere quàm vltrò ac plerumque non sine sumptu & incommodo ad peremptorium vsque prosecutus fuit; Sed potius suspicādum est aliquid ei accidisse propter quod venire non potuerit, cùm potuerint multa interuenire *l.contumacia 53.l.pœnam.ĵ.de re iudic.* Melióque hæc præsumptio est pro actore, quā in reo, quoniam agere quidem inuitus nemo cogitur *l.vnic.C.vt nem.inuit.ager.vel accus.cogat.* quis autem tam stultus est vt vltrò agere velit nisi de ea re, de qua litis victoriam speret, penéque habeat exploratam? At reus litigat inuitus, nec facilè creditur vltrò fuisse litigaturus si non redditum fuisset iudicium in ipsum inuitum *l.inter stipulantem 83.§.1.de verb.obl.* ideóq; φεύγων à Græcis, & eorum exemplo à nostris fugiēs appellatur *d.l.properandum, & pass.C.hoc tit.* Satis ergo punitur is qui edictum impetrauit, neque adfuit die cognitionis, si circumducatur edictum peremptorium eiusq; potestas soluatur, ita vt alio & nouo peremptorio sit opus ad eam litem alio die tractatam absente parte. Nec potest eius conditio fieri similis conditioni eius aduersus quem edictum impetratum est, quin hoc ipso fiat dissimilis & inæqualis, cùm is nunquam fuerit edicto

iudicis ad cognitionem causæ & pronunciationem sententiæ euocatus. Et quod iudex in edicto peremptorio comminatus est se etiam absente diuersa parte cogniturum & pronunciaturum, non eo sensu & proposito fecit quasi absente quoque eo qui edictum impetrasset cogniturus & pronunciaturus, sed tanquam absente eo cōtra quem edictum impetrabatur. Quid ergo si is aduersus quem edictum impetratum fuit vrgeat cognitionem, nec velit diutiùs rem indecisam relinquere? Debebit ille ab eodem iudice impetrare non ex integro tria edicta, sed vnum pro omnibus & peremptorium, vt si ad diem cognitionis actor non responderit condemnetur. In eo namque duriùs agitur cum actore quàm cum reo quod tantùm edicto vocatur quòd citiùs ac libentiùs eredatur esse venturus, & si veniat statim quasi contumax condemnatur. Eóque etiam iure praxis nostra vtitur, sed aliis verbis quàm quibus vtitur Vlp. in hac lege. Nam si actor ad diem non veniat, dicimus absoluendum esse reum ab obseruatione iudicij pro eo quod Vlpianus ait edictum circumduci. Cæterùm non ideò actor condemnatur nisi ad expensas contumaciæ. Vt verò condemnetur illud præterea exigimus, vt postulante aduersario citetur ex nouo peremptorio, tumq; si non venire perseueret, ab actione aut petitione sua in pœnam contumaciæ submoueatur. Iunge quę de pœna contra actorem contumacem statuenda Iustinianus constituit in *d. l. properandum C. hoc tit.* & Nouell. 112. *de litigios. cap.* 3. vbi etiam vide amplissimam & eruditissimam adnotationem clarissimi I.C. Dionysij Gothofredi pro harum omnium legum interpretatione.

2 § Circumducto edicto, videamus an ampliùs reus conueniri possit: an verò salua quidem lis est, verùm instantia tantùm edicti periit. & magis est, vt instantia tantùm perierit, ex integro autem litigari possit.

Ad §. 2. circumducto.

Ratio dubitandi. Cùm is qui edictum peremptorium impetrauit, illud ipsum circumduci patitur propter absentiam & contumaciam suam ferè est, vt & leges & iudicem datum, & magistratū qui iudicem dedit ludibrio habere videatur, quemadmodum diximus ad §. *prox. arg. l. vlt. §. vlt. C. de bon. quæ liber.* Ergo dignus est qui non tantùm instantię iacturam quæ est lenior, sed ipsius quoque litis patiatur, ne postea ei liceat iterum litigare, qui litigare nesciat. Maximè cùm in persona illius contra quem edictum peremptorium impetratum fuit potestas edicti non instantiam afficiat sed litem. Quid enim aliud est perimere disceptationem & facere, vt ob eam rem de causa cognoscatur & pronuncietur, quàm perimere litem? Ratio decidendi. Peremptorij potestas nulla est nisi aduersus eum contra quem fuit impetratum, vt diximus ad §. *præced.* quia nec eo animo petitur aut datur vt noceat impetranti. Ergo nō potest perimere disceptationem & litem si is qui impetrauit, absit die cognitionis. Tantùmque abest vt potestatem aliquam habeat edictum hoc casu, vt è contrario circumducatur, quòd ipsum nihil aliud est quàm potestatem eius tolli, quomodo interpretati iam sumus. Hoc rursum verò fieri non potest quin afficiatur & perimatur instantia, quæ ipsa nihil aliud est quàm litis persecutio ex parte actoris, cuius scilicet tam est instare, quàm rei fugere. Itaque etiam lis & actori & reo communis sit, instantia tamen solius actoris est, quia instare quidem solus actor potest, sed solus litigare nullo modo potest. Proinde mirum non est actori perire instantiam ob circumductum edictum peremptorium, quę reo perire nequit. Ex peremptorio autem quoties circumductum non est perimi litem & disceptationē, idque vt plurimùm in præiudiciū eius contra quem edicti potestas exercetur, sed non semper. Proderit enim peremptorium ei quoque aduersus quem fuit impetratum, si fortè bonam causam habere inueniatur, vt puta ob non probatam ab actore suam intentionem, sicuti in specie *l. vlt. inf. ad SC. Trebell.* Ex quo apparet quāu s in eremodicium incidere tam actores, quàm rei possint, eremodicium tamen per actorem non tunc contrahi, cùm is edictum impetrauit, & nihilominùs abest die cognitionis, sed tum demùm cùm aduersus eum fuit impetratum edictum ex parte rei, quod postea non fuerit circumductum. Nam cùm abest actor, qui edictum impetrauerat, eremodicium nullomodo contrahitur, neque ex parte actoris, neque ex parte rei: sed instantia tantum perit actori, quia cùm instantia nihil aliud sit quàm litis persecutio, vt diximus, desinat verò litem persequi is qui ipso cognitionis die abest, quo maximè die instandum erat, vt de causa cognosceretur & pronunciaretur, fieri non potest vt totius instantiæ quam priùs fecerat, fructum non amittat. Ergo nec illud verum est quod vulgò creditur, eremodicium esse peremptionem instantiæ, aut, vt alij volunt, desertionem vadimonij. Est enim semper desertio litis, quod & nomen ipsum græcum significat. Numquam verò est desertio vadimonij. Numquam peremptio, at ne quidem desertio instantiæ. Vadimonium deseritur cùm reus non venit ad eum diem, quo se iudicio sistendum promiserat: quæ res nihil aliud inducit nisi necessitatem proponendi edicti instante actore. At cùm reus postea vel tribus edictis & literis, vel vno pro omnibus euocatus, sui præsentiam facere contemnit, tùm demum eremodicium contrahit, & ex eremodicio dicitur sententia, & ita finitur instantia cum lite, sed non perimitur, quæ scilicet hoc ipso finem & effectum suum habet. Ad quid enim fiebat instantia, nisi vt lis & disceptatio finiretur? Ipsa certè lis & finitur & perimitur, ideóque nimirum hoc edictum cuius potestate illud fit, peremptorium appellatur. Cùm verò actor ad diem cognitionis non venit, is neque vadimonium deserit, quod non ab actore præstatur, sed à reo, nec litem, ad quam finiendam nō fuit ipse euocatus, sed tantùm instantiam, quia desiit instare qui priùs instabat. Nec rursus tota instantia perit, sed quod summè notandum est, instantia tantùm edicti, quemadmodum Vlp. scribit in hoc §. vt intelligamus & euocatione in ius & promissiones iudicio sistendi causa factas & stipulationes, siue de iudicato soluendo, siue de rato si fortè interpositæ fuerint saluas manere, Nec esse necessarium, vt noua instantia ab initio repetatur: quomodo necessarium est

quoties

quoties instantia perimitur lapsu trienij intra quod finiendum est ex Iustiniani constitutione in *l. properandum C. de iud.* Ergo cùm edictum peremptorium ob id eo cumductum est quod actor ad diem non venerit, instantia quidem edicti perit, sed salua lis adhuc est, vt possit ex integro litigari, hoc est, aliud peremptorium expectari cæteris tamen omnibus quæ ad litis præparationem & ordinationem præcesserat in sua causa manentibus. Deniq; peremptorio ista instantiæ euicti nihil aliud est, quàm quod pragmatici nostri dicunt *vn simple deffaut & congé*, quod vel secundùm ipsos pragmaticos longè distat à peremptione instantiæ. Alio tamen iure praxis nostra vtitur, quoniam hoc casu absoluitur reus ab obseruatione totius iudicij, & in omnes litis expensas actor condemnatur, nec quicquã ei saluum est, nisi vt possit nouam litem & instantiam instituere, sed ita vt omnia iam acta rursum agere debeat, adeò vt nec priore libello iuuare se possit à quo instant am prorsus inchoauerat, nec vllis citationibus in tota illa instãtia factis. Fefellerũ: pragmaticos nostros, vt puto, verba illa huius §. *ex integro autem litigari posse* quasi sint generalia, & adeò generaliter intelligenda, vt omnia quæcunque ad litem pertinẽtia ex integro fieri oporteat, cum tamen sint restringenda ad id quod proximè dictum fuerat perisse. Quid enim aliud ex integro fieri necesse est, quàm quod iam factum perit? Atqui instantia tantùm edicti periit, vt apertè Vlpianus ait. Ita igitur ex integro litigandum est, vt ob eam causam solum edictum peremptorium ex integro impetretur. Pragmatici nostri vocant *readiournement peremptoire auec commination qu'a faute de comparoir sera procedé a tel iugement diffinitifque de raison.*

3 § Sciendum est, ex peremptorio absentem condemnatum, si appellet, non esse audiendum: si modo per contumaciam defuit[a]: si minus, audietur.

Ad §. vlt. sciendum est.

Ratio dubitandi. Etiam cùm ex peremptorio cognoscitur & pronunciatur absente reo qui eremodicium contraxit, fieri tamen potest, vt absens vincat & vincere debeat, nempe si bonam causam habere inueniatur, vt scriptum est initio huius legis. Ergo si fuerit condemnatus, & appellare velit, audiendus est quamuis per cõtumaciam abfuerit, cùm aliqui fieri non possit an debuerit iudex qui ex eremodicio pronuntiauit, vel contra eum, vel pro eo pronunciare. Præsertim cùm iniquis præsumptio faciat ne tam ob id videri debeat condemnatus quòd malam causam habuerit, quàm quòd abfuerit *l. si ideo 65. ff. de euict.* Cur ergo ei denegemus auxilium appellationis quod fauorabilissimũ est, pateq; omnibus; ita vt ob eã causam cõmune appelletur in *l. 1. §. falsus procurator. ff. rat. rem hab.* Neq; verò alia illa ratio superest potest emendandæ iniquitatis iudicati, & assequendi, vt sententia in melius reformetur *l. 1. ff. de app. rec.* Ni si proponas minorem fuisse illum qui eremodiciũ contraxit cùm & in eremodiciis minori subueniatur *l. aut prætor 7. alias l. et si sine. §. vlt. ff. de minor.* & aduersus rẽ iudicatã *l. vlt. & pass. C. si aduer. rem iudic. l. vlt. ff. de in integ. restit.* Ratio decidendi. Præcipua cõtumaciæ pœna ista est, vt absens per contumaciam condemnatus non possit appellare *l. 1. & 4. C. quor. app. non recip. l. properandum §. cùm autem. C. de iudic.* Non tam ob id quod pro sententia iudicis contra ipsum præsumi oporteat (quanquam hoc quoque verum est) quàm quia non est audiendus qui audiri noluit cùm à & adesse & loqui iuberetur: tibiq; debet imputare, cùm quòd si bonã causam habuit, id est, instas aliquas allegationes quas iudici exposuisset, victoriã haud dubiè fuerat reportaturus. Debuit ei in ea venire, et quicquid habuisset, allegare. Quod quia facere noluit, cùm posset, culpam in eo suam debet agnoscere: cuius effectus ille est, vt neq; damnum vllum sensisse videatur qui nullũ sensit, nisi ex culpa sua *l. quod quis 203. de reg. iur.* Cur ergo permittamus ei appellare? cùm nec alius permissa sit appellatio, quàm quoniam interest *l. 1. in pr. de appell. rec.* nihil autem intersit eius, qui nullum damnum passus intelligatur ex ea sententia: à qua vult appellare? Nec quod pro eo iudicari aliquo casu potuerit, ad rem facit. Præsumendum enim est, vt dixi, pro sententia iudicis aduersus contumacem condemnatum, quod nec aliter nec rectiùs potuerit iudicare, quòdque pro contumacia fuerit iudicaturus si causæ æquitas id passa fuisset. Neque contrarium est, quod diximus contumacem tunc quoque cùm victus est præsumi bonam causam habuisse. Præsumitur enim habuisse bonam causam non in eo statu in quo lis fuit cùm ex eremodicio iudicata est, sed habito respectu ad eas allegationes & probationes quas adferre potuerit si iudicio adfuisset: Propter quas tamen neglectas & insuper habitas nemo dixerit malè aut iniquè pronunciasse iudicem, qui eas nec diuinare potuit, nec si potuisset diuinare, debuit tamen supplere *l. vnic. vbi totat. C. vt quæ desunt aduoc. par. iud. suppl.* Denique non nego posse fieri vt contumax bonam causam perdat, Sed cùm perdit vitio suo perdit *d. l. si ideo. l. Stichum aut Pamphilum 65. §. pen. d. solut.* Proinde sibi debet imputare non iudici *l. exceptione 67. ff. de fideius.* Et consequenter non potest appellare quoniã quisquis appellat de iudicis iniquitate conqueritur non de se. In quo potissimum differt appellatio à restitutione in integrum *l. præsens 17. sup. de minor.* Hodie tamen hoc iure vtimur, vt etiam contumax possit appellare, sed refusis primùm omnibus expensis contumaciæ, damnisque, Nempe quod per eam expensarum, damnorúmque refusionem ipsa quoq; contumacia extincta, & vt pragmatici loquuntur, purgata esse existimatur ex *l. sancimus 15. C. hoc tit.* Itaque semper verum est contumacem quandiu contumax est non audiri, siue appellando, siue aliter contradicendo.

a *Si modo per contumaciam defuit.* Non enim sicuti contumacia omnis est absentia, ita possis è contrario dicere absentiam omnem esse contumaciam, Is enim quem vel aduersa valetudo, vel maioris causæ occupatio defendit, aut qui alio iusto impedimento prohibitus fuit, ne ad diem venire potuerit, neque contumax dici potest, neque contumacis pœnam pati debet *l. contumacia 53. §. pœnam contumaciæ. ff. de re iudic.* Hic enim non solùm verè absens est, sed etiam absentis loco habẽdus, ideóque nunquam condemnandus, quia neque absens, neque inauditus quisquam condemnatur *l. 1. de requir. reis.* Cõtumax verò absens quidem est, sed

ita vt pro præsente haberi eum necesse sit ad hoc, vt tanquam contumax condemnari possit, quia contumacia pro præsentia est, Auth. *qua in prouincia. vers. sed si nec ipse. C. vbi de crim. in. agi oper.* Porrò non potest contumax haberi pro præsente quin habeatur pro consentiente hoc ipso quod à sententia aduersus eum lata quæ ipso præsente lata creditur, idcò non appellauit. Ex quo alia etiam ratio sumi potest propter quam non sit ei permittendum appellare, tanquam qui sententiæ iam semel consensisse & acquieuisse fingatur. Nam qui semel acquieuit non potest postmodum appellare *l. ad solutionem. C. de re iud.* Ergo si is cōtra quē pronunciatum est ex peremptorio absens fuerit citra contumaciam non eò minus quidem valebit peremptorium, & sententia ex eo reddita, sed tamen ita vt ab ea possit condemnatus prouocare. Itaque quod scriptum est in *d. l. contumacia §. 1.* cōtumacem enim esse qui tribus edictis propositis vel vno pro omnibus euocatus ad iudicem præsentiam sui facere contemnit, non est perpetuum, sed sub ea exceptione intelligendum, si nulla satis iusta vel probabilis absentiæ causa interuenerit quæ excusationem mereatur. Idque apparet satis ex eo quod in eadem lege subiicitur immediatè in *§. pœnam contumacis.* Nam nec alia ratio est propter quā non debeat contumacis pœnam pati ille, quem aduersa valetudo, vel maioris causæ occupatio defendit, quàm quia verum est nec contumacem illum esse. Alioqui cur, obsecro, contumacis pœnam pati non deberet is quem contumacem esse fatemur?

74. IVLIANVS libro 5. Digestorum.

DE qua re cognouerit iudex, pronunciare quoque cogendus erit.

Ad l. de qua re 74.

Ratio dubitandi. Non potest iudex pronunciare de alia re, quàm de qua datus fuit, cùm in cæteris omnibus sit incompetens, nisi competens fiat per reconuentionem *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interloc. omn. iudic.* Atqui potest fieri, vt de multis alijs quæstionibus in principalem causam incidentibus, vel ex ea emergentibus possit & debeat cognoscere, non vt de eis pronunciet, sed vt eas examinet, si aliter fieri non possit, vt de eo pronunciet, de quo datus fuit *l. 1. C. de ordin. iudic.* vbi est in hanc rem textus aptissimus & elegantissimus si ad eum modum intelligatur, quem nos docuimus lib. 19. Coniect. Ergo non est generaliter verum quod hîc Iulianus ait, De qua re cognouerit iudex de ea & pronunciare cogendum esse.

Ratio decidendi. Potest iudex datus de quibusdā cognoscere ob id quod de ijs ipsis cognoscere iussus sit per formulam prætoris, Potest etiam de alijs siue incidentibus siue emergentibus, non propter formulam, sed quia nec aliter posset formulæ satisfacere, nec de eo ipso pronunciare, de quo datus esset, vt in specie *d. l. 1. C. de ordin. iudic.* De iis quę sunt prioris generis ita cognoscit iudex, vt de iis quoque omnino debeat pronunciare sit cogendus. De iis verò quæ sunt posterioris generis, ita cognoscit vt non tā cognoscere videatur, quàm ea examinare, vt loquuntur Impp. in *d. l. 1.* vbi tractātes de iudice qui datus fuerat, vt de hereditate pronunciaret, admittunt non posse illum de statu causæ cognoscere, nec eo nomine id ad officium eius pertinere, vt vtique tamen necessariè quæstionem quæ in iudicium deducta est etiam de statu examinet, Itaque de istis pronunciare nec cogitur, nec potest, etiam si maximè velit, quia nec de iis cognoscit nisi incidenter & tanquam aliud agendo. Ergo quod hîc dicitur, *De qua re cognouerit iudex* sic intellige *de qua re cognouerit non incidenter sed principaliter & ex præscripto formulæ.* Cùm non enim eo casu hoc casu pronūciare, qui per formulā pronunciare maximè iussus fuit. Verba enim formulę imperatiua ad pronūciationē tā ùm pertinēt. Cætera quæ cognitionis causam cōpl. ctūtur, nō imperatiuis sed condicionalibus verb s exprimuntur *si paret.* vt appareat causæ cognitionem poni in condicione sine qua non posset vnquam procedi ad pronunciationem.

1 § Iudex, qui vsque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conueniat.

Ad §. 1. iudex.

Ratio dubitandi. Iudex datus per formulā prætoris aut alterius magistratus nullū proprius habet ius nullāq; potestatem iudicādi nisi ex formula, cui ob hanc causam sic addictus & obstrictus est vt necessariò ex eius præscripto habeat iudicandum, illúdque ipsum obseruandum quod cæteri omnes qui mandatum habent, ne mandati fines prætergrediatur *l. diligenter §. 3. mandat.* Atqui non nisi ad certam vsque summam iussus erat iudicare is de quo tractat Iulianus in hoc §. Ergo de re maiori iudicare nullomodo potest quin formulam offendat, nec si litigatores consentiant. Non enim quid litigatores velint inspicere illum oportet, sed quid prætor voluerit, etsi non à litigatoribus sed à prætore solo habeat iudicandi potestatem. Nec simile videri potest, quod scriptum est in *l. inter conuenientes 28. §. ad municip.* Inter conuenientes posse agi etiam de re maiori apud magistratus municipales. Id enim rationem habet optimam, quod magistratus municipales aliquam habeant iurisdictionem licèt exiguam & satis limitatam *l. 1. supr. si quis in ius vocat. non obtemp.* Certum autem sit posse iurisdictionem quamlibet ex litigatorum consensu prorogari *l. 1. & 2. supr. hoc tit.* At iudex à prætore aliòve magistratu datus nullam habet iurisdictionem sed tantùm iudicationem *l. vlt. C. vbi & apud quem causs. in integ. restit. agi. & sit. l. at prætor §. 3. de re iudic.* adeò vt etiā si datus sit ab eo qui iurisdictionem habet non ideò tamen videri possit saltem alienam iurisdictionem exercere, aut ius dicentis partibus fungi, cùm id faciat quod magistratus ipse ex dignitate à se fieri non posse putet. In quo maximè differt pedaneus iudex ab eo qui mandatam exercet iurisdictionem, vt dixi ad *l. iudicium soluitur 58. sup. hoc t.* Ratio decidendi. Datur iudex à prætore litigatoribus, vt eorum controuersiam dirimat, & in ipsorum gratiam vt per iudicis pronunciationem finitis litibus tandem possit *l. 1. §. de re iudic.* Ergo quamuis vsque ad certam duntaxat summam

summam iudicare iussus sit, nec vllam habeat aut ex se, aut ab alio iurisdictionem, Si tamen inter litigatores conueniat, vt de re maiori pronunciet, non eò minùs pronunciare poterit, quia non est periculum ne priuatorum pactio iussui & formulæ prætoris anteposita videatur. Quid enim aliud agebat prætor, quàm vt controuersias eorum dirimeret? A quibus si sponte voluerint recedere per eiusdem iudicis sententiam debet prætor id quoque ratum habere *l.1.§ inde quæritur.ff. de oper.noui nunciat.* Quæ etiam ratio est *legis si conuenerit 26.ff. de re iudic.* Itaque omnis formula prætoris tacitam illam conditionem habere intelligitur *si non aliter conueniat inter litigatores*. Nulla enim formulæ potestas est inter consentientes, sed tantùm inter contendentes, Nec eò minùs tamen iudex qui datus fuerat, vt inter litigantes pronunciaret, in id etiam datus intelligetur, vt inter consentientes aliter pronunciet, quàm pronunciare per formulam iubebatur. Duæ siquidem sunt partes formulæ, quarum prior puram iudicis dationem continet quæ iudicandi potestatem tribuit & autoritatem. Posterior verò formam cognoscendi & pronunciandi præscribit, A qua si litigatores communi consensu recesserint, nihilominùs prior pars formulæ salua est, vt quicquid iudex hîc pronunciauerit ex voluntate litigatorum, quamuis aduersus præscriptum formulæ ratum haberi debeat, tanquam ab eo pronunciatum, qui iudicandi potestatem à prætore habuerit, ac postea quoque quàm à formulæ præscripto recessit retinuerit.

2 ¶ Cùm absentem defendere vellem: iudicium, mortuo iam eo, accepi, & cõdemnatus solui. Quæsitum est, an heres liberaretur: item quæ actio mihi aduersus eũ competeret. Respondi, iudicium, quod, iam mortuo debitore, per defensorem eius accipitur, nullum esse. & ideo heredem nõ liberari. defensorem autem, si ex causa iudicati soluerit, repetere quidem nõ posse[a]: negotiorum tamen gestorum ei actionem competere aduersus heredem[b]: qui sanè exceptione doli mali tueri se possit[c], si ab actore conueniatur.

Ad §.2. cùm absentem.

Ratio dubitandi. Etiam qui defunctus est si heredem aliquem habeat perinde habendus est, acsi viueret, quasi viuat adhuc in persona heredis, qui scilicet personam defuncti repræsentat, quam & hereditas repræsentaret *l. heres & hereditas 22.ff. de vsucap.* Textus est elegans & ad hunc tractatum valde accommodatus in *l. cùm quasi 30. in princip. ff. de fideicomm. libert.* Atqui si viueret liberaretur ob hoc solùm quòd absentem eum defendissem iudiciúmque ipsius nomine accepissem, & condemnatus soluissem: quia in iudiciis quasi contrahitur, fitque nouatio per contestationem, præsertim quoties mutatur persona debitoris quasi facta quodammodo delegatione. Fit enim delegatio non tantùm per stipulationem, sed etiam per litis contestationem *l. delegare 11. §.1.ff. de nouat. & deleg.* Nam nec aliud quicquam est alium defendere, quàm vicem eius subire *l. minor 51. §. quoniam. supr. de procur.* Ergo si cùm absentem defendere vellem pro eo quamuis iam mortuo iudicium acceperim, & condemnatus soluerim, perinde dicendum est heredem ipsius liberari, atque ipse si viueret liberaretur: Cùm nihil intersit creditoris, qui suum iam consecutus est. Nam & si pro eo iam mortuo soluissem cùm putarem eum viuere, vtique heres liberaretur, cui proficere solutio posset. Adeóque quod ad rem nostram propiùs accedit, Si præcedente mandato eum defendissem, quamuis mortuo eo si modò hoc ignorarem, competeret mihi aduersus heredem ipsius actio mandati, quasi mandatum quidem morte mandatoris, at non etiam mandati actio finiatur *l. si præcedente 58. in princip. ff. mandat.* Id enim facit iusta ignorantia mortis alienæ, quæ ignorantia damno adficere non debet eum qui nihil nisi bono consilio ac proposito fecit *§. item si adhuc. ff. de mandat. l. quod seruus 11. ff. depos. l. si quis seruo 18. l. cùm quis 38. §.1. de solut.* Si ergo defuncti heres ignorans obligari potest, cur non etiam liberari? Nónne proniores debemus esse ad liberationem, quàm ad obligationem inducendam? *l. Arrianus 41. de oblig. & action.* Ratio decidendi. Non potest quis alium defendere nisi sit qui defendatur, Nec rursus defendi potest is qui iam mortuus est, cùm nullus sit, nec possit amplius condemnari *l. 2. ff. quæ sent. sin. appell. rescind.* Ergo iudicium quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur nullum est. Et consequenter non potest habere vim delegationis, cùm id quod nullum est, nullum quoque possit effectum producere *l. 5. de iniust. rup.* nec facere, vt vel debitor ipse liberatus sit, qui vtique non potuit post mortem suam liberari, vel debitoris heres, de quo aut defendendo aut liberando nunquam cogitaui. Nunquam enim operantur actus nostri vltra voluntatem agentium, vulg. *l. non omnis 19. ff. de rebus credit.* nec quemadmodum accidit aliquando, vt ignorans quis & inuitus liberetur *l. soluendo 39. sup. de negot. gest. l. solutione 23. ff. de solut.* ita possit vnquam è contrario accidere, vt alium quis liberet ignorans vel inuitus. Ignorantia namque quantumuis iusta nunquam alij prodest, quàm illi ipsi qui ignorat, & cui aliàs noceret, vt in legibus, & exemplis supradictis. Nec quod debitorem fortassis amicum & familiarem meum aut cognatum defendere volui, facere debet, vt æquè videar voluisse defendere ipsius heredem, qui nec de facie fortassis mihi notus fuit. Est enim semper incerta persona heredis quandiu viuit aut creditur viuere is, de cuius herede tractatur *l. qui liberis 8. in fi. de vulgari & pupillari substitutione.* Itaque nihil simile habet hæc species cum illa, de qua in *d. l. cùm quasi 30. in princip. de fideicomm. liber.* vbi quod factum fuerat quasi pro absente, qui iam tùm erat mortuus transfertur in personam heredis. Hîc enim transferenda esset condemnatio in heredem quæ facta fuerat contra defunctum, priúsque habendus esset debitoris heres pro condemnato, quàm pro liberato: sicut & in *d. l. cùm quasi. priùs habetur heres pro absente, quàm pro excusato.* Quamquam nec in ea specie translatio decreti fit à defuncto in heredem ex ratione iuris, sed ex rescripto Imperatoris, qui neque translatum sed transferendum

esse rescripsit. Quare vereor ne loco illo valde abutantur, qui norant iudicium redditum contra defunctum quidem nullius esse momenti, sed si pro defuncto, valere, & in heredem ipsius transferendum esse. Nam non magis pro mortuo quàm contra mortuum lata sententia valere potest. Neque iudicio simile est decretum Imperatoris aut Senatus, vt pro defuncto qui absens credebatur, redditum in heredem eius transferri ex causa possit, accedente præsertim aliquo Imperatoris rescripto.

a *Defensorem autem si ex causa iudicati soluerit repetere non posse.* Ratio dubit. Solutio quæ non parit liberationem solet parere condictionem, Et contrà quæ non parit cōdictionem solet parere liberationem *l. cum qui 38. §. de peculio & seq. ff. de solut. l. indebitam 47. & pass. ff. de cond. indeb.* Atqui in hac specie solutio facta per me qui mortuum tāquam absentem defendebam, liberationem nullam potuit heredi acquirere, vt proximè diximus Nec potest negari quin fuerit indebita pecunia soluta ex iudicato, quandiu iudicium ipso iure nullum fuit.

Ratio decidendi. Quod quis condemnatus soluit, siue pro se, siue pro alio condemnatus fuerit soluit suo nomine. Et quamuis re vera sit indebitū si iudicatum non teneat, vt in specie huius §. quia cōdemnatum accipere debemus eum qui ritè condemnatus sit, & ita vt sentētia valeat *l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudic.* autoritas tamen rerum iudicatarum facit, vt eius quod solutum est tanquam ex causa iudicati repetitio nunquam dari possit *l. si fideiussor 29. §. penult. ff. mandat.* quantumcunque indebita fuerit pecunia quæ soluta est ex causa rei iudicatæ *l. 1. C. de condict. indeb.* adeò vt, quod mirabilius est, sufficiat ad condictionem impediendam, quòd is qui soluit, putauerit se condemnatum, quamuis nullum iudicium præcessisse proponatur *l. cum putarem 36. ff. famil. ercisc.* Ergo non magis possum ego repetere hoc casu, quod solui, quam si iudicium constitisset: quo casu vtique iudicati actio in me proprio nomine dari debuisset *l. si procurator 28. in fin. sup. de procurat. d. l. 4. in prin. ff. de re iudic.*

b *Negotiorum tamen gestorum actionem ei competere aduersus heredem.* Ratio dubitandi. Quod defensor pro alio condemnatus soluit, non pro alio soluit, sed suo proprio nomine, quia nec actionē iudicati proprio nomine recusare potuit qui se vltrò alienę liti obtulit, vt proximè diximus, ex *d. l. 4. in prin. de re iudic. l. 2. de adminis. tutor.* Ergo animo se liberandi non alium etiam obligandi, & tanquam suum negotium gerens potiùs quàm alienum, Et consequenter nullam ex ea solutione potuit actionem acquirere *l. Papinianus 28. ff. mand. d. l. si quid possessor 31. in princip. ff. de hered. petit.* Multò minùs actionem negotiorum gestorum, cui scilicet non aliter locus esse potest quàm si is qui agit, non solùm aliena negotia gesserit, sed illo etiam animo, vt alium sibi obligaret *l. in hoc iudicium 14. §. 1. versi. diuersum l. si quis cum existimaueris 29. ff. commun. diuid.* Item quàm si gesserit vtiliter *l. 1. l. sed an vltrò 10. §. 1. & pass. ff. de neg. gest.* non gerit autem vtiliter qui soluit indebitum, Ideóque si quis aliena negotia gerens indebitum soluerit, debet sibi imputare nec potest eo nomine agere negotiorum gestorum, quamuis si indebitum exegisset, vtique ea ipsa actione teneretur *l. si quis negotia 23. eod.* Atqui hic, de quo agimus, soluit indebitum, adeóque gerens negotium debitoris sui, non autem contemplatione heredis, quem nec heredem esse sciebat, cùm nec viuentis heres quisquam esse possit *l. 1. ff. de hered. vel action. vendit. l. 1. ff. pro herede.* Quænam igitur causa esse potest propter quam debeat actionem hanc negotiorum gestorum habere contra heredem quem nec solutione sua liberauit? Nam etsi iudicium valuisset, liberatus quidem nunc esset debitor, eiúsve heres, at non per solutionem quam condemnatus defensor suo nomine fecisset, at propter id duntaxat quod eius nomine defensor iudicium accepisset, atque ita se quodammodo delegari passus fuisset *l. delegare 11. §. 1. ff. de nouat.* Quæ ratio euidenter cessat, cùm iudicium à defensore acceptum nullum fuit. Nulla ergo ratio potest hoc casu inducere actionem negotiorum gestorum, neque ratio accepti iudicij, neque ratio secutæ solutionis. Ratio decidendi. Qui alienæ liti se vltrò offert vt eam defendat, licet hoc ipso iudicij aleam & executionem in se transferat, ita vt condemnatus debeat suo nomine satisfacere iudicato, non eò minùs tamen pro indemnitate sua consequenda potest agere negotiorum gestorum aduersus eum quem defendit, si modo nihil possit ei imputari, puta cur condemnatus non appellauerit, quia negari non potest quin initio inspecto alienum negotium gesserit non suum, & quidem vtiliter cùm iudicium pro alio accipiendo eum liberauerit etiam ignorantem & inuitum. *l. inuerso 21. §. item,* vbi dixi *supr. de neg. gest. l. iulianus 23. ff. de solut. l. qui seruum 20. ff. de in. ita eg. in iur. fac. l. si pro patre 10. §. 1. ff. de in rem verj.* Etsi autem in proposito non similiter dici potest liberatum esse debitorem heredémve eius per defensorem, quia iudicium à defensore acceptum nullum fuit, non eo minùs tamen verum est vtiliter gestum fuisse à defensore negotium heredis debitoris non in eo quod pro ipso iudicium accepit, sed in eo quod soluit quasi ritè rectéque condemnatus. Cùm ea solutio acquirat heredi debitoris exceptionem doli contra creditorem si pergat ille agere contra heredem quasi nondum liberatum. Dolo enim facit, & improbus est, qui velit bis idem consequi, vt *io l. si quis dolo 51. §. 1. de re iudic. l. sicut 8. §. vltim. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Vt verò heredis negotium re ipsa vtiliter gestum esse videatur, quamuis defensor non de herede, sed de ipso debitore defendendo ac liberando cogitaret, quid interest an heres liberatus sit ipso iure an per exceptionem? *l. nihil interest 112. de reg. iur. l. si pecunia 7. de leg. 1.*

c *Qui sanè exceptione doli mali tueri se possit.* Ratio dubitandi. Non facit dolo malo qui iure suo vtitur *l. nullus videtur 55. de regul. iur.* Atqui vtitur iure suo creditor qui agit contra debitoris heredē nondum liberatum Ergo nihil facit dolo malo, nec proinde repelli potest exceptione doli. Ratio decidēdi. Dolo malo facit quisquis per occasionem iuris ciuilis captat lucrum ex alieno damno contra naturalem æquitatem *l. 1. ff. De doli mali except.* Atqui creditor de quo tractamus captata occasione iuris ciuilis ex eo quod debitoris sui heres non fuerit liberatus per solutionem à defensore factam, vult lucrum facere ex damno alieno, Non solùm quia vult bis idem consequi cōtra *l. bona fides 57. de reg. iur. d. l. si quis dolo. in fin.* sed etiam quod est grauius ab eadem persona, sui scilicet debitoris heredísve eius qui etiamsi creditori huic soluat, adhuc tamen

Digitized by Google

men tenebitur actione negotiorum gestorum indemnitatem defensori præstare, vt diximus ex *d. l. qui iurauit 10. de interrog. in iur. fac.* Ergo doli mali exceptio contra eum habere locum debet, vt & in specie *d. l. sunt 8. §. vlt. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. iunct. l. 7. eod. tit.*

75. IVLIANVS libro 36. Digestorum.

SI prætor iusserit eum, à quo debitum petebatur adesse, & ordine edictorum peracto, pronunciauerit absentem debere: non vtique iudex, qui de iudicato cognoscit debet de prætoris sententia cognoscere: alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta, & decreta prætorum [a]. Marcellus notat: Si per dolum sciens falsò aliquid allegabit, & hoc modo consecutum cum sententia prætoris liquidò fuerit adprobatum: existimo debere iudicem, querellam rei admittere. Paulus notat: Si autem morbo impeditus: aut reipublicæ caussa auocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandum, vel exsequi prætorem ita iudicatum non debere.

Ad l. si prætor 75.

Legem hanc totam si quid mei indicij esset non tantùm ab hoc tit. sublatam vellem ad quem sanè non pertinet, sed ad *tit. De re iudic.* sed etiam penitus è libris nostris deletam. Adeò falsa sunt & inepta omnia quæ in ea Tribonianus de suo stylo & ingenio sub Iuliani, Marcelli & Pauli nominibus nobis obtrudit. Atque illud imprimis quod ita scribit *si Prætor iusserit eum à quo debitum petebatur adesse, & ordine edictorum peracto pronunciauerit absentem debere.* Nam Iuliani temporibus non solebat prætor, neque pro suâ dignitate debebat nec denique poterat tametsi vellet pronunciare deberi, vt dixi ad *l. iudicium soluitur 58. sup. eo.* & alibi sæpe. Idque certissimum est si quid in iure nostro certum dici potest, probatúrque manifestè ex *l. 2. C. de pedan. iudic.* quæ lex primùm hoc ius immutauit. Deinde quod sequitur *non vtique iudex qui de iudicato cognoscit debet de prætoris sententia cognoscere* Nam si ponas iudicatum fuisse à prætore, quis, rogo, iudex alius quàm prætor ipse potest de iudicato cognoscere aut exequi iudicatũ? Si enim à Diuo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani vt iudicum à se datorum sententias exequantur *l. à Diuo Pio 15. in princip. ỹ. de re iudic.* quantò magis credendum est debuisse prætorem aliósque magistratus eas sententias exequi, quas ipsi dedissent: Nam & sententiæ pars quædam est executio ipsius, & quidem pars potissima cùm sine executione non possit sententia ad effectum perduci *l. properandum 13. §. sin autem reus absuerit. C. hoc tit.* Vnde & tit. Pandectarum sic conceptus est *De re iudicata, & de effectu sententiarum.* Eodem planè sensu aeque scriptum esset De re iudicata, Et de executione rei iudicatæ. Sed & cùm post illud quoque rescriptum Diui Pij, magistratus P. R. sic iudicatum exequi soleant, vt non tamen ipsi per se exequantur, sed alium dent iudicem qui exequatur, vt cõstat ex *d. l. à Diuo Pio. §. sin autem & seqq.* Prætor nolit per seipsum exequi sententiam quam per seipsum tulerit, an non ipse saltem prætor esse debebit qui det iudicem, ad iudicatum exequẽdum? Quid verò absurdius, quàm vel de illo dubitari. An iudex ad exequendum iudicatum à prætore datus possit ipse de iudicato cognoscere, id est de viribus iudicati, eámque sibi potestatem adrogare, vt de sententia prætoris cognoscat? Siue, h. e. velis intelligere vt cognoscat an prætor benè iudicauerit, vel malè, siue sic potiùs vt cognoscat an debeat exequi iudicatum? An non enim esset id fungi officio iudicis appellatorum, potiùs quàm officio & ministerio executoris? Quid autem aliud agendum habet is qui à prætore iudicatum exequi iussus est, quam vt prætori pareat, & omnimodo iudicatum exequatur. Nam nec prætor ipse posteaquàm pronunciasset, sententiam tamen à se latam quantumuis iniquam & iniustam posset corrigere, non magis quàm iudex pedaneus quilibet à prætore ipso datus *l. quod iussit 14. iunct. l. iudex posteaquam 55. ỹ. de re iudic.* Quo igitur iure permittendum erit iudici dato à prætore præsertim ad iudicatum exequendum vt cognoscat de sententia prætoris? Quid enim prodest cognoscere, nisi vt vel sententia corrigatur, vel eius executio impediatur? Atqui neutrum est eius cui prætor ipse mandauerit & imperauerit executionem: quia datus vt exequatur nunquam potest aut debet partes iudicis sibi vindicare *l. si vt proponis 6. C. de exec. rei iudic. l. ab executione 5. C. quor. appell. non recip.* Quòd si ponas ab alio superiore magistratu datum fuisse iudicem qui iudicatum prætoris exequeretur. Illud etiam ponendum erit prætorem iudicasse tanquam iudicem quendam pedaneum datum à superiore illo magistratu, qui formulam ei præscripserit, & ad quem ob hoc ipsum ex supradicto Diui Pij rescripto pertinuerit, vt prætoris dati à se iudicis sententiam exequeretur. At inauditum hoc est, & alienum prorsus à dignitate prætoris vt se à quoquam magistratu & ab alio quàm à Principe ipso dari iudicem pateretur, etsi nihil vetabat quominùs mandatam sibi ab alio magistratu iurisdictionem exerceret *l. et si prætor 3. supr. de offic. eius.* Scio multos Romæ fuisse magistratus superiores ac maiores Prætore, inter quos erat Præfectus vrbi qui de sententiis Prætoris ex appellatione tanquam superior cognoscebat, *l. Aemilius 38. sup. de minor.* Sed non ideò mihi persuadebo prætorem siue à præfecto vrbi siue ab alio vllo magistratu dari iudicem potuisse. Sequitur

a *Alioquin lusoria erunt huiusmodi edicta & decreta prætorum.* Quasi verò edicta ista de quorum ordine peracto prædictum est, edicta sint illa prætorum, quæ iuris ciuilis partem constituunt, ac non potiùs edicta iudicum pedaneorum, vt diximus ad *l. ad peremptorium 68. & seqq. sup. hoc tit.* Videtur autem Tribonianus rationem hanc sumpsisse ex alio eiusdem Iuliani loco qui est in *l. vlt. in. ne quid in loc. pub. vel iti. fiat.* vbi scriptum est, sicut is qui nullo prohibente in loco publico ædificauerat cogendus non est demoliri ne ruinis vrbis deformetur, Ita eum qui aduersus edictum prætoris ædificauerit tollere ædificium debere, Alioquin ina-

ne & lusorium, inquit Iulianus, prætoris imperium erit. Sed nemo non videt, quàm sit illa species huic dissimilis. Certum enim est omnia quæ ad interdictorum causam pertinent, per prætorem ipsum expediri solita fuisse, nec de iis dari iudices potuisse, vt verba ipsa interdictorum demonstrant. Sed videamus iam quæ fuerit Marcelli nota ad tam elegans, si Diis placet, Iuliani responsum. *si per dolum*, inquit *sciens falsò aliquid allegauit, & hoc modo consecutum eum sententiam prætoris liquidò fuerit adprobatum, existimo debere iudicem querelam rei admittere.* Primùm si contextum verborum & phrasim respicias, nihil potuit apertiùs prodere Tribonianum, cui familiaris est ea locutio *& hoc modo consecutum eum sententiam liquidò fuerit adprobatum.* Sicut & ei familiare est non necessariã & inanem verborum multiplicationem effundere vbi minùs necesse est, quomodo hîc ab eo factum fuit. An non enim satis erat dicere *si per dolum aliquid allegauit*, aut ita scribere *si sciens falsò aliquid allegauit?* Nec enim per dolum quisquam facit nisi quod sciens facit, Nec rursus potest quisquam sciens falsò aliquid allegare quin alleget per dolum. Quod verò additur tanquàm ex Marcello debere iudicem querelam rei admittere, si ad propositam quæstionem referatur quem alium sensum habere potest, quàm vt hoc casu iudex qui de iudicato cognoscit, id est qui iudicatum exequitur debeat de prætoris sententia cognoscere. Sic enim Tribonianus pro Iuliano suprà locutus est, quasi idem sit de iudicato cognoscere, & exequi iudicatum: Aut quasi sint ista differentia, *De iudicato cognoscere*, & *cognoscere de sententia prætoris* cùm per prætorem iudicatum fuit: quæ omnia certè sunt absurda. Sed illud multò absurdiùs, vt tùm quoque cùm circumuenta est religio prætoris dolo malo actoris qui obtinuit, iudicati executio debeat ex ea causa impediri si neque per appellationem, neque per in integrum restitutionem sententia suspendatur. Interest enim reipublicæ mandari executioni sententiam, maximè verò prætoris tùm quoque cùm prætor per errorem aut etiam ambitiosè aliquid pronunciauit, idque propter rerum iudicatarum autoritatem *l. fermo 65. §. cum prætor ff. ad SC. Trebell.* Adeò vt neque super iudicato transigi hoc casu possit *l. si causa cogn. a 32. C. de transact.* Fateor non debere impunitum esse dolum illius qui siue prætoris siue alterius magistratus aut iudicis cuiuslibet religionem circumuenit, nec esse ferendum vt ex dolo suo lucrum sentiat. Sed dico huic iniquitati occurrendum esse *per modos per quos*, vt loquuntur pragmatici, ex eóque sumi posse ac debere materiam vel appellationis interponendæ vel restitutionis aduersus sententiam postulandæ, at non executionis citra appellationem vel restitutionem in integrum vllam impediendæ. In eámque rem textus est apertissimus in *l. Diuus Hadrianus 33. ff. de re iudic.* vbi cùm proponeretur circumuentam esse religionem iudicis falsis testimoniis conspiratione aduersariorum testibus pecunia corruptis, nihil tamen aliud ab Imperatore Hadriano rescriptum est, Nisi, & rem seuerè vindicandam esse, & aduersus ea quæ à iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitutionem victo concedi oportere. Non est igitur admittenda victi querela si dolum aduersarij tantùm alleget probétque, nisi prætereà vel appellet à sententia prætoris, vel aduersus eam petat in integrum restitutionem: quia imputare sibi debet cur non ad ea iuris auxilia confugiat, quibus attentari potest res iudicata, & sine quibus necesse omnimodo est stari rebus quantumuis malè ac perperam iudicatis. Porrò iudex qui de iudicato exequendo cognoscit, siue à prætore ipso, siue ab alio superiore magistratu datus sit, is neque de sententia prætoris ex appellatione potest cognoscere, quam nec interpositam fuisse supponimus, neque aduersus eam sententiam in integrum restituere, quia non est iudicis pedanei at nec alterius minoris magistratus restituere aduersus sententiam prætoris, sed ad prætorem ipsum pertinet non solùm vt aduersus sententiam iudicis à se dati, sed vt aduersus suam quoque restituat *l. præfecti 17. & seq. l. præses 42. supr. de minor.* Nullo igitur sensu potest verum esse quod Tribonianus hic comminiscitur notatum fuisse à Marcello ad Iulianum, debere iudicem qui de prætoris iudicato exequendo cognoscit, querelam rei admittere. Cæterùm etiam si Marcellus ita scripsisset, hoc saltem ex Marcelli nota sequeretur, vt extra hunc casum quo victoris dolus aliquis insignis & allegetur & probetur non debeat querela eius admitti, qui velit quibuscunque allegationibus iudicati executionem impedire. Et tamen sequitur alia Pauli nota, quæ nec in hac Marcelli opinione conquiescere nos patitur. Subiicit enim Tribon. ex Paulo, tam verè scilicet quàm præcedentia ex Iuliano & Marcello *si autem morbo impeditus, aut reipublicæ causa auocatus adesse non potuit reus, puto vel actionem iudicati eo casu in eum denegandam, vel exequi prætorem ita iudicatum non debere.* Quod si ita est, nihil ergo refert an victoris dolus malus interuenerit necne, sed sufficit iustam causam habuisse reum propter quam non potuerit venire, vt executio sententiæ impediatur: & ita inanis erit & stulta distinctio Marcelli. At proculdubio non ita est. Multum namque interest an circumuenta sit religio iudicantis per dolum malum aduersarij, An verò iusta duntaxat causa aliqua intercesserit quæ facere debeat ne reos absens contumacis pœnam patiatur. Priore casu restitutio in integrum danda est aduersus rem iudicatam: *d. l. Diuus.* Posteriore verò hactenus tantùm succurrendum est ei, qui victus fuit, vt liceat ipsi appellare *l. vltim. sup. de in integ. restit. l. & post edictum 73. §. vltim. sup. hoc tit.* vbi Vlpianus scribit absentem ex peremptorio condemnatum si appellet non esse audiendum si modò per contumaciam defuit, si minùs, id est, si ex aliqua alia causa quæ possit eum à contumacia excusare, audiendum esse, nimirum appellantem. Omni ergo casu necesse est vt victus imploret auxilium vel in integrum restitutionis, vel appellationis. Si neutrum faciat, omnimodo pati debet executionem rei iudicatæ, nec potest quoquo prætextu eam impedire, aut remorari. At neque video quomodo verum esse possit quod sub Pauli nomine vult Tribonianus, denegandam hoc casu actionem iudicati in eum, contra quem ponimus iam datum fuisse iudicem qui de iudicato exequendo cognoscat. Quid enim aliud est datum fuisse iudicem ad iudicatum exequendum, quàm datam fuisse iam actionem iudicati? Quomodo autem denegari ampliùs potest quæ iã data fuerit? Quod autẽ sequitur, *vel exequi prætorem ita iudicatum non debere*, quid simile aut cõmune habet cum superioribus in quibus

actum

Digitized by Google

actum est de iudicato exequendo non per prætorem ipsum sed per iudicem datum qui non solùm de iudicato exequendo, sed etiam de sententia prætoris velit cognoscere: Nisi fortè putamus eam Marcelli & Pauli sententiam fuisse vt dumtaxat agi oporteat cum eo qui obtinuit sententiam ex eremodicio contra illum qui morbo impeditus fuit aut alia iusta de causa ne venire potuerit, quàm cũ eo qui per dolum malum religionem iudicis circumuenit vt iniustam ab eo sententiam extorqueret: Quasi pro doloso permittenda quidem sit executio iudicati, sed ita tamen vt querela etiam rei admittatur: Pro eo autem qui nullius doli cõscius sit, ne quidẽ iudicati actio detur, Qua certè denegata, futurum est vt victus non solum restitutione aut appellatione nulla indigeat sed nec vlla querela ad impediendam iudicati executionem; atque ita vt fauorabiliùs cum eo agatur, quàm si dolum malum aduersarij passus esset. Est enim longè melius condemnato, vt nullam iudicati executionem patiatur, quàm vt ex iudicato conuentus audiatur propone as exceptiones aliquas ad executionem impediendam. Atqui longè iustius esset omnem prorsus iudicati actionem & executionem ei denegare qui dolo malo sentẽtiam extorsisset, quàm ei qui nihil dolo malo fecisset. Scribendum igitur potiùs erat, siquidem dolus malus victoris interuenisset, non permittẽdam iudicati executionem, aut permittendam quidem, sed ita vt in executione querela victi admitteretur. Si verò dolus nullus interuenisset, executioni mandandum esse omnimodo iudicatum, saluo ei qui condemnatus esset, auxilio appellationis Quamquam nec dici facilè potest, qua ratione possit aut dolus victoris, aut absentiæ illius qui victus fuit excusatio allegari nisi in ipsa actione & executione iudicati, Quam proinde semper necesse est permissam esse antequàm victi querela possit admitti. Prætereà quàm si fingamus prætorem ipsum qui contra absentem pronunciauerit, interpellatum de dando iudice ad exequendum iudicatum absente etiam condemnato, huiusmodi querelas & excusationes ex seipso comminisci, vt sententiæ quam ipse tulerit, ipse quoque impediat executionem: certè neque hæc interpretatio planè nugatoria conueniet speciei de qua tractamus, in qua ponimus esse iam aliquem iudicem, quisquis ille, & à quoquo datus sit, qui de iudicato cognoscat, in iudicati scil. executione. Concludamus igitur in tota hac lege nihil esse quod iuris rationi conueniat, nihil quod æquitati, Nihil denique quod aut à Iuliano aut à Marcello aut à Paulo scriptum esse suspicari quis possit. Nec si velis eorum responsa accommodare ad posteriorum Imperatorum cõstitutiones, Quibus etiamsi iungas omnes Iustiniani leges, præsertim quod ille constituit in *l. properandum 13. §. sin autem reus absfuerit*, Assequeris quidem vt possit hodie prætor quoque & debeat ex eremodicio pronunciare; atque ita absentem condemnare, vtque etiam illa edicta quæ olim erant pedaneorum iudicum, sint hodie etiam prætorum: At non item, vt posteaquàm ipse pronunciauerit, alius quisquam iudex de eo quod per prætorem iudicatum erit cognoscere debeat, & de ipsius sentẽtia pronunciare. Multò minùs verò executio sententiæ, præsertim per prætorem redditæ impediri debeat vel differri ob vllas siue doli siue iustæ absentiæ allegationes, nisi vel appellatione priùs interposita, vel petita in integrum restitutione. Ex his autem apparet etiam quàm ineptè faciant pragmatici nostri qui ad hanc legem confugiunt, quoties disputant, Vtrum iudex requisitus possit cognoscere de viribus sententiæ iudicis requirentis. Quasi iudex datus ad exequendum iudicatum, de quo in hac lege agitur, & qui non potest non esse inferior eo qui dedit, similis videri possit iudici requisito, quem neque inferiorem, neque superiorem, sed parem esse necesse est, adeóque propriam iurisdictioné aliquam habere, quam iudex datus nec propriam nec alienam vllam habet. Illa verò distinctio quam afferre solent, Vt possit iudex requisitus cognoscere quidem de nullitate, sed non de iniquitate sententiæ iudicis requirentis non magis huic legi conuenit, quàm aut iuris rationi aut praxi quam in cæteris obseruamus. Non huic legi, etiamsi de iudice requisito non de dato loqueretur, quia nulla huius legis pars est quæ ad sententiæ nullitatem referri possit, cùm eo quoque casu quo iudicis religio per victoris dolum malum circumuenta est sententia tamen non sit ipso iure nulla sed per restitutionem in integrum rescindenda *d. l. Diuus. de re iud.* Illo autem casu quo reus abfuit causa reipubl. necessarium ei sit auxilium appellationis *d. l. vlt. sup. de in integ. restit.* Planè cùm morbus adfert excusationem si sonticus fuit facit quidem vt nec res iudicata videatur, quia inuitis litigatoribus ac iudice diem differt *l. quæsitum est 60. de re iud.* Sed præter id quod nullum in hac lege verbum est de morbo sontico, constat etiam ex comparatione illius qui abest reipubl. causa nihil minus agere Tribonianum quàm vt tractet eum casum quo sententia sit ipso iure nulla. Non etiam iuris rationi, quoniam in iure nostro inauditum est vt alius sententiam exequatur quàm qui vel eam tulit, vel eam exequi iussus sit à Principe qui vtrique territorio præsit, & ei in quo lata sint sententia, & ei in quo facienda executio est, vt in *d. l. a Diuo Pio 15. §. 1. de re iud.* At nos tractamus eum casum quo facienda sit executio in territorio alterius Principis cui nõ possit imperari ab eo in cuius ditione sententia lata est. Quòd si dicas ipsas tamen iurisdictiones licèt sub diuersis Principibus constitutas sibi inuicem subsidiarias esse, inuicémque auxilijs iuuare se debere, Non equidem repugnabo, nec improbabo vsum earum literarum quas *rogatorias* aut *requisitorias* vocant, quibus in hanc rem passim vtimur, sed dicam Inconueniens igitur & absurdum fore si iudex requisitus velit cognoscere de nullitate sententiæ iudicis requirentis, quia id non adiuuare esset sed turbare iurisdictionem quam adiuuare potiùs vellet ac deberet. Præsertim cùm possit imputari ei qui nullitatem iudicati allegat apud iudicem requisitum, cur non alleget potiùs apud iudicem requirentem siue præsens siue absens & quasi contumax condemnatus proponatur. Denique non conuenit praxi nostræ supradicta distinctio pragmaticorum, quia de nullitate sententiæ iure nostro prouinciali numquam quæri potest nisi per viam appellationis: Et consequenter non alius de nullitate sententiæ cognoscere potest vel debet, quàm qui posset cognoscere de iniquitate per appellationem, cùm sit vtrumque eiusdem potestatis, autoritatis, & iurisdictionis. Atqui de iniquitate sententiæ iudicis requirentis non posse iudicem requisitum siue ex appellatione, siue citra appellationem cognoscere, in confesso est. Ergo nec re-

rendum vnquam est vt cognoscat de nullitate. Proinde mea sententia est, Iudicem requisitum non debere quidem inaudito condemnato permittere iudicati executionem, vel ob hoc ipsum vt certò sciamus an fuerit condemnatus, Sed vbi de hoc vno constiterit, nihil aliud preterea inquirendum esse, nec aliam omnino vllam exceptionem à Iudice requisito admitti debere nisi quę coram iudice ipso requirente admittendæ essent, Cuiusmodi sunt solutionis, pacti, De eo quod facere quis possit, compensationis, & aliæ similes de quibus nemo dubitat quin possint opponi etiam in executione iudicati. Casum vnũ excipio, Si is qui ex eremodicio condemnatus fuit, alleget probetque se legibus sui Principis in cuius territorio postulatur executio iudicati prohibitum fuisse ne ad eum locum iret in quo propter absentiam suam & tanquam contumax condemnatus fuit, Tunc enim omnimodo sanè deneganda iudicati executio est, cùm per Principem ipsum aut per magistratũ territorij factum sit vt victus hic fuerit, qui vicisset fortasse si iudicio adfuisset.

76. ALFENVS libro 6. Digestorum.

PRoponebatur: ex his iudicibus, qui in eandem rẽ dati essent, nonnullos causa audita excusatos esse, inque eorum locũ alios esse sumptos: & quærebatur, singulorum iudicũ mutatio eandem rem, an aliud iudicium fecisset. Respondi, non modò si vnus, aut alter, sed & si omnes iudices mutati essent, tamen & rem eandem, & iudicium idem, quod antea fuisset: permanere: neque in hoc solùm euenire, vt partibus cõmutatis eadem res esse existimaretur, sed & in multis cæteris rebus: nam & legionem eandẽ haberi, ex qua multi decessissent: quorum in locum alij subiecti essent: & populum eundem hoc tẽpore putari, qui ab hinc centum annis fuissent, cùm ex illis nemo nũc viueret, itémque nauẽ, si adeò sæpè refecta esset, vt nulla tabula eadẽ permaneret, quæ non noua fuisset, nihilominùs eãdem nauem esse existimari. Quod si quis putaret partibus commutatis, aliam rẽ fieri: fore, vt ex eius ratione nosipsi nõ idem essemus, qui ab hinc anno fuissemus: propterea quòd, vt philosophi dicerent, ex quibus particulis minimis cõsisteremus, hæ cottidie ex nostro corpore decederent, aliæque extrinsecus in earum locum accederent. Quapropter, cuius rei species eadem consisteret, rem quoque eandem esse existimari.

Ad l. proponebatur 76.

Hæc lex tam elegans & Alfeno digna est, quàm superior fuit insulsa & digna Triboniano. Ratio dubitandi. Totum nõ fit neque constat nisi ex suis partibus. Ergo vbi partes omnes mutatæ sunt, ipsũ quoque totum mutatum & aliud esse necesse est. Ac proinde mutatis omnibus iudicibus, à quibus & iudiciũ nomen sumit, tanquam ab iis qui principalem iudicij partem constituant, quippe quod constat ex iudice actore & reo, iudicium quoque mutari & aliud iudicium aliámque rem fieri fatendum est. Ratio decidendi. Cuius rei species eadem consistit, eadem quoque res existimatur *l. Seia 6. §. 1. vers. nam qui fieri potest ƒ. de aur. argent. mund. legat.* Species enim & forma illa est quæ dat esse rei etiã secundum Iureconsultos non minus quàm secundum Philosophos *l. Iulianus 9. §. sed si quis rem ƒ. ad exhib.* sed alio atque alio sensu. Formam enim philosophi intelligunt ipsam rei substantiam, & vt loquũtur quidditatem quæ semper inuisibilis est, & quæ non tam species ipsa est quàm speciem constituit simul cum materia quæ nec ipsa videtur. Sola enim sunt accidentia quæ videntur, & tanguntur. At Iurisconsulti formam accipiunt pro specie ipsa & ea rei constitutione naturali quæ videtur extrinsecus, statímque diuersam esse rem dicunt quæ diuersam habet formam extrinsecam licèt ex eadem materia factam *l. si conuenerit 13. § pe. ƒ. de pignor. action.* Atqui non modò si vnus aut alter iudicum sed etsi omnes iudices mutati essent, eadem tamen species & forma iudicij permanet. Ergo idem illud ipsum iudicium est quod antea fuit. Nimirum si proponas iudices omnes non simul mutatos sed per vices, quemadmodum mutationem fieri per vices necesse est in aliis speciebus quas tanquam similes Alfenus affert. Nam legio ex qua multi decesserunt in quorum locum alij subiecti sint eadem quidem esse intelligitur, sed ita demum si non omnes simul decesserint. Finge totam legionem deletam vsque ad internecionem, Alia proculdubio erit legio, quæ ex totidem militibus in occisorum locum substitutis constabit. Sic & populus idem nunc putatur qui ab hinc centum annis fuit, cùm tamen ex illis qui tum viuebãt, nemo hodie ac ne vnus quidem viuat, quia nec simul omnes mortui sunt, nec simul alij in mortuorum locum substituti, sed paullatim & per vices adeóque propemodum imperceptibiliter ea mutatio facta est: Cùm ad populi & vniuersitatis vnitatem retinẽdam sufficiat vel vnum hominem superesse in quem vniuersitas ipsa tota recidat *l. sicut 7. §. vlt. ƒ. quod cuiuscunque vniuers. nomin.* Sicut & in grege si prioribus capitibus decedẽtibus totus grex fuerit renouatus, idem tamen grex esse intelligitur *l. grege 13. in princip. de pignor. l. si grege 22. de leg. 1.* At finge deletam penitus ciuitatem & aratrum passam, quomodo passa olim est Carthago, ita vt nec vnus superfuerit ex vniuerso populo qui tùm erat. Alius populus esse videbitur, & erit, qui subinde idem territorium occupabit: alia ciuitas quæ in eo ipso territorio ex iisipsis etiam si voles tignis, cæmentis & lapidibus ædificabitur *l. si vsusfruct. 21. ƒ. quib. mod. vsusfruct. amitt.* Sic denique si ponas nauim tam sæpe refectam esse vt nulla tabula eadem permaneret quæ non noua fuisset, nihilominùs eandem nauim esse dicimus quia per partes refecta sit, sicut & domum quæ particulatim ita refecta est, vt nihil ex pristina materia superfit *l. si ita legatum 65. §. vlt. de leg. 1.* Atqui si semel tota dissoluta sit, licèt posteà ex iisdẽ tabulis nulla præterea adiecta, restaurata fuerit, alia tamẽ nauis esse existimatur *l. quid tamen 10. §. in nauim ƒ. eod. tit.* Quod tamen ita est accipiendum, Si nauis hac mente resoluta sit, vt in alium vsum tabulę destinarentur, licèt mutato consilio ex iisdem perficiatur. Cæterùm si nauis reficiendæ causa omnes tabulæ

bulæ dissolutæ & refixæ sint, destinatio sola patrisfamilias facit vt ouidum interdum sic nauis videatur, & compositis rursus tabulis eadem nauis esse incipiat *l.inter stip. l. autem 83. §. sacram. vers. & nauu. j. de verb. oblig. d. qui res 98. § aream. vers. nec simili. j. de sol.* Ex ...o nauis exemplo apparet posse fieri vt eadem rei species hodie sit quæ fuit antea, & tamen alia res esse intelligatur, quod videtur pugnare cum ea propositione qua Alfenus totam huius legis disputationem concludit. Sicut & quod scriptum est in *d. §. aream*, Si alienum hominem promiserim, & is à domino manumissus sit, mox idem ille aliqua lege aut ratione seruus effectus sit, aliũ hominem eum esse videri, ob idque non teneri me vt eum præstem quasi promissum quod & in legato obtinet *l. seruus legatus 27. in fi. de adim. legat.* An non enim verum est eandem serui speciem cõsistere quæ erat ante manumissionem, & quæ esset hodie si manumissus numquam fuisset? Cur nõ ergo idem homo est? Sed dicendum est, Rem cuius species eadem consisteret tum demum eãdem esse & manere intelligi, cùm medio tempore nulla mutatio interuenit siue à natura siue à lege, quæ priorẽ rei speciem & formam corrupenit. Nam cùm id factum est, superueniens postmodum ea ipsa forma & species quæ prius fuerat, non facit vt eadem res sit, aut videri debeat, nisi cùm destinatio patrisfamilias facere potest vt mutatio quæ contingit pro non mutatione habeatur quod euenit in naue dissoluta eo consilio & proposito vt ex iisdem tabulis reficeretur, Non potest autem similiter euenire in seruo manumisso, quia nõ potest manumitti eo consilio, at ne quidem eo tam malo omine, vt speretur recasurus in seruitutem *d. §. sacram.* Dixi *fine à natura sine a lege mutatio medio tempore superuenerit*, quia mutatio quæ ex aliquo actu legis est, licèt extrinsecam & visibilem rei faciem & speciem nõ immutet, non minorem tamen effectum habet, vt cernere est in manumissione quæ seruo dat caput, qui antea nullum habebat si legi credas putidsquã naturæ *l. 3. §. vl. & l. 4. sup. de cap. minut. l. si Pamphilo 10. j. de opt. legat.* Mutationes enim quæ per legis potestatem solam fiunt, non possunt esse non inuisibiles, sicut & ipsa lex inuisibilis est, effectus tamẽ earum sunt perceptibiles non solùm legi sed etiã legislatori & magistratui quod in rerum natura, & mutationibus naturalibus diuersum est. Etsi nec mutationes omnes naturales semper visibiles sunt adeóq; nec perceptibiles, Vt cernere est in ea cuius exemplo postremo tanquam subtilissimo Alfenus noster vtitur, cùm ait, quòd si quis putaret partibus commutatis aliam rem statim fieri fore vt ex eius ratione nos ipsi nõ iidem essemus qui ab hinc anno fuissemus, Propterea quod vt Philosophi dicerẽt ex quibus particulis minimis cõstaremus hæ quotidie ex nostro corpore decederent, aliæque extrinsecus in earum locum succederent, Nimirũ non mutat rem hæc partium mutatio, quia neque perceptibilis est neque effectum perceptibilẽ habet. Ergo vt ad legis nostræ hypothesim redeamus, Si prætor pluribus datis iudicibus certũ iudicium constituerit, deinde ex iis quidam aut excusati aut mortui, alij verò subinde in eorum locum suffecti sint, adeóque si omnes iudices hac ratione mutati sint, dicendum est vnum & idem iudicium manere, quod esset si ne vnus quidem mutatus fuisset, at ita demum si paullatim & per vices mutati proponantur: Sed si ponas omnes simul mutatos fuisse, quamuis postea contingat siue ex prætoris siue ex litigantium voluntate vt ij ipsi iudices dentur qui fuerant mutati, aliud tamen iudicium erit, aliáque res, quia verum est pristinam speciem & formam iudicij semel mutatam fuisse: nec esse rem hanc ex earum numero in quibus sola destinatio possit in ipso etiam mutationis instanti vnitatem, & vt loquuntur, identitatem rei retinere. Nec enim vnquam mutantur iudices eo consilio & proposito, vt iidem postea reponantur, quamuis contingere possit vt reponantur, quia nec qui in eorum locũ substituuntur alia mente restituuntur, quàm vt illi ipsi iudicent, non vt & ipsi subinde mutẽtur, quod tamen fieri necesse esset vt de prioribus reponendis cogitari posset *l. Iulian. ait 17. l. iudex datus 46. sup. hoc tit. l. pen. § vlt. j. de vacat. & excus. muner.* Sed cuiusnam quæso, vtilitatis hæc quæstio esse potest, An idem iudicium sit an aliud iudicibus mutatis? An fortè ingenij tantũ exercendi & philosophandi gratia credimus ab Alfeno institutam fuisse hãc tractationem, tótque exempla perquisita vt probaret, mutatione iudicum iudicium non mutari? Imò magnus est effectus huius quæstionis propter stipulationes Iudicatum solui, & Ratam rem haberi quæ pro vno iudicio interpositæ tãdiu saluæ sunt quandiu idem iudicium manet, ac mutato iudicio euanescunt, ita vt neque fideiussores ex ea causa dati teneantur, quia de alio iudicio & consequenter de alia re cautum videtur *l. non ab iudice 64.* vbi dixi *sup. hoc tit. l. 3. in prin. j. iudic. solui.* An igitur perinde admittemus quod ex hac lege Bartolus notat & post Bartolum ceteri, Mutatione iudicis iudiciũ non mutari? Hoc verò falsissimum esse puto, quia non de vno iudice dato concepta est quæstio huius legis, sed de multis iudicibus separatim & singillatim mutatis: qui autem vnus tantùm iudex est is neque paullatim neque per vices mutari potest. Ergo quemadmodum aliud iudicium esset si plures dati iudices omnes simul & semel mutati proponerentur, vt probauimus ex iis ipsis exemplis quæ Alfenus tanquam simul adducit, Ita & aliud iudicium esse fatendum est si mutetur iudex qui vnus tantùm fuit, nullúmque in hac specie distinctioni locum relinqui Quod videtur mihi Vlpian. apertè scribere in *d. l. 3. in princip. j. iudic. solui.* vbi ait, Si quis apud aliquem iudicem acturus stipulatus est Iudicatum solui & subinde agit apud alterum non committi stipulationem, quia non huius iudicis sententiæ fideiussores se subdiderunt. Qui locus ostendit ita solitum fuisse obseruari vt certi iudicis nomen in stipulationibus prætoriis quæ propter iudicium interponebantur, non minùs exprimeretur quàm in formula ipsa prætoris *l. si in iudicio 80. j. hoc titul.* Ideóque nimirum etiam in stipulatione solebat adiici clausula *quive in eius locum substitutus erit*, vt ad Scæuolam notat Claudius in *l. penult. eo. tit. Iudic. solui.* vt etiamsi alius in primi iudicis locum substitutus esset, prior tamen stipulatio teneret, nec aliam interponi necesse esset, siue in eadem prima instantia siue in causa appellationis alius iudex pronunciaret. Tam enim alius iudex est qui in prima instantia substituitur in locũ prioris, quàm qui iudex datur vt cognoscat ex appellatione: quia licèt eadem causa sit quæ semper prima est, quod non similiter dici potest de causa appellationis quæ est secunda, nunquam ta-

Digitized by Google

mè facies vt ſtipulatio qua cautum eſt de eo quod Sempronius iudicaſſet præſtando, vt in *d. l. pen. ad* Mæuium aptari poſſit qui ſubinde ex aliqua cauſa fuerit in Sempronij locum ſubſtitutus. Alius enim homo eſt & conſequenter aut melior aut deterior iudex, cuius ſententiæ non fortaſſis tam facilè fideiuſſores fuerint ſe ſubdituri, qui Iudicatum ſolui pro reo promiſerunt.

77. AFRICANVS libro 3. Quæſtionum.

IN priuatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere poteſt.

Ad l. in priuatis 77.

Ratio dubitandi. Iniquiſſimum eſt aliquem ſuæ rei iudicem fieri *l. Iulianus ait 17. ſup. hoc tit.* niſi aduerſarius conſentiat, vt euenit cùm quis defert aduerſario iuſiurandū litis, vt vocāt, deciſorium *l. 1. ff. quar. rer. act. non dat.* Atqui patris & filiifamilias eadem propemodum cēſetur eſſe perſona, idémque patrimonium propter ius patriæ poteſtatis *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthum. l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſti.* Ergo non magis fieri poteſt vt pater filium, vel vt filius patrem iudicem habeat, quàm vt quis in cauſa ſua propria iudicet vel ius dicat, quod vtique diſtrictè prohibitum eſt *tit. C. ne quis in ſua cauſ. iudic. vel ius dic.*

Ratio decidendi. In iis quæ ad ius publicū pertinent filiusfamilias non ſequitur ius patriæ poteſtatis *l. nam quod 14. ff. ad SC. Trebel.* quia Romani potiorem reipublicæ iuriſque publici quàm patriæ poteſtatis cauſam eſſe voluerunt *l. honor 14. §. plebeij ff. de muner. & honor. l. poſtliminium 19. § filius quoque familias de captiu. & poſtli.* ſcilic. tanquam antiquiorem, quia prius eſt vt quis patriæ ſuæ naſcatur, quā vt parentibus ſuis vel ſibi ipſi *l. 2. §. & generaliter de ventr. in poſſ. mit.* Atqui iudicare munus publicū eſt, vt ex Paulo ſubiicitur in *l. ſeq. l. 2. ff. de regul. iur.* Ergo nō poteſt ius patriæ poteſtatis impedire quominus & pater filium & filius patrem iudicem habere poſſit. Scilicet in priuatis negotiis vt hæc lex ait, hoc eſt in cauſis pecuniariis. Nam in cauſis publicis, & publicorum iudiciorum in quibus non niſi de capite vel exiſtimatione agitur, inhumanum certè fuerit, & ſummę impietati valde proximum, patrem de filio aut filium de patre iudicare. Etſi cùm pietatem patri debitam filiusfamilias aliquo ſcelere violauit permittitur patri, etiam priuato nec magiſtratum vllum gerenti, vt præſcribat magiſtratui, vel alij iudicaturo, quam ſententiam contra filium ferri velit, Eáque ſententiæ forma omnino ſequenda eſt, ſed tanquam à patre lata non tanquam à iudice *l. 3. C. de patr. poteſt.* quod videtur ſupereſſe ex reliquiis antiqui iuris patriæ poteſtatis quod tale tantúmque erat vt haberet pater in liberos impunitam ac liberam vitæ & necis, non tamen adimendæ libertatis poteſtatem *l. vltima eod. titul. dict. l. in ſuis 31. in fin. de liber. & poſthum.* Neque huic legi contrarium eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. qui iuriſdictioni 10. ſup. de iuriſdi.* Eum qui iuriſdictioni præeſt neque ſibi neque ſuis ius dicere debere, id eſt, neque vxori neque liberis ſuis, neque libertis vel cæteris quos ſecum habet. Nam præter id quod longè aliud eſt ius dicere, aliud verò iudicare, liberúmque eſt ius dicentis arbitrium, non vt iudicis certæ formulæ adſtrictum, vt ad eum Vlpiani locum adnotauimus, illud etiam obſeruandum eſt iudicem pedaneum nullum eſſe niſi & qui datus ſit à magiſtratu in eam ſpecialem cauſam, & in quem litigatores ipſi conſenſerint. Nam & plerumque ex ipſorum litigatorum conuentione dabatur, & addicebatur *l. ſi in iudicis 80. ff. hoc titulo.* Itaque ſi quando filius dabatur iudex in cauſa patris vel pater in cauſa filij, nullam ex eo querelæ occaſionem habebat aduerſarius qui in iudicem conſenſerat, Nec quicquam erat cur non poſſet ac deberet datus iudex iudicare in ea cauſa de qua datus fuiſſet. At ius dicentibus & magiſtratibus non ſimiliter datur iuriſdictio in certas ſpecialiter perſonas & cauſas, ſed generaliter vt ius dicat magiſtratibus & omnibus & inter omnes quibus ac inter quos poſſit ac debeat ius dicere. Proinde ſi quis in magiſtratu & iuris dicendi poteſtate conſtitutus velit ſuis liberis vel parentibus ius dicere, poteſt quidem ſummo iure id facere propter eam ipſam rationem quam vſurpamus in iudice, quoniam & ius dicendi munus publicum eſt, ſed non debet ne iuſtam det querelæ occaſionem iis contra quos ius dicere velit: quique in eum nec conſenſerint, nec vnquam fortaſſe conſenſuri ſint. Sibi planè ius dicere nec debet quiſquam, nec poteſt, cùm id nominatim prohibitum ſit *l. vnic. Cod. vt nem. in cauſ. ſua iudic. vel ius dic.* Ex quo intelligimus diſtinctionem Iacobi Cuiacij non poſſe defendi, qui vt Africanum cum Vlpiano conciliet non diſtinguit iuriſdictionem à iudicio nec iudicem à ius dicente, quomodo iam ante nos benè ac ſubtiliter Anton. Goueanus diſtinxerat, ſed iſta confundens admittit patrem in cauſa filij, & filium in cauſa patris poſſe & ius dicere & iudicare, ſed neutrum tamen facere debere. Captans ſcilicet vtriuſque Legis verba in quarum altera Africanus ait poſſe, in altera Vlpianus negat debere. Nam ſi ita eſt, perinde probabo ex Vlpiano poſſe magiſtratum non modò liberis ſuis ſed etiam ſibi ipſi ius dicere, Nempe quia hoc tantùm Vlpianus ſcribit eum qui iuriſdictioni præeſt ſibi ius dicere non debere. Et tamen quis dixerit poſſe eum, tametſi maximè velit? Certè non poteſt niſi valde iniquè, & inhoneſtè. Quod autem niſi contra æquitatem & honeſtatem facere non poſſumus, id nec facere poſſe credimus *l. filius 15. ff. de condic. inſtit.* Iunge *l. ſenatuſconſulto 16. ſupr. de offic. præſid. l. pars literarum 48.* vbi dixi *ſupr. hoc titul.* Rurſus cùm neceſſe ſit patrem quoties in cauſa filij, aut filium quoties in cauſa patris iudex datus eſt, datum eſſe ex conſenſu vtriuſq; litigatoris, vt diximus, quid vetat quominùs ęquè debeat ac poteſt iudicare? Et hæc ſanè diuerſitatis ratio mihi magis placet, quàm quæ à ſubtiliſſimo & doctiſſimo Goueano ſumpta eſt ex vi & poteſtate formulæ cui addictus eſt iudex pedaneus non etiam ius dicens. Etſi enim verum eſt iudicem pedaneum addictum & obſtrictum eſſe formulæ, Negari tamen non poteſt quin tota facti quæſtio

quæstio quæ ad priorem illam formulæ partem conditionaliter conceptam pertinet *si paret, &c.* posita sit in arbitrio iudicantis *l.a. & 1. versic. quorum alterum ff. ad SC. Turp. l. oratione 15. ff. ad municip.* præcipuámque gratiæ & ambitionis materiam tribuat *l.eum quem 79. §.1. ff. hoc tit.* vt proinde periculosissimum sit patrem in causa filij iudicem dari aut filium in causa patris, nec id vnquam ferendum nisi quatenus aduersarius consentit. Hoc enim duntaxat sibi vult Africanus, Nihil repugnare ex parte personæ quominus & pater in causa filij & filius in causa patris iudex esse possit cùm aduersarius consentiat neque vel naturam rei vel rationem iuris esse impedimento vt est ne inter patrem & filium possit iudicium consistere *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. aut obligatio. l. Imperator 5. ad SC. Trebell.* Sanè quod nonnulli hac in re distinguunt inter contentiosam iurisdictionem & non contentiosam nihil minùs quàm probabile est. Nec enim iudices pedanei dantur in priuatis negotiis ad aliam quàm ad contentiosam iurisdictionem pertinentibus.

78. PAVLVS libro 16. ad Plautium.

QVippe iudicare munus publicum est.

Ad l. quippe 78.

Ratio dubitandi. Iudex pedaneus nō solùm priuatus est, sed etiam iudicandi potestatem ab alio æquè priuato habere potest, puta ab eo qui cùm ipse magistratus non sit, mandatam duntaxat à magistratu iurisdictionem exerceat *l. cùm prætor 12. §. is quoque l. iudicium soluitur 58.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Ergo iudicandi munus publicum dici non potest. Nec enim iudex datus habet vllam iurisdictionem sed tantùm iudicationē vt sæpius diximus ex *l. vlt. C. vbi & apud quem cognit. in integr. restit. agit. l. at prætor 5. in princ. ff. de re iud.* Ratio decidendi. Eum qui suo & proprio iure alium iudicare iubet magistratū esse oportet, Adeò vt nec magistratus possit iubere iudicare eo die quo priuatus futurus est *l. eum qui 13. in pr. & §.1. supr. de iurisd. l. venditor 49. §.1.* vbi dixi *supr. hoc tit.* Neque quod is qui mandatam à magistratu iurisdictionem habet iudicem quoque dare potest ad rem facit, cùm det ille iudicem non suo iure & ex propria persona, sed ex iure & persona magistratus cuius iurisdictionem exercet, vt dixi ad *d. l. eum qui,* & ad *d. §. is quoque.* Atqui ius publicum partim consistit in magistratibus *l. 1. §.1. ius publicum sup. de iust. et iur.* Ergo iudicandi munus quod non nisi à magistratu accipitur publicum est *l. 2. de regul. iur.*

79. VLPIANVS libro 5. de Officio Proconsulis.

EVm quem temerè aduersarium suum in iudicium vocasse constitit, viatica litísque sumptus aduersario suo reddere oportebit.

Ad l. eum quem temerè 79.

Ratio dubitandi. Datus iudex nihil pronunciare potest nisi eo præscripto formulę vt toties dixi. Atqui nihil solebat olim exprimi in formula prætoris de condemnatione sumptuum litis, victo irroganda. Ergo nec eum quem constet vocasse temerè aduersarium suum in ius, condemnare iudex potest vt viatica litísque sumptus aduersario suo reddat. Ratio decidendi. Non tantùm formulam prætoris ante oculos habere dēbet iudex, sed etiā leges & Principum constitutiones, ne quid aut cōmittendo aut omittendo in eas offendat *l. nō quicquid 40. §.1.* vbi dixi *supr hoc tit.* Atqui ex legibus & ex ratione iuris est vt temerè litigantium, siue malitiam siue stultitiam aliqua pœna coerceri oporteat. Id enim magnæ curæ semper fuit ciuili legislatori vt præfatur Iustin. initio *tit. Inst. de pæ. temer. litig. l. 2. C. de iureiur. propt. calum. dand.* Nulla porrò dignior & conuenientior atque mitior pœna esse potest, quàm vt qui temerè litigauit, id est nullo iure nullóque satis probabili iuris colore, is in omnes litis improbæ expensas condemnetur *l. 3. & 4. C. de fructibus & lit. expens.* vt in quo peccauit in eo ipso puniatur, argum. *l. rescriptum 6. ff. de his quæ vt indign. l. Paulus 24. aliàs l. falcidia. ff. ad legem falcidiam.* Præsertim verò actor qui debet sibi imputare cur egerit temerè cùm agere non cogeretur *l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat. l. 5. §. fi. de doli mal. except. l. petendæ 6. C. de tempo. in integ. rest.* Quanquam nec melior rei conditio est si maluerit improbam litē suscipere & in ea perseuerare quàm cedere & satisfacere. Nec enim litigare cogebatur si soluere maluisset *l. si debitori 21.* vbi dixi *supr. hoc tit. l. ex iudicatum solui 6. ff. iudic. solui l. si reus 72. supr. de procur.* Vna igitur ratio illa potest aut actorem aut reum à condemnatione sumptuum litis excusare, si iustam aliquam aut saltem probabilem habuit litigandi causam *l. qui non solidum 78. §. etiā ff. de leg. 2.* Iusta verò aut probabilis litigandi causa fuisse vulgo creditur si quæstio iuris in iudicium deducta dubia fuerit ex interpretum dissentione. Quod ego tamen probabile nunquam putaui: cū vix hodie quicquam sit in iure nostro tam certum & exploratum, in quo Doctores omnes consentiant, & quod iuris dubij & controuersi esse non videatur. Atqui ius omne nostrum certum est non minùs quàm finitum *l. 2. ff. de iur. & fact. ignor.* Dubia igitur causa illa tantùm dici potest, non quæ ex iure pendeat, sed quæ ex facto, quia facti quæstio plerunque obscura & ambigua est, ideóque etiam prudentissimos fallit *d. l. 2.* positáque est in arbitrio & religione iudicantis *l. oratione 15. ad municip. l. 2. §. 1. vers. quorum alterum ad Turpil.* Et eo sensu dubię causæ dicuntur in *l. admonendi 31. ff. de iur. iur.* Extra hunc casum tam generale, perpetuum, æquúmque est victum victori in omnes litis expensas cōdemnari non obligationis alicuius iure, aut ex potestate formulæ sed ex mero officio iudicis, vt Iustinianus constituerit in *l. properandum 13. §. siue autem alteruter C. hoc tit.* standū esse iuramento victoris super pecuniarum quas in litem ex more impēdit, quantitate, & præterea quod magis est, Iudicē ipsum qui huiusmodi expensarum condemnationem prætermiserit, ipsum de suo proprio huiusmodi pœnæ subiacēre, & expensas victori reddere oportere, quasi in eo fecerit litem suam quia con-

Digitized by Google

tra leges iudicauit *d. l. non quicquid* §. 1. vbi dixi *sup.* At quid si al qua parte litis tantùm iustam causam litigandi habuerit is qui tamen victus tandem fuit, An totius litis expensas debebit, an pro ea tantùm litis parte in qua improbus litigator fuerit? Finge quæsitum fuisse de facto alieno cuius probabilem ignorantiam reus ab initio habere potuerit *l. vlt. ff. pro suo l. qui in alterius 42. l. non potest. 99. de reg. iur.* Posteà verò allatis probationibus apertisque testationibus facti veritatem innotuisse, nec eo minus tamen reum in lite perseuerasse. Plerique putant compensationem expensarum ad aperturam vsque testationum fieri debere, exinde verò reum ad sumptus litis condemnari oportere. Mihi contra semper visum est, Nullo scilicet fauore dignum eum esse qui in lite improba perseuerauit, quantumuis probabilem ab initio habuerit litigandi causam. arg. *l. destitisse* 10. vbi dixi *supr.* quia nunc saltem incipit esse in dolo, arg. *l. 2. §. circa ff. de doli mal. except.* docetque ex postfacto æquè ab initio se litigatorum fuisse tametsi veritatem facti perspectam habuisset. Denique semper mora posterior nocere debet *l. qui decem 72. in princip. & §. 1 de solut.* Planè si pendente lite quod plerumque accidit ius nouum aut actori aut reo superuenerit, propter quod vincere debeat vincátque is qui inspecto priore statu litis vinci debuisset, potest ea res iustam præbere materiam compensationis expensarum, vt ignoscatur actori qui nec temerè nec improbè accessit ad litigandum, Nisi ei quoque posteriorem suam moram nocere volumus, & ipsi imputare cur non destiterit à lite ex quo improbam factam esse vidit. In quam sententiam proclinior sanè sum, ne litigatorum temeritati vnquam ignoscatur, vt eo saltem metu à tot litibus inchoandis & prosequendis improbi litigatores deterreantur: quibus etiam si mihi credere iudices vellent, mulcta pecuniaria eáque grauissima dicceretur, quoties nullo iure quem litigasse & aduersarium suum tot ambagibus sumptibusque vexasse, ex euentu litis appareret.

1 ¶ Iudicibus de iure dubitantibus præsides respondere solent: de facto consulentibus non debent præsides consilium impertire, verum iubere eos, prout religio suggerit, sententiam proferre, hæc enim res nonnunquam infamat, & materiam gratiæ, vel ambitionis tribuit.

Ad §. 1. iudicibus.

Ratio dubitandi. Ius semper certum est, factum verò plerumque incertum, ita vt facti interpretatio etiam prudentissimos fallat *lege 2. ff. de iur. & facti ignor.* Ergo mira oratio est vt iudicibus de iure dubitantibus præsides qui eos dederunt respondere non debeant, quasi stultis, cùm stulti dicantur qui in iure errant, *l. regula 9. §. pen. eodem tit.* quàm vt de facto consulentibus non debeant consilium impertire: cùm vbi magis præceps errandi occasio est ibi tanquam in maiore periculo sit magis subueniendum.

Ratio decidendi. Iuris certitudo facit vt responsum præsidis ad iudicem non possit aliqua vel gratiæ vel ambitionis suspicione laborare. Nullus enim gratiæ, nullus ambitioni locus relinquitur in ea re expedienda quæ aliter se habere non possit. At facti incertitudo è contrario facit vt si de facto consulentibus iudicibus præsides responderent, facilè materiam calumniæ & infamiæ ea res daret, vt per gratiam vel ambitionem aliquid fecisse præsides viderentur in ea re quæ aliter atque aliter habere se posset. Id verò ne eueniat cauere summopere Præsides, omnésque magistratus debent, quippe quos non tantùm crimine, sed etiam criminis suspicione vacare oporteat, vt dixi ad *l. pars literarum 48. supr. hoc titul.* Melius igitur faciunt præsides si de facto consulentibus iudicibus nihil aliud respondeant nisi vt eos iubeant prout religio suggerit, sententiam proferre, in eámque rem vsurpent verba illa Imperatoris relata in *l. 3. §. 1 de testib. Tu magis scire potes iunct. l. quæsitum 3. eod titul.* Apparet autem vel maximè ex hoc loco, quàm semper certum sit ius nostrum, numquam incertum, numquam arbitrarium. Nam si quando incertum aut quod effectu idem est, arbitrarium esset eo saltem casu dicendum esset non magis iudicibus de iure dubitantibus quàm de facto consulentibus rescribere Præsides oportere. Illa etiam ratio suadere videbatur, ne iudicibus etiam de iure solo dubitantibus deberent Præsides respondere, quod à iudice quem Præses dedit non alius quàm præses ipse appellari potest *leg. 1. & vltim. ff. qui à quo appell.* Quomodo autem poterit præses in causa appellationis pronunciare malè fuisse iudicatum à primo iudice, qui iudicauerit ex ipsius Præsidis opinione? Sed respondendum est, Tùm quoque cùm præses qui iudicem dederat appellatur, non idcirco tamen cognoscere illum & pronunciare de appellatione, sed alium ab eo iudicem dari qui in causa appellationis & cognoscat ipse & pronunciet *leg. penultim. eod. tit. iudic. solu.* Tam enim erat iniquissimum maiestate magistratuum populi Romani vt ipsi per se de facto cognoscerent & pronunciarent in causis appellationis, quàm vt in prima instantia. Sed & dici potest absurdum non esse vt quis iudex sit in ea lite in qua iam emiserit votum, dummodò quantum ad id tantùm quod ad iuris rationem solam pertineat. Nam nec votum, nec deliberatio est de iure certo ac explorato, sed de iis tantùm in quibus mixta est quæstio facti, & ad factum accommodari ius debet, in quo vno maximè iudicantis officium, iudicium, ac prudentia versatur. Itaque etiamsi dixero filium exheredari posse ob id quod patri suo violentas manus intulerit, quod vtique iuris certi est, non eo minùs iudex esse potero in tua causa etiamsi eius status non alius sit quàm hic, Vtrum iustè fueris exheredatus à patre tuo, cui violentas manus diceris intulisse. Superest enim illa non ex iure sed ex iurisdictione pendens quæstio, An violentas manus intuleris patri; De quo nec dum emisi votum, nec emittere potui antè inspectas facti probationes. Denique sunt ista non modò diuersa sed etiam propemodum pugnantia, Esse quid iuris, & Esse iurisdictionis *l. inter tutores 46. ff. de admin. tutor. l. filia 28 versic. Claudius ff. de solut.* Nihil nocet emisisse

misisse votum de eo quod iuris est, dum ne emiseris de eo etiam quod sit iurisdictionis. Aut vt eandem sententiam aliter eloquar, Nihil nocet emisisse votum de iure legum & constitutionum, dum ne sit emissum de iure litigatoris, arg. *l. 2. §. item si contra. ff. quæ sent. sin. appell. rescind.*

80. POMPONIVS libro 2. ad Sabinum.

SI in iudicis nomine, prænomine erratum est: Seruius respondit, si ex conuentione litigatorum is iudex addictus esset, eum esse iudicem, de quo litigatores sensissent.

Ad l. si in iudicis 80.

Ratio dubitandi. Error neque consensum habet, neque voluntatem qui potius imperitiam detegit *l. si per errorem 15. supr. de iurisd. l. 2. supr. hoc tit. l. in omnibus negotiis 57. ff. de obli. & act. l. nihil consensui 116. §. vlt. de regul. iur.* Atqui an in aliqua re vel persona erratum sit non aliter aut melius sciri potest quàm ex ipsius nomine. Ad quid enim nomina comparata sunt, nisi vt rem vnamquamque designent, & aliam ab alia distinguant? *l. Labeo 7. §. vlt. de supell. legat. l. si idem 7. C. de codicill.* Ergo si in iudicis dati nomine ac prænomine erratum sit iudicis datio valere non potest, tanquam quæ nec prætoris voluntatem, nec litigatorum consensum habeat. Proinde neque is iudex erit qui nominatus fuit, quoniam non de ipso sed de alio dando, & actum & cogitatum est, neque alius ille de quo dando & actum & cogitatum fuisse ponimus, quia datus & in formula nominatus nô fuit nec scriptus, exemplo eius quod in heredis institutione scriptum est in *l. quoties 9. in princ. de hered. instit.* Iudicia enim sicut vim accipiunt ex formula, ita & formula ex scripto. Ratio decidendi. Multum interest an iudicem prætor dederit ex conuentione litigatorum, id est eum ipsum quem vterque litigatorum elegerit, An verò ex sua autoritate cùm litigatores quod plerumque euenit in personam certi iudicis consentire non possent. Priore casu error prætoris dictantis formulam, eámque sub alio nomine ac prænomine concipientis non vitiat dationem, quæ ex litigatorum conuentione quam prætor subsecutus est vires capit. Itaque sufficit hoc casu vt constet de corpore, id est de persona ipsa de qua litigatores senserunt, & in quam consenserunt. Nam si erratum quoque esset in corpore alud esset *l. 4. de leg. 1.* Posteriore verò casu sanè error prætoris noceret, quia non posset videri à prætore datus iudex qui ab eo scriptus non fuisset, tametsi eum scribere prætor voluisset arg. *d. l. quoties.* Noua igitur formula opus erit, per quam error prioris corrigatur. Non enim possis hîc dicere in prætoriis formulis & stipulationibus mentem prætoris spectari potissimum, ex eáque interpretationem fieri oportere *l. in conuentionalibus 53. de verb. obligat. l. in prætoriis 9. de prætor. stipul.* Non enim de formula interpretanda quæritur sed de emendanda quoties in nomine vel prænomine iudicis vel etiam vtroque erratum fuit. Idque obtinet generaliter in iis omnibus quæ ex scriptura æstimantur síntque vim & substantiam ex ea capiût, vt non sufficiat constare de mente & intentione scribentis si mente & intentioni scriptura non congruat *l. iubemus 29. C. de testam. & d. l. quoties*, quæ loquuntur de testamento in scriptis non de nuncupatiuo quamuis scripto. Diuersum est in iis quæ non tam à scriptura quàm à voluntate pendent, licèt ea voluntas ad futuram rei memoriam in scripturam redigatur, vt in *l. vnum ex familia 67. §. si omissa. de leg. 2. l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* In illis enim error scripturæ nûquam nocet dummodò constet de volûtate *l. errore 7. C. de testam. l. ambiguitates 24. cod. l. illicitas 6. §. veritas. sup. de off. præsid.* Rectè igitur ac subtiliter Seruius distinguendo respondit, Si in iudicis nomine aut prænomine erratum sit, aut etiam in vtroque, nihil enim refert, valere nihilominus dationem & eum esse iudicem de quo litigatores sensissent, ita demum si ex conuentione litigatorum is iudex addictus esset: Cuius distinctionis tota vis in eo est vt inspiciamus, An litigatores subsecuti sint voluntatem prætoris, An verò prætor voluntatem litigatorum. Neque enim possis hîc dicere ex arbitrio actoris constituendum esse in dubio quis iudex sit vt dici solet cùm dubitatur Sticho petito de quo litigatores senserint *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl. l. solemus 61. sup. h. t.* Est enim pessimi exempli, ex voluntate actoris aut alterutrius litigantium iudicem sumi *l. obseruandum 47. sup. eod.*

81. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

QVi neque iurisdictioni præest: neque à principe potestate aliqua præditus est: neque ab eo, qui ius dandorum iudicum habet, datus est: nec ex compromisso sumptus, vel ex aliqua lege confirmatus est*, iudex esse non potuit.

Ad l. qui neque 81.

Ratio dubitandi. Etiam qui à magistratu iudex datus est remanet priuatus, cùm neque magistratus ideò fiat neque vllam acquirat sibi iurisdictionem, vt dixi ad *l. quippe 78. sup. hoc tit.* Quid ergo vetat quominùs etiam priuatus iudex esse possit? Præsertim verò inter consentientes, Maximè si addas conuenire inter litigatores quid ille iudicandum habeat. Quid enim coolensus litigatorum erit ei pro formula, Cùm etiamsi per formulam prætoris datus esset, non aliud tamen eum iudicare oporteret, quàm quod inter litigatores conuenisset, *l. si conuenerit 26. ff. de re iudic.* Ratio decidendi. Iudicare munus publicum est, *d. l. quippe & l. 2. de reg. iur.* quia proficiscitur à publica potestate, id est à magistratu qui potestatem publicam habet *l. eum qui 13. sup. de iurisd.* iûct. *l. 1. §. ius publicum. de iust. & iur.* Nemo igitur priuatus eá sibi potestatem adrogare debet nec si litigatores millies consentiant, quia priuatorum consensu non potest iudicem facere illum qui neque iurisdictioni præest, neque à Principe aliqua potestate præditus est, neque datus ab aliquo ex iis quos dandi iudicis ius habere diximus in *l. eum prætor 12. §. 1. sup. hoc tit.* neque ex compromisso sumptus, vel aliqua etiam lege confirmatus est *l. 3. C. de iurisdict.*

Cui consequēs est vt quod hic tanquam iudex statuet, rei iudicatæ autoritatem obtinere nūquam possit *l. si vt proponis 6. C. de exec. rei iudic.* vnde exēplum non incongruum etiam ad hanc legem sumi potest. Iunge quæ dixi ad *l. 1. & 2. §. hoc tit.*

a *Vel ex aliqua lege confirmatus est.* Suspicor facilè addita fuisse à Triboniano hęc verba propter multos nouos iudices, quos posteriorum Imperatorum ac Iustiniani potissimum constitutiones induxerunt. Nam in toto Pandectarum iure difficile esset vel vnum exemplum habere eius iudicis qui ex aliqua speciali lege confirmatus sit. Addimus enim *speciali* vt Triboniani morem manúmque meliùs exprimamus.

82. VLPIANVS libro 1. de Officio Consulis.

NOnnunquam solent magistratus populi Romani viatorem nominatim vice arbitri dare. quod rarò, & non nisi re vrgente faciendum est.

Ad l. nonnunquam vlt.

Ratio dubitandi. Arbiter ad aliquid faciendum à magistratu constitutus vice iudicis est, in eóque plus iuris habet quàm arbiter compromissarius, & ideò appellari etiam ab eo tāquam à iudice potest *l. arbitro 9. & seq. sup. qui satisd. cogant.* Atqui viator, id est apparitor magistratus, aut nuncius cuius est renunciare magistratui quæ ex eius mandato perquisita comperit, vt in *l. 5. § ne tamen. j. de reb. eo. qui sub tut. sunt.* vilius officium aut potiùs ministerium exercet quàm vt mandandum ei sit munus iudicandi quod publicum est, vt dixi ad legem præcedentem. Non ergo debent magistratus populi Romani viatorem dare vel iudicem vel arbitrum, ne vilitate personæ cui munus committitur, ipsius quoque muneris dignitas vilescat, néve talis iudicis vel arbitri imperitia damnum aliquod litigatoribus irroget maiorémque vt sæpe fit litis materiam excitet, quam melioris iudicis vel arbitri prudentia cohibuisset.

Ratio decidendi. Nonnunquam accidit vt magistratus non habeat obuium quem aut arbitrum aut vice arbitri dare possit, & tamen res vrgeat nec facilè longiorem moram & dilationem patiatur: Quod cùm euenit, melius certè ac tolerabilius est etiam viatorem nominatim non quidem arbitrum ac multò minùs iudicem, sed tamen vice arbitri dare, quàm vrgenti rei, & occasioni penitus deesse. Quoties enim nihil sine captione aut incommodo aliquo inuestigari potest, id semper eligendum est quod minùs habeat incommodi *l. quoties 200. de reg. iur.* ideóque in iis quæ moram & dilationem non recipiunt, facile est vt aliquid de sollennibus remittatur *l. 1. §. vlt. & l. 2. sup. de fer. l. Diuus 5. j. de hered. petit. l. vlt. j. de appellat. recip. vel non. l. si quis filio 6. § quid tamen. j. de iniust. rupt.* Extra hāc causam non solent magistratus ne quidem vice arbitri viatorem dare, sed tantùm executorem. Id enim viatoribus maximè cōuenit vt magistratuum iussa exequantur, & quæ facienda iis committuntur facta referant & renuncient, vt in *d. § ne tamen,* neque iudicis aut arbitri partes vnquam sibi arrogent, quas nec alius quisquam executor sibi arrogare vnquam potest aut debet *l. si vt proponis 6. C. de execut. rei iudic.* Id enim esset executoris officium excedere mandatique fines prætergredi *l. ab executione 5. C. quor. appell. non recip.* Denique id etiam obseruandum est, ne vnquam nisi re valde vrgente viatoribus istis committatur executio quę aliquam possit admixtam habere, vel minimam causæ cognitionem: Neri enim executores esse possunt: ac cognitores & disceptatores negotij in tanta, quanta præsertim hodie est istius hominum generis imperitia, sine magno litigatorum periculo esse non possunt. Sed quid hæc lex pertinet ad hunc titulum quem toties diximus non nisi ad iudices datos pertinere? Nempe quia arbitri à magistratibus dati proximè accedunt ad iudices, Ad arbitros verò illi qui vice arbitrorum dantur. Nam & omnibus commune illud est vt si quid constituerit quod iniquum videatur, ab iis appellari oporteat, & quidem ad eum qui dedit *dict. l. arbitro, & seq. sup. qui satisdar. cogant. l. 1. & vlt. quis a quo appellet.*

DE INOFFIC. TESTAM.

TITVLVS II.

1. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

SCIENDVM est, frequentes esse inofficiosi querelas, omnibus enim tam parentibus quàm liberis a de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprij, qui sunt vltra fratrem, meliùs facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

Ad l. sciendum est 1.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi testamenti est odiosa, quia rescindit iudicium, & testamentum ciuis Romani tanquam hominis insani, dementis, & furiosi *l. 2. l. 5. in fin. l. Titia 13. §. vlt. j. hoc tit. l. nec fideicommissa 36. de leg. 3.* Ergo non debuit tam frequenter & passim permitti vt de inofficioso testamento agi posset.

Ratio decidendi. Publicè interest non violari à quoquam officia pietatis, quippe quæ sunt ex iure naturali, nec violari possunt quin natura ipsa, iusque gentium violetur *l. 1. § vlt. l. 2. & 3. sup. de iusti. & iur.*

& iur. Et *& tot. tit.* ℨ. *de obseq. parent. & patron. præst.* Est enim pietas quædã publica *d. l. 1. §. si filius*, quæ haud dubiè offenditur, cùm priuata violatur. Atqui querela inofficiosi testamenti hoc vnum intendit, Eum cuius testamentum inofficiosum dicitur testatum fuisse contra officium pietatis *l. prox.* ℨ. Permittenda igitur fuit omnibus querela inofficiosi testamenti, tanquam accusatio quædam publica, vt eo veluti metu proposito deterrerentur testatores ne testandi potestate sibi per legem data ad impietatem vsque abuterentur. Ideóque dicitur passim querela hæc non tãtùm actio, sed etiam accusatio *l. quemadmodum 7. l. filius 22. l. si instituta 27. l. si suspecta 29. §. quamuis. l. penul. vlt. in princ. & §. 1. & pass. hoc tit.* proximéque accedit ad actionem iniuriarum *l. 1. §. sed puta.* ℨ. *si quid in fraud. patr.* quia iniuriam nec leuem, sed omnium grauissimam facit qui violat pietatem *l. 4. l. Papinianus 8. d. l. filius 22. h. t.* Mirum igitur non est omnibus licere de inofficioso disputare, etiam iis qui ad intestati successionem non admittuntur *l. posthumus 6. §. si quis ex his personis.* ℨ. *eod.*

a *Omnibus tamen tam parentibus, quam liberis.* Rationem Vlpianus reddere voluit eius quod præstatus erat frequentes hodie esse querelas inofficiosi testamenti. Ratio autem nec melior, nec verior reddi potuit, quàm quia licet omnibus de inofficioso disputare, & accusationem quæ veluti publica est proponere. Ergo quod hîc adiicitur *tam parentibus quam liberis*, aut compositorum, aut alicuius imperiti interpretis commentum est, ignorantis forrasse aut absurdum existimantis, quod dicimus publicam esse & cuilibet permissam esse hanc accusationem. Nam si quod Vlpianus generaliter scripserat *omnibus* restringas ad parentes & liberos; probabis potiùs non esse frequentes querelas inofficiosi, quàm quod Vlpianus probare voluit, frequentes esse. Sed & facies falsam sententiam quæ generalior vera esset. Nam inofficiosi querelam omnibus competere verum est. At omnibus parentibus & liberis competere verum non est. Nec enim competit suis heredibus siue institutis, siue præteritis, sed tantùm exheredatis. Emãcipatis verò competit non solùm exheredatis, sed etiam præteritis, vt & parentibus, quia eorum præteritio habetur pro exheredatione *§. emancipatos & §. vlt. Inst. de exhered. liber.* at non etiam institutis, nisi fuissent olim ex minore quàm ex legitima portione instituti, *l. Papinianus 8. §. quoniam autem, & l. si non mortis 25.* vbi dicam ℨ *hoc titul.* Ergo non omnibus parentibus & liberis licet de inofficioso disputare. Longéque aliud est ita loqui vt dicas parentibus tantùm & liberis permissam esse querelam quod siue Tribon. siue imperitus ille interpres vtique sensit. Aliud verò vt ita dicas, Omnibus parentibus & liberis permissam esse. Prior propositio vera est, Posterior falsa. Prior apta est ad probandum frequentes non esse inofficiosi querelas, quoniam ex propositione restricta & limitata, non nisi restricta quoq; & limitata conclusio sequi potest. Posterior verò etiãsi vera esset, nihil tamẽ amplius probaret quàm prior. Sed & manca est nõ minùs quàm falsa illa propositio si sic intelligatur, vt & omnibus & solis parentibus ac liberis permissum sit agere de inofficioso. Nam & fratribus competit querela siue consanguineis tantùm siue ex vtroque parente coniunctis si modò instituta sit turpis persona, vel quæ laboret aliqua etiam leui maculæ nota *l. fratres 27. C. h. tit.* vbi Constantinus primum hoc ius fratribus vterinis denegauit quod antea sanè habebant *l. fratres 21. eod. tit.* Debuerat ergo ita scribi *tam parentibus & liberis quam fratribus*, præsertim cùm id ageret Vlpianus vt rationem redderet cur huiusmodi querelæ frequentes essent. Sed & liberorum mentio præcedere debuit, quorum scilicet causa potior est in iure proponendæ querelæ quàm parentum *l. pater filium 14.* ℨ. *hoc titul.* quia parentum successiones debentur liberis tanquam ad propria bona venientibus iure naturæ & ex communi parentum ipsorum voto *l. in suis 11. de lib. & posth. l. 1. §. largius de success. edict.* liberorũ verò successiones parentibus sola ratione miserationis *l. nam et si 15. in princip.* ℨ. *hoc tit. l. scripto 7. §. vlt.* ℨ. *vnde liber.* Neque hunc ordinem peruertisset Vlpianus si de liberis & parentibus aliquid exprimere voluisset. Quod verò sequitur *Cognati enim proprij, qui sunt vltra fratrem melius facerent si se sumptibus inanibus non vexarent cum obtinere spem non haberent* manifestiùs probat quod volumus. Adiecta scilicet fuisse superiora illa *tam parentibus quam liberis* ab alio quàm ab Vlpiano. Nam cùm Vlpianus rationem vellet reddere cur frequentes essent querelæ voluit interpres è contrario rationẽ afferre cur subiecerit restrictionem illam *tam parentibus quam liberis.* Nimirum, inquit, quoniam cognati proprij qui sunt vltra fratrem melius facerent si non quererentur. Atqui aliud est dicere, non posse illos queri tametsi maximè velint, quod necessariò dicendum esset, si solis parentibus & liberis querela competeret. Aliud verò dicere, meliùs facturos eos si non conquererentur. Qui enim sic loquitur, ostendit conqueri istos & posse & solere non minùs quàm parentes & liberos licèt minore fructu, minuéve sano consilio. Quid ergo attinebat illa addere *tam parentibus quam liberis*, cùm de eo tractaretur an non frequentes esse deberent querelæ inofficiosi, sed an frequentes essent, An forte aliquid minùs frequenter fit ob id solùm quod stultè etiam fiat? Nec rursus video cur de cognatis locutus hîc fuisset Vlpianus ac non potiùs de agnatis, præsertim cùm adiecerit *qui sunt vltra fratrem.* Fratres enim ipsi, si non vterini tantùm sint, agnati sunt non cognati, & consequenter agnati quoque omnes qui per fratrem consanguineum iunguntur. Etsi autem cognatorum nomen generale est quo etiam agnati continentur, nemo tamen vnquam cognatos dixit qui agnatos solos significare voluerit: Cognatos verò, qui agnati non sunt, non illa tantùm ratio excludi à spe vllius commodi per querelam obtinendi, quæ agnatos ipsos remouet, quòd sint remotiores in gradu quàm vt iis legitima vlla debeatur, sed alia etiam, quòd nullo iure vocentur ad successionem nisi ex mera prætoris indulgentia *l. 1.* ℨ. *vnd. cogna.* querela autem inofficiosi testamenti sit tota ex iure ciuili, siue eam lex Glicia induxerit vt parum probabiliter putat Cuiacius sumpta coniectura satis leui ex inscriptione *l. 4. hoc tit.* Siue quod magis credo, prudentum interpretatio ad legem 12. tabularum, quæ interpretatio etiam induxit vt sui heredes deberent nominatim vel institui vel exheredari, alioqui testamentum ipso iure nullum esset. Nam & inde fit vt nec liberi emancipati quia iure tantùm prætorio sunt cogniti pos-

sint admitti ad querelam nisi prius impetrata bonorum possessione litis ordinandæ gratia, de qua in *dict. l. quemadmodum 7. & l. seq. §. 1. ȷ.* Ergo de agnatis tantùm debuerat Vlpianus loqui non de cognatis, de quibus longè minor aut potiùs nulla erat ratio dubitandi. De agnatis verò ita scribendum erat *agnati tamen qui sunt vltra fratrem* non quomodo scriptum est de cognatis *agnati enim.* Restrictio enim ista est non ratio clausulæ præcedentis quæ iam concepta fuerat per modum rationis iis verbis *Omnibus enim.* Sed & quod scriptum video *cognati propriè* pro cognatis primis & proximis, nescio an alibi vspiam ita scriptum sit, nec an Latinè scribi possit. Illud planè scio phrasim græcã non esse latinã illam *Cum obtinere spem non haberent,* Scribendũ enim latinè fuit *cum obtinendi spem non habeant.* Quæ tamẽ ratio mala est duplici de causa, Primùm quia imò fieri potest vt etiam cognati obtineant saltem casu, quomodo interdum etiam illi obtinent qui tamen nullomodo ad successionem admittuntur, quia nemo eos repellit si velint agere vt scriptum est in *d. l. posthumus 6. §. si quis ingra.* Deinde quoniam etiamsi cognati qui sunt vltra fratrem possent agere & semper obtinere, non tamen prodesset iis victoria, sed cæteris qui iure ciuili proximiores essent ad succedendum ab intestato *dict. § si quis.* Non ergo illa ratio in cognatis afferri debuit, quod spem obtinendi non haberent, sed illa potiùs aut saltem tanquam subsidiaria & fortior, quòd etiamsi maximè obtinerent iis tamen victoria non prodesset, sed aliis proximioribus ab intestato successuris. Si enim stultè facit qui se vexat inanibus sumptibus in ea lite cuius victoriam sperare vix possit, adhuc tamen stultiùs facit qui eam litem exercet in qua etiamsi obtineret, nullum tamen ex victoria fructum sperare posset. Nam nec iure prætorio admittuntur cognati nisi post agnatos *d. l. 1. vnd. cogna. § placebat. Inst. de leg. ti. agna. success.* Quanquam hoc hodie immutatum est à Iustiniano qui veteres istas agnatorum & cognatorum differentias in successione intestati sublatas voluit Nouel. 118. *de heredibus ab intest. venien.* His igitur tot rationibus motus cogor dicere legem hanc siue à Triboniano aliisque compositoribus, siue ab interprete aliquo corruptam fuisse, & ex Vlpiano legendam ita esse, *Sciendum est, frequentes esse [illegible] querelas. Omnibus enim de inofficioso licet dicere* [illegible]. Hodie non idem dici potest, non quia sit in totum, sublata querela vt malè quidam putant sed quia ius eius valde sit immutatum & conturbatum ex Iustiniani constitutionib. præsertim ex *l. omnimodo 30. C. [illegible] Nou. [illegible] cum de app. ll. cognosc. [illegible] capitulum* Ita vt vix hodie aliò casu possit locus esse querelæ quàm quo testator filium vel parentem vel fratrem exheredauerit adiecta quidem causa [illegible] iusta sed de cuius veritate disputari oporteat. Non enim aliter id quàm per querelam fieri potest, vt probaui pluribus in Erroib. prag. [illegible] vbi vide. Iunge quæ dicam ad *d. l. 6. § si quis ex his iust.*

2. MARCIANVS libro 4. Institutionum.

HOc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt vt testamentum ordinarent, & hoc dicitur, non quasi verè furiosus, vel demens testatus sit: sed rectè quidem fecit testamentum [a], sed non ex officio pietatis. nam si verè furiosus esset, vel demens, nullum est testamentum.

Ad l hoc color. 2.

Ratio dubitandi. Qui agit querela inofficiosi testamenti is fatetur vtique testamentum ipso iure valere, adeò vt nec sufficiat valere, nisi etiam illud concurrat vt ex eo iam adita sit hereditas priùs quàm querela proponi possit, quam scilicet certum est nec nasci ante aditam hereditatem *l. 1 Papinianus 8. §. si conditioni. ȷ. h. t. l. si quis fiu. in 34. in fi. C. eod.* Atqui testamentum à furioso vel demente factum ipso iure non valet, nec proinde adiri ex eo hereditas vnquam potest *l. ei [illegible] 16. §. Marcellus. ȷ. qui test. facer. poss. l. furiosum 9. C. eod.* Ergo secum implicat contradictionem is qui agit querela inofficiosi testamenti hoc colore quasi testator fuerit insanus, demens, & furiosus. Nam si ei concedatur quod intendit, hoc ipso igitur apparebit malè illum agere ad hoc vt testamentum quod ipso iure nullum est rescindatur.

Ratio decidendi. Is qui proponit querelam non hoc intendit testatorem fuisse dementem aut furiosum quod certè dici non potest quin hoc ipso dicatur testamentum non valere, sed hoc colore impugnat testamentum, quasi non sanæ mentis fuerit testator cùm suprema ordinaret, quippe qui ritè quidem fecerit testamentum & seruatis sollennibus iuris, sed non satis rectè neque ex officio pietatis quam qui violat, cùm necesse sit eum ita facere aut malitiosè & perfidè aut stultè ac dementer, humanior videtur ista interpretatio vt per insaniam ac furorem potiùs quàm per malitiam & perfidiam ita fecisse testator existimetur. Et quamuis hic color tantùm [illegible] in pugnãdo testamẽto, suo tamẽ effectu nõ caret. Nam eo rescinditur testamentũ per sententiã Centumvirorum ad quos cognitio [illegible] pertinet *l. 1 [illegible] h. t.* nõ pronunciatur [illegible] vel rescindi debere, sed testatorẽ [illegible] pro ea saltẽ parte pro qua fuit proposita [illegible] querela *l. posthumus 6. §. si quis [illegible] 24. [illegible]* enim initiùs quidem si testator verè demens ac furiosus fuisset. Eadẽ nẽq; ratio fieri vt pro qua parte testator sit intestatus, pro eadẽ contrà [illegible] omnia eo testamento siue relicta sine [illegible] vt intelligas non tãid fieri in consequentiã necessariã rescissi testamẽti, quàm quia hoc colore rescinditur testamentũ quasi testator fuerit demens, insanus & furiosus. Nec fideicommissa valent quæ testator in eo testamento repetierit ab herede intestati, tanquam ab intestato saltem præstanda. Nempe quia demens & furiosus non magis ab intestato quàm ex testamento fideicommissa dare potest *d. l. Titia 13. in fi. l. nec fideicommissa 36. d. leg. 3.* quod tamen secus esset si qua alia ex causa testamentũ corrueret vel ab initio minùs ritè minúsque solenniter factum inuentretur *l. generaliter 24. §. ex testamẽto De fideic. libert. ȷ. l. 1. C. eod. l. pen. §. vlt. de leg. cum simil.* Hodie ex Iustiniani constitutionib. hoc quoq; immutatum est, id est, ex Nou. 115. *cum de appel. cogn. §. aliud quoq; capitulum.* Nec solùm quantũ ad formã agendi, quod vnum videtur Bartol. obseruasse (nec enim hodie

color

color iste quæritur vt testator demens & furiosus fuisse dicatur, sufficitque proponere non esse veram causam exheredationis aut præteritionis quã testator suo testamento inseruerit) verùm etiam quantum ad effectum actionis quoniam hodie rupto per querelam testamento ex causa siue exheredationis, siue præteritionis quæ pro exheredatione habeatur, institutiones tantùm corruunt, cætera verò omnia eo testamento relicta firma permanent, vt iure quoque testamenti & debeantur & peti possint *Auth. ex causa. C. de lib. præter.* quæ sumpta est ex *dict. Nouell. 115.* quod certè fieri nullo modo posset si hodie testamentum rescinderetur per querelam eo ipso colore quo antea, quasi testator demens fuisset ac furiosus. An non igitur hodie querela erit odiosa vt olim? Non vtique tantopere, quia neque totum testamentum subuertit, neque tam indigno colore. Sed tamen odiosa semper est, quia subuertit institutionem ex qua præcipuè testamentum æstimatur *l. quod per manus 10. ff. de iur. codicill. l. 2. §. prius autem. D. de vul. & pupil. subst.*

a *Sed rectè quidem fecit testamentum.* Malo legere *ritè* quàm *rectè* Sunt enim ista lõgè differentia. Ritè fit quod fit ex more & ritu solito, id est seruatis sollennibus licèt minùs rectè minúsque iustè factum sit. Rectè verò quod fit omnino benè, id est non minùs iustè quàm ritè. Itaque plus est rectè quid fieri quàm ritè. Quicquid rectè fit, etiam ritè fit sed non contrà. In proposito autem implicat contradictionem vt testamentum rectè factum sit, & tamen non ex officio pietatis. Quid enim minùs rectè fieri potest quàm quod fit contra pietatem, & ipsius naturæ religionem, vt Constantinus loquitur in *l. liberi 28. C. hoc titulo*? Planè nihil impedit quominùs ritè factum sit, nec tamen ex officio pietatis factum dici possit. Testamentum quod ritè factum non est, id est, in quo aliqua iuris sollennia defuerunt ipso iure nullum, iniustum, nulliúsque momenti est *l. 1. ff. de iniust. rupt.* Quod autem ritè quidem, sed non rectè factum est valet sanè ipso iure, sed ita vt possit & debeat rescindi. Is ergo demùm tutò testatur non qui ritè sed qui rectè testatur.

3. MARCELLVS libro 3. Digestorum.

INofficiosum testamentum dicere, hoc est, allegare, quare exheredari, vel præteriri non debuerit[a]. quod plerumque accidit, cùm falsò parentes instimulati liberos suos, vel exheredant, vel prætereunt.

Ad l. inofficiosum 3.

Ratio dubitandi. Lex duodecim tabularum permisit cuilibet ciui Romano facienti testamentum de bonis suis pro arbitrio disponere illis scilicet verbis quàm latissimè patentibus *Paterfamilias vti super sua re legaßit ita ius esto. l. verbis legis 120. de verbor. signific.* Cui non dissimiliter Iustinianus *Nouell. 22. de nupt. Disponat,* inquit, *testator & erit lex.* Nec sanè quicquam est quod homini magis debeatur, quàm vt supremæ voluntatis postquam aliud iam velle non potest, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium *l. 1. C. de sacros. eccles.* publicéque interest suprema defuncti hominis iudicia exitum habere *l. vel negare 6. ff. testam. quemadm. aper.* Ergo quem testator præteritum, vel exheredatum esse voluit eum pro benè præterito vel exheredato haberi oportet, nec quicquam causæ est cur ex hac causa testamentum ipsius per querelam rescindatur, aut cur insanus vel furiosus videri debeat qui iure suo datáque sibi per legem potestate vsus est *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* Nam & dici solet, quod fit lege permittente pœnã non mereri vulg. *l. Gracchus 5. C. ad l. Iul. de adulter.* Quòd si in cæteris testatorib. hæc vera sunt, multò magis in patribus obtinẽt qui liberos habẽt in potestate. Cur non enim pro arbitrio & impunè possint eos præterire vel exheredare, quos olim etiam occidere licebat *l. in suis 11. ff. de lib. & post. l. vlt. C. de patr. potest.*

Ratio decidendi. Latissima illa potestas quæ per supradictam legem 12. tab. tributa fuerat, & heredis instituendi & legata & libertates dandi & tutelas quoque constituendi, & in summa quicquid testator vellet pro arbitrio faciendi, ea postmodum coangustata est vt debuit partim interpretatione nouarum legum quæ legem illam veterem 12. tabul. secutæ sunt, partim autoritate & magistratuum & prudentum iura constituentium: quemadmodum Pomponius scribit in *d. l. verbis legis.* Inter cætera verò quæ prudẽtum interpretatio & autoritas primùm induxit, illud fuisse videtur, vt non aliter patrisfamilias qui liberos in potestate haberet, ratum esset testamentum, quàm si eos vel instituisset nominatim, vel exheredasset, cùm etiam viuo patre quodammodo rerum paternarum domini esse videantur, eo verò defuncto non tam in alienis bonis succedere, quàm liberiorem rerum suarum administrationem nãcisci *dict. l. in suis l. 1. §. largius de success. edict.* quippe quibus parentes omnia sua ex voto parẽt *l. nihil interest 50. §. sed numquid. ff. de bon. libert.* Cùm verò eueniret vt huic quidem sollennitati quam prudentum interpretatio innexerat patres satisfacerent, sed tamen exheredandorum liberorum potestate ac licentia sibi data passim abuterentur, multis exheredantibus liberos immerentes siue falsis aduersus liberos instimulati suspicionibus, siue temerariis & iniquis odiis, siue denique nouercalibus delinimentis, instigationibúsque corrupti visum est prudentibus huic quoque malo prouidendum esse, nec vsque adeò indulgẽdum parentibus qui aduersus liberos suos tantam iniuriam testamento inducerent, vt pietatis officia negligere ac violare ipsis impunè permitteretur. Nam & publicè interest ne quis suo iure & imperio etiam in seruos suos nedum in liberos abutatur §. 1. *Instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* In eam igitur rem necesse fuit cõparari remediũ querelæ, eiq; colorem illum quem diximus adferri furoris & insaniæ, vt metu tanti periculi testatores in debito pietatis officio continerẽtur, nec in tãta pro arbitrio testandi licentia impiè ac impunè simul in posterum vagarentur, sed ita demùm liberos suos exheredare possent si liberi primùm pietatis parentibus debitæ officia violassent, & ingratitudinis culpam aliquam cõtraxissent. Putat vir doctissimus Iacob. Cuiacius lege Glicia inductam fuisse querelam, sed parum probabiliter, vt dixi ad *l. 1.* nec fuit necessaria lex vlla ad constituendum ius illud, quod induci potuit interpretatione pruden-

tum, quæ scilicet iuris ciuilis partem maximam constituit, adeóque ipsum iuris ciuilis nomeo proprium sibi fecit, vt ait Pomponius in *l.2.§.his legib. supr. de orig. iur.* Posteà verò quàm inuentum est remedium querelæ per quam patrum quoque testamenta subuerti possent, facilè ad remedij communionem admissæ sunt cæteræ quoque personæ omnes quas nec institui nominatim nec exheredari necesse erat, quæque poterant ideò impunè præteriri quod earum præteritio pro exheredatione haberetur, vt si mater liberos aut liberi matrem præteriissent. Nam de liberis emancipatis, neque tractatum, neque tractandum fuit cùm pro extraneis penitus haberentur *l. quinetiam 55. in fin. de ritu nupt.* quousque prætor temperans & corrigens asperitatem iuris ciuilis fecit vt rescissa emancipatione in liberorum numero haberentur *l. 3. §. si emancipatus, & pass. ff. de bonor. poss. contr. tabul.* Hoc ergo initium, hic progressus fuit querelæ inofficiosi testamenti.

a *Quare exheredari vel præteriri debuerit.* Deest negatiua, qua addita sic legendum est *quare exheredari vel præteriri non debuerit.* Isto enim iure Pandectarum nõ sufficiebat ei qui querelam proponeret vt se immeritò præteritum, vel exheredatum esse diceret, sed necesse etiam erat vt hoc ipsum doceret *l.5.§.1. in illis verbis doceret immeritò in se, & c.d. l. liberi 18. C. eod.* quod tamen hodie secus est. Primùm enim Instinian. induxit in *l. omnimodo 30. C. eod.* vt si testator liberos suos erga se ingratos fuisse dixerit, heres ingratitudinem istam legitimis modis arguere, id est probare teneatur. Si verò pater nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, nec heredi liceat ingratos eos nominare, & quæstionẽ hanc introducere, an ingrati fuerint, necne. Postea verò idem Instin. addidit *d. Nou. 115. vt cùm de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, vt non sufficiat quod pater liberos suos in testamẽto ingratos nominauerit, & tanquam tales exheredauerit, nisi etiã ingratitudinis & exheredationis causam certam expresserit, quæ subinde per heredem præcisè probetur, ita vt si aliam ingratitudinis speciem probare velit, quam testator non expresserit, minimè sit audiendus. Nec liberorum duntaxat fauore ita constituit Iustinianus, sed cæterorum etiam omnium qui de inofficioso queri possunt. Legamus igitur in hac lege, quomodo Marcellum scribere necesse fuit, Inofficiosum testamentum dicere, nihil aliud esse quàm allegare & docere quare exheredari vel præteriri non debuerit is qui querelam proponit, id est, probationem præstare, quod obsequium debitum iugiter prout ipsius naturæ religio flagitabat, parentibus adhibuerint, vt Constantinus loquitur, tractans de parentis testamento io *dict. l. liberi.* Nisi fortè probabilius quis putet consulto deletam hanc negationem à Triboniano & compositoribus respicientibus ad supradictas Iustiniani constitutiones: quæ & allegandæ ingratitudinis necessitatem transtulerunt in testatorem, & probandæ in heredem. Ita enim sit vt hodie quisquis agit querela inofficiosi testamenti satis habeat allegare non docendo & probando, vt antea, sed tantùm interrogando, quare debuerit præteriri vel exheredari. Vincit enim omnimodo in querela, non si testator nullam causam ingratitudinis certam expresserit (hoc siquidem casu testamentum ipso iure nullum est quasi nulla facta exheredatione) sed si causam à testatore expressam heres probare non potuerit. *d. §. aliud quoque capitulum.*

Præteriri. Ratio dubitandi. Querela inofficiosi non potest proponi aduersus testamentum quod sit ipso iure nullum, cùm neque nascatur ante aditam hereditatem *l. Papinianus 8. § si conditioni. ff. hoc titul.* adiri autem non possit hereditas ex eo testamento quod ipso iure non sub sit, adeóque nec si ab initio constiterit, si posteà ruptum fuit *l. 1. & 4. & tot. tit. de iniust. rupt. l. ventre 84. de acquir. hered.* Atqui testamentum nullum est in quo filiusfamilias præteritus fuit *d. l. 1. de iniust. rupt.* adeò vt nec si filius viuo patre decedat, testamentum tamen conualescat *l. si filius 7. l. Gallus 29. §. in omnib. & l. inter cætera 30. ff. de lib. & posth.* Ergo cùm filius præteritus est, non oportet tractari de querela.

Ratio decidendi. Lex hæc generaliter loquitur de querela inofficiosi, & consequenter ad omnes pertinet qui de inofficioso queri possunt: in eo autem numero non tantùm sunt liberi in potestate constituti, sed etiam cæteri, puta qui matris aut aui materni testamentum impugnare velint. Nec enim matres habent suos heredes & liberos in potestate *l. illud 4. § ad testamenta. ff. de bonor. possess. contr. tab. l. mulierem 5. C. de adopt.* Item in eo numero sunt parentes, qui etiam de inofficioso liberorum testamento possunt dicere *l. pater filium 14. & seq. ff. hoc titul.* Atqui omnes isti præteriri impunè possunt, quia eorum præteritio habetur pro exheredatione *3. vlt. inst. de exh. lib. liber.* Nec minus necessaria iis est querela ad impugnandum testamentum, quàm si essent exheredati *l. filiam præteritam 15. C. hoc tit ul.* Ergo quod hîc dicitur de præteritione non ad liberos in potestate constitutos referendum est, sed ad alias omnes personas quarum præteritio habetur pro exheredatione, sicut & quod scriptum est in *Authen. ex causa. C. de liber. prætor.* vt probaui pluribus in locis in errorib. pragmatic. Quod verò de exheredatione additur ad omnes indifferenter pertinet. Idque probatur etiam ex *l. 5. ff.* quæ cum hac coniungenda est, vt ibi dicam.

4. GAIVS libro singul. ad legem Glitiam.

NOn est enim consentiendum parentibus qui iniuriam aduersus liberos suos testamento introducunt. quod plerumque faciunt, malignè circa sanguinem suum inferentes iudicium, nouercalibus delinimentis, instigationibúsve corrupti.

Ad l. non est enim 4.

Ratio dubitandi. Nullus affectus potest vincere paternum aut maternum *l. vlt. C. de cura. furios. l. isti quidem 8. in fi. ff quod met. cau.* nec proinde vnquam malignè de parentũ erga liberos voluntate & affectione suspicandũ est *l. pen. §. 1. ff. de rit. nup.* cùm parentum omnium cõmune votũ illud sit, vt liberis suis omnia pareant *l. pen. §. sed nunquid. ff. de bon. liber.* liberósq; suos habeant non tantùm superstites, sed etiã successores, *l. scripto 7. §. vlt. ff. vnd. lib. l. nam est si 51. ff. h. tit.* Ergo si quando accidat vt liberi à parentibus præteriti sint vel exheredati, credendum in dubio

dubio & præsumendum est, malè de parentibus meritos fuisse liberos, potiùs quàm cogitasse parentes de iniuria liberis inferenda, malignéque circa sanguinem suum affectos extitisse.

Ratio decidendi. Ea ratio faciebat quidem olim vt præsumptio esset pro parentibus qui liberos suos vel præteriissent vel exheredassent, vtque idcirco probandi onus incumberet liberis quòd pietatis officia omnia iugiter præstitissent. *l. liberi 28. C. hoc tit.* Sed cùm præsumptio semper cedat probationi & veritati *l. si chirographum 24. & seq. l. imperatores 29. in fin. & pass. de prob.* quid aliud, obsecro, dicendum aut præsumendum est postquàm filius probauit, nihil vnquã à se factum esse aduersus officia pietatis, nisi quòd pater malignè circa sanguinem suum fuerit affectus, siue nouercalibus delinimentis instigationibúsve corruptus (quis enim nescit iniusta nouercarum in priuignos odia, & quibus artibus pelliciant, prouocéntque maritos ad prioris matrimonij prolem quantumuis innocentem malè tractandam?) siue falsis relationibus, malisve suspicionibus instimulatus, vt scriptũ est in *lege præcedẽte*. Hodie verò, fauorabiliùs multò agitur cum liberis, pro quibus etiam præsumi voluit Iustinianus in *l. omnimodo 30. C. hoc t.* & Nouell. 115. *vt cùm de appell. cognosc. §. aliud quoq; capitulum.* quasi nullam præteritionis aut exheredationis causam parentibus dederint, nisi & eam parentes specialiter expresserint, adeóq; vnam ex iis quas Iustiniani constitutio pro bonis & iustis habet, & à parentib. expressam heredes probent: Ita vt nec audiatur heres si velit probare, vel ingratos fuisse liberos quos parens tamen ingratos non nominauerit, vel aliam ingratitudinis speciem admisisse, quàm quæ parentis testamento expressa fuerit. Vtrumque vt puto, non tam odio parentum aut fauore liberorum (nam & idem pro parentibus constitutum est, si fortè velint aduersus liberorum testamenta dicere de inofficioso) quàm odio querelæ, quæ nihil nisi impietatem obtendens, duras illas & piis auribus aduersas quæstiones inducit, An parens erga filium impius fuerit, An filius erga parentem. Huc enim esse videtur, quod Iustinianus significare voluit in *d. l. omnimodo*, iis verbis *nõ licebit eius heredibus ingratos eos nominare, & huiusmodi quæstiones introducere.* Quàm ergo æquius esset ab iis faciendis, & parentes, & liberos abstinere, de quibus etiam factis iustissimam querelam propitiis auribus vix audire pius legislator possit? Adeò malefactorum memoriam quoque nedum exempla obliterari & aboleri penitus vellet, si fieri posset. Cætera dixi ad *l. prox. supr.*

5. MARCELLVS libro 3. Digestorum.

NAm & his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi[a]: cùm & de matris testamento agant, & obtinere assiduè soleant[b].

Ad l. nam & his 5.

Hæc lex cùm sit Marcelli, sumptáq; ex libro eius tertio Digestorum ex quo etiã *l. 3. supr. hoc tit.* coniungi cum ea debet, nõ cum *l. prox. precedẽte*. Nam cùm in *d. l. 3.* non de patribus tantùm sed generaliter de parentibus tractasset Marcellus, qui falsò instimulati liberos suos vel exheredant vel prætereunt, Subiiciendum fuit, ita generaliter, locutum fuisse de parentibus Marcellum & de liberis non solùm exheredatis sed etiam præteritis, quia non tantùm liberi in patris potestate constituti de inofficioso eius testamento dicere possunt, sed etiã qui non ex masculis descendunt, sed ex fœminis siue matris siue aui materni testamentũ impugnare quis velit, quo casu non tantùm de liberis exheredatis tractari potest, vt cùm agitur de liberis in potestate, sed etiam de præteritis quòd eorum præteritio habeatur pro exheredatione, vt dixi ad *l. 3. in fin. sup.*

a *Facultas est agendi.* Intellige, cum spe obtinendi. Nam & cæteris omnibus qui de inofficioso agere volunt, liberum est, quamuis nullo sanguinis iure testatorem contingant, sed ita tamen vt obtinendi spem vix vllam habere possint, vt dixi ad *l. 1. supr.* Idque ostendit quod sequitur

b *Cum & de matris testamento agant, & obtinere assiduè soleant.* Ratio dubitandi. Mater nõ habet liberos in potestate *l. mulierẽ. C. de adopt. l. illud 4. §. ad testament. ff. de bon. poss. cont. tabul.* ideóque nec instituere illos cogitur nec exheredare, sed silentio eos præterire potest, nec eò minùs valet testamẽtum *l. filiam præteritam 15. C. hoc tit.* Neque rursus filius matri agnatus dici potest, quomodo est patri *l. filius 12. ff. de suis & leg.* Ob eámq; causam ex lege 12. tabul. nullus liberis ad maternam successionem ab intestato aditus patebat, cùm ea lex non nisi de suis heredibus, & de agnatis locuta esset iis verbis, *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Etsi autẽ cœpit postea ex SC. Orficiano ita ius esse, vt intestatæ matri possent liberi succedere, sicut & mater liberis ex SC. Terty. etiam ante agnatos *l. 1. & tot. tit. ff. ad SC. Tertyll. & Orfic.* Nihil tamẽ iis senatusconsultis cautum fuit de successione testati, sed tantùm, de causa intestati. Proinde quod ad causam testati pertinet, videtur ius vetus mansisse incorrectum, vt libera sit matri de bonis suis disponendi facultas in præiudicium liberorum, & contrà liberis quoque in præiudicium matris. Satis enim vtique & matri, & liberis esse debet, quod hodie ad intestati successionem admittantur, à qua penitus olim arcebantur, arg. *l. 1. § merito. infr. quand. act. de pecu. annal. est l. eum qui 30. ff. de furtis.* nec illud etiam iis indulgendum est, vt possint cõtra testamentum per querelam venire. Nam & aliis plerisque casibus euenit, vt qui potest ab intestato succedere, testamentum tamen impugnare non possit, vt in *l. pe. § sed ne articulum. C. de adopt. l. vl. C. de natur. libe.* Nempe quoniam qui succedit ab intestato intelligitur succedere ex tacita patrisfamilias voluntate & quasi tacitè institutus *l. 3. in princ. l. conficiuntur 8. vers. sed ideo. ff. de iur. codic. l. ab exheredati 126. de legat.* Qui verò querelam proponit, is contra expressam voluntatem venit, cuius in dubio semper præcipuus fauor est, & maior quàm querelæ *l. si pars 10. ff. hoc tit.* At neq; dici potest factum esse per interpretationem prudentum ad legem 12. tabul. vt possint liberi queri de inofficioso matris testamento, quemadmodum suprà diximus per eam interpretationem inductum esse ius querelæ pro liberis contra testamentum patris. Priùs enim faciendum fuit, vt liberi possent intestatæ matri succedere, quàm vt de inofficioso eius testa-

mento queri possent, cùm non aliis detur querela quàm quibus debetur legitima *l. cum quaeritur 6. C. hoc ti. l. Papinian. 8. §. quoniam autem. ff. eod.* legitima autem aestimetur ex comparatione successionis intestati, quia est portio portionis ab intestato cõtingentis *l. quæ nuper 31. C. eo.* Atqui prudentes non potuerunt facere, vt possent mariti succedere liberi, vel mater liberis, in eamque rem fuit ideò necessaria autoritas senatusconsultorum *l. tutelas 7. ff. de capit. minut.* Ergo neque per eorum interpretationem fieri potuit, vt liberi contra matris testamentum haberent querelam, aut matres aduersus testamenta liberorum. Ratio decidendi. Ius proponendæ querelæ æstimatur, vt proximè dictum est, ex comparatione successionis non quidem affirmatiuè quasi omnibus qui ab intestato possunt succedere legitima debeatur, & querela in effectu competat (falsum enim illud est cùm vltra fratres nullus ex legitimis successoribus in ea causa sit) sed negatiuè, vt cui legitima successio deferri non potest, ei nec legitimæ successionis legitima portio vlla debeatur, *d. l. cùm quæritur.* Itaque sicut ante Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum nullus poterat esse locus quæstioni, An filio danda esset querela contra matris testamentũ, aut matri contra testamentum filij, cùm ab intestato inuicem succedere nõdum possent, Ita postquàm cœpit ius mutuæ ab intestato successionis inter eos inductum esse ex supradictis senatusconsultis, cœpit etiam fieri locus interpretationi prudentum ad ea senatusconsulta, quomodo antea ad legem duodecim tabularum, vt exinde possent liberi de inofficioso matris testamento conqueri si ab ea immerẽtes præteriti, vel exheredati fuissent, & vicissim mater à filio præterita nõ minùs quàm si pater à liberis præteritus, vel liberi à patre iniustè exheredati proponerentur. Non tam ob id solùm quòd inter matrem & liberos inductum esset mutuum ius illud successionis intestati, quàm ob coniunctam quoque rationem illam quæ inter patrem & liberos idem ius querelę primùm induxerat, quòd non minùs matris quàm patris hereditas liberis debeatur ex communi vtriusque parentis voto & vicissim turbato mortalitatis ordine non minùs matri, quàm patri hereditas liberorum *d. l. nam etsi 15. ff. hoc ti. l. scripto 7. §. vl. vnd. lib.* Etsi enim parentum inæqualis potestas est in liberos, æqualis tamen obseruãtia & pietas ipsis debetur à liberis, nec minor à matre adfectio liberis quàm à patre *l. 4. ff. de curat. furios. l. 1. §. si filius matrem. ff. de obseq. parent. præst.* In eòque sanè crudelis nimiumfuit lex 12. tab. quæ tanta illa pietatis ratione neglecta, ob id tantùm quod neque per fœminas, neq; per cognatos conseruari familiæ possent, nullum inter matrem & liberos ius successionis agnoscebat nisi ex testamento non magis quàm inter personas penitus extraneas, quod supradictis senatusconsultis tantò æquiùs correctum fuit. Iungenda verò fuit ratio illa pietatis cum ratione legitimæ successionis, vtriusque querelæ inofficiosi inter easdem personas inducerent, quoniam sola ratio successionis ab intestato querelam inducere non potest: Alioqui penitus dicendum esset aucto hodie per Iustiniani Nouell. 118. *de hered. ab intest. venien.* cognatorum iure, vt possint etiam ab intestato & cum agnatis, & ante agnatos succedere si sint proximiores in gradu, datũ quoque iis ius cõquerendi de inofficioso: quod tamen non ita est. Nam nec agnati ipsi qui sunt vltra fratrẽ ius tale habent, aut vnquam habuerunt, vt dixi ad *l. 1. supr.* Nempe quia quod agnati etiam remotiores, & cognati hodie agnatis cognatisque succedunt, non fit ex ratione aliqua pietatis quæ præmortuorum hereditates superstitibus tribuat, sed quia cessante vtraque linea & descendentium & ascendentium, nihil habet ciuilis legislator, quod aut meliùs aut æquius constituat, quàm vt istis qui ex latere veniũt hereditates iure sanguinis deferantur. Sed alia est ratio sanguinis, alia ratio pietatis, & illa longè latiùs quàm hæc patet, quia non ex qualibet, sed ex proxima tantùm sanguinis coniunctione pietas æstimatur. Cętera quæ in hac lege sequũtur ea ipsa sunt quę nos vidimus & explicauimus in *l. 2. & 3. ff.* nec alias vel dubitãdi, vel decidẽdi rationes habẽt.

1 § Huius autem verbi *de inofficioso* vis illa (vt dixi) est docere immerẽtem se, & ideo & indignè præteritum, vel etiam exheredatione summotum. Resque illo colore defenditur apud iudicem, vt videatur ille quasi non sanæ mentis fuisse, cùm testamentum iniquè ordinaret.

6. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

POsthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres, vel legitimus potuisset fieri [a], si in vtero fuerit mortis eorum tempore [b]. Sed & cognatorum [c]: quia & horum ab intestato potuit bonorum possessionẽ accipere. Quid ergo eis imputatur, cur intestati non decessetant? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare. non enim interdicitur testamenti factione. Hoc planè imputare potest, cur eum heredẽ non scripserit, potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula *de ventre in possessionem mittendo.* item natus *secundum tabulas* haberet. Simili modo & eum [d], qui post testamentum factum, exsecto ventre, extractus est, posse queri dico.

Ad l. posthumus 6.

Ratio dubitandi. Posthumus non potest dici suus heres aut legitimus quandiu in vtero est, quia prius est vt sit homo. *l. vlt. ff. De collat.* Partus autem nondum editus, homo non rectè fuisse dicitur *l. a falcidia 9. §. 1. ad leg. fal.* Ergo posthumus qui in vtero fuit mortis tempore non potest queri de inofficioso testamento, ne quidem eius cui suus heres aut legitimus fieri nascendo potuisset, quia vetitum est inspecto testamenti & mortis tempore nullam ei factam esse iniuriam, quicum si iam in rerum, certè non in hominum natura fuit, cùm homo nondum esset. Nec videtur ad rem facere quòd qui in vtero est habeatur pro nato quantum ad ea quæ ad ipsius cõmodum pertinent *l. qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. ff. de stat. homin.* Id enim

ad cau-

ad causam successionis intestati pertinet, vt quandiu posthumus aliquis speratur, legitima hereditas proximo agnato non deferatur, sed ipsi posthumo quandocunque postea nato *d.l.26.* sed non ad causam testati, vt ex eo apparet, quod prætetitio posthumi non facit testamentum patris ipso iure nullum, quomodo faceret præteritio filij iam nati *l.1.& 3.j.de iniust. rupt.* Et quamuis posthumus præteritus nascendo rumpat testamentum, si tamen postea viuo adhuc parte moriatur, testamentum conualescit, hactenus saltem vt bonorum possessionem secundum tabulas cum re ex eo testamento obtinere heres scriptus possit *l.posthumus 12.eod.* quod non ita est filio iam nato eodémque præterito ante patrem defuncto *l.si filium 7.j.de iniur. & posthum.* Atqui non potest tractari de querela nisi facto testamento aditáque ex eo hereditate *l.Papinianus 8. §.si conditio 10.j.l.si quis filium 34. in fi.C.eo.* Quod & nomen ipsum sonat querelæ inofficiosi testamenti. Ergo nulla ratio est, vt posthumo, siue præterito, siue exheredato detur vllo casu. Nisi fortè velis imputare testatori cur non decesserit intestatus, vt ad eius legitimam successionem posthumus quandocunque natus aspirare posset. Atqui foret ridiculum hoc dicere, nec quisquam iudex propriis auribus vnquam audiat posthumum hoc allegantem, quia nemini interdicitur factione testamenti, quam lex 12.tabu. verbis generalissimis & latissimis cuilibet patrifamilias ciui Romano dedit *l.verbis legis 20.de verbo. sign.* Cùm igitur in querela inofficiosi de illo tantùm quæratur an testator fuerit sanæ mentis, an verò aliquid contra pietatem fecerit eo præcisè tempore quo suprema ordinabat *l.proxim. in fin. sup.* eo autem tempore posthumus nondum esset homo, cui proinde nulla poterat adhuc pietas deberi, consequens est, vt non sit admittendus ad querelam inofficiosi, ne quidem contra testamentum patris, siue præteritus, siue exheredatus fuisse proponatur. Nàm si præteritus fuit, vtique agnascendo rumpit testamentum, nec proinde locus vllus querelæ proponendæ relinquitur, quia testamentum iam ruptum agnatione posthumi, rescindi amplius per iudicium Centumuirale non potest. Si verò exheredatus, cùm nullam ingratitudinis culpam, nec exheredationis causam admittere potuerit, credendum est non nisi bona mente fuisse illum exheredatum. Multi enim non notæ causa exheredant filios, nec vt eis obsint; sed vt magis eis consulant *l.multis 18.j.de liber. & posthum.* Quis verò permittat, siue posthumo, siue filio iam nato, vt de ea exheredatione conqueratur, quam pater fecerit bona mente? An fortè insanus fuisse potest videri pater, qui id egerit vt filio prospiceret, siue nato, siue nascituro? Ratio decidendi. Posthumus & quandiu in vtero est, habetur pro iam nato quod ad causam successionis attinet *d.l.qui in vtero 26.de stat.homin.l.intelligendus est 153.de verb. signific.* & postquam natus loco eius est qui iam ipso testamenti tempore superstes fuit *l.si Primo 8. in fi.j.de liber. & posthu.* Et ea res facit, vt perinde institui debeat aut exheredati à patre, acsi iam natus esset, non quasi præteritus faciat testamentum ipso iure nullum, quomodo faceret filius iam natus, (potest enim non nasci, neque lex interim certa est quid futurum sit) sed ne nascendo rumpat *d.l.1.& 3.de iniust.rupt.l.inter cætera 30.& pass.de lib. & posthum.* quia & cùm nascitur, iura sui heredis nanciscitur, quamuis testamenti tempore non fuerit in patris morientis potestate *d.l.vltim.j.de collat.* Ergo si non præteritus fuerit à patre sed exheredatus, perinde danda ei est querela, acsi iam testamenti tempore natus fuisset, cùm ius proponendæ querelæ nascatur, vt suprà dictum est, ex duplici illa simul iuncta ratione pietatis & legitimæ successionis. Non minùs autem sit impius pater qui posthumum, quàm qui filium iam natum mala mente ac notæ causa exheredat. Imò tantò impientior, quantò certius est nullam exheredationis causam à posthumo committi potuisse, adeóque nec ab infante *l.si quis suo 33.eo.C.hoc titul.* Etsi olim ita ius erat vt posset pater etiam iustè posthumum exheredare, si vxoris pudicitiam iustè suspectam haberet, vt hac ratione mulieres in pudicitia continerentur, scientes alioqui fore, vt partum eorum miserrimum semper futurum, perpetuáque egestate laboraturum. Quo exemplo illud etiam receptum fuit, quod tamen erat longè odiosius, vt etiam infantem suum posset mater tanquam ingratum exheredare, si modò id faceret odio mariti ex quo infans ille progenitus fuisset, vt ex Paulo Iustin. refert in *d.l.si quis suo §.1.* Non quòd parem pudicitiam à viro atque à muliere legislator exigeret, sed vt hoc saltem metu proposito vterque coniugum ad eam maritalem concordiam retinendam magis ac magis inuitarentur, sine qua nec diu nec feliciter stare matrimonium potest. Ex quo apparet loqui nos de exheredatione non quæ bona mente, sed quæ notæ causa & malo animo facta sit. Bona enim mente facta exheredatio tunc tantùm dicitur, cùm filio exheredato pater dat fideicommissam hereditatem *d.l.multis*, vt scilicet lubrico tutelæ præferat remedium fideicommissi, quemadmodum in *l.3. § cum Bolsanus. infr.de vsur.* Extra hunc casum quo posthumus aut à patre odio matris, aut à matre odio patris mala mente exheredatus fuisset, poterat ille habere querelam inofficiosi, in qua non de ipsius posthumi meritis aut demeritis quæri poterat, sed de persona parentis cuius odio fuerat exheredatus, vt si odium iustum fuisse probaretur, iusta quoque esse exheredatio crederetur, iniusta verò si iniustum, *arg.l.3.§ si. mancipatus. in fi. de bonor.poss.contr.tabul.* Ex verò non minùs impiè testatur qui posthumo suo heredi facit iniuriam, quàm qui filio iam nato, si modò quandocunque postea nascatur. (Hoc enim semper addendum est quoties de posthumo disputamus *l.si cui 18.j.vt legat. seu fideicom. nom. caueat.* quia posthumus qui nunquam nascitur perinde habetur in omnibus acsi nec vnquam conceptus fuisset *l.virum 11a 7. in princip.de reb.dub.*) Proinde imputari ei potest non cur intestatus minimè decesserit, sed cur non scripserit heredem posthumum, postquàm placuit posthumum qui cùm nasceretur suus heres futurus sit, aut vt meliùs dicam, qui si viuo testatore natus fuisset suus ei heres futurus erat, institui hodie posse, ne præteritus & quandoque natus rumpat testamentum *l.placet 4.de liber. & posthu.* quamuis antea institui ex ratione iuris nullomodo posset tanquam cuius persona incerta esset, ac in quam iudicium certum conferri non poterat *§. incertis 25. instit. de legat.* De quo videnda sunt quæ scripsi pluribus ad *l.Gallus 29.de liber. & posthu. lib. 5. & 6. Coniectur.* Illud sanè certum est non posse hodie posthumum mala mente exheredari, cùm nullam

Google

possit ingratitudinem committere ex iis præfestis quas Iustinianus certas præscripsit & enumerauit in *d. §. aliud quoque capitulum.* Nec rursus possit odio parentis exheredari & odiu prægrauari *d. l. si quis suo §. 1.* Sed an non saltem bona mente poterit exheredari si hoc vtilius parenti videatur? Ita puto, Ne quod in liberorum fauorem Iustin. constituit in eorum odium retorqueatur *contra l. nulla 25 supr. de legib. l. quod fauore 6. C. eod. l. penult. C. ad SC. 1 rebell.*

a *Quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri.* Quod ait de posthumo suo herede non nisi ad patris testamentum referri potest aut aui paterni si pater viuo auo decesserit, quia nec alij suus heres adnasci posthumus potest. Quod verò addit de legitimo, referendum est ad fratrem qui si consanguineus saltem fuit legitimum heredem habere posthumum fratrem potest *l. qui in vtero 26. de stat. homin.* Cæterorum agnatorum qui vltra fratrem sunt, eadem quidem ratio est hactenus, vt & iis ab intestato succedere posthumus possit si mortis tempore proximior reperiatur, at non etiam, vt de inofficioso eorum testamento queri possit iure suo proprio, & cum spe obtinendi; sed tantùm quasi extraneus quilibet ad huiusmodi accusationem tanquam quæ publica sit admittendus, vt dixi ad *l. 1. supr.* quoniam vltra fratres nemo potest in querela obtinere, cùm nulli legitima debeatur. Longè tamen maior est ratio dubitandi in posthumo legitimo herede quàm in suo, tùm quoque cùm de fratris consanguinei testamento agitur. Nam frater posthumus fratri testatori quantumuis consanguineo alienus posthumus est, cui scilicet suus adnasci nunquam potest. Siquidem suus heres ille dicitur, qui & in morientis potestate est, & primum in familia locum obtinet quantum ad causam succedendi *l. si filiusfamilias 33. ff. de testam. milit. l. scripto 7. in princ. vnd. liber.* Atqui etiamsi posthumus viuo fratre suo consanguineo natus fuisset, nunquam tamen in eius potestate nasci potuisset, quia frater fratrem non habet in potestate, Ergo posthumus fratri suo alienus fuit ex definitione posthumi alieni posita in *§. posthumo quoque instit. de leg.* & consequenter institui ab eo heres non poterat Vlpiani temporibus, & ante Iustiniani constitutionem quæ primùm fecit vt cœperit alienus posthumus cognitus esse iuri ciuili, vt gloriatur ille initio *tit. De bon. poss. Instit.* Ergo si permittamus posthumo quem frater consanguineus, vel exheredauerit, vel præterierit (nam & fratris præteritio pro exheredatione habetur) vt queratur de inofficioso fratris consanguinei testamento, non de alio videbitur ille conqueri, quàm cur frater ille consanguineus non decesserit intestatus. Alioqui quid potest videri peccasse frater quod posthumum fratrem non instituerit, quem instituere etiamsi maximè voluisset, tamen non potuisset? An fortè quisquam insanus aut furiosus dicitur ob id quod non fecerit ea quæ facere non potuit? Atqui nemo vnquam apud iudicem possit hoc impetrare, vt cuiquam testatori imputetur, quare non decesserit intestatus. Nemini enim factione testamenti interdicitur. Ergo non est danda posthumo querela inofficiosi contra testamentum fratris consanguinei, etiam cui legitimus ab intestato heres futurus fuit. Ratio decidendi. Imputari potest fratri consanguineo cur fratrem posthumum quem sibi legitimum heredem sperare potuit, non scripserit aliqua ex parte heredem, quia etiamsi ea institutio non potuisset valere iure ciuili ante eam Iustiniani constitutionem, cuius meminimus, valuisset tamen iure prætorio, ita vt ex ea potuisset posthumus scriptus heres mitti in possessionem ex clausula edicti *de ventre in possess. mitt.* natus verò habere bonorum possessionem secundum tabulas, quam vtique semper prætores dederunt cuilibet alieno posthumo heredi instituto. Id enim est quod ait Iustin. in *§. posthumus autem. Inst. de leg.* alienum posthumum heredem institui, & antea potuisse & hodie posse, Verum ita potuerit antea institui iure prætorio, possit autem hodie etiam iure ciuili, quomodo idem Iustin. explicat initio *d. tit. Inst. de bonor. poss. ff.* At quid dicat aliquis, querela inofficiosi inuentum est iure ciuili cui erat omnino incognitus posthumus alienus ante supradictam Iustiniani constitutionem. Quomodo igitur poterit accommodari posthumo querela inofficiosi, ob id solùm quod potuerit institui iure prætorio? Respondeo esse hunc vnum casum ex iis in quibus ad proponendam querelam necessaria est bonorum possessio litis ordinandæ gratia, per quam fiat proponendæ querelæ capax ille, qui alioqui capax non esset, vt dicemus ad *§. vlt.* huius legis, & ad *l. seq.*

b *Si in vtero fuerit mortis eorum tempore.* Ratio dubitandi. Querela inofficiosi refertur ad tépus testamenti. Is enim qui conqueritur causam suam agit eo colore quasi non sanæ mentis fuerit testator, cùm tam iniquè testamentu ordinaret *l. prox. in fi. supr.* Atqui tractamus de posthumo qui non fuerit in vtero tépore testaméti, sed tantùm tépore mortis. Ergo non est ei danda querela, cùm non possit quicquam impiè fecisse is qui posthumum præterijt nondum conceptu aut qui eum exheredauit, quoniá is qui nondum conceptus est, neque pro cóncepto haberi potest, neq; pro nato. Longéq; alia causa est successionis intestati, quia cùm et locus ille incipiat ex instanti tantùm mortis, sufficit conceptum & in vtero fuisse posthumum eo tempore quo paterfamilias moriebatur, ad hoc, vt possit ei succedere ab intestato *l. vel si viuo 7. cum l. præced. ff. de suis & legit. l. 1. §. si quis proximior. ff. vnd. cogna.* Denique generale est vt quoties de testaméto quæritur, maximè inspici oporteat tépus testaméti *l. si alienum 49. §. 1. ff. de her. instit.* Quantò magis in hoc casu in quo nó de alio quæritur, quàm vtrum sanus vel insanus fuerit testator cùm fecit testamétum. Consequenter dicendú videtur non alij posthumo competere querelam, quàm ei qui iam fuerit in vtero tépore testamenti. Ratio decidendi. Is qui testatur non tá de eo tépore cogitat quo testamentum facit, quàm de eo quod post morté suam futura sit *l. 1. ff. quis test. fac. poss.* Disponit enim de sua hereditate, quę hominis viuentis nulla esse potest *l. 1. ff. de her. vel action. vend. l. 1. ff. pro herede.* Proinde imputari ei potest cur sine causa præterierit, vel exheredauerit posthumum quem sciuit aut scire debuit posse mortis tempore aut natum, aut saltem conceptum inueniri, quamuis testamenti tépore nedum conceptus esset, at nec fortasse speraretur. Finge factum testamentum ab eo, qui tum nec vxorem habebat nec liberos, neque de vxore vnquam ducenda, vel de liberis suscipiendis cogitabat. Adhuc imputari ei potest cur non prævideri quod potuit euenire, *arg. l. si quis domum 9. § e. ff. locati. l. Gallus 29. in §. 1. & §. & quid si tantùm. ff. de lib. & post.*

poss. de liber. & posthum. Nec enim potuit minùs institui posthumus nondum cōceptus, quàm qui iam conceptus est, latiùsque patet hac parte, vt & in cæteris omnibus tam testati, quàm intestati. Adeò vt ei quoque possit relinqui hereditas & legatum & fideicommissum qui nec in hominum, nec in rerum natura sit ipso etiam tempore mortis, si modò aliqua condicione delatio suspendatur, tempore autem condicionis existentis reperiatur conceptus, cui relictum fuit *l. si in personam 11. C. de fideic.* Nec quicquam dubitat quin rumpatur testamentum patris, agnatione posthumi post multos annos concepti, quia potuit pater & debuit eum instituere cùm testabatur, oc quandoq; testamentum rumperetur *l. 4. & 5. ʒ. de lib. & posthu.* Eadem igitur ratio facit, & facere debet, vt huic posthumo qui testamenti tempore nondum conceptus fuerat, nihilominùs danda sit querela, si mortis tempore conceptus fuerit, & postea natus inueniat se immeritum exheredatum à patre, vel præteritum à fratre consanguineo, cuius præteritio haberi debeat pro exheredatione. Sumpto scilicet argumento à successione intestati ad querelam inofficiosi, vt quisquis ab intestato successurus fuit, idem si testamento impiè præteritus vel exheredatus fit, debeat admitti ad querelam. Quare nec possum intelligere cur Haloander voluerit addita negatione hic legere *si in vtero non fuerit mortis eorum tempore.* Nam cùm is qui proponit querelam, non de alio conqueratur, quàm quòd non fuerit sibi relicta legitima, Nihil autem aliud sit legitima, quàm portio portionis ab intestato contingentis, vt iā sæpiùs monuimus ex *l. cum quæritur 6. & l. quæ nuper 31. C. hoc tit.* certè non magis fieri potest vt ad querelam admittatur is qui moriente testatore nondum conceptus fuit, quàm vt possit ei succedere ab intestato. Rectè igitur Haloander hac in re vt & in aliis plerisque ab Antonio Augustino reprehensus fuit.

c *Sed & cognatorum.* Ratio dubitandi. Minus iuris habet posthumus in successione cognati etiam intestati, quàm in successione agnati. Etsi enim tam agnatis quàm cognatis omnibus commune illud est, vt etiamsi maximè velint, nō possint instituere iure ciuili posthumum, qui sit ipsis alienus, vt suprà dixi, In eo tamen differunt, quòd agnato succedere ab intestato posthumus potest, dummodò cōceptus fuerit tempore mortis, cognato autē ab intestato non magis quàm ex testamēto succedere iure ciuili potest, quandoquidē hō minùs incognita sunt iuri ciuili cognationis iura, quàm posthumi alieni fuerunt incogniti ante Iustinianum *l. 1. ʒ. vnd. cognat.* Ergo quamuis diximus posthumum de inofficioso fratris testamento conqueri posse, Non tamen statim consequens fit vt perinde danda ei sit querela contra testamentum cognati, cui non per masculum sed per fœminam coniunctus sit, puta aui materni aut fratris vterini, in quibus solis potest exemplum potest. Nam vltra istos frustra de inofficioso cognati agunt sicut & agnati, cùm ad querelam non admittantur *l. fratres 21. C. h. t.* Ratio decidendi. Differētia quidē illa est quam attulimus inter agnatos & cognatos h iuris ciuilis ratio inspiciatur: Sed si ius prætoriū inspiciamus aliud est, quia tam capaces sunt cognati quàm agnati obtinendæ ex edicto bonorum possessionis ab intestato. Nisi quòd prætor non eos vocat nisi post agnatos *l. 1. vnd. cogn. §. placebat Inst. de legit. agnat. succ.* Cùm igitur posthumus testamēto cognati præteritus vel exheredatus, potuerit bonorum possessionē cognati ab intestato accipere si cognatus intestatus decessisset, quemadmodum agnato succedere iure ciuili potuisset: Ac rursus potuerit ille quandiu in vtero fuit, mitti in possessionem ex illa edicti parte *De ventr. in poss. mitt.* natus verò haberē bonorum possessionem secundum tabulas si à cognato institutus fuisset non minùs quàm si ab agnato, quia omni casu prætor institutionem posthumi, quamuis alieni ratam habuisset. Apparet nō minùs dandam ei esse querelam contra testamentum cognati, quàm contra testamentum agnati, ac proinde non alio casu quàm quo posset conqueri de inofficioso agnati testamento. Ergo non vltra fratrem vel consanguineum, vel vterinum, vt suprà interpretati sumus. Nam quod dici solet, iis demùm fratribus dari querelam qui vel ex vtroque latere coniuncti, vel saltem consanguinei sunt, inductum est nouo iure per Constātinum in *l. fratres 27. C. hoc tit.* Sicut & illud vt nec illis aliter querela competat quàm si instituta sit turpis persona, vel quæ saltem aliqua nota maculæ adspergatur, Cùm antea non minùs frater vterinus quàm consanguineus haberet querelam, vt omnium optimè hic locus probat, & quod indistinctè scriptum est in *d. l. fratris 1. cod.* nec minùs si honesta quàm si turpis persona fuisset instituta. Quam ob causam soleo in *dict. l. fratres* 1. c legere *querelam mouere possint* nō vt vulgo *possunt*, quomodo in prima legis parte scriptum est *arceantur* non autem *arcentur*, vt appareat vtramque legis partem esse Imperatoris non ius antiquum referentis, sed nouum per verba imperatiua, vt fieri oportuit, constituentis.

d *Similis modo & eum.* Ratio dubitandi. Qui post testamentum matris factum exsecto matris ventre extractus est, is natus non videtur, quia non tā naturæ, quàm hominum facto in lucem prodit, Sicut etiam dicimus talium esse illam pepetisse cui mortuæ filius exsectus est *l. anniculus 132. §. vlt. de verb. sign.* Atqui nō alius posthumus ad querelam admitti potest, quā qui mortis tēpore in ventre fuit, vt postea natus fuerit, vt suprà dictū est ex *l. is cui 18. ʒ. vt legat. nom. caueat.* quoniā qui numquam nascitur, is nec vnquā conceptus fuisse intelligitur, adeóq; nec is qui mortuus nascitur *l. qui mortui 129. de verb. signif.* Ergo is saltem posthumus à querela excludendus est qui non natus, sed exsecto matris ventre extractus est. Ratio decidendi. Etiā ea mulier cùm moreretur filium habuisse creditur, quæ exciso vtero filium edere potuit *l. etiam 141. eo. tit. de verb. signif.* & hic qui exsecto ventre editus est, licèt re vera natus non sit, accipitur tamen pro nato, adeò vt patris quoque testamentum rumpat si nascatur in potestate *l. quod dicitur 12. ʒ. de lib. & post.* Ergo & ad inofficiosi querelam admitti debet cōtra testamentum, siue patris, siue fratris aut cōsanguinei, aut vterini, siue etiam matris, cùm eadem & æquitatis & pietatis ratio locum in eo habeat, quæ in posthumo bene nato. Sed quod de testamento matris dicimus, exceptionem vnam habet, Nisi in puerperio mater decesserit, indéque factum sit vt non potuerit testamentum mutare, Hoc enim casu repentini casus iniquitas per coniecturam maternæ pietatis emendanda est, vt habeantur hic filius pro instituto potiùs quàm pro præterito aut exheredato, quasi sit verisimile matrem eum instituturam fuisse si per temporis &

mortis angustias ei licuisset, Nempe si alios liberos quos testamenti tempore iam superstites habebat, eo testamento heredes scripserat. Alioqui si heredes extranei scripti erant danda est querela huic filio tanquam prœterito aut exheredato, sumpta nimirum coniectura ex aliorum liberorũ prœteritione vel exheredatione, quasi non sit existimandum matrem quæ ademisset hereditatem liberis quibus vitam dederat, etiamsi maximè mutandi testamenti facultatem habuisset vnquam id consilij capturam, vt hereditatem suam ei daret qui matri ipsi si non vitam ademisset, certè mortis causam prœbuisset. Quæ species & sententia est *l. 3. C. hoc tit.* De qua scripsi pluribus in Error. pragmat. Illud tamen addendum est quod nescio an alius quisquam obseruauerit, Si mater quæ extraneis heredibus scriptis decessit in puerperio: nec testamentum suum mutare potuit, nullos testamẽti sui tempore liberos habebat, nihil causæ esse cur testamentum eius tanquam dementis & insanæ per querelã rescindi debeat Quid enim est quod possit ei imputare quæ cùm liberos nullos haberet, instituit extraneos heredes? An ergo habebitur hic filius pro instituto ex virili portione cũ extraneis, quemadmodum si fratres fuissent instituti? Minimè. Credibile enim est matrem si de hoc filio cogitasset fuisse illum prælaturam extraneis non æquaturam. Igitur habendus erit ex eiusdem constitutionis potestate pro solo instituto, Atque ita testamento manente valido, quamuis mutata sit institutio, legata nihilominùs & fideicommissa, omnia denique in eo relicta debebuntur, ita faciente voluntate testatricis, vt in specie *l. vlt. De hered. instit.* Nec egebunt auxilio Iustinianeæ cõstitutionis in Auth. *ex caus. C. de liber præter.* cùm tuta sint iure communi. Facit tamen ea cõstitutio vt minoris momenti & vtilitatis sit hæc nostra obseruatio, quàm futura esset si iure vetere adhuc vteremur. Interim notatu dignũ est quod etiam mulier posset habere posthumum, Nec tãtùm hoc casu, sed etiam alio, vt puta si cùm in ciuitate moreretur, habuit filium apud hostes, qui post eius mortem ab hostibus remeauerit *d. l. etiam 141. in fin. de verb. signif.*

1 § Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur de inofficioso egerit, (nemo enim eum repellit) & casu obtinuerit[a], non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem[b], nam intestatum patrem familias facit[c].

Ad §. 1. si quis ex his.

Ratio dubitandi. Legitima nihil aliud est, quàm portio portionis ab intestato contingentis *l. cùm quæritur 6. l. quæ nuper 31. C. hoc tit.* Ergo non alius de inofficioso agere, & ad querelam admitti potest, quàm qui sit ex his personis quæ ad intestati successionem admittũtur. Idq; adeò verum est, vt nec omnes qui possunt ab intestato succedere admittantur ad querelam, sed ea omnibus agnatis cognatisq; transuersalibus soli fratres *l. fratris 26. C. eod.* nec totius fratres omnes, sed ij tantùm qui vel ex vtroque parente coniuncti, vel saltem consanguinei sint *l. fratres 27. eod.* Nempe quoniam illis, non etiam exteris legitima debetur, nec proinde aliorũ quicquam interesse videtur, Nemo autem potest agere sine interesse, vt vulgo nostri loquuntur, & probant non malè ex *l. si de aquo 13. §. si de testamento. ff. ad SC. Treb.* R. decid. Querela inofficiosi est accusatio publica, vt dixi ad *l. 1. supr.* Ergo patet omnibus agere volentibus, vt generaliter scripserat Vlpianus in *d. l. 1.* nisi vis ei, siue à Triboniano, siue ab aliquo interprete facta fuisset. Idq; est quod idem Vlpian. hic scribit *nemo enim eum repellit* eodẽ sensu ac si scripsisset *nemo enim potest eum repellere*, vt hæc verba non tam ad factum, quàm ad ius referantur. Sed obseruandum est, quod nõdum dixi, Aliud esse agere de inofficioso, aliud verò querelã proponere. Agere de inofficioso nihil aliud est, quàm disputare de inofficioso testamento, & memoriæ testatoris impietatem obiicere, quasi fuerit impius in eos quibus pietatẽ debebat. Querelam verò proponere, est non pro alio, sed pro se agere de inofficioso, & docere se immeritum, vel præteritum vel exheredatum. De inofficioso agere ac disputare omnibus licet, At querelam proponere non nisi perpaucis. Ita fit vt multi possint agere, sed perpauci obtinere, quia quoties actio hæc proponitur per modum publicæ accusationis, nihil aliud consequi actor potest, nisi vt defuncti memoriam oneret, & suggillet, in exemplum potiùs viuorum, & in vindictam ac vltionem impietatis admissæ, quàm rei vllius persequendæ gratia, In quo differunt huiusmodi accusationes publicæ à popularibus actionibus, quæ licet cuiuis de populo competant, & quidem ita vt non tamen ideò locupletior esse videatur, qui eas habet *l. pen. §. 1. de popul. action.* suum tamen populo ius tuentur *l. 1. eo.* & consequenter cuilibet de populo, ac proinde etiã actoris si eius intersit *l. 3. §. 1. eod.* Itaque sunt rei persecutoriæ, quia per eas actor persequitur ius populi, non vindictam. At publica ista accusatio nihil nisi vindictam publicam, non ad euertendũ testamentum (interest enim non iis publicè, vt non euertatur *l. vel negare 63. ad leg. Falc. quemadm. aper. l. si pars 10. ff. hoc tit.*) sed vt defuncti cineribus & ossibus infamia & exprobratio impietatis inuratur. Neque alius eius effectus est, nisi vt accusator audiatur, non etiam vt vel condemnet, vel condemnetur, Nisi succumbat in probanda accusatione, quo casu dignus certè est, qui in litis temerariæ expensas condemnetur, Ne sit in eius potestate dum se vexat ioanibus sumptibus, vt heredem quoque scriptum & defuncti memoriam impunè vexet *l. eum quem temerè 79. sup. tit. prox* Proinde qui agunt si tales sint qui ad intestati successionem admitti possint, aut possint quidem sed non sint ex earum personarum numero quibus legitima aliqua debeatur, agunt quidem de inofficioso & iure agunt contra heredem institutum, ita vt neq; heres scriptus, neque alius quisquam possit eos repellere, sed tamen frustra agunt, quia obtinendi spem non habent cùm ad querelam ex propria persona non admittantur, quia ipsorum nihil intersit, non potest autem alius proprio nomine agere quàm cuius interest *l. 3. §. 1. d. stipulatio ista 38. alteri. de verb. obl.* neque ex persona alterius in quem admissa impietas fuit, quia vt alij deforis quam alteri *d. §. alteri*, neque ex iure totius populi, quia nihil interest populi ad quem hereditas defuncti pertineat, & interesset

Digitized by Google

& interesset potius, vt ad testamentarios, quàm vt ad legitimos heredes pertineret, fauore testamentorum, vt diximus. Deniq; plus est conqueri quàm agere de inofficioso. Agit de inofficioso quisquis conqueritur, Sed non è contrario conqueritur, quisquis agit. Multi enim agunt, vt tantùm accusent non vt ipsi pro se, aut pro aliis conquerantur. Et hi sunt qui frustra agunt, vt scriptum est in *d. l. fratris 21. C. hoc tit.* (quæ hãc nostram distinctionem omnium apertissimè atque elegantissimè probat) qui que perinde frustra agerent, siue pro se ipsis, siue pro aliis cõqueri vellent *d. l. 1. sup.* At ij qui sic agũt vt conquerantur se immerentes præteritos vel exheredatos, non agunt frustrà si modò intentionem suam probent, & hoc ipso locupletiores esse intelligantur, quoniam agunt cum spe obtinendæ non per victoriam sed post victoriam vel hereditatis vel bonorum possessionis: In quo meliùs cum iis agitur, quàm cum iis quæ popularem tantùm actionem aliquam exercent, qui etsi non frustra agant sed obtineant, nihilo magis tamen locupletiores esse intelliguntur *d. l. pen. §. 1. de popul. act.* quia nempe nihil pro se obtinent, sed tantum pro populo cuius vtiq; ius tuentur. Obserua autem esse hæc tria differentia. Nihil agere, frustra agere & malè agere *l. vnic. in fi. inf. quand. dies vsusf. leg. ce. ed.* Qui enim agit tanquam vnus de populo non malè agit cùm nemo eum repellat nec possit repellere, Nec tamen nihil agit, quia notat & suggillat existimationem defuncti licèt non euertat ipsius testamentum, Sed tamen frustra agit quoniam agit sine spe obtinendi, nisi aliquo casu fiat vt obtineat, quomodo sequitur in hoc textu.

a *Et casu obtinuerit.* Ratio dubitandi. Nõ potest valere sentẽtia quæ contra ius certum lata est & contra leges *l. si expressim 19. sup. de appell.* Atqui ius certum est nõ alios posse in querela obtinere, ne quidem ad hoc tantum vt paterfamilias fiat intestatus quàm qui possunt admitti ad querelam proprio iure: id est quibus legitima portio debetur vt modò probauimus. Ergo si quis ex his personis quæ nec ad legitimã successionem nec ad legitimæ portionis petitionẽ admittũtur de inofficioso egerit, & casu obtinuerit, qui iure obtinere nõ potuit, nõ potest ea sententia tanti esse roboris & momẽti vt patremfamilias faciat intestatum. Ratio decidendi. Res iudicata pro veritate habetur *leg. res iudicata 208. de reg. iur. l. ingenuum 25. de stat. hom.* nec de alio quærẽdũ est postquàm iudicatum fuit quàm quid iudicatum sit etiamsi per errorẽ aut ambitionem malè iudicatum proponatur, quia vtilitas publica exigit vt ea sit autoritas rerum iudicatarum, Ne alioqui nullus sit futurus litium finis *l. seruo 65. §. cum prætor j. ad SC. Treb. l. si per imprudentiam si de euict. l. exceptione 67. j. de fideiuss.* Atqui hoc colore agit quisquis agit de inofficioso, quasi nõ sanæ mentis fuerit testator cùm suprema ordinaret *l. 2. & 5. sup.* vt proinde faciat patrẽfamilias intestatum. Ergo si actor casu obtinuerit etiamsi obtinere non debuisset, omnino consequens est vt perinde faciat patremfamilias intestatum, ac si iure suo ad querelã admitti potuisset. Neque sententiæ vires lædere illud potest quod contra ius & leges reddita videãtur. Ea demum namque sententia contra leges aut cõstitutiones specialiter reddita ipso iure nulla est quæ de iure ipsius legis aut constitutionis, nõ quæ de iure ipsius litigatoris reddita fuit *l. 1. § itẽ si contra j. quæ sent. sin. app. ll. rescind.* Ponimus autẽ hanc

de qua tractat Vlpianus, de iure tantùm litigatoris redditam fuisse quasi esset ille ex eorum numero, qui ad querelam inofficiosi legitimæque petitionem admitti debuerunt.

b *Nõ est prosit victoria sed his qui habẽt ab intestato successionẽ.* Ratio dubitandi. Regula iuris est, res inter alios actas vel iudicatas aliis nec prodesse nec nocere *l. 1. & tot. tit. C. int. alios act. vel iud. aliis nõ nocer.* Atqui ponimus iudicatum fuisse inter heredem & eum solùm qui ad successionem intestati admitti non potuit, nec proinde ad querelam. Ergo etiamsi casu obtinuerit, victoria quæ ipsi prodesse non potest, multo minus debet prodesse cæteris qui nec egerunt nec obtinuerunt, & quibus æquè nihil noceret si hic qui egit fuisset condemnatus. Ratio decidẽdi. Sententia quæ in accusatione & querela inofficiosi pro actore redditur, afficit ius ipsum testamẽti ex persona testatoris Nec enim aliud Centũuiri pronũciãt, nisi hoc ipsum quod intẽdit actor quisquis agit de inofficioso, Testamẽtũ scilicet nõ valere, tanquã ab eo factũ, qui cùm suprema ordinaret demẽs fuerit & furiosus. Atqui testamentum nõ magis valere potest quod ad eos qui nõ egerũt, quàm quod ad eum qui egit. Est enim ius testamẽti indiuiduũ, Nec enim fieri potest vt testator pronũcietur furiosus quin pro tali habendus sit quod ad omnes, quia sicut cuiusq; persona ipsa indiuidua est, ita & ius ac condicio personæ. Vnusq; hic casus est ex iis in quibus sententiã inter quosdã latã necesse est facere ius inter omnes, sc. quoties lata fuit super statu, & cõditione personæ *l. ex ea causa 9. sup. de postul. l. de ætate 43. sup. de minor.* Dummodo reddita sit cũ legitimo cõtradictore ac citra collusionẽ *l. si suspecta 29. j. hoc tit. l. si per clusoris 14. in pr. & §. 1. j. de appellat.* In proposito autẽ ponimus redditam fuisse sententiã cum legitimo contradictore id est, cum herede qui solus in hac causa legitimus cõtradictor est, vtpote ad quẽ pertineat nõ minùs memoriã defuncti & testamẽtũ ipsum quàm hereditatem tam à se aditam defendere *l. Papinianus 8. § si condicioni j. l. si quis filium 34. in fin. C. eod.* Ergo mirum nõ est victoriã actoris quo casu obtinuerit, quãuis prodesse ipsi nõ possit, quia nõ est ex iis qui ad intestati successionẽ admittũtur, prodesse tamẽ cæteris successoribus legitimis. Quid enim aliud dici aut sequi potest facto patrefamilias intestato nisi vt hereditas proximo cuiq; ac legitimo successori deferatur, tametsi de eo iudex neq; pronũciauerit quicquã, neq; pronũciare potuerit. Fit igitur hoc nõ principaliter: sed per necessariã consequentiã, nec tam videtur hoc casu acquiri hereditas aut ius habẽdæ hereditatis legitimo successori per liberã actoris personã quàm aliquid ex ordine fieri, quo modo in specie quãuis dissimili ratiocinatur I. C. in *l. cùm vnus 12. j. de reb. aut. iud. poss.* Ex hoc verò apparet quàm falsò sit quod I. Cuiac. & alij nõnulli scripserũt, Querelã inofficiosi esse veluti petitionem quãdam hereditatis. Nã si ita esset, vtiq; hereditatẽ sẽper obtineret is qui vinceret siue casu vinceret siue iure, & cõsequẽter rei iudicatæ autoritas faceret vt ad eum non ad alios vllos hereditas pertineret. Pronũciandum enim esset hereditatem ipsius esse, quæ pronunciatio excluderet, Nullius ergo alterius esse posse *l. si inter me 15. inf. de excep. rei iudic.* Verius itaque est querelam inofficiosi non esse petitionem hereditatis, nec iudicium aliquod vniuersale aut singulare per quod res aliqua petatur, sed tantùm esse accusationem, querelam &

expostulationem de impietate testatoris, vt testamentũ ipsius pronuncietur nullum tanquã factum à furioso & demente, nulla tamen de hereditate ipsius facta mentione. Vbi verò ita pronunciatum est, tum incipit locus esse petitioni hereditatis ab intestato, Cuius proinde petitionis præparatorium est iudicium querelæ, quia quandiu testamentum subsistit, fieri certè nequit vt hereditas legitima & ab intestato vlla sit, nec vt ad aliũ pertineat, quàm ad heredem testamentarium, à quo & aditam eam fuisse probendum est vt querela exerceri possit. Etsi non nego posse eum qui de inofficioso queritur simul petere hereditatem dummodo faciat subordinatè. Et ita intelligo quod scriptum est in *l. qui de inofficioso 20. §. l. filium 20. § sed quemadmodum bonor. poss. contr. tab.* Ideoq; benè Tribonianus ab vniuersalibus iudiciis inchoaturus quæ sunt De petitione hereditatis præposuit huic titulũ De inofficioso testamento, vt præcederet sicuti querela præcedit hereditatis petitionem. Neq; huic nostræ sententiæ obstat *l. 1. C. h. t.* vt ex iis constat quæ de illius legis sententia scripsimus *lib. 17. Coniect. cap. 1.*

c *Nam intestatum patremfamilias facit.* Ratio dubitandi. Querela non potest proponi nisi post aditam ex testamento hereditatem quia nec ante nascitur *l. Papinianus 8. §. si condicioni infr. l. si quis filiũ 34. in fin. C. eod.* Atquin is qui semel ex testamento heres fuit non magis potest desinere esse heres quã qui ab intestato *l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus sup. de minor. l. ai qui soluẽdo 88. de her. inst.* Nec rursus potest dici quisquam intestatus, qui ex testamento heredem habet *l. 1. infr. de suis & legit. l. intestatus 64. de verb. sign.* Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas in perpetuum rata constituitur *l. si patroni 55. §. qui fideicommissum ad SC. Trebell.* Ergo fieri non potest vt querela testamenti inofficiosi faciat patremfamilias intestatum.

Ratio decidendi. Proponitur querela hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit testator cùm testamentum tam iniquè ac impiè ordinaret *l. 2. & l. 5. supr.* Nec potest pronunciari pro actore quin hoc ipso colore testamentum rescindatur, & pronuncietur non valere tanquam factum à demente & furioso. Atqui non potest fieri vt quisquam heres sit aut maneat ex eo testamento quod nunquam valuisse retrofingitur. Quo enim momento & instanti valere potuit, quod factum creditur à furioso? Necesse igitur est hoc casu vt contra iuris regulam heres esse desinat is qui aliquando heres verè fuit. Nam & aliis quibusdam casibus euenit *l. in substitutione 31. l. ex facto 43. §. vlt. infr. de vulgar. & pupill. sub.* Neq; hoc potestate aliqua iuris fieri existimandum est, sed potius per impotentiã iuris, vt nobis videmur non insubtiliter docuisse & probasse *Decad. 27. De error. pragm.* vbi vide. Et iunge quæ scribã ad *d. §. si conditioni & ad l. circa 24. infra.*

2 ¶ Si quis instituta accusatione inofficiosi, decesserit: an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, (quod & quibusdam rescriptis significatur) si post agnitam bonorum possessionem decesserit[a], esse successionem accusationis[b]. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen cœpta controuersia, vel præparata[c]: vel si, cùm venit ad mouendam inofficiosi querelam[d], decessit, puto ad heredem transire.

Ad §. 2. Si quis instituta.

Ratio dubitandi. Inofficiosi testamenti querela non tam actio est merè ciuilis quàm accusatio quædam, eáq; quodammodo publica vt dixi ad *l. 1. sup.* & ita in hoc ipso §. appellatur & alibi sæpe, Vt appareat non ad rei persecutionem eam pertinere, sed ad vindictam & vltionem, cùm per eam nihil aliud petatur, nisi vt pronuncietur, testatorem fuisse dementem & furiosum cùm suprema ordinaret, ideóque nec testamentum facere iure potuisse *l. 2. l. 5. supr.* Ideóque dicitur similis actioni iniuriarum & ad eam proximè accedere *l. 1. §. sed si putat infr. si quid in fraud. patron.* Atqui neque actio iniuriarum, neque alia vlla quæ ad vindictam pertineat transit ad heredem, sed eæ tantùm quæ rei persecutionem continent *l. si quis enim 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution.* nisi facta sit perpetua & transitoria per litis contestationem, quamuis ille qui iniuriam passus est probetur eam ad animum suum reuocasse. Sola enim contestatio effectum hunc habere potest, vt actionem perpetuet, quæ alioqui tempore fuerat peritura vel morte, *l. alsam 39. infr. de nouat. l. omnes pœnales 26. l. constitutionibus 33. inf. de obl. & act. iũct. l. in honorariis 35. eo.* Ergo nec querela inofficiosi testamenti ad heredem transire potest, quantumuis fuit præparata, si non etiam fuerit contestata. Ratio decidendi. Querela inofficiosi testamenti, quatenus quidem accusatio est, nihil nisi vindictam continet, ideoq; nec transmittitur ad heredem nisi contestata: Quanquam nec cùm contestata est, ... quequàm tamen attinet de transfusione quærere cùm pateat cuilibet de populo quasi accusatio publica, nec minus heredi quàm defuncto, nõ tanquam heredi, sed tanquam ei cuius interfuit vt & alterius cuiuslibet nõ violari à quoquã officia pietatis: Sed quatenus proponitur ab eo qui ius habet cõquerẽdi propterea quod aut nihil ei relictũ sit, aut minus legitima, cùm ipsi legitima deberetur, habet quodammodo rei persecutionẽ, tanquam præparatoria & vt nostri loquuntur, ordinata ad petitionẽ hereditatis, quã exercere nullomodo potest is qui testamẽto inofficioso præteritus vel exheredatus fuit, quousq; querelã proposuerit, & in ea obtinuerit, vt dixi ad §. præcedentẽ. Proinde cùm sola querela ei auxiliũ adferre possit, videtur ex hac parte tã fauorabilis esse querela quàm petitio hereditatis, & proinde transmissibilis ad heredẽ, Ne alioqui denegata eius trãsmissione, impediatur etiam trãsmissio petitionis hereditatis quæ tamẽ sui natura trãsmissibilis est, vt & cæteræ actiones ciuiles, quæ nõ pœnã persequũtur *l. 3. §. de pet. her.* At quoniã ex alia parte querela accusatio est, & ad vindictã pertinet, ideoq; nec trãsmitti deberet ante cõtestationẽ, placuit têperamẽtũ, vt hæc actio tãquam partim vindictæ partim rei persecutoria nõ trãsmittatur ad heredẽ nisi præparata, trãsmittatur autem præparata quamuis non contestata. Sed hoc quoq; vt & alia pleraque circa ius vetus querelæ inofficiosi Iustinian. correxit, Constituit namq; vt querela etiam non præparata transmittatur ad suos posteros, ad extraneos verò non itẽ in *l. scimus 36. in fi. C. h. t.* Nõ tamen adeò generaliter vt possit indistinctè dici hodie querelam non præparatã trãsmitti ad posteros. Sed tantùm in casu d. l.

d. l. scimus, id est cùm heres distulit aditionem vt differret querelam atque interim decessit is qui potuisset queri si adita hereditas fuisset. Quamquam non video qua ratione motus Iustinian. ità constituerit & distinxerit, cùm quod sequitur in eadem lege ostendat nihil impedire quominùs etiam ante aditionem querela præparetur, quamuis interim proponi non possit.

a *Si post agnitam bonorum possessionem decesserit*. Ratio dubitandi. Omnes bonorũ possessiones aut ex testamento sunt aut ab intestato *§. sunt autem Insti. de bon. poss. l. 1. ff. si tabul. testa. null. ext. tab. vnd. liber.* Atquin is qui præteritus vel exheredatus est neq; bonorũ possessioné ex testaméto petere potest, in quo nõ fuit institutus; neq; ab intestato priusquàm ꝓposuerit querelã & obtinuerit, quia quãdiu testaméntũ subsistit, nõ defertur ab intestato bonorũ possessio vt nec hereditas *l. quandiu 39. l. in plurib. 70. de acqui. her. l. quandiu 89. de reg. iur. l. 2. C. vnd. liber. l. antequam 8. C. commun. de success.* Ergo præposterũ est vt qui decessit ante propositã querelã decesserit post agnitã bonorũ possessioné. Ratio decidendi. Hæc bonorũ possessio nõ est similis cæteris quæ faciunt bonorũ possessores iisq; dominium saltem bonitariũ tribuunt rerum omniũ hereditariarum, vt in omnibus sint illi loco heredũ *l. 1. 2. & 3. ff. de bon. poss.* sed habet propriã & specialé quãdam naturam, nec vllũ aliud ius tribuit, quàm vt is qui eam impetrat à prætore fiat hoc ipso capax proponendæ querelę cuius alioquin esset incapax: Et idcirco bonorum possessio litis ordinãdę gratia appellatur à Papiniano & Vlpiano in *l. Papinianus 8. §. 1. ff. h. t.* Estq; potissimùm necessaria iis qui iure ciuili sunt incogniti, puta emancipatis & cognatis quos solus prætor ad successioné vocat, *l... de bon. poss. cont. tab. l. 1. vnd. cognat.* quiq; ideò suo iure non possent admitti ad querelã inofficiosi testaméti quæ tota iuris ciuilis est. Nã cæteris quos ius ciuile agnoscit non necessaria ista bonorum possessio, vt ex Paulo subiicitur in *l. prox. seq.* Et tamé si ea vti velint nõ prohibétur, sicut & cæteris bonorũ possessionibus vti possunt in emancipatorũ gratiã comparatis, Ne alioqui dici possit prętoré iis qui manserunt in potestate minùs quàm emancipatis fauere voluisse, cùm tamen nec emancipatis faueat alio colore quàm quasi semper manserint in potestate, rescissa nimirũ emancipatione *l. 3. § si emancipatus l. non putauit 8. §. vlt. & pass. de bon. poss. cont. tab. l. is qui 15. & seq. de leg. præst.* Siue auté suus heres exheredatus, siue emancipatus hanc bonorum possessionem litis ordinandæ gratia petierit, litem iam præparasse videtur, nec ideò tamen heredis loco esse dicitur nõ magis ab intestato quàm ex testamento quousq; vicerit in querela: Vbi autem vicerit perinde ei necessaria erit bonorum possessio. Vnde liberi ac si nullã prorsus bonorum possessionem accepisset. Nam querelæ victoria nihil aliud ei adferre potest, nisi vt paterfamilias decesserit intestatus. Quæ res etsi sufficere potest filio qui mansit in potestate, vt tanquã suos heres succedat ipso iure *l. in suis 14. ff. de suis & legit. l. si filius 16. de liber. & post. l. vlt. de cond. inst.* non potest tamen sufficere emancipato, qui omnino indiget bonorum possessione vt heredis loco possit *l. emancipata 4. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss.* Dices, Quid ergo prodesse potest bonorum possessionem istam litis ordinandæ gratia impetrari à prætore, cùm querela iuris ciuilis sit, vt diximus, nõ prætorij? Respõdeo, Prætoré sicuti reperat aspernatẽ iuris ciuilis cùm dat bonorũ possessioné cõtra tabulas emãcipatis, qui ad hereditaté patris legitimam aspirare iure ciuili nullomodo possent, Ita & iis prospicere illo casu quo necessaria sit querela ad obtinendã bonorũ possessioné, vt quãuis sint incogniti iure ciuili, perinde tamen admittantur ad auxilium iuris ciuilis, ac si nõ essent emancipati. Non quidé vt perinde fiant heredes, sed vt perinde possint & proponere querelã & vincere, posteà per iura bonorũ possessioné vt fiant saltẽ bonorũ possessores qui heredes fieri nunquã possunt. Quæ ratio & senteñtia est *l. 2. C. hoc tit.* Ideo auté necesse fuit, vt Prætor in hunc specialiter casum emancipatis prouideret, quia cùm sint exheredati non aliter possunt quàm per querelam ad bonorum possessioné Vnde liberi peruenire: quandoquidem non putauit prętor exheredatione notatos liberos ad bonorum possessioné cõtra tabulas admittẽdos, vt neq; iure ciuili turbãt illi testamenta parentũ vt ea consistere nõ patiantur, sed tamé in ipsorũ arbitrio relinquit vt proponant inofficiosi querelam si velint *d. l. non putauit 8. in princ. de contr. tabul.* Cùm igitur ipsis necessaria sit querela, necesse fuit etiam prouideri vt ad querelã admitti possent, & quidé beneficio prætoris, siue tanquã ministri, siue potiùs tanquam emendatoris asperitatũ iuris ciuilis, cùm tale beneficiũ à iure ciuili sperari aut expectari nullum posset. Fuit auté iis necessaria hæc bonorũ possessio litis ordinãdæ gratia nõ ad proponẽdã querelã iure accusationis tãtûm (cur enim hoc emancipatis denegaretur, quod cuiuis ciui Romano volenti de inofficioso disputare, conceditur?) sed vt agant suo nomine nec frustra ac cũ spe obtinẽdi, bonorũmq; possessioné tandé accipiendi. Ex quo apparet prætoré nõ tam facere istos capaces remedij iuris ciuilis, quod certè facere non potuit, quàm hoc iis tribuere vt auxiliũ iuris ciuilis ad quod alioqui possunt admitti iure communi tanquã ciues Romani, possit iis prodesse ad victoriã & ad obtinẽdã postea Vnde liberi bonorũ possessioné. Nam si ad accusationé admitterẽtur tanquã ciues Romani tantùm nõ etiã tanquã liberi agerẽt quidé adeoq; sine auxilio prætoris, sed agerẽt frustra, seq; inanibus litibus vexarẽt, vt alij de quibus in *l. 1. sup. & l. fratris 21. C. eo.* Prodest igitur iis bonorũ possessio litis ordinãdæ gratia nõ tã vt possint agere iure omnib. cõmuni, quàm vt appareat eos agere iure proprio & tanquã liberos quibus prætor intestato patrefamilias facto per querelã daturus sit bonorũ possessioné Vnde liberi. Ita fit vt si succũbant in querela inutilis reperiatur hæc bonorũ possessio & sine re, id est sine vllo effectu. Nã & ex cęteris bonorũ possessionibus quas prætor dare solet, quædã sunt cũ re, quædã sine re, vt Vlp. tractat in *fragment. tit. de bo. poss.* Illum sanè effectũ videtur habere hæc bonorũ possessio qué & omnes cæteræ vt rescindat eam capitis diminutioné quæ cõtigit per emãcipationé vt in *l. 3. §. si emancipatus de bon. poss. contr. tab.* vtq; exinde filius emancipatus pro filio suoq; herede haberi debeat, qui antea non nisi pro extraneo habebatur. Quoties enim prętor emãcipatos vocat non alio colore vocat quàm quasi semper in potestate manserint nec vnquam fuerint emãcipati. Emancipati præteriti alia ratio est: Habet enim hic auxilium bonorum possessionis contra tabulas, quia eius præteritio non habetur pro exheredatione, Nempe quia cùm iure ciuili habeatur penitus pro extraneo *l. quintiam ... in fin. de rit. nupt.* non

nisi ineptè potest exheredari qui extraneus est *l. quidam cum filium 132. ʒ. de ver. obl.* Nisi cùm testator eum expressim exheredando, ostendit se habere illum pro filio, sed ingrato.

b *Esse successionem accusationis*, id est transmitti accusationem & querelam inofficiosi testamenti ad heredem illius qui bonorum possessionem litis ordinandæ gratia acceperat: vt possit ille prosequi litem eodem iure quo defunctus posset si viueret. Alioqui si de nuda & simplici accusatione inofficiosi testamenti locum hunc intelligeres, nulla trāsmissione indigeret heres, qui ex suo capite, ac tanquam alius quilibet ciuis Romanus accusationem nouam inchoare posset, quo tamen casu frustra ageret, cùm ponamus talem eum esse cui nulla ex proprio capite legitima debeatur, ac proinde qui ad querelam proprio iure admitti nullo modo possit. At ne frustra agat, indiget auxilio transmissionis, per quam fiat vt appareat litem eum persequi ex persona defuncti qui cùm esset ex eorum numero quibus legitima debebatur, & victoriam sperare poterat, & obtenta victoria, hereditatem legitimam defuncti, aut bonorum possessionem ab intestato.

c *Iam tamen cœpta controuersia vel præparata.* Potest enim controuersia incipi vel præparari variis modis etiamsi nulla sit petita bonorum possessio litis ordinandæ gratia, vt ex Paulo subiungitur in *l. seq.*

d *Vel sicum venit ad mouendam inofficiosi querelam.* Ratio dubitandi. Potest quidem moueri controuersia ante litem contestatam *l. sed etsi lege 25. §. si ante ʒ. de her. pet.* At vt videatur quis mouisse controuersiam hoc ipso quod venit ad eā mouendam, difficile sanè est, cùm potuerit in re tanti momenti mutare consilium & malle iacturam hereditatis facere, quàm defuncti fortasse patris memoriam suggillare. Ratio decidendi. Sufficit ad præparandam querelam, vt aliqua ratione appareat eum cui per inofficiosum testamentum irrogata est iniuria præteritionis vel exheredationis, eam iniuriam ad animum reuocasse, nec per dissimulationem remittere voluisse, quoniam hæc actio non tantùm ad vindictam pertinet, sed etiam ordinata est ad rei persecutionem, id est ad petitionem hereditatis, vt supra diximus. Adeò vt sufficiat quòd is qui de inofficioso queri potuit comminatus fuerit accusationem, id est se vsurum querela, vt scriptum est in *l. seq.* Arqui plus facit is qui etiam ad Centumuiros venit vt iudicium hoc centumuirale exerceat, quia non tantùm verbis, sed etiam factis voluntatem hic suam declarauit *l. non tantum §. infr. rat. rem haber.* Nec facilè credendus est fuisse mutaturus voluntatem arg. *l. cum qui 22. De prob. inf. l. non ad ea 89. de cond. & demonstr.* Omnes enim sibi malunt bene esse quàm alteri, Cùm que is qui tanquam ingratus vel præteritus, vel exheredatus fuit, præter iacturam patrimonij quod à defuncto spectabat suæ quoque existimationis non leue damnum patiatur hoc ipso quod erga defunctum ingratus & impius fuisse creditur, vix est vt quisquam reperiatur tam modestus qui non malit eam impietatis notam & accusationem in defunctum ipsum retorquere, præsertim cùm ex eo futurum speret vt non tantùm illæsam existimationem reuocat, sed etiam hereditatis vel bonorum possessionis commodum sibi suisq; acquirat. Ergo is qui de inofficioso conqueri potuit, venerit ad mouendam inofficiosi querelam, poterit hoc sufficere ad eam in heredem transmittendam, licèt ante motam decesserit.

7. Pavlvs libro singulari de Septemuiralibus iudiciis.

Qvemadmodum præparasse litem quis videatur, vt possit transmittere actionem, videamus. Et ponamus in potestate fuisse cum [a], vt neque bonorum possessioni necessaria, & aditio hereditatis superuacua sit. is si comminatus tantùm accusationem fuerit [b], vel vsque ad denunciationem [c], vel libelli dationem [d] præcesserit, ad heredem suum accusationem transmittet. Idque Diuus Pius de libelli datione, & denunciatione rescripsit. Quid ergo si in potestate non fuerit? an ad heredem actionem transmittat? & rectè videtur litem præparasse [e], si ea fecerit, quorum supra mentionem habuimus.

Ad l. quemadmodum 7.

Placet quod primùm in huius legis inscriptione doctissimus I. C. Dionysius Gotthofredus emendat, legitque *Centumuiralibus* pro eo quod vulgo *septemuiralibus*. Septemuiralia enim iudicia nulla fuerunt. Centumuiralia verò multa, inter quæ hoc maximè de quo agimus, vt constat ex *l. Titia 13. inf. hoc tit.* Est autem hæc lex appendix & interpretatio quædam §. *vlt. leg. praced.*

a *Et ponamus in potestate fuisse eum.* Probat elegāter nec minus euidenter hic locus quod scripsimus ad §. *vlt.* legis præcedentis, Bonorum possessionem litis ordinandæ gratia non fuisse comparatam nisi in fauorem emancipatorum qui non aliter ad querelam cum obtinendi spe admitti posse videbantur, Nec eo minùs tamen posse illam vtilem esse liberis in potestate retentis si fuerint exheredati. Ait enim Paulus neque bonorum possessionem istis necessariam & hereditatis aditionem superuacuam esse quod postremum scriptum etiam est in *l. in suis 14. ʒ. De suis & legit.* Ex quo apparet nō prohiberi suos heredes quominùs adeāt exēplo extraneorū si velint, sed eā aditionē fore superuacuam cùm sint ipso iure ac statim heredes *l. 1. §. qui sunt in potestate ʒ. si quis omiss. caus. testa.* Potest tamen aditio illa effectū aliquē habere eūmq; magnū. Vt scilicet nō possit suus heres se abstinere quomodo potest quādiu se nō immiscuit *l. necessariis 57. de acqu. her.* Quamquā immixtio sanè dicenda illa est si benè ac proprie loqui volumus. Sicut & abstētio dicitur in suis heredibus quæ in extraneis repudiatio, vt sæpius alibi & scripsimus & scribemus. Cæterū qui se dicit adire, vtiq; satis se immiscet arg. *l. cum bonis 85. de acqu. her.* Nec proinde beneficiū vllum abstinēdi habet, nisi pupillus proponatur *d. l. necessariis l. pen. de autor. tut. l. ex contractu 43. ʒ. de re iud.*

b *Si comminatus tantum accusationem fuerit.* Ratio dubitandi. Etiam qui aduersarium in ius vocauit & fide iussorem iudicio sistendi causa accepit, nondum agere dicitur, sed tantùm agere velle *l. amplius 15. infr. rat. rem haber.* Ergo multo minus videri potest cœpisse aut agere cœpisse is, qui

accu-

accusationem tantum comminatus fuit. Nec enim comminatio etiam iudicis disponere quicquam solet *l. ad Commun. 4. post. program. vim leg. non habe.* Ratio decidendi. In eo qui suus heres est ipso iure nisi abstineat, hereditas cum suo nomine ab hereditate, facilius est vt querelam præparasse videatur, quoniam ferè iudicio voluntatis, propterea quod iniuria quæ ei fit per exheredationem grauior est quam quæ fit extraneis *l. in suis 11. de liber. & post l. 1. § largiter de succ. edict.* Sufficit ergo vt accusationem fuerit comminatus, cùm ex ea comminatione appareat, voluisse illum ius suum exequi, non stare iudicio patris: quemadmodum è contrario qui quoquomodo iudicium defuncti adprobasse conuincitur, ad querelam inofficiosi redire postea numquam potest, siue ante, siue post motam querelam ea adprobatio facta sit *l. si ponas 23. § 1. l. qui. § vlt. & l. vlt. § h. t. l. cum mot. 16. C. de trans. & V. sup. ea denunciationem.* Solebat enim denunciatio præcedere actionem, & vetere lingua condictio dicebatur, Vnde & personales actiones, condictionum nomen sumpserunt *§ sic itaque. Inst. de action.* Ratio dubitandi Denunciationes istæ & condictiones solebant præcedere vocationem in ius fierique simul cum actionis editione, de qua scripsimus ad *l. 1. sup. de edend. & ad l. sed etsi sup. tit. 1.* Atqui omnium actionum instituendarum principium ab ea edicti parte proficiscitur quæ est de in ius vocando *§ omnium Inst. de pæn. tem. litig.* Ergo nondum incipit agere qui processit ad denunciationem. Ratio decidendi. Plus est agere, quàm præparare actionem, & consequenter facilius est vt præparata quàm vt inchoata actio esse videatur. Qui denunciat non quidem agit, nec incipit agere, sed tamen præparat actionem & querelam, quod sufficit vt querelam transmittere possit ad heredem. Et ita Diuus Pius rescripsit.

d *Vel libelli datione.* Ratio dubitandi, Sola libelli oblatio non facit contestationem *l. 1. C. de lit. cont. & at* ne quidem vocationem in ius *l. libertus 10. § 5. de in ius voc.* Ergo qui libellum dedit, non idcirco actionem inchoasse videri potest. Ratio decidendi. Aliud est actionem inchoare, aliud verò præparare, Qui libellum offert actionem quidem non inchoabat Pauli temporibus, & iure Pandectarum, sed tamen præparabat. Hodie non tantum præparat sed etiam inchoat. Ex *Nou. 53. de exhib. & intro. reis cap. 3. § illud quoque;* vnde sumpta est *Aut. offeratur C. de lit. contest.* Etsi oblatio libelli quæ hodie in vsu est, longè alia esse videtur, quàm de qua Iustinianus dicto loco, & longè diuersos habere effectus. Supplet enim vicem editionis actionis, & in ius vocationis quam olim fieri necesse erat.

e *Et recte videtur litem præparasse.* Ratio dubitandi. Minor iniuria fit filio emancipato cùm exheredatur quàm suo heredi, cùm per emancipationem iam quodammodo sit eiectus extra familiam patris, factusque omnino extraneus *l. quinquaginta 55. in fi. de rit. nup. iunct. l. in suis 11. de liber. & posth. l. 1. & tot. tit. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Ergo difficilius est in persona emancipati quàm in persona sui heredis exheredari vltionem & querelam inofficiosi præparasse videatur. Nec proinde quod Diuus Pius rescripserat in persona sui heredis, & ipsius fauore, debuit tam facilè trahi ad emancipatum, qui certè minus fauorabilis est. Præsertim quandiu non impetrauit bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, per quam emancipatio restituitur secundùm ea quæ diximus ad *§ vlt. legis* præcedentis. Ratio decidendi. Filius emancipatus, etiam post emancipationem est verè filius manet. Neque enim ciuilis ratio naturalia sanguinis iura

potest corrumpere *l. eas 8. sup de capit. minut. l. iura sanguinis 8. de reg. iur.* Vnde est quod in fideicommissum familiæ relictum sit, ij quoque qui postea emancipati fuerunt nihilominus ad fideicommissum admittuntur *l. peto 69. § vlt. de leg. 2.* Inde est quòd non minus insanus & furiosus videri debet pater qui filium emancipatum immerentem exheredauit, quàm qui suum heredem, cùm hoc ipso quod eum exheredauit, ostenderit satis habere se illum pro filio non pro extraneo; Siquidem extraneus non nisi ineptè exheredatur, vt dixi ad *d. § vlt. ex l. quidam cùm filium 132. de verb. obl.* Quidni ergo tam fauorabilis erit filius emancipatus quàm suus heres, siue quantum ad exercendam querelam, siue quantum ad præparandam? Nam etsi decessisset ante impetratam bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, in eo tamen fuit vt potuerit impetrare, fuerit que in petitatus. Cùm sit ea bonorum possessio ex numero earum, quæ sunt edictales non decretales, & quæ dantur de plano ac sine causæ cognitione, quomodo & cæteræ quæ possunt esse fine re vt alibi scripsi. Si quis tamen diceret totam hinc adiectionem ab illis verbis *Quid ergo si in potestate non fuerit* Triboniani esse diceret respicientis ad Iustiniani constitutionem in *l. si mis 36. in fi. C. hoc tit.* vbi fauore filij indistinctè constituit, vt in specie illius legis, hoc est herede scripto aditionem differente filius interea decedens siue suus sit, siue emancipatus transmittat querelam ad suam posteritatem, id est ad descendentes, Ad extraneos verò ita demum si antiquis libris insertam fecerit præparationem, is meo iudicio non valde aberraret. Credibile enim est Tribonianum eius constitutionis memorem ius antiquum componendo, aut hunc ipsum Pauli locum in manibus habentem eo tempore quo constitutionem illam dictabat, id egisse vt quemadmodum vno capite constitutionis fauebat filio in transmittenda querela etiam non præparata, ita etiam alio capite faueret quatum posset in ea præparanda, vt faciliùs minoreque incommodo præparata intelligeretur, reformato hactenus iure vetere vt quod in solo filio qui iam in potestate mansisset, constitutum fuerat & rescriptum à Diuo Pio, id ille benigna interpretatione produceret etiam ad filium emancipatum. Alioqui non facilè possum mihi persuadere parem hac parte fuisse sui & emancipati filij causam, quæ in cæteris ferè omnibus fuit dissimilis Nec nisi de filio in potestate retento rescriptum fuisse Diuum Pium, aut quæsitum Paulum si non fuisset in hac quæstione separandus filius in potestate ab emancipato. Præter id quod ea locutio *si ea fecerit quorum supra mentionem habuimus* parum elegans mihi videtur, digniorque Triboniano quàm Paulo. Sed & illud mihi suspectum est quod de sola accusationis comminatione hic scriptum video. sufficere illam ad querelæ præparationem. Nam quod à Diuo Pio rescriptum fuit de libelli datione & denunciatione, vt filius in potestate si ad denunciationem vsque vel libelli dationem processerit (sic enim legendum est non *præcesserit*) hoc ipso litem præparasse videtur, innuit non obscurè nihil tale vnquam rescriptum fuisse de comminatione, nec posse comminationem sufficere si non sit processum ad vlteriora, id est ad denunciationem aut libelli dationem, quæ ambo comminationem sequi solent non præcedere. Quòd si etiam sola comminatio posset sufficere, debuerat Paulus vt solet, à casu minus dubitabili progredi ad dubitabiliorem, & ita incipere ab eo casu quo facta fuisset vel denuncia-

Digitized by Google

tio, vel libelli oblatio, & deinde ad illum venire quo nuda comminatio interuenisset. Quis enim dubitationi locus relinquebatur an denunciatio sufficeret vel oblatio libelli, si comminationem solam sufficere certum erat? Solent enim comminationes istæ fieri non solùm extra iudicium, sed etiam absente patre. Quid verò facilius, ita posito iure, quàm vt inueniantur post filij mortem testes, qui adfirment se audisse dicentem filium velle se de inofficioso agere contra patris testamentum? Atque ita semper præparata querela intelligeretur vt etiam ad extraneos heredes transmittatur quocunque casu, quod certè fuerit periculosum, arg. *l. Diuus Traianus 24. in fin infr. de testam. milit.* Quare siue Pauli, siue Triboniani ea quoque adiectio sit, non aliter admittendam eam putarem quàm si comminationem testatò factam esse probaretur, vt appareret non modò verè, sed etiam seriò factam fuisse potiùs quàm per vanam iactantiam, quomodo plerunque sermonibus fieri solere nemo nescit arg. *d. l. Diuus.* Denique paullatim facilè in hanc sententiam venio, vt putē totam hanc legem Triboniani esse, Pauli nomine vt & aliàs & alioū quoque Iureconsultorum passim solet abutentus. Digna enim videbatur sicut rescripto Diui Pij, ita & Iustiniani autoritate, Quando & quemadmodum præparasse litem quis videretur. Ideòque nec prætermisit Tribonianus verbum illud *videamus*, quo solet vti quoties de suo aliquid inserit prudentum responsis: Nec tutius mentionem rescripti Diui Pij vt quod rescriptum fuerat in casu minus dubio, id est circa denunciationem & libelli oblationem id ille protraheret ad casum multò magis dubium quo neque facta denunciatio, neque libellus datus fuisset, at nuda tantùm comminatio præcessisset. Nam & Imperatorum rescriptis sic ille passim abuti solet, veà nobis aliàs plerisque exemplis comprobatū est. Hoc vnum fecit latis bona fide Tribonianus, quod in *d. l. si mmus in fi.* de hac præparatione tractans non ita scribere ausus est *si antiquam aut antiquitatis fecerit præparationem* sed in hunc modum *si antiquis libris insertam* ne minus apertè mendacij posset argui ab iis qui tùm viuentes non ignorabant, quid antea circa præparationem quæ eleobseruari solerent, ac ne dubitare quisquam posset, quin antiquis prudentum libris insertas illennuam præparationis formam, qualem ex tot prudentibus nemo vnquam tradiderat. Certè quæ ex Vlpiano & Papiniano proponitur in §. *vlt.* legis præcedentis, longè alia est, nec cum ea quæ sub Pauli nomine in hac lege traditur consentire vllomodo potest.

8. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

PApinianus libro quinto quæstionum rectè scribit, inofficiosi querellam patrem filij sui nomine instituere non posse inuito eo: ipsius enim iniuria est. Sequenti loco scribit[a], si filius post adgnitam litis ordinandæ gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querellam: quæ non patri, sed nomine dabatur filij.

Ad l. Papinianus 8.

Ratio dubitandi. Iniuria quæ fit filio præsertim qui in potestate sit, etiam patri facta intelligitur, cuius nimirum eadem quæ filij persona esse intelligitur propter ius patriæ potestatis *l. nec cum filiofamilias 16. ff. de furt. l. vlt. C. de impub. & aliis subst. l. in fin. 11. De liber. & posth.* Adeò vt propter iniuriā filiofamilias illatam non solùm possit pater agere iniuriarum *§. 2. Inst. de iniur.* sed etiam præferendus sit filio si filius quoque iniuriarum agere velit. Etsi enim hæc actio ex earum numero est, quas filiusfamilias suo nomine exercere potest *l. filiusfamilias, 9. infr. de oblig. & act.* id tamen ita verum est si neque pater ipse adsit aut velit agere, neque alius quisquam patris procurator, qui patris nomine agere possit *l. sed si vnius 17. §. ait Prætor si eis inf. de iniur. l. si longius 18. §. 1 supr. tit. prox.* Quòd si in actione iniuriarū id obtinet, quæ tota ad vindictā spectat, longè magis obtinere debet in querela inofficiosi, quæ licet vindictam quoque persequatur quatenus accusatio est, in eóque similis sit actioni iniuriarum, *l. 1. §. sed si puta inf. si quid in fraud. patro.* pertinet tamen etiam ad rei persecutionem quatenus præparatoria est, & ordinata ad petitionem hereditatis instituendam post victoriam: Cuius petitionis commodum non alij vtique quàm patri per filium acquiri potest, vt & cætera omnia quæ filio acquiruntur, Adeò vt ne momento quidē temporis acquisitio in persona filij constet *l. placet 79. infr. de acq. hered. l. 1. §. si quis à parente manum. sit l. filij §. d. sacratissimi pen. inf. ad SC. Tertyll.* Primus enim Cōstātinus fuit, qui induxit vt bonorū maternorum proprietas non acquiratur patri per filium, sed soli filio, patri verò solus vsusfructus *l. 1. C. de bon. matern.* Ergo si filius in potestate exheredatus à matre, vel quod idem est præteritus inueniatur, nec iusta vlla fuerit causa exheredationis vel præteritionis, non est prohibendus pater quominus nomine filij accusationem instituat, & querelam inuito quoque filio, quamuis filij nō patris iniuria sit: cum hoc ipso quo filij iniuria est, fit etiā patris. Nec satis pius erga patrem videatur filius qui patri agere de inofficioso volenti consentire recusat audeátque legem inuito patri dicere ne agat: Præsertim cùm Papiniani temporibus cuius opinionem hîc refert, probátque Vlpianus, posset filius solo patris odio à matre præteriri & exheredari *l. si quis suo 15. §. … C. hoc tit.* Ratio decidendi. Quæ per inofficiosum testamentum fit iniuria filiofamiliàs non est similis cæteris, vt ad patrem quoque transfeat, Non ob id solùm quod filio ipso præterito à matre vel exheredato, patrem quoque præteritum intelligi aut exheredatum nemo dixerit, quippe qui non fuerit instituendus. Sed etiam quia potest filio fieri vel non iniuria, vt ita sit præteritus vel exheredatus. Ipsa namque præteritio sola vel exheredatio non habet iniuriam nisi cùm facta est sine causa. Quid ergo si non desit causa propter quam filius præteriti vel exheredati à matre debuerit? Quid si filius sibi conscius nolit conqueri de inofficioso matris testamento, quòd malit pati vt ingratum eum mater dixerit, quàm vt in lite de inofficioso ingratus probetur à matris herede? An non prudentiùs facit qui matrem impietatis accusare non vult, vt hoc ipso pius videatur qui alioquin si querelam proponeret, impietatis ipse argueretur? Ita enim fit vt iustus ipsius metus nihil aliud nisi iudicium & pietas esse videatur.

Atqui

Atqui an ingratus necne fuerit filius, qui tanquam ingratus à matre præteritus vel exheredatus est, nõ nisi ex querelæ ac litis euentu sciri potest, nec proinde an filius iniuriam aliquam sit passus, necne. Ergo cùm in hac causa nihil de officio patris, sed totum de filij meritis agatur, vt scriptum est in *l. filius 22. vers. & quærebatur. j. hoc t.* non est permittendum patri vt inuito filio querelam proponat, cùm filius ipse nolendo conqueri, nullam sibi factam esse iniuriam agnoscat, & fateatur. Si tamen non nisi odio patris filius à matre præteritus, vel exheredatus probaretur, quod fieri olim potuit ante Iustiniani cõstitutionem, quæ extat in *d. l. si quis suo 33. §. 1. C. eod.* aliud certè dicendum esse putarem, vt nimirum posset pater eo casu filium etiam inuiti nomine queri de inofficioso, quia non tam filij quàm patris ea esset, esséque deberet indignatio, magísque de officio patris erga vxorem quàm de meritis filij erga matrem quæri oporteret arg. *d. l. filius 22. infr.*

a *Sequenti loco scribit.* Ratio dubitandi. Filius, qui bonorum possessionem litis ordinandæ gratia accepit hoc ipso querelam præparasse intelligitur, vt eam transmittat ad heredem, quemadmodum ex eodem Papiniano Vlpianus noster retulit in *l. posthumus 6. §. vl.* vbi dixi *sup. eod.* Ergo si post agnitam istam litis ordinãdæ gratia bonorum possessionem filiusfamilias decesserit, non potest dici finita querela quę fuit præparata, factáque transmissibilis per præparationem. Sicut & alia ratione potest dici nõ esse illam finitam, quæ nec cœpta vnquam fuerit, arg. *l. Titio vsusfru. 96. j. de condic. & demonstr.* Aliud siquidem est cœptam esse controuersiam, aliud verò præparatam *dict. l. vl.* Cùm igitur præparatio ista querelæ faciat vt ad quemcunque heredem transmitti querela possit, cur non faciet etiam vt transmittatur ad patrem, qui licèt filij heres numquam sit ex iure Pandectarum, ne quidem in castrẽsi peculio, nisi de eo filiusfamilias in fauorem patris testatus sit, successor tamen quidam est, saltem anomalus, vt Baldus loqui solet, quia bona filij omnia occupat iure peculij *l. 1. & 2. j. de castrens. pecul.* Ratio decidendi. Finita dicitur querela non tantùm quæ cœpta est, sed etiam quæ præparata (quasi aliquod initium acceperit per præparationẽ) quoties in eum statum deducitur, vt eam prosequi nemo amplius possit, quia finẽ alium habere nequit. Eiusmodi verò hæc est quam filiusfamilias præparauerat, postea defunctus viuo patre. Nam neque ipse post mortem suam prosequi eam potest, neq; pater ipsius quia heres non est filij, nec alio quoquomodo eius successor, ne tum quidem cùm occupat bona illius castrensia iure peculij, quia fit ea occupatio iure patriæ potestatis non successionis *dict. l. 1. de castrens. pecul.* nec denique alius quisquã quasi heres filij, quoniam licet pater heres non sit, impedit tamen ne alius quispiam heres filij esse possit, cùm faciat ne filiusfamilias bona vlla relinquerit, in quibus potuerit habere heredem *l. lex Cornelia 28. vers. quia per eam nõ efficitur. j. de vulg. & pupill. subst.* Nec ad rem pertinet, quod etiam viuo adhuc filio querela ista competebat patri, dummodo non nollet filius queri, vt proximè dictum est ex *l. filius 22. infr. hoc tit.* in proposito autem non potest dubitari quin filius queri voluerit, qui iam acceperat litis ordinandæ gratia bonorum possessionem. Nam id quidem ita est, sed obseruari oportet patri querelam hanc competisse non suo proprio sed filij nomine ac iure *dict. d. filius.* Filij enim fuit iniuria & indignatio non patris, vt ibidem scriptum est, & initio huius legis, Idque est quod Papin. dicebat *quæ nõ patris, sed nomine dabatur filij.* Sic enim lego *patris* non vt vulgò *patri* nato errore ex prima litera dictionis sequentis quæ ex more librarij Florentini in præcedentis non haberi debuit pro repetita. Alioqui falsum est querelam hãc nõ competiisse patri, sicut & illud verum est competiisse quidem sed nomine filij non suo. Nisi malis delere negationem, quæ lectio mihi magis placeret, tanquam quæ Papiniano dignior videretur. Continetur enim paucissimis verbis elegantem verámque ad hunc locum dubitandi & decidendi rationem. Dubitandi quidem illam quòd patri hæc querela competebat, non filio. Cur ergo dicamus finitam eam esse morte filij, cùm pater ipse adhuc viuat? Decidendi verò hanc, quòd etsi dabatur hoc casu querela patri non filio, non tamen dabatur ei nomine proprio, sed nomine filij. At nihil potest fieri nomine filij postquàm is defunctus fuit, cùm eo tempore nec nomen amplius habeat, nec hereditatem aut heredem qui eius personam repræsentet *l. creditorem 18. j. de SC. Maced. l. qui contra 11. j. de fideiuss.* Estque hic locus insignis & notandus pro confirmatione opinionis nostræ circa emendationem *l. 3. §. Pomponius adducit. sup. de minor.* vbi monuimus delenda esse verba illa *post obitum eius* quòd implicet contradictionem, vt pater nomine filij post obitum eius impetret cognitionem aut aliud quilibet faciat. Fuit autem verisimiliter addita hîc negatio ab imperito interprete qui eam deesse existimabat, sumpta coniectura ex dictione aduersatiua *sed* quæ statim sequitur, quasi posita sit in antithesim quomodo si scriptum esset *non patri sed filio dabatur*, quod tamen nõ ita est. Sumitur enim subiunctiuè nõ aduersatiuè, & vtrumque Papinianus admittit & verum est querelam dari quidem patri non filio, sed tamen dari patri sed nomine filij. Nec sanè de hac lectione aut de hoc sensu quisquam dubitaret, si post dictionem *patri* adiectus fuisset articulus *quidem*, qui tamen elegantiùs potuit prætermitti quàm exprimi, ob idque suppleri etiam debet. Notandum tamen est, quod pauci obseruant non esse hodie locum huic Papiniani sententiæ, cùm filiosfamilias iure nouo possit habere heredem, etiam patrem. Nou. el. 118. *de hered. ab intest. venient.* Potest enim dici nomine defuncti fieri, quicquid fieri potest per heredẽ. Itaq; ratio qua mouebatur Papin. hodie locũ nõ habet.

1 ¶ Si quis post rem inofficiosi ordinatam, litem dereliquerit, postea non audietur.

Ad §. 1. si quis post rem.

Ratio dubitandi. Sufficit præparatam & ordinatam esse querelam ad hoc vt etiã ad heredem trãsmitti possit & ab herede ipso exerceri *l. 6. §. vlt. & l. seq. sup.* Ergo multò magis vt is ipse qui eam præparauit quandocũque prosequi eam possit, tametsi post præparationem destiterit, ac litem dereliquerit. Nam & qui moritur satis litem derelinquit, cùm quod ad eum pertinet finita sit querela, vt diximus in versic. præcedenti.

Ratio decidendi. Lis cui semel renunciatum est, siue inchoata tantùm fuerat, siue etiam cõtestata,

hoc ipso finita intelligitur, nec instaurari vnquam potest *l. postquam litis 4. C. de pact.* quia remittentibus actiones suas numquam regressus ad eas dandus est *l. quaeritur 17. §. si venditor ff. de edilit. edict.* cum liceat cuilibet iuri suo renunciare *l. pactum 46. §. de pact. l. pen. C. eod. l. si index 3. C. circumuento 41. §. de minor.* Litem porrò derelinquere quomodo Vlpian. hic loquitur, nihil aliud est, quàm liti renunciare in totum, & quod idem est, à lite desistere *l. destitisse 10. ff. sup. tit. prox.* Renunciatio autem illa erat actus sollennis qui in iure & apud praetorē fiebat arg. *l. 3. C. de repud. vel abstin. hered. l. si donationis 18. C. de donat. l. si tis 11. C. ad leg. Cornel. de fals.* Etsi poterat quoque lis aliter derelinqui, Nempe si eam actor pateretur mori. Sunt enim litibus quoque sua fata, vt tādem moriantur *l. 2. §. indic. solui.* At nemine modo litem derelinquere videri potest is qui moritur, quippe qui scilicet nihil facit sed tantum patitur priuationem vitae. Nec proinde ipsius morte finitur querela quoties adest heres in cuius personam transire & transmitti possit *dict. l. 6. §. vl. & l. 7. sup.* Itaque non minus iuris habet hoc casu is qui querelam praeparauit, quàm heres eius, sed minus is qui litem dereliquit, quàm qui eam nondum ad finem perduxit. Qui enim dereliquit hoc ipso litem finit, quod eam ad alium finem perducere numquam potest. Qui verò nondum prosecutus est, prosequi adhuc potest quandiu viuit, eo autem mortuo heres ipsius, si modò litem numquam dereliquerit.

2 § Si Imperator sit heres institutus: posse inofficiosum dici testamentum, saepissime rescriptum est.

Ad §. 2. si Imperator.

Ratio dubitandi. Sacrilegij instar esse videtur, furorem & insaniam obiicere memoriae defuncti qui Imperatorem ipsum scripserit heredem: Quid enim prudentius factum videri possit si modò dignus sit Imperator qui heres scribatur? Nec rursus factum teri potest vt eiusmodi accusatio admittatur, quin oneret existimationem, & verecundiam ipsius quoque Imperatoris, quem certè inuerecundum est & inuidiosum hereditatem vindicare ex eo testamento, quod postea inofficiosum reperiatur, non minus quàm si ex testamento imperfecto eam vindicasset *l. ex imperfecto 23. de leg. 3.* parumque abest quin videatur hoc casu Imperator litis causa institutus, vtque non solùm calumniae sed etiam impietatis faculas ex imperiali maiestate capere tum quod numquam ferendum est *l. pen. ansr. de hered. instit.* Ergo ne factum aliquando appareat, quod fieri numquam debuit, longè melius ac tutius est vt non possit inofficiosum dici testam. illud, in quo Imperator heres institutus fuit. Et verò si de inofficioso testamento militis siue iure militari, siue iure ciuili facto nec filius posse queri constat *l. de inofficioso 9. C. hoc tit.* quia nemini possit imputari cur testatus non sit ex officio pietatis cùm etiam militibus pietatis ratio constare debeat *l. 1. in princ. de obseq. parent. & patron. praest.* Quantò aequius esset non posse inofficiosum dici testamentum, in quo Imperator scriptus fuisset, idque fauore Imperatoris cui nihil imputari potest? Ratio decidendi. Ad honorem & existimationem Imperatoris pertinet, vt testamentum quo heres scriptus est de inofficioso accusari possit, vel ob hoc ipsum, vt appareat numquam ea mente fuisse Imperatorem vt hereditatem sibi vel acquireret vel retineret ex eo testamento, quod inofficiosum quandoque probari posset. Nam quandiu de inofficioso actum, & probatum non est, nihil potest obiici Imperatori qui hereditatem adiit ex eo testam. cum ex quo etiam alius quilibet priuatus eam adire potuisset, adeoque debuisset antequàm vllus ileri posset locus querelae. Vbi verò is qui querelam proposuit in ea lite obtinuit, extra omnem sanè culpam & inuidiam est Imperator, qui non solùm condemnari se patitur, sed etiam auferri sibi in iudicati executione hereditatem, vt appareat tantam maiestatem non illubentem casse legibus subiectam, quibus alioquin soluta esse videatur *d. l. ex imp. r. cto*, nec velle vt calumniae faculas ex imperiali maiestate capiatur *d. l. p. n. d. tit. ... milit.* Digna enim vox Principe illa est, Legibus alligatum se Principem profiteri, cùm maius imperio quiddam sit submittere legibus Principatum, *l. digna vox 4. C. de leg. b.* quamuis verum sit Principem legibus esse solutum *l. Princeps 31. ff. de leg. ad. s.* Enim namque qui leges facit pari maiestate legibus obtemperare conuenit, vt eleganter inquit Paulus noster *lib. 4. sent. c. 6. 4.* Quod verò de milite adducimus valde dissimile est. Parcitur enim pudori militis, ne furiosus & insanus fuisse post mortē fama existimetur, vel ideò, quia militis voluntas quaelibet lex est, etiam voluntas nuda. Nec enim nisi natura sicut pagnorum voluntatem iustam quoque, adesse iustitiae ac legibus consentaneam esse necesse est *l. i. l. etiam militis 34. de test. milit. junct. l. ... qui testa. facere poss.* At Imperatoris pudori nihil est quod parcere cutemus, cùm non oneretur per inofficiosi querelam, quae non in heredis sed in defuncti personam, inque testamentum ipsum dirigitur, quamuis contra heredem ipsum exerceatur.

3 § Papinianus libro secundo responsorum ait, contra veterani patrisfamilias testamentum esse inofficiosi querelam, & si ea bona habuit, quae in castris quaesierit.

Ad §. 3. Papinianus.

Ratio dubitandi. De militis testamento inofficioso dicere nec miles potest *l. si instituta 17. §. de inofficioso ... hoc tit. l. de inofficioso 9. l. testamentum 24. C. eod.* In honorem scilicet ac priuilegium militiae, cui & alia pleraque priuilegia tributa sunt ex Imperatorum constitutionibus vt eo veluti praemio inuitarentur ciues ad militiae munera & pericula pro salute reipublicae subeunda. Atqui veteranus ille dicitur & est qui diu miles fuit, nec nisi honoricè vel iusta aliqua de causa militia missus, quem proinde tanto fauorabilius tractari oportet, tanquam qui plura iam pericula subierit pro republica. Praesertim si strenuus miles fuit qualem credibile est fuisse illum qui bona aliqua in castris quaesierit, de quo Vlpianus & Papinianus in *hoc §.* loquuntur, Ergo contra veterani patrisfamilias testamentum proponi querela non potest, maximè verò si

rò si ea sola bona habeat quæ in castris quæsiit.

Ratio decidendi. Priuilegia militibus concessa vt inuitentur ad militiam obeundam, non porriguntur ad veteranos qui iam dixerunt nolle se amplius militare. Nec enim veterani sunt milites, sed fuerunt; Ideoque possunt quidem testari de bonis castrensibus etiamsi filijfamilias proponantur, sed non iure militari at iure communi: Solumq; illud priuilegium habent vt testamentum quod in militia iure militari fecerunt valeat intra annum à quo tempore militia missi sunt, non postea *l. quod constitutum 2. l. militis 36. §. veteranus. inf. de testam. milit.* Proinde subiacent eorum quoque testamenta periculo querelæ si dicantur testati aduersus officia pietatis, quoniam id ex iure communi est, quo veterani in cæteris quoque omnibus vtuntur.

4 § Si quis in militia fecerit testamentum, & intra annum post militiam decesserit dubito, an, quia ad hoc vsque temporis iure militari testamentum eius valet, querela inofficiosi cesset: & potest dici, querelam inofficiosi cessare.

Ad §. 4. si quis in militia.

Ratio dubitandi. Veterani testamentum subiacet querelæ inofficiosi testamenti, vt proximè diximus. Atqui non eò minùs quis veteranus est, quod decesserit intra annum missionis, quia quo instanti missionem siue honorariam siue causariam impetrat, & desinit esse miles, & incipit esse veteranus. Acproinde testamentum ipsius etiamsi militiæ tempore factum proponatur, testamentum veterani est, vt ex eo apparet, quòd ex die missionis testari amplius iure militari nō potest. Ergo quamuis in militia quis fecerit testamentum si tamē non in militia decesserit, sed post militiam intra annum missionis, de inofficioso eius testamento dici potest. Ratio decidendi. Testamentum veterani morientis intra annum missionis habetur pro testamento militis, dummodò non post missionem sed in ipso militiæ tempore factum sit, quia sic constitutum est ab Imperatoribus vt testamentum militiæ tempore factum iure militari valeat eo quoque iure etiam intra annum post missionem *l. quod constitutum 21. l. eius militis 34. §. 1. l. militis 36. §. veterani. infr. de testam. milit.* Ideò fortasse, Ne alioqui bene merito de republ. veterano qui honestam missionem impetrauit, pœna hæc iniuri videretur, vt priuilegium militare quo in testando vsus fuisset militiæ tempore postmodum amitteret, periculúmque incurreret moriendi ab intestato si qua fortè de causa aliud testamentum iure communi facere impediretur. Atqui ponimus veteranum, de cuius testamento tractamus, & fecisse testamentum in militia, & intra missionis annum decessisse. Cùm igitur testamentum eius valeat etiam iure militari, & consequenter tanquam militis non tanquam veterani, consequens est vt non magis subiaceat querelæ quàm si re vera militis non veterani testamentum esset. Atqui in testamento militis querela cessaret *l. si instituta 27. §. de inofficioso. sup. hoc tit. l. de inofficioso 9. C. eod.* Ergo & in huius veterani testamento cessabit.

5 § Sed nec impuberis filij mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit. & ita Papinianus respondit nec patris frater [a]: quia filij testamentum est: ergo nec frater impuberis [b], si patris non dixit [c]. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit [d]: nisi si pro parte [e] patris rescissum est: tunc enim pupillare valet [f].

Ad §. 5. sed nec impuberis.

Ratio dubitandi. Etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum & naturalem erga liberos charitatem turbato tamen ordine mortalitatis; non minùs parentibus hereditas liberorum, quàm liberis hereditas parentum piè relinqui debet *l. nam etsi 15. in princip. j. hoc tit. l. scripto 7. j. vnd. liber.* Nec minùs matri quàm patri, quia licèt inæqualis sit eorum potestas, æqualis tamen pietas vtrique parenti debetur *l. 4. j. de curat. furios.* Et quemadmodum ratio naturalis quasi lex quædam tacita liberis parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando *l. vl. j. de bon. damnat.* Ita & ratio miserationis vocat parentes ad hereditatem liberorum, ne & amissæ prolis, & patrimonij simul iacturam sentiant *dict. l. scripto, §. vl. l. iure succursum 6. j. de iur. dot. l. vl. Cod. de instit. & subst.* Ergo si in filij testamento mater vel præterita vel exheredata inueniatur, dicendum est dandam ei querelam aduersus testamentum filij, quomodo datur filio præterito vel exheredato contra testamentum matris *l. nam & his 5. supr.* Nec distinguendum videtur An filius pubes decesserit an impubes. Etsi enim differentia inter hos casus illa est, quod pubes sibi ipsi facit testamentum, impuberi verò pater, nimirum per pupillarem substitutionem postquàm ita moribus receptum est *l. 2. j. de vulgar. & pupill. subst.* Attamen cùm quoque cùm pater filio impuberi testamētum fecit, verum est filij testamentum esse non patris, quia per pupillarem substitutionem filio succeditur non patri nisi per mediam filij personam, cùm filius ipse heres à patre scriptus fuit, quod tamen nil necesse est ad validitatem pupillaris substitutionis, cùm etiam exheredato substitui pupillariter à patre possit *d. d. l. 2. l. sed si plures 10. §. filio & §. ad substit. eod. tit.* Igitur eodem iure censeri debet testamentum filij impuberis quod ei pater fecit, quo testamentum filij puberis ab ipso pubere factum, vt perinde vtrumque subiaceat querelæ, quia vtrumque filij testamentum est. Ne alioqui eueniat vt plus iuris habeat pater in testando pro filio, aut filius testatus per patrem, quàm habiturus esset ipse filius si pro se ac per se testaretur: quod planè absurdum & iniquum esset. Ita namque fieret vt priuilegium pupillaris substitutionis traheretur ad iniuriam matris contra *l. ex facto 43. vers. nam etsi furioso. eod. ti. de vulgar. l. C. de emancip. liber.* vtque quod vna via, directoque prohibetur, alia via, &c, vt loquuntur, per indirectum concederetur contra *l. scire oportet 11. §. 2. de excus. tutor. & curat. dat.* Adeoque ad auferendam matri non modò luctuosam filij impuberis hereditatem quod per se graue est *d. l. vl. C. de instit. & subst.* sed etiam portionem illam legitimam quæ ipsi si non naturæ saltem miserationis iure debetur, in solatium & amissi filij & amissæ totius reliquæ suc-

Digitized by Google

cessionis quam ab intestato habere debuisset.

Ratio decidendi. Quisquis agit de inofficioso testamento, non tantùm impugnat testamentum, sed etiam iudicium defuncti, adeoque iudicium primò ac principaliter, testamentum verò nõ nisi per consequentias. Hoc enim colore agit quasi non sanæ mentis esset testator cùm suprema tam iniquè ac impiè ordinaret *l. 2. l. 5. supr.* Itaque accusat non testamentum sed iudicium, oppugnat verò & iudicium & testamentum, vtrumque tanquam hominis insani & furiosi. Inde fit vt testamentũ quod pater facit filio per substitutionem pupillarem, nõ possit inofficiosum dici à matre, in eo siue exheredata, siue quod idem est, præterita: quia licet filij testamentum sit, iudicium tamen est patris, & consequenter necesse esset vt de patris non de filij furore ac insania mater conquereretur. Atqui nec hoc fieri potest, & quamuis fieri posset tamen frustra fieret. Non potest fieri, quia non est vxor ex earum personarum numero quibus maritus legitimam portionem ex officio pietatis relinquere debuerit, quandoquidem nec marito succedit vxor, nisi iure prætorio post agnatos illos omnes qui tamen non nisi frustra de inofficioso agere possunt *l. vnic. C. vnd. vir. & vxor. l. nlt. C quer. bonor.* iunct. *l. fratris 21. C. hoc tit.* Frustra verò fieret si fieri hoc posset vt mater patris iudiciũ accusaret, quia nihil ex eo inferri posset, nisi vt testamentum insano illo iudicio factum rescindi oporteret. Atqui non patris testamentum est sed filij, vt diximus, qui non nisi valde iniquè furoris paterni pœnam tantam sentire posset, vt ob alienum furorem furiosus ipse fuisse crederetur, vtque ob furorem vnius testamentum alterius subuerteretur. Idque est quod Papinianus dicebat, non posse matrem de inofficioso filij impuberis testamento dicere, quia pater hoc ei fecit. Et quamuis hæc sententia propter fauorem matri debitum aliquid multũmque iniquitatis habere videatur, tamen iuris subtilitas & casus necessitas facit, vt ab ea Papiniani sententia recedi nullomodo possit, Exemplo eius quod scriptum est quamuis in specie longè diuersa in *l. si mulier 59. §. ex ass. ff. de iur. dot.* Nec mirum est posito vno inconuenienti multa sequi. Illud enim primùm inconueniens est vt quis alij testari possit. Repugnabat enim lex duodecim tabularum quæ patrifamilias ciui Romano de sua tantùm re ac pecunia testandi liberam dederat facultatem *l. verbis legis 120. de verb. signif.* Sed fauor salúsque pupillorum ius hoc euicit inuita propemodum iurisprudentia, moribus P.R. vt posset pater filio impuberi testamentum facere substituendo ei pupillariter, quòd pupillorum omnium maximè interesset testamentarium heredem habere potiùs quàm legitimũ *l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus. de acquir. hered.* vel ob hoc saltem vt eorũ vita minùs esset exposita insidiis agnatorum, hereditatem pupillarem sperantium ex morte pupilli, qui ipse testamentum ad eos summouendos facere per ætatem prohiberetur *§. sin autem quis. Inst. de pupil. substit.* Inde verò alia multa absurda & inconuenientia fluxerũt quæ si cum iuris communis ratione conciliare velis, nõ magis id assequaris, quàm si des operam vt cum ratione insanias. In his enim quæ contra iuris rationem recepta sunt, non possumus sequi regulam iuris *l. in his quæ contra 15. de legib.* Inter cætera verò vnum hoc maximè, de quo nunc agimus: Vt testamentum pupillare sit filij, iudicium verò patris, vt pater ipse sit testator, & tamen faciat testamentum filio non sibi. Denique ne cætera congeramus, vt vix sciri & discerni possit, an vnum testamentũ sit an duplex. Ideóque quidam ex prudentibus antiquis dicebant duo esse testamenta, quorum sententiam sequi videtur Vlpianus in *l. 1. §. 1. ff. si cui plusquam per leg. falcid.* Alij vnum tantùm esse testamentum *l. paterfamilias 28. vers. moues me. ff. de reb. auctor. iudic. possid.* aliàs *l. 13. de priuil. credit.* quasi testamentum filij pars sit testamenti paterni, Sicut codicilli pars sunt testamenti quod quis vel ante vel post codicillos fecerit *l. 2. §. ad causam l. pen. ff. testam. quemadm. aper.* Alij duo quidem esse testamenta, sed quę pro vno haberi debeant non tantùm ciuili iure, verùm etiã prætorio *l. patris 20. ff. de vulg. l. vt bonorum 9. ff. de bonor. poss. secund. tabul.* Alij denique inter has opinionum varietates incerti, vt Iustinianus noster in *§. igitur. Inst. de pupill. subst.* vel duo esse testamenta vel saltem vnum testamentum duarum hereditatum: Illud certè constat de quo nemo vnquam dubitauit duas esse hereditates, aliam patris, aliam filij. & quemadmodũ non aliter potest pater disponere de filij hereditate quàm si de sua quoque disponat, nec priùs facere testamentum filio quàm fecerit sibi *d. l. 2. § prius autem de vulgar. & pupill. subst.* ita neque posse alterius quàm filij testamentũ esse, quatenus pater de filij hereditate disponit neque iudicium è contrario, alterius esse quàm patris, tum quoque cùm disponit de bonis filij, quia nec alia ratione patri concessum est vt possit testamentum facere filio impuberi nisi quod ea ætas iudicio ac propemodum sensu penitus carere intelligitur. *l. 1. C. de fals. monet.* Vera igitur & bona est ratio Papiniani. At quoniam pupillaris substitutio in duplici differentia est, Vna expressa quæ conditionem illam expressam continet *si filius in pupillari ætate decesserit.* Altera quæ à nostris vulgò tacita, meliùs ab aliis à lege subintellecta appellatur, quæ ex Diui Marci constitutione in vulgari expressa cõtineri intelligitur *l. iam hoc iure 4. ff. de vulg. & pupill. subst. l. 4. C de impub. & aliis subst. l. ex testamento 6. C. de testam. milit.* Solent nostri quærere an hæc Papiniani sententia locum habeat in vtraque specie pupillaris substitutionis, Id est, si pater filium impuberem heredem instituerit (absurdum enim esset in vulgarem casum exheredato substituere) eique si heres non erit Titium substituerit, is verò heres quidem fuerit, sed in pupillari ætate decesserit, an hoc quoque casu substituto locus fiat, & mater non solum à successione filij sed etiam à legitima portione ita excludatur, vt nec de inofficioso filij testamento possit dicere? Et quanquam nemo hucusque ausus est hanc Papiniani & Vlpiani sententiam aut absurdam aut iniquam adfirmare, quia tamen duram esse putant, sic eam ferè omnes temperant, vt tacita hæc pupillaris nullomodo contra matrem admittenda sit, hoc est, vt matre in medio existente, quomodo loquuntur, nullus substituto pupillari locus fiat, sed impubes filius intestatus decessisse intelligatur, & ad eius intestati successionem mater admittatur. Quàm in rem solent adferre quod scriptum est in *d. l. vlt. C. de instit. & substit. l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst. l. Scæuola 76. ff. ad SC. Trebell.* Atque ita ne mater excludatur à querela inofficiosi si tacita pupillaris inducatur, excludunt nõ modò substitutum, sed etiã pupillũ ipsum à beneficio pupillaris substitutionis, dántque victoriam sine lite matri, quæ tamen si de inofficio-

so que-

so queri vellet, fortasse interdum vinceretur. Ergo verò sententiam illam à iuris ratione alienam esse semper existimaui. Nec enim Diui Marci constitutio quæ in impuberibus fieret voluit distinxit an mater in medio esset necne, Et quamuis non maior substituti pupillaris etiam extranei quàm matris fauor esse deberet vt esse debet, quia venit ex testamento; illud tamen negari non potest quin fauorabilior sit, & esse debeat pupillus, cuius tamen vtilitas valde impugnatur, cùm ei anfertur heres testamentarius, quẽ pater dedisse ex constitutione Diui Marci intelligebatur. Non enim tacita pupillaris substitutio testamentum filij minus est quàm expressa, nec proinde minorem vim habere debet ad matrem in totum excludendam. Quod autem nostri in contrarium adferunt ex supradictis legibus, ad rem nullomodo pertinet vt ex iis constat quæ de omnium illarum legum sententia scripsimus *lib. 15. Coniect.* vnde peti cætera poterunt. Nec enim hoc agimus in his Rationalibus vt interpretum somnia per singulas leges referamus & refellamus: quod & in Coniecturarum libris iam præstitimus, & magna ex parte præstabit copiosius Christas nostra De error. pragmat. Superiori nostrorum errori ille etiam consequens est, quem inuexerunt & in scholas & in tribunalia, vt si pater filio impuberi substituerit non in vulgarem tantùm casum, sed compendio verborum *quandocunque decesserit* quæ formula est substitutionis quam illi compendiosam vocant, de qua in *l. Centurio §. 1. de vulg. & pupil. subst.* & in *dict. l. precib.* filius verò postea quàm patri heres extitit impubes decesserit, admittatur quidem pupillaris substitutus ex ea pupillari quæ vsque ad annos pubertatis in compendiosa continetur, sed tamen admittatur etiam mater non quidem ad successionem filij tanquam intestati qui vtique non potest intestatus decessisse cum habeat substitutum pupillarem, sed ad legitimam portionem etiam quæ nulla ei fuerit data per patrem in filij testamento (semper enim ponimus vel exheredatam fuisse matrem vel præteritam in testamento filij) quasi æquissimo adhibito temperamento vt substitutio quæ nec omnino expressa pupillaris est, quoniam tacita potius est verbis specialibus, neque rursus omnino tacita, quandoquidem expressa est saltem verbis generalibus, partim tacita, partim expressa censeatur, ideoque nec in totum excludat matrem, quomodo excluderet si specialiter expressa esset, nec in totum eam admittat, quomodo admitteret excluso penitus substituto si esset omnino tacita neque expressa verbis generalibus, sed partim excludat partim admittat, Sola legitima data matri quæ tanquam filij heres ab intestato & legitimam & trebellianicam habere deberet, si substitutio quæ in compendiosa contineretur merè eo omni tempore, id est etiam intra pubertatem fideicommissaria diceretur. Nam nec dubitatur quin fideicommissaria quoque substitutio in compendiosa contineatur si neque proprietas verborum, neque voluntas testatoris refragetur. Atque huius sententiæ quæ tantopere æqua esse creditur autor laudatur Decius ad *dict. l. precibus. num. 16.* secundum quam passim video & audio iudicari. At ego longè absurdiorem illam esse arbitror quàm superiorem. Facit enim vt saluo testamento quod neque per querelam, neque alio vllo modo rescissum sit, mater quæ omnino præterita fuerit vel exheredata nihilominus legitimam habeat, & quidẽ eo colore, quasi partim aliqua, partim nulla sit substitutio pupillaris, quod perinde est ac si dicerent, quasi filius impubes, de cuius bonis agitur, partim testatus decesserit, partim verò intestatus Nam si testatus decessisset, fatentur omnes fore vt nec legitima vlla matri deberetur. Si verò intestatus darent matri non tantùm legitimã sed etiam trebellianicam, postquam placuit heredem legitimum quoties ex iis personis est quibus legitima debetur, vtriusque detractionis faciendæ ius habere ex *cap. Raynutius & cap. Raynaldus. Extr. de testam.* Habent igitur filium impuberem partim pro testato partim pro intestato: Quod si absurdũ non est, planè non video quid in toto iure nostro absurdè vnquam dici possit. Sed de his, plura in Codice nostro Fabriano ad *t. de impub. & aliis subst.* Iam enim fuimus hîc longiores, quàm instituti nostri ratio patiatur.

a *Nec patris frater.* Ratio dubitandi. Frater à fratre præteritus vel exheredatus habet querelam inofficiosi, & quidẽ indistinctè, id est, siue instituta fuerit turpis persona siue honesta. Nec enim Vlpian. & Papinianus in hoc §. quicquam distinguunt, Primusque distinctionem hanc induxit Constantinus in *l. fratres 27 C. hoc tit.* Sicut & illam, Vtrum frater consanguineus sit an vterinus, in eoque duplex ius noui fecit, vt dixi ad *l. postum. in quo vers. sed & cognatorum sup. eod.* Atqui cùm pater filio impuberi testamentum facit patris iudicium est non filij, quia non filius sibi ipsi testamentum facit, sed pater filio, vt proximè diximus. Ergo quamuis mater impuberis de inofficioso isto filij testamento non possit dicere quia pater hoc ei fecit, Attamen ob hanc ipsam rationem dicendum est dandam esse querelam fratri patris per quam possit impognare iudicium fratris tanquam dementis & insani, qui fratrem suum præterierit cùm filio impuberi faceret testamentum.

Ratio decidẽd. Substitutio pupillaris iudicium quidem est patris, sed testamentum est filij non patris. Atqui patruus non potest inofficiosum dicere testamentum filij fratris, quem vulgò nepotem ex fratre appellamus *l. fratris 2. C. hoc tit.* Ergo in proposita specie non magis frater patris ad querelam admittendus est quàm impuberis mater: quanquã diuersa ratione. Mater enim ideo non admittitur, quia quamuis filij testamentum sit, patris tamen iudicium est. At frater patris idcirco admitti non potest, quia licèt sit iudicium fratris, tamen testamentum impuberis est. Ex quibus rationibus simul iunctis apparet. Non igitur aliter posse querelam habere locum, quàm si eius qui furiosus & demens fuisse dicitur & iudicium simul & testamentum sit quod impugnatur, nec posse alterutrum sufficere. Proinde & eum qui querelam proponit, talem esse debere qui possit & contra iudicium & contra testamentum venire.

b *Ergo nec frater impuberis.* Ratio dubitand. Frater impuberis duplex ius habet. Potest enim & tanquam filius proponere querelam contra testamentum & iudicium patris, & tanquam frater contra testamẽtum fratris. Ergo siue dicas substitutionem pupillarem esse iudicium aut testamentum patris, siue dicas esse filij, nihil eius interesse videtur, quo minùs omni casu ad querelam admitti debeat si in fratris testamento præteritus fuit. Nec proinde videtur bona consecutio quæ hîc ab Vlpiano ponitur ex Papiniano, vt quia nec mater nec patris

frater inofficiosum impuberis ipsius testamentum possunt dicere, Ergo nec frater impuberis audiendus sit si velit queri. Ab iis enim qui minus iuris habent ad eum qui plus iuris habeat, non potest valere argumentum.

Ratio decidendi Potest quidem frater de inofficioso fratris puberis testamento dicere, sed non similiter de inofficioso testamento fratris impuberis, quia licèt testamentum fratris sit, iudicium tamen, vt suprà diximus, patris est, ideoque non posset hic frater obiicere furorem & insaniam fratri qui nihil ipse disposuisset. Nec rursus ob id solùm quod de patris quoq; iudicio queri hic frater tanquam filius potest, dat ei aditum ad querelam, quia fratris non patris testamentum est. Et ita vtraque ratio quæ & impuberis matrem, & patris fratrem summonet à querela inofficiosi separatis respectibus, concurrit in personam huius qui frater impuberis est, ne de inofficioso fratris testamento queri possit. Planè si ponas fratrem hunc qui in fratris sui impuberis testamento præteritus fuit, etiam in testamento patris fuisse exheredatum, dubitari nõ oportet quin patris testamentum possit tanquam filius inofficiosum dicere, quia eo casu concurrit vtrumque quod in proponenda querela necessarium esse diximus, vt & iudicium & testamentum sit eius qui demens ac furiosus fuisse dicitur, Atq; ita vbi per querelam istam rescissum erit patris testamentum, necesse erit pupillare quoque corruere vtpote quod à paterno tanquã à principali pendeat *l. ex pupillari 44. ff. de vulg. & pupill. substit.* & consequenter huius impuberis frater vnius querelæ beneficio vtramque hereditatem & patris & filij ab intestato obtinebit.

c *Si patris non dixit.* Ratio dubitandi. Etiamsi frater impuberis agat de inofficioso patris sui testamento, non eò minùs tamen verum erit substitutionem pupillarem in qua etiam præteritus ille fuerit, filij testamentum esse non patris, iudicium verò patris non filij, qua sola ratione diximus excludi hunc fratrem ne de inofficioso fratris testamento queri possit. Ergo non eò magis admittendus est ad querelam contra testamentum fratris quod eam proposuerit contra testamentum patris.

Ratio decidendi. Querela quidem contra patris testamentum proposita per fratrem impuberis facere non potest, vt ob id magis admitti debeat ad proponendam querelam contra testamentum fratris, (semper enim verum est iudicium esse patris, neque ob vnius insaniam alterius testamentum euerti debere) sed facit tamen si modò actor in querela paterni testamẽti obtinuerit, vt pupillare quoque testamentum corruat ipso iure, ac citra querelam, quia rescisso paterno testamento quod principale est, pupillare quoque tanquam accessorium necesse est euanescere *dict. l. ex pupillari. iunct. l. 2. in princ. versic. nã si principale. de vulg. & pupill. substit.* Sunt enim pupillares tabulæ pars & sequela quædã paterni testamẽti *l. 2. § ad causam. l. pen. ff. testa. quemadm. aper. § liberis. Inst. de pupill. subst.* Ergo vt frater impuberis possit fratris testamentũ euertere, non sufficit propositam ab eo fuisse querelam aduersus testamentum patris, sed illud etiam omnino requiritur, vt obtinuerit in querela. Id enim est quod sequitur in hoc §.

d *Sed si in patris obtentum est nec hoc valebit.* Ratio dubitandi Etiam cùm vnius testatoris vnicũ testamentum est quod per querelam inofficiosi oppugnatur, fieri facilè potest, ac plerumq; fit, vt nõ nisi pro parte rescindatur, vt subiungit Vlpianus in sequentibus huius § verbis & cõstat ex *l. circa 24.* vbi dicam *ff. hoc tit.* quia nihil vetat testatorem ex postfacto decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, vt scriptum est in *dict. l. circa.* Ergo etiamsi admittamus pupillare testamentum nihil nisi partem esse paterni testamenti, non ideò tamen consequens est vt ob id solùm quod paternũ per querelam rescissum sit, eò minùs valere debeat pupillare. Etsi enim non potest pater filio impuberi facere testamentũ quin sibi faciat *d. l. 2. § 1. & § prius antẽ de vulgar. & pupill. substit.* vt nec sibi ipsi ab initio testamentum facere pro parte *l. ius nostrum 7. de reg. iur.* Quid tamẽ vetat ex postfacto decedere patrem intestatum, filium verò testatum? Cur diuisio voluntatis & iuris quæ hoc casu in vna eadémque persona recipitur, non in duabus multò magis recipietur? arg. *l. singularia 15 ff. de reb. credit.* Est enim multò absurdius vt vnum idémque testamentum eiusdem hominis pro parte valeat & pro parte rescindatur, quàm vt patris testamentum corruat, filij verò subsistat, non solùm si admittas duo esse testamenta, quod Papinianus & Vlpianus sensisse videntur in hoc §. & in *l. 1. § 1. ff. si cui plus quam per leg. falcid.* sed etiamsi fateare vnum esse testamentum. Illud enim saltem verum erit testamentũ esse duarum personarum & duarum hereditatum, in quibus proinde multò faciliùs potest induci diuisio iuris & voluntatis quàm in vno eiusdem hominis eiusdémque hereditatis testamento *l. cum qui 18. in fin. ff. de his quæ vt indign. l. nam absurdum 7. infra de bon. libert.* Denique quid peccauit filius impubes vt ob euersum per querelam patris testamentum, ipsius quoque impuberis testamentum euerti rescindique necesse sit?

Ratio decidendi. Pupillare testamentum non tantùm pars est, sed etiam sequela quædam & accessio paterni testamenti, exemplo codicillorum ex testamento factorum *d. l. pen. ff. test. quemadm. aper. § liberis. Inst. de pupill. subst.* Ergo fieri nullumodo potest vt rescisso per querelam inofficiosi testamento paterno, pupillare subsistat, quia cùm principalis causa non subsistit, nec ea quoque quæ sequuntur locum habẽt *l. nihil dolo 129. § 1. l. cum principalis 178 de reg. iur.* Estque multò faciliùs vt ex facto vnius eiusdémque hominis & hereditatis testamentum infirmetur, quia vnius testamenti vtraque pars est æquè principalis, nec vna pendet ab alia, sed vtraque à ratione iuris & à voluntate testatoris. Inde est quod ex pupillari testamento superius principale neque ex parte, neque in totum confirmari potest *d. l. ex pupil. 44. de vulg. & pupill. substit.* At ex paterno testamento tanquam principali si valeat, ex eoque sit adita hereditas, pupillare semper confirmatur *l. apud Iulianum 11. § idem Iulianus. l. ita tamen 27. § à patre. ff. ad SC. Trebell.*

e *Nisi si pro parte.* Ratio dubitandi. Nemo in paganis potest decedere pro parte testatus pro parte intestatus *l. ius nostrũ 7. de reg. iur.* Atqui querela inofficiosi testamenti quatenus rescindit testamentum facit patremfamilias intestatum *l. posthumus 6. § 1.* vbi dixi *supr. eod. hoc tit.* Ergo necesse est vt per querelam inofficiosi contra testamentum patris propositam, vel in totum vel nulla ex parte testamentum rescindatur. Ratio decidendi. Ab initio quidem nemo potest decedere partim testatus partim intestatus, Sed ex postfacto nihil vetat hoc euenire, eue-

re, eueniátque perſæpe in querela inofficioſi *l. circa 24. infr. eod.* vbi dicam.

f Tunc cum pupillare valet. Ratio dubitandi. Pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti, vt diximus in præcedentibus ex *§. liberis. Inſtitut. de pupillar. ſubſtitut. leg. penult. inſtr. teſtament. quemadmodum aper.* Ergo cùm patris teſtamentum per querelam inofficioſi pro parte reſciſſum eſt, pupillare quoque pro eadem parte reſciſſum eſſe dicendum eſt, vt eadem 10 omnibus ratio ſit acceſſorij quæ principalis. argumenτ. *dict. leg. nihil dolo 129. §. 1. & dict. leg. cum principalis 178. de regul. iur.* Ratio decidendi. Cùm patris teſtamentum pro parte tantùm reſciſſum eſt, vtique pro alia parte ſaluum & integrum manet, ſempérque verum eſt dicere patrem deceſſiſſe teſtatum, ſiue initium inſpicias, quo tempore inſpecto deceſſit teſtatus in totum, ſiue quod ex poſtfacto accidit, quia neque factus eſt inteſtatus, niſi pro parte. Ergo per inde hoc caſu teſtamentum pupillare confirmationem ex paterno accipere in totum poteſt, ac ſi paternum nulla ex parte reſciſſum eſſet.

6 § Si quis mortis cauſa filio donauerit quartam partem eius, quod ad eum eſſet peruenturum, ſi inteſtatus paterfamilias deceſſiſſet: puto ſecurè eum teſtari [a].

Ad §. 6. ſi quis mortis cauſa.

Ratio dubitandi. Mortis cauſa donatio ſimile hoc habet cum donatione inter viuos, quod eam fieri neceſſe eſt vel per traditionem, vel per ſtipulationem. *l. Papinianus 23. l. cum hic ſtatus 32. §. ſiue autem, & l. ſequens inſr. de donation. inter virum & vxorem l. 1. inſr. de donation.* Atqui ſine hoc, ſine illo modo facta donatio ſit, certum eſt id quod donatum fuit, fore extra cauſam bonorum & ſucceſſionis ab inteſtato, quoniam qui donat etiam mortis cauſa mauult donatarium habere res donatas quàm heredem *l. 1. l. Senatus 35. §. 1. & paſſ. inſ. de mortis cauſ. donation.* Ergo quod mortis cauſa donatum eſt, licèt aſcendat ad quartam partem eius quod alioqui donatarius ab inteſtato habere potuiſſet, non debet excludere querelam, nec in eam quartam partem computari, Non magis quàm ſi quid ex aliquo contractu acquiſitum eſſet, aut ex donatione inter viuos, ſimpliciter facta, id eſt, non adiecto eo vt in quartam imputaretur, vt in *leg. ſi non mortis 25. infr.* quippe quod ſucceſſionis inteſtati partem nullam conſtituat, ex cuius tamen comparatione legitimæ ratio ponitur *leg. cum quæritur 6. Cod. hoc titul.* Sicut & querelam illud inducit ſi minùs legitima relictum ſit ei cui legitima debebatur, Inſpecto ſcilicet iure Pandectarum. Nam hodie aliud eſt poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. omnimodo 30. C. eod.* vbi dicam ad *d. l. ſi non mortis 25. infr.*

Ratio decidendi. Donationes mortis cauſa licèt aliqua ex parte ſimiles ſint contractibus, quatenus aut per traditionem aut per ſtipulationem fiunt qui præcipui ſunt modi contrahendi, ob idque donationibus inter viuos cæteriſque contractibus æquiparandæ videantur *§. 1. Inſtitut. de donat.* magis tamen accedunt ad naturam vltimarum voluntatum & legatorum *dict. §. 1. d. l. 1. infr. de public. in rem act. l. Marcellus 15. l. illud 37. inſ. de mortis cauſ. donat. l. vltim. Cod. eod. tit.* Nempe quia ſiue ita donatum ſit mortis cauſa vt dominium ſtatim transferatur in accipientem, ſiue ita vt non aliter, nec priùs quàm mors fuerit inſecuta donatoris, numquam cenſetur perfecta donatio quouſque donator moriatur *l. non videtur 32. infr. eodem illo titulo.* quia interim reuocari ſemper poteſt vt alia quælibet vltima voluntas, cuius proprium eſt vt ſit ambulatoria vſque ad ſupremum vitæ exitum *d. l. cum hic ſtatus 32. §. penult. eiuſdem. de do. inter virum & vxorem l. 4. de adim. legat. ſuprad. l. mortis cauſa donatio 16. inſ. de mort. cauſ. donat.* Nam vbi ita donatur mortis cauſa vt nullo caſu reuocetur donatio, magis cauſa donandi mors eſt quàm mortis cauſa donatio *leg. vbi ita donatur 27. eodem.* Ergo quemadmodum ſi cui legatum ſit quantum faceret quartam partem eius quod ad ipſum ab inteſtato eſſet peruenturum, non poſſet ille queri de inofficioſo: neque hic poterit, cui quarta donata eſt, quia quartam habet. Neque neceſſe eſt in hanc rem vt donationi cauſa mortis ea lex dicatur, quæ donationi inter viuos dici ſolet & debet, vt in quartam imputetur, cùm iure vltimæ voluntatis accipiatur, quod in donatione inter viuos diuerſum eſt *dict. leg. ſi non mortis.* Sunt enim extra cauſam bonorum defuncti ea quæ donata ſunt ab eo inter viuos, non item illa quæ donata ſunt cauſa mortis *l. ſequens quæſtio 68. de legat. 2.* Vnde etiam eſt quod in donationibus cauſa mortis locum habet lex falcidia non in donationibus inter viuos *dict. l.* vbi ita donatur *l. Si is 41. §. vltim. eod.* Quamquam nec nouum eſt, vt etiam quod ad falcidiam pertinet, viuus teſtator prouideat heredi, vt in ſpecie *l. cum quo 56. §. vltim. ad legem falcidiam.*

a *Puto ſecurè eum teſtari.* Ratio dubitandi. Non aliter ſecurè teſtatur pater quàm ſi filium quem in poteſtate habet inſtituat vel exheredet *l. inter cætera 30. & toc. titul. inſr. de liberis & poſthumis.* Atqui filius cui pater quartam bonorum ſuorum partem mortis cauſa donauit, non ideò poteſt dici inſtitutus vel exheredatus. Nam nec inſtitutio, nec exheredatio poteſt fieri extra teſtamentum *leg. quod p. r manus 10. infr. de iur. codicill. l. quidam 27. in fin. infr. de condic. inſtit.* Ergo vt quis ſecurè teſtetur non ſufficit quod filio ſuo mortis cauſa donauerit quartam partem, Præſertim cùm donatio cauſa mortis fieri ſoleat extra teſtamentum, nec poſſit fieri in teſtamento vt pluribus à nobis probatum eſt in *Hemiſchiliade De errorib. Pragmatic.*

Ratio decidendi. Qui bonorum ſuorum quartam partem mortis cauſa filio donauit, is ſecurè teſtatur quantum ad hoc vt ipſius teſtamentum per querelam ſubuerti numquam poſſit. Cæterùm ſupponendi ſunt, vt aliàs ſemper termini habiles *leg. Gallus 29. §. in omnibus. de liberis & poſthumis. leg. adigere 6. §. quamuis. de iure patronatus.* ac proinde ponendum eſt teſtamentum rite factum eſſe, id eſt, nihil in eo eſſe ex ſollennibus iuris, Inter quæ vel præcipuum illud eſt vt filius in poteſtate, vel inſtituatur, vel exheredetur *dict. l. inter cætera.* Prior-

nim hæc quæstio est, An ritè quis testatus sit, Posterior illa, an rectè & securè. Itaque ridiculum est quod nostri solent iactare sententiam huius §. hodie correctam esse, propterea quòd ex nouissima Iustiniani constitutione *Nouell. 155. vt cùm de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, legitima sit hodie relinquenda titulo institutionis. Nam tametsi pater millies relinquat filio legitimam titulo institutionis, non tamen satisfacit sollennitati iuris nisi præterea eum vel instituat in aliqua parte & quota hereditatis, putà in vncia aut sextante, aut alia huiusmodi parte assis, vel eum exheredet, & quidem adiecta aliqua exheredationis causa. Nimirum, quia vt interpretes omnes consentiunt & verum est, legitima non est portio & quota hereditatis sed bonorum, cùm eius ratio ineatur deducto priùs ære alieno & funeris impensa §. *quarta autem. infr.* quorum neutrum deducitur ex hereditate *l. si quis seruum 8. §. vltim. & leg. sequent. in fr. de legat. 2.* quia hereditas habet commoda & incommoda, & ferè ob eam causam comparata est vt æs quoque alienum comprehenderet, eiúsque soluendi necessitatem in heredem transmitteret *l. 1. C. si cert. petat. l. vltim. & tot. titul. C. de hered. actionib. l. hered. auctas 119. de verborum signific. iunct. l. 1. de bon. et poss.* Itaque verum est eum qui in legitima tantum portione institutus heres fuit, in nulla tamen hereditatis parte institutum reperiri, quoniam in nulla parte bonorum sicut nec in vlla re singulari pars hereditatis consistere intelligitur *leg. quatenus 14. infr. si quis omiss. caus. testam.* At neque reperitur exheredatus, secundum eam formam quam testatoribus omnibus pro sollennitate præscripsit Iustinianus, id est, ita vt certa iustáque exheredationis causa inserta fuerit, licèt Notarij nostri temporis soleant post factam in legitima institutionem subnectere clausulam simplicis exheredationis, & quidem in quo turpius errant, non à reliqua parte hereditatis, quomodo exheredationem concipi oporteret, sed à reliqua & cætera parte bonorum, quæ nullius momenti exheredatio est *l. cùm quidam 16. de lib. & posthu.* Ergo nec vllius momenti sunt ea testamenta quæ passim hodie fiunt, in quibus pater filium in potestate instituit tantùm in legitima portione, nec eum sollenniter & adiecta causa exheredat, vt pluribus probaui in Error. pragmat. Testatur quidem hic pater securè quantum ad querelam, Non solùm ex ratione illa iuris veteris, quod is cui legitima quoquo titulo data est non habeat de quo conqueratur, sed etiam ex alia illa iuris noui, quòd hodie vel minimum quod relictum esse sufficiat vt querela excludatur, & ad supplementum agi necesse sit *leg. omnimodo 30. Cod. hoc titul.* Sed non ritè testatur, quia filium præterit quem instituere debet vel adiecta causa exheredare. Hoc enim hodie addendum est, cùm olim sufficeret dicere simpliciter *vel exheredare.* At si ritè testaretur, filium scilicet instituendo vel adiecta causa exheredando, vtique etiam securè testatus diceretur, qui filio siue instituto ex aliqua parte hereditatis, siue adiecta causa exheredato, legitimam aut saltem aliquid pro legitima reliquisset, non solùm si institutionis titulo, vt vulgò creditur, sed etsi iure legati vel fideicommissi, vel donationis causa mortis perinde ac olim. *Nouell. 18. de trient. & semiss.* vnde sumpta est *Authent. nouissima. Cod. hoc titul.* Nihil enim noui hac parte Iustinianus introduxit, Nisi quòd legitimam quæ olim omni casu erat quarta auxit ille ad trientem vsque & semissem pro numero liberorum, Item quod constituit vt exheredationem adiecta causa fieri oporteat; Et vt ad excludendam querelam aliquid vel minimum relictum esse sufficiat, Semper tamen præsupposita, vt olim validitate & sollennitate testamenti: quemadmodum & in specie huius §. Cuius proinde sententia manet incorrecta, siue ad filium, qui in potestate sit accommodari eam velis, siue ad quam aliam personam ex iis quibus competit querela. Est enim certè generalis, & ad eas quoque personas pertinens, quæ ideò præteriri impunè possunt quod earum præteritio pro exheredatione habeatur. In quo tamen notandum est ex supradicta Iustiniani Nouel. 115. non minùs esse necessarium vt præteritioni quæ pro exheredatione habetur, quàm vt exheredationi ipsi causa aliqua inseratur, & quidem vna ex iis quæ ad exheredationem sufficerent, Alioqui testamentum sit ipso iure nullum, non quia præteritio non habeatur hodie pro exheredatione iis ipsis casibus, quibus olim, sed quia nec valeret hodie expressa exheredatio quæ causam expressam nullam haberet. Est igitur hodie facilius, quàm olim vt quis securè testetur, quia iis querelæ valde restrictum est iure nouo & Iustinianeo, Sed difficilius vicissim vt quis ritè testetur, quia testamentorum sollennitates auctæ & ampliatæ sunt, non quidem quantum ad institutionem, sed quantum ad exheredationem.

7 ¶ Si quis impuberi filio substituit, secundas tabulas faciendo: non ob hoc admittemus ipsum impuberem ad inofficiosi querelam.

Ad §. 7. si quis impuberi.

Ratio dubitandi. Pater qui filio suo impuberi facit secundas tabulas vt det ei substitutum, facit vt filius hic si intra pupillares annos moriatur cum necessariò vel inuitus heredem habiturus sit, quem pater ei dedit, & quem fortassis habere ille nollet si iudicio suo testaretur: Et quamuis testari non possit ante pubertatem *l. a qua ætate §. infr. qui testament. facer. poss.* quid tamen prohibet, quominus possit velle illum habere heredem quem ei lex datura esset, si pater secundas tabulas non fecisset fortassis fratrem aut alium agnatum proximum, cui pater nulla ratione motus extraneum prætulerit? Lex enim satis prudens est vt iudicium quod pupillo deest, non minùs quàm pater supplere possit. Ergo filius etiam heres à patre ex toto asse institutus si substitutum acceperit in secundis tabulis, querelam hoc nomine habere debet, ac si à patre exheredatus fuisset. Nec enim accepisse id videtur, quod necesse est vel

vel inuito eo ad substitutum peruenire arg. *l. non videtur quisquam 51. de regul. iur. l. aliud est capere 71. de verbor. significat.* Nisi ponas potuisse impuberem medio tempore & quartam & quartæ fructus colligere ex hereditate. Hæc enim distinctio adhibetur quoties filius à patre heres scriptus rogatus proponitur de hereditate post certum tempus alteri restituenda. *§. vnde si quis. infr. hac lege.* Nec videtur posse responderi aliam causam esse substitutionis pupillaris, aliam fideicommissi ex *l. si adrogator 22. §. 1. supr. de adopt.* Nam si filio iniuria fieri creditur cùm de patris hereditate restituenda per fideicommissum rogatur, nisi restitutio dilata sit in tam longum tempus, vt medij temporis fructus possint sufficere ad quartam & quartæ fructus, ideoque habet illo casu filius querelam *dict. § vnde si quis.* An non maior sit iniuria filio impuberi qui non rogatur sed inuitus cogitur bona sua omnia etiam quæ à patre ipso non acceperit, quod magis mirum est ei relinquere quem nec ille, nec ipsa quoque lex heredem esse vellet? Quamquam nec supradicta distinctio quamà prudentibus adhiberi diximus cùm de fideicommisso tractatur, ad pupillarem quoque substitutionem accommodari potest: quippe quam necesse est fieri in tempus incertum, id est, mortis pupilli, qui si postridie post patrem moriatur, substitutum pupillarem exinde heredem habet: quo tamen casu nemo dixerit potuisse illum ex medij temporis fructibus quartam suam conficere, & quartæ fructus. Atqui iudicium testantis certum esse debet, atque extra omnem furoris & insaniæ suspicionem, filij verò potius esse in tuto vt testamentum per querelam impugnari non possit. Quid ni ergo poterit hoc casu locus esse querelæ, ac si pater alio per fideicommissum substituisset, eumque de restituenda post triduum hereditate rogasset? Nam & cùm testator heredem suum rogauit vt aliquem heredem faciat, placet non valere illam voluntatem, Nisi iure fideicommissi & hactenus, vt hic heres de sola testatoris sui hereditate restituenda rogatus esse videatur *l. filiusfamilias 114. §. vt quis heredem. de leg. 1. l. ex facto 17. in princ. infr. ad SC. Trebell.* Atqui cùm pater dat filio impuberi substitutum, non rogat, sed imperat, vt ille pupilli heres sit, & quidem non in iis tantùm bonis quæ pupillus à patre habuit, sed in cæteris quoque omnibus vndecunque prouenerint *l. sed si plures 10. § ad substitutos. inf. de vulg. & pup. substit.* An non igitur furori & insaniæ proximum illud est, vt pater sibi eam potestatem adroget disponendi de bonis filij etiam inuiti vt ea transferat in familiam fortassis extraneam, & alienam. Nónne id fit contra legem duodecim tabularum & rationem iuris *l. verbis legis 120. de verbor. signif. l. conficiuntur 8. §. si post factum. infr. de iur. codicil. l. Stichus 34. infr. de manum. testam.*

Ratio decidendi. Cùm pater dat filio impuberi substitutum pupillarem iure suo vtitur, facitque quod ei facere non quidem per legem 12. tabul. sed per mores populi Romani licet, quibus inductum fuit ius pupillaris substitutionis *l. 2. in prin. de vulg. & pupill. subst.* Idque non ad onus & incommodum pupillorum, sed ad ipsorum & honorem & vtilitatem, vt scilicet cum testamento decedat qui tamen ipse testamentum facere per se non posset, ne maneat obnoxius insidiis, & fraudibus agnatorũ, quibus alioqnin vita eius assiduè exposita esset. Quid enim honorificentius ciui Romano, quàm vt testamenti faciendi ius habeat, id est, vt alibi ostendimus & probauimus, legis condendæ potestatem. Quid verò vtilius, quàm per substitutionem pupillarem id assequi, ne ipsius pupilli salus pericliteur *§. igitur. Inst. de pupill. substit. l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus. de adqu. her.* Non igitur quicquã vel insanum vel insaniæ proximum fecisse videri potest pater, qui filio impuberi substituendo in secundis tabulis, nihil contra leges fecit, at filio suo bene ac commodè prospexisse credendus est. Nec quod alium substituerit quàm quem vel pupillus ipse electurus, vel lex ei heredem datura fuerit ad rem facit. Lex enim agnatorum nomen duntaxat & gradum nouit: sed fidem & merita ignorat plúsque in eo confidit testatori quàm sibi, Ob idque solet illa subsequi testatoris voluntatem, non autem testatores cogere vt in testando subsequantur voluntatem legis, eíque deferant hereditatem cui alioquin lex esset delatura. Quid enim ita posito iure prodesset facere aut fecisse testamentum? Pupilli verò voluntas multò minùs hîc exquirenda, vel curanda est cùm iudicio careat, nec sua desideria & consilia paternis anteponere debeat, quę semper meliora sunt & fideliora. Quod verò de fideicommisso obiecimus longè dissimile est, Sine ponas rogatum verbis disertis filium vt paternam hereditatem alij restitueret, siue quod effectu idem est vt alium heredem faceret. Fideicommissa enim onus est, ideóque non iure habetur pro non adiecto postquàm placuit nullum onus legitimæ imponi posse *l. quoniam in prioribus 32. Cod. hoc titul.* At substitutio pupillaris honor est, & idcirco etiam hodie in legitima quoque fieri potest, argu. *dict. l. si adrogator,* qui locus cum hoc § coniunctus, omnium aptissimus in hanc sententiam, & apertissimus est. Pupillus enim cui pater substitutum dedit in casum pupillarem si intra pubertatem moriatur, non tam restituere illi hereditatem paternam, quàm suam deferre dicendus est, ac proinde vltrò ac sponte cùm deferat eam proprio suo testamento, licèt non tam iudicio suo quàm paterno, cui obtemperandi necessitatem habet non tantùm à natura, sed etiam à lege: Quæ nec patitur hoc casu vt pupillus eligat sibi heredem aliquem ab intestato non magis quàm ex testamento, cùm & illi qui succedunt ab intestato, non alia ratione nec alio colore succedant, quàm quasi tacito testamento instituti, quòd iis paterfamilias sponte legitimam hereditatem reliquisse videatur *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. vers. si. sed ideò. infr. de iur. codicill. l. ab exheredatis 126. de legatis 1.*

8 ¶ Quoniam autem quarta debitæ portionis [a] sufficit ad excludendam querelam: videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur [b]: vtputa sumus duo filij exheredati. & vtique faciet, vt Papinianus respondit, &, si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes [c]: ex vno plures, tres puta: ex vno vnus: vnicum sescuncia, vnum ex illis semuncia querela excludit.

Digitized by Google

Ad §. 8. quoniam autem.

a *Quarta debita portionis*, id est, portionis ab intestato contingentis §. *si quis mortis, sup. l. quæ nuper* 31. *Cod. eodem*. Portio enim quæ ab intestato contingeret dicitur debita si modò de liberis agatur, vt in hoc §. & in *l. 2. Cod. de inoff. donat.* quibus scilicet, parentum hereditates debentur ex ipsorum parentum & naturæ communi voto *l. nam etsi* 15. *inf. l. vltim. de bon. damnat.* Extra hunc casum non portio ipsa contingens ab intestato dicitur debita, sed portio portionis ab intestato contingentis quam vno nomine legitimam appellamus §. *vnde si quis*. ℐ. Legitimam enim ideò dicimus, quia ex legibus debetur *l. liberi* 18. *l. omnimodo* 30. *& seq. l. scimus* 36. *in pr. & § cùm autem. & pass. Co. eod.* vnde etiam debitum bonorum subsidium appellatur in *l. si totas* 5. *Cod. de inoff. donat.*

b *An exheredatus partem faciat qui non queritur.* Ratio dubitandi. Ad quid bonum est fauere filio exheredato qui non queritur, vt partem faciat qui nihil vnquam est habiturus *l. si post mortem* 10. §. *liberi inf. de bon. poss. contr. tab.* Atqui filius exheredatus non potest admitti siue ad successionem ab intestato, siue ad portionis legitimæ petitionem, nisi per querelam inofficiosi, nec aliud vllum iuris adiutorium habet, vt loquitur Iustin. in *l. si quis filium* 34. *Cod. hoc titul.* Ergo si duo sint filij ambo exheredati, quorum vnus nolit queri, siue quia non possit cùm sit meritò exheredatus, siue quòd eam patris memoriæ pietatem ac modestiam præstare velit vt iudicium ipsius nolit impugnare, dicendum est, nec partem eum facere posse fratri, qui velit ipse queri, Nec proinde impedire quominùs is alter dicat inofficiosum testamentum, & obtineat, sobinde totam hereditatem, non dimidiam duntaxat petere debeat. Partem enim facere nihil aliud est, quàm personam suam numerare cum cæteris in partibus faciendis *l. 1. §. vltim. inf. de collatio.* Cur verò numerabimus personam eius, qui nec conqueri volt, nec succedere? Aut saltem cur non ipsius portio alteri fratri petere volenti adcrescat? Et ita disertè scriptum est in *l. si ponas* 23. §. *vlt.* & in *l. qui repudiantis* 17. *infr.*

Ratio decidendi. Is demum non facit partem, qui nullomodo potest admitti ad partem, etiamsi maximè velit, vt in *dict.* §. *liberi l. planè* 34. §. *si duobus. de leg.* 1. At is qui potest admitti ad partem si velit, etiamsi non habeat partem, quia nolit, non eò minùs facit partem. Idemque est si partem illam habeat, quamuis alio iure, vt in specie *l. huiusmodi* 84. §. *si Titio. de legat.* 1. Aut si alius cui partem ipse facere non posset certam sibi partem iam habeat à testatore ipso factam & definitam, vt euenit inter eos qui in legato verbis tantùm coniunguntur, id est, quibus testator legauit pro æquis partibus. Hi enim partes habent semper & iam inde ab initio siue in collegatariorum persona consistat legatum, siue non consistat *dict. l. planè.* §. *si coniunctim de leg.* 1. *iun. & l. re coniuncti* 89. *de leg.* 3. Atqui cùm duo sunt filij exheredati, verò est vtrique ex iis esse personis, quibus legitima debebatur, & ideò sicuti ambo simul succederent ab intestato ex semissibus, ita & possunt ambo admitti ad querelam, etiam is qui meritò exheredatus fuit, quamuis in querela obtinere non possit, aut saltem non debeat. Aliud enim est ad querelam admitti, Aliud verò in querela obtinere ac vincere: quoniam in huiusmodi lite, vt in cæteris omnibus non tantùm de iure, sed etiam de facto disputandum est *l. si pars* 10. *l. circa* 24. *inf.* Ergo etiam is qui non queritur faciet partem fratri, scilicet in computatione legitimæ, vt frater qui vellet queri si habeat sescunciam, non habeat quod queratur, quomodo tamen haberet si frater alius qui non queritur partem non faceret, quia tunc soli fratri conquerenti totus quadrans deberetur, quem tamen non haberet, quia ponimus sescunciam duntaxat ei datam. Planè si poneres ne quidem sescunciam alteri fratri datam qui vult de inofficioso queri, sicuti non esset dubitandum quin haberet ille ius proponendę querelę ex proprio capite, ita & fatendum esset futurum, vt pars fratris qui de inofficioso queri vel nollet vel non posset fortè iam exclusus tempore, alteri huic adcresceret, vt posset in totum facere partem intestatum, & consequenter post victoriam hereditatem totam ab intestato vindicare *dict. l. qui repudiantis. dict. l. si ponas* 23. §. *vlt. inf. hoc titul.* Ideoque quod hîc additur *etsi dicam inofficiosum, non totā hereditatem d. heo sed dimidiam petere*, non puto ex iuris ratione defendi posse, neque tam Vlpiano aut Papiniano quàm imperito interpreti tribuendum esse. Non enim de illo quæritur in hoc §. an exheredatus qui non queritur faciat partem in querela, aut in petitione hereditatis, quæ post obtentam in querela victoriam instituitur, Sed de hoc tantùm, An partem faciat in computanda ea portione quæ sufficit ad excludendam querelam, id est. An is qui vellet queri, & cui tamen tantum relictum est quantum haud dubiè summoueret eum à querela, si alius frater exheredatus quereretur, ob id magis queri possit quasi non habeat portionem legitimam, quòd frater non conqueratur. Et cùm legitima portio quam relinqui necesse est ad querelam excludendam, nihil aliud sit quàm portio portionis ab intestato contingentis §. *si quis mortis, sup. l. cùm quæritur* 6. *C. eodem.* In proposita autem specie duo fratres sint, qui ex semissibus ab intestato succederent si testamentum non obstaret, consequens est, vt cuiusque legitima portio non alia sit quàm sescuncia, quoniam sescuncia facit quartam partem semissis. Ac proinde vt ille ex fratribus qui vellet conqueri, quasi ob personam fratris exheredati nec conquerentis debuerit habere quadrantem integrum pro legitima, nullam habeat causam querelæ, si modò sescunciam à patre habuerit. Cæterùm, An si minùs sescuncia habuerit, ob idque ad querelam fuerit admissus ex propria persona, debeat queri de inofficioso, & intestatum facere patrem pro parte tantùm an in totum, Et rursus, An vbi in querela obtinerit debeat petere dimidiam duntaxat partem hereditatis an totam hereditatem, alia quæstio est, quæ in hoc §. non tractatur, sed in *dicta lege si ponas.* §. *vltim.* Et ita esse apparet euidenter non solùm ex præfatione illa quæ ponitur initio huius §. his verbis, *quoniam autem quarta debita portionis sufficit ad excludendam querelam*, sed etiam ex eo quod sequitur in hoc ipso §. per modum & continuationis & illationis ex præcedentibus *Proinde si sint ex duobus filiis nepotes ex vno plures tres puta, ex alio vnus, vnicum sescuncia vnum ex illis semuncia querelā excludit.* Non enim potuit Vlpianus noster apertiùs significare tractari à se quæstio-

quæstionem illam Quota debeat esse portio, tres exheredati qui vult queri ad hoc vt sit vel ad querelam admittendus vel à querela excludēdus, cùm adest alius frater exheredatus qui non queritur, Non item istam, Pro quota parte possit frater exheredatus querelā proponere, ac subinde postquàm obtinuerit, hereditatem petere, alio fratre exheredato non conquerente. Sed & interpretis nostri manum, simulque inscitiam illud deregit, quod in verbis quæ tollimus, *& si dicam inofficiosum non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere*, exprimitur apertissimè, Illum qui de inofficioso testamento dicit hoc ipso hereditatē petere quasi querela inofficiosi sit petitio hereditatis: Quod plane falsum esse ostendimus ad *l. posthumus 6. §. si quis ex his supr.* Debuerat igitur interpres ille vt nobis imponeret, ac Vlpianum ageret aut Papinianum, non ita scribere, vt scripsit *etsi dicam inofficiosum*, sed sic potiùs *& si obtinuero in querela inofficiosi*, Illud certè non nego filium conquerentem non posse nisi dimidiam petere quandiu alius frater exheredatus conqueri potest, licèt nondum conqueratur, vt in *l. 1. inf. si pars hered. pet.* in illis verbis, *si ceteri non adierint* vbi non dixit Caius pro nondū, Sed nego Vlpianum posse sic accipi, quia non de eo loquitur qui nondum queritur, sed de illo qui absolutè non queritur, id est, qui vel cōstituit nolle queri vel passus est se excludi tempore à proponenda querela, vt in *dict. l. si ponas. §. vlt. dict. l. qui repudiantis.* Alioqui qua fronte posset frater qui vult queri, prætendere auctam fuisse suam legitimam ex persona fratris nondum conquerentis si adhuc frater conqueri posset? Et tamen hic vnus casus est de quo solo Vlpian. tractat in hoc §. vt ostendimus.

c *Proinde si sint ex duobus filiis nepotes.* Ratio dubitādi. Cùm ex duobus filiis præmortuis plures sunt, & disparis numeri nepotes, omnes in eodem gradu sunt, & æquè proximi auo ex cuius bonis legitima portio eis debetur, Nec indigent repræsentatione personæ patris vt succedant, cùm nihil impediat quominùs qui in pari gradu sunt, pariter ac simul succedant siue ex descendentibus sint, siue ex transuersalibus, & quidem proprio iure ac ex propria persona. Ergo parem & æqualem legitimam portionem habere debent, non vnus sexcunciam, alij verò singuli semunciam, Et consequenter qui semunciam tantùm habuerunt, de inofficioso queri possunt. Ratio decidendi. Quemadmodum cùm filius filiáve & ex altero filio nepos, neptísve existunt pariter ad aui hereditatem vocātur, nec qui gradu proximior est, vlteriorem excludit, quia æquum esse videtur, & ipsorum parentum natura & iure voto cōsentaneum, vt nepotes neptésque in parentis sui locum succedant, Pari ratione etsi nepos neptísve sit ex filio vno, ex altero autem filio plures nepotes neptésve ad vnā dimidiā pars hereditatis aui intestati, ad alios altera dimidia pertinere debebit, iure scilicet repræsentationis quod in descendentibus iam olim locum habuit in infinitum *§. cùm filius 6. Inst. de hereditat. quæ ab intest. defer.* & hodie habet ex Iustin. Nouell. *de heredib. ab intest. venient.* Atqui legitimæ ratio pendēda & ineunda est ex comparatione successionis intestati, cùm nihil aliud legitima sit, vt sæpius diximus, quàm portio portionis ab intestato contingentis. Ergo si in proposita specie singulis nepotibus qui tres super fuerunt ex vno filiorum præmortuorum relicta sit semuncia non habet quod querantur, cùm habeant quartam eius quod ab intestato habituri essent ex peruenturum. Non enim ab intestato potuissent habere singuli plus quàm sextantem, diuiso scilicet semisse vno in tres sextantes, cùm alius semis ad alium nepotem ex altero filio præmortuo totus spectaret. Semuncia autem facit quartam partem sextantis. Nec debent recusare nepotes ex liberis præmortuis quominùs succedant auo iure repræsentationis etiam cùm soli & sine patruis succedunt, cùm ius repræsentationis sit ipsis fauorabile, per quod scilicet fiat vt quāuis sint remotiores in gradu, succedant tamen in aui hereditate simul cum patruo, qui vno gradu eos præcedit, & à quo proinde in totū excludi deberent si ius successionis, vt aliàs solet ex iure sanguinis & proximitatis æstimaretur. Porrò non potest inter eos induci ius repræsentationis, quin illud etiam inducatur, vt in stirpes non in capita succedant *dict. §. cùm filius & §. vlt. tit. eod.* In stirpes enim succedere nihil aliud est, quàm tot fieri in diuisione successionis partes, quot sunt stirpes à quibus personæ succedentium originem sumpserunt, vt proinde qui plures ex vno eodémque filio nepotes sunt, sicut vnam duntaxat stirpem habent, ita & ad vnam tantùm portionem simul omnes admittantur. Ex quo sequitur, vt cùm de legitimæ portionis ratione ineunda tractatur, in stirpes quoque facienda sit computatio vt plurium ex vno filio nepotum non maior legitima sit, quàm ipsius filij, eiusdémque ipsorum patris futura esset si viueret.

9 ¶ Quarta autem accipietur scilicet deducto ære alieno, & funeris impensa. Sed, an & libertates[a] quartam minuant, videndum est[b]: &, nunquid minuant. nam si, cùm quis ex asse heres institutus[c] est, ideo non potest dicere inofficiosum quia habet Falcidiam, Falcidia autem libertates non minuit, potest dici, deductis libertatibus quartam ineundam[d]. Cùm igitur placet quartam minui per libertates: eueniet, vt qui seruos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat: nisi fortè hic filius[e], si non fuit in potestate[f], à patre heres institutus, meritò omittit hereditatem, & ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituet: vel ab intestato, citra edicti pœnam, habeat hereditatem[g].

Ad §. 9. quarta autem.

Ratio dubitandi. Legitima nihil aliud est quàm portio quarta olim, nunc tertia vel dimidia portionis ab intestato contingentis *l. cùm quartam 6. l. quæ nuper 31. Cod. hoc tit.* seu quod idem est portio eius quod ab intestato peruenturum esset, vt Vlpianus noster loquitur in *§. si quis mortis supr.* Atqui ab intestato successisset filius aut alius quisquis legitimam petit, vel in tota hereditate, vel saltem in parte aliqua hereditatis. Lex enim duodecim

tabularum & hereditatem & heredem facit, tam ex testamento quàm ab intestato *l. lege obuenire 130. de verbor. signif. iunct. l. filiusfamilias 18. inf. ad leg. Falcid.* Porrò nec hereditas nec pars vlla hereditatis dicitur deducto ære alieno, quoniam & hereditas, & pars hereditatis quælibet etiam æs alienum continet, videturque ea fictio in hoc maximè per legem comparata fuisse, vt æs alienum quod non erat in bonis defuncti nihilominùs ad heredé transiret vt id soluere teneretur *l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de hered. act. iunct. l. æris alieni 15. C. de donat. l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus hered. debit.* Idémque est de funeris impensa. Nam & hæc onus hereditatis est, & quidem primum ac præcipuum, tanquam quæ etiam æris alieni loco habeatur *l. impensa 18. iunct. l. quod si nulla 28. inf. de religios. & sumpt. funer. l. si quis seruum 8. §. vlt. de legat. 2.* Ergo quarta aut alterius quotæ legitima portio intelligi & accipi debet non deducto ære alieno, nec funeris impensa.

Ratio decidendi. Peruenire ex hereditate, aut peruenturum esse nihil intelligitur, nisi quod eum effectu perueniat, fueritve peruenturum *l. 2. §. peruenisse inf. de her. vel act. vend.* Atqui non potest videri cum effectu peruenire aut peruenturum esse si quid æris alieni est, vel cuius alterius oneris hereditarij cuiusmodi est funeris impensa. *dict. §. peruenisse. vers. sed & si quid.* quoniam æs alienum soluendum est antequàm in bonis debitoris quicquam esse videatur, quia cùm bona dicta sint à beando, non possunt vtique beare nec proinde bona dici nisi quatenus in iis superest deducto ære alieno *l. mulier 72. de iur. dot. l. 2. §. 1. de collat. l. non possunt 11. de iur. fisc. l. subsignatum 39. §. 1. de verbor. sign.* Et verò cùm is qui agit querela, hoc colore agat, quasi non sanæ mētis fuerit testator cùm suprema tam iniquè ordinaret, An non insanus ipse esset ac furioso similis si de eo quoque vellet conqueri quod nulla ex parte onus æris alieni sentire possit, quasi hoc ipso minus ex bonis defuncti acceperit? Cùm igitur certis personis legitimam portionem deberi placuerit, vt esset iis non oneri & incommodo, sed honori & emolumento, rectissimè constitutum est, vt eius rationem iniri oporteat deducto ære alieno & funeris impensa. Sed hæc æquitatis fortasse potiùs quàm iuris ratio videri possit. Illa igitur accommodatior est, quod legitima non ab alio deberi tota potest, quàm ab eo qui sit heres ex asse, ideoque nec nisi contra heredem, qui iam heres sit propont querela potest, *§. si conditioni inf. hac lege.* Atqui non potest fieri vt quis sit heres ex asse, alius verò assis hereditatij partem vllam habeat: Ita enim fieret vt saltem aliqua ex parte hereditatis duo essent vni homini heredes in solidum, quod iuris ratio & regula non admittit *l. quod contra 141. §. 1. de reg. iur.* non magis quàm vt eiusdem rei duo in solidum sint domini *l. 5. §. si duobus vehiculum inf. commodat. l. de hereditate 19. §. pater inf. de castrens. peculio* Nec igitur illud fieri potest vt legitima sit quota hereditatis, & consequenter necesse est vt sit quota bonorum cuius ratio poni non possit nisi deducto ære alieno ac funeris impensa, quia nec illud fieri vllomodo potest vt totum æs alienum hereditarium non concomitetur inseparabiliter, vt aiunt assem ipsum hereditatis *l. 2. C. de her. vel act. vendit.*

a *Sed an & libertates.* Ratio dubitandi. Si admittamus legitimam portionem minui per libertates, eueniet vt qui seruos tantùm in patrimonio suo habeat, quomodo plerique olim præcipuam vim & substantiam patrimonij in seruis habebant, querelam inofficiosi facilè excludat dando iis libertatem. Atqui hoc absurdiùs videtur, quàm vt dici & admitti possit, quia cùm legitima portio ex legibus debeatur, indéque & legitimæ, & debitæ portionis nomina sumpserit, nihil potest fieri in fraudem legitimæ, quod non fiat etiam in fraudem legum & ipsius propemodum naturæ: Quicquid autem fit in fraudem legum non modò irritum & inane esse debet, sed etiam seuerè vindicandum est *l. non dubium 5. C. de leg.* quia grauiùs delinquit, qui per cuniculos in fraudem legum quàm qui palàm contra leges ipsas facit *l. contra 29. & seq. supr. de legib. iunct. l. vltim. de rit. nupt.* Nec tantùm fauorem libertatis esse credendum est, vt dari possit in fraudem legum, quæ nec datur impunè in fraudem creditorum *tit. Inst. quibus ex caus. manum. non licet. l. in fraudem 10. & seq. l. si cum fideicommissa 16. §. ne quis inf. qui & a quibus manum.* Ergo neque dari poterit in fraudem legitimæ, maximè si nostris credimus qui putant, eum cui legitima debeietur, in ea legitima etiam viuo illo ex cuius bonis legitima debebitur esse iam creditorem: cùm creditores accipiamus eos omnes quibus debetur ex quacunque causa *l. creditores 10. & seq. de verb. significat.* Proinde ne absurdum hoc eueniat vt excludi in totum possit querela inofficiosi prætextu libertatum, dicendum est legitimam portionem cuius fauor locum facit querelæ, per libertates minui nullomodo posse.

Ratio decidendi. Dicam vt soleo liberè quod sentio. Locus sanè perobscurus est, & ex quo nullam nisi prorsus ineptam aut sententiam aut ratiocinationem possit vel ipse Papinianus elicere, dignam planè imperitia Triboniani cæterorúmque Compositorum quibus proinde non dubito quin adscribi debeat quicquid in hoc §. scriptum est saltem ab his verbis *sed an libertates* vsque ad finem §. Neque de hoc dubitabit meo iudicio, quisquis rationes quibus in hanc sententiam monemur, perceipiet. Rem ego sic totam tractandam arbitror, vt distinguamus An exheredatus fuerit filius, qui de inofficioso patris testamento queri vult, an institutus. De exheredato hucusque locutus est Vlpianus, cui vel nihil vel minus quarta portione relictum sit, & in consequentiam eius tractatus necesse fuit monere quartam accipi deducto ære alieno ac funeris impēsa. Quòd si voluisset Vlp. illam quoq; quæstioné subiungere An exēplo æris alieni, etiā libertates deducēdæ sint minuántque legitimam ad excludendā querelam, æquè poterat ea quæstio tractari, & commodiùs in filio exheredato, quàm in filio ex asse instituto, vt ex iis quæ dicturi sumus apparebit. Et tamen totus hic §. ab his verbis est de filio ex asse instituto, vt verba demonstrāt, quæ res vel sola posset prodere Tribon. Priùs ergo tractemus de exheredato, postea de instituto. Si filius qui de inofficioso agere vult fuerit exheredatus, Dico nec ipsius legitimā posse minui nec inofficiosi querelā excludi per libertates in patris testamento datas, siue directas, siue fideicōmissarias. Mouet me ratio illa inuincibilis, & perpetua, quòd legitima sit portio portionis ab intestato cōtingētis, & eius, quod peruēturū esset ab intestato: quā qui non habet, si sit ex iis personis quib. aliqua legitima debeatur, omnimodo ad querelā inofficiosi admittēdus est, quāuis possit fieri vt in ea succūbat, Nēpe si

fuerit

fuerit merenter exheredatus, ingratúsque probetur. Atqui si nullum testamentum fecisset pater qui filium quem vnicum habebat, exheredauit, aliumq; heredem extraneum instituit, haud dubiè habuisset filius totam hereditatem patris, & consequenter seruos omnes, tametsi totum patrimonium in seruis constitisset: nec tractandum fuisset eo casu de libertatibus, quia neque directæ ab intestato dari potuissent, neque fideicommissariæ in codicillis ab intestato factis datæ potuissent facere quominùs serui omnes in hereditate mansissent, quanquam cum onere fideicommissariæ libertatis præstandæ. Ergo cùm sit verissimum facto testamento per eum qui totum patrimonium in seruis habebat, & omnibus libertatem directam dederat, non habere filium exheredatum quartam partem eius quod ab intestato fuerat habiturus, omnino consequens est vt ad inofficiosi querelam sit admittendus. Nec ei obstare potest fauor libertatis, quoniam is qui agit de inofficioso non negat libertates iure datas esse, ipsoq; iure competiisse ex quo instanti defunctus habuit heredem, Sed contendit reuocandas esse tanquam à furioso & demente datas, si modò possit assequi per querelam inofficiosi vt testator intestati exitum faciat quasi qui insanus fuerit & furiosus tempore conditi testamenti. Nullum siquidem hac parte priuilegium est libertatis, cùm homini insano ac furioso non magis liceat libertates dare quàm aliud quicquam facere ex iis quæ ad testamenti aut alterius cuiuslibet vltimæ voluntatis ius pertinent: dummodò querela inofficiosi fuerit intra quinquennium instituta *§. vlt. ÿ. iunct. l. nec fideicommissa 36. de legat. 3.* Itaque non habet locum hoc casu quod dici solet libertates quæ semel competierunt, reuocari nunquam posse, quia nec competiisse intelliguntur ex eo testamento quod tanquam à furioso & demente factum fuisse, atque ideò numquam valuisse creditur *d. §. vlt.* vbi dicemus. Neque rursus potest in hoc casu argumentum illud obiici quo Tribonianus hîc vtitur, quòd libertates minuant adeóque in totum aliquando excludant falcidiam, puta si totum patrimonium defuncti fuit in seruis, quibus omnibus dederit ille libertatem: ipsa verò falcidia excludat querelam inofficiosi. Est enim lōgè dissimilis ratio filij exheredati cui legitima debetur, & querela competit. Et heredis instituti ad quē pertinet de falcidia disputare. Heres namque institutus, ideò nullam falcidiam detrahit ex libertatibus, non solùm quia nec potest, cùm & persona serui & libertas ipsa sit indiuidua, adeoq; nec recipiat æstimationem ex qua possit falcidia deduci, vt fieri solet in cæteris legatis indiuiduis *l. si fundus 23. ad leg. falcid.* iunct. *l. libertas inæstimabilis res est 106. de reg. iur.* sed etiam quia sibi prospicit alia ratione, Detrahendo scilicet ex reliqua hereditate precia seruorum quibus libertas data fuit, & quidem tanquam æris alieni loco *l. æris alieni 39. ad leg. falcid.* Ex quo fit, vt & tanto minùs cæteri legatarij si qui sint ex legatis consequantur, cùm non magis legatorū quàm falcidiæ ratio poni possit, nisi deducto priùs ære alieno *l. in imponenda 6. l. rescriptū 8. C. ad leg. falcid.* in quo falcidia legitimæ similis est, & indemnis seruatur heres, cui vtiq; nihil deperit etiamsi minorem falcidiam consequatur ex imminutis legatis. Enim quod non habet per deductionem falcidiæ, habeat nihilominùs per deductionem æris alieni, quasi quod debitum sit ipsi heredi, quomodo & deducere is potest, quicquid sibi ex alia causa debetur *d. l. in imponēda & d. l. rescriptum.* Quod si ponas totum patrimonium fuisse in seruis quibus omnibus data sit libertas, Erit quidem hoc remedium deducendi precia seruorum æris alieni loco, inutile heredi qui non habebit vnde possit deducere, sibiq; indemnitatem præstare, Sed tamen habebit ille quod sibi possit & debeat imputare, qui adierit hereditatem quam debebat potiùs omittere si noluit sine aliquo lucro & commodo heres esse. Nec enim potuisset cogi ad adeundum propter libertates directas, non magis quàm propter fideicommissarias, aut propter aliud quodlibet pecuniariū legatum *l. si res aliena 52. §. 11. & l. seq. ÿ ad SC. Trebell.* Maximè verò potest hoc ei imputari, si talis heres sit qui etiam ab intestato potuit hereditatem obtinere. Debuit enim ab intestato succedere potiùs, & quidem citra metum edicti, *Si quis omiss. caus. testam.* quia nihil videretur dolo fecisse qui dolum & fraudem sui testatoris excludere potiùs voluisset, arg. *l. quia autem 6. §. si patronus in fin. ll. e. si quis omiss. caus. test. & l. cum pater 77. §. Titio antepen. de leg. 2.* Etsi postremum hoc mihi suspectum est, quia vt dicam in sequentibus, non potest videri fraudatus à testatore heres qui facto & voluntate testatoris impeditus quoquomodo fuit ne falcidiam vllam habere possit, cùm eo casu non in damno moretur sed tantùm priuetur eo lucro quod nō nisi ex voluntate ac liberalitate testatoris sperare potuit, At is demum fraudatus dicitur quem testator non alia mente instituerit quàm vt ei aufferret ius aliquid & commodum quod habiturus ille fuerat alio herede existente, vt in specie *d. §. si patronus, & d. § si Titio.* Vtut sit prior illa ratio sufficit quod nō de alio quàm de seipso possit queri heres, qui nullam falcidiam habet propter libertates, quia potuit non adire; atque ita facere non vt falcidiam eo magis consequeretur quam nemo nisi heres consequi potest, sed vt libertates intercideret, quæ competere non poterant nisi adita priùs ex testamento hereditate *l. in quantitate 73. vers. nec ea res ad leg. falcid.* At istorum omnium nihil est quod in persona filij exheredati circa querelam inofficiosi testamenti tractari possit. Nam neque filius exheredatus potest deducere precia seruorum manumissorum ex reliquis bonis si qua sint, cùm non sit heres, sed à tota hereditate exclusus, Neque possis ei imputare, cur adita sit hereditas ad confirmandas libertates, etiamsi totum patrimonium in seruis consisteret, cùm non eam ipse adierit, sed alius quem ponimus fuisse ex asse institutum, quique adeundo ipsi etiam exheredato nocuit, quia confirmauit exheredationem quæ alioqui cum libertatibus cæterisq; omnibus in testamento scriptis corruisset *l. filiū 20. de bon. poss. contr. tab.* iunct. *l. si nemo 9. de test. tutel.* Quare fatendum est Triboniani argumentum hoc casu non procedere, quod ille sumpsit ex falcidiæ exemplo, quo nec vsus est in ea specie quam nunc tractamus, in qua filius minus quarta habens fuerit exheredatus, sed in alia de qua iam dicendum nobis est, in qua filius fuerit institutus. Videamus igitur an eo casu quo filius qui de inofficioso vult queri, fuerit ex toto asse heres scriptus, probabilius sit quod Tribonianus in hoc §. disertè scribit, legitimam minui per libertates. Nam ratio qua vsi sumus in superiore specie pro filio exheredato, vt eum ad querelam inofficiosi admitteremus tùm quoque cùm totum patrimo-

nium exhaustum est libertatibus non videtur posse porrigi ad filium institutum. Exheredatus enim ideò admitti debet ad querelam, quòd verum sit aut nihil penitus, aut saltem minus legitima ei relictum fuisse. Alterutrum namque ponendum est. At de filio qui sit institutus & quidem ex toto asse non idem dici potest. Quid enim amplius ei relinquere pater potuit, quàm totam hereditatem? Aut quid ad eum amplius ab intestato peruenire potuisset? Ergo non potest conqueri quasi non habuerit à patre portionem portionis ab intestato contingentis, qui habuit idipsum totum quod ab intestato contigisset, id est vniuersum assem hereditatis. Nec quod hereditas ipsa vel legatis vel etiam libertatibus aut onerata sit, aut exhausta, facere potest vt eo minùs verum sit habuisse filium à patre totam hereditatem, eúmque ex toto asse heredem esse. Multò autem minùs facere id potest vt dici possit, nihil videri ex patris hereditate cum effectu ad filium peruenisse, secundum ea quæ ad huius §. initium adnotauimus. Nam imò verum est totam hereditatem ad eum peruenisse & quidem cum effectu, quandoquidem neque legata, neque libertates impediunt quominus ille actionibus hereditariis & actiuis experiri, & passiuis conueniri possit, in quo maximè ac potissimum ius heredis elucet, non etiam in eo vt plus minúsve commodi heres sentiat ex hereditate *l. quæ dotis 33. §. solut. matrim. l. vlt. & tot. tit. C. de hered. action. l. 2. C. de hered. vel act. vendit.* An igitur generaliter & indistinctè dicendum erit filium hoc casu querelam inofficiosi non habere? Et si quidem hereditas nõ tam libertatibus quàm legatis iis exhausta sit ex quibus falcidia, id est quarta pars hereditatis totius deduci iure possit, hoc est computatis etiam preciis seruorum quibus libertatem testator dedit fideicommissariam, quod euenit quoties testator seruos legauit cum onere libertatis fideicommissariæ ipsis præstandæ, ac præterea iisdem legatariis aliquid dedit ex quo falcidia possit ita deduci vt inde, & quod pro seruo præstandum est, sumatur, vt in specie *l. plenè 35. & seq. ad leg. falcid.* in promptu est dicere non habere filium quod queratur, qui totius hereditatis bonorumque omnium in falcidia quartam habet & quidem iure testamenti, *l. qui duos 42. de vulg. & pup. subst.* adeóque ex voluntate testatoris. Nam falcidia legatorum capitur ex testatoris voluntate, & iure hereditario quia nec nisi de dodrante legare testator intelligitur vt nec potest *l. 1. ad leg. falcid.* in eóque differt falcidia legatorum à quarta fideicommissorum quæ contra testatoris voluntatem inducitur, nisi cùm heres retenta quarta hereditatem restituere rogatus est *l. Titia 86 insi. eod.* Neque hic casus vllam recipit dubitationem inspecto iure vetere, quo eadem erat quota portionis legitimæ & falcidiæ, nimirũ quarta. Sed hodie postquàm aucta est per Iustinianum legitima quælibet saltem vsque ad trientem. *Nouell. 18. de trient. & semiss.* aliud certè dicendum esset. dãdam scilicet querelam ei quoque qui totius hereditatis quartam pro falcidia haberet, tanquam qui minus haberet legitima portione, nisi querelam excluderet alia eiusdem Iustiniani constitutio in *l. omnimodo 30. C. hoc t.* quæ actioni ad supplementum non querelæ locum esse vult, quoties aliquid pro legitima relictum est quantulumcunque illud sit, quamuis longè minus quàm vt sufficere possit ad legitimam portionem. Verum igitur est siue inspecto iure vetere, siue nouo, nullum hodie hoc casu querelæ locum esse. Idemque dicendum puto si libertatibus directò datis onerata sit hereditas, ita vt totius hereditatis falcidiam ex cæteris legatis deducere heres non possit. Etsi enim hoc casu falcidia quæ ex cæteris legatis pecuniariis deducitur non æquat legitimam portionem, ne quidem inspecta iuris veteris ratione, nihil tamen interest heredis, qui vt supra diximus, seruorum precia deducit ex reliqua hereditate quasi æris alieni loco *d. l. æris alieni 39. ad leg. falcid.* vnde fit vt legata quidem cætera omnia minuantur, & consequenter falcidia quæ ex ipsis deducitur, sed non ius ipsum heredis, quippe qui tantùm commodi & emolumenti ex hereditate retinet, quantum si libertates falcidiam paterentur, Quin etiam longè plus, quia deducit precia integra seruorum, qui per legem falcidiam nihil nisi quartam posset deducere. Ille igitur casus solus dubitationem habere potest, Si totum defuncti patrimonium constitit in seruis, aut saltem tanta ex parte, vt neque per falcidiam cæterorum legatorum, neque per deductionem preciorum tanquam æris alieni ex cæteris bonis hereditatis non legatis possit heres conficere sibi quartam illam quæ sola querelam excludit. Ego verò non dubito quin hoc casu filius si non ex toto asse, sed tantùm ex semisse, aut ex alia hereditatis parte scriptus sit, querelam habere debeat, nec possit legitima hoc casu minui per libertates. Dixi *si nõ ex toto asse* quia cùm filius ex toto asse scriptus fuit, nullus huic quæstioni locus relinquitur, Siquidem tametsi nec legitimam integram, nec aliud quicquam omnino haberet pro legitima, semper tamen ea ratio excluderet ipsum à querela, quòd non haberet contra quem proponere querelam posset, quæ scilicet non aduersus alium quàm aduersus heredem ipsum proponi potest. Taceo rationem aliam, quòd imputare sibi debeat qui patris hereditatẽ nõ omisit. An enim ratio illa valeat separatim posteà tractandum erit, Et hic primus Triboniani lapsus fuit, qui tractans de filio herede instituto ex asse, ait ideò non posse illum queri de inofficioso testamento quod habeat falcidiam: Quasi verò si falcidiam non haberet ob id magis admittendus esset ad querelam. Contra quem verò agere posset, nisi contra seipsum? Id verò multò minus quia non tantùm ratio iuris sed etiam natura ipsa impedimento est quominùs secum agere quis possit *l. ne cum filiofamilias 16. §. de furt.* Debuit ergo Tribonianus dicere, Cùm filius ex asse heres scriptus est, ideò ad querelam admitti eum non posse, non quia falcidiam habeat, sed quia non habet contra quem agat etiamsi falcidiam non haberet. Idq; apertius erit si putas ex Iustiniani constitutionibus id tantummodò factum esse vt legitima quæ olim quarta erat hodie aucta sit ad trientem, Non etiam illud, vt si quid relictum sit quamuis minus legitima, debeat agi ad supplementum. Hoc enim posito fiet vt filius ex asse institutus etiamsi plenam falcidiam habeat, minùs tamen habiturus sit quàm legitimæ ratio ferat, & consequenter vt ex iuris veteris ratione non eo minùs admittendus sit ad querelam quod falcidiam habeat. Neque tamen ob id magis agere poterit quia nec habebit contra quem agere possit nullo alio herede existente. Fateor fuisse olim bonam rationem quæ hodie non esset, vt filius, qui habebat quartam totius hereditatis iure falcidiæ legatorum nõ pos-

ser

ſet queri de inofficioſo, quia hoc ipſo habebat & iure teſtamenti, & ex voluntate teſtatoris quartam quæ ſufficiebat ad querelam excludendam. Sed nego fuiſſe vnquam rationem hanc bonam, propter quam filius ex aſſe inſtitutus deberet excludi à querela, quoniam ſi bona eſſet, conſequens fieret vt quo caſu heres ex aſſe ſcriptus falcidiam non haberet de inofficioſo queri poſſet: quod tamen non magis verum eſſe poteſt in eo qui nullam falcidiam, quàm in eo qui totam habet: Defectu ſcilicet perſonæ contra quam agere poſſit. Nec hoc ſolùm, ſed etiam quod notandum eſt, defectu iuris ex quo poſſit agere. Nam cùm querela non poſſit proponi ante aditam hereditatem *d. §. ſi conditioni infr.* acquiſita verò patris hereditate per filium qui de inofficioſo queri vellet, eueniat neceſſariò vt eadem perſona ſit quæ de inofficioſo & agere debeat, & conueniri poſſit, apparet ius totum proponendæ querelæ hoc caſu extingui per confuſionem, ſicut euenit quoties in eandem perſonam vtrumque ius concurrit & debitoris & creditoris, aut rei & actoris. Non enim magis fieri poteſt vt idem ſit reus & actor, quàm vt idem ſit debitor & creditor *l. debitori 50. de fideiuſſ. l. Stichum 95. § aditio de ſolut. l. vt debitis 5. & ſeq. C. de hered. action.* Vnde fit vt quoties Iureconſulti tractant de querela danda filio heredi ſcripto, non ponant fuiſſe illum ſcriptum ex aſſe quomodo imperitè ponit Tribonianus, in hoc §. ſed tantùm ex aliqua parte puta ex ſemiſſe, vt in *§. vnde ſi quis infr.* ſi tamen ille quoque locus Triboniani non eſt, de quo ibi videbimus. Nempe vt fieri poſſit locus quæſtioni An filio inſtitutionem ſuam omittente, atque ita hereditate tota iure adcreſcẽdi ad coheredem deuoluta, poſſit querela proponi, ſi filius ex ſua illa inſtitutione legitimam portionem conſequi non potuit. Illud enim etiam ponendum neceſſariò eſt filium qui ex aliqua hereditatis parte ſcriptus fuerat inſtitutionem ſuam omiſiſſe. Alioqui noua & alia ratio eum à querela excludit, & quæ non minùs potens eſt quàm ſuperiores, quòd iudicium defuncti agnouerit agnoſcendo inſtitutionem. Quiſquis enim quoquomodo agnoſcit iudicium defuncti hoc ipſo excluditur ne querelam mouere vnquã poſſit *§. prox. j. & l. pen. § vlt. & l. vlt. j. eod.* Ex quo apparet tantò manifeſtiùs quàm verum ſit quod modò dicebamus, filium ex aſſe inſtitutum qui falcidiam habet, ac proinde qui & hereditatem & teſtamentum agnouit, non ob id excludi à querela quòd falcidiam habeat, Sicut nec ob id rurſus quod non habeat, contra quem agat (quid enim ſi ex parte tantùm ſcriptus eſſet, haberétque coheredem?) ſed ſi veram & genuinam rationem quærimus hæc vna eſt quod quiſquis ex teſtamento heres eſt vel ex minima portiuncula, defuncti iudicium agnouit, quod impugnare poſteà non poteſt. Ideò nimirum & nos cùm tractauimus de filio herede ſcripto, qui velit queri, nõ ſolùm ponimus fuiſſe illum inſtitutum ex parte tantùm aliqua hereditatis puta ex ſemiſſe, vt habere poſſit coheredem ex alio ſemiſſe ſcriptum, qui portionem ſuam agnouerit (nam & hoc quoque neceſſariò ponendum eſt,) ſed etiam ponimus omiſſam ab eo fuiſſe inſtitutionem, ne qua de cauſa poſſit ei obijci quòd agnouerit iudicium defuncti. Hunc verò contendimus habere querelam ſi per libertates ſiue directas, ſiue fideicommiſſarias fiat, vt neque beneficio legis falcidiæ, neque alia vlla ratione, legitimam portionem ex ea inſtitutione conſequi poſſit. Moueor ea ipſa propemodum ratione, quã in præcedentibus pro filio exheredato attulimus: quod ad querelam admitti debeat filius quoties ſiue inſtitutionis, ſiue alio quocunque titulo minus ei relictum eſt quàm relinqui debuerit pro legitima portione. Atqui filius hic de quo agimus, licèt inſtitutus fuerit ex ſemiſſe cùm ei ſextans fortaſſe tantùm deberetur, non tamen poteſt conſequi ſextantem ex inſtitutione ſaltem integrum, quia ponimus etiam hunc ſemiſſem libertatibus vel exhauſtum penitus, vel ſaltem oneratum fuiſſe, nec quicquam aliud eſſe in hereditate vnde filius poſſit iure falcidiæ quartam & legitimam portionem retinere. Ergo de inofficioſo queri poteſt. Etſi enim non poteſt videri ſextantem non habere is qui habet ſemiſſem, non tamen habet eum ſextantem quem portio legitima requirit: quia & ſextantis & ſemiſſis nomina ſunt iuris, legitimæ verò portionis nomen nõ tam ius quàm rem certam ſignificat, certæque ſi non ſubſtantiæ ſaltem æſtimationis, & quæ commoda tantùm contineat non etiam incommoda cùm ſit quota bonorum non hereditatis vt ſuprà probauimus. Itaq; quamuis verum ſit per hunc filium ſtare quominùs integer ſemis totius hereditatis ad eum perueniſſe cum effectu videatur, non tamen perinde poſſis dicere per eum ſtare quominùs totam legitimam cum effectu conſequatur, quoniam legitima non magis deductis libertatibus minuenda eſt, vt Tribonianus dicebat, quàm deductis ſeruis ipſis, quos ab inteſtato filius fuerat habiturus. Cur enim patri permittamus, vt prætextu libertatum lædat ius filij & legitimam ipſius portionẽ imminuat? An ideo fortaſſe, quòd ipſam quoque heredis falcidiam poſſit minuere? Atqui longè aliud eſt de falcidia, aliud de legitima filij diſputare, Sicut & aliud de filio, aliud verò de herede. Poteſt pater idémque teſtator ius filij ſui euſdémque heredis inſtituti pro arbitrio lædere & diminuere quatenus heredis ſed non quatenus filij. Nec rurſus quatenus heredis niſi eo demum caſu quo lex falcidia locum habere non poſſit. Nam cùm lex falcidia locum habet, non magis poteſt quiſquam teſtator aliquid ſtatuere contra legis falcidiæ autoritatem, quàm facere ne leges cæteræ in teſtamento ſuo locum habeant *l. 1. l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid. l. nemo poteſt 55. de legat. 1.* Atſi lex falcidia ceſſet, quomodo ceſſat in ſeruo teſtatoris cui libertas data fuit *l. in teſtamento 34. ad leg. falcid.* nihil abſurdi aut incommodi eſt quod heres inſtitutus, aut falcidiam nullam habeat, aut minùs plenam, cui ſatis eſſe debet quod ſi nullum ex hereditate lucrum ſentiet, nullo tamen damno adficietur, quippe qui neque legatis neque libertatibus onerari poſſit vltra modum patrimonij quod à teſtatore acceperit *l. in ratione 11. § quod vulgo eod. tit.* Creditoribus planè reſpondere cogitur etiam ſupra vires hereditatis *dict. l. qua dote 33. ſolut. matrim.* quia ſoluendo intelligitur eſſe hereditas, quæ inuenit heredem *l. libertus 36. inf. de bon. libert.* ſicut & quæ inuenit emptorem *l. 3. ad leg. falcid.* Sed damnum illud facilitati ſuæ, ac temeritati debet imputare qui damnoſam hereditatem inconſultò adierit, quam potuerat & debuerat repudiare *d. l. in quãtitate 73. verſ. nec ea res eod. t.* Manca enim poteſtate legis falcidiæ quæ totius hereditatis quadrantem ſaluum & illibatum dat heredi vt hoc veluti præmio inuitet eum ad adeũ-

dant hereditatem, ne legata intercidant, & testamentum ipsum destituatur, nihil est quod heredem mouere ac impellere debeat vt propter legata vel libertates implicet se oneribus hereditariis. Etsi eo quoque casu non deest auxilium iuris quo libertates conseruari possint, Si quis fortè inueniatur qui earum conseruandarum caussa defuncti bona sibi addici postulet, oblata in eam rem cautione secundum formam præscriptam constitutione Diui Marci, de qua latè Iustin. *in tit. Inst. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Nisi quod cõstitutio illa eo tantùm casu locum habet, quo heres nemo sit ne quidem ab intestato: quod vix potest contingere cùm heres scriptus ideò tantùm hereditatem omittit ex testamento, quod libertatibus exhausta vel onerata sit ex quibus falcidiam deducere non possit. Nam cùm omissa eo casu ex testamento hereditate libertates corruant, nec ab intestati successore debeantur, apparet non eandem rationem habere legitimum heredem repudiandæ hereditatis legitimæ, quam habuit heres scriptus omittendæ testamentariæ successionis. Itaque satis magna in mali sui consilij pœnam fecit in hac specie testator qui cùm id ageret vt heredi suo legis falcidiæ commodum eriperet data omnibus seruis suis libertate, hoc è contrario assecutus est vt intestatus fecerit, nihilóque prorsus valeat eorum omnium quæ testamento disposuerat. At cùm idẽ heres qui à testatore institutus fuit, filius quoque testatoris est ac proinde talis cui legitimam omnimodo deberi certum sit (nec enim quæri vnquam potest an propter ingratitudinem aliquam, meruerit legitima priuari & exheredari alius quem pater heredem scripsit, adeóque ex maiore quàm ex legitima portione) non est in potestate patris vt vllo voluntatis genere quicquã de legitima ipsius portione diminuat, quin hoc ipso querelæ locum aperiat, si modò adsit alius coheres contra quem proponi querela possit, quoniam manca potestate legis falcidiæ quæ sola poterat huic debito satisfacere, tantum abest vt filius iure suo cadat, vt è contrario hæc ipsa ratio inducat querelam inofficiosi vtpote sine qua filius non solùm lucro omni hereditario priuaretur, sed etiam remaneret in damno legitimæ portionis, quæ tamen multò magis integra ei seruari debet, quàm heredi sua falcidia: quia falcidiam heres licèt habeat non modò à testatore sed etiam à lege, non tamen haberet à lege nisi præcederet voluntas & liberalitas testatoris qui eum instituit heredem, ideóque minùs conqueri potest si ob voluntatem testatoris non habeat, quod non nisi ex eius voluntate habere potuit: Legitimam verò filius habere debet ex bonis quidem patris, sed non ex ipsius patris liberalitate, at ex mero legum ac naturæ beneficio, cùm non magis sit in potestate & voluntate patris positum vt nulla filio legitima debeatur, quàm vt qui filius est non sit filius, quomodo facere poterat vt qui nunc heres est, nũquam heres fuisset. Quamobrem non quemadmodum heres scriptus nullo colore posset insaniam & furorem obiicere suo testatori ob id quòd nullam ille heredi aut minùs plenam falcidiam reliquisset, (lex enim falcidia lata est vt testamenta confirmaret, non vt euerteret) ita possit quis dicere non esse permittendum filio cui pater minus legitima reliquit vt de inofficioso patris testamento conqueratur ob exhaustam vel oneratam libertatibus eam portionem hereditatiam ex qua hunc ipsum filium heredem instituerat, quoniam hac parte tam insanus est qui filium merentem instituit, quàm qui immerentem exheredat, si vtraque via id agat ne filius legitimam sibique debitam possit habere portionem. Ergo perinde vtroque casu filius ad querelam admitti debet si queri malit quàm defuncti patris indicium agnoscere. Restat iam vt singula Triboniani verba examinemus & ostendamus non plures in hoc §. dictiones esse quàm ineptias.

b *Sed an & libertates quartã minuant videndum est.* Iam monui sæpius, solere Tribonianum his ferè verbis vti & hac connexionis forma cùm opiniones suas vult inserere responsis prudentum *Sed an, &c. videamus* vt *in l. prox. sup.* aut *videndũ est* vt hic. Quod verò sequitur *& nunquid minuãt* stultius est, nec nisi insulsa quidem sed tamen Triboniano nostrò familiaris inculcatio verborum, An non enim idem est dicere *an libertates quartam minuant* & hoc ipsum dicere *nunquid minuant.*

c *Nam si cùm quis ex asse heres institutus est.* Suppleri voluit Tribonianus quod exprimere sanè debuit *& legatis vel fideicommissis oneratus.* Numquã enim heres ex asse institutus habet falcidiam ob id solùm quòd ex asse institutus sit nisi etiam illud concurrat vt legatis vel fideicommissis onerata sit, aut exhausta hereditas. Sicut & ridiculum est quærere An heres ex asse institutus possit queri de inofficioso, nisi ponas per legata vel fideicommissa quibus oneratus est, fieri vt non habeat saluam & integram legitimam portionem. Ratiocinatio autem Triboniani hæc est, Cùm quis ex asse heres institutus fuit ideò non potest inofficiosum testamentum dicere quia falcidiam habet. Atqui falcidia non minuit libertates, sed per eas minuitur. Ergo & deductis libertatibus quartæ ratio ineunda est. In qua ratiocinatione falsa est maior propositio, Minor verò distinguenda, Sed conclusio prorsus pessima. Propositio maior falsa est, quia vt ostendi in superioribus, Ratio propter quam heres ex asse institutus non potest queri de inofficioso, non illa est, quòd habeat falcidiam, sed quia nõ habet contra quem possit agere de inofficioso, Itẽ quoniam aditione hereditatis confusum est & extinctum ius quod habuit querelæ proponendæ. Postremò quia succedendo ex eiusmodi institutione agnoscit iudicium defuncti. Non enim potest habere falcidiam, vt neque tractari de querela quin ipse heres sit, & quidem ex testamento, quandoquidem querela numquam ab intestato proponitur. Ergo falsa propositio est, nec dari casus vllus potest in quo heres ex asse institutus querelam habere possit, etiamsi falcidiam nullam haberet. Minor verò distinguenda est ne alioqui sit euidenter captiosa. Etsi enim verum est nullam ex libertatibus ipsis falcidiam deduci, quia nec potest quomodo Paulus in *l heredes 25. §. an ea stipulatio 7. famil. ercis.* scribit stipulationẽ viæ, actus, & itineris, & aliarum huiusmodi seruitutum, quæ sui natura indiuiduæ sunt, non diuidi per legem 12. tab. inter heredes, quemadmodum cæteræ stipulationes & obligationes hereditariæ diuiduntur, quia nec potest, Non tamen perpetuò verum est falcidiam minui per libertates in præiudicium heredis cui falcidia debetur. Nam si alia bona in hereditate sint ex quibus possit prospici heredis indemnitati, deducit ille precia seruorum loco æris alieni sibi debiti, *d. l. æris alieni 39. ad leg. falcid.* atque ita plus cõ-

sequitur

sequitur quàm si falcidiam deduceret ex libertatibus, Cæteri verò legatarij longè minus quàm si libertates falcidiam paterentur. Itaque nihil eo casu interest heredis, quid quod per viam legis falcidiæ habere non potest, habet abundantiùs per deductionem æris alieni. Quòd si ponas libertates datas fuisse per fideicommissum à legatario, ac prætereà legatum aliquid fuisse ex quo sumi possit falcidia etiam pro servo, erit quidem æquè verum falcidiam non posse deduci ex libertatibus, sed non erit verum falcidiam minui per libertates, quæ scilicet etiam pro libertatibus ex cæteris legatis deduceretur *d. l. l. planè 35. eod. 11. ad leg. falcid.* At consecutio prorsus pessima est, quia nec argumentum formam vllam habet, etiamsi propositiones omnes veræ essent. Nam maior propositio est de filio eodémque herede, qui falcidiam habeat, Minor de illo qui vel nullam vel minus plenam, Cōsecutio autem ab herede ad filium, A falcidia ad legitimam portionem, Denique à petitione legitimæ ad querelam inofficiosi testamenti. Quæ tamen omnia quàm diuersa & dissimilia sint iam ostendimus: sed vel ob id maximè, quòd falcidiæ ratio ponitur ex comparatione legatorum testamento relictorum, quæ fatetur heres supponitque relinqui potuisse: Legitimæ autem ratio ponenda est ex comparatione successionis intestati, & ex illa suppositione quod testator neque legando neq; aliud quicquam faciendo potuerit aut debuerit minuere legitimam portionem. Falcidia petitur & debetur ex voluntate testatoris, loquimur enim de falcidia legatorum quæ in eo differt à falcidia fideicommissorum, vt diximus *lib. 6. Coniect. ad l. an quartā 91. & ad l. Titius 86. ad leg. falcid.* ideóque dicitur capi iure testamenti in *l. quæ duos 42. de vulg. & pupill. subst.* & iure publico *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid.* Eodem planè sensu, quoniā testamenta sunt iuris publici *l. 3. qui testam. facer. poss.* At legitima debetur & petitur contra voluntatem, quamuis voluerit Iustinianus in *l. omnimodo 30. C. hoc tit.* actionem ad legitimæ supplementum quam ille substituit in locum querelæ, conferri ex testamento. Denique testator nunquam dicitur insanus & furiosus ob id solùm quòd legatis & fideicommissis suā onerauerit vel exhauserit hereditatem, Non ob id solùm quòd ex nullo testamento præstantur legata vltra vires patrimonij *d. l. an ratione 11. § quod vulgo ad leg. falcid.* sed etiam quia insanior esset heres, qui obiiciendo insaniam suo testatori vt haberet falcidiam hoc ipso sibi adimeret ius falcidiæ retinendæ non tantùm quasi indignus factus esset, sed etiam quòd ex furiosi testamento, neque falcidia retineri, neque aliud quicquam haberi possit. At rectè iustéque dicitur testator furiosus qui filio legitimam portionem non reliquit, quique sic testatus est vt etiam institutus ex maiore parte filius suam legitimam habere non possit propter libertates testamento datas. Et ideò libertates etiam ritè datæ & quæ adita ex testamento hereditate aliquādo competierunt, reuocari tamen possunt per querelam ob non relictam filio legitimam quasi à demente ac furioso datæ, Quæ tamen propter non relictam heredi falcidiam nunquam reuocātur. Stulta igitur, & omnino inepta hæc Triboniani ratiocinatio est, & sortem continet. Sic enim argumentari Tribonianus voluit, Falcidia querelam inofficiosi excludit, Atqui libertates excludūt falcidiam. Ergo & libertates excludunt querelam, Nisi quod sorites per propositiones euidenter veras deducit rem ad conclusionem euidenter falsam, Hic autem etiam propositiones ipsæ falsæ sunt vt ostendimus. Falcidia enim ita demum querelam inofficiosi excludit si heres & eam habeat ex voluntate testatoris ac iure testamenti, & tantam vt legitimæ portioni respondeat. Atqui cùm libertates falcidiam aut ex parte minuunt, aut in totum excludunt, non habet heres falcidiam, aut si habet non tantam habet quantam esse oporteret vt sufficeret ad legitimam portionem, quoniā libertates illæ testamento datæ non possent minuere successionem intestati, nec proinde legitimam quæ debetur ex comparatione patrimonij quod reliquisset defunctus in hereditate si intestatus decessisset. Ergo hoc casu falcidia querelam inofficiosi excludere non potest. Ita fit mutatio terminorum vt & Dialectici loquuntur, & Vlpianus noster in *l. natura cauillationis 177. de verb. signif.* Maior enim propositio est de falcidia quam heres plenam habet, Minor verò de falcidia quam heres vel nullam habet, vel saltem per libertates imminutam. Quomodo igitur valere potest argumentum?

d *Potest dici deductis libertatibus quartam ineundam.* Ecce morem Triboniani nostri, nihil ferè vnquam nisi trepidè ac dubitanter adfirmantis. Quare nec in hac omnino sententia videtur conquiescere, Sed postquàm factus audacior eò deuenit vt adfirmet quartam minui per libertates iis verbis quæ alioquin videntur præcisa & absolutè adfirmatiua. *Cum igitur placet quartam minui per libertates* subinde rursus dubitat, & contra suam hanc sententiam argumentatur ab absurdo, quod nec ipse postea absurdum esse diffitetur. *Eueniet, inquit, vt qui seruos tantùm habet in patrimonio suo, dando eis libertatem inofficiosi querelam excludat*, quod ipsum iam ē sanè fuerit perabsurdum. Quid enim absurdius quàm esse in potestate testatoris vt arte aliqua excludat querelam inofficiosi, quæ non nisi contra eius voluntatem fuit comparata? Præsertim autem legando? Nam & libertates directæ quid aliud sunt quàm legata libertatis? Aut non æquè ac legata proficiscuntur ex liberalitate testatoris, eáque vt plurimùm immodica & effusa, quam ideò & per legem Fusiam Caniniam & per alias leges restringi debere visum olim est antiquo legislatori? Quis verò ferat vt per liberalitates in seruos collatas, legitima portio siue filio siue parenti debita minuatur? Neque tamē hoc sic accipi velim quasi verum esse putem quod io ratione dubitandi ex nostrorū magis quàm ex mea sententia retuli, creditorem esse illum cui legitima debetur tanquam quæ sit æris alieni loco, & quasi ob hanc causam impediri debeant libertates tanquam in creditoris fraudem datæ. Nam imò verò certum est legitimam nullam deberi ne quidem filio quandiu pater viuit, & præmaturam esse eo tempore spem quoque ipsam legitimæ consequendæ *l. 1. §. si impubere inf. de collat.* Sicut & contra ius gentium festinare diceretur is, qui tractaret de successione præsertim legitima & ab intestato hominis adhuc viuentis *l. donari 29. aliàs l. quidam §. 1. de donat. l. 2. §. interdum de vulg. l. 2. an si de his que vt indig. l. ita tamen 27. § a patre ¶. ad SC. Trebell.* Nec enim viuentis vlla est hereditas *l. 1. de hered. vel act. vendit. l. 1. pro h. rede.* nec proinde legitima vlla portio quæ à viuēte deberi possit, aut quæ possit æris alieni iure ac nomine censeri. Est

enim hoc ius speciale ac proprium eius portionis quam ex Diui Pij constitutione adrogator debet adrogato, de qua in *§. si quis impubes*, vbi dicam j. Proinde fateor libertates in fraudem legitimæ datas non posse impediri per legem Æliam Sentiam, quæ tamen impedit omnes libertates datas in fraudem creditorum. Nam creditores quantum ad illam legem pertinet, ij tantùm appellantur, quibus quacunque ex causa actio cum fraudatore ipso competit, vt Paulus ait in *d. l. si cum fideicommissa 16. §. ne quis creditorum inf. qui & à quib. manum.* Nemo autem vnquam dixit posse filio actionem competere cum patre tanquam cum fraudatore ob libertates à patre in fraudem legitimæ datas. Neque verò necesse est legis Æliæ Sentiæ auxilium in hãc rem implorari, cùm habeat filius iure communi auxilium querelæ inofficiosi quod longè potentius est. Lex enim Ælia Sentia impedit libertates ne competant, quia si semel competerent, eas postea reuocare non posset. At querela inofficiosi reuocat etiam illas quæ competierunt, quamuis hoc colore quasi nec competierint, nec competere vnquam potuerint ex testamento illius qui testamenti tempore furiosus fuisse existimatur.

e *Nisi fortè hic filius.* His verbis fatetur non obscurè Tribonianus quod modò diximus, absurdum esse vt sit in potestate testatoris excludere querelam inofficiosi, quomodo tamen eam excluderet, quisquis nihil nisi seruos in patrimonio suo habens, daret iis omnibus libertatem si legitima portio per libertates minueretur. Et idcirco quærit Tribonianus remedium aliquod, cuius applicatione absurdo huic occurratur. Remedium autem illud est vt filius ex asse heres institutus si propter libertates, neque falcidiam, neque legitimam habeat, omittat hereditatem, & eam ad substitutum transmittens, postea querelam inofficiosi instituat. Ponit ergo filium non fuisse in potestate, & substitutum aliquem vulgarem habuisse. Atqui in præcedentibus actum fuerat tantùm de filio in potestate, & prima illa verba huius additionis Tribonianeæ *Nam si cum quis ex asse heres institutus est* nõ magis ad emancipatum filium pertinent quàm ad eũ qui sit in potestate. Nec rursus posuerat Tribonianus datum filio substitutum, cuius ille nunc meminit, vt remedio suo locum inueniat. Sic enim ille solet progrediendo semper noui aliquid extrinsecus inducere vt absurda illa quantum potest effugiat, quæ ex opinionibus suis videt emergere. Quàm verò ineptum sit hoc remedium etiamsi filio ex asse instituto substitutum demus, ex eo potest intelligi, quòd cùm filius ex asse institutus à patre, ideò hereditatem omittit quod nihil ex ea lucri & commodi sperare possit ob libertates omnibus seruis datas ab eo qui nihil nisi seruos in patrimonio suo habuit, credibile non sit substitutum quemquam adeò stultum fore qui eandem hereditatem nulla etiam lucri spe proposita adire velit. arg. *d. l. filium 10. vers. quod facilè sunt facturi de bonor. poss. contr. tabul.* Nam nec aliá ob causam lata est lex falcidia factúmque Senatusconsultum Pegasianum, quàm quòd anteà nolentibus heredibus adire hereditates quantumuis opulentas ex quibus commodum nullum sperarent, eueniret passim vt ciuium Romanorum testamenta destituerentur. Nihil ergo facis etiam cum Triboniano des substitutum huic filio, nisi des stultum & insanum, qui alieno tantùm lucro & commodo adire velit, nec alia de causa testamentum defuncti per aditionem suam confirmare, quàm vt filio locum aperiat proponendæ querelæ ad testamentũ ipsum subuertendum. Sed neque video qua fronte aut quo iuris colore possit filius querelam inofficiosi proponere contra substitutum in quem ipse vltrò transtulerit hereditatem quam repudiauit. Nam cùm heres institutus delatam sibi hereditatem vltrò repudiat, sciens habere se vulgarem substitutum, an non id apertè agit vt eam hereditatẽ transferat ad substitutum? Porrò vbi substitutus eam semel habuit non minùs ex ipsius instituti quàm ex sui testatoris voluntate, An non repellendus est doli exceptione institutus si eam postea velit auocare à substituto, siue per querelam inofficiosi, siue qua alia ratione? Et verò iuris regula quæ habet Non velle heredem esse illum qui ad alium transferre volunt hereditatẽ *l. nõ vult heres esse 6. de regul. iur.* generaliter certè intelligenda est vt hic neque ex testamento, neque ab intestato heres esse vnquam velit, qui alium fieri heredem voluit. Nec enim quisquam hereditatem sibi delatam repudiat nisi quam hoc ipso velit & consentiat acquisitam ei ad quem scit ius adeundi per suam repudiationem peruenturum *l. 2. 3. & 4. inf. si quis omiss. caus. testam.* & plerunque fit hoc donationis causa, vt in *l. 5. §. si maritus heres instit. j. de donat. int. vir. & vxor. l. donari videtur 12. iunct. l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Nisi ponas etiam protestatũ fuisse filium cùm patris hereditatem testamentariam repudiauit, à se id fieri non vt substituti lucro eam hereditatem cedere patiatur, sed vt eam ab intestato per querelam inofficiosi obtinere tandem possit. Miror verò non venisse in mentem Triboniano cùm ista scriberet, vt hanc quoque protestationem requireret.

f *Si non fuit in potestate.* Ergo si filius quẽ ponimus ex asse institutum à patre qui nihil nisi seruos habuit in patrimonio suo, quibus omnibus libertatem dedit, fuerit in patris potestate, admittit Tribonianus nullum remedio suo locum fore, atque ita futurum vt per libertates testamento patris datas, in totum excludatur filius à querela inofficiosi: Et consequenter vt deterioris condicionis in querela sit filius in potestate quàm emancipatus, cùm tamen nemo dubitet arctiore vinculo etiam pietatis coniunctum esse patri filium in potestate quàm emancipatum, qui iure ciuili pro extraneo habetur *l. in suis 11. de liber. & post. iunct. l. quinetiã 55. in fin. de rit. nupt.* Id enim facit vinculum patriæ potestatis, quo soluto vinculum quoque ipsum pietatis dissoluitur, vt Papinianus loquitur in *l. vlt. j. si à parent. quis manu. sit.* Sed in hoc ipso tamẽ Tribonianus errat quod putat aliam esse hac parte causam filij in potestate, aliam emancipati, cùm adest vulgaris substitutus. Nam imò verò eadem hoc casu vtriusque ratio est, nec minùs potest filius in potestate qui substitutum habet abstinendo se paterna hereditate transmittere bona omnia ad substitutum, quàm emancipatus repudiando transmittere hereditatem, Non quia datio vulgaris substituti perimat & extinguat existentiam sui heredis, vt Bartolus credidit, sed quia condicio illa sub qua substitutus vulgaris vocatur *si filius heres non erit* cùm sit interpretanda ex voluntate testatoris vt & condiciones cæteræ *l. in condicionib. 19. de condic. & demon.* non minùs videtur existere cùm filius in potestate se abstinet quàm cùm emancipatus repudiat, quoniam

Digitized by Google

riam licèt nudo nomine heres maneat etiam post abstentionẽ *l. 2. § adoptiui ad SC. Tertyll. l. cùm quasi 30. § sed et si suus de fideic. libert.* certum tamen est testatorem eum heredem habere voluit ob eámque causam non contentus institutione, addidit etiam substitutionem, de illo demum herede cogitasse qui non tantùm nomine sed etiam effectu heres esset, id est, qui creditoribus satisfaceret, aut si satisfacere nollet bonorum venditionem suo nomine pateretur: quorum omnium nihil est quod de filio se abstinente dici possit *l. necessariis 57. de acq. her. l. pat. r familias 23. de reb. autor. iud. poss. al. às l. 13. de priuileg. cr. cit.* Nempe quoniam hac parte non habetur heredis loco à prætore *l. si filius 12. de interrog. in iur. faci. act.* Non debuit ergo Tribonianus hanc exceptionẽ ponere *si non fuit in potestate* cùm tractaret de illo instituto habente substitutũ vulgarem. Illa certè differentia est inter filium in potestate & emancipatum quantum ad hanc causam, quod filius in potestate cùm se abstinet non transmittit hereditatem ad substitutum sed bona *l. ex contractu 44. de re iud.* quia cùm semel fuerit heres ex testamento ante abstentionem *l. 1. § qui sunt in potestate. si quis omiss. caus. test.* non desinit postea heres esse *l. cùm prætor 7. § sed quod Papinianus sup. de testa. & d. § sed et si suus.* Vni autẽ duo heredes insolidũ esse non possunt *l. quod contra 141. § non duo de reg. iur.* Emancipatus verò repudiãdo transmittit ad substitutum nõ bona sed hereditatem. Verùm nullius momenti hæc differentia est quantum ad tractationem istam: cùm legitima sit quota bonorum non hereditatis, perindeq; possit querela, si nihil aliud impediat, proponi contra substitutum habentem bona, atque si haberet hereditatem, quomodo dicimus etiam proponi eam posse contra fideicommissarium, qui tamen non tam hereditatem quàm bona defuncti habet, cùm non sit ipse heres, sed tantùm heredis loco *l. 1. C. h. tit. § restituta Inst. de fideic. her. d. l.* Sed de his omnibus videnda sunt quæ scripsimus in *Hemischiliade, De verbor. pragm. & ad d. l. 1. C. h. tit. ibi … Constantinus.* Nec potest obijci querelæ vim eam esse vt pat. familias faciat intestatum *l. 6. § 1. sup.* non posse autẽ fieri intestatũ eum qui iam habet suum heredem ex testamento. Nam iudicatur intestatus per querelã perinde is, qui suum heredem atque qui extraneum habuit ex testamẽto, cùm non magis suum heredem quàm extraneũ instituere possit is qui furiosus fuisse creditur.

g *Fil. ab intestato citra edicti pœnam habeat hereditatem.* Altera hæc pars est dilemmatis quo Tribonianus vtitur vt absurdo quod videt negari non posse remedium aliquod, & effugium quærat. Nã filius ex asse institutus quem ponimus velle queri de inofficioso, vel habuit substitutum, vel non habuit. Si habuit iam dixit Tribonianus posse illum meritò hereditatem omittere eámq; transmittere ad substitutum (dixit enim *transmittere* pro eo quod Vlpianus multò melius dixit *trãsferre* in *d. l. nõ vult de reg. iur.* cùm ea demum transmittere in alios dicamur quæ iam nobis sunt acquisita non quæ à nobis repudiata) atque ita contra substitutũ deinde querelam inofficiosi instituere. Si non habuit, & proinde omittente illo hereditatem testamentum destitutum fuit, necesse est fieri locum successioni intestati. Poterit ergo, inquit Tribonianus, etiam hic filius hereditatem patris obtinere ab intestato citra querelam cùm nemo sit qui testamẽtum defendat & contra quem querela proponi possit, Adeoq; citra pœnã edicti *Si quis omiss. caus. testam.* quæ illa est vt quisquis omissa causa testamẽti hereditatem ab intestato possidet perinde legatariis & fideicõmissariis teneatur ac si hereditatem ex testamento adisset. Cur verò non etiã hoc casu locus edicto? Nec enim Tribonianus rationem adfert, sed adiuuandus est, Nimirum, quia non tam videtur hic filius fraudem voluntati patris facere voluisse paternam hereditatem omittendo, quàm fraudem patris exclusisse, ne ipse alioquin à querela inofficiosi & consequenter à paterna hereditate excluderetur. arg. *l. cùm pater 77. § Titio antep. de legat. 2.* Atque hæc quidẽ ratio colorem aliquem habet (bona enim non est vt posteà probamus) in filio emancipato, quia fraudem testator heredi suo facere videtur quoties ideò illum instituit vt maiore aliquo commodo eum priuet quod ille fuerat habiturus alio herede existente vt hîc contingit, Quoniam si alius heres institutus fuisset, haberet haud dubiè filius hic aut legitimam aut querelam. Sed non esset colorata in filio qui mansisset in patris potestate. Numquam enim is potest abstinere se ex testamento vt se immisceat ab intestato, sed cùm iam sit ipso iure heres ex testamẽto, abstinere in totum debet vel à patris hereditate si, nõ vult haberi pro herede, vel à beneficio prætoris si quid velit attingere hereditariũ, vt docui in Hemischiliade, ex *l. 1. § qui sunt in potestate si quis omiss. caus. testa.* Ita ergo fiet vt absurdũ illud sẽper sequatur quod nos ad vers. præcedentẽ obseruauimus, vt in iure proponẽdæ querelæ melior sit condicio filij emancipati quàm filij in potestate, quod tamen ex antiquis prudẽtibus nemo certè vnquam dixit. Etsi enim nihil est quod de querela possit tractari, cùm filius emancipatus heres ex asse institutus omittit hereditatem ex testamento, eámq; retinet ab intestato, cùm tamen non alia de causa hoc ei permittamus citra pœnam edicti, quàm quod alioqui fraudem ipse in legitima & querela inofficiosi pateretur, Apparet non nisi propter querelam inofficiosi esse illum hac parte melioris condicionis quàm filium in potestate. Nã potest quidem emancipato facere, ac facit vt liceat ei omittere hereditatẽ ex testamẽto, & nihilominùs ab intestato eam retinere, quod suo heredi nõ licet propter ius existẽtię vt loquũtur sui heredis sed vt possit emancipatus id facere impunè ac citra metũ pœnãq; edicti *si quis omiss. caus. test.* nõ habet nisi fauore & cõtẽplatione querelæ Et hoc nimirum est quod nobis absurdũ esse videtur. Et propter quod putabam aliquando dici posse siue in potestate siue emãcipatus fuerit filius qui ex asse institutus est exhausta libertatibus hereditate, neq; posse locum esse querelæ quia nõ est cõtra quẽ proponatur, neq; omissa testamẽti causa posse hereditatẽ ab intestato possideri, à filio quidem in potestate nullomodo, ab emancipato autẽ citra pœnam edicti, ex quo scilicet non minùs conseruantur libertates & directæ & fideicommissariæ, quàm legata & fideicõmissa cætera, *l. de libertatibus 12. l. si in testamento 22. § cùm enim. l. antep. § 1. tit. si quis omiss. caus. test.* Nisi hactenus quod seruos etiã quibus directa libertas data fuerat ad libertatem perducere dominus debet vt habeat eos libertos qui alioqnin fuissent Orcini *l. penultim. eod.* Ita fiet, inquies, vt pater impunè filio fraudem fecerit in legitima, querelámque inofficiosi omnino excluserit, quod nos quoque absurdum & iniquum esse admisimus. Sed re-

Digitized by Google

spōderi posset id verè tum dici cùm pater qui filio fraudem in legitima facere voluit alium sibi aut ex asse aut ex parte heredem fecit, quo casu non negamus, imò contra Tribonianum defendimus potiorem legitimæ querelæ inofficiosi quàm libertatum causam esse debere. At cùm non alius quà in filius ipse institutus heres fuit, nihil potest videri fecisse pater in fraudem siue filij siue legitimę inr querelæ inofficiosi, qui alium nullum sibi quæsiit heredem. Perindéque debet filius æquo animo ferre tale testamentum ac iudicium patris atque si patris hereditas ære alieno penitus exhausta inueniretur, aut potiùs ac si omnes ij quibus pater libertatem dedit, iam mortui reperirentur eo tempore quo pater ipse moreretur. (Nam & manumissio morti assimilatur *l. iat. r omnes 46. de furt. l. si mihi alienum 92. de solut. l. ... quand. de pecul. a ... l. Iulianus 6. q. si & a quo manum.*) quibus casibus non magis de legitima vel de querela inofficiosi tractari posset. Denique si insanus & furiosus creditur fuisse pater, non quisquis filio legitimam non relinquit, sed ille demũ qui ideò non relinquit vt det alij, & extraneum præferat proli suæ, aut etiam alium filium, qui tamen non fuerit ab intestato vel solus vel prior successurus: Quid? An non insanus esset qui herede instituto ex asse filio, siue suo, siue emancipato, seruos omnes suos occideret, in quibus tamen totum habebet patrimonium? Esset sanè, sed non mea infamia quæ posset facere locũ querelæ, nec in filius institutus haberet coheredē: quia nō posset querela facere vt ie ... mortui serui ressuscitarentur. Eadem ergo ratione dicendum est Si pater seruos suos omnes manumiserit filio ex asse instituto, quia perinde haberi debet quod ad patrimonium diminutionem ac si eos occidisset, non habere filium quod de patre conqueratur, otii quatenus facere potest per querelam, vt qui testamento manumissi sunt ac pro mortuis habentur, ressuscitentur. Potest autem querela hæc facere in letuis manumissis, quod non posset facere in verè mortuis, quia reuocat libertates tanquam à demente datas, & quemadmodum manumissio morti similis est, ita è contrario reuocationem manumissionis pro ressuscitatione haberi necesse est. Atqui querela non potest habere locum nemine alio herede existente & quidem ex testamento, vt toties diximus. Ergo quoties filius siue in potestate siue emancipatus heres ex asse institutus est à patre qui totum suum patrimonium datis libertatibus exhausit, quia non potest habere querelam quæ sola posset seruos qui habentur pro mortuis ressuscitare, (repudiatio enim hereditatis testamentariæ non idem præstare potest, tam propter edictum prætoris qood inuito herede conseruat libertates, quàm quia is qui omittit hereditatem facit tantum vt testamentum destituatur, non vt pro non facto habeatur, vtque appareat libertates non tam inutiliter quàm frustra datas quamuis dari potuerint querela verò facit vt appareat nec dari potuisse) necesse videtur vt patrimonij paterni iacturam æquo animo ferat: quippe qui nec possit dicere, datas esse in fraudem suæ legitimæ & querelæ inofficiosi tot libertates, quoniam et datæ non essent, perinde tamen à querela excluderetur. Non tam quòd eo casu habeiet legitimam & plus quà in legitimam, quàm quòd nullomodo nullo que casu possit, vt inofficiosi querelam habeat qui solus & ex toto asse heres scriptus est. Sed quamquam hæc non insubtiliter disputantur, nihil tamen contrà nunc videtur. Scilicet Posse filium tam qui in potestate fuit, quàm emancipatum et ex asse institutus est queri de inofficioso si libertatibus exhausta vel onerata sit hereditas si modò hereditatem ex testamento omittat, eámque ab intestato retineat. Non vt querelam proponat per modum actionis cōtra seruos sed vt his libertatem petentibus obiciat per modum contra ... testatorem fuisse furiosum qui filio legitimam integram non reliquerit, ac proinde neque eo testamento posse libertates aut ipso iure competere aut per prætorem conseruari, neque suum heredem retroiri ... heredem..., plu...bus dicemus ad *§. ...m. si quis inf.* Furmus enim hîc ... ingiores quia magnum & omnis aud ... Tribonianus facinus nondum à quoquam obtentum non modò indicandum, sed etiam ... plurimis ... nibus vindicandum ... Penè autem percenimus quod obseruatione dignum est non potuisse Tribonianum sibi adeò imperare vt non egit ... apertè Imperatorem cùm verbo illo imperatiuo vsus est *habeat* quo certè nec Vlp. nec alius vnquam ex prudentibus vnquam vsus fuisset. At Triboniano nostro passim id excidit, vt alibi sæpe à nobis probatum est. Fiet verò manifestum hæc Triboniani manus ex iis quę ad sequentes duos §§. dicturi sumus.

10 § Si condicioni parere testator heredē iussit in persona filij, vel alterius, qui eandē querelā mouere potest, & sciens is accepit, videndũ, ne ab inofficiosi querella excludatur: adgnouit enim iudicium. Idem est, & si legatarius ei, vel statuliber dedit[a]. Et potest dici, excludi eum[b]: maximè si heredē ei fefellerat datę. ceterũm si legatarium, nunquid semel natam inofficiosi querelā non perimat legatarij obiatio[c]? Cur ergo in herede absolutè diximus? quoniā ante aditam hereditatem nec nascitur querella[d]. Ego euēium puto sequendum[e] in hac re: vt si fortè, antequàm iudicium moueatur, oblatio ei fiat eius, quod relictum est[f]: quasi ex voluntate testatoris[g] oblato eo, satis ei factum videatur[h].

Ad §. 10. si condicioni.

In hoc quoq; §. necesse est vt nobis res sit cum Triboniano, eiusque manum & inscitiam in tota huius loci quæstione obseruamus. Quæstio est Si cōdicioni parēre testator heredem iusserit in persona fil j vel alterius, qui hanc inofficiosi querelam mouere possit, & sciens is acceperit pecuniam implendæ condicionis causa datam, Vtrum ab inofficiosi querela excludatur. Potest autem duplex casu locus esse huic quæstioni. Primus est si pecuniæ datio simpliciter posita sit in condicione vel institutionis hoc modo *Titius heres esto si filio meo cētū dederit Filius meus exheres esto* vel legati in hunc modum *Lego Titio fundum Cornelianū si filio meo exheredato centum dederit* vel etiā statulibertatis hac forma, *Stichus si filio meo exheredato centū dederit, liber esto.* Alter casus est Si non tantùm in cōdicione, sed etiam in dispositione posita sit datio pecuniæ

pecuniæ iusso expressim herede vel legatario, vel statulibero pecuniam dare: his scilicet verbis additis, *Heres meus ea centum filio meo dato*, aut ad legatariũ vel ad statuliberum directis. Respondetur tamen indistinctè quamuis dubitanter, vt Tribonianus solet, sed in partem affirmatiuam videndũm esse ne filius excludatur, id est filium excludi, Ratione illa quæ statim sequitur quia defuncti iudicium agnouit, siue heres, siue legatarius, siue denique statuliber pecuniam dederit. Quæ tamen ratio si generaliter accipiatur & ad vtrumque casum accommodetur falsa est. Quod enim condicionis causa datur certum est non accipi ex iudicio & dispositione testatoris, neque iure testamenti, sed tantùm mortis causa vt eleganter ac disertè scriptum est in *l. si quis sub condicione 8. in fin. si quis omiss. caus. testam. l. Mauius 5. de cond. & demonstr.* Vnde est quod in falcidiã legatorum non imputatur *l. id autem 76. ad leg. falc.* quamuis in falcidiam fideicommissorum imputetur *l. in quartam 91. eod.* Itaq; patrem qui Titium vel heredem vel legatariũ esse aut Stichũ liberum esse iussit *si filio exheredato centum daret* nihil filio dedisse videri cõstat, quamuis negari non possit quin filius qui ea centum accepit ab herede vel à legatario, vel à statulibero, vtique mortis causa accéperit *l. inter mortis 38. vers. etenim cum testamento.* iunct. *l. qui precio 8. inf. De mort. caus. donat.* Ex quo illud etiam fit vt si cui legatus sit fundus Cornelianus sub ea condicione si decẽ heredi dederit, totus fundus Cornelianus in legato sit, totúsque falcidiam patiatur *l. ad veterani 40. §. 1. ad leg. falc.* id est non deductis decem quæ legatarius dare cogitur vt legatum consequatur, quia quud dat non tam ex testatoris quàm ex propria sua voluntate facere intelligitur, qui scilicet dare nec iussus nec rogatus est. Diuersum enim esset, si cui fundus Cornelianus dignus centum aureis legatus esset addito fideicommissi onere, vt legatarius Sempronio decem daret; quia eo casu non totus fundus, sed nonaginta tantùm in legato esse intelligerentur, & falcidiam paterentur, sicut etsi eum heres precio decem aureorum vendere iussus esset *l. si dignum 19. l. in ratione 30. §. vendere l. si fundus 65. l. qui fundum 87. in prin. eo. tit. ad leg. falc.* Illud amplius est quod quæ condicionis implendæ causa dantur, non solent ex defuncti bonis dari, nisi fortè statuliber soluat ex peculio, postquam placuit etiam ex peculiaribus nummis posse illum soluere vt impleat condicionem *l. 3. §. vlt. de cond. caus. dat.* Cæterùm potest etiam soluere & soluit plerumque de alieno non de bonis defuncti quo casu dicimus falcidiam interuenire non posse *leg. falcidia 44. eod. tit.* His ergo iisdem rationibus dico siue heres siue legatarius, siue etiam statuliber pecuniam filio dederit, tantam si voles quanta posset sufficere ad excludendam querelam si & ex iudicio & ex bonis defuncti erogaretur, Non ideò tamen filium excludi à querela, tanquam qui nihil à patre ipso, neque ex ipsius iudicio & testamento acceperit. Nam & illud constat nihil aliud in legitimam imputari debere, quàm quod ex defuncti bonis & pecuniis profectum sit *l. omnimodo 30. §. imputari C. h. tit.* cùm legitima nihil aliud sit quàm certa & constituta portio bonorum quæ testator ipse in patrimonio suo mortis tempore reliquerit *l. cum quæritur 6. eo.* Sanè ad excludendum à querela filium posset sufficere, quod defuncti patris iudiciũ quoquomodo agnouisset etiamsi nihil ex eius bonis accepisset, vt contingit in eo qui à statulibero cœpit petere pecuniam implendæ condicionis causa dandam cuius nec petendæ ius vllum habere potuit, De quo Modestinus in *l. nihil interest 12. §. 1. infr. eod.* Hic enim negare non potest, quin licèt nullo iure tamẽ facto ipso agnouerit iudiciũ & testamentum defuncti, petendo quidem per errorem iuris pecuniam indebitam, sed tamen quasi debitam ex eo testamento, ex quo nihil deberi posset si à furioso factum crederetur. Sed nego perinde posse obiici huic filio de quo agimus, quod agnouerit iudicium defuncti, ob id solùm quod acceperit pecuniam sibi aut ab herede, aut à legatario, aut à statulibero implendæ condicionis causa datam. Accepit enim non à patre, neque ex iudicio & testamento patris, vt dixi, sed ex bonis & voluntate heredis aut legatarij aut statuliberi qui vt darent cogi non poterant si dare noluissent, *d. l. qui precio & d. l. inter mortis 38. infr. hoc tit.* Duo tantùm iuris loci sunt qui huic nostræ sententiæ, aut potius aliis omnibus iuris locis supradictis aduersari ex diametro videntur, Primus est in *l. 3. §. vlt. de condict. caus. dat.* vbi scriptum est, si statuliber cõdicionis implendæ causa pecuniam alij quàm heredi dare velit ex peculio, posse quidem ab herede prohiberi ne id faciat, nec eo minùs tamen eum ad libertatem peruenturum quòd sufficiat per eum non stare quominus pareat condicioni, Sed illum quem testator pecuniam accipere voluit, posse aduersus heredem actione in factum agere vt testatori pareatur. Alter locus est in *l. pro herede 20. §. Papinianus infr. De acqu. here.* vbi disertè scribitur ex defuncti voluntate accipi, quod implendæ condicionis causa datur. Ideoque si à statulibero pecuniam acceperit filius, qui se bonis paternis abstinuit conueniendum eum esse à creditoribus hereditariis siue peculiares nummi fuerint, siue non fuerint, Idque & Iulianum in filio qui se non abstinuerit existimasse. Sed quod ad posteriorem illum locum attinet, duplex responsio afferri potest. Vna, non tam Vlpiani aut Papiniani sententiam ibi referri quàm aliorum quorundam non peritiorum sed vulgarium cõsultorum, vt probat, verba illa *vulgo putare quosdam* quorum & ea ratio erat quod ex testatoris voluntate accipiantur ea quæ condicionis implendæ causa dantur Sed peritiores & grauiores iuris autores longè aliter sensisse, Scilicet neque ex voluntate ac iudicio testatoris, neque à testatore, neque iure testamenti ista accipi, sed tantùm mortis causa. Nec quod istorum vulgarium Iureconsultorum opinioni Iulianus subscripserat mouere nos debet, quem tamen non ignoro maximæ ac præcipuæ inter prudentissimos autoritatis fuisse. Subscripserat enim non in ratione illa quam isti adferebant falsam prorsus & alienam à ratione iuris. At neque, vt puto, in eo quod dicebant filium qui à statulibero pecuniam condicionis implendæ causa post abstentionem accepisset posse ob hãc causam quasi se immiscuerit conueniri à creditoribus hereditariis, quod certè difficilius est, sed in eo vt filius qui nondũ se abstinuit si id faciat hoc ipso se immiscuisse videatur. Est enim facilior & probabilior immixtionis præsumptio in suo herede qui nõdũ voluntatẽ suã declarauit, quàm in eo qui iã se abstinuit *l. si seruus plurium 70. §. vlt. eo. t. de acqu. her.* Ideò autẽ ita scripserat, nõ quia rationẽ illorũ probaret, sed quia fuit ille alioquin facilior quàm cæteri prudentes ad obligandũ oneribus

hereditariis suum heredem, quippe qui, etiam cùm se abstinuit multò magis ante abstentionem heres est ipso iure *l. 1. §. qui sunt in potestate. §. si quis omiss. caus. testam. l. cum quasi 50. §. sed et si suus de fideicom. libert.* Idque apparet non obscurè ex eo, quod putabat ille, filium qui in sepulchrum hereditariũ intulit mortuum obligari paternis creditoribus, contrà quàm Papinianus senserit, cuius opinionem refert ac tanquam humaniorem sequitur Vlpianus in *ead. l. pro herede §. sed & qui in sepulchrum.* Altera responsio est, Papinianum opinionem istorum improbare potiùs quàm probare, non quidem absolutè ac simpliciter, sed cum distinctione illa Verum filius qui à statulibero pecuniam accepit, fuerit solus heres institutus, & ex asse, an verò habuerit coheredem Priore casu fatetur videri filium se immiscuisse ac pro herede gessisse, quia non potuit statulíber cõsequi libertatem nisi impleta condicione, nec rursus implere cõdicionem si nemo in effectu heres esset. At posteriore casu cùm filius habuit coheredem qui adiit non putat cogendũ eum tametsi à statulibero pecuniã accepit, creditorũ actiones suscipere, Rationem adferens, quòd cùm se filius abstinet, idem consequi debeat interpretatio quod emancipatus consequitur qui hereditatẽ repudiauit. Atqui repudiata per emancipatum hereditate, statulíber filio nominatim puta Titio nõ heredi pecuniã dare iussus (aliud enim esset si heredi dare iussus esset) potuisset etiã non heredi dãdo ad libertatẽ peruenire Non ergo, inquit, simpliciter & absolutè gerit pro herede filius qui pecuniã à statulibero accipit, sed tum demum cùm accipit eam pecuniã quam extra ius & nomen heredis accipere non potuit. Cui tamen distinctioni nullus certè locus esse deberet, si verum esset ex defuncti voluntate accipi quod implendæ condicionis causa datur. Semper enim & indistinctè ob hoc ipsum gereret pro herede filius qui pecuniã acciperet, siue à statulibero, siue ab alio quolibet implendæ condicionis causa. Quod verò ad priorem obiectionem pertineret ex *l. 3. §. vlt. d. cõdict. caus. dat.* iam ostendimus libris Cõiecturarum, corruptum quoq; locum illum fuisse à Triboniano, neque ex iuris ratione posse defendi quod ibi scriptum est, cum in cuius persona testator voluit impleri condicionem, posse in factum agere, adeóque quod absurdius est non aduersus statuliberum qui condicionem implere debuit, & ne faceret prohibitus ab herede fuit, sed aduersus heredem ipsum vt testatori pareatur, cùm tamen testator nec eum onerauerit, nec ei in cuius persona condicio impleri debuit quicquam legauerit. Vnde est quod edictum Si quis omissa causa testamenti ad res istas implendæ condicionis causa dandas non pertinet *d. l. si quis sub condicione 8. ill. tit. si quis omiss. caus. test.* quomodo pertineret haud dubiè si quod implendæ condicionis causa debetur ex testatoris voluntate deberetur. Eo namque edicto cõseruat prætor omnia quæ ex voluntate debentur & quæ interciderent omissa causa testamenti, quoniam hoc vnum agit ne defunctorum voluntates circumueniantur *l. 1. & pass. eod. tit.* Concludamus ergo non posse veram esse huius §. sententiam in eo casu quo pecunia quam filius accepit non nisi cõdicionis implẽdæ causa ei dari debuerit, quia non potest videri iudicium defuncti agnoscere ac testamentum comprobare, is qui pecuniam illam accipit quæ neque ex iudicio defuncti, nec testamenti iure debeatur. In quo obseruandum est, quod prima facie mirari quis possit, magis agnoscere iudicium defuncti eum qui huiusmodi pecuniam petit, quàm qui accipit. Petitio namque præsupponit ius petẽdi, ac proinde validitatem & consequẽter adprobationem testamenti *d. l. nihil interest §. 1.* Acceptio autẽ nihil nisi dantis voluntatẽ Quid enim vetet me accipere quicquid mihi dare velis etiamsi nullomodo debeatur? Nam & ob eam causam comparata fuit condictio indebiti cui sine dubio etiam in hac specie locus esset nisi ad ipsam impediendam inductus esset titulus mortis causa capionis, vt quod ex hac causa non à testatore relictum, sed extra causam testamenti acceptum esset, iure nihilominùs retineretur, tãquam mortis causa acceptum, licèt nullo iure peti posset. *d. l. qui precio & d. l. inter moras 38. de mort. caus. don. & capion.* Quod à Triboniano fortassis non obseruatum fecit vt putauerit ille iudicium defuncti ab eo agnitum videri qui accepisset pecuniam implendæ condicionis causa datam, cùm existimaret absurdum esse vt deterioris condicionis esset qui talem pecuniam petere cœpisset, nec tamen accepisset, de quo Modestinus in *d. l. nihil interest §. 1.* quàm huc, qui accepisset: Siquidem plus est accipere quàm petere, præsertim cùm petitur sine effectu & ita vt nihil accipiatur vt in *d. §. 1.* Quoniam igitur casu vera esse poterit huius §. sententia, An fortè secundo illo quem initio adnotauimus si huius pecuniæ datio non tantùm fuerit in condicione posita, sed etiam in dispositione? Nam hunc sensum videntur præ se ferre prima illa verba huius §. *si condicioni parere heredẽ testator iussit in persona filij.* Qui enim sic loquitur *Titius heres esto si filio meo centum dederit,* iubere quidẽ dare centũ vt condicioni pareat, quia nec aliter condicioni parere potest, nec nisi impleta condicione hereditatem acquirere, *d. §. Papinianus l. pro herede,* in illis verbis, *statulíber filio nominatim pecuniam dare iussus de acquir. her. l. 3. §. non solùm l. si decem 10. & pass. de statulib.* sed tamen non ideò iubetur condicioni parere, nisi præterea testator addat *Heres meus ea centum filio dato.* Sed tamen ne hoc quidem dici potest. Vix enim vllum in libris nostris exemplum tale reperias in quo testator eiusdem pecuniæ dationem posuerit & in condicione & in dispositione. Sanè cùm de statulibero prudentes tractant duos modos solent exprimere dandæ libertatis Vnum illum quo testator Stichum liberum esse iusserit sub ea condicione *si heredi,* aut etiam si alij *decem dederit l. statuliber 8. l. si decem 17. leg. penult. §. 1. & pass. eodem titul. de statulíber.* Alterum hunc quo testator iuberet eum & dare decem & liberum esse, vt in *d. l. 3. §. si decem iussus dare l. si decẽ dare 10. l. si quis ita 13. § si seruus heredis l. mortuo 15. §. 1. l. si triennio 18. & alibi sæpe de statulib.* Nempe quia testator nõ minùs potest imperare seruo suo & iubere vt det decem quàm vt sit liber. At non idem est de cæteris heredibus & legatariis. Nec enim potest ius imperari à testatore nisi heredibus postquàm facti sunt heredes quia repræsentant eo tempore personam defuncti, nec proinde minùs potuit defunctus iis imperare quàm sibi ipsi, Legatariis verò ne tum quidem cùm legatarij iam facti sunt per agnitionem legati, Nimirum quia non sunt iuris successores. Vnde olim erat quod

à lega-

à legatario legari non poterat sed tantùm fideicommitti *Inst. de singul. reb. per fideic. relict. in princ.* quod legata non nisi imperatiuis verbis, fideicommissa verò precatiuis relinquerentur vsque ad Iustiniani constitutionem in *l. 2. Cod. commun. de legat.* quæ totum hoc ius correxit, & confudit. Quare nec memini vllo iuris loco me legere, ita scriptum quem heredem; vt Titio centum dare iubemur condicionis implendæ causa. Nam quicquid implendæ condicionis causa dandum est ab herede scripto, id necesse est dari priusquàm heres sit. Ex oarum scilicet omnium condicionum quas prius impleri necesse est, quàm dispositio condicionalis locum habere possit *l. ei qui 13. & pass. de condit. & l. qui heredi 44. & dict. l. Mauius 55. & pass. de cond. & demonstr. l. facta 63. §. si sub condicione insr. ad SC. Trebell.* Atqui priusquàm heres sit nihil ei potest imperari, vt iam diximus. Rursum vbi heres factus est, potest quidem ei imperari, sed nō vt pareat condicioni cùm iam paruit. Condicio enim semel impleta, postea impleri amplius numquam potest, quia neque amplius condicio est. Nullo igitur tempore potest iuberi heres vt pareat condicioni. Legatarius verò multò minùs. At neque statuliber. Nam qui & decem dare & heres esse iubetur, vtrumque sub condicione iussus intelligitur, id est decem dare si liber esse velit, Et liber esse si decem dederit. Itaque si decem dare numquam volet, nec vnquam liber erit, quia nemo eum coget dare. Nec quemadmodum inuitus quoque esset liber si directa libertas ei data esset, ita possis dicere inuitum eum cogendum esse vt pareat condicioni ad libertatem consequendam. Facto enim serui aliquo opus est vt impleat condicionem aut saltem facto alterius qui eius nomine impleat cùm libertas ei sub condicione data est, & in eius arbitrio testator posuit an liber esse vellet, cùm adscripsit condicionem arg. *l. verbis ubi 11. inf. de condic. instit.* quia nec condicio esset si nō posset deficere *l. si pupillus 9. §. 2. de nou.* ac si ita scripsisset *Stichus heredi meo decē dato, & decē datis liber esto*, qui ablatim absolutū *decem datu* resolutur in condicionem *vulg. l. a testatore 109. de cond. & demonstr.* At nulla serui aut alterius facto opus est, vt directa libertas comperat quæ purè data fuit si modò aliquis ex testamento heres sit, sufficit enim solaiuris potestas. Denique aliud est Iuberi S. hum dare decem, vt impleat condicionem sub qua ei data fuit libertas, Aliud verò iuberi illum vt condicionem impleat. Nam etsi iussum dandi decem sit condicionale, vt diximus, Si seruus liber esse velit, iussum tamen implendæ condicionis purum esset, neque condicionem vllam tacitam magis quàm expressam habere intelligeretur. Non igitur credendum est Vlpianum alie aliom quàm Tribonianum ita locutum fuisse *si condicioni parere heredem testator iussit*. Accepit enim idem Tribonianus duo ista pro eodem, vt solet omnia confundere, Iuberi quem dare decem condicionis implendæ causa, & Iuberi condicionem implere, quod & probant sequentia illa *maximè si heredem ei iussērat dare*, nec tantùm dictum heredem & legatarium à statulibero, quasi perinde possit testator iubere ei quem non facit heredem aut legatarium nisi sub illa condicione *si centum filio dederit*, vt ea centum det filio, atque imperare statulibero potest vt centum det, & sit liber: quod certè non ita est. Vnus tantùm in libris nostris casus est, quo is qui pecuniam dare condicionis implendæ causa potuit, intelligitur iussus eam dare, ac condicionem ipsam implere, postulante nimirum eo, cuius interest impleri. Nam & hæc tacita condicio iussui adhuc inest. Is casus est, Si quis duobus heredibus Titio & Sempronio institutis ex semissibus aut ex inæqualibus partibus (nihil enim refert) iusserit Titium acceptis centum à Sempronio suam ei portionem hereditariam restituere. Hoc enim casu non tantùm Titius à Sempronio conueniri ex fideicommisso potest vt portionem suam ei restituat, sed etiam Sempronius à Titio vt det ei centum, si malit Titius habere centum quàm portionem suam hereditatis *l. fideicommissa 11. §. cum esset de leg. 3.* Vbi Vlpianus ait esse hoc casu duplex fideicommissum, Nempe quia in hac specie duo concurrunt quæ hoc ius inducunt, Vnum est quod cùm Sempronius æquè sit heres atque Titius, & æquè adierit hereditatem, non minùs potuit fideicommissum ab eo relinqui ut centum daret Titio, quàm à Titio vt partem suam hereditatis restitueret Sempronio. Alterum est quòd ea centum condicionis quidem implendæ causa Titio dari à Sempronio debuerunt, sed ita tamen vt figura condicionis expressa non fuerit, quæ res facit vt non tam condicionis implendæ causa, quàm quodammodo pro precio portionis hereditariæ dari iussa videantur *l. in ratione 30. §. tametsi ad leg. falcid.* Quamuis ea ratio non sufficeret vt fideicommissum à Sempronio quoque relictum videretur nisi prior concurreret, quia talis oratio *Titi acceptis centum à Sempronio hereditatem aut etiam fundū Cornelianum ei restituito*, magis pro Sempronio quàm contra Sempronium posita videatur, vt scriptum est in *dicto §. tametsi*. Sed ea distinctio vt & illa Papiniani in *dict. leg. pro here de §. Papinianus* de qua suprà diximus, in speciem nostram cadere non potest, in qua agimus de filio non instituto, sed exheredato, qui sicut fideicommisso nullo grauatus est nec grauari potuit *l. ab eo 9. C. de fideicom.* ita neque coniectura illa sumi potest quod fideicommissum aliquod ei relictum voluerit pater ab eo quem voluit in filij persona implere condicionem: licèt fideicommissum ab eo dare potuerit si voluisset. Fideicommissum enim vnum expressum esse oportet, vt alterum per coniecturam inducatur, vt in *d. §. cum esset*. Nec rursus de fideicommisso tractari quicquam potest in hoc §. non magis in persona heredis aut legatarij aut statuliberi, cuius condicio adscripta est, quàm in persona filij exheredati, quia de eo loquimur qui nec heres nec legatarius, nec liber sit aut esse possit, nisi impleta priùs condicione sub qua vel hereditatem meruit, vel legatum, vel libertatem, ac proinde qui nec antè grauari fideicommisso vllo potuerit, non magis quàm fideicommissum accipere ab exheredato. Quod longè diuersum est in specie *dict. §. cum esset*, vbi agitur de pecunia danda condicionis implendæ causa ad consequendam ex fideicommisso partem hereditatis iam agnitam & acquisitam, Danda autem per eum qui ipse quoque ex sua parte iam heres sit, atque ita inter eos qui tanquam heredes iam facti fideicommisso grauari inuicem potuerunt. At neque casum illum tractamus quo vel heres vel legatarius, vel statuliber

Digitized by Google

pecuniam condicionis implendæ causa dare iussus sit non expressa figura condicionis, sed quo expressa condicio sit: Alioqui malè scriptum esset in hæc verba *si condicioni parere heredem testator iussit* quia quod non expressa figura condicionis accipere quis iussus est ab alio non condicionis implendæ causa accipi intelligitur, sed pro precio, & iure hereditario *d. §. tametsi*. Quomodo autem posset hoc dici de filio exheredato? aut quomodo filius exheredatus iuberi vt aliquid accipiat ab eo qui nondum heres sit? Nam neque pater filio exheredato iubere ac imperare aliud potest, quàm vt exheres sit Neque potest imperium illud adeoque nec ipsa exheredatio vllius esse momenti nisi adita demum hereditate, quã porrò adire non potest heres nisi impleta priùs condicione. Ita ergo fit vt in proposita specie nihil possit interesse an testator ita scripserit *Titius heres esto si filio meo centum dederit*, *Filius meus exheres esto*, an verò ita, *Filius meus exheres esto* (potest siquidem filius etiam ante heredis institutionem exheredari *l. 3. §. ante heredis delibet. & post.*) *Titius dato filio meo centum heres esto*, aut quod idem est *Filius meus acceptis a Titio centum exheres esto. Titius heres esto*. Nam & hoc casu licèt institutioni Titij nulla condicio adscripta videatur, ea tamen quæ fuit adscripta exheredationi, etiam institutioni inesse creditur cùm non in alium casum possit Titius ex asse heres esse, quàm in quẽ filius fuit exheredatus. Denique his omnibus casibus condicionẽ à Titio impleri & ab eo pecuniam filio exheredato dari necesse est priusquàm heres esse possit, & ideò vera semper condicio est nec figura condicionis expressa, siue non expressa: Et consequenter nullo casu potest hic heres aut legatarius, nisi stultè prorsus & ineptè iuberi vt det centum filio: multò minùs vt pareat condicioni. Ergo nec nisi valdè insulsè potuit Tribonianus ita scribere *si condicioni parere testator heredem iussit*. Sed fit apertior Triboniani manus & inscitia ex iis quę in hoc §. sequuntur.

a *Idem est et si legatarius ei vel statuliber dedit*. Nihil igitur interesse putat Tribonianus an filius exheredatus pecuniã acceperit ab herede, an à legatario, an à statulibero. Putat enim omnibus his casibus excludendum filium à querela, quasi qui iudicium patris agnouerit. Et ita respondet ad propositam quæstionem non minus quòd ad legatarium & statuliberum attinet quàm quòd ad heredem. Et tamen quod sequitur in hoc §. tale est acsi nondum adhuc responsum esset. Sequitur enim

b *Et potest dici excludi eum*, quibus verbis continetur noua responsio & quidem magis dubia minúsque affirmatiua quàm præcedens. Etsi enim verba illa præcedentia *videndum ne ab inofficiosi querela excludatur*, nõ videntur esse hominis planè adfirmantis, ob idque sint familiaria Triboniano quàm prudentibus nostris, non possunt tamen accipi nisi pro adfirmatione, Vt solent interdum etiam prudentes nostri non dubitanter, vt Tribonianus, sed verecundè sententiam suam siue in affirmatiuam, siue in negatiuam partem exponere in iis quæ dubitationem aliquam habere videntur, vt à Papiniano factum est in *l. 1. in princ. infr. de pignor.* & alias sæpe. Idq; appatet certiùs cùm ratio aliqua subiicitur, non dubia sed adfirmatiua, qualis illa est quæ in hoc §. præcedit *agnouit enim iudicium*. Ac ne quis posset dubitare quin ad propositã quæstionem responsum esset affirmatiuè subiectus est alius ille versiculus affirmatiuus quoque verbis cõceptus *idem est & si legatarius ei vel statuliber dedit*. Scribendum enim erat *idem quæri potest* non quomodo scriptum est *idem est* si præcedentibus verbis quæstio magis quàm ad propositam quæstionem responsio continebatur. Quid ergo attinebat rursus rem in dubium reuocare, & non solùm iterum sed incertiùs his verbis respondere *Et potest dici excludi eum*. Rursus quid attinebat subiicere *maximè si heredem is iusserat dare*, cùm iam dictum esset nihil in hac spec e referre an heres sit an legatarius vel statuliber is qui pecuniam filio dare iussus fuit. Nimirum volebat Tribonianus vt solet à priore sententia recedere, ac nouæ distinctioni locum facere, quæ statim sequitur his verbis *cæterùm si legatarium* quibus apertè Tribonianus, secum pugnans ait multum interesse an condicio dandæ filio pecuniæ adscripta sit heredi an legatario aut statulibero: Quod si ita est, non debuerat igitur in præcedentibus scribere *maximè si heredem*, quæ dictio est implicatiua, vt nostri loquuntur, includens identitatem, vt aiunt iuris & rationis, sed debuerat vti dictione aliqua restrictiua quales ea essent *nimirum, scilicet, videlicet*, aut qua alia similis Cùm igitur aliud iuris constituat Tribonianus in herede, aliud in legatario, & iam bis dixerit in herede si iussus pecuniam implendæ condicionis causa filio dare iussus sit & dederit, excludi filium à querela, quòd eam pecuniam accipiendo, iudicium patris agnouerit (quę tamen mala & falsa ratio est vt probauimus in præcedentibus) videamus nunc quid ille deinde statuat putetq; respondendum in legatario. Sic autem ille scribit

c *Cæterùm si legatarius, nequid semel natam inofficiosi querelam non perimat legatarij oblatio?* Sensus est si legatarium iusserat pater dare filio pecuniam condicionis implendæ causa non posse legatarium offerendo eam pecuniam filio perimere querelam inofficiosi quæ iam nata sit, & cuius proponendæ ius filio fuerit acquisitum. Si tamen Triboniani interrogationem pro adfirmatione accipere volumus, cuius adfirmationem è contrario pro dubitatione, ne dicã etiam pro negatione accipiendam plerumq; esse ex iis quæ iam diximus apparet. Sed siue pro dubitatione, siue pro adfirmatione versiculum hunc accipias, nonnihil absurdum emergit, sed quod Triboniano etiam familiare est, vt institutam prosequens quæstionem, casum tamen mutet. Nunc enim illum tractare incipit quo pecunia quæ condicionis implendę causa dari debuit oblata tantùm sit filio siue per heredem, siue per legatarium. Hucusq; verò tractauit casum contrarium, quo non modò fuisset oblata, sed etiam data. Sic enim scripserat *Idẽ est et si legatarius ei vel statuliber dedit*. Nũc tractat eum casum quo filius exheredatus, sibi oblatam siue ab herede siue à legatario pecuniam nolit accipere. Ante a tractauit illum quo filius pecuniam acceperit, & ita iudicium defuncti agnouerit. Denique prima quæstio aut potiùs sola quæ in hoc § proponitur illa est, An filius qui oblatã implendæ cõdicionis causa pecuniã siue ab herede, siue à legatario accepit, ob hoc ipsum excludendus sit à querela. Nunc verò ob eam ipsam quæstionem respondetur, non cogi filium pecuniam accipere si à legatario ipsi offeratur, quod ea oblatio semel natam inofficiosi querelam non possit perimere. Quid verò habet hęc responsio commune cũ proposita quæstione? Quòd si eundẽ casum

retinere

retinere velis, & ponere nō tantùm oblatam fuisse filio pecuniam à legatario, sed etiam à filio ipso acceptam, stulta vtique erit ratio ista, & stultior ille, qui eam Tribonianus probare per eam velit non excludi filium à querela, tametsi iudicium defuncti agnouerit si antequàm agnosceret iā nata querela fuit, Quando enim potest meliùs perimi querela, quàm cùm iam nata est: Nisi verò si nondum nata sit, nec perimi potest: quia & naturæ & intellectus ordine semper prius est, vt initium aliquod quæuis res habeat, quàm vt finem habere possit, & vt nascatur priusquàm possit perimi *l. Titio vsusfru. Stius 96. de condic. & demonstr. & non potest videri 208. de regul. iur.* Vt vel ex hoc maximè appareat quā peruersus Iurecōsultus fuerit Tribonianus, qui pro filio abutatur ea ratione quæ potiùs contra ipsum vti pro legatario debuerat Et tamen sibi tantoperè placet in hac ineptia, vt ea n reperat cū subiicit, *Cur ergo in herede absolutè diximus? Quo nam ante aditam hereditatem nec nesciatur querelæ.* Hanc enim diuersitatis rationem adfert inter heredē, & legatarium, quòd heres cùm pecuniam offert filio implendæ condicionis caosa, eam offerat ante natam querelam. Offert enim vt possit heres esse ac proinde antequàm sit heres, & consequenter ante natam querelam, quæ scilicet non potest nasci nisi ab adita hereditate: Vnde fit secundum intelligentiam Triboniani vt facilè possit ea oblatio perimere querelam quæ nondum nata est. At cùm legatarius pecuniam offert, eo tempore offert, quo iam nata sit querela, scilicet post aditam hereditatem, quia nec priùs quærendum est an legatum debeatur, cùm hereditate numquam adita numquā debeatur *l. 1. §. vl. & l. 2. §. vt in possess. legat. & si nemo 9. §. de testam. tutel.* & ideò difficilius est, ut Triboniano credimus, vt iam nata querela perimatur, Quasi verò non possit filius exheredatus agnoscere iudicium defuncti post querelam, non modò natam, sed etiam propositam, & à querela eo tempore excludi siue expressè, siue tacita renunciatione *l. si ponas 23. §. vl. l. etiam qui 21. in princip.* Sed nec verum est legatarium cui condicio adscripta est dandæ filio pecuniæ, non posse condicionem illam implere ante aditam hereditatem. Nam cùm ea sit differentia inter legata pura & condicionalia, quod eorum quæ pura sunt dies statim cedit à morte testatoris, vt exinde transmitti ad heredem possint, secuta quandocunque posteà hereditatis aditione, condicionalium verò dies non cedit nisi impleta priùs condicione *l. 1. 2. 3. 4. 5. & pass. §. quand. dies legat. ced.* quid vetat legatarium cōdicionalem impleri condicionem legati etiam priùs quàm adeatur hereditas, non quidem vt legatum adhuc consequatur, sed vt ex condicionali faciat purum, & per consequentias ex non transmissibili transmissibile? Nec enim ob id quod impleta legati cōdicio est, statim consequens fit vt legatum vel peti possit vel confestim acquiri legatario, sed tantùm vt pro eo habeatur ac si purè datum esset *l. ei qui 15. de condic. instit. l. potior 11. §. 1. vers. cùm enim qui potior. in pig. hab.* id est, vt eius dies statim cedat si non ex die mortis, quomodo si legatū fuisset purum, saltē ex die implete condicionis, etiamsi hereditas nondum adita proponatur. Non igitur bona est ratio illa diuersitatis, quam Tribonianus adfert inter heredē & legatarium, quasi oblatio heredis semper præcedat natiuitatē querelæ, oblatio verò legatarij semper sequatur. Fateor oblationem heredis semper

præcedere, cùm institutioni adscripta cōdicio est, quia præcedit semper hereditatis acquisitionem etiam in suo herede, cùm potestatiua condicio est *l. 4. in princ. de hered. instit. l. 5. de condic. & demonstr.* Fateor etiam oblationem legatarij aliquando sequi natiuitatem querelæ, quia & post aditam hereditatem non minùs quàm ante aditionem offerre legatarius pecuniam, & implere condicionem potest. Sed nego legatarij oblationem semper sequi, cùm possit etiam ante aditam hereditatem, vt ante aditam hereditatem si aliud nihil impediat, dies legatorum cedit: Exceptis quibusdam in quibus specialiter placuit non cedere diem nisi ab adita hereditate, vt in libertatibus & vsufructu legato *l. vnic. §. quand. dies vsusfr. legat. ced. d. l. vnic. §. in nouissimo C. de cadu. toll. md.* In quibus tamen ipsis illud etiam obtinet, quod in cæteris diximus, vt eorum condicio impleri possit etiam nondum adita hereditate, quoniam aliud est diem legati cedere, Aliud, legati condicionem impleri, cùm implementum condicionis non faciat vt dies tum cedat si legati natura repugnet, sed tantùm vt possit tum cedere cùm cessionis tempus aduenerit, qui tamen ne tum quidem cederet, si condicio nondum eo tempore impleta reperiretur. Finge legata tibi fuisse centum in Calendas Ianuarias proximas sub ea condicione *si decem Titio dederis.* Potes decē Titio dare ante Calendas Ianuarias, atque ita facere vt exinde legati sui dies cedat, qui non cederet, ne quidem venientibus Calendis Ianuariis si eo tempore nondum condicioni paruisses, quia legatum adhuc condicionale inueniretur. Finge datam tibi libertatem sub eadem condicione *si dec. m Titio dederis.* Non potest dies tuæ libertatis cedere ante aditam hereditatem, etiamsi condicionem priùs impleas. Sed tamen proderit tibi si antè impleas vt secuta tandem aditione possis ex eo instanti liber esse, qui non esses si nondum condicionem impleuisses. Planè in legatis merè condicionalibus, & quorum si pura essent dies cederet ex die mortis, idem est instans, & quo impletur condicio, & quo cedit dies legati. Debuerat igitur Tribonianus cùm de legatarij oblatione loqueretur, distinguere an facta esset ante an post aditam hereditatem, & eo saltem casu quo antè facta esset, idem prorsus iuris in legatario & in herede constituere. Sed me illud omnium pessimè habet quod video Tribonianum hîc de sola oblatione loqui, cùm anteà de datione ipsa locutus esset. Item hîc de filio recusante accipere pecuniam sibi oblatam, in præcedentibus verò de filio accipiente. Nam certè ratio hæc qua Tribonianus pro filio contra legatarium abutitur, eò pertinet vt audiendus sit filius si recuset accipere pecuniam sibi à legatario oblatam post natam querelam, non sit verò audiendus si eam accipere recuset ab herede quòd eo tempore nondum nata sit querela, Potiùs quàm vt probet non videri filium agnouisse iudicium patris si pecuniam acceperit à legatario, videri autem agnouisse si acceperit ab herede. Idque ostēdunt etiam quæ sequuntur in vers. *ego enim eum puto si quidem,* vbi scriptum est si filio antequàm iudicium querelæ moueret oblatio fiat eius quod ei relictum est, videri ei satisfactum, quasi facta oblatione ex testatoris voluntate. Itaque cùm video Tribonianum ita scribere *Cur ergo in herede absolutè diximus?* Subit cogitatio interrogandi eum *Quod* verò illud est quod dixisti Triboniane? An fortè, audiendum

Digitized by Google

non esse filium qui velit agere querela inofficiosi postquàm ab herede oblatam accepit pecuniam, quòd hoc ipso agnouerit iudicium defuncti? An potiùs, Audiendum eum non esse si malit querelam proponere quàm oblatam sibi ab herede pecuniam accipere, Vtrum enim tibi velis non possum facilè assequi. Placet mihi prior interpretatio cùm præcedentia intueor, Placet posterior, cùm lego sequentia: Sed nondum tibi liquet quid audeas, vel possis apertè dicere, Nisi quòd ante aditam hereditatem nec nascitur querela: Hoc verò non nego, qui video ita placuisse Iustiniano ex Vlpiani sententia, quamuis aliud olim visum sit Modestino, cuius opinionem refert ac improbat Iustinianus in *l. scimus* 36. *§. vlt.* iunct. *l. si quis filium* 34. *in fin. C. hoc tit.* Sed dico, nihil hoc ad rem nostram pertinere, quia si loquare de filio qui pecuniam condicionis implendæ causa oblatam acceperit, quem ais hoc ipso agnouisse iudicium defuncti, Contendo non minùs agnouisse illum qui accepit à legatario, quàm qui ab herede, siue ante, siue post aditam hereditatem: Si verò loquare de filio qui oblationem, siue heredis, siue legatarij recusauerit, Dico nihil esse propter quod videri debeat exclusus à querela cùm nullomodo defuncti iudicium agnouerit, vtrúmque sit eum & exheredatum à patre fuisse, nec legitimam portionem ex bonis patris habuisse quæ ad eum peruentura fuerant ab intestato: Itaque siue ante, siue post aditionem hereditatis oblatio facta proponatur. Præter id quod iam dixi posse oblationem fieri à legatario adeoque à statulibero condicionis implendæ causa non minùs quàm ab herede ante aditam hereditatem. Et verò nondum sibi satisfecisse Tribonianum in his omnibus quæ huc usque siue dubitanter, siue affirmatiuè scripsit in hoc §. ex eo apparet, quod in *seq. versic.* incipiente ab illis verbis *Ego censeo*, cuius sensum iam retulimus longè aliter respondet, quàm dixerat in superioribus nec adhibet distinctionem illam, Vtrum filius acceperit pecuniam, an recusauerit, neque illam, Vtrum heres an legatarius vel statuliber pecuniam obtulerit, & vtrum ante an post aditam hereditatem, sed nouam planè & hactenus inauditam, Vtrum oblatio siue ab herede, siue à legatario, siue à statulibero, & siue ante siue post aditionē hereditatis facta sit eo tempore quo nondum mota sit querela quamuis iam nata, an verò eo tempore quo non solùm nata iam fuerit querela, sed etiam mota, Vt hoc posteriore casu nihil prosit oblatio quasi nimis sera cùm filio ius sit quæsitum per litem de inofficioso institutam, Priore verò prosit, quasi hoc casu non nisi per filium stet quominùs ei ex voluntate testatoris satisfactum videatur. Itaque sicuti transiliat Tribonianus ab eo casu quo data fuisset pecunia & accepta condicionis implendæ causa, ad illum si non prorsus contrarium certè planè diuersum quo pecunia fuerit & oblata tantùm & recusata: Ita nunc transit à querela nata ad querelam motam, vt quod de querela nata dixerat, transferat ad querelam motam. Sed neque hæc distinctio, vel melior, vel felicior est, quàm superiores. Nam vel verum est id quod filio condicionis implendæ causa dari patet voluit, posse filium etiam inuitū excludere à querela, tanquam quod ex patris voluntate detur, vel verum est non posse illum excludere à querela tanquam quod neque ex bonis, neque ex voluntate defuncti detur. Si verum est posse ex eo filium excludi, Ergo quocunque tempore ei offeratur excludetur. Nam ad excludendam querelam sufficit vt filius alia qualibet via, & ratione possit cōsequi legitimam portionem. Si autem verum est nō posse filium ex eo excludi, vtique nihil ei nocere debet quod oblatio fiat ante motam querelam: quia non eò minùs verum erit patrem videri fuisse furiosum testamenti tempore, ac testatum fuisse cōtra officium pietatis qui filio exheredato non reliquerit legitimam portionem. Sed iam video non quid Tribonianus dixerit, at quid dicere voluerit, Nimirum id quod condicionis implendæ causa datur non esse in petitione, sed tantùm in præstatione: quia non potest is in cuius persona impleri cōdicio debet id petere, cùm nec legatarius nec fideicommissarius sit qui aliquam eo nomine actionem habere possit, Potest tamen is cui adscripta condicio fuit id soluere, si quod sibi à testatore relictū est cōsequi velit, *dict. l. si quis sub condicione* 8. *si quis omis. caus. test. dict. l. qui precio, & dict. l. inter mortis* 38. *de mort. caus. donat.* Exēplo, eius quod dicimus, Si cui ita legatum sit *Heres meus Titio penum dato, si nō dederit decem dato* non posse quidē penum peti, sed decem, Quasi decem tantùm legata sint, penus autem si detur ex interuallo, non nisi mortis causa capiatur: Si tamen incontinenti, hoc est, cum aliquo spatio heres penum soluerit & ante motam, videri hoc legatum esse, & in legem falcidiam imputari posse. *l.* 1 *§. item si ita. ff. ad legem falcid.* Sed sunt ista longè dissimilia. Tunc enim penus incontinenti, & ante moram præstita in legato esse intelligitur nec mortis causa capi cùm re vera fuit legata, vt in exemplo suprascripto in quo præcedebāt verba illa *heres meus Titio penū dato*, quo tamē casu quamuis sit legata in præstatione tantum est, non etiam in petitione, quia testator subiiciendo reliquam illam legati partem *si heres penum non dederit, decem dato* in heredis arbitrio & potestate posuit an penum dare vellet, necne, quasi adempto sub condicione legato penoris. At non similiter vt non daret decem, si penum statim non daret. Proinde sola decem peti possunt si modò breue aliquod spatium prætererit intra quod penus præstari & potuerit, & debuerit, Penus verò petinumquam potest, ne quidem eo tempore quo præstari tamen potest, id est, incontinenti, cùm actio non nisi in inuitum possit exerceri qui præcisè cogatur id præstare quod debeatur. Itaque penus hoc casu in præstatione quidem tantùm, est non in petitione *l.* 1. *de pen. legat. l. cum sine præsumtione* 19. *l. si penum* 24. *quand. dies legat. ced.* sed tamen non ideò minùs legata intelligitur, atque ex iudicio testatoris & ex testamento data esse si incontinenti data sit aut saltem ante litem contestatam, quia verum est legatam eam esse verbis illis imperatiuis & dispositiuis *Heres meus penum dato*. At finge nō adesse verba illa, sed testatorē ita scripsisse *si heres meus Titio penum non dederit, decem ei dato*. Nullo prorsus casu videbitur penus legata, id est, ne quidem si incōtinenti præstetur, & ideò mortis tantùm causa capietur, nec in falcidiam quasi ex bonis aut ex iudicio defūcti præstita, ab herede imputabitur *dict. §. item si ita in fin.* Ergo vt bona sit ratiocinatio ab exemplo illo quod videtur Tribonianum fefellisse, distinguendum similiter esset in specie proposita, Vtrum testator ita scripsisset *Titius heres meus filio meo exheredato centū dato, si heres meus centum filio nō dederit, heres ne esto, si centū dederit, heres esto*. An verò in hunc

in hunc potius modū *Titius si filio meo exheredato centum dederit, heres esto*, vt priore casu viderentur legata filio centum si incontinenti aut saltem ante moram querelam præstarentur, Posteriore verò casu implendæ tantùm condicionis causa præstarentur, nec nisi mortis causa caperentur. Atqui hęc distinctio non nisi valde ineptè fieri potest, quia prior eius pars locum habere numquam posset. Non ob id solùm quòd Vlpiani temporibus, totoque iure vetere nihil poterat legari ante heredis institutionem *§. ante heredis. Inst. de legat.* credebatúrque præposterum vt heredi testator quicquam imperaret priusquàm heredem eum fecisset, sed etiam quia præsupposito etiam eo, vt ordine saltem intellectus institutio præcessisse intelligeretur, adiectio illa *si heres meus centum filio meo nō dederit heres ne esto*, per quas videretur adepta hereditas sub condicione, vt in d. l. 4. *si penum 24. quan. d. dies legat. ced.* non posset non esse ridicula, & à iuris ratione aliena. Regula enim iuris est, Hereditatem adimi non posse *l. si ita scriptū 13. § regula. de liber. & posth.* Quòd si hereditas iam data non potest adimi, multò minus potest adimi ea quæ nondum fuerit data, nec enim ulla potest esse ademptio, quæ dationem præcedat. Sed & testatore ita loquuto, vt posuimus in priore parte supradictæ distinctionis, non esset verum data fuisse filio centum condicionis tantùm implendæ causa, sed expressim legata, vt proinde non possit dubitari quin & ex voluntate, & ex bonis defuncti data intelligerentur, ideoque filium excludere à querela deberent, cui nec vllomodo ademptum posset dici legatum, nisi fortè vt transfunderetur in ipsam hereditatem, & filius ex legatario heres fieret, si heredi-tatis ademptio sub condicione facta valere posset: Quæ nec tantùm abest vt querelam possit inducere, vt eam potiùs omnino excluderet. Quid enim posset queri filius, qui in vtrumque euentum aut legatum haberet sufficiens ad legitimam portionem, aut pro legato vniuersam hereditatem? Non igitur potest hic §. ad alium casum accommodari, quàm in quo testator Titiū heredem instituerit sub ea condicione, si filio centum dederit; nullis præterea verbis imperatiuis & dispositiuis pro filio adiectis. Ergo retenta etiam comparatione legati penoris, non possunt videri hæc centum data filio; ne tum quidem cùm accepit, ex voluntate non magis quàm ex bonis patris, sed tantùm ex voluntate bonisque ipsius heredis, nec iure testamenti accepta, sed tantùm mortis causa. Ex quo illud necessariò fit vt filium à querela excludere non possint, non solùm si offerantur, siue ante, siue post motum iudicium centumuirale, Sed nec si à filio accipiantur, quia non ideirco iudicium patris agnouisse videri potest qui nihil mortis causa accepit: Nec enim distinctio illa, An incontinenti, an ex interuallo præstitum sit quod testator dari per condicionem voluit, ad ea pertinet quæ condicionis tantùm implendæ causa præstantur, sed ad illa demum quæ priùs posita sunt in dispositione quàm in condicione, vt omnium elegantissimè probat is Pauli locus quem attulimus ex d. l. 11. §. 1. *& si tam. ad leg. falcid. & dict. l. cum fini. verf. sed fi.* At nos loquimur in hoc §. de ea pecunia, quæ non fuerit posita nisi in condicione, nec vllomodo poni potuerit in dispositione. Est aliud etiam in hoc §. quod inscitiam Triboniani detegit & aperte his apud eos, qui veteré iudiciorum Romanorum ritum à nobis toties inculcatum non ignorát. Nam in cæteris iudiciis quæ à Prætore aut alio magistratu dictabantur post litem apud Prætorem ipsum aliúmve magistratum cuius ea iurisdictio esset contestatam, non idem obseruari poterat, quod in iudiciis Centumuiralibus quæ apud Centumuiros ex vi propriæ ipsorum iurisdictionis exercebantur. Non enim Centumuiri dabantur iudices à prætore aut alio magistratu, sed propriam iurisdictionem habebāt in certis causis pro quibus nec prætor nec alius vllus magistratus aut adiri, aut etiam adhuc cognoscére potuisset. Inter quas causas hæc vna erat querela inofficiosi testamento *l. Titia 23. l. qui repudiantis 17. in princ. ff. hoc ti.* In cæteris igitur causis cùm quæritur an id quod in præstatione tantùm non etiam in petitione fuit præstari quandocunque possit siue ad impediendam, siue ad purgandam moram, solemus inspicere tempus nō motæ controuersiæ, nec cœpti iudicij, sed litis contestatæ *dict. l. 1. de pen. legat. dict. l. cùm sine præsumtione 19. quand. dies leg. ced.* Quod mediū tempus est inter motam controuersiam & iudicium motum. Sicut enim controuersia præcedit contestationē. *l. sed etsi lege 25. § si ante. de pet. hered.* ita contestatio præcedit iudicium. At in iudiciis Centumuiralibus coram iisdem iudicibus eodémque tempore & controuersia & iudicium mouetur, & post iudicium apud eos motum contestatio fit, quæ proinde iudicium sequitur non præcedit. Itaque tempus quo mouetur iudicium in hoc iudiciorum genere non respondet tempori quo mouetur iudicium in cæteris, sed ei potiùs tempori quo mouetur controuersia, quod tempus præcedebat, vt dixi, litis contestationem. Ergo vt bona sit comparatio quæ Tribonianum fefellit, penoris positi in condicione alterius legati, & pecuniæ quæ filio dari debuit condicionis implendæ causa, debuerat Tribonianus admittere heredem ad purgandam moram & offerendam filio pecuniam, vt eum à querela excluderet, non id vsque tempus duntaxat quo iudiciū moueretur apud Centumuiros, sed in id vsque quo fieret apud eos litis contestatio quam præcedebat motum iudicium, sicut in cæteris mota controuersia præcedebat litis contestationem. Sed iam tempus est, vt quæ in hoc §. speciali adnotatione indigent, particulatim persequamur.

d *Quoniam ante aditam hereditatē nec nascitur querela.* Ratio dubitandi. Si non ante aditam hereditatem nascatur querela, erit in potestate heredis vt numquam querela competat, aut nascatur. Quid enim si nolit vnquam adire hereditatem? Poterat siquidem olim adiri hereditas quandiu repudiata non esset, nulloque tempore ius adeundi finiebatur *l. si curatoris 9. C. de iur. deliber.* Aut etiam quid si tardiùs adire voluisset vt moram faceret querelæ. Vtique faciebat iure suo cùm in eius arbitrio & potestate esset vt adiret quādo vellet. Atqui nō minùs absurdum hoc videtur vt in heredis instituti potestate sit querelam vel excludere, vel differre quàm vt in alterius cuiuslibet debitoris potestate sit an debeat *l. 2. § Sceuola, alids l. nō vtique de eo quod cert. loc. l. sub hac condicione 8. de oblig. & act.* aut an vel quando cōueniatur *l. purè 25. § vlt. ff. de dol. mal. & except. l. potenda 6. Cod. de tēpor. pet. in integr. restit.* Ergo ne hoc absurdum eueniat, necesse est cursum quinquennij intra quod propoui querela debet *l. si quis filium 34. in fin. l. contra 16. C. hoc tit. l. 2. C. in quibus cauf. in integr. rest. necess. non est*, nō à die aditæ hereditatis

[illegible]

Digitized by Google

incipere sed à die mortis. Atque ita iam olim ob hanc ipsam rationem Modestinus putabat, vt refert Iustinianus in *d.l.scimus 36.§.vlt.C.hoc tit.*

Ratio decidendi. Querela inofficiosi licèt hoc colore detur, quasi non sanæ mentis fuerit testator cùm suprema ordinaret, ideoque afficiat ius testamenti *l.filio 16.§.1.ff.& l.seq.§.vlt.ff.hoc tit.* tamen non contra signum datur, vt bonorum possessio contra tabulas *l. quod vulgo 19. de bonor. poss. contr. tab.* sed contra heredem institutum, qui portò nec heres est, nec defuncti memoriæ defendendæ ius habet priusquàm hereditatem adierit. Non igitur fieri potest vt querela competat aut nascatur ante aditam hereditatem. Ad quid enim prodesset dicere natam esse antequàm proponi posset? arg. *l.3. quand.dies legat.ced.* Nisi fortè ad hoc vt eius proponendæ & exercendæ tempora interim currerent filio exheredato, quod sanè iniquũ esset *l. cùm sex 55.de adilit.edict.l.1.§.vlt. C.de annal.excep.l.in rebus 30.C.de iur.dot.* Cur verò querela non contra signũ sed contra heredem ipsum detur, si pergas rationem quærere illam adferam, quod querela inofficiosi sit odiosa, vt iam sæpiùs monuimus, non ob id tãtùm quod faciat patremfamilias intestatũ *l. 6. §.1.sup.l.nam etsi 15.§.vlt.l.qui repudiatis 17.l.circa 24. infr. eod.* sed ob id etiam quod eo colore faciat intestatum, quasi fuerit demens & furiosus. Proinde quandiu alia ratione intestatus fieri paterfamilias potest, atque ita filio aut alij conqueri volenti ius suum conseruari, nihil causæ est cur tam odioso remedio locus esse debeat, vt & testatoris famæ, & exheredati commodis æquè consulatur. Atqui potest intestatus fieri paterfamilias citra querelam si modò contingat vt ex eius testamento non adeatur hereditas, Ne alioqui testamentum per omnia irritum ad solam exheredationis notam proficere videatur *l.filium 20.de bonor.poss.contr.tabul.* Meritò igitur placuit expectari debere vt sciretur an aliquis heres esset, priusquàm querela proponi posset. Quid ergo respondebimus ad rationem illam qua Modestinus in contrarium mouebatur? Facilis hodie responsio est ex Iustiniani constitutione in *d.l.scimus.§.vlt.* vbi constituit vt ob hanc causam heres adire debeat hereditatem intra sex menses si in eadem sit prouincia, vel intra annum si in alia, si non fecerit cogatur officio iudicis adire. Interea verò decedens filius, id est, post obitum testatoris, & ante aditam hereditatem transmittat ad suos descendentes querelam, tametsi non præparatam. Nullúsne igitur olim remedio locus erat? Imò erat. Nimirum vt postulante illo qui queri vellet, præscriberetur heredi à prætore tempus ad deliberandum vtrum heres esse vellet, nécne, quod tempus vt plurimum non nisi centum dierum erat si iusta aliqua causa longius tempus dari non suaderet *l.1.& tot.tit.ff.de iur.deliber.* Quanquam nec semper auxilium prætoris in hãc rem necessarium erat. Solebant enim testatores heredem scribere sub hac condicione Si intra centum dies hereditatem adiret, cerneretque, qui ob eam causam cretionum dies dicebantur, & erant aliquando continui, aliquando autem vtiles, Nempe si testator verba illa in condicione adiecisset *quib.sciuerit poteritque* vt pluribus tractat Vlp. *in fragment.tit.22.qui hered.instit.poss.* Mansit enim illa cretionum sollennitas & obseruatio vsque ad tempora Theodosij qui eam sustulit in *l.cretionum 17. C.de iur.delib.* Ceterũ Vlpiani sententia vt humanior, & fauorabilior iã olim cæteris prudentib. videtur magis placuisse, Nam & eam Iustinianus ipse secutus est in *l. si quis filium 34.in fi. C.hoc tit.* antequàm ederet nouam illam suam constitutionem, quam retulimus, & quæ extat in *d.l.scimus §. vlt.* Placuit certè Tryphonino in *d.l.filium §.sed quemadmodũ de bonor.poss contr.tab.* vbi ait, quemadmodum prætor in illa specie tuetur emancipatum ab intestato si adita non fuerit hereditas, ita ne filium qui in potestate remansit, aditione adhibita in totum expellendum esse, sed ad hereditatis petitionem admittendum esse, ex causa inofficiosi querelæ contra emãcipatum mouendæ, Vt planè non possim videre cur aut quomodo quidam ex eo loco colligant Triphoninum in ea fuisse sententia vt à morte testatoris cursum querelæ inofficiosi daret. Repugnant enim euidenter verba illa *aditione adhibita*, quæ ostendũt nõ nisi ex aditionis die moueri querelam posse. Possit quis etiam aliam dubitandi rationem adferre ex eo quod dici solet ac verum est, Non posse adiri hereditatem ex testamento quandiu in eo est vt rumpi aliquo casu possit *l.ventre 84.de acquir.hered.* Quomodo igitur potest adiri hereditas ex eo testamento quod possit rumpi per querelam? Sed respondendum est non tam rumpi per querelam quàm rescindi, vt dicam ad *§.si filius 13.ff.* in eòque minùs propriè locutus fuit Irner. in Auth. *ex causa C.de liber.præter.* post Iustin. *Nouell.115. vt cùm de appell.cognos.§.aliud quoque capitulum.* Et quamuis admitteremus rumpi testamẽtum per querelam non tamen ipso iure sed facto hominis id contingit, id est per sententiam Centumuirorum, supradicta autem propositio intelligenda est de eo testamento quod in eo sit vt sola iuris potestate rumpi possit, At quomodo fieri potest vt qui per aditionem hereditatis factus est heres ex testamento, desinat esse heres per querelam? Nónne id quoque alienum est à regulis iuris? Dixi ad *l.posthumus 6.§.1. supr.*

e *Ego euentum puto sequendum.* Ecce locutionẽ planè Tribonianeam & impropriam. Voluit enim Tribonianus dicere inspiciendum esse quid euenerit, cùm deberet dicere quid factum sit. Euentus enim ad ea magis pertinet quæ casu accidũt, quàm ad ea quæ sunt in potestate nostra. Nec rursus voluit Tribonianus tam hoc dicere quod malè expressit inspiciendum esse quid factum sit, quàm quod non dixit inspiciendum esse quo tempore facta sit oblatio. Non enim distinguit an oblata sit pecunia necne, sed tantùm an oblata sit antequàm iudicium mouerent, an postea. Nec igitur debuit scribere euentum spectandum esse, sed tempus euentus.

f *Oblatio ei fiat eius quod relictũ est.* Hic verò præcipuus Triboniani error fuit, quod pecuniam implendæ condicionis causa dandam filio, siue per heredem siue per legatarium, siue per statuliberũ, putat filio relictam esse à patre, quod certè falsissimum est, cùm neque per legatum, neque per fideicommissum, neq; per donationem causa mortis, nec denique alio vllo relicti titulo relicta dici possit *d.l.si quis sub condicione 8.in fi. si quis omiss.caus. testam.d.l.1.§.item si ita ad leg.falcid.d.l.inter mortis 38.de mort.caus.donat.* Planè mortis causa capitur, sed nõ priùs quàm capiatur, vt nomẽ ipsum mortis causa capionis demonstrat. At nos loquimur de ea pecunia quam filius accipere recuset. Ergo de illa quæ nec quidem mortis causa capiatur, etiamsi

offeratur.

offeratur, Non enim sicut mortis causa capionem diximus, Ita & mortis causa oblationem aliquam esse, adhuc quisquam dixit.

g *Quasi ex voluntate testatoris oblata est.* Alius hic nec nimius granis Triboniani error est, putantis ad excludendam querelam inofficiosi sufficere vt possit filius habere legitimam suam portionem ex voluntate patris. Hoc verò falsum est. Non enim sufficit vt habeat ex voluntate, nisi habeat etiam ex bonis defuncti, eiùm nihil aliud sit legitima portio, quàm pars eius quod ab intestato fuerat peruenturum §. *si quis mortis. sup. l. quæ nuper. 31. C. eod.* Idque est quod ait *l. cùm quæritur 6. eod.* Cùm quæritur an filij de inofficioso patris testamento possint dicere, illud vnum inspiciendum esse an testator reliquerit iis quartam partam bonorum quæ habuit mortis tẽpore. Duo igitur requiruntur, quæ in hoc vno continentur, An testator ipse reliquerit, & an id reliquerit, quod faciat partem aliquam bonorũ ipsius testatoris. In proposito autem neutrum dici potest, quia quod implendæ conditionis causa dandum est, id neque a patre relictum fuit, neque ex bonis patris qui non eò minùs locupletem hereditatem suo heredi reliquisse intelligitur. Atneq; illud verum est quod Tribonianus quanquam frustra, supponit pro vero ex voluntate testatoris offerri pecuniam quæ conditionis implendæ causa offertur. Nam si nuo accipitur ex voluntate tùm quoque eùm accipitur, sed tantùm mortis causa vt probauimus in præcedentibus, multò minùs offertur ex voluntate, si tantùm offeratur. Voluntas enim testatoris hac parte si qua est, illa est vt pecunia detur non vt offeratur. Adeò vt etiamsi in persona eius qui sit incapax accipiendi, conditio impleri debuit, non eò minùs dari ei pecunia debeat, nec sufficiat offerri, quemadmodum si is cui conditio adscripta est, eam pecuniam in mare proiicere iussus esset *l. Meuius 55. ʃ. de condic. & demonstr.* Denique si tùm quoque cùm pater filio quartam bonorum suorum partem mortis causa donauit, aliquis dubitationi locus adhuc relinquitur, An secutè testatus sit qui nihil aliud filio suo exheredato reliquerit, vt diximus ad *d. §. si quis mortis*, quis audeat dicere perinde filium excludendum à querela si mortis causa tantùm acceperit quantum faceret quartam si ex bonis defuncti erogaretur. Testator enim donat vtique & de suo quod mortis causa donat, non etiam id quod capitur mortis causa *d. l. inter mortis.*

h *Satis ei factum videatur.* In his quoque postremis huius § verbis alius, vtinam verò postremus, Triboniani error continetur. Supponit enim pecuniam hanc, quæ oblata filio est, habendam esse pro soluta si à filio fuerit recusata. Nimirum quia supponit pecuniam debitam fuisse: quod falsum est. Nam si à testatore relicta non fuit, vt probauimus, nec igitur aut ab herede aut à legatario aut à statulibero debita fuisse dici potest. Prius autem est vt habeatur pro debita quàm vt possit haberi pro soluta. Nam nec solutio ipsa prodest si facta sit eius pecuniæ quæ nondum debeatur, puta quæ promissa fuerit sub condicione adhuc pendente *l. si stipulatio ista 38. § an ter. ʃ. de verb. oblig.* Quomodo igitur oblatio sola sufficiet? Sed & cùm pecunia iã debetur, quæ offertur, certum tamen est, neque pro solutione neque pro satisfactione habendam esse oblationem, nisi etiam obsignatio sequatur, sed iam tùm prodesse oblationem si congruo loco & tempore facta sit, ad impediendam aut purgãdam moram, non ad extinguendam obligationem *l. si per te non stat; l. acceptam 19. C. d. vsur. l. obsignatione 9. Cod. de solut. l. qui decem 72. in princ. & §. 1. 1. eod. tit. ʃ. de solut.* Debuerat igitur Tribonianus saltẽ obsignationem exigere, vt filio satisfactum videretur. Quid verò est quod Tribonianum mouere potuit vt hãc nobis sententiam proponeret? Nimirum quod id semper egit quantum potuit vt restringeret iura querelæ, sicuti apparet ex plerisque constitutionibus Codicis quæ sunt sub hoc titulo, & dicemus ad finem §. seq. Etsi video Iustinianum ipsum in *l. scimus 36. vers.* repletionem expressim constituisse vt repletio legitimæ portionis fieri debeat ex substãtia patris nõ si quid ex aliis causis filius lucratus est. Sed aliud est tractare de repletione facienda per legẽ, aliud verò de imputatione facienda ex voluntate testatoris. Iam ergo ad sequentem ʃ. veniamus.

11 ¶ Vnde si quis fuit institutus fortè ex semisse, cùm ei sextans ex substantia testatoris deberetur, & rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem: meritò dicendum est, nullum iudicium mouere [a], tùm debitam portionem, & eius fructus [b] habere possit. fructus enim solere in Facidiam imputari [c] non est incognitum. Ergo & si ab initio ex semisse heres institutus rogetur, post decennium restituere hereditatem: nihil habet, quod queratur: quoniam facilè potest debitam portionem, eiúsque fructus medio tempore cogere.

Ad §. 11. vnde si quis.

Initium huius §. ostendit conuexam esse huius §. sententiam cum iis quæ in præcedentibus dixerat Vlpianus. Et tamen non possis dicere quã connexitatem habeat cum iis quæ dicta sunt in duobus proximis §§. Habet verò maximam cum eo quod scriptũ est in §. *quoniam autem.* Pendet enim ex eo quod scriptũ est in d. §. *quoniam*, debitæ portionis quartam sufficere ad excludendam querelam. Ergo vel ex hoc maximè apparet quod nos tã multis non verbis, sed rationibus probauimus, omnia quæ interiecta sunt in §. *quarta autem, & §. si condicione*, esse Triboniani non Vlpiani. Nisi hic quoque §. Triboniani est, quod ita esse postea ostendemus.

a *Nullum iudicium mouere.* Ratio dubitandi. Heres institutus ex semisse filius cui sextans pro legitima portione ex substantia testatoris debebatur, cùm rogatus est, siue purè, siue post certum temporis restituere hereditatem, id omne videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis *l. in fideicõmissaria 18. ʃ. ad SC. Trebell.* & vt suo loco fideicommissarium constituat *l. 2. eodem.* Ergo videtur rogatus vt totam hereditatem sine vlla deductione restituat. Proinde quamuis possit quartam ex fideicommisso deducere autoritate senatusconsulti olim Pegasiani hodie Trebelliani in quod Pegasianum transfusum est, non eò minùs tamen videtur admittẽdus ad querelam, cùm eam quartam sit habiturus non ex iudicio patris, sed ex autoritate senatusconsulti

arg. *l. si adrogator 22. sup. de adopt.* nec tã ex voluntate testatoris quàm contra ipsius voluntaté *l. Titia 68. ff. ad leg. falcid.* In proposita verò specie videtur hoc tantò certius quod ea portio quæ per senatusconsultum retineri ex fideicommisso potest, cùm sit tantùm quarta pars portionis hereditariæ restituendæ, non nisi sescunciam facit, filio autem non sescuncia, sed sextans debetur. Quidni ergo poterit queri de inofficioso, cùm non habeat debitam portionem?

Ratio decidẽdi. Filius qui post certum temporis hereditatem restituere rogatus est non tantùm quartam portionis hereditariæ restituendę partem ex fideicommisso potest deducere, sed etiam fructus omnes quos medio tempore percepit retinere, quoniam in fideicommissariam hereditatis restitutionem constat non venire fructus nisi de iis quoque restituendis heres rogatus sit *dict. l. in fideicommissaria*, vbi ratio redditur quod fructus non hereditati sed rebus hereditariis accepto ferantur, Quoties autem rogatur quis hereditatem restituere, id tantùm videatur rogatus reddere quod fuit hereditatis. Atqui eos ipsos fructus quos non cogitur heres fideicommissario restituere, cogitur tamen in quartam Pegasianam quam vulgò Trebellianicam vocant imputare, vt ibidem Vlpian. scribit, Nempe quia ex iudicio & voluntate defuncti percepisse intelligitur: Aliud enim esset si eos ex negligentia fideicommissarij percepisset, puta si rogatus hereditatem purè restituere non fuisset interpellatus nisi post multum temporis de ea restituenda. *l. mulier 22. §. si h. r. s. eod. t.* Ergo cùm ex voluntate & testamento patris possit sibi quartam conficere, non habet quod queratur. Præsupponit tamen hæc ratiocinatio Trebellianicam imputari debere in legitimam, & capi ex iudicio & voluntate testatoris, quorum neutrum ita esse postea contra Tribonianum probabimus.

b *Et eius fructus.* Ratio dubitandi. Non debetur filio nisi quarta pars bonorum quæ testator mortis tempore reliquit *l. cùm quæritur 6. C. de inoff. test.* Atqui testator non reliquit mortis suæ tempore fructus illos qui post eius mortem nati & collecti sunt, quos ideò diximus non hereditati sed rebus hereditariis accepto ferri debere *dict. l. in fideicommissaria.* Ergo vt filius excludatur à querela, sufficere debet vt portionem debitam habere possit, nec etiam illud exigitur, vt portionis debitæ fructus habeat, aut habere possit. Non enim alij fructus augent hereditatem, quasi locupletiorem à testatore relictam, quàm qui mortis tempore iam percepti reperiuntur *l. centum 10. §. 1. in fin. de vulg. & pupil. subst. l. in falcidia 9. ad leg. falcid.*

Ratio decidendi. Conficienda est filio legitima portio ex iis bonis, quæ pater mortis tempore reliquit. Ergo eius quoque portionis fructus filio accedere oportet, Alioqui quomodo posset videri portionem illam sibi debitam iam inde ab initio & inspecto mortis tempore habuisse? Nam si habuisset, vtique eius fructus tanquam rei suæ percepisset; cùm fructus omnes dominij iure percipiantur *l. qui scit 25. §. 1. l. Herennius 42. ff. de vsur.* An ergo dicimus fructus post mortem testatoris perceptos augere legitimam, quomodo augent illi quos testator temporis morte reliquit aut iam collectos aut saltem maturos & pendentes? Minimè. Sunt enim accessiones portionis legitimæ, nec eam maiorem faciunt, sed eius vtilitatem adferunt, quæ vt cæterorum ferè omnium in fructuum perceptione potissimùm consistit. Inutilis enim est proprietas, itémque possessio quæ fructuum commodum nullum habet, *l. an vsusfr. 66. de vsufr. l. Mauius 66. §. fundo. de leg. 2.* Atqui fructus etiam post testatoris mortem percepti augent hereditatem *l. item veniunt 20. §. it. in non solùm. vers. fructus. l. sed etsi 25. §. vl. & l. seq. de pet. h. re.* Fateor, quia hereditas cùm sit nomen iuris recipit augmẽtum & diminutioné *d. §. item non solùm. iunct. l. hereditas 50. & l. seq. §. vlt. eod. tit.* At legitima cùm sit quota bonorum nõ hereditatis, vt dixi ad § *quarta*, non est nomen iuris, sed rei certæ, quæ proinde nec augmentum recipere potest nec diminutionem: sed tamen habet suas accessiones, quas etiam fundus, pecunia & aliæ huiusmodi res habent, Accessiones enim sunt fructus, partus vsuræ, & similes, de quibus in *ti. De vsur. fructib. access. & mora.*

c *Fructus enim solere in falcidiam imputari.* Ratio dubitandi. Legitima debetur ex bonis & substãtia testatoris, vt probatur ex hoc §. in illis verbis *cùm ei extans ex substantia testatoris deberetur.* Atqui ex substantia testatoris nõ sunt fructus qui nõ tantùm post eius obitum, sed etiam post aditam hereditatem percepti fuerunt, cùm nunquam fuerint testatoris, percepríque sint ab herede eo tempore quo iam hereditas defuncti versa erat in patrimonium heredis *l. 1. de separat.* Ergo quamuis verum sit fructus ab herede perceptos ex rebus hereditariis imputandos esse in quartam falcidiam, siue legatorum, siue fideicommissorum propterea quod iure hereditario capiantur *dict. l. in fideicommissaria, & d. l. mulier. §. si heres. ad SC. Trebell.* nõ tamen videtur bona consecutio, vt debeant ideò imputari in legitimam debitámque portionem. Est enim perenidens diuersitatis ratio inter legitimam & falcidiam, præsertim eam quæ ex fideicommissis deducitur, quoniam portionem legitimam heredi conficere ac relinquere testator ipse debet, vt excludat filium à querela. Itaque iam inde ab instanti mortis plenam eam totámque cõfectam habere filius debet, ne possit conqueri. Trebellianicam verò nõ est necesse confectam esse à testatore, cùm deducatur vt plurimum contra voluntatem testatoris, sed sufficit vt eam possit heres sibi conficere quocunque titulo, & vndecunque, id est, etiam ex iis quæ condicionis implendæ causa acceperit, licèt neque ex testatoris voluntate, neq; ex bonis ipsius cã habeat. *l. in quartam 91. vers. sed et si fid. ... ommissaria ff. ad leg. falcid.* Nihil enim aliud egit senatuscõsultum Pegasianum cùm quartæ retentionem heredi permisit, nisi vt eo præmio inuitaretur heres ad hereditatem defuncti adeundam, ne alioqui testamentum destitueretur. Perinde autem inuitatur heres ad adeundum spe quartę consequendæ si aliunde quàm à testatore consequi eam possit atque si eam à testatore ipso & ex illius bonis consequeretur, dummodò sibi conficiat ex iis quæ non esset habiturus si testamentum destitueretur. In quo numero illa etiam sunt quæ condicionis implendæ causá dari debuerunt. Destituto siquidem testamento corruunt non minùs mortis causa capiones quàm legata & fideicommissa, quia nec quicquam sibi prodesset implere condicionem pro legato vel fideicommisso consequendo quod impleta condicione nihilo magis consequi posset ex destituto testamento. Vnde etiam nascitur tota illa differentia quæ inter facidiam legatorum & quar-

quartam fideicommissorum apertissimè constituitur in *dict. l. in quartam*, & quam nos contra Iacobum Cuiacium pluribus defendimus libr. 6. Coniectur. quòd in falcidiam legatorum imputatur ea duntaxat quæ iure hereditario capiuntur, In quartam verò fideicommissorum etiam ea quæ iure legati vel fideicommissi, adeóque quod magis mirum est, ea quæ condicionis implēdæ causa. Nempe quia etsi legis falcidiæ idem propositum fuit, quod Senatusconsulti Pegasiani vt aliquo præmio heres inuitaretur ad adeundum ne destituto testamento legata intercciderent, aliter tamen lex falcidia locuta fuit quàm Senatusconsultum Pegasianum, quia Senatus quartæ retinendæ ius duntaxat permisit heredi §. *sed quia. Inst. de fideic hered.* Lex verò Falcidia nec legare quidem permisit testatori, nisi de dodrante, *l. 1. ad legem falcidiam*, atque ita confecit ipsa quadrantem heredi ex quarta parte hereditatis, Vt proinde frustrà sit quærere, An debeat heres conficere sibi quartam ax iis quæ habuit à testatore ipso iure legati vel fideicommissi, cùm ei quadrantem suum lex cōfecerit priusquàm legaretur ei quicquam, vel per fideicommissum relinqueretur, *l. quod autem 74. eod.* Cùm ergo in hac ipsa quæstione De imputatione alia sit ratio falcidiæ legatorum, alia falcidiæ fideicommissorum. Adeò vt nec fructus legatorum sub condicione relictorum percepti ante condicionis euentum imputandi sint in falcidiam ad augeoda legata pura, non magis quàm fructus qui hereditati ante aditionem accesserunt, eámque auxerunt *l. in quantitate 73. eod. tit. ad legem falcid.* (quamuis augeant legata ipsa condicionalia vel in diem relicta tanquam quæ hoc casu pro puris non habeantur, medij enim temporis commodum heredi computatur, quasi tantò minùs ex defuncti bonis eroganti *dict. l. in quantitate. §. in diem.* iunct. *l. in lege falcidia 45. eod.*) Priùs vidēdum est Vtri falcidiæ proximior, & similior sit legitima, An ei quæ ex legatis per legem falcidiam deducitur, An ei quæ ex fideicommissis, siue vniuersalibus, siue singularibus per senatusconsulti autoritatem retinetur. Atqui ex iis quæ iam diximus apparet esse illam longè similiorem falcidiæ legatorum, quàm falcidiæ fideicommissorum. Nam quemadmodum falcidiam legatorum heres non sibi conficit, quia eam habet iam confectam à lege, ita nec is qui vult de inofficioso queri conficere sibi quartam potest aut debet, sed necesse est vt eam habeat iam confectam non à lege (lex enim quotam portionis tantùm constituit & præscribit, portionem verò ipsam non conficit) sed à testatore. Illa tamen etiam inter falcidiam legatorum & legitimam portionem differentia est quod legitimam legatorum lex falcidia conficit heredi ex iis omnibus quæ ad heredem perueniunt & peruentura sunt iure hereditario si modò ex instanti ipso mortis certum sit peruentura, vt eo quoque tempore inspecto patrimonij computatio certa fieri possit *dict. l. in quantitate*, Legitimam vero portionem quæ debetur ad querelam excludendam testator ipse conficere debet non ex iis omnibus quæ filius iure hereditario est habiturus, sed ex illis tantùm, quæ ex ipsius patris bonis & substantia quam pater reliquarit in instanti mortis suæ, Vt proinde nihil debeat prodesse patri, quominùs & furiosi & intestati exitum fecisse videatur, quòd filius possit legitimam sibi conficere ex fructibus hereditatis post certum temporis restituendæ: Non enim eò minùs verum est dicere patrem filio non reliquisse ex bonis suis quæ mortis tempore habuit tantam portionem quantam relinquere cogebatur ad querelam excludendam, cùm grauauerit eum de tota portione restituenda, adeóque non adiectis illis verbis *retenta quarta*, quæ cùm non adiiciuntur etiam quarta ipsa contra testatoris voluntatem retinetur *d. l. Titia 86. ad legem falci.* Ergo nec eò minùs querela competet. Et consequenter fatendum est malam esse ratiocinationem quæ ponitur in hoc versicul. neque ad supra positam dubitandi rationem responderi bene posse. Nam si falcidia legatorum quæ plus iuris habet quàm falcidia fideicommissorum, minùs tamen habet quàm legitima, quomodo potest bona esse consecutio à Trebellianica ad legitimam, vt quæ imputanda essent in Trebellianicam ad impediendam deductionem, eadem imputanda sint in legitimam ad submouendam querelam? Quòd si mala stultáque ratiocinatio est proculdubio non Vlpiani est sed Triboniani, memoris eius quod dixerat in §. *quarta autem*, falcidiam etiam fideicommissorum excludere querelam inofficiosi, & filium ex asse institutum ideò non posse inofficiosum dicere, quia falcidiam habet: quæ propositio vtraque falsa est, vt ad eum locum ostendimus. Putat etiam Tribonianum sed non Vlpianum illud mouere, quod in §. præcedente scripserat etiam id quod implendæ condicionis causa dandum est vsque adeò imputari debere in legitimam si agnitum sit, vt etiam non agnitum excludat querelam: Si enim ita est multò magis querelam excludere illud debet quod iure hereditario capitur & iure testamenti. Et ea fortasse consecutio est quam significare Tribonianus voluit connexione huius §. cum præcedente, cùm ita scripsit *vnde si quis.* At nos longè aliter ac meliùs, ni fallor, ratiocinemur in hunc modum, Quæ condicionis implendæ causa capiuntur, non imputantur in falcidiam legatorum *d. l. quod autem 74. dict. l. in quartam.* Ergo multò minùs imputari debent in legitimam ad exclusionem querelæ, Ac rursum, Quę iure hereditario capiuntur, cùm semper excludant deductionem falcidiæ, quia in eam imputantur, non aliter tamen excludunt querelam inofficiosi, quàm si capiantur etiam ex bonis & substantia testatoris, quia ea bona, cámque substantiam mortis suæ tempore in hereditate reliquerit. Ergo multò minùs inofficiosi querelam excludent ea quæ mortis tantùm causa capiuntur, tùm quoq; cùm capiuntur: quia neq; ex bonis defuncti, neque iure hereditario capiuntur. Quantò minùs cùm recusantur? Et verò cùm semper certum esse debeat iudicium testantis, tum maximè cùm filium exheredat ne furiosus fuisse credatur si ei reliquerit minùs legitima portione, quis dicat excludi debere filium à querela, siue propter pecuniam implendæ condicionis causa dandam, siue propter fructus pendēte fideicommissi condicione post patris obitum percipientes? Quid enim dici potest incertius, cùm ex illius cui condicio adscripta est non ex filij voluntate pendeat an pecuniam illam sit habiturus? Itémq; ex futuro euentu an filius heres institutus ratos fructus ex fideicommisso percepturus sit medio tempore quanti possint facere legitimam portionem? Quid etenim si

rogatus de restituenda post decennium hereditate moriatur triduo post patrem? An fortè dicemus potuisse illum sibi legitimam conficere ex fructibus medij temporis? An verò sufficiet ad excludendam querelam quod potuisset quartam & quartæ fructus ex iis fructibus colligere si vsque ad decennium vixisset? Vtrumque certè ridiculum est. Debet enim filius eo tempore quo viuit habere legitimam quam nec consequi potest post mortem suam, nec si eius consequendæ spem ad heredem transmittat, Sicuti nec post mortem suam vtiliter exheredatur *l. si ita scriptum* 13. §. *vlt. l. Gallus* 29. §. *in omnibus de liber. & posth.* quoniam pari passu ambulant exheredatio, & legitima & querela, Vt scilicet quo casu & quo tempore filius exheredatus non habeat legitimam, hoc ipso & eodem instanti habeat querelam, vt exheredatio, & cum exheredatione totum testamentum subuertatur: Quare ad rem non pertinet si quis dicat nullam filio iniuriam fieri, tametsi cogatur in legitimam suam portionem eos fructus imputare quorum commodũ ad heredem suum sit transmissurus. Etsi enim verum est morte heredis grauati non extingui fideicommissum, siue purè, siue in diem aut sub condicione relictum proponatur, quia restituendæ hereditatis obligatio transit ad heredem. *l. quamuis* 40. §. 1. *insr. ad S. C. Trebel.* Quęnam tamen peruersa ista ratio est querelæ excludendæ, vt idcò filius viuus non possit queri de inofficioso, quòd post eius obitum heres ipsius legitimam integram sit habiturus? Deinde an non possunt multa incidere quæ faciant vt intra id tempus vel nulli, vel saltem non tanti fructus, siue à filio, siue ab eius herede percipiantur? Quid ergo erit eo casu? An fortè dabimus heredi filij querelam ex persona filij, tanquam quem ex postfacto appareat legitimam suam non habuisse? Atqui non potest heres filij exercere querelam, nisi à filio ipso præparatam. In proposito autem nec præparata fuit, nec præparari potuit à filio, qui quandiu vixit conqueri non potuisse ideò creditur, quod aliquo casu poterat fieri vt legitimam integram aut ipse haberet aut heres ipsius. Ita igitur fiet vt filius qui legitimam non habuit, nec queri potuerit, nec querelam præparare, nec rursus non præparatam transmittere. Præterea quid si non ipse filius, sed fideicommissarius ante tempus restituendæ hereditatis decessisset? Vtique fideicommissum intercideret secundum eam sententiam quam nos verissimam esse probauimus Decade 31. de error. pragmat. quę habet Fideicommissum vniuersale etiam cuius dies cesserit viuo fideicommissario, ad heredem fideicommissarij transmitti non posse. An igitur bona erit ratio propter quam filio deneganda sit querela, quod eo quoque casu quartam & quartæ fructus sit habiturus? Minimè, sed quia totum semissem ex quo fuit institutus, sibi eo casu sit retenturus. Ergo non est perpetua ratio, quæ in hoc §. ponitur, sed coangustanda ad eum casum quo intra decennium ad restituendam hereditatem præfinitum, nec filius heres institutus, nec fideicommissarius decessit. Denique quid si filius ex semisse institutus non in diem certum, sed sub condicione rogatus esset hereditatem restituere? An perinde diceremus, non posse illum queri de inofficioso? Nam & æquè hoc casu ratio illa locum haberet, quòd possit facilè filius debitam portionem eiúsque fructus medio tempore cogere, si fortè condicio non nisi post multum temporis existat. Nec minùs verum est fructus ex hereditate perceptos pendente fideicommissi condicione, percipi iure hereditario & ex iudicio defuncti quamuis fideicommissum relictum fuisset in diem certum: *dict. l. mulier* 22. §. *si heres. ad S. C. Trebellia.* Et tamen non ausus est Tribonianus hoc affirmare, qui cùm tractat de fideicommisso post certum temporis, puta post decennium restituendo, videtur non obscurè casum illum excludere quo fuerit fideicommissum sub condicione relictum. Cuius & alia plerumque ratio est quàm fideicommissi in diem certum relicti. *d. l. in quantitate* 73. §. *in diem. iunct.* §. *praced. ad legem falcidiam.* Neque verò possit quisquam nisi valdè ineptè dicere filium qui sub condicione incerta grauatus sit de restituenda hereditate, non posse interim de inofficioso dicere, Prætextu illo quod fieri possit vt antequàm condicio existat, filius tantos fructus percipiat, quanti ad legitimam satis esse possint, cùm è contrario possit euenire vt citius condicio existat. Atqui etiam aliqua incertitudo subest cùm fideicommissum in diem certum relictum fuit, vt ostendimus. Ergo perinde absurdum est dicere filium excludi hoc casu à querela. Nam si velis eam rationem diuersitatis adferre quod iusto filio post certum multum que temporis restituere hereditatem, minùs conquerendum habeat qui ante tempus illud nullo casu ad restitutionem hereditatis vrgeri possit, cùm posset condicio vel statim, vel multo citius existere. Dicam è contrario vel ob hoc ipsum maiorem esse rationem, vt filio qui in diem certum quàm vt ei qui sub condicione grauatus fuit querela accommodetur: quandoquidem dies certus non potest non venire, condicio autem potest non existere, ideóque fatendum est fauorabiliùs tractari filium, quem pater rogat hereditatem restituere sub condicione, quàm eum quem in diem certum. Quidni ergo etiam expectamus tempus, quo existat condicio antequam admittamus filium ad querelam, Et vt iisdem verbis vtar, sed aptiùs, quibus Tribonianus in §. præcedente cur non sequimur euentum, vt eo saltem casu quo condicio deficiat filius à querela arceatur? Et tamen quid absurdius aut dementius, ne addam furiosiùs, quàm ex euentu qui subsecutus sit mortem testatoris æstimari an furiosus nécne fuerit testator eo tempore quo supprema ordinabat? Fateamur ergo id quod res est, Admittendum esse filium ad querelam si inspecto tempore mortis patris non habeat legitimam, neque expectandum esse euentum vtrum eam ipse aut heres eius habere quandoque possit. An igitur dabimus filio querelam in specie proposita, id est, ei qui ex hereditatis semisse scriptus fuit cùm ipsi sextans deberetur, si fortè rogatus sit hereditatem post certum temporis restituere? Ita puto, non minùs quàm si sub condicione fuerit rogatus, Nec posse obijci stultam illam rationem Tribonianeam quod possit ex fructib. medij temporis & quartam, & quartæ fructus cogere, Nec rursus illam quam attulimus in filio ex asse instituto ad *d.* §. *quarta autem. sup.* quòd non habeat contra quem agat is qui solus & ex toto asse heres scriptus est. tractamus enim de filio ex semisse tantùm instituto, Nec denique illam, quòd plus quàm sextantem à patre habeat filius qui fuit institutus ex semisse.

Et si

Digitized by Google

Etsi enim ita est institutus, tamen fuit cum onere fideicommissi, & ita verum est non habuisse illum portionem suam legitimam integram sine onere, quod olim sufficiebat vt posset queri. Primus enim Iustinianus fuit qui hoc correxit & constituit in *l. quoniam in prioribus 32. C. hoc tit.* & in *d. l. scimus 36. §. cum autem in eod.* non vt legitima relinqui debeat sine onere, sed vt si quod onus adiectum sit haberi debeat pro non adiecto, & pro non scripto, Vel ob hoc ipsum ne locum aperiat querelæ cui olim aperiebat. Planè, si semel agnoscat iudicium defuncti, cogetur posteà eueniente die vel condicione hereditatem restituere, ac serò nimis queri volet etiamsi ex fructibus medij temporis legitimam non sit consecutus, nedum legitimæ fructus, cogetúrque pro legitima contentus esse falcidia, quam ex fideicommisso deducet, quantulacumq; tãdem illa sit, hoc est, etiamsi ad legitimæ quãtitatem non ascendat, quia videtur legitimam tanti æstimasse & eatere legitima maluisse quàm institutionis honoré vel commodum omittere quam vtique omittere poterat si queri maluisset. Sed si malit queri aduersus coheredem contendo admitti eum debere ad querelam, Nec solùm eo casu quo non possit quartam sibi conficere ex portione restituenda nisi computatis fructibus medij temporis, sed etiamsi quarta Trebellianica citra vllam fructuũ imputationem, respondeat legitimæ portioni, puta si ex semisse institutus sit filius, cui sescuncia tantùm pro legitima portione debebatur, Nempe quia licèt hoc posteriore casu videatur filio satis consultum esse per quartæ Trebellianicæ retentionem, non tamen quartam istam habet ex voluntate testatoris, sed contra ipsius voluntatem & ex sola senatusconsulti autoritate, Nisi testator eum rogauerit vt retenta quarta restitueret *l. Titia 86. in fi. ad leg. falcid.* Cur ergo faciet ius deducendæ Trebellianicę, vt eò minus possit filius queri de inofficioso patris testamento? An fortè minùs furiosus & insanus fuit pater, quod inuito eo Trebellianicam filius sit habiturus? Quod si iustam querelæ causam habet filius ex semisse institutus, tum quoq; cùm quartam legitimam potest sibi conficere ex quartæ Trebellianicæ deductione, & ex iis bonis quæ pater reliquit mortis suæ tempore, quod contingit quoties quarta illa Trebellianica legitimæ portioni respondet, adeoq; tametsi cõmodum fructuum medij temporis possit accedere, filio scilicet nõ nisi in diem aut sub condicione de restituenda hereditate grauato, An non longè iustior causa est dandæ filio querelæ in specie huius §. id est, cùm portionem legitimã non potest sibi conficere per deductionem Trebellianicæ ex bonis quæ fuerunt testatoris iam ipso mortis tempore, sed indiget perceptione & imputatione fructuũ medij tẽporis, vt quartã sibi faciat & quartæ fructus? Hic enim multò plus habet, quod de patre conqueratur, quod ad legitimã pertinet, quã si puro fideicommisso grauatus esset, ex quo tantã Trebellianicam posset statim deducere, quãta foret ad legitimam satis. Quid ergo si filius hic nõ ex semisse, sed ex toto asse institutus fuisset, rogatusq; totam hereditatem, siue purè, siue in diem aut sub condicione restituere? An ideò excludendus erit à querela quòd possit quartam Trebellianicam ex fideicõmisso retinere, cùm non nisi quarta ei pro legitima portione debeatur? An potiùs admittẽdus erit ad querelã, quasi qui quartã illam Trebellianicam non possit habere ex patris sui voluntate, sed tantùm contra ipsius voluntatem? Et videtur nõ posse illum admitti ad querelam, nec si velit institutioné suã omittere, Non quia quartã habere possit, quam certè non nisi contra patris sui voluntatẽ habiturus esset etiã si ex testamento hereditatem paternam agnosceret, Sed quia cùm sit institutus ex toto asse, neq; potest habere contra qué agat de inofficioso, neque imputare patri quasi in fraudem legitimæ & querelæ inofficiosi sic disposuerit, cùm alium sibi nullũ fecerit heredem, vt disputauimus ad *§. quartam autem. sup.* An igitur cogemus hunc filium vt vel heres sit ex testamento, vel Trebellianicã eligat pro legitima, vel denique neq; legitimam habeat, nec Trebellianicã, nec hereditatem? Quid enim si malit hereditatem omittere ex testamento eamq; possidere ab intestato? Aut quid si nec ab intestato heres esse velit vt fideicõmissum omnino intercidat? Finge filiũ emãcipatum qui nec sit, nec possit heres esse citra aditionem. Nam in suo herede qui & statim ex testamento heres est *l. 1. §. qui sunt in potestate si quis omiss. caus. testam.* & remanet heres etiã post abstentionem *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fid. ec. libert.* non tam facilè potest fieri locus huic quæstioni. Puto ego filium siue in potestate retentum siue emancipatũ si patris iudicium agnouerit non posse amplius habere quod queratur, nec magis post quàm ante restitutam hereditatem, quia licèt facta restitutione supradictæ rationes cessent cùm & cõtra fideicõmissarium proponi querela, & patre in fraudem legitimæ fideicommissum reliquisse videri possit qui fideicommissarium loco heredis esse voluit *l. 1. C. hoc tit.* illa tamé ratio semper adest quæ filiũ à querela excludat, quod agnouerit iudicium defuncti: Si verò nolit filius iudicium defuncti agnoscere, nec paternã hereditatem aut ex testamẽto aut ab intestato retinere, Posse quidem illũ cogi postulante fideicõmissario, vt hereditatem restituat, adeoq; si emancipatus sit vt adeat (nam in suo herede ne quidem immixtio necessaria est ad restituendam hereditaté *l. ita tamen 27. §. si pater filium ad SC. Trebell*) sed facta restitutione permittẽdum ei, vt querelã instituat contra fideicõmissarium, siue per viam actionis, siue per viã exceptionis & in modum cõtradictionis, vt in *§. si filius 13. ĩ.* quia non potest huic filio imputari quòd defuncti iudicium agnouerit, cùm nihil fecerit nisi coactus, nec Trebellianicã vllã hoc casu possit deducere, quam nec si vellet posset tamen habere nisi contra patris sui volũtatem, vt diximus. At si omittat testamentariã vt sit heres ab intestato, non poterit vtique tractari de querela per modum actionis proponenda cui scilicet ab intestato locus nullus esse potest, cùm eius effectus totus ille sit vt patremfamilias faciat intestatum: Sed cùm hoc casu fideicommissa etiam vniuersalia cõseruentur ex edicto prætoris; Si quis omissa causa testamenti *l. si seruum 28. §. 1. ult. titul. si quis omiss. caus. testam.* & quidem eo colore quasi adita ex testamento hereditate *l. si duo 18. l. si filius 13. in fin. cum l. seq. in fin. & pass. eod. titul.* vt proinde nihil sit necesse eo casu fieri coactionem ex Senatusconsulto Pegasiano, Arbitror posse non improbabiliter defendi audiendum hoc casu filium si conuentus à fideicommissario ad restitutionem fideicommissi velit in modum contradictionis & exceptionis dicere testamentum inofficiosum, argum. *dict. §. si filius infr.* non vt patrem faciat magis intestatum quod nec facere vllomodo posset, sed vt voluntatem eius testamentariam subuertat

etiam ab intestato, & vt appareat fideicommissum ab eo relictum qui demens & furiosus fuisse creditur non magis ab intestato quàm ex testamento deberi posse *l. Titia 13. in fi. 3. hoc tit. l. hæc fideicommissa 38. de leg. 3.* & quemadmodum ex eius testamento neq; heres, neq; fideicommissarius quisquã fieri verè potuisset, ita neq; posse fingi aditam ex eo testamento hereditatem. Ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quã veritas in casu vero. Quòd si fideicõmissarius possit aliqua ratione coincere, habeodam esse hoc quoque casu hereditatem pro adita ex testamento, vt fideicõmissam hereditatẽ tanquam ex eo testamento debitam consequatur, Quidni patietur disputari secum de inofficioso testamento, perinde ac querelã pati cogeretur si fideicõmissum ex testamento accepisset, siue vltrò heres, dum ne filius ipse institutus, siue coactus adisset? *d. l. 1. C. hoc tit.* Est igitur hic valde singularis casus, nec à quoquam fortassis adhuc obseruatus, in quo necessaria est querela inofficiosi etiam ab intestato, per modum tamen exceptionis, & contradictionis, non actionis: nec minùs si legatis aut fideicommissis singularibus, quàm si fideicõmisso vniuersali grauatus proponatur: eadem enim omnium hac parte ratio est. Non quasi possit querela per viam actionis proponi contra legatarios & fideicommissarios singulares, quomodo posset cõtra fideicommissarium vniuersalem (non enim sunt illi loco herẽdis, quomodo iste est) sed quia fit hoc per modum contradictionis, nec magis possunt legata vel fideicommissa singularia, quàm fideicommissum vniuersale conseruari ab intestato cùm relicta sunt ab eo qui furiosus fuisse existimatur. Imò legata multò minùs, quia nec ab intestato relinqui possunt, quomodo relinquuntur fideicommissa. Sed quo casu non deberentur legata & fideicõmissa ex testamento etiamsi verè ex testamento adita hereditas fuisset, eo casu nec possunt ex edicto prætoris conseruari quasi adita ex testamento hereditate. Quæ omnia certè nuta sunt, sed tamen ex eo descendunt, quod prætoris edicto non minùs nouè inductum fuit, vt qui reuera ab intestato hereditatem possidet, perinde tamen à legatariis & fideicommissariis conueniatur, adeoque eo colore acsi hereditatem ex testamento adisset. Sunt enim & alia pleraque in prætorum edictis talia, quæ habent æquitatem quidem aliquam naturalem, sed tamen ad aliquid nouam, vt Vlpian. loquitur in *l. 1. in princip. de legat. præst.* Nempe quia posito vno inconuenienti, multa alia sequi necesse est, vt diximus ad *§. sed nec impuberis 3.* & in iis quæ contra rationem iuris ex aliqua æquitate recepta sunt, quale hoc est, de quo nunc agimus, non possumus sequi regulam iuris *l. 1. in his 15. supr. de legib.* De libertatibus si quæ in eodem testamento relictæ sint, videtur maior esse dubitatio, secundum ea quæ disputauimus ad *§. quarta autem. supr.* Sed tamen verius est idem in iis iuris esse ac in legatis & fideicommissis, quia nullus fauor est libertatum quoties datæ sunt ab eo qui demens & furiosus vel verè fuerit, vel fuisse pronuncietur. Nec magis possunt illæ conseruari ex edicto prætoris *si quis omiss. caus. test.* filio hereditatem testamentariam omittente, quàm si testamentum per veram aditionem confirmatum fuisset, ac deinde per querelam inofficiosi rescissum: quo casu haud dubiè reuocarentur etiam si aliquando re vera competiissent *§. vlt. infr.* quia nec vnquam competiisse crederentur. Has namque quas prætor ex edicto illo conseruat minùs fauorabiles esse apparet ex eo, quod ita conseruantur vt ex directis fiant fideicommissariæ, & serui ita liberi sunt vt fiant liberti heredis, qui futuri erant Orcini adita ex testamento hereditate *l. penult. all. tit. si quis omiss. caus. testam.* Nempe quia potestas iuris prætorij non potest tanta esse quanta est legis 12. tabularum, quæ facit vt libertates directæ testamento datæ competant ipso iure sine vllo heredis facto, vt Vlpianus scribit in *fragm. titul. 1.* Prætor autem hac in re manumissionem heredis requirit, vt & in cæteris ferè omnibus factum aliquod hominis. Idemque de legatis dicendum est, vt etiam illa quorum dominium transisset recta via à testatore in legatarium si verè adita fuisset hereditas ex testamento *l. a Titio 64. in fin. de furt.* eadem si à Prætore conseruentur per interpretationem fictæ aditionis, non aliter acquirantur legatario quàm si ei ab herede tradantur, exemplo fideicommissorum *l. 3. si vsusfruct. pet.* iunct. *l. Herennius 41. infr. de vsur.* vt proinde saltem ad aliquid prosit filio hereditatem ab intestato potiùs quàm ex testamento habere voluisse. An non tamen distinguimus hac parte filium in potestate retentum ab emancipato, quomodo distinxit Tribunianus in *dict. §. quarta autem?* Et constat illam regulariter esse inter hos differentiam, quòd filius emancipatus, non minùs quàm extraneus quilibet potest hereditatem patris ex testamento omittere eandemque ab intestato retinere. Solaque potest superesse illa quæstio An ob eam causam incidat in edictum prætoris, quod aliter atque aliter pro causarum varietate æstimandum est, vt disputauimus ad *dict. §. quarta autem. in fin.* Filius verò in potestate retentus cùm statim & ipso iure heres sit ex testamento nunquam potest succedere ab intestato, nec si se abstinere velit *l. 1. §. qui sunt in potestate. ill. titul. si quis omiss. caus. testament.* quia non habet beneficium à prætore vt se possit abstinere à testamento, sed vt possit abstinere bonis, quibus vtique non se abstinet qui ea retinet ab intestato. Sed tamen quod ad tractatum nostrum attinet, idem in vtroque iuris est, quia ex testamento quod à furioso vel demente factum aut re vera fuit, aut fuisse creditur, non magis potest filius in potestate heres esse ipso iure, quàm emancipatus heres fieri per aditionem, Ideoq; nihil prohibet quominùs immisceat se bonis patris tanquam ab intestato, tametsi heres in tali testamento scriptus sit, dummodò probet tale testamentum esse ex quo non potuerit heres esse iuris potestate. Nec enim potest videri ita facere in fraudem testamenti & legatariorum vel fideicommissariorum, vel libertatum, quoties apparet furiosi testamentum fuisse ex quo nec acquiri nec retineri iure potuit hereditas. Proinde non pertinet hic casus ad edictum prætoris quo id tantùm agit prætor vt occurrat calliditati heredum non alia de causa omittentium causam testamenti, quàm vt circumueniant voluntates defunctorum quæ alioqui adita ex testamẽto hereditate exitum habere debuissent *l. 1. all. eod. t.* Idem ergo seruari debebit in suo herede instituto quod in emancipato diximus, vt possit querelam proponere non modò contra fideicõmissarium vniuersalem qui loco heredis est, sed etiam contra legatarios & fideicommissarios singulares, & eos qui libertatem, siue directam, siue fideicommissariam eodẽ testamento acceperunt, Non quidem per modũ actionis, quod fieri certè nõ posset,

sed

sed per modum exceptionis & contradictionis, vt iam dixi. Cæterùm neque filius in potestate potest vllomodo se immiscere ab intestato nisi proposita per modum contradictionis querela, Neque emancipatus citra pœnam edicti prætoris omittere hereditatem ex testamento vt eam retineat ab intestato, quin alleget etiam probetque parentem videri insanum fuisse ac furiosum. Et ita in hac quæstione ac longè aliter quàm Tribonianus respondeat, respondeodum esse existimo. Duo autem sunt in hoc §. quæ Tribonianum manifestè produnt. Primum illud est quod eam speciem tractat in qua filio sextans pro legitima ex substantia patris debeatur. Nullus enim omnino casus fingi potest io quo legitima filij fuerit sextans temporibus Vlpiani, cùm si vnus tantùm erat filius legitima ipsius quadrans esset, si autem duo, non nisi sescuncia, si plores, tantò minor, Nunquam ergo sextans. At hodie aucta per Iustinianum legitima vsque ad trientem, nihil frequentius est, quàm vt legitima filij sit sextans, scilicet si duo liberi esse proponantur. Et ridiculus est Accursius qui hunc locum interpretari vult ex *l. si defunctus 9. C. de suis & legit.* quæ ius planè nouum continet, atque à posterioribus Imperatoribus contra iuris veteris rationem introductum. Audiui aliquandò virum quendam alioqui pereruditum, qui, vt hoc absurdum effugeret, atque hunc §. ad iuris veteris rationem accommodaret docebat corruptum esse textum, & ita emēdandum vt pro *sextans* legeremus *sescunx.* Sed omnino improbabiliter. Si enim poneres institutū ex semisse filium cui esset sescunx, aut sescunceia debebatur, quomodo locutus est Vlpianus in *§. quoniam autem. supr.* nihil necesse esset fingere rogatum eum de restituenda pòst multum temporis hereditate ad hoc, vt posset ex fructibus medij temporis quartam sibi conficere & quartæ fructus, Cùm etiam si purè grauatus esset, sescunciam statim deduceret, cuique fructus ab eo tempore haberet, atque ita penitùs à querela excludi deberet, si ratio iuris ferre posset vt exemplo falcidiæ legatorum quarta fideicommissorum Trebellianica quæ nec iure testamenti nec ex testatoris voluntate capiatur in legitimam imputaretur. In quam certè non imputatur tanquam quæ contra testatoris voluntatem deducatur, Nisi cùm iussit testator vt hereditas deducta vel retenta quarta restituatur *l. Titia 86. ad leg. falcid.* Quo magis imputandum est patri qui filium suum, siue ex asse, siue ex semisse institutum grauat de restituenda hereditate, cur non adiiciat verba illa *retenta quarta* quorum quippe adiectio faceret, vt ad querelam admitti nō posset filius, tanquam qui quartam haberet ex testamēto, si modò legitimæ portioni ea quarta respondeteret: quomodo respondebat olim ferè omni casu, nisi cùm erat libertatib. onerata hereditas. Aliud quod in hoc §. Triboniani manum & morem prodit illud est quod sequitur ab iis verbis *ergo et si ab initio ex semisse heres institutus* vsq; ad finem §. Hoc enim toto versiculo nihil aliud continetur, nisi id ipsum quod iam dictum est in proximè præcedentibus. Iam posuerat Vlp. institutum filium ex semisse, rogatumq; vt post certum temporis restitueret hereditatē. Quid verò nunc adfert noui, vt alia species esse videatur? Nihil penitus, nisi quod pro eo quod dixerat *post certum temporis* nunc reponit *post decennium.* Atqui hæc verba non nouam speciem constituunt, sed primum magis quàm nouum propositæ speciei exemplum continent. Itaque quod Trib. ità scripsit, *et si ab initio ex semisse heres institutus filius* non alio sensu donari potest, quàm qui esset, si scripsisset, *Ergo et si ab initio ponas institutum ex semisse filium rogatum de restituenda post decennium hereditate* pro eo quod posuimus simpliciter indistinctè rogatū illum esse vt post certū tempus restitueret. Quæ locutio quàm insolens sit & inepta quis nō videt? Nam cùm ex ratione constructionis grāmaticæ non ad aliū referri possit quàm ad testatorem, retulit eam Tribonianus ad seipsum. Cùm tamen fuisset ei multò expeditius emendare quod scripserat & pro iis verbis quæ delere debuerat *post certum temporis* reponere *post decennium.* Nam nec absolutè verū esse potest quod ille dixerat filium rogatū de restituenda hereditate post certum tempus posse ex fructibus medij temporis quartam sibi conficere & quartæ fructus. Quid enim si rogatus esset vt eam restitueret post annum aut biennium? Quinquénio saltem opus est vt fructus qui vt plurimum æstimantur ad ratam vsurarū quincuncium, possint facere quartam partem eius rei ex qua percipiuntur, Vt verò faciant & quartam & quartæ fructus, longiore spacio temporis opus est. Igitur debuit Tribonian. ab initio, vt ipse loquitur, scribere non *post certum temporis* quomodo ab initio scripsit, sed *post tantum temporis quantum possit sufficere ad colligendam quartam & quartæ fructus*, aut potiùs nec exemplo res indigeret, quomodo scripsit in sequentibus *post decennium.* Est enim decennij tempus in hanc rem accommodatissimum, cùm vix fieri possit, vt fructus decennij io hanc rem non sufficiant, Nisi extrinsecus aliquid accidat per quod lædātur, ac minuantur. Illud tātùm opinioni nostræ aduersari videtur, quòd species & sententia huius §. non minus à iure nouo, quàm à vetere abhorreat. Nam si ius nouum inspicias, non imputantur hodie fructus in Trebellianicam io liberis primi gradus post Zenonis constitutionem quæ extat in *l. iubemus 6. C. ad SC. Trebell.* Et tamen hic §. est de filio primi gradus, nec eò minùs rationem illam vnicā habet quod soleant fructus in falcidiam imputari, idque non sit incogniti iuris. Verùm tantò magis me hoc mouet, vt Tribonianum agnoscam, qui sub Vlpiani eam nobis sententiam tradiderit, quæ nec iuri veteri conueniat, nec nouo. Contentus scil. adferre pro ratione id quod erat quidem verum iure vetere vt fructus in Trebellianicam imputarentur, sed quod tamen ad rem nō pertinebat. Parum enim erat vt diceret solere fructus imputari in falcidiam fideicommissorum, nisi anteà probaret quod supponit pro vero quodque falsissimum est, falcidiam ipsam fideicōmissorum Trebellianicā imputari in legitimam portionem ad excludendam inofficiosi querelam rūm quoq; cùm deducitur ex fideicommisso contra testatoris voluntatem. Cur verò Tribon. in his trib. §§. quos proximè examinauimus, & examinamus tam absurdas & à iuris veteris ratione alienas conclusiones inuexerit, rationem si quis quærat, Dicam vt non sine aliqua ratione errasse videatur, ita factum ab eo respiciente ad constitutiones ferè omnes quas sub Iustiniani nomine edidit, *sub tit. C. de inoff. testam.* quibus id egit quantum potuit vt querelæ inofficiosi iura restringeret, ac querelam excluderet omni ferè casu quo poterat olim querela locū habere, si modò is qui ad querelam admitti vellet possit alia qualibet ratione sibi cōsulere vt tātū habeat quoquomodo & vndecūq;

quantum necesse sit ad legitimam portionem, imò quantumcunque illud sit, vt actioni ad supplementum locus fieri possit. Huc enim pertinent nobiliores illæ constitutiones quæ extant in *l. quã nuper 29. l. omnimodo 30. l. quoniam in prioribus 34. l. scimus 36. in princip. & §. cum autem. C. hoc titul.* Sanè cùm de legitima per actionem ad supplementũ replenda agitur, expressim constituit Iustinianus vt repletio fieri debeat ex substantia patris in *dict. l. scimus. §. repletionem.* Sed ea res non excluderet fructuum imputationem si aliud nihil obstaret, argum. *l. quod bonis 15. §. fin. hoc tit.* iunct. *l. in quantitate 73. in diem, & in princip. ad legem falcidiam.* Voluit enim Iustinianus ea tantùm excludere, quæ filius ex aliis causis lucratus esset, vt habent verba constitutionis.

12 ¶ Si quis & irritum dicat testamentum, vel ruptum, & inofficiosum: conditio ei deferri debet, vtrum prius mouere volet.

Ad §. 12. si quis & irritum.

Ratio dubitandi. Ex rupto vel irrito facto testamento non potest adiri hereditas, adeoque nec ex testamento quod in eo est vt rumpi possit *l. ventre 84. ff. de acquir. hered. l. 2. & pass. ff. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. 2. Cod. de posthu. hered. instit. l. generaliter 24. § ex testamento. ff. de fideic. hered.* Atqui querela inofficiosi præsupponit testamentum ipso iure valere, aditámque ex eo fuisse hereditatem §. *si conditioni supr. l. si quis filium 34. in fin. C. eod.* Ergo necesse est vt cognitio de rupto vel irrito facto testamento præcedat cognitionem de inofficioso, Nec proinde conditio deferenda est ei qui de inofficioso queri vult, vtrum prius mouere velit.

Ratio decidendi. Siue ruptum, siue irritum factum, siue inofficiosum dicatur, probetúrque testamentum, id semper intenditur decessisse patremfamilias intestatum. Sed cum hac tamen differentia quòd in casibus rupti vel irriti facti testamenti paterfamilias fit intestatus ipso iure & sola iuris potestate. Ex causa verò inofficiosi fit intestatus per sententiam & pronunciationem Centumuirorum, Ideoque non rumpi dicitur hoc casu testamentum si propriè ac partitè loqui volumus, sed rescindi: quo verbo non potestas iuris, vt verbo rumpendi, sed factum hominis significatur. Denique sunt illa omnino differentia Testamentum non iure factum, Testamentum nullius momenti, Testamentum ruptum, Testamentum irritum, & Testamentum destitutum. Non iure factum dicitur in quo solennia iuris defuerunt, puta si pauciores quàm septem testes adhibiti fuerint, aut non omnes masculi vel rogati. Nullius momenti est in quo filius qui in testatoris potestate erat, fuit præteritus. Ruptum quoties aliud testamentum posterius ritè factum perfectúmque est, aut agnatus est posthumus qui fuerat præteritus cùm inst. tui vel exheredari debuisset. Irritum fit quoties ipsi testatori aliquid contigit puta si ciuitatem amittat aut etiam libertatem, multò magis si vitam ex causa criminis & condemnationis *dict. l. 2. l. si quis filio 6. §. irritum. eod. tit. de iniust. rupt.* Destitutum autem illud dicitur ex quo non est adita hereditas. At inofficiosum illud demum est quod iure quidè valuit, nec vnquam ruptum aut factum irritum, aut destitutum fuit, adeoque ex quo iam adita hereditas est, sed quod tamen per sententiam Centumuirorum rescindi debeat, tanquam à furioso & demente factum. Proinde his omnibus casibus commune illud est vt paterfamilias fiat intestatus, nec nisi ab intestato heredem habere possit. Illa tamen differentia est quod pro parte testamentum vel iniustum vel nullius momenti esse vel rumpi, & irritum aut destitutum fieri numquam potest, sed vel in totum, vel nulla ex parte: At rescindi per querelam etiam pro parte potest *l. nam etsi 15. §. vlt. l. circa 24. ff. hoc tit.* Item illa quòd non potest adiri aut aliter etiam acquiri hereditas ex testamento quod in eo est, vt rumpi quandoque possit *dict. l. ventre.* At non minùs ob id acquiri potest quod testamentum in eo sit vt rescindi possit, adeò vt nec possit rescindi antequàm fuerit confirmatum per aditionem. Nullo enim hominis facto opus esset ad testamentum rescindendum, si ad eius confirmationem nullum hominis factum præcessisset. Ius enim iure ipso tollitur, factum verò non nisi contrario facto potest elidi *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. supr. de pact.* Vt verò rescindatur testamentum per querelã non tantùm facto iudicis opus est qui pronunciet testatorem non habuisse ius faciendi testamenti, sed etiam & potissimum facto conquerentis, quia si nemo conquereretur testamentum sicut ab initio constitit, ita in perpetuum subsisteret. Ex quo apparet longè minorem esse hac parte potestatem hominis quàm iuris. Ob idque mirum non esse quod possit adiri hereditas ex eo testamento cuius rescissio per querelam timeri possit, non etiam ex eo quod possit rumpi ipso iure puta agnatione vel quasi agnatione posthumi *d. l. ventre.* Nihil ergo interest heredis scripti contra quem vult actor dicere de iniusto vel rupto vel irrito facto, vel inofficioso testamento vtra priùs quæstio inniteatur, quia nec iniustum, nec ruptum, nec irritum, nec inofficiosum testamentum esse oportet, vt ex eo hereditas retineri possit. Potest autem interesse actoris, vt hanc potiùs quàm illam causam moueat si fortè promptiores aut certiores habeat vnius, quàm alterius probationes Et quemadmodũ nemo agere cogitur *l. vnic. C. vt nemo inuit. agere vel accus. cogat.* ita neque cogendus ille qui ex pluribus causis agere potest vt ex vna agat si agere malit ex alia. Eligendi enim arbitrium actoris esse debet nõ rei *l. cum filius 76. §. varius. de legat. 2.* Sed etsi filius ex vna causa egerit, ex alia tamen postea iterũ agere non prohibetur *l. contra maiorem 16. C. h. t.* vbi additur, Si priùs actum sit de testamento quasi non iure perfecto, ac postea velit idẽ actor dicere de inofficioso, non posse ex prioris iudicij mora ei obiici quinquennalẽ præscriptionẽ, quia nec cessasse videri potest qui iam egit. Planè si vellet quis eodẽ iudicio causas istas omnes proponere iniusti, rupti, vel irriti facti & inofficiosi testamẽti non esset audiendus, quoniã contrariæ sunt actiones, & incompatibiles nisi alternatiuè ac subordinatè proponãtur arg. *l. cũ ibi nos. C. de furt.* Cæterũ si vellet quis dicere testamentũ ideò iniustũ esse quod suis careat sollẽnitatibus & quãuis iustũ ab initio fuisset, postea tamẽ ruptũ fuisse agnatione posthumi, ac deniq; etiãsi nec ruptũ esset, rescindi tamen debere p querelã inofficiosi, nihil certè obstaret quominus audiri deberet. Nã & quoties alteri plures actiones cõpetũt, & incertũ est quæ potiùs actio teneat, põt plures

simul

simul dictare ... & cum protestatione illa quid ex ... velit suum consequi *l. 1. §. quia autem in re quam legatur.* Ergo si quis irritum vel ... dicere testamentum vel ruptum vel inofficiosum: sic enim lego non *& inofficiosum* etsi coniunctionem pro disiunctione accipi novum non est *l. sæpe 53. de verb. signif.*) conditio ei deferri debet utrum prius movere volet. Erat autem hæc electio tantò magis olim necessaria, quod hæ agendi causæ sicuti diversæ sunt, ita diversos habebant iudices. Nam de inofficioso agendum erat apud Centumviros *l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. ff. hoc tit.* non etiam de iniusto, vel rupto, vel irrito facto testamento.

13 ¶ Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis: scriptus quidem heres petet hereditatem, filius verò in modum contradictionis querellam inducat: quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret.

Ad §. 13. si filius.

Ratio dubitandi. Filius testamento ritè facto exheredatus nullam habet iustam hereditatis retinendæ causam, tametsi iniusta sit exheredatio quousque proposuerit querelam, & in ea obtinuerit, feceritque patrem intestatum, quia exheredatio interim summovet illum ab omni alio auxilio & beneficio iuris sive civilis sive prætorij *l. non putavit 8. de bonor. poss. contr. tabul.* Impedit enim continuationem illam dominij quæ alioqui fieret à patre in filium iure patriæ potestatis *l. in suis 11. d. liber. & post.* Ergo quamvis filius exheredatus sit in possessione hereditatis paternæ, omnimodo tamen condemnandus est si scriptus heres petat hereditatem, Salvo scilicet iure filio proponendæ postea querelæ si quem volet. Nam nec petere hereditatem posset filius exheredatus nisi mota priùs querela *l. qui de inofficioso 20. ff. l. filium 10. §. sed quemadmodum de bonor poss. contr. tabul.* Ergo nec retinere. Ratio decidendi. Cui non possidenti damus actionem, multò magis damus possidenti exceptionem & retentionem *l. 1. § si autem ff. de superfic. l. minus 156. §. de regul. iur.* Atqui filius si non possideret patris hereditatem posset eam petere ex causa querelæ inofficiosi quam in id movere deberet *l. filium 20. §. sed quemadmodum ff. de bonor. poss. contr. tabul. l. qui de inofficioso 10. ff. hoc tit.* Ergo multò magis permittendum ei est si hereditatem possideat quæ ab eo petatur, ut per modum exceptionis & contradictionis querelam inducat, id est ut heredi scripto petenti hereditatem ex testamento, respondeat fuisse patrem furiosum cùm suprema ordinaret, neque ex eo testamento quod à furioso factum credatur, hereditatem aut obtineri aut peti posse. Ita enim perinde assequetur ut testamentum rescindatur ac si proponeret querelam per modum actionis. Dices fortasse, Non posse querelam proponi per modum exceptionis in iudicio petitionis hereditatis, quia de querela non alij quàm Centumviri cognoscere ac pronunciare olim poterant. *l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. infr.* de petitione verò hereditatis non Centumvirorum erat cognitio, sed iudicis dati à prætore aliove magistratu ad quem ea iurisdictio pertineret. Respondeo pertinere ad officium iudicis qui de hereditate cognoscit universam incidentem quæstionem quæ in iudicium vocatur examinare, ac proinde hanc etiam de inofficioso testamento, at ita tamen ut non de ea sed de hereditate pronunciet *l. 1. C. de ordin. iudicior.* Non igitur pronunciabit iudex testatorem fuisse furiosum, nec rescindet testamentum, sed perinde pronunciabit hereditatem ad filium pertinere, & contra actorem pronunciabit acsi rescissum esset testamentum. Idémque eveniet in aliis speciebus in quibus necessarium est ut querela proponatur per modum exceptionis & contradictionis, puta quoties legata, fideicommissa & libertates petuntur ex edicto *Si quis omiss. caus. testam.* contra filium ex asse institutum & libertatibus vel legatis vel fideicommissis gravatum, qui ne fraudem in legitima patiatur, malit hereditatem ab intestato retinere quàm ex testamento succedere, Secundum ea quæ disputavimus ad §. præcedentem. Ponendum tamen est in specie huius §. filium exheredatum esse in possessione hereditatis paternæ sine vicio, quod facilè potest contingere si fortè à patre suo adhuc superstite res aliquas aut in peculium acceperat, aut alio modo possessionem earum nactus fuerat. Alioqui si cum vicio cœperit possidere, id est aut vi, aut clam, aut precario, sive ab herede ipso, qui casus nullam prorsus habet dubitationem ex ratione posita in *l. 1. §. ult. infr. uti possid.* sive etiam ab alio, indignus planè est cui legis aut prætoris auxilium accommodetur ob id solum quia possideat. Nam adversus extraneos quidem id est qui nullum ius habent, possessio etiam viciosa prodest *l. ult. de acquir. poss.* sed non adversus eos qui ius agendi habent, & possessionem auferendi. Sic dicimus fideicommissarium etiamsi rerum hereditariarum possessionem nancisci debeat per manus heredis, si tamen reperiatur in possessione sine vicio, legitimum esse contradictorem etiam in causa missionis in possessionem, quæ heredi datur ex beneficio *l. ult. C. de edict. Divi Hadr. tollend.* Ita enim nostri ad illum locum & Bartolus ad *l. filiam fratribus 56. ff. ad SC. Trebell.*

14 ¶ Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbè dixit, & nō obtinuit, id, quod in testamēto accepit, perdere: & id fisco vindicari, quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur [a] quod testamento datum est: qui usque ad sententiam iudicum lite improba perseveraverit. ceterùm si ante sententiam destitit: vel decessit [b]; non ei aufertur quod datum est proinde & si absente eo [c], secundum præsentem pronuntietur: potest dici, conservandum ei, quod accepit. Eo autem solo carere quis debet [d], cuius emolumentum ad eum pertinet. ceterùm, si id rogatus fuit restituere, non debet iniuria fieri. Unde non malè Papinianus libro secundo responsorum refert, si heres fuit institutus, & rogatus restituere hereditatem, deinde in querella inofficiosi non obtinuit: id, quod iure Falcidiæ potuit habere solum perdere.

Ad §.14.meminisse.

Ratio dubitandi. Semel adita ex testamento hereditate omnis defuncti voluntas rata constituitur *l.si patroni 55.§.qui fideicommissum ℥.ad SC.Trebell.*& consequenter legata & fideicommissa omnia eo testamento relicta conseruantur, quæ intercidissent si adita hereditas ex testamento non fuisset *l.si nemo 9.℥. de testam.tutel.l.ea quam 16.C.de fideic.* Atquin inofficiosi querela præsupponit aditam fuisse ex testamento hereditatem *§. si condicionem supr. l.si quis filium 34.in fin.l.scimus 36.§.vlt.C.eod.*Ergo si testamentum per querelam rescissum non sit, fatendum est ea saltem legata exheredato deberi quę ipsi relicta sunt in eo testamento quod valere pronunciatum fuit Implicat enim contradictionem vt testamentum valeat, & tamen legata in eo ritè ac sollenniter relicta non valeant si nihil extrinsecus obstet quominùs valere possint, Quòd si non valerent, aut, etiam valida non tamen deberentur exheredato in pœnam propositæ ab eo querelæ, ratio iuris & æquitatis faceret vt heredis qui in querela vicisset, lucro cedere deberent potiùs quàm à fisco vindicari, vt soli victori sua prosit victoria non fisco, cum quo nihil iudicatum est.

Ratio decidendi. Legata relicta exheredato qui in querela succubuit non eo minùs quidem valent ipsique vel debentur si relicta fuerint per damnationem, aut etiam acquisita intelliguntur si relicta sint per vindicationem *l.legatum 80.de leg.2.l.si Titio 64.in fin.de furt.*ob idque non possunt remanere penes heredem aut eius lucro cedere, neque tanquam heredis, cùm iam sint delibata ex hereditate *l.legatum est delibatio 116.de leg.1.* neque tanquam victoris quia nihil de eo per Centumuiros pronunciatum fuit pro herede, Quin potiùs contra heredem hoc ipso quod pronunciatum fuit testamentum valere vt diximus, Sed tamen quia indignus planè est filius qui lucrum vllum consequatur aut retineat ex eo testamento quod impugnauit tam graui atrociq; accusatione suggillante famam patris tanquam dementis hominis & furiosi æquitatis sanè ratio suadet vt auferri ei debeat quicquid eo testamento acceperat à patre, Nec potest conqueri vllam sibi in eo fieri iniuriam si redigatur in eam causam in qua se ipse constituit, arg. *l.si iudex 41.sup.de minor.* cùm ea legata hodie non esset habiturus si secundum eum pronunciatum fuisset *l.cùm tabulis 16.in princ.* iuxta eam loci illius emendationem quam nos in Coniecturarum libris tradidimus ℥.*d. his quæ vt indign.auffer.* Portò quod ei tanquam indigno auffertur cùm nullo iure possit ad heredem recurrere, quia quod semel delibatum est ex hereditate nunquã potest fieri hereditarium, cùm nec hereditas vlla sit ex instanti aditionis, à quo demum tempore incipit fieri patrimonium heredis *l.1.de separat.l.si ego 9.§.si res de iur.dot.* necesse est vt vadat ad fiscum, cui etiam cætera omnia applicantur quæ tanquam indignis auferuntur *l.1.2.& pass.ill.tit.de his quæ vt indign.*Rectè igitur constitutum est vt qui testamentum inofficiosum improbè dixit ac succubuit debere id quod eo testamento accepit perdere, non vt id remaneat penes heredem quasi factum ex postfacto indebitum, sed vt ad fiscum deuoluatur, quasi iam acquisitum filio, eidemq; tanquam indigno ablatum *l.edicto 13.§.pen.℥.de iur.fisc.*

a *Sed et demum auffertur.* Ratio dubitandi. Qui semel inofficiosum testamentum dixit, hoc ipso negauit valere testamentum, quippe quod impugnauit hoc colore quasi factum à demente & furioso, Ac proinde hoc ipso declarauit satis voluntatem suam quòd nollet consequi legatum ex eo testamento ex quo nec si vellet consequi tamen vnquam posset, cùm ex furiosi testamento nihil penitus deberi possit *l.Titia 13. in fin.℥.l.nec fideicommissa 36.de leg.3.* In summa non potuit querelam proponere nisi legato tacitè saltem priùs repudiato, quia nec potuisset admitti ad accusationem si vel minimo voluntatis indicio legatum sibi relictum agnouisset *l.pen.& vlt.℥.l.5.in princip.℥.de his quæ vt indign.auffer.* Ergo si filius qui mouit querelam inofficiosi destiterit ante sententiam nec voluerit in lite improba perseuerare, potest quidem id ei prodesse ad euitandam sumptuum litis condemnationem, quam alioqui tanquam temerarius litigator pati deberet, arg.*l.destitisse 10.*vbi dixi & *l.eum quem temerè 79.supr.tit.prox.* sed non vt possit vnquam petere vel retinere legatum quod semel si non expressè saltem tacitè repudiauit in necessarium antecedens querelæ.

Ratio decidendi. Laudandus potiùs quàm puniendus est filius, qui comperta meliùs rei veritate noluit in lite improba perseuerare, quam non calumniæ causa instituerat *d.l.destitisse*, ne alioqui nullus aperiatur resipiscentiæ ac pœnitentiæ locus si nullus sit veniæ. Ergo si ante sententiam filius destiterit, non debet quod ipsi relictum fuerat, ei auferri, neque tanquam indigno cùm sententiam non expectauerit, & à lite desistendo, existimationem defuncti quam suggillare cœperat, restituerit. Neque tanquam ei qui legatum repudiauerit, Non enim potest videri repudiasse nisi spe maioris commodi & vt hereditatem consequeretur, Denique sub ea veluti condicione, si vinceret in querela. Repudiatio autem cùm sit actus legitimus & sollennis, neque alibi quàm in iure, neque sub condicione fieri potest *l.4.C.de repud.vel abstin.hered.l.actus legitimi 77.de regul.iur.* Nec sanè debet melioris condicionis esse heres contra quem mota fuit querela si filius destiterit ante sententiam, quàm si in lite improba perseuerasset, quo tamen casu legatum vt iam diximus, non remaneret apud heredem, nec ad eum recurreret tanquam repudiatum, sed ad fiscum deuolueretur tanquam fisco iam acquisitum, eidemque vt indigno ablatum. De legato igitur contentio esse non potest nisi inter filium & fiscum: In dubio autem si quid hîc dubij est, non errat qui contra fiscum respondet *l. non puto 10.de iur.fisc.* At cùm ius fisci totum ex filij indignitate nascatur, indignitas autem filij ex eo quod iudicium patris oppugnauerit, potest dici nunquam videri oppugnasse eum qui non perseuerauit oppugnare vsque ad finem litis *d.l. edicto 13. §. penult. de iur.fisc.* Sicuti non dicitur versum quod non durat versum *l.si pro patre 10.§. versum de in rem vers.* Et generaliter non videtur factum quod non durat factum *l.item eorum 6.§.penult.supr.quod cuiusque vniuers.l.4.§.tunc in potestate ℥.de vsucap.*Et in proposito non sufficere litem de inofficioso motam esse, nisi is qui mouit in ea perseueret, apertè scribit Papinianus in *leg. nam etsi 15. §. 1.infr. hoc titul.*

b *Vel decessit.* Ratio dubitandi. Filius qui post motam inofficiosi querelam decessit non declarata voluntate an in lite improba perseuerare vellet an à lite desistere, non potest præsumi mutasse voluntatem,

Digitized by Google

tatem, sed in eadem pori is voluntate decessisse intelligitur, quia mutatæ voluntatis probatio ei semper incumbit qui mutatam dicit, non ei qui negat. *l. 3. Leuis qui voluntatem 22. ff. de proba.* Propter quam causam Papinianus in *d. l. nam etsi 15. §. 1. ff.* tractans de filio qui post litem de inofficioso præparatam decessit, adiicit *mutata voluntate*, vt intelligamus non sufficere quod decesserit si non etiam illud concurrat, vt mutauerit voluntatem. Sic dicimus multum referre an is cuius corpore possidebamus discesserit de possessione, an decesserit. Nam si discesserit possessionem amittimus quam per eum tenebamus quia mutauit voluntatem, desiitq; habere animum possidendi. Si verò decesserit secus est, quia neque mutasse voluntatem creditur, neq; mutaturus fuisse si diutiùs vixisset *l. si de eo 40. §. 1. de acquir. poss.* Denique ferè generale est vt in qua voluntate quis vixit, in ea & mortuus & perpetuò victurus fuisse existimetur. Vnde & Theologi rationem desumere solent æternæ siue beatitudinis siue damnationis ex vnico illo mortis instanti æstimandæ, cùm de momento, vt aiunt, pendeat æternitas. Ergo si filius qui in improba lite ac querela inofficiosi testamenti quandiu vixit perseuerauit, antè sententiam non mutata voluntate decesserit, non eo minùs pœnam illam pati debet quam pateretur si viueret ac in lite succumberet, vt ei quod relictum est auferatur tanquam indigno aut saltem eius heredi. Ratio decidendi. Filius ante sententiam mortuus, licèt voluntatem neque mutasse atque mutaturus fuisse in dubio præsumatur, quia tamen potuit mutare in diem vsque sententiæ, nec prius pœnam ablationis patitur quæ indignis irrogatur, quàm succubuerit, non potest videri indignus decessisse, & in eo statu vt moriens perdiderit vel perdere debuerit quod fuerat ei relictum. At nec tutius post mortem suam indignus fieri potest, si non fuit cùm moreretur, non magis quàm vt post mortem suam possit exheredari *l. si ita scriptum 1. §. vlt. de liber. & post.* Ergo si ante sententiam decesserit pœnam euitat quam incurrere debuisset si vixisset, atque in lite improba perseuerasset. Verùm hoc ita si heres ipsius id ipsum faciat quod facere debuisset filius ne indignus videretur, id est si ab improba lite ante sententiam destiterit. Alioqui si litē à filio institutam peragat & succumbat, eandem pœnam pati debet quam viuus filius passus fuisset si succubuisset, vt quemadmodum egit ex persona filij, ita & perdat quod filio datum fuerat, tanquam quod indigno & datum fuerit & auferendum. Ei namque qui litem à defuncto institutam peragit non proprio nomine sed iure cuiusdam successionis siue hereditariæ, siue alterius, hactenus quidem parci solet vt quod ei proprio nomine relictum fuerit non perdat, sed non etiam vt quod defuncto relictum fuit, ex defuncti persona consequatur, *l. filius 22. §. multò magis & §. vlt. ff. hoc tit.*

c *Proinde etsi absente eo.* Ratio dubitandi, Absens nemo condemnatur nisi qui per contumaciam absens sit *l. & post edictum 73. §. 1.* vbi dixi *§. simul prox.* Atqui contumacia pro præsentia est Auth. *qua in prouincia vers. sed si nec ipse. C. vbi de crim. agi oport.* Ergo nihil potest interesse an præsente, an verò absente filio qui querelam inofficiosi mouerat, pronunciatum sit secundum heredem præsentem. Et consequenter vtroque casu dicendum est non esse conseruandum filio, sed ei potiùs auferendū quod accepit: Præsertim cùm potuerit etiam pro eo absente contra testamentum pronunciari si bonam causam habuisset. Nec enim absens vnquam condemnatur ob id solùm quod absens sit, nisi etiam hoc concurrat vt malam causam habeat *d. l. & post edictum l. 1. C. quomod. & quand. iud.*

Ratio decidendi. Cùm quis absens victus est, licèt potuerit & ipse vincere si ex actis litis apparuisset bonam eum causam habere, ideò tamen victus existimatur quòd abfuerit nec ea vel allegauerit vel probauerit quæ præsens & allegare & probare potuisset, potiùs quàm quòd malam causam habuerit *l. si ideo §. ff. de euict.* vbi ob hanc ipsam rationem dicitur non committi stipulationem de euictione aduersus venditorem si ideò contra emptorem iudicatum sit quod iudicio defuerit. Non ergo indignus potest videri filius qui bonam fortassis causam habens passus fuerit se absentem condemnari: quia nec valde absimilis est ei qui à lite destitit siue bonam causam habuerit siue malam, Nec quod imputari culpa potest etiam ei qui bonam causam vicio suo perdidit *l. Stichum 95. §. pen. de solut.* ad rem quicquam facit. Est enim culpa eius aliqua cuius & pœnam illam patitur, quod condemnatur, sed non tanta vt ob id videri possit aut debeat indignus. Nam & semper pro filio humanè & benignè quantum fieri potest suspicandum & pronunciandum est, non quidem contra testamentum *l. si pars 10. ff. sed contra fiscum d. l. non puto 10. de iur. fisc.*

d *Eo autem solo carere quis debet.* Ratio dubitandi. Filius heres institutus ex parte, togatúsq; de testituenda hereditate, etiam post restitutam hereditatem heres remanet *§. restituta Inst. de fideicom. hered.* & quidem cum effectu siquidem actionibus omnibus hereditariis & experiri, & conueniri potest, quamuis exceptione restitutæ hereditatis possit vel adiuuari vel summoueri *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ff. ad SC. Trebell.* Ergo si querelam improbè mouerit, nec obtinuerit, sed succubuerit, non quia quartam ex fideicommisso potuit deducere quæ in legitimam imputari debeat, & consequenter excludere querelam, (hæc enim ratio nulla est, cùm ea quarta etiamsi legitimæ portioni respondeat non tamen ex iudicio & voluntate testatoris, sed contra ipsius voluntatem deducatur, vt dixi ad *§. vnde si quis supr. ex l. Titia 86. in fin. ad leg. falc.*) sed fortè quoniam probatus fuit ingratus, aut quia non potuit ipse probare gratum se semper erga patrem, eiq; obsequentem fuisse, incumbebat enim hoc tunc probatio ista filio non heredi *l. liberi 28. C. hoc tit.* priuandos est tanquam indignus, non tantùm falcidia quam ex fideicommisso potuit deducere, sed etiam vniuersa hereditate. Nec verendùm videtur vt aliqua in eo fiat iniuria fideicommissario; quia cùm ex persona heredis lucrum sentiat, quandoquidem herede non adeunte fideicommissum intercidisset, eius quoque factum præstare debet *l. ex qua persona 149. de reg. iur.* Nec nouum est, vt factum vnius alteri noceat per consequentias si alter ille nullum ius habeat nisi in consequentiam iuris alieni *l. 1. §. ex contrario versiculo licet ff. de separat.* Ideò autem posuimus filium hunc ex parte tantùm hereditatis institutum, quia si ex toto asse heres poneretur, non haberet contra quem posset proponere querelam, Nisi fortè contra fideicommissarium ipsum, Secundum ea quæ diximus ad *§. quarta autem & ad d. §. vnde si quis*, sed

non posset ad eum casum accommodari sententia Papiniani, quæ hîc refertur, quia fideicommissum iam fideicommissario restitutum esse oporteret, priusquàm contra eum moueri querela posset *l. 1. C. hoc tit.* post restitutionem verò fideicommissi sera & incepta est quæstio, An fideicõmissario qui querelam ab herede passus fuisset, in eáque obtinuisset, factum heredis nocere deberet. Ratio decidendi. Factum cuique suum non alteri nocere debet *l. factum 155. de reg. iur.* ne alioquin alteri per alterum iniqua condicio inferatur *l. non debet alteri 74. eod.* Absurdum igitur esset adeóque iniquum ex facto & indignitate filij qui cõtra testamentum patris improbè mouit querelam, indignum censeri fideicommissarium, vt ex ea causa sui quoque fideicommissi iacturam pati cogeretur. Neque verò solet vnquam fieri locus fisco quandiu alia persona superest ad quam possit ex voluntate defuncti peruenire id quod apud heredem non potest remanere *l. vnic. C. de caduc. tollen.* quia fiscus semper vocatur post omnes, qui admitti possunt *l. habere 57. de euict. l. vlt. de success. edict.* Nec rursus heres qui indignus est, & ob hoc ipsũ dignus cui hereditas auferatur, eo minùs verè manet heres, etiam posteaquàm deuoluta est ad fiscũ hereditas *l. ex facto 43. §. vlt. infr. de vulg. & pupill. subst.* Ergo non ob id potest videri ius fideicommissarij intercidisse, quominùs perinde fideicommissum consequi debeat, acsi hereditas filio ablata non fuisset: quod vtique diuersum esset si filius indignitatis suæ pœnã passus, heres nunquam fuisse retrofingeretur, quia fideicommissum quoque intercidere necesse esset, cùm fideicommissum quod ab aliquo relinquitur ità demum ab eo debeatur si res ad ipsum peruenerit *l. fideicõmissũ 78. de leg. 1. l. Imperator 70. de leg. 2.* Nisi quòd bona non nisi cũ suo onere ad fiscum peruenire solent *l. cùm quidam 12. l. cùm tabulis 16. §. vlt. infr. de his quæ vt indign. l. pen. de his quæ in testa. delen. l. 3. §. cùm ex causa de iur. fisc.* Denique nõ est nouum vt ob alterius personam possit quis id capere quod alioqui ex sua capere non posset *l. 3. in fi. quæ res pign. obl. poss. l. si is qui duos 29 de libert. legat.* Nam nec capere quisquam id videtur, quod necesse habet alteri restituere *l. nõ videtur 51. de reg. iur. l. aliud est capere 71. de verb. sign.* Vnde est quod si ei qui partem tantùm capere poterat legatum sit vt alij restituat, placuit posse illum capere solidum *l. cùm ei 42. de leg. 2.* Itémque quod hi qui solidum capere non possunt si heredes in solidum instituti sint, rogatiq; solidum restituere, cogendi sunt & adire hereditatem & restituere, cùm nihil sit omnis apud eos remansurum *l. cogi 16. § hi qui solidum ad SC. Trebell.* Sic & donatio inter cõiuges valet si quod coniugi donatum est ea lege donatum sit vt ad alium perueniret *l. Sulpitius 49. de donat. int. vir. & vxor.* E cõtrario si cui legatũ sit ex iis personis quas prætor exceptas voluit edicto *De legat. præst.* non est legatum præstandum si ea persona rogata sit illud alteri restituere, quia emolumentum huius legati ad eam personam non respicit quæ edicto excepta fuit *l. 3. § item si quis infr. de legat. præst.* Ergo & in proposito si filius qui legatũ à patre vel hereditatem ex institutione accepit rogatus sit idipsum quod accepit alteri restituere, & querelam contra testamentum patris mouerit, nec obtinuerit, id solum debet perdere quod apud eum fuisset remansurum, non quod ad alium fuerat peruenturum, ne fiat iniuria fideicommissario qui nec querelam mouit, nec alterius facto & delicto indignus fieri potuit. Ita fit vt verum sit solo eo carere filium debere qui de inofficioso egit cuius commodum & emolumentũ ad quem pertinet, quemadmodum hîc Vlpianus ex Papiniano scribit, Cui iunge Paulum *lib. 4 sentent. tit. 5. § 9.*

25 ¶ Si quis impubes adrogatus sit ex his personis quæ & citra adoptionem, & emancipationem queri de inofficioso possunt: hunc puto remouendum à querela, cùm habeat quartam ex constitutione Diui Pij. Quod si egit, nec obtinuit [a]: an quartam perdat? & puto, aut non admittendum ad inofficiosum aut, si admittatur, etsi non obtinuerit [b], quartam ei, quasi æs alienum [c], concedendam.

Ad §. 15 si quis impubes.

Ratio dubitandi. Quartam quam habet adrogatus ex constitutione Diui Pij nõ habet ex iudicio testatoris, sed ex principali prouidentia, vt scriptũ est in *l. si adrogator 22. supr. de adopt.* & tãquam æs alienũ, vt sequitur in hoc §. Atqui in legitimam portionem non alia imputari possunt, quàm quæ & ex bonis & ex iudicio defuncti capiuntur, vt diximus ad *§. si condicioni & §. vnde si quis supr.* Vbi hâc ob causam defendimus nec ea quæ cõdicionis implendæ causa capiuntur, nec quartam ipsam fideicommissorum, quam Trebellianicam vocant posse filium excludere à querela. Ergo si impubes adrogatus sit ab eo ex cuius bonis legitimam alio iure consequi deberet puta tanquam filius emancipatus, aut tanquam frater, siue in locum filij siue in locum nepotis adrogatus sit, non eo minùs legitimam habere debet tanquam filius naturalis aut tanquam frater, quod iã habeat quartam tanquam adrogatus, ac proinde si quartam legitimam aliunde non habeat, iure habet querelæ causam, non minùs quàm si nullam dum quartam haberet. Ratio decidendi. Quarta debitæ portionis quam ab intestato habiturus fuerat is qui alioqui de inofficioso queri posset, excludit eum à querela *§. quoniam autem supr.* nec vnquam ex eiusdem testatoris bonis duplex quarta deduci iure ciuili vllo colore potest. Neque videri potest quis testatus contra officium pietatis etiamsi nihil reliquerit filio quem sciuit habiturum quartam iure filij adrogati, quia nec duplex filius intelligi quisquam potest naturalis scilicet & adoptiuus *l. filio 23. de liber. & posthu.* & vel naturæ ius præualere oportet vel legis & adrogationis *l. pen. C. de adopt.* Ergo si quis impubes adrogatus sit (non enim alij adrogato quàm impuberi quartã deberi Diuus Pius voluit *d. l. si adrogator l. sed si plures 10. §. in adrogato inf. de vulg. & pupil. subst.*) licèt sit ex iis personis quæ etiã citra adoptionẽ queri de inofficioso possunt remouẽdus est à querela, quãuis nihil ei testamento relictum proponatur, cum habeat quartam ex constitutione Diui Pij. Nõ addo verba illa quæ in textu adducũtur *& emancipationem* quia nullum hîc sensum habent, & haud dubiè addita sunt ab imperito interprete decreto ex coniunctione illa *&* acsi scriptũ esset *citra & adoptionem* nec animaduertente

Digitized by Google

uertente scripsisse Vlpianum *&* pro *etiam.* Numquam enim facit emancipatio, quo magis sed semper quoniam iis debeat quis habere & quartam, & querelam. Adeò vt nec . . . possit emancipatus etiam filius admitti ad querelã quàm si prius impetrauerit bonorum possessionem litis ordinandæ gratia *l.6.§.vlt.* vbi dixi . . *eo tit.*

a *Quod si egit nec obtinuit.* Ratio dubitandi. Nemo potest agere . . ne actione *l. si pupilli 6.§.vlt. de nego. gest.* Atqui nullam actionem nec querelam habet hic filius adrogatus qui iam habet quartam ex Diui Pij constitutione, vt proximè diximus. Ergo nõ potest fieri vt agat, vel vt egerit. Ratio decidendi. Querela inofficiosi accusatio publica est à qua nemo repellitur qui iure publico agere velit. Quamuis non ideò tamen alius obtinere possit quàm qui & ab intestato possit succedere, & ex iis personis sit quibus legitima aliqua debeatur, vt dixi ad *l.6.§. si quis ex his supr.* Non fuit ergo hic filius admittendus ad querelam quasi filius, & si admissus fuerit, non eo magis tamen fieri potest vt obtineat.

b *Etsi non obtinuerit.* Ratio dubitandi. Liberos non tãtùm natura facit, sed etiam lex & adoptio *l.1. sup. de adop.* nec minorem pietatem & reuerentiam debet filius adoptiuus quàm naturalis patri, cùm æquale sit in vtroque vinculum patriæ potestatis, quod etiam vinculum pietatis appellatur in *l. vlt. ⁊. si à parent. quis manum. sit.* Ergo non minùs debet indignus videri filius adrogatus quàm naturalis, vt quicquam ex eius bonis consequatur si eius memoriam & testamentum quasi dementis & insani oppugnauerit, & in tam improba lite ad sententiã vsque perseuerauerit, vt diximus in *§. præcedente.*

Ratio decidendi. Filius qui improbè de inofficioso egit iis tantùm carere debet quæ in eodem testamento, & ex defuncti liberalitate iudicióque acceperit *d. §. præced.* quia iudicium ipsum impugnauit *l.5. in princip. ⁊. de his quæ vt indign.* iunct. *l. filio 87. de leg.1.* At quarta, quam impubes adrogatus habere debet ex bonis adrogatoris, neque ex testamento, neq; ex iudicio & liberalitate testatoris percipitur sed ex Diui Pij constitutione & principali prouidentia *d.l. si adrogator* ideóq; dicitur æs alienum patris quoniam ab ipso adrogationis initio adrogator obligatur vt quartã bonorum suorum patrem tam in suo postremo iudicio quàm in casum emancipationis ei relinquat *l.2. C. eod.* Ergo non debet filius eam quartam perdere, tametsi querelam inofficiosi proposuerit, nec in ea obtinuerit, Sicuti nec perderet si quid aliud ei à testatore ex qua alia causa extrinsecus debebatur.

c *Quasi æs alienum.* Ratio dubitandi. Quarta quæ debetur impuberi adrogato ex constitutione Diui Pij non debetur nisi post mortem adrogatoris *l.2. § si impubere. ⁊. de collat.* Ergo non potest æris alieni iure censeri, non magis quàm legitima portio quæ vel liberis ex bonis parentum, vel parentibus ex bonis liberorum debeatur, Quæ etsi vulgo à nostris eius iuris esse creditur, vt æris alieni loco esse existimetur, quod necessariò relinquenda sit nisi iusta exheredationis causa interuenerit, apparet tamen vel maximè ex hoc, quàm dissimilis sit vtriusque quartæ ratio Si enim legitima portio esset æs alienum, perinde dicendum esset filium, cui pater aliquid in suo testamento pro legitima minus tamen legitima reliquisset, qui que ob eam causam de inofficioso egisset, nec obtinuisset, non debere quod accepisset perdere non magis quàm quartam debitam ex constitutione Diui Pij Atqui hoc falsum est. Ergo saltem fatendum est legitimam portionem æris alieni loco censeri non debere. Cur verò magis eam quæ debetur adrogato? An forte potentius erit ius legis quàm naturæ? & plus iuris habebit filius adrogatus in bonis sui adrogatoris, quàm filius naturalis in bonis patris naturalis? An non hoc absurdum est? *l. ⁊pe C. de adopt.* Ratio decidendi. Quæ ex constitutione Diui Pij debetur filio adrogato quarta in bonis adrogatoris, debetur omnimodo, & ab ipso adrogatore adhuc viuo, licèt ad eius præstationem quandiu viuit vrgeri non possit. Adeò vt eius quartæ petitionem transmittat etiam ad heredem quia personalis actio est *d. § si impubere,* quod in legitima portione diuersum est. Nec enim transmittitur ad heredem filij si non fuerit filio relicta, quamuis debita, nec eo magis tamen quòd debita nec relicta fuerit, transmittit filius querelam ad heredem si non eam prius præparauerit *l.6.§. vlt. supr.* Ergo non immeritò placuit quartam Diui Pij æris alieni loco censendam esse. Nec enim nouum est vt hereditarium æs alienum intelligatur etiam id de quo cum defuncto agi non potuit *l. hereditarium 7. de reb. autor. iudic. poss. d. l. hereditariarum 40. de oblig. & action.*

16 ¶ Si ex causa de inofficiosi cognouerit iudex, & pronuntiauerit contra testamentum, nec fuerit prouocatum: ipso iure rescissum est: & suus heres erit, secundum quem iudicatum est, & bonorum possessor, si hoc se contendit: & libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur, aut ab eo, qui soluit, aut ab eo, qui obtinuit: & hæc vtili actione repetuntur. Ferè autem, si ante controuersiam motam soluta sunt [a]: qui obtinuit, repetit, & ita Diuus Hadrianus, & Diuus Pius rescripserunt.

Ad §.16. si ex causa.

Ratio dubitandi. Res iudicata nullum aliud ius tribuit nisi quod & actionem in factum parit si pro actore iudicatum sit *l. actori 8. C de reb. credi.* & exceptionem rei iudicatæ reo acquirit *l.1. & tot. tit. de except. rei iud.* Ergo non potest facere sententia iudicis qui contra testamentum pronunciauit, licèt transierit in rem iudicatam, vt testamentum rescindatur ipso iure. Sunt enim certi modi quibus testamenta infirmentur ipso iure *tot. tit. Instit. quib. mod. testam. infirm.* inter quos sententia iudicis non est. Sed & verbum ipsum rescindendi nõ tam ius quàm factum demonstrat, in eóq; differt à verbo rumpendi, quod magis ad potestatem iuris refertur, vt dixi ad *§. si conditioni vers. quoniam ante a. ditam supr.* Ratio decidendi. Sententia quæ transiit in rem iudicatam pro veritate habetur *l. ingenuum 25. de stat. hom. l. res iudicata 207. de reg. iur.* Atqui in querela inofficiosi pronũciatur testatorem furiosum & dementem fuisse videri, & ideò testamen-

tum eius ipso iure non valere, Ergo post sententiam pro querela inofficiosi redditam, fatendum est testamentum quod per eam sententiam rescissum est, ipso iure non valere, proinde nec libertates competere, nec legata deberi *l. cum mater 28. j. hoc tit.* Et ita scribi in *hoc §. debuit*, non quomodo scriptum est *ipso iure rescissum est*. Sunt enim ista cōtraria rescindi testamentum, præsertim si addas, quod hîc addendum est *per sententiam* & rescindi ipso iure. Qui enim dicit fieri quid ipso iure, intelligit fieri sola iuris potestate ac sine vllo hominis facto: Qui verò dicit fieri quid per sententiam, factum hominis & iudicis demonstrat *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. sup. de pact.* Itaq; vel sula hęc verba possent sufficere vt Triboniani inscitiam detegerem, auderémque affirmare non magis Vlpiani esse hunc §. quàm alios tres illa quos Triboniani nō Vlpiani esse suprà ostendimus. Sed sunt alia multa in hoc §. quæ vt hoc ipsum sentiam me mouent. Primùm ipsa prima verba *si ex causa de inofficiosi*: Scribēdum enim erat *si ex causa inofficiosi*, aut *si ex causa de inofficioso* aut potiùs simpliciter *si de inofficioso*. Illa enim *ex causa* planè superuacua ne dicam inepta sunt. Cognoscitur enim de causa nō ex causa. Item quæ sequuntur *cognouerit iudex*. Nec enim Vlpiani temporibus quisquam de inofficioso cognoscebat sed iudices multi, id est Centumuiri, vt iam sæpiùs diximus ex *l. Titia 13. l. qui repudiantis 17. j. hoc t.* Item quod additur *Nec fuerit prouocatū*. Ad quem enim potuisset appellari à Centumuiris nisi fortè ad populum aut ad Principem ipsum? Centumuiralis enim iudicij magnitudo & autoritas hoc certè non patiebatur, vt Iustiniani verbis vtar in *l. vlt. C. de pet. h. r.* cùm centumuiri ius facerent *l. vlt. C. de liber. præter.* Centumuirale autem erat iudicium querelæ vt & cuiuslibet petitionis hereditatis *d. l. vl. C. de pet. hered l. pe. de liber. leg* Nisi & hunc locum coarctare velis ad eos casus quibus agatur de inofficioso non Romæ vbi ius reddebant Centumuiri sed in prouinciis vbi Proconsules vel Præsides ita ius dicebant vt tamen iudicem darent *l. 1. & 2. C. de ordin. iud.* Nam & sic necessariò intelligi debet, quod de appellatione à sententia contra testamentum lata scriptum est in *l. 5. §. si heres l. si perlusorio 14. j. de appel. l. si suspecta 29. vbi dicam j.* sed & postquàm sublata tandē est autoritas & nomen ipsum Centumuirorum, cœpitq; vel prętor vel alius magistratus etiam in vrbe de petitione hereditatis cognoscere, adeóque iudicem dare, cœpit etiam à sententia de hereditate lata posse appellari. Ideóq; nec dubitari potest, quin à Triboniano accommodati sint plerique loci iuris veteris ad ius nouū, vt & totus ipse titulus De petitione hereditatis in quo nulla vnquam fit mentio Centumuirorum, sed passim tractatur de iudice & de officio iudicis, vt ad eum titulum videbimus. Mouent me etiam verba illa *& bonorum possessor si hoc se contendit*. Nam præter id quod sunt parum elegantia, pro eo quod voluit Tribonianus dicere *si malit se bonorum possessorem quàm suum heredem dicere*, non est etiam bona comparatio sui heredis & bonorum possessoris. Non enim quemadmodum dicimus suum & necessarium heredē, ita quisquam dici potest suus & necessarius bonorum possessor, quia possessiones omnes peti aut saltem admitti necesse est, etiam illas quæ ex edicto competunt nec prætoris decretum requirunt. Itaque ex eo quod dicimus testamentum contra quod pronunciatum est pro querela, ipso iure nullum esse postquam rescissum fuit per sententiam, inferri quidem potest eum pro quo iudicatū fuit suum heredem ipso iure esse, sed non similiter potest etiam inferri esse eum ipso iure bonorum possessorem. Nec rursus ubi id minus quis suus heres est quod velit esse bonorum possessor cùm agnitio bonorum possessionis in suo herede inducat immixtionem, sicut in extraneo gestionem pro herede *l. puberem 12. C. de iur. delib.* Postremo ex iis sequentibus verbis moueor *& hac vtili actione repetuntur* quorum sensus est, legata soluta ab herede testamentario ex eo testamento quod posteà inofficiosum pronunciatum est repeti quidem cōdictione indebiti siue ab eo ipso qui soluit, siue ab herede legitimo pro quo iudicatum fuit sed vtili actione, non directa: Quod postremum falsum est. Repetuntur enim actione directa non solùm si repetantur per eum ipsum qui soluit, quod Accursius admittit, sed etsi per eum pro quo iudicatum fuit, licèt non soluerit, cùm ponamus soluta fuisse legata ex hereditate, quæ hodie ad ipsum pertinet. Neque enim nouum est vt quod vnus soluit, alius repetat etiam directa condictione *l. 2. §. 1. l. 5. j. de cond. indeb* Sed fuit facilis Tribonianus in vtilibus actionibus inducendis, tum quoque cùm sunt illæ vel non necessariæ vt in proposito, vel vllomodo indulgendæ, vt à nobis in pluribus lucubrationum nostrarum locis ostensum, & comprobatum fuit. Ex his igitur omnibus apparet totum hunc cōtextum Triboniani esse non Vlpiani. Nam & idem Tribonianus in *Nouell. 115. Vt cum de appell. cognosc. § aliud quoque capitulum* passim ista confundit. Testamentum rumpi, euacuari, Irritum fieri, & rescindi. quasi sint synonima, quòd prudentes nostri nūquam admitterent. Rescindi enim testamentū per querelam dicunt, non rumpi, non irritum fieri, non euacuari: Rescindi verò non ipso iure quod implicat contradictionem, sed per sententiam, & quidem Centumuirorum quæ non potest non transire in rem iudicatam *l. si pars 10. vbi dicam j.* iunct. *l. ad rescindendam 4. cum sequent. & pass. C. de rescind. vend* Intestatum enim non querela, nō ius facit sed ipsi Centumuiri *l. qui repudiantis 17. j.* Hodie tamen recessum est ab hoc ipso iure quod Tribonianus sub Vlpiani nomine in hoc §. expresserat, cùm sit constitutum in *d. Nouell. 115. cap. 3.* vnde sumpta est *Auth. ex causa C. de lib. præter.* vt siue rupto siue rescisso testamento ex causa præteritionis vel exheredationis, solæ institutiones corruant, legata verò & fideicommissa conseruentur, ac multò magis libertates, tanquam quæ sint cæteris omnibus fauorabiliores.

a *Si ante cōtrouersiam motam soluta sint* Ratio dubitandi. Plus iuris habet is qui de inofficioso agit post querelam iam institutam, quàm habeat ante motam controuersiam, quia ex tempore motæ cōtrouersiæ possessores omnes sunt malæ fidei possessores & prædones *l. sed etsi lege 25. §. si ante j. tit. prox.* Ergo si is qui obtinuit in querela, ius habet repetendi legata quæ ante controuersiam motam soluta fuerunt, multò magis ea poterit repetere quæ post motam cōtrouersiam soluta probabuntur. Ratio decidendi. Qui scriptus heres iam conuentus est post controuersiam motam soluit, non potuit soluere in præiudicium petitoris. Proinde non de hereditate soluisse intelligitur, quod facere exinde non potuit sed de suo. Ea verò res facit vt ipsi

Digitized by Google

vt ipsi competere debeat condictio qui & tenera soluit, & de suo soluit, non victori qui nec soluit, nec soluisse fingitur. Nihil enim petitoris interest cùm habeat possessorem obligatum vt hereditatē in eo statu restituat in quo fuit tempore motæ cōtrouersiæ aut saltem litis contestatæ *d. §. si antè.* E contrario interest possessoris vt habeat condictionem eorum quæ soluit post motam cōtrouersiam, quando solutionem illam imputare victori non potest, vt et tantò minus ex hereditate restituat.

17 ¶ Planè si post quinquennium inofficiosum dici cœptum est ex magna, & iusta causa: libertates non esse reuocandas, quæ competierunt, vel præstitæ sunt [a]: sed viginti aureos à singulis præstandos victori [b].

Ad §.17. Planè si post quinquennium.

Ratio dubit. Querela inofficiosi nō potest proponi post quinquenniū, cùm sit tēporalis & quinquennalis *l. contr. maiores 16. l. si quis filium 34. C. h. t.* Nisi si ei præscriptio minori obiiciatur *l. 2. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit.* Et tamen si quando iusta aliqua causa interueniat propter quam permittendum sit, vt querela etiam post quinquenniū proponatur, non eo minùs verum est idipsum accidere, quod accidit cùm intra quinquennium proponitur, vt faciat intestati exitum testator quasi qui & demens & furiosus fuerat eo tempore quo suprema ordinabat. Semper enim querela eodem colore proponitur, eundemque effectum habet. Ergo vel non est admittenda querela post quinquennium, vel si admittitur perinde dicendum est nec legata deberi nec libertates competere, ac si intra quinquennium proposita fuisset. Et sanè vel hoc vnum probat manifestè quàm verum sit quod diximus ad *§. præcedentem*, cuius hic non nisi appēdix est, totum hunc cōtextum Triboniani esse non Vlpiani. Nec enim ad supradictam rationem respondeti vllomodo potest, nec defendi ea distinctio, quasi fauorabiliores sint libertates post quinquennium quàm ante quinquennium. Vt neque ratio illa qua Tribonianus moueri se fatetur iis verbis *libertates non esse reuocandas, quæ competierūt, vel præstitæ sunt.* Nam si nihil aliud inspicimus nisi an libertates aliquando competierint, certum est etiam proposita intra quinquennium querela libertates directas ipso iure competiisse ex die aditæ hereditatis, cùm aditio quæ fuit necessaria ad aperiendum querelæ locum & quæ testamentū ipsum confirmauit, non potuerit etiam non confirmare libertates & directas & fideicommissarias eodem testamento datas: Si verò inspicimus an libertates vnquam competiisse videantur, certum est non magis posse videri vnquam competiisse illas quæ datæ sunt in testamēto quod post quinquennium inofficiosum esse pronunciatum est quàm si ante quinquennium proposita esset querela. Quomodo enim competere vnquam potuerunt ex testamento quod nunquam valere potuerit, tanquam factum à demente & furioso? *l. cum mater 28. ff.* Nec aliud est in libertatibus fideicōmissariis quæ tempore motæ post quinquennium querelæ, iam per heredem præstitæ reperiuntur. Sicut enim fideicōmissa legataq; cætera fiunt indebita, sic & libertates. Nisi quod non possunt repeti per condictionē quomodo legata & fideicommissa cætera repetiū tur *l. 2. §. 1. & l. 5. ff. de cond. ind. b.* quia libertates istæ non sola iuris potestate competunt vt directæ, nec ob id quòd ex testamento debeantur vt legata, sed ex facto & manumissione heredis. Facta autem condici numquam possunt non magis quàm haberi pro infectis *l. naturalis 5. §. quod si faciam infr. de præsc. verb.* Et ideò benè atque ex summa nō solùm æquitate sed etiam ratione constitutum est vt huiusmodi libertates semel præstitæ non reuocentur sed sufficiat à singulis qui manumissi sunt præstari victori viginti aureos, vt ea ratione nec serui libertate iam accepta fraudentur, nec heres fructu suæ victoriæ ac precio libertatis, arg. *l. ex his 8. infr. quæ in fraud. cred.* Sunt igitur hac parte fauorabiliores libertates fideicommissariæ quàm directæ, quia non tantùm testatoris vt directæ sed etiam heredis voluntate factoque competunt: nec possunt ipso iure reuocari tanquam indebitæ, cùm ab eo præstitæ sint, qui cùm esset dominus, potuit seruos suos manumittendos perducere ad libertatem etiamsi de iis manumittendis rogatus non fuisset, quamuis credibile sit non fuisse illum eos manumissurum si causa fideicommissi non præcessisset. At neque facilè potest dici quænam sit magna illa & iusta causa propter quam admittenda sit querela etiam post quinquennium. Si enim cum Accursio exemplum adferas in minore 25. annis ex *d. l. 2. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit.* dicam non esse accommodatum, quia minori quinquennium non currit ipso iure, vt scriptum est in *d. l. 2.* sed tantùm maiori *dict. l. contra maiores.* Tribonianus autem proculdubio his verbis significare voluit fauorabiliorem esse causam libertatis aduersus eum qui passus est se excludi tempore à iure proponendæ querelæ, quàm aduersus eum qui venit vt queratur intra tempus præstitutum. Porrò non potest excludi tempore alius, quàm is contra quem tempus currit ipso iure *l. cùm sex 55. inf. de ædil. edict. d. l. 2. & l. vlt. C. eod.* Ergo vt sit locus aliquis Tribonianæ distinctioni ponendum est non de minore tractari cui tempus querelæ non currit, sed de alio cui potuerit currere, sed qui tamen nihilominùs ex magna aliqua, & iusta causa sit admittendus ad querelam, ac proinde beneficio restitutionis in integrum. Nō enim alio quàm restitutionis auxilio & remedio succurri potest aduersus damnum quod ex lapsu temporis contigit actori *dict. l. vltim.* Atqui certum est adeò esse odiosam querelam, vt si semel omissa sit tacita etiam repudiatione quæ ex lapsu solo temporis inducatur, postea repeti numquam possit, vt neque actio iniuriarum cui simillima est *l. auxilium 37. supr. de minor.* iunct. *l. 1. §. sed si puta infr. si quid in fraud. patron.* Ideoque nimirum sic ius comparari necesse fuit vt tempora querelæ non currerent ipso iure contra minorem *d. l. 2. & l. 1. C. de in integr. restit. minor.* quia si currerent, nec minor ipse posset restitui. Quis ergo alius erit ille cui possit hoc casu dari restitutio ex magna & iusta causa, vt loquitur Tribon. Familiare ic. fuit Triboniano exceptiones istas passim addere, *nisi ex magna & iusta causa* non alia plerumque ratione, quàm vt iuris rationem quantumuis certam conuellat, nihilque in toto iure nostro certè relinquat. Sed neque

infinitinum illud verbum *libertates non esse reuocandas* habet quicquam à quo regatur, vt neque quod sequitur *sed viginti aureos a singulis præstandos victori.* Adeo parum curæ fuit Triboniano non solùm iuris ratio, sed & grammatica ipsa constructio in qua sanè ab Vlpiano erratum fuisse, quis vnquam credat?

a *Quæ competierunt vel præstitæ sunt.* Aliud ergo iuris est in fideicommissariis libertatibus nondum præstitis, quæ scilicet nec competierunt vnquam ipso iure, nec præstitæ vnquam fuerunt, ac proinde nulla indigent reuocatione vt non debeantur: Quod notandum est vt intelligamus non esse bonum argumentum à fideicommissariis libertatibus præstitis ad non præstitas, vt dicemus ad *l. seq.*

b *Sed viginti aureos à singulis præstandos victori.* Ea fuit olim cōmunis seruorū vulgarium æstimatio vt constat tam ex hoc loco & ex *l. seq. quàm ex l. 1. §. ne autem C. de commun. seru. manumiss.* vbi quos hic Tribonianus vocat aureos ibi dicit solidos.

9. MODESTINVS libro singulari de inofficioso testamento.

SI autem intra quinquennium egerit, libertates non competunt. Sed Paulus ait, præstaturum fideicommissarias libertates [a], scilicet viginti aureis & in hoc casu à singulis præstandis.

Ad l. si autem 9.

Ratio dubitandi. Etiam cùm intra quinquennium proponitur querela inofficiosi, prius tamen aditam esse hereditatem necesse est, cùm non cōpetat neque nascatur nisi ex die aditæ hereditatis *§. si cōdicioni sup. l. prox. l. si quis filium 34. inf. l. scimus 36. §. vlt. C. hoc tit.* Atqui statim atque adita hereditas est libertates directæ statim competunt & ipso iure, quippe quarum dies cedat ex ipso quoque instanti aditæ hereditatis *l. vnic. §. libertatibus C. de cadu. tollend. l. nam cùm libertas 8. inf. quand. dies legat. ced.* Ergo non potest verum esse quod hîc dicitur ex Modestino, Si intra quinquennium querela mota sit libertates non competere. Ratio decidendi. Competierunt quidem aliquādo & eo ipso instanti, quo adita fuit hereditas, Sed post propositam querelam quæ obtinuerit sicuti hereditas fingitur & intelligitur numquam adita ex testamēto illius qui furiosus & demens fuisse creditur, ex quo nec adiri iure potuit, adeò vt qui semel heres ex testamento fuerat, desinat esse heres ipso iure cōtra iuris regulas *l. in substitutione 33. inf. de vulg. & pup. subst. l. nam et si 15. §. vlt. l. mater decedēs 19. l. circa 24. infr. hoc tit.* Ita & euenit, necesse est vt cōtra aliam iuris regulam libertates quæ semel competierunt reuocentur: at non tanquam quæ competierunt sed eo potiùs colore quasi nunquam competisse intelligantur, quia neque ex furiosi testamento competere vnquam potuerunt. Itaque quod hîc scriptum est *libertates nō competunt* valde impropriè dictum est pro eo quod scribi debuit *libertates numquam competisse intelliguntur* vt vel ex eo maximè appareat esse hanc locutionem Triboniani, qui tantopere sibi placet in istis improprietatibus, non Modestini.

a *Sed Paulus ait præstaturū fideicōmissarias libertates.* Ratio dubitandi. Cùm intra quinquenniū querela proponitur nihil potest imputari actori, fitq; eo casu paterfamilias iure communi intestatus. Ergo etiam libertates fideicommissarias hoc casu intercidere necesse est, sicut & legata & fideicommissa cætera in eodem testamento relicta *l. prox. §. penultim. supr. l. cùm mater 18. infr.* cùm ipsæ quoque libertates directæ intercidant, quæ tamen vel hoc ipso sunt fauorabiliores fideicommissariis hac parte, quod aliquando competierunt, fideicommissariæ verò numquam, siquidem de iis agimus quæ numquam præstitæ fuerunt. Nam nec eæ quæ præstitæ sunt conseruantur nisi cùm ambo ista concurrunt vt & præstitæ sint & non nisi post quinquennium cœptum sit dici inofficiosum testamentum: vt dictum est ad §. vlt. legis præcedentis. Et verò qua obsecro ratione fieri potest, vt fideicommissariæ libertates quæ numquam præstitæ fuerunt, conseruentur facto patrefamilias intestato: præsertim si à legitimis heredibus non fuerint repetitæ *l. generaliter 24. §. ex testamento infr. de fideic. liber. l. 1. C. eod.* cùm nec deberi possint, etiamsi fuerint repetitæ, quia scilicet furiosus non magis ab intestato quàm ex testamento fideicommissa vlla dare potest. *l. Titia 13. inf. l. nec fideicommissa 36. de legat. 3.* His verò rationibus cogor dicere falsum esse, ac proinde Triboniano non Paulo vel Modestino adscribendum quod hîc dicitur, Etiamsi intra quinquennium actum sit querela cogendum esse victorem vt præstet fideicommissarias libertates, Nec vnquam mihi persuadebo ita scripsisse Paulum, cuius contrariam video sententiam in ipsius ad Scæuolam nota, quæ extat in *d. l. Titia in fi.* vbi ait nec fideicōmissa ab intestato data deberi quasi à demente: Præter id quod euidens ratio iuris facit vt hoc casu non possit esse melior condicio fideicommissariarum libertatū quàm cæterorum fideicommissorum. Quis enim vnquā audiit tantum esse fauorem libertatum vt per fideicommissum etiam à furioso dari possint? Aut quis vnquā dixit fauorabiliores esse libertates fideicommissarias, quę numquā pręstitę sint, quàm directas, quæ aliquando competierunt? Sunt certè fauorabiliores fideicommissariæ cùm præstitæ fuerunt, quia non tantùm testatoris sed etiam heredis qui manumisit voluntatem habent, nec corruente per querelam testamento & consequenter libertatis directis omnibus quæ non nisi ex testamento competierunt similiter potest dici corruere libertatem quæ cœperit competere ex manumissione facta non per testatorem, sed per heredem. Neque enim ratio manumittendi vsque adeo cohæret manumissioni, vt si ratio manumittendi corruat, ipsam quoque manumissionem corruere sit necesse, quemadmodum Papinianus dicebat rationem legandi legato non cohærere, & ideo posse legati causam falsam esse, nec eominùs legatum deberi *l. cùm tale 72. §. falsam causam ff. de cond. & dem.* Et hoc sanè est quod Tribonianum fefellit. Nempe quod vidit fideicommissarias libertates iam præstitas fauorabiliores esse directis iam competentibus ipso iure, atque ita peruersè suo more argumentatus est à præstitis ad præstandas, nec animaduertit præstitarum fauorem totum, non

exeo

ex eo quod à testatore relictæ, sed quòd ab herede præstitæ fuerint descendere: hanc verò rationem in præstandis locum non habere. Produnt etiam Tribonianum ablatiui illi absoluti quos habet tantopere familiares *scilicet viginti aureis & in hoc casu à singulis præstandis.* Ex quibus verbis iuncto eo quod scriptum est in §. præcedente apparet, Tribonianum traxisse ad libertates præstandas id ipsum quod non fuerat constitutum aut receptum nisi in fideicommissariis libertatibus iam præstitis, vt in singula capita & ab vnoquoque manumisso viginti aurei præstarentur, Quomodo & illud ipsum traxit ad libertates directas in *d. §. vlt.* nullo certè iuris aut æquitatis colore, cùm in directis libertatibus nullum heredis factum intercedat, propter quod adeò fauorabiles videri debeant, vt rescisso quoque testamento tanquam dementis hominis & furiosi, possint nihilominus subsistere: quod in fideicommissariis diuersum est. Sed me illud magis mouet ac penè torquet quod non video à quo fuerit hoc constitutum vt in singula capita seruorum manumissorum viginti aurei præstandi sint. Nec enim credendum est à prudentibus aut ab alio quàm ab imperatore aliquo temperamentum hoc induci & constitui potuisse. A quo igitur, nisi à Triboniano Imperatorem vt passim solet agente in responsis prudentum corrumpendis? Nam rescripta Diui Hadriani & Diui Pij, quorum mentio fit in *§. penult. l. prox. praeced.* non ad libertates pertinent quæ scilicet condici & repeti numquam possunt, sed ad cætera legata & fideicommissa quæ si indebitè soluta fuisse ex postfacto appareat, commodè per indebiti condictionem repetuntur, vt constat ex *l. 2. §. 1. l. 3. 4. & c. infr. de condict. indeb.* Video tamen Papinianum in *l. cum ex falsis 47. infr. de manum. testam.* referre ita constitutum fuisse à Principe, vt cùm ex falsis codicillis peregrinorum libertas licèt non debita præstita tamen per heredem fuit, viginti solidos à singulis hominibus heredi præstari oporteat. Ex quo infert, si condicionis implendæ gratia seruum institutus manumiserit, ac postea filius agendo de inofficioso obtinuerit vel testamentum fuerit falsum pronunciatum, consequens esse idem in hac specie fieri quod in falsis codicillis constitutum est, Vt scilicet fideicommissariæ libertates quæ iam præstitæ sunt conseruentur si modò viginti aurei ab vnoquoque heredi inferantur. Ergo verum est quod volumus, neque in directis libertatibus tale quicquam ab vllo Principe fuisse constitutum, sed tantùm in fideicommissariis, neque in fideicommissariis omnibus, sed in iis tantùm quæ iam præstitæ proponantur. Digna igitur res fuit & audacia & inscitia Triboniani vt quod in fideicommissariis duntaxat iisdémque præstitis libertatibus constitutum erat traheret ad directas, itémque ad fideicommissarias præstandas: quod neque Vlpianus, neque Modestinus, neque alius quisquam ex prudentibus vnquam fecisset.

10. MARCELLVS libro 3. Digestorum.

SI pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet [a]: humanus erit, sequi eius partis sententiam, quæ secundum testamentum spectauit [b], nisi si apertè iudices [c] iniquè secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.

Ad l. si pars 10.

Ratio dubitandi. Publicè interest non violari officia pietatis, eaque potissimum ratio induxit ius querelæ inofficiosi testamenti, & fecit vt esset publica accusatio, quemadmodum dixi ad *l. 1. sup. hoc tit.* Ergo in dubio ea sententia preualere debet, quæ fauet querelæ potiùs, quàm quæ fauet testamento: aut saltem in pari numero sententiarum neutra debet vincere, sed vt fieri solet in supremis curiis cùm par est numerus votorum, ex integro sententiæ rogantur, & numerantur, Ne alioqui res sine exitu futura sit propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem, Nisi adsint alij qui possint adijci, vt per eos ablata pars fiat numero potentior & vincat, *arg. l. item si vnus 17. §. principaliter supr. de recept.*

Ratio decidendi. Ad publicam sanè vindictam & vtilitatem pertinet, vt quisquis officia pietatis violauit demens & furiosus fuisse existimetur, quæ scilicet nemo sanæ mentis rectique iudicij vnquam fuerit violaturus: Sed cùm in querela inofficiosi de hoc ipso controuertatur, An testator aliquid fecerit contra pietatem, in dubio prouintiores esse debemus in eam sententiam vt non facilè pietatem violasse videatur: Idque ad publicam quoque non quidem vindictam, sed vtilitatem pertinet, vt nihil sit quod puniri debeat potiùs quàm vt puniatur, quod contra leges peccatum inuenitur. Nam in ipsa delictorum emendatione & coercitione licèt non tantùm optima sit, sed etiam necessaria in republica benè constituta, hoc tamen inest mali, quod præ se fert mentionem, & commemorationem delicti, cuius exemplum plerumque plus potest ad peccandi voluntatem in multis excitandam, quàm exemplum pœnæ ad peccandi licentiam in aliis refrænandam. Sed præter hanc rationem adest etiam fauor testamenti qui semper & vbique præcipuus est. Publicè namque expedit suprema hominum iudicia exitum habere *l. vel negare 6. infr. test. quem. aper. l. 1. C. de sacros. eccles.* quoniam qui testatur facit legem *l. verbis legis 120. de verb. signific. l. qui in testamento 14. infr. qui testam. facer. poss. §. disponat Nouell. de nupt.* legum autem conseruatio semper fauorabilis est, & maximè pertinens ad curam legislatoris. Nec distinguimus an qui testamentum impugnat sit ex liberis aut parentibus, an extraneus quilibet. Potior enim est causa testamenti quàm ipsorum liberorum parentúmve, Nec tantùm si inofficiosum testamentum dicatur vt in hac lege, sed etsi falsum, vel ruptum, vel irritum vel iniustum. In cæteris enim omnibus illis speciebus minor dubitandi ratio est, quin si par sit in vtramque partem numerus sententiarum ea pars sequenda sit quæ pro testamento facit, non ea quæ contra testamentum.

a *Quod interdum fieri solet.* In iudiciis enim centumuiralibus, quale fuit hoc iudicium querelæ inofficiosi par est numerus iudicantium,

siue Centum duntaxat viri essent, siue Centum & octoginta quot esse oportebat quoties iudicium quadruplex conscribebatur, vt refert Plin. libr. 6. epistolarum epist. 33. quæ res plerūq; sententiarum in pares numeros diuisionem inducit, quod numquam potest contingere numero iudicum impari constituto *d. l. item si vnius 17. §. principaliter supr. de recept.* Cùm verò id contingit alterutrum dici necesse est, vt vel controuersia fiat sine exitu quod & natura & lex abhorret, vel ea sententia præualere ac vincere debeat quæ fauorabilior videatur, *l. inter pares 38. inf. de re iudic.* vbi ob hanc causam dicitur inter pares numero sententias in liberalibus causis eam præualere quæ sit pro libertate, In cęteris verò iudiciis, siue publicis siue priuatis eam quę à reo. Sunt enim rei fauorabiliores *l. fauorabiliores 125. de reg. iur.*

b *Quæ secundum testamentum spectauit.* Abūdat dictio *spectauit* quæ nec vllius sensus est. Fuit autem, vt credibile est, addita ab interprete valde imperito, qui orationem quasi sine verbo mancam & imperfectam existimabat, nec videbat posse multò elegantiùs, & debere suppleri priora illa verba *sententiam dederit*. Ergo vel ex hoc maximè loco colligę quàm inepti, & imperiti fuerint plerique ex tot interpretibus qui libros nostros tractarunt.

c *Nisi si apertè iudices.* Hæc verò exceptio est, quam monui iam in præcedentibus mihi suspectam esse, Non quia dubitem an sit Marcelli, sed quia cùm Marcelli esse non possit, pendeo animi an eidem interpreti de quo proximè diximus, an Triboniano potiùs sit adscribenda. Est enim prorsus inepta: & quæ priorem legis sententiam protsus destruit. Pone enim quantum voles, apertè iudices iniquè secundum heredem scriptum pronunciasse, idque ex actis litis apparere. Quis tamen de hoc cognoscet an sententiam feret? An fortè Centumuiri qui iam officio suo siue bene siue malè functi sunt? An plus iuris habebunt, aut potiùs plus infamiæ quàm prætores, ceterique magistratus, & à magistratibus dati iudices, quibus non solùm turpe sed etiam interdictum erat ne sententiam definitiuam quam semel tulissent retractare vnquam aut corrigere possent? *l. quod iussit 14. l. Paulus respōdit 42. l. iudex posteaquam 55. inf. de re iud.* An fortasse credendum erit cōdemnato qui se dicat apertè iniquè condemnatum? quasi quem æquum sit iudicem fieri in causa sua? At hoc nimis euidenter absurdum & iniquum est *l. Iulianus ait 17. supr. tit. prox. l. vnic. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic.* Sed neque hæc adiectio sic concepta est, vt iniquitatem centumuiralis sententiæ allegari sufficiat. Requirit enim vt de ea iniquitate apertè appareat. Cui verò? & quis tandem erit ille qui pronunciare poterit idipsum apertè apparere? Ergo non potest hæc adiectio effectum aut casum aliquem vtilem habere, nec promde rationem vllam. Semper enim standum est rei iudicatæ quantumuis iniqua sit, adeóque licèt per gratiam aut per errorem malè pronunciatum fuisse appareat, idque propter rerum iudicatarum autoritatem *l. seruo 61. §. cùm prætor infr. ad SC. Trebell.* Sed hic mos fuit Triboniani vt iuris propositionibus quantumlibet certis, vniuersalibus, nec vllam exceptionem admittentibus, exceptiones subnectat, easque si non penitus falsas, saltem obscuras, nec ad aliud aptas nisi vt quod per se certum & apertum est incertum faciant & obscurum. Miror verò doctissimum virum Iac. Cuiacium *lib. 10. Obser. cap. 20.* non modò hanc exceptionem probare sed etiam exemplum ad eam petere ex Plinij epist. 33. lib. 6. quasi Accia Variola de qua ille obtinuerit totam hereditatem patris quamuis pars iudicum pro testamento pars contra testamentum pronunciasset. Nam imò verò affirmat Plinius duobus tantùm consiliis eam vicisse, Vno scilicet contra nouercam quæ fuerat ex sextante tantùm heres scripta. Altero contra Suburranum, ex parte nimirum aliqua hereditatis institutum. At totidem aliis consiliis victam fuisse, id est, vt ego interpretor à duobus aliis heredibus qui ex reliqua hereditate fuerant instituti, quorum quippe causa fauorabilior visa erat, quàm aut nouercæ aut eius qui à patre suo exheredatus aliena bona vindicabat non ausus sui petere. Nec enim nouum est vt diuersi heredes diuersi quoque iuris sint *l. nam et si 15. §. vlt. l. circa 24. infr. eod.*

1 ¶ Illud notissimum est, eum, qui legatum perceperit, non rectè de inofficioso testamento dicturum: nisi id totum alij administrauit a.

Ad §. 1. Illud notissimum est.

Ratio dubitandi. Admittitur ad querelam ex ratione iuris veteris quisquis non habuit à testatore legitimam portionem *l. Papinianus 8. §. si quis mortis & §. quoniam autem & pass. sup. eod.* Atqui potest fieri vt minus sit in legato quàm in legitima portione, Et verò ita ex facto contigisse ponendum est quoties quæritur vt in hoc §. an qui legatum percepit summouendus sit à querela. Nec enim posset conqueri etiam is qui legatum non percepisset, si modus legati modo legitimæ responderet. Ergo cùm quæritur. An legatarius possit agere de inofficioso, non illud inspiciendum est, An legatum perceperit, sed an ex legato tantùm perceperit, quantum ei pro legitima debuit relinqui. Ratio decidendi. Qui semel iudicium defuncti agnouit, non est postea audiēdus si velit illud oppugnare *d. l. Papinianus §. si codicillis s. l. nihil interest 12. ff.* Atqui legatarius qui percipit legatū agnoscit iudiciū defuncti *l. pen. §. pen. ff.* adeoq; legatarij heres si petat legatū *l. vlt. §. 1. eo.* quia legatarij omnes veniūt ad legatum ex iudicio, expressaq; voluntate testatoris *l. cui si sub condicione 8. in fi. & pass. ff. si quis omiss. caus. test.* Ergo qui legatum percepit ex eo testamēto quod nunc vult inofficiosum dicere, quamuis minus perceperit quàm ei pro legitima debebatur, potest quidē agere de inofficioso summo iure, quia semper verum est non satisfecisse officio pietatis testatorem qui non integram legitimam ei dedit, sed nō rectè aget quia veniet contra iudicium quod ipse vltrò agnouit, cùm agnoscere nō cogeretur, ideoq; præscriptione, & doli exceptione summouebitur *d. l. nihil interest.* Dicat aliquis Legata, præsertim si per vindicationem relicta sint, qui omnium frequentissimus fuit iure vetere legandi modus, ipso iure acquiri legatario etiam ignoranti, adeò vt dominium recta via transeat à testatore in legatarium numquam factum heredis *l. legatum 80. ff.*

Item

l. cùm pater 77. §. surdo de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. de furt. Nihil ergo posse imputari ei qui legatum percepit, quod nec repudiare potuit, quia post acquisitionem sera repudiatio est *l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia Titia eod. l. 2. §. decretalis infr. de success. edict.* Sed respondendum est duplicem esse acquisitionem legati. Vnam, quæ fit iuris potestate & per quam res legata acquiritur legatario etiam ignoranti, sed non inuito. Liberum enim est ei repudiare legatũ *l. legatarius 38. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1.* quoniam scilicet inuito nec beneficiũ dari potest, vt habet iuris regula, nec liberalitas acquiri *l. inuito 69. de reg. iur. l. hoc iure 19. §. nõ potest de donat.* Aliam, quæ ex legatarij voluntate pendet, nec nisi per expressam voluntatis declarationem inducitur, de qua in *l. ei qui 13. infr. de condic. instit.* Et hoc modo acquisitum legatum repudiari postea numquam potest. De hac verò posteriore acquisitionis specie loquitur hic §. Nemo enim aut ignorans aut inuitus percipit legatum, Perceptionis enim nomen ad factum non ad ius refertur *l. si vsusfructus 66. in fi. infr. de iur. dot.* Acquisitionis verò ad ius magis quàm ad factum *l. placet 79. de acquir. hered. l. etiam 32. de acquir. rer. domi.* Illud obseruandum est non eandem rationem esse condictionis quæ hodie competit ad supplementum legitimæ ex *l. omnimodo 30. C. hoc tit.* Nam etiamsi legatum sibi testamento relictum quis agnouerit, non ideò prohibetur agere ad supplementum, Nec si testator prohibuerit ne quid amplius peteretur quia quicquid in fraudem supplementi adiectum est habetur pro non adiecto *d. l. omnimodo l. quoniam in prioribus 32. l. si quando 35. §. & generaliter eod. tit.* Et supplementum ipsum per actionem ex testamento petitur non contra testamentum in quo maximè differt hæc actio à querela inofficiosi, vt mirum non sit aliis eam legibus regi, quamuis subrogata fuerit in locum querelæ. Ideo enim subrogata fuit vt planè diuerso iure non vt eodem censeretur.

a *Nisi id totum alij administrauit.* Ratio dubitandi. Qui alij aduocationem præbet vel ab alio procurationem suscipit, is proculdubio alij rem & negotium administrat non sibi, *l. inter officium 54. inf. de rei vindic.* Atqui si exheredatus petenti legatum ex testamento aduocationem præbuerit, aut ab eo procurationem susceperit, remouetur ab accusatione, quod agnouisse testamentum videatur, qui qualequale iudicium defuncti comprobauit *l. vlt. in princip. infr. hoc tit.* Ergo etiam qui totum negotium alij administrauit si quoquomodo iudicium defuncti agnouerit repellendus est à querela.

Ratio decidendi. Officij necessitas & fides eius qui alienorum negotiorum administrationem suscepit, debet esse excusata *l. post legatum 5. §. Aduocatum fisci l. amerum 12. inf. de his quæ vt indign.* quia nemini officium suũ siue publicum, siue priuatum damnosum esse debet *l. videlicet 19. supr. ex quib. caus. maior. l. sed si quis ex signatoribus 7. infr. testam. quem. aper.* Ergo si quis alieno nomine, puta tutor nomine pupilli, aut curator nomine furiosi legatum acceperit, non ideò prohibendus est agere de inofficioso ex propria personâ, sicut è contrario tutoribus permissum est pupilli nomine querelam instituere sine periculo eius quod eodem testamento legatum iis fuit *l. aduersus 30. §. 1. infr. hoc tit.* Videtur enim quasi alius percepisse, & quasi alius nunc agere, licèt vnus ac idem homo sit qui & nunc agit & legatum percepit, arg. *l. si paterfamilias 15. §. 2. supr. de adopt. l. item eorum 6. in princip. inf. quod cuiusque vniuers.* Sed hoc de iis dictum intelligi debet, qui totam rem alij administrarunt, ex necessitate officij quod ex necessitate quoque non vltrò susceperint, Quale est officium tutoris & curatoris, at non etiam aduocati vel procuratoris. Liberum enim est aduocationem præbere, vel recusare, itémque procurationem suscipere vel non suscipere in hac vel illa causa. Excipitur aduocatus fisci qui quoniam ad omnes fiscales causas assumitur, numquam se excusare potest quominùs fiscalem causam prosequatur *d. § aduocatum fisci.*

II. MODESTINVS libro 3. Responsorum.

ETiam si querella inofficiosi testamenti obtinuerit: non ideò tamen donationes, quas viuus ei perfecisse proponitur, infirmari, neque in dotem datorum partem vindicari posse respondi.

Ad l. etiamsi 11.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi rescindit testamentum eo colore quasi testator fuerit demens & furiosus *l. 2. l. 5. sup. hoc tit.* Atquin is qui demens & furiosus est non magis donare siue inter viuos siue mortis causa aut dotem constituere potest, quàm testari, quia nihil omnino facere potest quod consensum aliquem & voluntatem requirat *l. in negotiis 5. de regul. iur.* quia nec sentire intelligitur *l. si tibi 8. §. vnius de optien. legat.* Ergo si is qui querelam inofficiosi testaméti proposuit in ea obtinuerit, fatendum videtur non minùs donationes illas infirmari quas testator viuus perfecerit, quàm testamentum ipsum, & consequenter dandam victori vindicationé partis bonorum quæ ab eodem testatore in dotem alteri data reperiuntur, pro ea scilicet parte successionis quam ab intestato habere victor debet: quasi dubitandum non sit quin manserint in patrimonio & hereditate defuncti omnia quæ voluit alienare tanquam nec alienata. Est enim alienatio is demum actus per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal.* Dominij autem translatio quælibet furioso est interdicta, adeòque quod magis est ipsius etiam curatori nisi quatenus exigit negotiorum administratio & vtilitas furiosi *l. Iulianus 10. §. 1. & legib. sequent. infr. de curat. furios.* Quæ distinctio vix est vt cadat vnquam in donationem cùm donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. infr. de donat. l. rem legatam 18. infr. de adim. legat.* licèt ita videatur distinxisse Caius in *l. vltim. infr. de curat. furios.* si tamen exceptio posita in fine illius legis, Caij est non Triboniani, vt alio loco monuimus. Ratio decidendi. Querela inofficiosi testamenti quod nomen ipsum ostendit, nihil nisi testamentum aut ad summam vltimam voluntatem oppugnat & subuertit, vt facto patrefamilias intestato victor possit, vel in totum, vel pro parte obtinere hereditatem & ea, quæ in causa hereditatis inueniuntur. Atqui ea quæ viuus, id est, inter viuos quis donauit, sunt

extra corpus patrimonij & extra causam hereditatis, tametsi donata sint illi ipsi qui posteà heres scriptus inuenitur, quia fuerat ea habiturus etiam alio herede existente *l. si quens quæstio de legat. 2.* sicut & ea quæ in dotem data fuerunt *l. dote 9. C. de rei vind. l. vlt. §. 1. in fi. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. vlt. de collat. dot.* Ergo nec donationes inter viuos factæ infirmantur per querelam, nec datio in dotem: Non enim per querelam inofficiosi hoc intenditur fuisse testatorem absolutè furiosum ac dementem, sed eo demùm & præcisè instanti quo suprema ordinabat. Proinde querela inofficiosi ea tantùm potest subuertere quæ pertinent ad supremam defuncti voluntatem *l. nec fideicommissa in fin. de leg. 3.* Illa tantùm quæstio superesse potest, An adeò sit generalis sententia huius legis, vt pertineat etiam ad donationes causa mortis. De qua quoniam fusissimè scripsimus in Hemischiliade De errorib. pragmat. nihil nunc dicemus.

12. MODESTINVS libro singulari de Præscriptionibus.

NIhil interest, sibi relictum legatum filius exheredatus adgnouerit an filio, seruóve relictum consecutus sit: vtrubique enim præscriptione submouebitur. Quinetiam si idem [a] institutum seruum priùs, quàm adire hereditatem iuberet manomiserit, vt ille suo arbitrio adeat hereditatem, ídque fraudulento consilio fecerit: summouebitur ab actione.

Ad l. nihil interest 12.

Ratio dubitandi. Qui legatum ex testamento consecutus est alterius nomine, non ideò prohibetur querelam instituere proprio nomine *l. si pars 10. §. 1. supr. hoc tit.* Atqui cùm legatum filio vel seruo relictum est, & pater aut dominus id agnoscit, & percipit, haud dubiè id consequitur quod alij relictum fuit, non quod sibi. Non enim quod filio vel seruo legatur, ipsi etiam patri aut domino absolutè legatum intelligitur, quamuis per filium vel seruum patri aut domino acquiratur. Vnde est etiam quod si quid implendæ condicionis causa filio vel seruo dari testator voluit, in ipsius filij vel serui non in patris aut domini persona impleri condicio debet *l. qui heredi 44.* Ergo multum interest an sibi relictum legatum filius exheredatus agnouerit, an verò quod filio seruóve relictum est, cõsecutus sit. Priore siquidem casu dubitatio nulla est quin si querelam velit proponere, debeat summoueri præscriptione atque exceptione agniti testamenti, non etiam posteriore. Ratio decidendi. Quod alicuius filio vel seruo legatum est facta patris vel domini mẽtione, puta *Titio filio Sẽpronij* aut *Sticho seruo Titij*, non tam filio vel seruo quàm patri ipsi aut domino legatum intelligitur, *l. filiofamilias 42. de condit. & demonstr.* Vnde fit vt quamuis non possit alius onerari fideicommisso quàm qui honoratus est *l. ab eo 9. C. de fideic.* in proposito tamen casu fideicommitti patris vel domini potest *l. cùm filiofamilias 11. de legat. 2.* Itémque vt legatum seruo delatum dominus potest repudiare *l. legatum 7. eod. tit.* Perinde igitur agnoscit defuncti iudicium pater vel dominus qui legatum filio vel seruo relictum consequitur, atque si quod ei relictum esset consequeretur. Non enim alieno nomine id facit vel suo, nec ad commodum alterius sed ad proprium, quia quod legatur filio vel seruo sic acquiritur patri vel domino, vt acquisitio ne momento quidem temporis consistat in persona filij vel serui *l. placet 79. de acqu. hered. l. 1. infr. si quis a parent. manum. sit.* licèt non eo magis acquiratur patri vel domino inuito *d. l. legatum.* Alia causa est eorum quæ filio vel seruo condicionis implendæ causa dari debuerunt. Non enim potest condicio impleri nisi in persona ipsius filij vel serui, quia condiciones omnes facti sunt non iuris, quæ autem sunt facti non transeunt ad patrem vel dominum *d. l. qui heredi 44. l. Meuius 55. de cond. & demonst.* *l. quod dicitur 130. de verb. obl.* Nihil igitur interest an sibi relictum legatum filius exheredatus agnouerit, an filio seruóve suo relictum legatum consecutus sit, quia vtrolibet casu præscriptione submouendus est, tanquam quem æquè verum sit vtroque casu agnouisse testamentum defuncti & iudicium, quod nunc vult impugnare.

a *Quinetiam si idem.* Ratio dubitandi. Cùm filius exheredatus seruum suum heredem institutum manumittit priusquàm eum iubeat adire hereditatem, certum est seruo post manumissionem adeunte hereditatem non acquiri eam filio qui per manumissionem dominus esse desijt, sed ipsi seruo, qui factus ex manumissione liber, potest sibi acquirere, & arbitrio suo adire hereditatem *l. si seruus eius 82. infr. de acqu. hered.* vbi dicitur hoc obtinere etiam in seruo illius qui capere ex testamento non poterat. Ergo non potest videri filius in hac specie iudicium patris agnouisse, ex quo neque honorem, neque commodum vllum perceperit, & consequenter non est prohibendus filius hic exheredatus quominùs instituat querelam post aditam à manumisso hereditatem. Ratio decidendi. Id obtineret, si nihil in fraudem legum & testamenti factum à filio proponeretur, vt in *d. l. si seruus eius.* At ponimus cum Modestino factam esse hanc manumissionem fraudulento consilio vt filius exheredatus qui non poterat queri nisi post aditam hereditatem, nec tamen eo casu quo seruus institutus adijsset iussu eius, eámque hereditatem acquisiuisset per istas manumissionis insidias assequeretur, vt adita per alium hereditate & alij quàm ipsi filio acquisita iustam haberet causam, vel potiùs occasionem, non maioris commodi ex hereditate per querelam consequendi (quid enim amplius sperare potest is, qui totam hereditatem per seruum fuerat habiturus?) sed suggillandæ memoriæ patris, quasi dementis hominis & furiosi. Cuius tam impij consilij fructum non alium ferre filium æquum est, quàm vt à querela si eam postea contra manumissum proponere velit, submoueatur, non quasi iudicium defuncti agnouerit, sed quia dolo malo fecit ne agnosceret, cùm posset suo desiderio æquè satisfacere retinendo seruum suum in potestate, iubendoque pro suo iure vt hereditatem adiret. Nam si quis replicet posse filij interesse, & ad eius existimationem non parum pertinere, vt per querelam appareat fuisse

fuisse illum minùs iustè exheredatũ, Dicam quod verissimum est, Numquam filio exheredato dari querelam ob id solùm quòd exheredatus sit, sed ob id potiùs, quòd ita sit exheredatus, vt tamen non habuerit à patre debitam ex legibus portionem, quippe quæ filio data, liberum olim erat patri filium etiam immerentem & pro arbitrio exheredare *l. Papinianus 8. §. si quis mortis, & § quoniã autem, & pass. sup. l. an suis 13. de liber. & posthum.* At in proposito non tantùm legitimam potuit habere filius, sed etiam totam hereditatẽ, si seruum suum heredem ex asse institutum adire iussisset, Adeò que ex iudicio ipso defuncti, Cùm is qui seruum alienum heredem instituit, non alterius quàm domini contemplatione instituere illum videatur, sicut neque ex sua, sed tantùm ex domini persona seruus capax est institutionis *l. non minus 31. ff. de hered. inst.* iunct. *l. si serui 21. & seq. ff. de vulg. subst. l. filiofamilias 42. de condic. & demonstr.* Proinde sibi debet imputare filius qui facto suo & consilio tam fraudulento paternam hereditatem amittere maluerit, quàm ex testamento per seruum habere, ob hoc solùm vt posset queri, patrémque suum eo colore quasi furiosus fuerit, facere intestatum.

1 § Si à statulibero exheredatus pecuniam petere cœperit, videri adgnouisse parentis iudicium.

Ad §. 1. si à statulibero.

Ratio dubitandi. Quod accipitur siue à statulibero, siue ab alio condicionis implendæ causa, nõ imputatur in legitimam portionem, quia neque ex bonis, neque ex iudicio defuncti accipitur, sed ex sola eius qui dat voluntate, ideoque non potest excludere querelam, vt pluribus probauimus ad *l. Papinianus 8. §. si condicioni. sup. ex l. si sub condicione 8. ff. si quis omiss. caus. test. l. si ita l. sed autem 76. ad leg. falcid.* Atqui longè minus est petere quàm accipere. Nec rursus potest videri petiisse is qui neque ius petendi vllum habuit, neque in petitione perseuerauit, Sicut è contrario dicimus, non nocere quod quis de inofficioso agere cœperit si nõ perseuerauerit in lite *dict. l. Papinianus. § meminisse sup. l. nam et si 25. §. 1. ff.* Ergo nõ ideò potest filius exheredatus summoueri à querela; quòd pecuniam quam statuliber ei dare iussus erat, petere ab eo cœperit, Præsertim cùm ea petitio sit sine effectu non minùs quàm in specie § seq. quia quod implendæ condicionis causa dari debet in præstatione tantùm est non etiam in petitione *l. 1. de pen. leg. l. 1. §. item si ita. ad leg. falcid. l. cum sine præfinitione 1 ff. quand. dies leg. ced.* Porrò dici solet petitionem quæ sine effectu fuerit, non nocere ex *dict. § seq.*

Ratio decidendi. Filius exheredatus qui à statulibero pecuniam cœpit petere, licèt inutiliter & nullo iure ac proinde sine effectu egerit, perinde tamen iudicium parentis agnouisse intelligitur, acsi pecuniæ ex testamento petendæ ius habuisset, cùm vtraque petitio tam quæ nullo iure quàm quæ iustè ex testamento fit, præsupponat testamenti iudiciique validitatem. Quis enim tam demens & furiosus sit vt quicquam velit petere ex testamento illius, quem credat fuisse dementem & furiosum eo tempore quo testabatur. Ergo periodo submouendus est præscriptione acsi iure optimo egisset, suæque petitionis effectum habuisset. Siquidem nihil vetat testamentum iudiciúmque defuncti agnosci etiam ab eo qui tamen nihil ex testamento iudicioque ipso consequatur. *l. filio præterito 17. ff. de iniust. rupt.* Plus igitur hac parte est, Petere ex testamẽto, quàm accipere. Accipitur enim quod datur, etiamsi non debeatur. Petitur autem id tantùm quod debetur, aut saltem eo colore quasi debeatur, vt ipsa actionis definitio ostendit. *l. nihil aliud 51. de oblig. & action.* Petitionis enim nomine factum magis quàm ius significatur, nec quicquam vetat, etiam in iudicio peti temerè id quod nullo iure debeatur *l. nuda 5. Cod. de contr. & committ. stipul.* Quod verò aiũt, petitionem quæ sine effectu fuit, nõ nocere falsum est, Nisi etiam illud concurrat vt aliquid sit quod ipsius testatoris vitio reputetur, vt in specie *§. prox. seq.* vbi dicam. Videtur sanè hic locus Tribon. fefellisse, vt crediderit summouendũ à querela eum qui pecuniam condicionis implendæ causa datam accepit, quasi & is agnouerit iudicium defuncti *d. §. si condicioni,* vbi pluribus scripsi.

2 § Si cùm filius ademptum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querelam: præscriptione remouendus non est. quamuis enim, agendo, testamentum comprobauerit; tamen est aliquid, quòd testatoris vitio reputetur, vt merito repellendus non sit.

Ad §. 2. si cùm filius.

Ratio dubitandi: Filius qui legatum sibi à patre in testamento relictum, sed posteà ademptum, instituit cœpitque petere ex testamento, licèt summotus & condemnatus sit, quia malè egit, cùm ademptum legatum nullo iure debeatur, tanquam si nec datum esset: *l. 3. §. vl. & pass. de adim. leg.* (etsi reuera aliud est ademptum quid esse, aliud verò datum non esse *l. 1. §. pen. ff. de his quæ in testam. delent.*) perinde tamen testamentum comprobauit agendo ex testamento; atque si iure optimo egisset. Exemplo eius, quod diximus in *§. præcedente,* illum qui à statulibero pecuniam condicionis tantùm implendæ causa dandam petere cœperit, hoc ipso videri defuncti iudicium agnouisse, quamuis petitio fuerit sine effectu, quia nullo iure nitebatur, Est enim longè maior ratio, vt videatur iudicium defuncti agnouisse hic qui petit legatum, quamuis ademptum, quia verum est legatum quod posteà fuit ademptum, aliquando datum fuisse (alioqui ademptio non valeret) adeoque ex iudicio expressaque voluntate testatoris, quod de iis quæ implendæ condicionis causa dantur dici numquam potest *l. si sub condicione 8. si quis omiss. caus. testa. l. inter mortis 38. de mort. caus. donat.* Ergo si filius hic qui cùm ademptum legatum instituisset, cœpissetque petere ex testamento summotus est ab actione, posteà repetat inofficiosi querelam, quasi natam ex ipsa condemnatione per quam apparet nihil huic filio relictum fuisse, præscriptione tamen agniti iudicii æquè remouendus est.

Ratio decidendi. Cùm testator legatum quod filio dederat, ademit, verum est per ipsum testatorem factum esse ne legatum tale ex ipsius iudicio

Google

& testamento debeatur, quod vtique deberetur tanquam ritè rectéque datum si ademptum non fuisset. Proinde facto ipsius testatoris contingit, vt petitio legati per filium instituta, sine effectu sit. Ergo cùm hic aliquid sit quod testatoris vitio tribuatur qui vel nihil dare filio debuerat, vel nihil adimere, dignus est filius qui admittatur ad querelam. Non enim petitionem legati instituisset, si nihil ei pater legasset, neque rursus petitio illa fuisset sine effectu si legatum pater non ademisset. Patris igitur factum in causa est, vt & legati petitio fuerit instituta, & sine effectu. Nec sanè à dementia valde abest ista inconstantia eius qui quod dedit adimit, nisi cùm ademptio fit ex aliqua noua causa, quæ post dationẽ superuenerit, licèt non aliã causam habere necesse sit debeat quàm nudã adimentis voluntatem *d. l. 3. §. vl. de adim. leg.* At extra hunc casum & alios si qui sunt similes, in quibus aliquid fit quod testatoris vitio reputari possit, petitio ex testamento facta, etiam quæ sine effectu fuit, sufficit ad querelam excludendam, non quidem ipso iure, sed per exceptionem & præscriptionem, quia inducit approbationem testamenti & agnitionem voluntatis defuncti, vt dixi ad *§. præcedentem.*

3 ¶ Filius testatoris, qui cum Titio eiusdem pecuniæ reus fuerat, liberatione Titio legata, per acceptilationem Titij liberatus, ab actione inofficiosi non summouebitur.

Ad §. vlt. filius testatoris.

Ratio dubitandi. Testatoris filius, qui correus debendi fuerat cum Titio legatario liberationis, si Titius per acceptilationem liberatus sit ab herede, æquè ipse ac Titius per eiusmodi acceptilationem ipso iure liberatur, quia correorum debendi vna tantùm obligatio est, & vnius summæ, licèt ipso iure singuli solidum debeãt *l. 1. & l. 3. §. 1. ff. de duobus reis.* Proinde solutio sufficit ad tollendam omnem omnium obligationem *dict. §. 1. in fin.* Et consequenter vna acceptilatio vni ex correis facta *d. l. 2.* quia licèt acceptilatio non nisi imaginaria & ciuilis solutio sit *§. 1. Inst. quib. mod. tollit. oblig.* verè tamẽ & naturalis solutionis vim ac potestatem obtinet, eiúsque exẽplo liberationẽ adferre solet *l. pen. ff. de solut. l. in diem §. de acceptil. l. si rem aliquam 38. §. si duo rei. ff. de nouat.* Atqui ponimus Titio legatam fuisse liberationem eo ipso testamento, quod filius inofficiosum dicere nunc velit. Ergo quemadmodum Titius si ex iis personis esset, quæ ad querelam admitti possunt, non esset audiendus percepto liberationis legato si vellet queri de inofficioso, quoniam liberationem consequendo per acceptilationem, vtique testamentum defuncti comprobasset, eiúsque iudicium agnouisset *l. si pars 10. §. 2. 3. hoc tit.* Ita & filius exheredatus in proposita specie videtur repellendus si querelam mouere velit posteaquàm legatæ liberationis emmodum percepit per factam correo acceptilationem: Quasi non possit iudicium non agnouisse is, qui ex eo iudicio etiam commodum quod magis est, percepit. Ratio decidendi. Acceptilatio quidem Titio facta, filium exheredatum correum debendi liberat, & quidem ipso iure, sed non tam ex iudicio testatoris quàm ex necessitate iuris, nec principaliter, sed tantùm per consequentiam adeò necessariam vt neque per contrariam testatoris voluntatem impediri possit. Nam etsi testator maximè voluit prospectum soli Titio cui liberationem legauit, non etiam filio, si tamen Titius per acceptilationem liberetur, non eò minus liberabitur filius, quod eum obligatum manere testator voluerit, Ideóque ne hoc accidat contra testatoris voluntatem sufficit vt paratus sit heres liberare Titium pacto nudo, nec est cogendus vt liberet per acceptilationem *l. 3. §. nunc de effectu. ff. de liber. leg.* vbi tamẽ additur exceptio Nisi correi isti fuerint etiam socij propterea quòd eo casu non videretur Titius plenè liberatus, ni socius quoque liberaretur. Ergo si acceptilatio facta Titio sit ab herede, siue per acceptilationem, siue per pactum liberare Titium heres debuit, non potest dici filium quamuis æquè liberatum agnouisse iudicium defuncti, quo etiam inuito necesse esset illum liberari, adeóque quod magis mirere, non modò ignorantem, sed etiam inuitum. Nam quemadmodum soluendo quisque pro alio licèt ignorante & inuito eum liberat *l. soluẽdo 39. ff. de negot. gest. l. solutione 23. de solut.* ita & acceptum ferendo. Quis igitur dicat videri agnitum à filio iudicium patris & testamentum ob id solùm quòd ex eo testamento perceperit commodum liberationis, quod & inuito ei potuit obtingere, & ipso quoque inuito patre? Rectè autem hic §. ab omnibus accipitur de filio emancipato. Filius enim retentus in familia & potestate, non magis potest quicquã debere patri ciuiliter quàm sibi ipsi propter impedimentum, quod induceret ex vinculo patriæ potestatis *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. l. Imperator 50. ad SC. Trebell. l. sine emancipatus 17. C. de donat. l. 2. C. de inoff. donat.*

13. SCAEVOLA libro tertio Responsorum.

Titia filiam heredem instituit: filio legatum dedit: eodẽ testamento ita cauit: *Ea omnia, quæ supra dari fieri iussi, ea dari, fieri volo ab omni herede bonorúmve possessore, qui mihi erit etiam iure intestato, Item quæ dari iussero, ea vti dentur fiántque, fidei eius committo.* Quæsitum est, si soror, centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur, (Respondi) si hoc quæratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes, bonorúmve possessores, successuros credat, fideicõmittere possit, respõdi posse. Paulus notat: probat autem, nec fideicõmissa ab intestato data debere, quasi à demente.

Ad l. Titia 13.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi hoc tãtùm facit vt testator qui testamento ritè facto decesserat, faciat nihilominus exitum intestati *l. posthumus 6. §. 1. sup. hoc tit.* Atqui etiam ab intestato fideicommissa relinqui possunt, & à legitimis successoribus repeti etiam ea quæ testamento fuerunt data, vt quamuis testamentum vel ipso iure non valeat, vel ex postfacto rumpatur, aut rescindatur, nihilominùs relicta omnia etiam legata iure fideicommissorum

ſorum conſeruentur, & ab inteſtati quoque ſucceſſoribus debeantur *l. pen. §. vl. de leg. 2. l. generaliter 24. § ex teſtam. ǰ. d. fideic. libert. l. 1. C. eod.* Ergo in propoſita ſpecie, ſiue ponas motam querelam à teſtatoris filia & heredis inſtitutę ſorore quæ vel prçterita fuerit, vel expreſſim exheredata, vt ponit Bartolus, ſiue quod mallem, à filio exheredato cui legatum quidem fuiſſe ponimus, ſed non quantum ſatis fuerit ad legitimam (ſecundum quam interpretationem pro *ſoror* legẽdum erit *frater*, nato facilè errore ex literarum vtriuſque dictionis ſimilitudine & adfinitate. Cur enim ſororem dixiſſet Scæuola pro filia teſtatricis? aut cur etiam fratris legatíque quod ei relictum fuerat, mentionem feciſſet? Filiam verò ſiue præteritam, ſiue exheredatam, de qua ſola tractandum erat, prætermiſiſſet?) dicendum videtur etiamſi querela vicerit in iudicio Centumvirali, non eò minùs deberi fideicommiſſa, quæ teſtamenti verbis à quibuſcunque legitimis inteſtati ſucceſſorib. expreſſim repetita fuiſſe proponantur.

Ratio decidendi. Inofficioſi querela non modò facit patremfamilias inteſtatum, ſed etiam facit eo colore quaſi demẽs & furioſus fuerit teſtator cùm ſuprema ordinaret, vt ſæpiùs diximus ex *l. 2. & 5. ſup. l. qui repudiantis 7. § 1. ǰ.* Atqui is, qui demẽs & furioſus eſt nõ magis poteſt ab inteſtato fideicommiſſa relinquere quàm ex teſtamento, quia nec alia ratione inductum eſt vt fideicommiſſa poſſint relinqui à legitimis ſucceſſoribus, quàm quòd paterfamilias tacita veluti quadam inſtitutione iis legitimam ſuam hereditatem ſpõte relinquere intelligatur *l. conficiuntur 8. verſ. ſed ideò. de iur. codicil.* quę ratio vtique non in aliũ patrẽfamilias cadit, quàm qui habeat teſtamenti factionẽ *l. 3. in princ. eod. l. ab exheredatis 126. de leg. 1.* Ergo non magis poteſt valere repetitio, ſiue legatorum, ſiue fideicommiſſorum quæ in teſtamento inofficioſo facta eſt, quàm inſtitutio heredis, cæteráque omnia quæ ex teſtamento continentur. Nec proinde per eiuſmodi repetitionem conſeruari quicquam poteſt iure fideicommiſſi ab inteſtato dati, tanquam quod datum fuerit à demente *l. nec fideicommiſſa 36. de leg. 3.* vbi hæc ipſa ſententia proponitur ex notis non Pauli ſed Claudij ad Scæuolam. Adeò autẽ viſum eſt Scęuolę carere hoc dubitatione, vt nec dignam putauerit quæſtionem ad quam reſponderet. Nam cùm de eo tãtùm interrogatus eſſet, An fideicommiſſa ex ſuprà ſcripto capite repetitionis deberentur, Reſpondet, omnino vt videtur extra propoſitum, ſi hoc quæratur an ex ratione iuris poſſit quis eorum fideicommittere quos ſibi ab inteſtato heredes bonorúmve poſſeſſores futuros credat, Vtique poſſe, An verò fideicommiſſa in propoſito caſu ab inteſtato debeantur non aperit: Exiſtimans fortaſſe non modò ridiculam, vt in *l. Domitius Labeo 27. qui teſtam. facer. poſſ.* ſed etiam inſani ac penè furioſi hominis eſſe dubitationem illam, Vtrum furioſus fideicõmiſſa relinquere ab inteſtato poſſit. Quid ergo ſi teſtatrix hæc, de qua agimus repetiiſſet fideicommiſſa ab inteſtato non in eodem teſtamẽto quod inofficioſum eſſe pronunciatum eſt, ſed in codicillis ſeparatim & alio tempore factis? Mouet quæſtionem quod inofficioſi querela non facit, vt credatur fuiſſe teſtator abſolutè ac perpetuò furioſus, ſed eo tempore tantùm & præcisè quo teſtamentum ordinabat. Quid ergo vetabit quominùs valeant fideicommiſſa in codicillis longo poſt tempore factis tanquam ab inteſtato, ſiue relicta, ſiue repetita? Alioqui ſi quis dicat teſtamentum inofficioſum quod præceſſit, facere debere vt eiuſdem teſtatoris voluntas quælibet ad ſuprema ipſius iudicia pertinens pro inſani & furioſi hominis voluntate haberi debeat, eueniet vt nec ſi aliud poſterius teſtamentum fecerit, etiam in quo nihil poſſit videri feciſſe aduerſus officia pietatis, nihilomagis poſſit teſtamẽtum illud ſubſiſtere: tanquam factum ab eo qui iam inde à multo anteà tempore furioſus fuiſſe probetur. Atqui hoc nemo niſi valde ineptè & abſurdè dixerit, Ne non ſit in poteſtate illius qui teſtamentum inofficioſum fecit vt mutet teſtamentum, ſuæque & exiſtimationi & poſteritati meliùs conſulat, quod certè iniquiſſimum eſſet, Præſertim cùm ſicuti ex violatis officiis pietatis non ſolùm præſumptionem, ſed etiam probationem furoris inducimus, ita & multò æquiùs ac fauorabiliùs ex iuſta rectáque poſteriore voluntate, præſumptionem ac probationem reſipiſcentiæ inducere debeamus. Eadem igitur ratione dicendum videtur fideicommiſſa quæ in codicillis aliquo poſt inofficioſum teſtamentum tempore, & ex interuallo factis relicta fuerint tanquam ab inteſtato, non eò minùs deberi à legitimis ſucceſſoribus, quòd inofficioſum teſtamentum præceſſerit. Dices fortaſſe, Quæſtioni huic locum ideò eſſe non poſſe, quòd codicilli poſt teſtamentum facti ex eo pendeant, eiúſque ius & condicionem ſequantur. Adeò vt quæcunque huiuſmodi codicillis ſcripta ſunt perinde haberi debeant ac ſi in teſtamẽto ſcripta eſſent *l. 2. § codicillorum. l. ab inteſtato 16. ǰ. de iur. codicill.* Proinde nõ poſſe teſtamentum reſcindi tanquam inofficioſum quin codicilli etiam poſteà facti tãquam pars quædã teſtamenti reſcindantur, eodémque colore quo & ipſum teſtamentum reſcinditur, id eſt, tanquam à demente ac furioſo facti. Sed reſpondeo me vt huic obiectioni occurrerem, ideò poſuiſſe factos codicillos ab inteſtato, ne poſſent videri pars eſſe teſtamenti. Non quia neſciam decedere quem nõ poſſe ab initio teſtatum ſimul & inteſtatum, quod tamen contingeret in eo qui & cum teſtamento decederet, & cum codicillis ab inteſtato factis, ſed quia nihil impedit quominùs is etiam qui teſtamentum fecit ſibi ſuæque voluntati conſeruandæ proſpiciat in eum caſum quo contingeret teſtamẽtum, vel ipſo iure non valere, vel ex poſtfacto rumpi aut reſcindi, Factis nimirum codicillis in hunc expreſſim caſum, & ſub ea veluti condicione. Nam ſi hoc fieri poteſt per clauſulam codicillarem in eodem teſtamento appoſitam, dum ne teſtamentum inofficioſum poſteà dicatur *d. l. generaliter 24. § ex teſtamento. ǰ. de fideic. libert. l. 1. Cod. eod.* quidni perinde fieri poterit per codicillos ſeparatim à teſtamento ſcriptos, vel dictatos? Nec enim aliud quicquã eſt codicillaris clauſula in teſtamento poſita quàm codicilli ab inteſtato facti. Ergo ſi codicilli ſeparatim & alio tẽpore facti ſint in caſum inteſtati; non eò minùs valebunt, quod teſtamentum præcedens inofficioſum probetur, quia nõ eò magis à demente ac furioſo facti videri poſſunt.

34. PAPINIANVS libro 5. Quæſtionum.

PAter filium emancipauit, & nepotem ex eo retinuit, emãcipatus, ſuſcepto poſtea filio,

duobus exheredatis, patre præterito, vita decessit. in quæstione de inofficiosi testamenti, præcedente causa filiorũ, patris intentio adhuc pendet. quòd si contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur, & suam intentionem implere potest.

Ad l. pater filium 14.

Ratio dubitandi. Ad querelam non admittitur proprio iure & cum spe obtinendi nisi is demum cui legitima debetur, quę ipsa nihil aliud est quàm portio certa successionis ab intestato contingentis *l. Papinianus 8. §. si quis mortis, & §. quoniã autem. sup. hoc t.* Atqui pater non admittitur ad successionẽ intestati filij emancipati si ex eo filio emancipato aliqui superstint liberi, præsertim verò qui in patris morientis fuerint potestate, cùm illi tanquam sui heredes statim, & ipso iure sint heredes adeòque necessarij, Nisi quod à prætore habent beneficium abstinendi, non minus ab intestato quàm ex testamento *l. necessarius 57. de acquir. hered. iunct. l. in suis 14. de suis & legit. l. 1. §. qui sunt in potestate. ups. si quis omiss. caus. test.* In proposita verò specie ponimus filium emancipatum decessisse superstitibus duobus filiis, vno quidem quem nunquam habuerit in familia, quem scilic. pater in sua retinuit cùm filium emanciparet: quod vtique facere pro suo iure potuit, *l. liberum 28. sup. de adopt.* Altero autem in potestate, Nimirum eo quem Papinianus ponit susceptum ex iustis nuptiis post emancipationem. Ergo cùm non potuerit pater admitti vllo casu ad filij sui successionem legitimam si is intestatus decessisset, consequens est vt nec ad querelam admittendus sit ne quidem post filios in querela, quam proposuerint, superatos. Et quemadmodum non penderet ius patris in causa successionis intestati, quia certum est, siue ex testamento, siue ab intestato existente filio, vel nepote suo herede neminem posse ab intestato heredem existere *l. 2. C. vnd. liber.* Ita fatendum videtur non posse patris intentionem pendere in querela quandiu præcedit causa filiorum, si verum est, vt certè est, ius querelæ metiendum & æstimandum esse ex iure successionis intestati *dict. §. si quis mortis. l. cum quæritur 6. l. quã nuper 31. C. eod.*

Ratio decidendi. Alia est hac parte ratio querelæ, alia verò successionis ab intesta[illegible]. Nam in causa successionis intestati liberi, siue in potestate retenti, siue emancipati excludunt omnino patrem, Retenti quidem in potestate ne possit pater defuncti vnquam heres esse cùm sint ipsi heredes, Emancipati verò hactenus ne possit fieri bonorũ possessor nisi vno illo casu quo liberi emancipati repudient successionem & bonorum possessionem. At in causa testamenti quo filius qui & patrem & liberos superstites sobnquit, liberos exheredauerit, patrem verò præterierit extraneo herede instituto, non possunt liberi exheredati patrem defuncti excludere, qui propria exheredatione excluduntur Et quamuis pater quinque excludatur à successione, non tamen propter liberos filij sui excluditur, sed quia etiam ipse exheredatus est, aut saltem pro exheredato habendus propter præteritionem. Ergo quod liberi ab intestato priores successuri essent, facere quidem potest, vt non sit admittendus pater ad querelam nisi post liberos, sed non vt per eos debeat à querela penitus excludi, nec magis per eos qui in familia & potestate retenti sint, quàm per emancipatos, cùm exheredatio quandiu subsistit impediat ne ius sui heredis vires suas possit exercere. Tandiu autem subsistit si modò rite ab initio facta sit (de hac enim sola loquimur *l. non putauit 8. §. non quamus. de bonor. poss. contr. tabul.*) quandiu testamentũ quo exheredatio continetur, & quod per aditionem semel confirmatum fuerit, subinde per querelam euersum ac rescissum non est. Porrò non euertitur cùm suus heres succubuit in querela. Cùm igitur post liberos superatos, verum sit dicere nihil vnquam iuris eos habuisse in hereditate paterna propter exheredationem, nec habere amplius vnquam posse propter sententiam, consequens est, vt eorum interuentio non possit impedire ius patris, quippe quorum nihil iam intersit cùm sint condemnati, Adeò vt nec si pater conquerendo & obtinendo in querela faceret filium suum intestatum, possent illi eo magis succedere patri suo, Propter autoritatem sententiæ quæ non potuit illos summouere à querela, quin hoc ipso & in necessariam consequentiam summoueret à legitima intestati successione. Sed & initio ipso successionis intestati potest dici præcedente causa filiorum pendere ius patris, quia suis quoque heredibus ius se abstinendi, aut repudiantibus hereditatem, vel bonorum possessionem etiam frater iure consanguinitatis potest succedere defuncto *l. defunctis 6. C. de leg. it. hered.* Ergo & pater si neque liberos, neque fratres aut sorores defunctus reliquerit *l. 2. Cod. ad SC. Tertyll. iunct. l. si ad patrem 10. ff. de suis & legit.* Necessariò igitur fit patri locus & aditus ad querelam, qui victis defuncti liberis, iam in eo est vt filio suo emancipato si poterit eum facere intestatum solus ille sit ab intestato successurus. Quandiu ergo filij aut in querela victi, aut à querela exclusi nõ sunt, patris intentionem in pendenti esse necesse est, vt in alterutrum casum possit saltem post liberos admitti ad querelam. An verò ex successorio edicto? Ita quidam putant: Alij verò petabsurdum hoc æstimantes cùm querela sit iuris ciuilis, edictum verò successorium auxilium iuris prætorij ad solas bonorum possessiones pertinens *l. 1. de success. edict.* intelligunt de bonorum possessione contra tabulas quod hic disertè scriptum est de querela. Quasi etiam non possit venire pater ad bona filij testati, nisi per contra tabulas: *l. filio 6. §. 1. ff.* quod tamen falsum est. Nam habet quidem quasi manumissor. bonorum possessionem contra tabulas, sed habet præterea ius antiquum, id est, querelam, quæ est iuris ciuilis & quidem tanquam pater *l. 1. §. vl. si a parent. quis manum. sit.* Nos quid de tota hac re sentiamus, & de huius potissimum legis sententia fusissimè scripsimus in error. pragmat.

a *Quod si contra filios iudicetur.* Ratio dubitãdi. Res iudicata pro veritate habetur *vul. l. res iudicata 207. de reg. iur.* Atqui non potest iudicari contra filios conquerentes de inofficioso, quin hoc ipso pronunciet testamentum valere. Idem enim est quod diximus in *l. si pars 19. sup. hoc t.* pronunciare secundũ testamentum quoties pronunciatur contra querelam. Porrò sicuti non potest quis eodem tempore fariosus fuisse, & non fuisse cùm implicent ista contradictionem. Ita nec illud fieri vt testamentum valeat & non valeat. Ergo cùm semel iudicatum est, pro testamento contra liberos, non potest amplius pater ad querelam admitti. Vel ob hoc

hoc maximè ne contingat diuersa pronunciari, quod semper cauendum est quantum fieri potest *l. singulis 6. ʒ. de except. rei iudic.*

Ratio decidendi. Res inter alios iudicata non solet aliis vel prodesse vel nocere *tot. tit. C. int. alios act. vel iudic. aliis non nocer.* nisi in casibus, de quibus in *l. sæpe 63. de re iudic.* Ergo sententia lata contra liberos defuncti non debet nocere patri, nec tribuere scripto heredi exceptionem rei iudicatæ contra patrem, Nec ob id solùm quòd inter alios lata sit, sed etiam quod de alia re: quæ duo maximè spectanda sunt quoties quæritur an exceptio rei iudicatæ habeat locum *l. cum quæritur 12. & seqq. ʒ. de except. rei iudic.* Nam in querela mota per liberos disputatum fuit de iure liberorum duntaxat, In querela verò quam pater posteà mouet, disputandum est de iure patris. Ibi de meritis liberorum, hîc de meritis patris. arg. *l. filio 16. §. 1. ʒ. hoc tit.* iunct. *l. 3. §. si emancipat. iis inst. de bonor. poss. contr. tabul.* Et ideò nihil impedit quominùs in querela pro diuersitate personarum diuersæ sententiæ ferantur, vna pro testamento alia contra testamentum cùm actores sunt diuersi iuris *l. pr. x. §. vl. l. circa 24. ʒ.* vbi ob hanc causam dicitur non esse absurdum, vt ex postfacto per querelam decedat quis pro parte testatus, & pro parte intestatus. Proinde nec illud absurdum est vt testamentum valere pronuncietur quod ad certas personas, non valere autem quod ad cæteras. Nec enim ius testamenti hoc casu indiuiduum est, cùm an testator fuerit furiosus, nécne non ex alio furoris actu æstimandum sit, quàm ex eo, An pietatis officia violauerit, an non. Potest autem facilè fieri, vt qui non fuit impius in liberos, fuerit tamen in patrem, & consequenter vt pater debeat obtinere in querela in qua filij succubuerunt. Et ex hoc tantò magis apparet verum esse quod suprà monuimus ad *l. posthumus 6. §. 1* querelam inofficiosi non esse petitionem hereditatis, nec in ea pronunciari vt in petitione hereditatis, ad hunc aut ad illum hereditatem pertinere, sed concipi sententiam potiùs contra actorem & ad eum excludendum, quam pro testamento aut pro herede scripto: id est non ita concipi vt pronũcietur testamentum valere, sed ita potiùs vt pronuncietur Nõ videri patrem fuisse furiosum cùm filium exheredaret, quæ res non facit quin posteà pronunciari è cõtrario possit Videri testatorem furiosum fuisse, cùm exheredaret patrem, puta si liberos merentes & tanquam ingratos exheredauit, patrem verò immerentem. Iunge *l. si quis mortis 25. §. 1. supr.*

15. PAPINIANVS libro quartodecimo Quæstionum.

NAm & si parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum, & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minùs parentibus, quàm liberis, piè relinqui debet.

Ad l. nam etsi 15.

Ratio dubitandi. Votum commune est, nec tantummodò parentum, sed etiam naturæ vt parentibus liberi sint superstites & heredes, non autem parentes liberis *l. scripto 70. §. vlt. ʒ. vnde liber.* Omnia enim parentes liberis parãt *l. pen. §. sed nunquid. infr. de bon. libert.* ita vt cùm parentibus succedunt liberi penè ad propria bona venire dicantur *l. 1. §. Largius. de success. edict.* quia etiam viuo adhuc patre filius quodammodo rerum paternarum dominus esse creditur, Vnde & suus heres appellatur *l. in suis 11. de liber. & posth.* Ergo non potest dici liberorum hereditates deberi parentibus, Quomodo dicimus è contrario parentum hereditates deberi liberis. Atqui legitima nihil aliud est quàm portio ex legibus debita successionis ab intestato contingentis *l. Papinianus 8. §. si quis mortis. supr. l. qua nuper 31. C. hoc tit.* Ergo nec illud dici potest legitimam vllam parentibus deberi in bonis liberorum. Porrò non alij possunt ad querelam admitti quàm quibus debita portio relicta non fuit *§. quoniam autem. d. l. Papinianus, & §. vnde si quis. sup.* Ergo nulla ratio est propter quam parẽtes admitti debeant ad querelam contra testamenta liberorum.

Ratio decidendi. Liberorum quidem hereditates non debentur parentibus, quomodo parẽtum debentur liberis: Sed tamen pietas quæ à liberis debetur parentibus, nec minor matri quàm patri *l. 4. ʒ. de curat. furios.* facit vt turbato mortalitatis ordine non aliis quàm parentibus relinquere liberi debeant suam hereditatem, aut saltem legitimam portionem ratione miserationis ita suadente *dict. l. scripto. § vl. vnd. liber.* in solatiũ scilicet amissæ prolis *l. iure succursum 6. de iur. dot.* & duræ fortunæ, vt loquũtur Impp. in *l. si qua mulier 4. Cod. ad SC. Tertyll.* Vnde & luctuosa hereditas appellatur à Iustiniano in *l. vlt. C. de inst. & subst.* Itaque si filius patrẽ immerẽtem præterierit vel exheredauerit, aut matrem, impietatis proculdubio maximæ reus est, & dignus qui ob hanc causam pronuncietur fuisse furiosus cùm supremã ordinaret. Id verò fieri aliter non potest quàm data parentibus querela: Ergò iure optimo placuit etiam parentes ad querelam admittendos esse. Non enim qui querelã proponit, hoc contendit, Debitam sibi fuisse, siue in totum, siue pro parte intestati successionem, adeóque nec legitimam ipsam portionem, Sed hoc potiùs, Ex ratione pietatis relinqui sibi debuisse, officiáque pietatis per exheredationem, aut præteritionem quæ pro exheredatione haberi debeat, violasse testatorem. Quanquam nõ minùs deberi credendum est quod sola pietatis & miserationis ratione debetur quàm quod ex ratione iuris & ex legibus, cùm vinculum arctius, & potentius nullum sit quàm vinculum pietatis. At ex quo vel legum, vel edicti prætorij capite parentes liberis succedunt? Ac de matre quidem ius apertum est succedere illam ex SC. Tertulliano, Sicut & hodie pater succedit cum matre ex Iustiniani constitutione Nouell. 118. *de hered. ab intest. venient.* Sed dubitatio est circa ius illud quod Papiniani, cuius hæc lex est, temporibus obtinebat. Pater enim matri ex Tertylliano succedere volenti obiiciebatur vt ei præferretur *l. 2. §. obiicitur 15. ʒ. ad SC. Tertyll.* nimirum si inter eos solos causa successionis vertebatur *§. præferuntur. vers. pater vero. Inst. de SC. Tertyll.* Nam si defunctus, aut liberos, aut etiam fratrem aliquem, vel sororem reliquisset, non tantùm mater, sed etiã pater ab eius successione excludebatur *l. 2. C. ad SC. Tertyll.* Sed dicendum est ius illud fuisse patris, vt succederet filio, vel tanquam manumissor & patronus ex lege duodecim tabularum si filium e-

mancipasset ac manumisisset: quo etiam iure admittebatur à prætore ad bonorum possessionem contra tabulas facto per filium testamento *l. 1. & tot. tit. si a parent. quis manum. sit*. Vel si filium non emancipasset, adhuc ei supereerat auxilium prætoris, vt tanquam pater naturalis admitteretur ad bonorum possessionem ex capite Vnde decem personæ. Idque apparet ex *d. l. 2. C. ad SC. Tertyl. l. si ad patrē 10. j. de suis & legit.* iunct. *§. sunt autem. Instit. de bonor. possess.* Vtroque tamen casu si factū esset testamentum in quo fuisset pater præteritus vel exheredatus, habebat querelam inofficiosi tanquam pater, vt scriptum est in *l. praeced. & in l. 1. §. vlt. si à parent. quis manum. sit.* vbi dicitur querela ius antiquum, quia est iuris ciuilis, ad differentiam bonorum possessionis cōtra tabulas quæ est ius nouum, quia fuit à prætoribus introducta Sed de his alibi commodiùs.

1 ¶ Heredi eius, qui post litem de inofficioso præparatam, mutata voluntate, decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseueret.

Ad §. 1. heredi.

Ratio decidendi. Querela præparata transmittitur ad heredem *l. posthumus 6. §. vl. & l. seq. sup. hoc ti.* Ergo heredi eius qui post litem de inofficioso motam decessit danda est de inofficioso querela, cùm ex litis contestatione actiones omnes perpetuentur, etiam quæ alioqui vel morte, vel tempore pereunt *l. omnes 26. l. constitutionib. 33. l. secundum 58. de oblig. & act. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Nec quod defunctus post litem institutam mutauerit voluntatem ad rem facit cùm nuda voluntas non sit modus tollendæ litis & actionis, quæ per litis contestationem fuerit iam perpetuata. Sollennem enim renunciationem interuenire oportet, id est, quæ in iure facta sit *l. postquam liti 4. C. de pact.* iunct. *l. 4. C. de repud. vel absten. hered.* In proposito autem interuenisse contestationem, vel ipsum litis nomen demonstrat: quoniam ante contestationem non tam lis quàm controuersia dici debet *l. sed et si 25. §. si ante. j. tit. prox.* Non tam enim petit quàm petere vult is qui nondum litem contestatur *l. amplius 15. j. rat. rem haber.* Ratio decidendi. Non sufficit litem instituere si non in ea perseueres, quia nihil factum videtur quod non durat factū *l. Papinianus 8. § meminisse*, vbi dixi *sup. hoc t.* Lis autem instituitur, non cùm contestatur sed cùm præparatur *dict. l. 6. §. vlt. sup. §. omnium. Inst. de pœn. temer. litig.* Et de querela tantùm præparata non etiam contestata loqui Papinianū, verba ipsa demonstrant. Quamuis contestatio quoque secuta esset, non eò minùs verum esset denegandam querelam heredi eius qui lite quidem contestata, sed tamen mutata post contestationem voluntate decessisset, Quoniam querela inofficiosi cùm partim ad vindictam pertineat simillima est actioni iniuriarum *l. 1. §. sed si puta. j. si quid in fraud. patron* & ideò sola dissimulatione tollitur *l. nō solùm 11. §. 1. de iniur.* multò magis expressa mutatione voluntatis etiamsi fuerit expressim ad animum anteà reuocata, lisque eo nomine instituta, & contestata *l. auxilium 37. sup. de minor.* Denique extinguitur actio iniuriarum nuda voluntate non minùs quàm tempore *l. sed si vnius 17. §. si ante indicem. de iniur. & famos. libell. l. si tibi 17. §. 1. sup. de pact.* Sic dicimus nec videri præcessisse interpellationē, aut morā contractā, cùm omissa fuit debiti repetendi instantia *l. mora 32. in fi. de vsur.* Ergo heredi eius qui post litē de inofficioso, siue præparatam, siue contestatam mutata voluntate decessit danda querela non est, non magis quàm si omissam à defuncto iniuriarum actionem vellet repetere.

2 ¶ Filius, qui de inofficiosi actione aduersus duos heredes expertus, diuersas sententias iudicum tulit & vnum vicit, ab altero superatus est: & debitores conuenire, & ipse à creditoribus conueniri pro parte potest, & corpora vindicare, & hereditatem diuidere. verum enim est, familiæ erciscundæ iudicium competere: quia credimus, eum legitimum heredem pro parte esse factum: & ideò pars hereditatis in testamento remansit. nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

Ad §. vlt. filius.

Ratio dubitandi. Quandiu aliquis ex testamento heres est, adeoque speratur fore, nemo ab intestato heres esse potest *l. quandiu 39. l. in plurimis 70. j. de acquir. hered. l. quandiu 89. de reg. iur. l. 2. C. vnd. liber. l. antequam 8. C. commun. de success.* Causa namque testati non modò præcedit, sed etiam excludit semper causam intestati, Nisi in casu singulari *l. si quis ita 82. de hered. inst.* Atqui cùm filius à parte exheredatus inofficiosi actione aduersus duos heredes expertus, diuersas iudicū sententias tulit, & vnū quidem vicit, ab altero autē superatus est, negari non potest quin ex testamēto heres sit, & maneat ille ex heredibus qui filium superauit: quémque ponendum necessariò est adiisse hereditatē ex testamento priusquàm aduersus eum potuerit querela proponi *l. 8. §. si conditioni. sup. l. si quis filium 34. in fin. l. si omnes 36 §. vlt. C. e.* Ergo non potest filius esse dici ve heres ab intestato, ne pro ea quidem parte pro qua vicit alterum heredem, Ne alioqui eueniat, vt idem testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse videatur, quod non minùs absurdum est in paganis vulg. *l. ius nostrū 7. de reg. iur.* Solis enim militibus id concessum est *l. si miles 6. l. miles ita 41. j. de testa. milit. l. 2. C. eod.* Consequenter fatendum est filium hunc qui in querela vnum ex heredibus ita vicit, vt ab altero tamen fuerit superatus, neque debitores conuenire posse, neque à creditoribus conueniri ne quidē pro parte. Vtrumque enim est heredis & conuenire, & conueniri *l. vl. & pass. C. de hered. action. l. 1. C. si cert. pet. l. ita tamē 27. §. qui ex Trebelliano. j. ad SC. Trebell.* Hic autem filius neque ex testamento heres est, cùm sit exheredatus, non institutus, neque ab intestato quia superatus est. Ergo nec poterit accipere iudicium familiæ erciscundæ cū herede testamentario, quippe quod non potest accipi nisi inter coheredes. *l. 2. l. cùm putarem 36. j. famil. ercisc.* nec corpora hereditaria vindicare, cùm vindicatio detur soli domino *l. in rem 23. inf. de rei vindic.* dominus autem non sit hic qui heres nō est.

est. Nihil enim aliud sonat nomen heredis quàm dominum §. vltim. Instit. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. Pomponius. supr. de minor. l. de hereditate 19. §. pater. de castrens. pecul.

Ratio decidendi. Filius qui obtinuit in querela pro parte, pro ea quoque parte legitimus & verus ab intestato heres factus est, cùm pro ea parte fecerit intestatum patrem. Itaque alia tantùm pars hereditatis in testamento remansit, ac proinde alius ex coheredibus qui hunc filium in querela superauit pro ea tantùm parte ex testamento heres esse intelligitur, nec potest adcrescendi iure consequi aliam partem quæ ad filium pertinet ab intestato. Non enim deficit aut vacat quæ dominum habet ac possessorem. Ita fit vt pater pro parte testatus & pro parte intestatus decessisse videatur. Sed id non est absurdum, cùm accidit ex postfacto per querelam inofficiosi testamenti l. circa 24. infr. vbi dicam. Ergo & debitores conuenire, & ipse à creditoribus conueniri potest, & corpora hereditaria vindicare, & hereditatem diuidere.

16. PAPINIANVS libro secundo Responsorum.

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem instituti de parte ante egit, & obtinuit, filia, quæ non egit, aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit.

Ad l. filio 16.

Ratio dubitandi. Per querelam si heres institutus succumbat, fit paterfamilias intestatus *l. posthumum 6. §. 1. sup. & §. vlt. de gis præcedentis.* Atqui si mater hæc de qua agimus, intestata, decessisset non tantùm filij masculi heredes ei ab intestato extitissent, sed etiam filia *l. maximum vitium 4. C. de liber. præter.* Ergo si ex duobus filiis quorum vnus fuit institutus, alius exheredatus, is qui exheredatus est de inofficioso patris testamento egerit de parte puta dimidia hereditatis & obtinuerit, quamuis filia aut non egerit, aut non obtinuerit, in hereditate tamen legitima fratri eam concurrere necesse est, quia iam non de illo tractandum est quis conquestus sit, aut conqueri potuerit, sed quis ab intestato succedere possit & debeat: in quo numero filia hæc vtique non minùs quàm filius ipse reperitur. Semper enim victoria querelæ prodest non ei qui egit, sed iis qui habent ab intestato successionem *dict. l. 6. §. 1. supr.*

Ratio decidendi. Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti cùm posset venire si voluisset, is partem non facit cæteris qui eandem querelam mouere volunt, vt ex Paulo scriptum est in principio legis proxim. sequent. quod ita accipiendum est, vt non solùm in querelæ partem non faciat, sed neque in legitima hereditate, vtpote quam repudiare vel omittere videbatur hoc ipso quod repudiat; vel omittit querelam, sine qua ad hereditatem legitimam peruenire non potest, argument. *leg. si quid dubitari 77. inf. de acquirend. hereditat.* Multò minùs partem faciet is qui egit de inofficioso, nec obtinuit: quia minus iuris habet qui succubuit, quàm qui numquam egit. Atqui ponimus filiam, aut non egisse, aut si egerit, non obtinuisse: Ergo si post victoriam fratris velit ei concurrere, vt minuat hereditariam ipsius portionem, succedatque ipsa cum fratribus in viriles, non est audienda tanquam quæ ad querelam & hereditatem legitimam repudiasse intelligatur, nunc verò velit vti victoria parta laboribus & pecunia fratris, argument. *leg. quod si minor 24. §. Scæuola. supra de minoribus.* Maximè verò si passa sit fratrem ex causa querelæ inofficiosi petere dimidiam partem hereditatis, argument. *l. sæpe 63. de re iudicata.* Est tamen in hanc rem necessaria fratri exceptio rei iudicatæ contra sororem vindicantem paternæ hereditatis eandem partem ab intestato, quia negari certè non potest, quin sicut filia hæc ad successionem intestati pro sua parte vocatur, ita & ad eius partis petitionem summo iure admitti debeat, cùm nullam sollennem repudiationem interuenisse ponamus, qualis erat illa quæ fieri solebat & debebat in iure *l. 4. Cod. de repudiand. vel abstin. hered.* Sed exceptionis æquitatem fratri præbet rei iudicatæ authoritas, quasi Centumuiri solos istos fratres, non etiam sororem aliquam in rebus humanis esse tunc cùm facerent matremfamilias intestatam, crediderint, vt scriptum est in *lege sequenti.* Aliud igitur erit si filia hæc ideò non egerit non quòd repudiandi animum haberet, sed quod forte deliberaret, necdum satis idoneis probationibus instructa esset. Hæc enim procul dubio facit partem fratri, & in querela, & in hereditate, vt dixi ad *legem 8. §. quoniam autem. supr. hoc titul.* argum. *leg. 1. in princ. si pars hered. petat.* Ideòque si frater vicerit, poterit illa cum eo succedere ab intestato, nec timebit exceptionem rei iudicatæ, quia non potuerunt Centumuiri habere filiam pro mortua quandiu poterit illa admitti ad partem & querelæ & hereditatis. Atque ita Papinianus noster ex Paulo explicandus est. Planè si quis ex his qui ad querelam admitti non possunt, quod nulla eis legitima portio debeatur, ad hereditatem verò ab intestato vocantur, cuiusmodi sunt agnati cognatique vltra fratres, velit ab intestato succedere post victoriam alterius, qui siue iure, siue casu obtinuerit quidem in querela, sed post victoriam succedere, vel nolit vel non possit, nulla exceptione repellendus est, quia non potest querelæ victoria prodesse victori ad succedendum ab intestato, si in causa intestati ab aliis antecedatur. Et ad hunc casum pertinet quod supra obiecimus ex *dicta lege sexta §. primo,* victoriam vnius aliis prodesse. Quanquam id ipsum ita accipiendum est, vt tamen numquam prosit iis, qui vel querelam vel hereditatem aut expressè aut tacitè repudiarunt.

Cæterùm abũdat in hoc responso dictio *fratri*. Dixit enim Papinianus filio non concurrere filiam quod tantum est quantum si scripsisset sororẽ fratri non concurrere: Atque ita scribendum erat etiam dictio illa *filio* prætermissa fuisset non quomodo scriptum est filiam non coocurrere fratri.

1 ¶ Contra tabulas filij possessionem iura manumissionis pater accepit, & bonorum possessionem adeptus est. postea filia defuncti, quam ipse exheredauerat, quæstionem inofficiosi testamenti rectè pertulit. possessio, quam pater accepit, ad irritum recidit. nam priore iudicio de iure patris, non de iure testamenti quæsitum est. & ideò vniuersam hereditatem filiæ cum fructibus restitui, necesse est.

Ad §.1. contra tabulas.

Ratio dubitandi. Per bonorum possessionem contra tabulas rescinduntur tabulæ & rumpuntur, ita vt is cui datur ea bonorum possessio, & succedendo rumpat, & rumpendo succedat. Nec enim vnquam illa bonorum possessio est sine re & sine effectu quomodo plerumque est bonorum possessio secundum tabulas, vt Vlpianus tractat in *fragmen. Titul. de bon. possess.* Non potest igitur amplius superesse locus querelæ ad rescindendum testamentum, cùm id quod iam ruptum & rescissum est non magis rumpi aut rescindi possit. Sed etsi locus querelæ aliquis superesse posset, inauditum tamen est vt querela contra eum detur qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, cùm non competat nisi aduersus heredem institutum & quidem post aditam hereditatem *l. 8. §. si conditioni. supr.* Ergo si bonorum possessionem contra tabulas filij pater iure manumissionis acceperit bonorum possessionem quod pro suo iure facere potest *l. 1. & tot. tit. infr. si à parent. quis manum. sit.* & posteà filia defuncti quã ipse exheredauerat quæstionem inofficiosi testamenti rectè pertulerit, id est, de inofficioso egerit & obtinuerit, bonorum possessio quam pater accepit, in irritum recidere non debet. Ne alioqui noceat patri sententia lata pro filia ipso inaudito: Ipsi verò nihil prosit sententia quam in iudicio bonorum possessionis contra tabulas prior obtinuit contra heredem scriptum, quorum vtrumque absurdum videtur *l. 1. & tot. tit. de except. rei iudic.*

Ratio decidendi. Bonorum possessio contra tabulas non tam rescindit testamentum vt querela inofficiosi testamenti, quàm tabulas ipsas, vt nomen ipsum demonstrat, Ideoque dicitur dari contra lignum, quia non requirit vt adita sit hereditas, sed tantùm vt possit ex iis vel aditi hereditas, vel bonorum possessio peti, licèt neutrum posteà secutum sit, vel sequi potuerit *l. 4. l. quod vulgo 19. de bon. poss. contr. tabul.* de cuius sententia scripsimus libr. 1. Coniect. c. 19. & in Hemischiliade De error. pragmat. At querela inofficiosi datur contra heredem institutum, ob idque nec nascitur ante aditam hereditatem *dict. §. si conditioni.* Illa enim differentia est, quòd per querelam inofficiosi testamentum ita rescinditur vt ab intestato succedatur *l. 6. §. 1. supr.* At per bonorum possessionem contra tabulas ita rescinduntur & rumpuntur tabulæ, vt qui rumpit succedat ipse ex testamento *§. sunt autem. Inst. de bonor. poss. ff.* quoniam qui rumpit, vt iam dixi, hoc ipso succedit, ac proinde priusquàm is qoi tabulas fecerat factus sit intestatus. Ex his porrò differentiis illud fieri necesse est, quod scribitur in hoc §. vt potior sit causa filiæ, quæ quamuis posterior obtinuit querela, quàm patris qui prior acceperat cootra tabulas bonorum possessionem. Cùm enim querela inofficiosi rescindat testamentum, faciatque patrem in rotum intestatum si non pro parte vincatur is qui querelam proponit, vt in *l. proxim. §. vlt. supr. l. circa 24. infr. eod.* quomodo fieri potest vt pater succedat ex eo ipso testamento per cõtra tabulas, magis quàm per secundũ tabulas? Nec quod prior vicerit ad rem facit. Non enim vicit in quæstione quæ fuerit de iure testamenti, cuiusmodi est quæstio de inofficioso testamento, sed in ea quæ fuit de iure ipsius patris quasi manumissoris. Qui enim petit bonorum possessionem contra tabulas non dicit testamentum minùs ritè rectéve factum esse, sed hoc tantum contendit, se ex iis personis esse, quibus præteritis dat prætor eam bonorum possessionem. Itaque non de alio quæritur in eo iudicio, quàm de iure ac persona petentis. De iure autem testamenti disputatur in querela Nimirum an testatur furiosus fuerit nécne, id est, an ius habuerit condendi testamenti, an non. Ideò seotentia lata pro querela contra testamentum, id est, contra heredem qui sit vnicus, vel contra heredes omnes si sint plures, facit ius quod ad omnes alios, quos facere non potest, sententia lata in iudicio bonorum possessionis contra tabulas. Loquor autem de sententia lata contra testamentum, quia si lata sit pro testamento non facit ius nisi contra actorem *l. pater filium 14 sup.* Non enim potest quis sæpius fieri intestatus at ex variis causis potest, Sicut & pro parte potest *l. 15. §. vltim. supr.* Quis verò non vetur bonorum possessionem contra tabulas hoc casu esse sine re, cùm ea fit vis querelę ad faciendum patrem intestatum, vt faciat contra manifestam iuris regulam, Eum qui semel ex testamento heres fuerit desinere esse heredem *l. in substitutione 31. infr. de vulgar. & pupill. subst.* Item Paganum hominem decedere pro parte testatum & pro parte intestatum *dict. §. vltimo. l. prox. supr. & dict. l. circa. infr.* Proinde dicendum est cogendum esse patrem vt vniuersam hereditatem restituat filiæ cum fructibus, Non quasi habeat ipse hereditatem (prætor enim sicut heredem facere, ita & hereditatem tribuere & deferre numquam potest *§. quos autem. Instit. de bonorum possession.*) Sed quia cùm possideat res hereditarias & quidem pro bonorum possessore, potest vtique conueniri petitione hereditatis non minùs quàm si possideret pro herede, aot pro possessore *leg. regulariter 99. & sequentibus. infr. titul. proxim.* In petitione autem hereditatis veniunt etiam fructus tanquam qui augeant hereditatem *l. item veniunt 20. §. item non solum. versicul. fructus. leg. sed etsi lege 25. §. vltim. & legibus sequentib. eod. titul.* Obseruandum autem est, quod in hac specie proponitur pater iure manumissoris petiisse bonorum possessionem contra tabulas antequàm filia quereretur:

cum

Digitized by Google

cùm tamen si voluisset ille querelam proponere, ac ius antiquum ciuile nouo prætorio anteponere, potuisset id quidem *l. 1. §. vlt. si quis à parent. manum. sit*. sed non nisi post filiam, eamque superatam quandoquidem in querela, filiorum causa præcedit, & interim patris intentio pendet *l. pater filium 14.* vbi dixi *supr.* Quomodo etiam accideret in bonorum possessione contra tabulas si filius & liberos & patrem præteriisse proponeretur *l. 2. C. ad SC. Tertyll.* iuncta *l. defunctus 6. C. de leg. hered.* Sed cùm filiam exheredauit, patrē verò præteriit, vt in specie proposita, reperitur pater in iure petendæ bonorum possessionis contra tabulas non tam primus & potior quàm solus, vt in simili loquitur Papin. in *l. 2. qui potior. in pign. hab.* quoniam ab eo beneficio prætoris arcentur omnes liberi exheredati, dummodò ritè facta exheredatio sit *l. non putauit 8. in princ. & §. non quemis. de bonor. poss. contr. tab.* solùmque iis superest auxilium querelę *dict. l. non putauit, vers. sane. l. si post mortem 10. §. pen. eod.* Bonorum autem possessionis contra tabulas petendæ ius prius est & antiquius iure proponendæ querelę, quia bonorum possessio peti potest statim post mortem, querela verò non nisi post aditam hereditatem. At in iure proponendæ querelæ filia patre potior & anterior est *d. l. pater filium*, An verò sola sit, pēdet ex euentu querelæ. Nam si in querela obtinuerit, sola fuisse videbitur, quoniā impedit ne pater vnquā succedere aut queri possit. Si verò succubuerit, tum demum pater admittitur ad querelā sicut & ad hereditatem, si vincat *d. l. 14. supr.* & ita nō sola sed prior & potior filia fuerit in querela. Potest autem hic dubitari, Contra quē proposita sit querela, An contra heredem scriptum, vt aliàs solet, an contra patrem potiùs qui beneficio bonorū possessionis contra tabulas eripuerit heredi commodum hereditatis, quique ex testamento, vt suprà dixi successisse intelligitur, licèt contra testamentum successerit. Sed cùm pater accepta bonorum possessione contra tabulas non eò magis possit dici heres ex testamento, qui ipse rupit tabulas, multò minùs verò heres institutus, fatendum est non posse cōtra eum institui querelam, quæ nunquam instituitur nisi contra scriptum heredem: sed moueri eam debere aduersus heredem testamentarium, quippe qui non ideò desinat heres esse quòd pater bonorum possessionem contra tabulas acceperit: Prætor enim sicut heredis nomen dare non potuit *dicto §. quod autem*, ita neque adimere.

17. PAVLVS libro secundo Quæstionum.

QVi repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit [a] his, qui eandem querelam mouere volunt. Vnde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret: quia rescisso testamento, alter quoque ad successionem ab intestato vocatur [b], & ideò vniuersam hereditatem non rectè vindicasset, hic, si obtinuerit, vteretur rei iudicatæ auctoritate, quasi centum viri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cùm facerent intestatum, crediderint.

Ad l. qui repudiantis 7.

Ratio dubitandi. Ius adcrescēdi non alia ratione inductum fuit in hereditatibus præsertim testamentariis si interpretibus nostris credimus, quàm ne aliquo eueniat vt testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse videatur, vt tractant nostri ad *l. quoties 9. §. si duo. de hered. instit. & ad l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Aut si veriorem rationem amamus, quia ius hereditatis & heredis indiuiduum est, cùm & heres & hereditas repræsentent personā defuncti *l. heres 22. de vsucap.* quæ persona cùm sit indiuidua repræsentari pro parte non potest. Atqui neutra ex his rationibus habet locum in querela, quoniam iuris ratio non impedit quominùs per querelam decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus ex postfacto *l. 15. §. vlt. supr.* nec vetat ius quominùs post victoriam querelæ persona defuncti repræsentetur per duos, quantumuis diuerso iure succedentes quorum vnus sit heres ex testamēto alius ab intestato *d. §. vlt.* Nihil ergo causæ est cur in querela debeat locus esse iuri adcrescendi, siue necessitatem iuris spectes, siue testatoris voluntatem, cùm querela non proponatur ex voluntate defuncti, sed contra ipsius voluntatē, nec dubitādū est quin magis futurum sit ex eius voluntate, si portio eius qui repudiantis animo non queritur remaneat penes heredem testamentarium, quàm si adcrescat ei qui solus conquestus fuit. Porrò ius adcrescendi nullum est quod non induxerit aut necessitas iuris, vt inter coheredes, aut ratio volūtatis, vt inter legatarios & fideicommissarios. Quemadmodum ex iis appertet quæ circa totum ferè illum tractamus De iure adcrescendi scripsimus Decade 49. & 50. De error. pragmat.

Ratio decidendi. Querela inofficiosi tum quoque cùm ab eo proponitur qui non nisi pro parte ex sua persona heres ab intestato esse posset, rescindit totum testamentum, facitque patremfamilias ex toto asse intestatum, si modò iudicatum sit vel contra heredem qui sit ex asse scriptus, vel contra omnes si sint plures instituti. Hoc enim addendum est, quia si cùm plures ex testamento heredes essent, aliquis egerit querela contra vnum ex iis, aut etiam contra omnes quidem, sed ita vt contra vnum obtinuerit, ab alio verò sit superatus, Nō potest fieri paterfamilias intestatus, nisi pro parte victi, nec sententia quāmuis de iure testamenti lata ius facit hoc casu contra coheredes qui vel vicerint, vel saltem victi ipsi non sint, vt dixi ad §. vlt. *legis præcedentis*. Quoniam absurdum & iniquum esset contra testamentum pronunciari, & de iure ipsius testamenti non auditis & condemnatis omnibus iis ad quos hereditas ex testamento pertinet *l. de vnoquoque 47. de re iudic. l. etiam 29. §. vlt. supr. de minor.* Absurdum autem æquè non est contra testamentum pronunciari agente vno duntaxat ex multis qui agere possent si vellent & inauditis cæteris, cùm in eo nulla ipsis fiat iniuria, & omnium quoque intersit potiùs patremfamilias in totum fieri & esse intestatum. Atqui rescisso toto testamento, factoque patrefamilias in totum intestato non potest heres scriptus partem vllam hereditatis ex testamento retinere. Necesse igitur est ab intestato succedi in tota hereditate, & consequenter aut ab eo solo qui obtinuit, aut etiam ab

Digitized by Google

alis qui simul cum ipso ad intestati successionem vocantur. Porro is qui repudiantis animo noluit queri, cum posset, sicut ad querelam admitti amplius non potest, cum ei renunciauerit hoc ipso quod nuda voluntate constituerit apud se nolle agere non minus quam si passus sit se tempore excludi *l. si pon. u. 23. § ult. inf. eod.* ita nec quam ullam hereditatis partem petere potest, quippe cuius petitio nulla potest exheredato competere, nisi ex causa querelæ per eum mouendæ, vt scriptum est *in l. filium 2. § sed quemadmodum ff. de bon. poss. contr. tabul.* Vt proinde non possit quis repudiare querelam quæ necessarium antecedens est ad obtinendam hereditatem, quin hoc ipso repudiet consequens, id est, hereditatem ipsam. Ergo quemadmodum in hereditate locus est iuri adcrescendi inter coheredes etiam inuitos, ita & in querela ius adcrescendi locum habere fatendum est, etiam inuito eo qui conquestus est, necessitate pro parte heres esse vellet, vt nimirum totam hereditatem etiam inuitus suscipere compellatur, quasi qui hac conditione ad querelam venerit, cum sciret aut scire deberet non alia lege & condicione ad eam veniri posse, arg. *l. [illegible] [illegible] [illegible] § ult. de acqu. her. & l. si ex pluribus 9. De suis & legit.* Nec quod potest quis ad querelam saluo, vt nullam hereditatis partem adhuc petat, quia is alienari proximior agnatus sit ad succedendum ab intestato, liberum tamen ei est etiam post victoriam omittere hereditatem, ac locum facere iis qui post ipsum sunt, quia ab intestato successuri, arg. *l. [illegible]* postquam placuit etiam in agnatis hodie successionem esse. *§ placebat Inst. de legit. agnat. success.* Excipio filium exheredatum, qui vtique si in patris morientis potestate fuerit, ac in querela obtinuit, hoc ipso fit suus heres, & consequenter necessarius *l. Papinianus 8. § si ex causa ff. [illegible]* at non vi querelæ, sed iure se potestate sua, vt loquuntur, *arg. l. [illegible] condicionibus [illegible] inst. de [illegible] & [illegible]*. Conueniunt autem cum hac Pauli nostri sententia quod ex eodem Paulo traditur in *d. l. si pon. 23. § [illegible]* & quod ex Papiniano *[illegible] [illegible] [illegible]* et ibi adnotauimus. Nec pugnat quod scriptum legimus in *d. l. Papinianus [illegible]* Exheredatum qui non queritur nihil adesse parti eius facere. Est enim non ideo ita solum, heredem vniuscuiusque eum locum habere, de filio exheredato qui nondum queritur, sed tamen [illegible] [illegible] cuique potest, sed potius de eo qui omnino non queritur, & animo non deliberantis, sed repudiantis, vt Paulus hic loquitur. Apertum tamen est id quod eo loco Vlpianus ex Papiniano de parte quam filius exheredatus, qui non queritur, facit in [illegible] heredato qui queritur, non in querela vel portione hereditatis, vt in hac lege & *d. l. si pon. 23. § ult. inf.* sed in legitima, Vt scilicet non eo minor credatur esse legitima illius qui queritur, vt hoc prætextu admittatur ad querelam quod is habet minus legitima, quam tamen integram habere censeatur ita posito iure, vt partem in legitima ei faciat exheredatus frater qui queritur. Fieri enim partem in legitima ad querelam excludendam is qui non faceret partem in querela ad impediendum ne parens filius in totum fieret intestatus, & in hereditate ad impedimentum ne iure accrescendi totam hereditatem haberet, eo iure, si ita esset, qui de inofficioso egisset, ac obtinuisset. Atque ita iam diximus ad *d. § ult. [illegible]*, vbi vide.

a *Partem non facit.* Ratio dubitandi. Testamentum quod per querelam inofficiosi rescissum est, non potest nec debet ad solam exheredationem non iam prodesse, arg. *l. filium 20. § [illegible] de bonor. poss. contr. tab.* Ergo quamuis frater exheredatus animo repudiandi non venerit ad querelam, si tamen frater alio conquerente & obtinente rescissum sit, exheredationem quoque huius qui queri noluit rescissam esse necesse est, nec proinde impedire posse, quominus [illegible] [illegible] pro sua parte [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], Praesertim cum [illegible] [illegible] [illegible] hereditatem legitimam [illegible] [illegible] [illegible] *l. [illegible] [illegible]* [illegible] *l. [illegible] [illegible] [illegible] decret. [illegible] [illegible] inf. [illegible]* Porro [illegible] deinde nec debet potuit, quamdiu exheredatus constat. Constat autem [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] qui [illegible] heres [illegible] esse heres, quemadmodum [illegible] diximus *[illegible] [illegible] [illegible]*. Quanto magis facit vt exheredatus [illegible] exheredatus?

Ratio decidendi. Filius exheredatus qui animo rep[illegible] conquestus non est [illegible] pariter consequens [illegible] [illegible] [illegible] testa[illegible] hereditate repel[illegible], quam propter [illegible] voluntatem & [illegible] [illegible] [illegible] Quæ facit vt [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] exclusio [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] nullum [illegible] [illegible] *[illegible] [illegible] [illegible] 46. [illegible] C. eod.* Nec eo dicendum pertinet quod querela [illegible] [illegible] [illegible] Ergo quaeque tempore quo [illegible] [illegible] repudiare non potest [illegible] [illegible] [illegible] Cum enim [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] quam ex causa querelæ [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] conse[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] quoque [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] repudiationis querelæ. Cum [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] *l. posthumus [illegible] § si quis ex [illegible]* [illegible] [illegible] est vt qui [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] repudiare [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] illa [illegible] [illegible] Nec [illegible] est quod in [illegible] [illegible] contra tabul. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] committitur, [illegible] [illegible] beneficium [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ex persona [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], adeoque [illegible] [illegible] [illegible] benef[illegible] [illegible] *[illegible] [illegible] § ult. l. si post mortem 10. [illegible] de bonor. poss. [illegible]* Est enim facilius vt [illegible] quod quis habet ex alterius persona [illegible] [illegible], quam [illegible] [illegible] quod [illegible] est propria, si eam ad illud repudiauerit. Nec habet ille quod [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] quod [illegible] [illegible] [illegible] & enim mutare non potuisset [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] *[illegible] [illegible] de [illegible]*

Quia

b *Quia rescisso testamento alter quoque ad successionē ab intestato vocatur.* Ratio dubitandi. Diximus proximè fratrem exheredatum qui absolutè ac repudiantis animo non queritur, non facere partē fratri exheredato conquerenti, neque in querela ipsa, neque in hereditatis petitione, quamuis faciat in legitima. Ergo non potest verum esse quod hîc dicitur, Rescisso per querelam vnius ex fratribus toto patris testamento, alterum quoque fratrem vocari ad successionem patris ab intestato, indéq; fieri vt non rectè faciat frater qui obtinuit, si vindicet totam hereditatem. Quid enim aliud hoc est, quàm exheredatum qui noluit queri, facere nihilominùs partem? Ratio decidendi. Cùm dicimus fratrem istum exheredatum qui repudiatis animo non queritur, partem non facere, non eam ad summi meriq; iuris rationem respicimus quàm ad rei effectum. Nam summa iuris ratio certè facit, vt patrefamilias facto intestato, necesse sit ad eius hereditatem vocari omnes quibus lex defert successionem, ac proinde hunc quoque filium qui fuit exheredatus, nec voluit queri, quandoquidem nemo dixerit posse exheredationem ab intestato tenere. Nec quod filius querelam repudiando videatur hereditatem quoque repudiasse ad quam non nisi per querelam aspirare potuit, facere quest ne ab intestato non vocetur. Neque enim aut expressè aut tacitè repudiari potuit hereditas, nisi in eum casum & sub hac veluti condicione si quandoque postea deferetur, Exemplo eius quod nostri solent dicere de renunciationibus quæ fiunt per filias in tabulis dotalibus, Habere illas tacitam condicionem si parentum successiones quibus renunciant iis posteà deferantur. Sic enim Bar. Bald. Castrens. & ceteri ad *l. qui superstitis 94. de acquir. hered.* Prius siquidem est vt quid deferatur, quàm vt ab eo quis excludatur *dict. l. 1. §. decretalis. de success. edict. dict. l. si ita sit scriptum 45. §. si sub condicione. d. leg. 2.* Igitur repudiatio hereditatis tametsi per querelæ repudiationem inducatur, non tamen potest impedire aut tollere delationem quæ ab intestato fit per legem proximioribus ab intestato: sed tantùm impedit acquisitionem ne delatio illa cum effectu esse possit. Et hoc nimirum est quod Paulus hîc scribit. Si de inofficioso patris testamento, alter tantùm ex duobus fratribus egerit, & obtinuerit, rescisso quidem testamento, alterum quoque ad successionem ab intestato vocari, indéque fieri vt victor nō rectè vniuersam hereditatem sit vindicaturus, cùm non possit vindicatio alij competere quàm domino, nec rursus domino nisi quatenus dominus est. Ergo nec heredi nisi quatenus heres est, Sed si hic qui obtinuit totam hereditatem vindicauerit, atque ita possessor factus conueniatur petitione hereditatis à fratre tanquam coherede pro parte, ac quasi nullo iure possideat dimidiam partem hereditatis poterit tueri se & vti autoritate rei iudicatæ per oppositam exceptionem, quia licèt nihil iudicatum fuerit contra fratrem qui non querebatur, perinde tamen Centumuiri pro alio fratre qui querebatur, indicarunt, acsi eum solum in rebus humanis hunc esse crederent (lego enim *tunc*, non vt vulgo *nunc*) cùm patremfamilias faciebant intestatum: hoc est, vniuersam hereditatem ei ab intestato adiudicatam voluerunt, quia nullam alterius fratris exheredati rationem habuerunt, nec habere potuerunt, cùm viderent eum & exheredatum esse, & queri nolle. Quid ergo si frater qui vicit, non totam hereditatem possideret, sed tamen totam petere vellet? Inutilis ei esset exceptio rei iudicatæ quæ non alij potest dari quàm reo & ei qui conuenitur. Sed esset vtilis actio in factum quæ ex iudicato nasci & dari solet *l. actoris 8. C. de rei. cred.* Nam si alius frater excipiat nihil contra se iudicatum fuisse, sed tantùm contra heredem institutum. Replicabit victor ita iudicasse pro eo Centumuiros quasi crediderint solum ipsum fuisse in rebus humanis eo tempore, alterum verò qui querelam repudiauerat, quodammodo mortui loco habendum, vt de deportato scribitur in *l. 1. §. penult. de bon. poss. contr. tab. l. 4. §. si deportatus de bon. libert.* cùm neque admittatur nunc, neque admitti vnquam speretur *dict. l. si post mortem 10 §. liberi. infr. de bon. poss. contr. tab.* Ideoque prudenter nec temerè videtur Paulus hîc loqui non specialiter de exceptione rei iudicatæ, sed generaliùs de rei iudicatæ autoritate vt non minùs actionem iudicati quàm exceptionē complecteretur, Etsi non nego facilius esse vt fratri victori detur retentio per viam exceptionis, cùm possidet quamuis nullo iure, quàm vt ei non possidenti detur actio iudicati contra fratrem, qui sola iudicum intentione, non etiam verbis sententiæ vllomodo fuerit condemnatus. arg. *l. 1. in princ. infr. de minor.* Tutius itaque ac melius faciet frater si quoquomodo, id est, etiamsi nullo iure dummodò sine vicio possessionem totius hereditatis nanciscatur, vt possit ei sufficere exceptio, nec vlla indigeat actione: vt in specie *l. heres 21. infr. ad SC. Trebellian.*

1 ¶ Cùm contra testamentum, vt inofficiosum iudicatur: testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. non idem probandum est, si herede non respondente *, secundum præsentem iudicatum sit. hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: & ideò libertates competunt, & legata petuntur.

Ad §. 1. cùm contrà. & ad l. 18.

Ratio dubitandi. Per sententiam quæ pro querela inofficiosi contra testamentum redditur, testamentum rescinditur *l. Papinianus 8. §. si ex causa penult. sup. l. mater decedens 19. in fi. ꝟ. hoc tit.* Atqui nō potest rescindi testamentum quod iam ipso iure fuit nullum, sicut nec rumpi *l. tametsi 5. inf. de iniust. rup.* Ergò Centumuiri cùm aduersus testamentum velut inofficiosum pronunciant, supponunt illud ipso iure valere. Atqui nullomodo potest valere testamentum eius qui testamēti factionem habuisse nō creditur, & quidē actiuā, vt nostri appellāt, licèt eam habuerit quam iidem vocant passiuam *l. filius familias 16. in prin. & vers. Marcellus. ꝟ. qui testa. facer. poss.* Ergo implicat contradictionem vt defuncti testamentum per querelam rescindatur, & tamen testamenti factionem defunctus tāquam furiosus non habuisse existimetur. Ratio decidendi. Ideò creditur defunctus testamenti factionem non habuisse, quia vltimū eius iudiciū quasi furiosi damnatur, vt scriptū est in *l. mater decedens 19. vers. secundum quod inf.* At nō hoc quasi verè furiosus vel demens testatus sit, sed quasi ritè fecerit testamētum, at non ex officio pietatis. Nam si verè furiosus vel

demens esset, haud dubiè nullum esset non rescissum nec rescindendū, nec rescindibile, vt loquuntur ipsius testamentum *l. 2.* vbi dixi *supr. hoc tit.* Eadem enim est ad illum quæ ad hunc locum ratio dubitandi, eadem decidendi.

a *Non idem probandum est si herede non respondente.* Ratio dubitandi. Contumacia heredis qui cōuentus querela inofficiosi noluit respondere, soli contumaci nocere debet, non etiam alteri, præsertim victori. Ergo non debet facere deteriorem conditionem victoris, quam si præsente & respondente non per contumaciam absente reo, eodemque herede iudicatum fuisset. Nam nec alia ratione contumax potest condemnari q̄ quòd eius contumacia faciat, vt haberi debeat pro præsente *Auth. qua in prouincia. vers. sed si nec ipse. C. vbi de crimin. agi opor.* Nemo enim absens & inauditus vnquam condemnādus est. Atqui si herede præsente ac respondente sententia contra eum pro actore lata esset, non dubitaremus quin sententia iudicum ius faceret, non tantùm aduersus condemnatum sed etiam aduersus eos omnes qui aliquid ex eodem testamento vellent petere: ideoque nec libertates competerent, nec legata deberentur *l. cum mater 15. ff. hoc tit. l. 8. §. pen.* vbi dixi *sup. eod.* Ergo nec aliud erit etiamsi absente nec respondente herede contra eum fuerit iudicatum pro præsente.

Ratio decidendi. Valet quidem sententia contra absentem per contumaciam, æquè ac contra præsentem reddita, sed hactenus vt contra eum solum habeat rei iudicatæ autoritatem ad inducendam nō minùs iudicati actionē, quàm exceptionē rei iudicatę. At non tamen vsque adeò vt possit ius facere quod ad cæteros qui non sunt condēnati, quia heres qui absens, & propter suam contumaciam condemnatus fuit, non tam ob id quod malam causam habuerit cōdemnatus creditur, quàm quòd absuerit *l. si ideo 5. in prin. ff. de euict.* Dixi ad *l. Papinianus 8. §. meminisse. vers. proinde. sup.* Nō igitur habet hæc sententia autoritatem rei iudicatæ nisi aduersus eum ipsum qui fuit contumax & adesse neglexit, & consequenter saluæ sunt libertates eo testamento relictæ salua legata, & saluæ omnibus actiones *l. si perlusorio 14. §. 1. ff. de app.* vbi refertur etiam rescriptum Diuorum fratrum, cuius mentio fit in *l. prox. seq.* Nec valde dissimile est quod scriptum legimus in *l. si seruus plurium 50. §. 1. infr. de legat. 1.* Si tamen liceat mihi liberè quod sentio eloqui, vereor ne hæc distinctio in tractatu nostro De querela inofficiosi, Triboniani sit potiùs quàm Pauli, Multū nāque interesse arbitror an pronuncietur contra heredem scriptum, adeoque si voles etiam cōtra testamentum in simplici petitione hereditatis, siue falsum, siue iniustum, vel irritum aut ruptum dicatur testamētum, an verò ex causa querelæ de inofficioso, vt & aliàs plerumque interest *l. 5. in princ. infr. de his quæ vt indign.* Priore casu fateor posse admitti distinctionem quæ placuit Imperatoribus, nec nocere legatariis aut libertatibus quòd contra heredem iudicatum fuit non solùm si de iure tantùm heredis pronunciatum sit, fortè pro substituto, vt in *d. l. si seruus. §. 1. vers. si tamen* (qui casus longè minorē dubitationem habet, cùm substitutus veniat ex eodem testamēto) sed etiam si de iure testamenti, At posteriore casu nego huic distinctioni locum esse posse: Ratione illa quā Paulus tradit initio huius §. quòd cùm cōtra testamētum velut inofficiosum iudicatur, testamēti factionem defunctus habuisse non creditur. Non tam enim contra heredem pronunciatur in querela inofficiosi testamenti, q̄ contra testamentū, nec tam contra testamentum, q̄ contra testatorem ipsum, ablata ei factione testamenti, sine qua tamen impossibile est, vt vel libertates dare quis possit, vel relinquere legata, vel etiam fideicommissa. Qua ergo fronte possunt legatarij petere legata ex testamento per eum facto qui furiosus ac demens fuisse existimetur? Nā nec potest negari, quin saltē quod ad heredem ipsum condemnatum sententia ius faciat, & pro veritate habeatur. Atqui legata omnia, itémq; libertates pendent ab institutione, & legatorum obligatio incipere dicitur ab herede *l. hereditariarum 40. ff. de obl. & action.* Non igitur potest fieri vt credatur testator & pronuncietur fuisse furiosus quod ad heredē, quin hoc ipso pronūcietur fuisse illum furiosum cùm ab eo herede legata relinqueret, ac libertates daret. Longé que alia causa est coheredis testamentarij, cui dicimus nō nocere sententiam aduersus coheredem latam, quia eius porro non pendet à portione coheredis: & quamuis non possit testator fuisse pro parte furiosus, difficilius tamen est vt propter sententiam aduersus vnum ex coheredibus redditam, alius qui auditus non fuit ea non afficiatur, q̄ vt legatarij ex sententia lata contra heredem qui legata ipse præstare debuisset. Denique generale ac perpetuum est, vt quoties testamentum inofficiosum pronunciatur, neque libertates competant neque legata debeantur *d. l. 8. §. penult. sup. d. l. cùm mater 28. i. f. hoc tit.* quia impossibile est vt quicquā valeat ex iis omnibus quæ data sunt à testatore pro ea saltem hereditatis parte pro qua furiosus fuisse creditur. Quare non dubito quin Paulus in hoc §. ita scripserit *Cùm contra testamentum vt inofficiosum iudicatur testamenti factionem habuisse defunctus non creditur, & ideo libertates non competunt, nec legata debentur.* Nā si quo vnquam casu Paulus admittere voluisset libertates cōpetere, & legata deberi ex testamēto inofficioso, vtique admisisset in ea specie quā idem tractat in *d. l. l. cùm mater*, præsertim cùm in ea specie adesset autoritas rescripti Imperatoris, quæ tamen facere non potuit, vt Imperatoris sententiam Paulus probaret. Tantùm abest, vt distinctionem illam quæ à Diuis fratribus inducta est in simplici petitione hereditatis fuerit ille probaturus in causa inofficiosi testamenti. Fuisse enim hoc casu necessariam Imperatorum constitutionem aliquam, quæ hoc nisi contra meram rationem ex æquitate induceret, apparet tam ex *lege proxim. sequent.* quàm ex verbis illis *dictæ legis si perlusorio. §. 1. & ideò aduersus eum qui vicit permittimus eis agere.* Ergo multò magis fuit necessaria cōstitutio aliqua ad hoc vt rescisso per querelam testamēto, quamuis contra heredem non respondentem libertates nihilominùs & legata conseruarentur, cùm de hac specie nihil à Diuis fratribus constitutum fuisse ex ipsius rescripti verbis appareat, euidentissima verò sit ea quam in superioribus attulimus ratio diuersitatis inter hanc speciem, & cæteras in quibus nihil allegatur quod afficiat personam testatoris, quodque facere debeat vt testamenti factionem defunctus non habuisse videatur. At cùm Paulus in ea quæ suprà diximus verba scripsisset, credibile est Tribonianum de suo addidisse omnia cætera quæ tollimus, & postremam legis sententiam de libertatibus & legatis ex negatiua adfir-

adfirmatiuam fecisse. Nam præter id quod iam dixi me illud etiam mouet, quod iam mouet in *d.l. 8. §. pen. sup.* quod tractatur hîc de iudice in singulari numero, quasi de querela vnus tantùm sit iudex qui iudicet non Centumuiri, de quibus tamen in proximo huius legis responso locutus Paulus fuit, vt & Papinianus de iudicibus in plurali in *l. nam etsi 15. §. vlt. sup.* & Marcellus *in l. si pars 10. eod.* & Iustinianus ipse in *l. vlt. vers. tum etiam Centumuiri. C. de liber. præter.* Numquam enim Paulus tractans de querela ita scripsisset *hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri.* Item quod similem penè video sententiam sub Vlpiani nomine traditam in *d.l. si seruus plurium §. 1.* vbi tamen multa sunt, quæ faciant ne possit dubitari quin locus ille sit totus Triboniani, vel saltem à Triboniano corruptus, siue verba, siue sensum verborũ intueare: vt ad eum, Deo fauente aliquando docebimus. Etsi non de Cẽtumuiris ibi agitur, neque de querela inofficiosi, sed de iudice pedaneo qui datus fuerit & pronũciauerit in causa petitionis hereditatis vt prima §. 1. verba demonstrant, qui tractatus longè ab hoc diuersus est, vt iam dixi. Accommodato scilicet iure vetere ad ius nouum quo de hereditate cognoscunt non centumuiri, vt olim *l. vl. C. de pet. h. & d.l. ex petitor 30. de liberali c. & l. vl. C. de liber. præt.* sed prætores aliíve magistratus quibus & licuit olim iudices date in omnibus penè causis ante *l. 2. C. de peda. iudicib.* Accommodari autem ius vetus ad nouum à quo alio potuit quàm à Triboniano ipso, aliísque Compositoribus? Dixi ad *d.l. 8. §. vlt. sup.* & dicam *ad l. si suspecta 29. §. eod.* Rursum quod scio nihil esse familiarius Triboniano, quàm vt Imperatorum rescriptis ad certas causas certosque casus accommodatis passim abutatur producẽs ea ad alias species de quibus neque in rescriptis quicquam dictum, neque ab imperatoribus cogitatum fuit, adeóque quæ nullam ferè iuris similitudinem habeant cum iis speciebus de quibus Imperatores rescripserunt. Id verò si vnquam alibi Triboniano, hîc certè accidit. Etsi enim habent omnes hæ species illud simile quod in iis de iure testamẽti pronunciatur, legatáque pendent ab institutione, quæ per querelam rescinditur, est tamen hoc omnino dissimile, quod in cæteris non negatur testamentum, sed negatur esse validum: in querela verò inofficiosi negatur testamentum, hoc ipso quod testator dicitur testamenti factionem non habuisse: In aliis de iure tantùm testamenti agitur. In hac autem, de iure ac persona ipsius testatoris. Quis porrò non admittat facilius esse vt & libertates competant & legata debeantur ex eo testamento quod factum sit licèt malè, quàm quod nec factũ esse existimetur? Denique iam fortasse id agebat Tribonianus cùm hunc titulum ex prudentum responsis concinnabat, vt viam strueret constitutioni Iustiniani Nouell. 115. §. *aliud quoque capitulum*, qua primum inductum est contra totius iuris veteris rationem vt rescisso per querelam quoque testamento legata nihilominus & fideicommissa debeantur, omnia denique præter institutiones salua, firmáque remaneant. Ne scilicet ea constitutio tãtopere à iure vetere aliena videretur. Quanquam vt minùs aliena videri debeat, illud facit, quod hodie non rescinditur eo colore testamentum per querelam quo rescindebatur olim quasi dementis hominis & insani, sed quasi non sit satisfactum sollennitati, quam Iustinianus in præteritionibus, & exheredationibus introduxit: Cùm ea potissimùm ratio faceret olim vt nihil valere posset quod relictum fuisset in testamento inofficioso, nec si repetitũ fuisset ab intestato *l. Titia 13.* vbi dixi *sup. l. nec fideicommissa 36. de legat. 3.* Illud etiam mihi non parum suspectum est quod video in *l. prox. seq.* adferri autoritatem constitutionis Diuorum fratrum, id est eius rescripti quod Vlp. refert in *d.l. si perlusorio. §. 1. de appellat.* Ita enim oportuit Tribonianum facere, vt nobis suam illam distinctionem insinuaret, quasi ex Pauli iurisprudentia, & præterea ex Imperatorum rescriptis depromptã. Et tamen certum est, etiamsi tale ius esset in querela inofficiosi inspecta iuris veteris ratione, quale traditur in hoc §. vt libertates competerent & legata deberentur ex testamento quod herede non respondente inofficiosum pronunciatum fuisset, non tamen potuisse Paulum ita scribere ex iuris ratione sed tantum ex autoritate rescripti, quod etiam in cæteris speciebus fuit necessarium, & cuius proinde mentionem à Paulo fieri oportuerat in eo ipso loco in quo scribebat libertates, & legata conseruari, vt scirent omnes non iuris rationi sed autoritati rescripti acceptum ferri hoc oportere. Quod tamen factum non est, cùm lex sequẽs ita huic coniuncta sit quasi sumpta ex alio eiusdem Pauli libro. Iunge quæ dicam ad *l. si suspecta 29. infr.*

19. PAVLVS libro 1. Quæstionum.

MAter decedens, extraneum ex dodrante heredem instituit, filiã vnam ex quadrante, alterã præteriit. hæc de inofficioso egit, & obtinuit. Quæro scriptæ filiæ quo modo succurrendum sit. Respondi: Filia præterita id vindicare debet, quod, intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quæ omissa est, etiam si totã hereditatem ab intestato petat, & obtineat, solam habituram vniuersam successionem, quemadmodũ si altero omisisset legitimam hereditatem. Sed non est admittendum, vt aduersus sororem audiatur, agendo de inofficiosi. Præterea dicendũ est, non esse similem omittenti eam, quæ ex testamento adiit: & ideò ab extraneo semissem vindicandum, & defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundũ quod, non in totum, testamentũ infirmatur, sed pro parte intestata efficitur: licèt quasi furiosæ iudicium vltimum eius damnetur. Ceterùm si quis putauerit, filia obtinente, totum testamentũ infirmari: dicendum est, etiam institutã ab intestato posse adire hereditatem. nec enim quæ ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri: cum & hi, qui sciant, ius suũ, eligentes id, quod putãt sibi competere, non amittant. quod euenit in patrono, qui iudiciũ defuncti, falsa opinione motus

amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non rectè totam hereditatem præteritam vindicare, cùm rescisso testamento, etiam institutæ saluum ius sit adeundæ hereditatis.

Ad l. mater decedens 19.

a *Itaque dici potest*. Ratio dubitandi. Filia testamento matris præterita etiamsi de inofficioso agat tam contra sororem institutam ex quadrante quàm contra extraneum scriptum ex dodrante, tamen id tantùm vindicare potest, debétq; post victoriam, quod habitura fuerat si mater intestata decessisset, vt in hac ipsa lege Paulus præfatur, fatetúrque. Atqui ab intestato non fuerat habitura vniuersam hereditatem, sed dimidiam duntaxat, cùm alia soror adesset quæ aliam dimidiam æquè ab intestato habere debuisset. Ergo peruersa & apertè mala est hæc Pauli ratiocinatio, vt filia præterita quæ de inofficioso egit & obtinuit, ideò vniuersam hereditatē obtinere debeat, quod possit vindicare quicquid ab intestato habitura esset.

Ratio decidendi. Hæc Pauli ratiocinatio præsupponit pro vero aliam filiam ex quadrante institutam, quæ institutionem suam agnouit, ex eáque adiit maternam hereditatem hoc ipso videri legitimam successionem repudiasse, cùm non possit vna succedendi via eligi, quin altera repudietur. Nec enim potest quisquam eidem personæ ex testamento simul, & ab intestato succedere *l. illud dubitari 77. ff. de acquir. hered.* Id enim est quod Paulus subiūgit *quemadmodum si altera omisisset legitimam hereditatem.* Et tamen hoc falsum est quod supradicta ratiocinatio supponit pro vero, quod filia instituta adeundo ex testamento videatur repudiasse legitimam hereditatem, & consequenter illud quoque falsum quod ex eo inferebatur, Posse filiā præteritam post obtentam in querela victoriam, vindicare vniuersam matris hereditatem. Quod vtrumque Paulus probat in sequentibus. Ergo quod scribitur in hoc versic. non ex Pauli sententia scriptum videri debet, sed potiùs ex aliorum si qui essent qui sic ratiocinari & sentire vellent. Proinde accipiendus est hic versiculus pro ratione dubitandi ad totius legis quæstionem, non pro decisione aut ratione decidendi. Quæstio namque totius legis vnica illa est, An filia hæc quæ de inofficioso egit & obtinuit, vniuersam hereditatem ab intestato vindicare debeat, an partem tantùm, & si partem, quotam partem. Respondetur autem & concluditur, non posse illam de inofficioso agere & obtinere nisi pro semisse, idque contra extraneum institutum ex dodrante, sed etsi egerit & obtinuerit non minùs contra sororem scriptam ex quadrante quàm contra extraneum institutum ex dodrante, non plus tamen quàm semissem ab intestato eam habere oportere. Igitur dubitandi ratio propter quam videri poterat esse admittenda ad vniuersam hereditatem vindicandam, illa erat, quòd rescisso in totum testamento, factáque matre per querelæ victoriam in totum intestata, neque soror neque extraneus in successione intestati partem ei vllam facere posse videretur. Non extraneus quia nulla ex parte poterat succedere ab intestato. Non soror, quoniam tametsi par & æquale ius haberet succedendi ab intestato si mater ab initio intestata decessisset *l. matris 4. D. ad SC. Tertyll.* in proposito tamen videbatur exclusa à successione legitima quasi per propriam repudiationem hoc ipso quòd testamentariam elegisset. Relinquebatur ergo vt ad legitimam matris hereditatem sola admitti posset ac deberet filia quæ in querela obtinuisset. Sed ratio decidendi quam Paulus adfert duplex est quantum ad partem quam facit filia instituta. Prior illa est quod filia præterita non sit audienda si de inofficioso velit agere aduersus sororem ex quadrante institutam, cùm soror instituta sit talis persona quæ ab intestato non modò tantundem habitura esset quantum habet nunc ex testamento, sed plus etiam. Quæ enim non habet ex institutione nisi quadrantem, haberet ab intestato semissem. Cur non ergo liceat ei retinere quadrantem ex institutione? Aut cur volumus pro hac quoque portione infirmari testamentum per querelam cùm nihil prohibeat, quominùs mater pro parte decesserit testata & pro parte intestata, quamuis testamentum eius nō alio colore rescindatur pro qua parte querela vicit & obtinuit, quàm quia furiosæ mulieris iudicium esse existimetur, quæ tamen si verè furiosa fuisset, nulla ex parte potuisset testata decedere, vt dicam ad *l. circa 24. inf.* Posterior ratio est, quòd non possit dici similem esse omittenti & repudianti filiam quæ ex testamento adiit. Nec enim quæ ex testamento adiit quod putat valere legitimam hereditatem repudiare videtur, quam nec scit sibi deferri, cùm nec repudiari possit priùs quàm sit delata, nec deferri quandiu ex testamento potest adiri hereditas *d. l. illud 77. iunct. l. quandiu 39. de acquir. hered.* Nam & quod magis est illi ipsi qui ius suum sciūt, quod re vera iam competat, eligentes tamen aliud quod putant sibi competere, id quod competit non amittunt, vt euenit in patrono qui iudicium defuncti amplexus est falsa opinione motus qui fortè petierit legatum sibi in testamento relictum & in codicillis ademptum, vt Accursius & Bartolus interpretantur. Is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse quæ ipsi competit quoties non habet competentem patronoq; debitam portionem, de qua in *tit. De bon. libert. inf.* quamuis qui iudicium defuncti secutus est, non minùs à petenda bonorum possessione contra tabulas, quàm ab inofficiosi querela proponenda repellatur. Omnis enim repudiatio exigit animum repudiantis, qui animus repudiandi nullus esse potest in eo qui sius illud quod repudiatum dicitur, sibi competere ignorabat. Ergo non potest filia quæ obtinuit, sororis institutæ portionem, id est, quadrantem ab intestato vindicare: quandoquidem rescisso in totum testamento, etiam institutæ saluum ius est adeundę legitimę hereditatis. Quod verò pertinet ad portionem heredis extranei quē posuimus institutum ex dodrante, nihil aliud Paulus dicit, nisi quod semis ei auferendus est, quasi totus ad hanc filiam quæ questa est pertineat ab intestato. Semper enim verum est non plus posse filiam quæ vicit & obtinuit vindicare, quàm quātum habitura fuit ab intestato. Atqui si mater ab initio intestata decessisset, non haberet filia nunc nisi semissem. Ergo & post victoriam semissem tantùm habere debet: Altera verò filia, quæ ex quadrante instituta fuit, suum illum quadrantem

ex sua

ex sua institutione retinebit; quasi non rescisso nisi pro semisse testamento: Atque ita reliquus quadrans necesse est ut ex eodem testamento remaneat penes extraneum ex dodrante institutum: nec enim potest ei auferri siue per filiam præteritam quæ de inofficioso egit & obtinuit, quia non nisi pro semisse rescissum est testamentum, neque per filiam institutam quia nõ fuit nisi ex dodrante instituta. Quanquam etsi quis diceret testamentum fuisse rescissum in totum, nõ eo magis tamen posset victrix filia successionem vniuersam ab intestato vindicare, quia licèt eo casu nihil prorsus habere posset extraneus, soror tamen quæ fuerat ex quadrante instituta, non quadrantem iam haberet sed semissem ab intestato, quamuis ante propositam querelam adiisset ex testamento: Sic enim sentio cum Irnerio contra Ioannem & Accursium qui non dant hoc casu filiæ institutæ nisi quadrantem etiam ab intestato. Et hæc vera huius legis sententia est, nec obscura, quamuis, vt aliæ pleræque Pauli quæstiones, satis intricata. Nõ valde dissimilis Pauli contra Papinianum ratiocinatio & disputatio est in *l. Cladius 97. ƒ. de acquir. hered.* vbi aliquando fauente Deo dicemus.

20. SCAEVOLA libro secundo Quæstionum.

QVi de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere. totiens enim ea indulgenda est, quotiens, si vere filius esset, heres esset, aut bonorum possessor: vt interim & possideat, & alatur, & actionibus præiudicium non patiatur: qui verò de inofficioso dicit, nec actiones mouere debet, nec aliam vllam quàm hereditatis petitionem, exercere [a], nec ali: ne vnquam melioris sit conditionis, quam si confitetur aduersarius.

Ad l. qui de inofficioso 20.

Ratio dubitandi. Carboniana bonorum possessio dari solet filio quoties negatur filius, vt dilata in tempus pubertatis quæstione status interim filius possideat bona defuncti & ex iis alatur, & in actionibus præiudicium non patiatur, si quæ fortè sint tempore perituræ: Alias enim actiones exercere non ei permittitur *l. 3. §. iussum infr. de Carbon. edict.* Sufficit autem vt aliquo casu possit suus heres esse is qui petit Carbonianam, licèt interim sit exheredatus *l. 1. §. sed & si quis eo.* Satius enim est sub incerto ali etiam eum qui exheredatus sit, quàm eum qui ex postfacto non exheredatus appareat, fame interim necari *d. l. 1. §. quare etsi ita, & §. sed etsi sub conditione.* Atqui filius exheredatus qui de inofficioso egit, potest sperare & assequi per querelam vt exheredatio cum toto reliquo testamento rescindatur, quod si eueniat vtique fit patri filius suus heres, aut bonorum possessor si hoc malit *l. Papinianus 8. §. si ex causa,* vbi dixi *sup.* Ergo qui de inofficioso agit, si præterea negetur filius, Carbonianam nihilominùs bonorum possessionem accipere & poterit & debebit. Nam & cùm is qui agit de inofficioso nõ aliunde habet ex quo se alat, dicimus alimenta ei deberi pendente lite pro modo facultatum quæ ad eum ex causa querelæ inofficiosi peruenire possunt *l. si instituta 27. §. pen. infr.* Quidni ergo etiam Carboniana ei dabitur, si & filius negetur? vel ad hoc saltem vt interim alatur. Exheredatio enim cùm supponat filium esse illum qui exheredatur, si quidem absurdum esset extraneum exheredari *l. quidam cũ filium 132. infr. de verb. oblig.* non potest facere deteriorem conditionem filij quàm si simpliciter filius esse negetur, quia grauius est & à iure acquirendæ hereditatis remotius, vt filius quis non sit, quàm vt is quem constat filium esse sit exheredatus. Nam qui filius non est is neque re neque spe vnquam suus heres fuit. Qui verò exheredatus est is saltem spe suus heres fuit & quodammodo dominus rerum paternarum quandiu pater vixit *l. in suis 11. De liber. & posthum.*

Ratio decidendi. Toties Carboniana bonorum possessio indulgenda est ei qui filius negatur, quoties si is verè filius esset, etiam heres aut bonorum possessor reperiretur. Est enim subsidiaria hæc bonorum possessio & in locum eius, quam prætor vero filio ex edicto daret, siue ex testamento, siue ab intestato *l. 1. & tot. tit. de Carbon. edict.* Atqui filius hic quem ponimus negari filium etiamsi verè filius esset, non ideò tamen aut heres aut bonorum possessor esset, neque ex testamento, neque ab intestato cùm sit etiam exheredatus, & quidem in omnem casum, Nulla ei spe successionis relicta nisi per querelam inofficiosi, quæ spes non solùm dubia sed etiam parum fauorabilis est, cùm in dubio præsumendum sit pro patre & pro testamento *l. si pars 10.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Ergo Carbonianam interim habere non debet, quæ certè numquam datur ei qui omnimodo & in omnem euentum exheredatus fuit vt ex supradictis legis apparet & ex *d. l. 1. §. & generaliter ƒ. de Carbon. edict.* Nam nec alias vllas actiones mouere potest nec si filius probetur, neque aliam vllam quàm hereditatis petitionem exercere. Alioqui melioris conditionis esset hic filius qui filius esse negatur, quàm si aduersarius eum filium esse fateretur, quo casu sola exheredatio sufficeret ad denegandam ei Carbonianam.

a *Nec aliam vllam quàm hereditatis petitionem exercere.* Hinc apparet querelam inofficiosi non esse petitionem hereditatis & alio ac planè separato iudicio exerceri, quod & Accursius noster hîc probat pluribus validissimis rationibus, & nos iã diximus ad *l. 6. §. si quis ex his, sup. hoc tit.* vt miret Cuiacium passim ista confundere & libr. 10. Obser. cap. 20. querelam inofficiosi & petitionem hereditatis, quasi synonima accepisse. Illud sanè non nego vtrumq; iudicium fuisse Centumuirale quia querela inofficiosi præparatoria est ad petitionem hereditatis, de qua soli Centumuiri cognoscebant *l. 5. §. vlt. ƒ. tit. prox. de petit. hered. l. vlt. C. eod.* Et consequenter fateor etiam posse vtramque actionem in eodem iudicio proponi, querelam scilicet primò ac principaliter, petitionem verò hereditatis subordinatè, vt Accursius & Bart. hîc tractant, quod & in aliis actionibus quarum vna sit præparatoria, alia subordinata iuris est, ex not. in *l. ora... de rei vindic.* Sed ea res non facit vt eadem actio videri debeat, cũ fieri possit vt qui obtinuit in querela

succumbat tamen in petitione hereditatis, vt bene hîc Bart. ratiocinatur *ex d. §. si quis ex his.* Qui & illud non malè defendit aduersus Accursium, Proposita inofficiosi querela quæ obtinuerit non ideò petitionem hereditatis habere paratam executionem, nisi etiam illud pronunciatum sit hereditatem ad actorem pertinere. Nam & exemplum quod adfert Accursius de actione quæ nascitur ex iudicato, quasi habeat illa paratam executionem, nec opus sit condemnatum ex iudicato conueniri, æquè falsum est, cùm ex iudicato possit quis & debeat conueniri, antè quàm iudicati executio vel fieri vel pro facta haberi possit *l. item veniunt* 20. §. *idem rectè infr. tit. prox.*

21. PAVLVS libro 5. Responsorum.

EVm, qui inofficiosi testamenti querellam instituit & fraude heredis scripti, quasi tertiam partem hereditatis tacitè rogatus esset ei restituere, reliquit eam actionem, nõ videri deseruisse querellam: & ideo non prohiberi cum repetere inchoatam actionem.

Ad l. eum qui 21.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi vt sæpiùs diximus, similis est actioni iniuriarum *l. 1. §. sed si puta ⁊. si quid in fraud. patr.* Atqui actio iniuriarum semel omissa non potest repeti ne quidem per in integrum restitutionem etiamsi concurrat fauor minoris ætatis *l. auxilium 37. supr. de minor.* Ergo si cùm inofficiosi testamenti querelam institueris, eam reliqueris, quamuis ita feceris per fraudem heredis scripti qui hoc tibi persuasit quasi tacitè rogatus fuisset ille à testatore tertiam partem hereditatis tibi restituere, atque ita facere vt plus quàm legitimam portionem haberes, non est tibi permittendum vt repetas inchoatam actionem & querelam quam semel deserueris; Potiùsque dicendum esset dandam tibi actionem de dolo, vt dici solet quoties aduersarij dolo & calliditate factum est vt pristina actio extincta sit nec alia vlla supersit *l. 1. & pass. sup. de dolo.*

Ratio decidendi. Inofficiosi querela extinguitur quidem ipso iure per pactum sicut & actio iniuriarum *l. si tibi 17. §. 1. sup. de pact.* adeòque sola desistentia & nuda voluntate statim atque is qui cœpit aut potuit queri constituit apud se nolle agere *l. si ponas 23. §. vlt. ⁊. hoc tit.* iunct. *l. sed si vnius 17. §. si ante iudicem ⁊. de iniur.* At in proposito is qui querelam proposuit, & eam postea per fraudem heredis scripti reliquit, non tam pactus videtur, quàm deceptus. arg. *l. qui cum tutoribus 9. §. 1. & vlt. sup. de transact.* Nam etsi transactio inter heredem & actorē facta esset, nec fides transactioni ab herede præstaretur, placeret integram esse causam inofficiosi *l. si instituta 27.* vbi dicam *infr. hoc tit.* Quanto enim difficilius est vt querela omissa repetatur, tantò faciliùs dicendum est non videri eam repudiatam ne omni auxilio destituatur is qui alioquin iustè queri posset. Actio enim de dolo præter id quod famosa est, & ideo numquam nisi in subsidium concedenda, cùm aliud nihil est quod melius dici possit, in proposita tamen specie ideò minùs sufficiens esse creditur, quòd indemnitatem quidem pecuniariam adferre potest, sed impietatis notam quam inurit exheredatio delere nullomodo potest. Admittitur ergo is qui cœperat queri ad repetendam querelam, non quasi eam per fraudem heredis scripti deseruerit, sed quasi nec deseruerit, quia non videtur deseruisse, qui numquam habuit animum deserendi. Quòd si vt querelæ causa salua sit, sufficit eum qui ex testamento egeat eam posset queri habere aliquid quod vicio testatoris possit reputare, vt in *l. nihil interest 12. §. si cum filius supr. hoc tit.* quanto magis salua erit querela contra heredem ei qui habet quod reputare possit non tantùm vicio, sed etiam dolo, non testatoris, sed ipsius instituti? Quem scilicet absurdum & iniquum esset ex dolo suo lucrum sentire *l. ne ex dolo 13. sup. de dolo.* Semper enim dolus & omnimodo puniendus est *l. procurator 11. § in vniuersum inf. de dol. mal. except.*

1 § Item quæsitum est, an heres audiendus est ante de inofficiosi querellam actam, desiderans restitui sibi ea, quæ soluit. Respondit ei, qui sciens indebitum fideicommissum soluit, nullam repetitionem ex ea causa competere.

Ad §. 1. item quæsitum.

Ratio dubitandi. Per querelam inofficiosi fiunt indebita omnia & legata & fideicommissa quæcunque testamento inofficioso data fuerunt *l. Papinianus 8. §. si ex causa l. Titia 13.* vbi dixi *supr. hoc tit.* Ergo quamuis soluta fuerint, repeti nihilominus possunt per condictionem indebiti *l. 2. §. 1. infr. de condict. indeb.* Ratio decidendi. Multum interest an soluta sint legata vel fideicommissa ex eo testamento quod heres putabat valere ac perpetuò valiturum esse, quod tamen postea rescissum sit per querelam, An verò sciens fideicommissum vel ab initio indebitum, vel in ea causa constitutum vt per querelam indebitum fieri quandoque posset, vltrò soluerit, siue fidei explendæ causa id fecerit vt in *l. fideicommissum 62. de condic. indeb.* siue etiā animo repetendi *l. quod quis sciens 50. eod.* Priore casu condictio indebiti competit, *d. l. 2. §. 1.* Posteriore non item. Atqui Paulus in hoc §. de illo nominatim loquitur qui sciens indebitum fideicommissum soluit. Meritò igitur respondet nullam ei ex hac causa condictionem competere, quia cuius per errorem soluti condictio est eius consultò dati donatio est *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Diuersum est si inocento ac titubante animo soluerit, vt hîc notat Accurs. ex *l. vl. C. de condict. indeb.* Nõ possum tamē facere quin miter hoc Pauli responsum ad propositam quæstionem. Non enim erat quæstio de fideicommisso tantùm quod hac parte solet esse fauorabilius legato, arg. *d. l. fideicommissum & l. 1. C. de fideic.* sed de iis omnibus quæ soluta proponebantur siue legata essent siue fideicommissa. Nec rursus de herede qui sciens indebitum fideicommissum soluisset, sed de eo qui soluerat ante actam inofficiosi querelam ac proinde eo tempore quo nondum poterat indebitum dici fideicommissum

missum, vt nec quicquam aliud ex relictis in eodem testamento. Quid ergo commune habet responsio cùm quæstione? Rursum cùm ante inofficiosi querelam actam testamentum subsistat, quonam obsecro prætextu aut colore potest heres interim desiderare vt restituantur sibi quæ soluit, & ad quorum solutionem adhuc vrgeri posset si nõdum soluisset? Nam si ponas fideicommissum ab initio fuisse indebitum puta relictum incapaci alia quæstio est, & ad quam nihil pertinet tractare de querela inofficiosi. Ergo cùm & inepta quæstio sit, & ineptior ad quæstionem responsio, facilè in eam descendo sententiam vt totum hunc §. Triboniano & Compositoribus adscribam potiùs quàm Paulo. Voluit autem Tribonianus hoc dicere quod tamen non expressit, Rescisso per querelam testamento licèt omnia & legata & fideicommissa quæ ab initio soluta fuerunt quasi debita repeti possint condictione indebiti tanquam indebita, Id tamen fideicommissum non repeti quod heres sciens indebitum soluit: De quo tamen ius tam certum & apertum erat, vt non sit verisimile Paulum ita fuisse responsurum, præsertim cùm de eo interrogatus non fuisset, Nisi fortè more Scæuolæ qui ad obscuram facti speciem de iure aperto potiùs respondebat, quàm vt quæstioni facti se implicaret, vt in *l. a testator. 10. de condic. & demõstr.* Iunge tamen quæ dixi ad *l. Titia 13. sup.*

2 ¶ Idem respondit, euicta hereditate per inofficiosi querellam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia obseruari oportere, ac si hereditas adita non fuisset: & ideo & petitionem integram debiti heredi instituto aduersus eum: qui superauit, competere, & compensationem debiti.

Ad §. 2. idem respondit.

Ratio dubitandi. Semel extincta actio numquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream inf. de solut.* Atqui per aditionem hereditatis confunduntur & per confusionem extinguuntur actiones omnes quas heres institutus habuit contra defunctum *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio eod. l. debitori 5. C. de pact.* Ergo quamuis euicta sit hereditas per inofficiosi querelam ab eo qui heres institutus adierat ex testamento, nõ ideò tamen videtur fieri posse vt petitio debiti integra supersit heredi instituto aduersus eum qui superauit, quiq; hodie possidet hereditatem ab intestato, Aut vt debitum illud possit compensare, cùm per confusionem nõ minùs naturalis obligatio quæ sufficeret, extinguatur, quàm ciuilis, Siquidem natura ipsa impedimẽto est ne quis sibi ipsi debere aut contra seipsum agere possit *l. frater a fratre 38. de condic. indeb. l. ne cũ filiofamilias 16. de furt. l. heres a debitore 21. de fideiuss.* Præsertim cùm possit imputari huic heredi cur adierit ex eo testamento quod sciuit, aut saltem præuidere potuit & debuit in eo esse vt per querelam rescindi posset, arg. *l. si quis domum 8. §. 1.* in illis verbis *quia hoc euenire posse prospicere debuit ꝟ. locat.* Nunquam autem solent actiones confusæ restitui ei cuius facto confusæ sunt si quid sit quod possit ei imputari, *l. indigno 8. l. heredem 17. & l. seq. §. 1. ꝟ. de his quæ vt indign. l. eius qui delatorem 29. §. 1. ꝟ. de iur. fisc.*

Ratio decidendi. Euicta hereditate per inofficiosi querelam ab herede instituto, perinde omnia obseruari oportet acsi hereditas adita non fuisset, quia potestas euictionis tollit intellectum aditionis & confusionis, vt in *l. si patroni 55. §. vlt. ꝟ. ad SC. Trebell. l. Papinianus 8. §. si ex causa & l. qui repudiantis 17. §. vl. sup. hoc t.* Atqui si non fuisset adita hereditas, nulla actionum heredis confusio facta fuisset, quæ scilicèt facta non est nisi per aditionem *d. §. aditio.* Ergo perinde integra est heredi instituto petitio aut compensatio eius summæ quam ei defunctus debuit, acsi defunctus ab initio intestatus decessisset, siue heres hic institutus vltrò agere velit contra heredem legitimum, siue ab eo conueniatur, Adeò vt neque vlla actionum restitutione opus sit hoc casu *l. si maritus 22. in fin. C. hoc tit.* quomodo aliàs plerunque opus est, quia rescisso per querelam testamento sicuti numquam adita ex testamento hereditas fuisse intelligitur, ita neque vlla actionum confusio facta esse, quam tamen præcedere necesse est, vt restitutioni locus esse possit, aut etiam quæstioni De confusis actionibus restituendis *l. Papinianus 18. inf. de seruit.* Neque verò potest is qui egit de inofficioso & obtinuit, imputare huic heredi instituto cur hereditatem ex testamento adierit, cùm si hereditas ex testamento adita non fuisset, ille nec de inofficioso agere nec proinde vincere potuisset *d. l. Papinianus 8. § si conuictionis §. hoc t. l. seruum 36. §. vl. C. eod. iunct. l. si extraneus 33. l. cum in fundo 78. § quod si mulier ꝟ. de iur. dot.* Multò minùs potest imputari heredi scripto cur non repudiauerit hereditatem fortassis opulentam sibi delatam ex iusto validoq; testamento. Liberum enim cuique est vt sibi delatam hereditatem vel agnoscat vel repudiet *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Aliud ergo est in iis casibus in quibus actiones confunduntur per aditionem ex testamento factam ab eo qui heres semper maneat, qualis ille est cui fiscus hereditatem auffert velut indigno *l. ex facto 43. §. vl. de vulg. & pupill. substit.* aut qui hereditatem restituit ex fideicommisso. Nam & hoc casu heres manet post restitutionem is qui antè fuit *§. restituta Inst. de fideic. hered.* Itaque his casibus, & aliis si qui sunt similes, necessariò quærendum est de actionum confusarum restitutione *l. 2. § vlt. de hered. vel act. vend.* & illa distinctio adhibenda, An in dolo sit is qui restitui actiones postulat an non vt priore casu non audiatur *l. propter veneni 21. § nepos infr. de SC. Silan.*

22. TRYPHONINVS libro 17. Disputationum.

Filius non impeditur quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater eius legatum ex testamento matris acciperet, vel adisset hereditatem, quamquam in eius esset potestate. nec prohiberi patrem, dixi, iure filij accusare. nam indignatio filij est.

Ad l. filius 22.

Ratio dubitandi. Quicquid acquirit filius qui in patris potestate est acquirit patri, Adeò vt ne momento quidem temporis acquisitio consistat

in persona filij *l. placet 79. inf. de acquir. hered. l. 1. ȷ̄. si à parent. quis manum. sit.* Ergo patris persona inspicienda est non filij, arg. *l. filiofamilias 42. De condic. & demonstr.* Atqui pater qui vel legatum acceperit, vel heres institutus sit in eo testamento quod inofficiosum velit filius dicere, non potest contra id testamentum querelam proponere, Non ob id solùm quod de inofficioso vxoris testamento conqueri maritus non possit, non magis quàm vxor de testamento mariti *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis sup. hoc tit.* sed ob id etiam quod defunctæ iudicium agnouerit, siue legatum percipiendo, siue hereditatem testamentariam adeundo *l. si pars 10. in fin. & l. nihil interest 11. sup.* Ergo nec filio à matre exheredato permittendum est vt queratur de inofficioso matris testamento quod pater agnouerit & comprobarit, Non magis quàm si filius ipse agnouisset ac comprobasset. Multò minùs autem permittendum est ipsi patri, vt de inofficioso dicat, ne quidem nomine filij, quia licèt filij iniuria & indignatio sit *l. Papinianus 8. §. 1. supr.* non tamen ad filij commodum agit, sed ad suum, Nemo autem potest contra factum proprium venire, ne quidem ex alterius persona si veniat ad suum non ad alterius commodum, vt nostri notant ad *l. si non sortem 26. §. si filius ȷ̄. de condict. indeb.*

Ratio decidendi. Cùm exheredatus est filius, cuius præsertim pater legatum accepit vel hereditatem ex testamento mouerit, filij non patris iniuria & indignatio est, Nec minùs si filius in potestate sit, quàm si emancipatus proponatur, quoniam filij exheredatio notat eum non eius patrem infamia ingratitudinis, & impietatis. Ergo quamuis pater ex eodem testamento, vel heres, vel legatarius sit, non eo minùs tamen filio permittendum est, vt de inofficioso agat, adeóque patri ipsi non suo quidem nomine, sed filij *d. l. 8. §. 1. sup.* quia nec sibi victoriæ commodum parat, sed filio, vt sequitur in hac lege, Nimirum quia querelæ victoria in eo est, vt non filius qui fuit exheredatus, sed mater ipsa quæ heredauit impietatis notam incurrat eiúsque testamentum quasi furiosæ ex hac causa rescindatur. In quo de solius filij non etiam de patris meritis quæri oporret. Commodum autem victoriæ in eo potissimùm consistit, vt exheredationis nota & macula deleatur: quæ res solum filium respicit non patrem, qui nô fuit exheredatus. Nihil igitur impedit quominùs & filius de inofficioso agat, & pater nomine filij, quamuis pater aut legatum acceperit, aut heres fuerit institutus. Iurge tamen quæ mox dicam ad vers. seq.

1 ¶ Et quærebatur, si non obtinuisset in accusando [a]: an, quod patri datum est, publicaretur, quoniam alij commodum victoriæ parat. & in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de meritis filij agitur: & inclinandum est, non perdere patrem sibi datum si secundum testamentum pronunciatum fuisset. ¶ Multo magis, si mihi legatum testator dedit, cuius de inofficioso testamento filius agens decessit, me herede relicto, egóque hereditariam causam peregi, & victus sum: id, quod mihi eo testamento relictum est, non perdam: vtique si iam defunctus agere cœperat. ¶ Item si adrogaui eum, qui instituerat litem de inofficioso testamento eius, qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filij nec obtinuero: perdere me legatum non oportet: quia non sum indignus, vt auferatur mihi à fisco id quod derelictum est: cùm non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.

Ad §. 1. Et querebatur. &c.

a *Item querebatur, si non obtinuisset in accusando.* Ratio dubitandi. Qui accusat testamentū velut inofficiosum si non obtinear perdit omnia quæ ex eo testamento, vel consecutus fuerat vel cōsecuturus, Eáque ablata ei tanquam indigno, vindicantur fisco *d. l. Papinianus 8. §. meminisse sup. hoc tit.* Ergo in proposita specie si pater qui ex vxoris testamento legatum accepit, aut heres institutus fuit, inofficiosum illud testamentum dixerit quamuis nomine filij, dicendum videtur publicari debere quicquid patri relictum proponatur.

Ratio decidendi. Cùm pater agit nomine filij, non tam ipse quàm filius agere videtur, quia nec patris sed filij iniuria & indignatio est, neque de patris officio tractatur, sed de meritis filij in tota quæstione ista inofficiosi testamenti. Iustius ergo & æquius est, vt quod patri eo testamento datum est non publicetur. Atque ita Tryphoninus in hoc loco si Triboniano credimus ratiocinatur. Sed parùm subtiliter meo iudicio. Non enim hac parte similis est pater tutori, qui sine periculo eius quod sibi datum est, vtique potest pupilli sui nomine agere de inofficioso *l. aduersus 30. §. 1. ȷ̄. hoc tit.* Nempe quia tutorem officii necessitas excusat quæ cogit eum vt pupilli nomine instituat actionem quam pupillus ipse instituere non posset *l. tutorem 22. ȷ̄. d. his quæ vt indign.* At patrem nulla vel officii vel administrationis necessitas cogit vt filij nomine agat de inofficioso cùm filius ipse non prohibeatur agere si velit, vt scriptum est in principio huius legis. Quidni verò? cùm filius quamuis in patris potestate constitutus legitimam personam habeat standi in iudicio, possitque ex omnibus causis & agere & cōueniri *l. tam ex contractibus 57. sup. t. prox. l. filiusfamilias 39. ȷ̄. de oblig. & actio.* Quòd si quis dicat necessariam esse in eam rem autoritatē patris ex Iustiniani cōstitutione in *l. vl. §. 1. vers. necessitate C. de bon. quæ lib. r.* præter id quod non facilè admittam, idipsum iam Tryphonini temporibus & toto iure vetere obtinuisse vt alio loco scripsi, Dicam esse ista longè differentia, Patrem agere nomine filii, & Patrem filio agere volenti autoritatem præstare, ac multò maiorem esse rationem vt patri de inofficioso agenti nomine filii auferatur tāquam indigno, quod ei datum est, quàm vt auferatur patri nihil nisi autoritatem filio præstanti: quia plus facit qui agit quàm qui autoritatem pręstat agenti. Idq; tanto certius erit, si ponas pro vero quod hic textus apertè probat, nō solùm huius querelæ victoriam sed etiam victoriæ commodum parari filio, non patri. Quidni enim hoc saltem casu liceat filio agere etiam inuito patre? Aut certè non exquisita patris auctoritate, vel

ob hoc

ob hoc ipsum ne posset quæri oporteat an possit pater sine aliquo periculo præstare filio autoritatem, ad impugnandum testamentum ex quo pater lucrum aliquod fuerit consecutus? Nemo enim id facere cogendus est ex quo damnum aliquod & captionem timere probabiliter possit, arg. *l. vltim. ff. de iur. dot.* Neque verò dubitandum est quin eo saltem casu quo nec pater nec alius quisquam pro patre velit de inofficioso agere filij nomine, permittendum sit filio vt suo nomine agat, quemadmodum de actione iniuriarum scriptum est in *l. sed si vnius 11. §. ait prætor si ei infr. de iniur.* & in *l. si longius 18. §. 1.* vbi dixi *sup tit. prox. l. filiusfamilias suo nomine 9. ff. de oblig. & action.* Nam & fuit olim filiusfamilias acquisitionis capax eo casu quo nollet pater sibi per filium acquiri *l. is qui heres 13. §. vltim. l. cum heres 52. in princip. de acqu. hered. l. 1. C. si pater filio l. imperator 50. ff. ad SC. Trebell. l. 1. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss. l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. de edend.* Quid ergo est quod possit cogere patrem vt de inofficioso agat ipse nomine filij? Quod si nihil est propter quod agere cogatur quid tandem erit quod possit eum excusare si vltrò egerit, quoniam is videri debeat indignus & priuandus his omnibus quæ ex eo testamento accepit? At neque ratio illa vera est quæ in hoc versiculo adfertur pro patre, quòd alij non sibi commodum victoriæ parat. Nam si nihil aliud in hac querelæ victoria consideres, nisi quod per eam deleatur nota & macula exheredationis, verum quidem erit vt supra diximus, commodum illud parari filio non patri. Sed honor hic victoriæ dicendus est potius quàm commodum & emolumentum. Commodum enim potissimum illud est victoriæ, vt post eam obrentam is qui vicit, patrémque familias intestatum fecit obtineat hereditatem *l. posthumus 6. §. si quis ex his supr. h. tit.* Atqui in specie quam tractamus si ponas filium obtinuisse in querela, siue filius ipse egerit, siue pater nomine filij, certum est Tryphonini & totius antiquæ iurisprudentiæ temporibus ita ius fuisse vt matris hereditas filio delata ex Senatusconsulto Orphitiano, patri per filium acquireretur. Vnde petenda est ratio dubitandi ad *l. sacratissimi 9. ad SC. Tertyll.* vbi scriptum est sacratissimi Principis Hadriani oratione caueri vt matris intestatæ hereditas ad liberos tametsi in aliena potestate erunt, pertineat. Fuit enim oratio illa necessaria, quod videretur contra mentem Senatus, qui solis liberis fauere voluerat & debuerat, vt iis faueretur illo etiam casu quo fauoris commodum & emolumentum non ipsis sed per ipsos patri quæreretur. Indéque est etiam quod toties in libris nostris legimus liberos à matribus institutos sub condicione emancipationis, vt in *l. mater 93. de cond. & demonst. l. mulier 22. ad SC. Trebell.* Non alia vtique de causa quàm ne alioqui hereditas materna per liberos acquireretur patri quem inuisum, & inimicum fortassis mater habuisset. Denique constat, nec Accursius ipse diffitetur, primum fuisse Constantinum qui hoc ius nouum induxit in *l. 1. C. de bon. matern.* vt bonorum maternorum proprietas acquiratur liberis, solus verò vsusfructus per liberos patri. Quod ius sequentes Imperatores postea confirmarunt & auxerunt in *l. 2. eod. titul.* tandémque Iustinianus ad omnia aduentitia protraxit in *l. cum oportet 6. & l. vltim. C. de bon. quæ liber.* Itaque non potuit Tryphoninus hanc rationem adferre, adeóque nec si ab alio allata fuisset probare, *quoniam alij commodum victoriæ parat.* Tribonianus verò potuit accommodato, vt facere solet, iure veteri ad ius nouum: vt has nobis cruces in prudentum responsis relinqueret, quas nec alius possit discernere quàm qui adprimè nouerit inscitiam Triboniani à ratione iuris separare. Sed nec pattem excusare illud potest, quod de inofficioso agat nomine filij. Tanto enim dignior est, qui indignus iudicetur si nomine filij velit vltrò facere quod suo nec posset nec deberet. Quippe eùm excusabilior ille sit qui notam & infamiam impietatis ideò retorquet in defunctum, vt se ab ea liberet, quàm qui pro alio id facit. Itaque inepta est ratio illa, *& in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de filij meritis agitur:* probátque magis indignum esse patrem si prætextu meritorum filij velit prætendere furiosam fuisse testatricem eo tempore quo testabatur & hereditatem aut legatum patri ipsi relinquebat. Bona quidem ratio est, vt probet non eo minùs filium ad querelam admitti debere, quòd pater legatum acceperit, aut hereditatem, Quia scilicet de filij non de patris meritis in hac causa quærendum est vt in *l. 3. §. si emancipatus in fin. De bonor. poss. contr. tabul.* Sed iam de eo non quærimus quod disertè scriptum est in principio legis, At de hoc tantùm An indignus sit pater agens de inofficioso, filij nomine, & hoc ipso priuandus iis omnibus quæ ex eodem testamento accepit, Cum qua quæstione nihil habet ista ratio commune. Quàm autem verum sit quod volumus, totum hunc versiculum esse Triboniani præter ea quæ hucusque ex iuris ratione disputauimus, ex ipsis etiam pene omnibus verbis apparet. Primùm ex illis primis *& quærebatur* quæ nullam habent connexitatem cum præcedentibus, Vnde fortassis factum est vt quidam immutauerint & maluerint legere *ita enim quærebatur*, quomodo habet editio vulgata. Nam præcedentia concepta sunt per verbum præsentis temporis *filium non impeditur* vt & sequentia illa *nec prohiberi patrem dixi iure filij accusare.* Deinde quod sequitur *an quod patri datum est publicaretur* inconcinuum est. Scribendum enim erat *an quod patri datum esset publicaretur*; aut si malis *an quod patri datum est publicetur.* Sed & eùm ea quæ proximè præcedunt *si non obtinuisset in accusando* non ad alium quàm ad patrem referri possint (nam si ad filium referas inepta & stulta erit quæstio An pater debeat quod sibi datum est perdere ob id solùm quòd filius ipsius egerit de inofficioso) debuerat scribi, *An quod ei* non *an quod patri* aut potius, eùm prima legis sententia sit de filio non de patre, nisi quod additum est non prohiberi patrem iure filij accusare, debuerat scribi *si non obtinuisset pater in accusando.* Nam & de filio sunt verba illa immediatè præcedentia *nam indignatio filij est.* Iam verò quod pro ratione additur, *quoniam alij commodum victoriæ parat* quàm falsum sit, ostendimus. Sequitur *& in hac causa nihil ex officio patris.* Erat verò scribendum *de officio patris* vt statim *de meritis filij* non *ex meritis filij.* Quamquam quis obsecro sic loquitur *totum de meritis filij agitur,* Scribetem potius *tantùm.* Adde illa *& inclinandum est*, quæ planè Tribonianum sapiunt, sed ista magis *non perdere patrem sibi datum*, pro eo quod aptius & ele-

gantius scribere debuit, & quomodo scripsisset haud dubiè Tryphoninus omnium veterum Iureconsultorum post Papinianum elegantissimus *non perdere patrem id quod sibi datum est*. Denique quod subiicitur *si secundum testamentum pronuntiatum fuisset* ridiculum est. Quasi verò si contra testamentum pronunciatum sit pro querela, publicari debeat quod pater ex testamento matris habuit, ac non potiùs ipsi filio acquiri si velis matrem in totum fieri intestatam, & per filium patri, vt diximus. Quam ob causam cogitur Accursius noster, articulum *si*, interpretari pro *quamuis*; quomodo tamen loqui vix quisquam solet si excipias Tribonianum. In summa diuersæ sunt hæ quæstiones, An filius eius qui legatum accepit vel heres institutus fuit possit queri de inofficioso, aut eius pater tanquam pater, & nomine filij, & An pater qui filij sui nomine querelam instituerit perdere debeat tanquam indignus quicquid habuit ex eo testamento. Priorem tantùm quæstionem tractauit Tryphoninus, non posteriorem. Tribonianus verò etiam tractare voluit posteriorem, & peruersè vt solet. Illud tantùm quod ad Tryphoninum superest explicandum, Quomodo fieri possit, vt pater filij sui nomine instituat querelam, cùm pater ipse fuit heres institutus & adiit hereditatem. Nam hunc quoque casum Tryphoninus tractat. Consequens enim videtur vt contra seipsum agere debeat pater, cùm non aduersus alium quàm heredem institutum proponi querela possit, vt toties diximus. Atqui ne quis contra seipsum agere possit non tantùm ciuilis ratio, sed etiam natura ipsa impedimento est *l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Sed respondendum est eo casu quo pater fuerit heres scriptus, ponendum necessariò esse quòd aliquis ei coheres datus sit contra quem agere potuerit & egerit pater nomine filij, Aut etiam ipse filius. Nec enim filiofamilias magis liceret agere contra patrem, quàm patri contra seipsum *dict. leg. ne cum filiofamilias lege 4. supr. titul. proxim.* Hanc verò nostram de Triboniani manu sententiam, mirificè confirmant cætera quæ sequuntur, quæ sunt ineptiora. Nam si mihi legatum dedit testator de cuius inofficioso testamento filius agens decesserit me herede relicto, egóque hereditariam causam peregerim & victus sim, ait Tribonianus multò magis me non perdere, (scribendum erat *multò minus me perdere*) id quod mihi eo testamento relictum est vtique, inquit, si iam defunctus agere cœperat. Ergo verò dico longè maiorem esse rationem hoc casu vt perdat heres conquerentis id quod sibi relictum fuit quàm vt in specie superiore perdat pater: quoniam pater non tantùm ex persona filij agit, sed etiam nomine ipsius *dict. leg. Papinianus 8. §. 1. suprà.* At heres qui hereditariam querelæ causam persequitur, agit quidem ex persona & ex iure defuncti, sed tamen non defuncti nomine, sed suo proprio. Iam enim nullus est, qui defunctus est, eiúsque hereditas iam conuersa in patrimonium heredis, facere non potest vt in heredis persona distingui oporteat causam hereditariam à causa quam heres proprio nomine exerceat. Et verò quid cogit heredem vt ex causa hereditaria querelam à defuncto inchoatam persequatur? An non potuit ipse etiam defunctus querelam deserere & à lite desistere? *leg. nam etsi 15. §. 1. supr.* Quod ergo licuit defuncto cur non etiam licebit heredi? Quòd si nihil impedit quominùs inchoatam à defuncto querelam deserat, si velit, An non planè indignus est, si nolit deserere? An fortè leuior est iniuria quæ fit defuncto testatori per eum qui dicit de inofficioso ex causa hereditaria, quàm si testamentum accusaret iure proprio? Aut si hoc admittamus, vt venia dignus sit is qui hereditariam, magis quàm qui propriam suam causam exequitur, cur distinguimus an defunctus iam agere cœpisset, necne? siue enim agere cœperit, siue non, æquè verum vtrumque est & hereditariam esse querelam, quæ exercetur, & tamen suo nomine & commodo agere heredem qui conqueritur. Quamquam & distinctionis & adiectionis istius ineptitudinem illud euidenter ostendit, quod proposita erat species de filio qui iam agens querela decesserat, Sic enim habent præcedentia *cuius de inofficioso testamento agens filius decessit.* Quid igitur attinebat subiicere *vtique si iam defunctus agere cœperat* nisi vt ex Triboniani more idem ipsum insulsè repeteretur? Addit Tribonianus, Si adrogauerim eum qui litem instituerat de inofficioso testamento eius qui mihi legatum dedit, litémque peregero nomine filij nec obtinuero, perdere me legatum non oportere, quia, inquit, non sum indignus vt auferatur mihi à fisco id quod derelictum est. Ratio planè inepta, & quæ principium petit. Quid enim aliud est quærere, An oporteat me perdere quod mihi datum fuit, quàm quærere, Vtrum sim ego indignus aut potius dignus vt auferatur mihi à fisco quod habui ex eo testamento. Quare nec in hac ratione conquieuit Tribonianus, sed aliam statim adfert postremis his verbis *cùm non proprio nomine, sed iure cuiusdam successionis egi.* Quæ ratio tamen non moltò melior est. Quid enim refert an quis suo iure proprio agat, an ex iure successionis, id est, an ex persona sua, an ex persona alterius si modò agat ad suum, non ad alterius commodum? Vtroque enim casu cùm possit non agere, agit tamen ad hoc vt testator furiosus & demens fuisse pronuncietur. Aut si dicas sufficere vt quis agat iure successionis potiùs quàm nomine proprio, ad hoc ne indignus videatur, fatendum igitur erit, Nihil interesse An adrogauerim eum qui litem de inofficioso testamento iam instituerat, an eum qui nondum agere cœperat. Nam vtroque casu verum est me non proprio nomine agere, sed iure cuiusdam successionis. Et tamen si Triboniano credimus, valde interest. Nec enim dubitari oportet quin ad postremam hanc legis sententiam putauerit Tribonianus addendam esse eandem distinctionem, quam adiecit in superiore specie iis verbis *vtique si iam defunctus agere cœperat*: & quam in hac postrema legis parte sanè quàm inconsultò prætermisit, si consultò adiecerat in præcedente. Ex his igitur apparet, extra primam huius legis partem quæ est de querela danda filio cuius pater legatum acceperit, aut heres institutus sit, vel danda ipsi patri nomine filij, Reliqua omnia quæ sunt de contentione inter patrem & filium, Triboniano adscribenda esse. Cuius inscitiam illud

etiam

Digitized by Google

etiā detegere mihi videtur, quod ait *iure cuiusdam successionis*. Acquisitio enim quæ fit per adrogationem neque successio est, neque ad instar successionis, tametsi idem Tribonianus hanc vocet successionem per vniuersitatem in *princ. tit. De acquisit. per adrogat.* Cùm si quid filius adrogatus debeat nulla eo nomine in patrem adrogatorem detur actio nisi nomine filij vt scriptum est in *§. vlt. eiusd. tit.* & de peculio ex sentētia Vlpiani in *l. in adrogatorem 42. infr. de pecul.* Quod vtique non ita esset si adrogator adrogato vel successisse vel quasi successisse intelligeretur. Illud certè verum est, eum qui se alteri dat adrogandum hoc ipso cum suo capite fortunas quoque suas omnes in familiam & domum alienam transferre *l. qui ex liberis 1. §. testamento 3. de bon. poss. secund. tab.* Sed adrogatorem facit eares acquisitorem potiùs quàm successorem qui sit aut videatur esse heredis loco.

23. PAVLVS libro singulari de Inofficioso testamento.

SI ponas filium emancipatum, præteritum: & ex eo nepotem in potestate retentum, heredem institutum esse, filius potest contra filium suum, testatoris nepotem petere bonorum possessionem: queri autem de inofficioso testamento non poterit [a]. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri, & ita iungitur filio suo [b] & simul cum eo hereditatem obtinebit.

Ad l. si ponas 23.

Ratio dubitandi. Officium patris erga filium facit vt de officio quoque aui erga nepotem tractari oporteat *l. dotem 6. infr. de collat. bon.* Non ergo facit pater iniuriam filio tametsi eum prætereat, si modò nepotem quem ex eo habet heredem instituat, Præsertim cùm naturæ & parentum omnium commune votum illud sit, vt liberis parentes sua omnia parent *l. pen. §. sed nunquid infr. de bon. libert.* Proinde si ponas filium emancipatum præteritum, & ex eo nepotem qui in potestate retentus fuerat, heredem institutum esse, dicendum videtur non posse filiū, contra nepotem eundémq; filium suum petere contra tabulas bonorum possessionem.

Ratio decidendi. Loquimur de filio emancipato & de nepote qui ex eo in familia retentus sit, & consequenter de eo casu quo in alia familia sit filius, in alia nepos. Quod cùm eueniat neque patri filius quicquam acquirit, neque pater filio aliquid parat, cùm sibi inuicem extranei esse intelligantur *l. quinetiam 55. §. vlt. infr. de rit. nupt.* Itaq; non potest in hac specie institutio filij facere quominùs patri præterito danda sit bonorum possessio contra tabulas perinde acsi quilibet alius extraneus heres institutus esset. Nec enim hoc casu bona patris sunt bona filij aut contrà, vt in specie *l. in suis 11. de liber. & posthum.* Adeò vt soluto per emancipationem iure patriæ potestatis, vinculum quoque pietatis solui quodammodo videatur *l. vlt. infr. si a parente quis manum. sit.* Et verò cùm omnes sibi malint benè esse quàm alteri, parum prodest filio emancipato quod ex eo nepos institutus sit si ipse sit præteritus vel exheredatus: Et ideirco iungitur ex prætoris edicto filius emancipatus præteritus filio suo in aui potestate retento & heredi instituto *l. 1. & tot. titul. De coniung. cum emancipat. liber. eius.*

a *Queri autem de inofficioso testamento non poterit.* Ratio dubitandi. Præteritio earum personarū quæ nec instituendæ sunt nec exheredandæ nominatim, haberi solet pro exheredatione *§. mater. Instit. de exhered. lib. l. filiam præteritam 15. C. hoc tit.* Atqui filiis exheredatis quamuis emancipatis competit querela inofficiosi testamenti *l. non putauit 8. vers. sanè infr. de bono. poss. contr. tabul.* Ergo etiam filio emancipato præterito permittendum est vt possit queri de inofficioso testamento patris perinde ac exheredato.

Ratio decidendi. Multùm interest an tacitè quis exheredatus sit quod fit per præteritionem, an expressè. Tacita exheredatio non parit querelam filio emancipato, sed tribuit ei ius petendæ bonorum possessionis contra tabulas, quæ filiis præteritis datur, quia nullam ingratitudinis & impietatis notam inurit præteritio. At exheredatio expressa sicut maiorem vim habet quàm tacita, ad hoc vt credēdus sit defunctus existimasse iniuria dignum hunc quem expressim exheredauit, quomodo loquitur Iustin. in *l. vltim. vers. quod si fuiss. 1 C. de liber. præter.* ita aufert filio emancipato præterito beneficium bonorum possessionis contra tabulas, solū relinquit ei auxilium querelæ inofficiosi testamenti *dict. l. non putauit.* Cui auxilio cùm sit subsidiarium, quia odiosum, non aliter locus est, quàm si nullo alio remedio succurri possit ei qui vult queri: Optimum autem & fauorabile remedium est bonorum possessionis contra tabulas, quia non contra testatorem ipsum aut heredem eius proponitur, vt querela, sed contra lignum *l. 4. in princip. l. quod vulgo 19. eod. titul. de bonor. poss. contr. tabul.* Sed & defendi potest prætermissionem filij emancipati in eo dissimilem esse præteritioni aliarum personarum de quibus in *d. § mater.* quod non habetur pro exheredatione. Liberi enim emancipati etsi neque instituendi sunt neque exheredandi iure ciuili, sunt tamen instituendi aut exheredandi iure prætorio, perinde acsi in potestate mansissent, quoniam prætor rescindens emancipationem quantum ad causam successionis, non solùm habet eos pro liberis, non autem, vt ius ciuile pro extraneis, sed etiam pro suis heredibus. Ita vt ius petendæ bonorum possessionis contra tabulas iure prætorio non respondeat iuri proponendæ querelæ iure ciuili, sed iuri dicendi testamentum nullum ex causa præteritionis, vt constat apertissimè ex *d. l. non putauit. in princip.* quamuis pauci hoc obseruent. (Vulgo enim cōtra creditur, ideò quod bonorum possessio cōtra tabulas rumpat testamentum iure prætorio, querela verò rumpat iure ciuili) Et ad hoc fortasse respiciens Caius in *l. inter cætera 30. De lib. & posthum.* cùm scriberet ad edictum prouinciale, quod non fuit diuersum nisi nomine ab edicto Prætoris vrbani, Ait, Inter cætera quæ ad ordinanda testamenta necessariò desiderantur, principale ius esse de liberis heredibus instituendis vel exheredandis, Ne, inquit, præteritis istis rumpatur testamentum. Istis, inquam, non liberis simpliciter, & in vniuersum, vt plerique intelligūt (nā filio qui in potestate est præterito inutile est testamētū, vt Caius subiicit. hoc est ipso iure

nollum & ininstum, quod proinde rumpi non potest (*l. nam etsi : vers. puto igitur. ff. de iniust. rupt.*) Nec rursus, Posthumis vt alij interpretantur, Etsi hoc quoque verum est si sint præteriti rumpere testamentum, sed vt ego quidem arbitror emancipatis, De quibus solis verisimile est locutum fuisse in præcedentibus Caium, vt apparet non solùm ex antithesi quæ sequitur de filio in potestate, sed etiam ex eo quod ita scripsit Caius in commentariis ad edictum quod emancipatorum potissimum gratia comparatum fuisse cõstat præsertim quantum ad ius à prætoribus introductum De bonorum possessionibus *tot. tit. Instit. de bonor. poss.* Egit enim Caius *De bonor. possess. a libro 14 ad edict. prouinc. vsque ad libr. 17.* vt constat ex *l. 7. 9. 12. De bonor. poss. contr. tab. l. 2. D. vnd. cognat.*

b *Et ita iungetur filio suo* Ratio dubitandi. Exheredatus filius non iungitur nepoti, sed is tantùm qui fuit præteritus & cui prætor dat bonorum possessionem contra tabulas. Nam quemadmodum exheredatum filium indignum putat prætor quem admittat ad beneficium bonorum possessionis contra tabulas *d. l. non putauit 8. in princip. de bonor. poss. contr. tabul.* Ita nec dignum eum arbitratur quem iūgat nepoti, quoniam habet eum pro mortuo *l. 1. §. sed etsi patruus infr. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Nam neque edictum prætoris ita conceptum est vt filius iungatur nepoti, sed è contrario ita vt nepos iungatur filio qui alioquin ex ratione iuris prætorij totum habere deberet, *dict. l. 1.* Quis verò filius totum habere deberet iure prætorio? Non vtique is qui exheredatus est sed is tantùm qui fuit præteritus, & cui prætor prima parte edicti *De bonor. poss. ff.* bonorum possessionem contra tabulas pollicetur. Ergo in proposita specie si filius emancipatus exheredatus sit, non est iungendus filio suo eidémque testatoris nepoti heredi instituto.

Ratio decidendi. Exheredatio quandiu subsistit impedit ne filius emancipatus possit iungi filio suo, quia & eum arcet à bonorum possessione contra tabulas, ad quam admissum esse filium emancipatum necesse est antequam possit tractari de coniunctione ex edicto *De coniung. cum emancip. liber. eius.* Est enim illa adiectio tantùm quædam & appendix edicti *De bonor. possess. contr. tab.* At cùm sublata extinctáque est exheredatio per querelam inofficiosi testamenti quæ aduersus testamentum obtinuerit, non potest ea facere amplius vt deterior debeat esse condicio filij quàm si non esset exheredatus. Atqui si non esset exheredatus iungeretur ei nepos ex edicto, quia prior filius haberet bonorum possessionem contra tabulas, Ergo si exheredatus fuerit & in querela obtinuerit, hoc saltem assequetur vt non iungatur ei filius qui quoniam fuit institutus, prior habuit totam hereditatem etiam iure prætorio, sed vt ipse iungatur filio tanquam posterior veniens ad paternam successionem propter notam exheredationis, quam deleri ante omnia oportuit, proposita in eam rem querela & quidem contra heredem institutum nepotem, quem proinde ex testamento prius succedere totámque hereditatem obtinere fuit necesse. Ex quo apparet edictum illud De coniungendis cum emancipato liberis eius, etiam ab intestato locum habere, cùm habeat locum post propositam querelam quæ fecerit patremfamilias intestatum. Sed hæc tamen adhibenda differentia quod ab intestato non coniungitur nepos cum filio emancipato, sed iungitur emancipatus filio suo in potestate retento vt simul cum eo habeat hereditatem, quemadmodum scriptum est in hac lege. Quamquam fatendum est etiam illo casu quo filius emancipatus exheredatus sit facto patrefamilias per querelam intestato potiorem causam esse filij quàm nepotis in succedendo ab intestato per bonorum possessionem Vnde liberi, Et consequenter non minùs hoc casu indigere nepotem auxilio prætoris, vt possit iungi patri suo emancipato in causa intestati aut; quàm si ex testamento succederetur petita per emancipatum contra tabulas bonorum possessione. Alioqui succederet solus pater quemadmodum hodie solus succedit ex Nouell. 118. *de hered. ab intestat. venient.* per quam haud dubiè sublatum est edictum illud *De coniung. cum emancipat. liber. eius*, vt rectè hîc Accurs. defendit.

1 § Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas: scientes eos heredes esse, aut conduxerunt prædia, aliúdve quid simile fecerunt, vel soluerunt heredi, quod testatori debebant: iudicium defuncti adgnoscere videntur, & à querella excluduntur.

Ad §. 1 si hereditatem.

Ratio dubitandi Etiam hereditas vt & alia quælibet res aliena vendi & locari potest *l. cùm hereditatem 7. & sequentib. ff. de hered. vel action. vendit. l. rem alienam 28. De contr. empt.* ac proinde potest etiam quis emere à non domino siue sciens siue ignorans, & siue bona siue mala fide *tot. tit. De euict.* Sicut & potest quis id quod debet soluere alij quàm cui debet: quæ res solet parere condictionem indebiti si solutio facta sit ab ignorante, secus si à sciente *tot. titul. De condict. indeb. l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Ergo etiamsi filius exheredatus hereditatem ab heredibus institutis emerit, vel etiam res singulas hereditarias sciens eos heredes esse, aut conduxerit ab iis prædia, vel quid aliud simile fecerit, vel soluerit heredi quod testatori filius ipse debuit, non ideò tamen iudicium defuncti agnouisse videri debet vt à querela excludatur. Præsertim cùm antequàm rescissum sit testamentum per querelam verum sit heredem esse illum qui fuit institutus, & consequenter ius habere vendendi & locandi res hereditarias, itémque exigendi debita hereditaria etiam à filio exheredato inuito, ac multò magis solutionem ab eo accipiendi, vt & ab aliis omnibus debitoribus hereditariis. Nec enim querela nascitur nisi post aditam hereditatem, nec competit nisi contra verum heredem, *l. 8. §. si condicioni, supr. hoc titul.* Cur ergo hoc nocere debeat filio exheredato qui ad querelam admitti voluit, quod ea fecerit cum herede, quæ cum alio quolibet etiam non herede facere, Adeóque vt facere cogi potuisset? Tale enim est quod facit cùm soluit, quoniam, vt dixi,

etiam

etiam inuitus adigi ad hoc potest vt soluat heredi instituto quandiu non est rescissum testamentum: cùm interim ius heredis certum sit & indubitatum. An non iniquum est imponere quem non facere id ad quod faciendum etiam per prætorem cogi possit *l. quod autem 6. §. apud Labeonem. ꝧ. quæ in fraud. credit.* Denique sicuti dicimus non videri pro herede gerere illum qui facit aliquid ex iis quæ possunt fieri per heredem, sed eum duntaxat qui id facit quod citra ius & nomen heredis fieri non potuerit *l. pro herede 20 §. Papinianus. ꝧ. de acquir. her.* Ita dicendum videtur, non quicquid sit ab exheredato cum herede instituto, fieri animo adprobandi iudicij testatoris, sed id tantùm quod fieri non potuerit extra adprobationem, quale nihil est eorum omnium, quæ in hoc §. proponuntur.

Ratio decidendi. Necesse quidem est vt heres ille contra quem filius exheredatus proponere querelam velit, nec tantùm vt sit institutus sed etiam vt verè sit heres per hereditatis acquisitionem quæ siue ipso iure facta sit, siue per aditionem: Sed non debet is qui ad querelam admitti vult, quicquam facere propter quod videri possit consentire vt qui institutus fuit, heres sit ex testamento, quoniam id fieri non posset citra testamenti adprobationem, saltem tacitam quæ in hoc casu sufficit nec minùs potestatis habet quàm expressa, vt solet voluntas non minùs factis quàm verbis declarari *l. non tantum. §. ꝧ. rem rat. hab.* Huiusmodi verò sunt ea omnia de quibus in hoc §. Paulus tractat. Nam qui vel hereditatem vel rem aliquam hereditariam emit ab herede tanquam herede & sciens eum heredem aut qui conducit, ab eo tãquam herede, vel soluit ei debitum hereditarium tanquam heredi, vtique non tantùm fatetur heredem eum esse, quod parum esset, verùm etiam consentit vt heres sit: alioqui malè emeret, malè cõduceret, malè solueret, denique malè contraheret cum eo quem sciret posse per querelam inofficiosi ad eum statũ redigi vt nunquam heres ex testamento fuisse, nec proinde aut vendendi aut locandi res hereditarias aut solutionem accipiendi ius habuisse vnquam videretur. Ergo exheredatus quisquis ille sit, qui sic contrahit vltro & sponte cum herede instituto iudicium defuncti agnoscere videtur, non minùs quàm si legatum ab eo accepisset, & consequenter excluditur à querela *l. si pars 10. in fin. §. l. pen. §. pen. & vlt. l. vlt. §. hoc tit.*

2 ¶ Si duo sint filii exheredati, & ambo de inofficioso testamento egerunt, & vnus postea constituit non agere: pars eius alteri adcrescit. Idémque erit, & si tempore exclusus sit.

Ad §. vlt. Si duo.

Ratio dubitandi. Exheredatus etiam qui absolutè non queritur, id est qui aut non vult omnino queri cùm possit, aut non potest cùm velit, fortè iam exclusus tempore per lapsum quinquennij, quod ad mouendam querelam præstitutum est, *l. si ma. u. 36. §. vlt. C. hoc tit.* nihilominus partem facit fratri exheredato *l. Papinianus 8. §. quoniam autem. & eod.* Ergo si ex duobus fratribus exheredatis vnus constituerit non agere, vel tempore exclusus sit ab agendo, non ideò pars eius alteri potest adcrescere: Præsertim verò si ponas quomodo hic Paulus ponit ambos iam de inofficioso agere cœpisse. Nam qui post querelam motam desistit ab accusatione potiùs haberi debet pro victo in heredis commodum quasi desperatione victoriæ, quàm vt prosit fratri qui non nisi partem & in querela & in successione tametsi vicisset fuerat habiturus si hic alter frater quem destitisse ponimus in accusatione perseuerasset. Sicut enim dicimus in hereditate Ius adcrescendi non habere locum in portionibus agnitis sed tantùm in non agnitis *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. 1. §. interdum. ꝧ. de vsufr. adcresc.* Ita & in querela dicendum videtur, non posse illam ius adcrescendi admittere postquàm fuit agnita per eos qui de inofficioso agere & potuerunt, & cœperunt. Maximè cùm ius querelæ soleat æstimari legémque accipere ex regulis successionis intestati, vt sæpius monuimus.

Ratio decidendi. Qui repudiantis animo non queritur facit quidem nihilominus partem in legitima ad querelam excludendam si alius frater exheredatus, qui vellet queri tantam portionem ex testamento acceperit quanta posset eum à querela submouere si ambo conquererentur *d. §. quoniam autem* Sed no facit partem in querela, etiamsi de inofficioso agere cœperit. quia etiamsi in querela vinceret, non tamen faceret partem in hereditate si heres esse nollet *l. qui repudiantis 17. §. hoc tit.* Vide quæ vtrobique scripsi. Eadem enim ad tres istos huius tituli locos & dubitandi ratio est & decidendi.

24. VLPIANVS libro 48. ad Sabinum.

Circa inofficiosi querelam euenire plerumque adsolet, vt in vna atque eadem causa diuersæ sententiæ proferantur, quid enim, si fratre agente, heredes scripti diuersi iuris fuerint [a], quod si fuerit pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

Ad l. circa 24.

Ratio dubitandi. Cùm per inofficiosi querelam testamentum rescinditur, vtique rescinditur eo colore, quasi demens fuerit testator & furiosus, cùm supremam ordinaret *l. 2. & 5. in fin l. Titia 13. §. hoc tit.* Atqui non potest quis esse pro parte furiosus & pro alia parte non furiosus. Est enim illud vitium animi, quod proinde nisi per temporum interualla diuidi nullo modo potest, vt dici solet de vitio seruitutum quæ similiter indiuiduæ sunt *l. 4. §. vltim. infr. de seruit.* Fateor enim posse quem furiosum esse vno tempore, alio autem non esse, & consequenter vno tempore testari posse, alio non posse si furor habeat dilucida interualla *l. furiosum 9. C. qui testam. facer. poss.* Sed vt eodem instanti furiosus & non furiosus fuerit vel fuisse videatur, fieri certè nullomodo potest. Ergo nec illud, vt per inofficiosi querelam testamentum pro parte tantùm rescindatur. Nam & eo admisso violaretur iuris regula quæ non patitur vtrin paganis decedat quis pro parte testatus & pro parte intestatus *l. ius nostrum 7. de regul. iuris.* Nec

magis ex postfacto id fieri posse videtur quàm ab initio, Imò tantò minùs, quod non potest hoc ex postfacto contingere, quin is qui semel ex testamento heres fuit desinat esse heres, quod adhuc absurdius videtur, & à iuris ratione alienius *l. ait prætor 7.§. sed Papinianus De minor. sup. l. ei qui soluendo 88. infr. de hered. instit.*

Ratio decidendi. Cùm inofficiosi querela proponitur, testamentum non ipso iure rescinditur, adeòque nec per querelam ipsam, sed tantùm per sententiam Centumuirorum. Illi enim sunt qui patremfamilias faciunt intestatum *l. qui repudiantis 17. sup.* quamuis cùm testamentum per centumuiros rescissum est corruant ipso iure omnia in eo testamento relicta etiam quæ ab intestati successoribus fuerint repetita tanquam à furioso & demete data *l. Papinianus 8. §. si ex causa & l. Titia 13. sup.* vbi dixi. Ergo cùm hoc ius non fiat nisi per sententiam & rem iudicatam quæ ex trita iuris regula pro veritate habetur, omnino consequens est vt si in vna eadémque causa, id est de eodem eiusdémque testatoris testamento, quod inofficiosum dicitur, diuersæ sententiæ proferantur, quarum vna sit pro testamento, alia contra testamentum, vtique fatendum sit decessisse testatorem pro parte testatum & pro parte intestatum. Sententia enim pro veritate habetur eatenus tantùm quatenus iudicatum est, Vnde est quod nostri iactitare solent, esse illam stricti iuris. Neque verò minùs standum est sententiæ quæ pro testamento lata est, quàm ei, quæ contra testamentum, Quinimo in numero pari sententiarum ea semper præualet quæ pro testamento facit *l. si pars 10.* vbi dixi *supr. h. tit.* Quemadmodum igitur per eam sententiam quę pro patte testamentum inofficiosum rescindit tanquam dementis hominis & furiosi, testator non quidem furiosus efficitur qui iam mortuus est, sed pro eo habetur acsi verè furiosus fuisset, quantum ad hoc vt supremæ eius iudicia rescindantur, Ita & per cõtrariam sententiam quæ pro testamento lata fuit, fatendum est multò magis habendum esse testatorem pro eo qui non fuerit furiosus, Præsertim cùm ea res ad naturalem rei veritatem propius accedat. Verum enim est non fuisse testatorem reuera furiosum cùm testaretur. Alioqui testamentum eius ipso iure non valeret, nec proinde per querelam velut inofficiosum rescindi posset *d. l. 2. sup. hoc tit.* Vt verò in vna eadémque causa eiusdem testamenti diuersæ ferantur sententiæ, pluribus personis idem testamentum aut impugnantibus aut defendentibus, neque mirum, neque absurdum videri debet, cùm possint & qui agunt, & qui defendunt diuersi iuris esse, ita vt vnus vincere debeat, & alius succumbere. Finge ex duobus exheredatis qui agunt alium iustè fuisse exheredatum, alium iniustè: Aut etiam in pari vtriusque causa & iure vnum fuisse diligentiorem in lite instruenda, alium verò negligentiorem: Vnum probasse pietatis officia quæ erga defunctum impleuerit, Alium verò probare nihil potuisse. Vincet haud dubiè qui iniustè fuerit exheredatus, aut qui diligentior fuerit in lite instruenda, aut denique qui suam intentionem meliùs probauerit, Alter verò succumbet. E contrario finge ex pluribus eiusdem heredibus, contra quos velit filius exheredatus querelam instituere, vnum esse fauorabiliorem qui bonis artibus & officiis defuncti erga se voluntatem promeruerit, Alium autem odiosiorem, puta nouercam quæ maritum ad filij exheredationem prouocauerit, aut captatorem alienæ hereditatis, qualis fuit Suburranus ille de quo Plinius lib. Epistolarum 6. epist. 33. Nihil vetabit vinci filium ab herede fauorabiliore, Vinci autem à filio alium heredem odiosiorem: quod ex facto euenisse legimus in ea specie quam Plinius supradicto loco refert, & de qua scripsimus contra Cuiacium ad *d. l. si pars 10. supr. eod.* Ergo his omnibus casibus euenire necesse est vt testator pro parte testatus & pro parte intestatus ex postfacto decessisse intelligatur, non autoritate iuris, cuius scilicet regulæ repugnant, sed autoritate sententiæ ac rei iudicatæ, quam & pro veritate haberi oportet, & quatenus tantùm iudicatum est non vltra *l. nam etsi 15. §. filius* vbi dixi *supr. eod.*

a *Si fratre agente heredes scripti diuersi iuris fuerint.* Noli exemplum ponere cum Accursio de pluribus heredibus quorum vnius persona sit turpis, alterius autem honesta: Vlpiani enim temporibus hæc distinctio non obtinebat, quam Constantinus Imperator primus introduxit in *l. fratres 27. Cod. hoc titul.* vt scripsi ad *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis sup. eod.* Nisi malis exemplum hoc adscribere Triboniano aut imperito interpreti ad illam Constantini legem respicienti: Quod ego satis probabile puto, saltem quantum ad verba illa *fratre agente*. Quid enim attinebat exemplum ponere in fratre potius quàm in filio, cùm æquè & commodiùs potuerit idem tractari in filio, vt à Papiniano factum est in *leg. nam etsi 15. §. vlt. supr.* Hodiè sanè accommodatissimum exemplum est.

25. VLPIANVS libro 2. Disputationum.

SI non mortis causa fuerit donatum, sed inter viuos, hac tamen contemplatione, vt in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querellam cessare, si quartam in donatione habet: aut, si minus habeat quod deest, viri boni arbitratu repleatur [a]: aut certè conferri oportere id, quod donatum est [b].

Ad l. si non mortis 25.

Ratio dubitandi. Donationes inter viuos neque ad vltimarum voluntatum naturam accedunt quomodo eæ donationes quæ mortis causa fiunt, neque contractibus adnumerantur, quia nullam aliam causam habent quàm donantis liberalitatem *l. 1. infr. de donat. l. cum quis 14. infr. de precar.* Ergo non possunt nec debent imputari in legitimam, quæ debitum bonorum subsidium est, nec proinde quicquam commune habet cum liberalitate testatoris, arg. *l. vnum ex familia 67. §. 1. verf. non enim de legat. 2.* Æstimatur si quidem legitima ex comparatione eius portionis quæ ab intestato contingeret *lege Papinianus 8. §. si quis mortis causa supr. hoc titul. l. cum quæritur 6. l. qua nuper 31. Cod. eodem.* Atqui filius cui donatum est à patre

inter

Digitized by Google

inter viuos, etiamsi ab intestato succederet patri, nihil tamen haberet ex bonis donatis iure legitimæ successionis, sed tantùm iure donationis, habetétque etiam alio herede existente *l. si quis quæstio 68. de leg. 2.*

Ratio decidendi. Tractat Vlpianus in hac lege de donatione inter viuos non quæ simpliciter facta sit, sed hac lege & contemplatione, vt in quartam id quod donatum est imputetur: quo casu dubitatio nulla esse potest quin debeat imputari, vt lexque donationi ab initio dicta fuit seruetur, sine qua credendum est eum qui donauit non fuisse donaturum *l. si quando 35. §. & generaliter. C. hoc tit. l. 1. & tot. t. C. de don. quæ sub mod.* Aliud sanè esset in donatione purè & absolutè facta. Ea namque non imputatur in quartam, nisi facta sit ob causam dotis vel donationis propter nuptias ex *l. quoniam Nouella 29. C. hoc tit.* sicuti nec confertur nisi expressè in donando id dictum sit, Præterquàm in specie *l. illud 2. C. de coll. t.* vt scripsi in *Error. 2. Decad. 40. De error. pragm.* Ergo si id quod inter viuos supradicta imputationis lege donatum est, quartam faciat, cessabit procul dubio inofficiosi querela quam quarta semper excludit *d. l. Papinianus 8. §. quoniã autem, supr.* Videtur enim cuius testator ei qui alioquin queri potuisset viuus prouidisse, vt diximus ad *d. § si quis mortis causa,* Ex *l. cum quo 56. §. vlt. infr. ad leg. falc.*

a *Aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitratu repleatur.* Tota hæc adiectio quæ in Pand. Florent. parenthesi circumscribitur, vt solent esse cætera quæ sunt suspecta, haud dubiè Triboniani est vel imperiti interpretis respicientis ad Iustiniani constitutionem in *l. omnimodo 30. C. h. t.* quæ actionem, ad supplementum & repletionem legitimæ introduxit, ac in locum querelæ substituit cum Vlpiani temporibus cuius hæc lex est, ita ius esset vt locum haberet querela si minus quarta relictum proponeretur; quantulumcunque illud esset quod quartæ deesset, vt constat ex *d. §. quoniam autem*, & ex *d. l. omnimodo.* Idque pluribus docui in *Error. 5. Decad. 40. De error. pragmat.*

b *Aut certè conferri oportere id quod donatum est.* Ratio dubitandi. Donatio simplex & inter viuos facta non confertur, nisi facta sit ea lege ab initio dicta, vt conferatur, quemadmodum iam dixi ex *d. l. illud 20. in fi. C. de collat.* Et rursus non fit collatio ex testamento inspecta iuris veteris ratione *l. 1. eod. tit.* Atqui tractamus de donatione facta inter viuos, ea quidem lege vt in quartam imputetur, at non etiam illa vt conferatur. Alia enim quæstio & contentio est, quæ fit de imputatione, Alia quæ de collatione. Rursum tractamus eã speciem, in qua factum sit testamentum, Alioqui non esset disputandum de querela inofficiosi testamenti ab intestato. Ergo nullus in hac specie collationi locus est. Ratio decidendi. Iuris veteris regula fuit, & noui quoque iuris est Omnia quæ portioni legitimæ imputanda sunt facto testamento, etiam ab intestato conferenda esse, Quamuis non similiter è contrario dici possit imputanda esse omnia quæ conferuntur, vt Iustinianus docet in *d. l. illud 20. C. de collat.* In proposita autem specie potest succedi ab intestato si donatarius habuerit ex donatione minùs quàm quartam partem, ideóq; proposuerit querela & obtinuerit, vt explicaui in *d. Err. 5. Dec. 40. De err. pragmat.* Nisi malis cum Accursio hunc quoque versiculum Triboniano & compositorib. adscribere. Nam quod Bartolus contra Accursium somniat iura nouissima, compositoribus incognita fuisse ridiculum est, & dignum certè peritia Bartoli in historia iuris.

1 § Si quis, cùm non possit de inofficioso queri ad querelã admissus pro parte rescindere testamentum temptet, & vnum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet, & præcedentes eum personæ exclusæ sunt, cum effectu eum querelam instituisse.

Ad §. 1. si quis cùm.

Ratio dubitandi. Prius est vt possit quis de inofficioso queri, quàm vt ad querelã admittatur, quia nemo agit sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. de admin. tutor.* nec quicquã potest esse in actu quod priùs non fuerit in potentia, vt dicunt Philosophi. Ergo fieri non potest, quod Vlpianus hîc ponit pro facto vt sit admissus ad querelã is qui non possit de inofficioso queri. Ratio decidendi. Ad querelam admittitur quilibet, quia cùm sit publica accusatio nemo agentem potest repellere *l. posthumus 7. § si quis ex his supr. hoc tit.* Sed non ideò tamen fit vt quilibet possit queri de inofficioso, scilicet priuato suo nomine, & cum spe obtinendæ victoriæ, id est, cum effectu, vt hîc loquitur Vlpianus. Is enim solis hoc ius competit qui ab intestato possunt succedere, nec rursus iis omnibus, sed his tantùm quibus legitima portio debetur, vt dixi ad *d. § si quis* & ad *l. 1. supr.* Obseruandũ tamen est Vlpianum hoc loco non de illo tractare qui non possit queri de inofficioso absolutè, sed de eo qui nondum possit queri, vt apparet ex iis quæ sequuntur. Itaque dixi *non* pro *nondum*, vt in *l. 2. §. si pars here. pet.* & alibi sæpe. Potest enim fieri vt plures personæ ad querelam quidem admittendæ sint, sed ex ordine vt quãdiu prior & agere & obtinere potest sequens non admittatur, quia pendet eius intentio vt in *l. pater filium 14. supr. l. penul. in princip. §. eod.* Et hic casus est quem ab Vlpiano hîc tractari ostendunt sequentia illa, *& præcedentes eum personæ exclusæ sunt.* Quãquam ne quid dissimulem totus hic §. valde mihi suspectus est. Non enim possum videre, cur Vlpianus ita scripserit aut scribere debuerit *& vnum sibi heredem eligat contra quem inofficiosi querelam instituat.* Quid enim refert hac parte an contra vnum duntaxat heredẽ an cõtra omnes querela instituatur, ad hoc vt videatur querela cum effectu instituta si præcedentes personæ omnes iam sint exclusæ? Nec rursus intelligo quænam ratio illa sit, quæ sequitur iis verbis, *quia testamentum pro parte valet.* An enim fortasse agimus de substitutione pupillari quæ non aliter valere possit, quàm si testamentum principale saltem pro parte valeat? *l. quæsitum 40. in fin. de acq. hered. l. apud Iulianum 11. § id in Iulianus. l. ita tamen 27. §. a patre, vers. quod si duo. §. ad SC. Trebell.* An non potiùs de querela inofficiosi, quæ semper præsupponit testamentum valere in totum. Nã vt testamentum possit pro parte valere, pro parte non valere fit per querelam, aut vt dicam meliùs,

per Centumuirorum sententiam latam pro querela, non autem ante querelam, quia fieri nullo casu potest, vt testamentum ab initio pro parte valeat, & non valeat pro parte, siquidem ita fieret vt ab initio testator pro parte testatus & pro parte intestatus decessisset, quod fieri posse negauimus ad *l. prox. praced.* Scio Accursium putare verba hæc ideò adiecta fuisse, quia, inquit, si totum testamentum corrueret, possent succedere ab intestato etiā ij qui exclusi essent à querela. Sed aut magis eo casu possent succedere in totū quàm pro parte eum non nisi pro parte rescissum fuit testamētum? Aut quomodo potest ab intestato succedere is qui exclusus est à querela? *l. qui repudiantis 14. & prace. sup.* Nam de omni exclusione Vlp. hic loquitur. Ergo & de ea quæ fit per repudiationem. Denique non possum intelligere quid illud sit quod sequitur, *& pracedentes eum omnes personæ exclusæ sunt*, cùm nihil dictum sit in prioribus verbis §. ex quo possit conijici eam ab Vlpiano tractari, speciem in qua præcesserint aliæ personæ quæ ante hunc actorem ad querelam admitti debuerint. Quænam igitur amentia ista est pro ratione adserere eam facti circunstantiam de qua nihil dictum sit in proponenda specie? Illud non nego, Si ex pluribus qui de inofficioso agere omnes quidem sed non nisi ex ordine potuerunt posterior egerit ante priorem aut victum, aut exclusum, Posteà verò is qui prior agere potuit, aut victus sit, aut exclusus. Videri eum querelam cum effectu instituisse, quasi conualescente ipsius iure per superuenientem prioris exclusionem. Non enim nouum est, vt sententia feratur ex eo iure quod actori superuenerit lite pendente, quamuis actio fuerit ab initio malè instituta Sed hoc nō minùs si in totum quàm si pro parte testamētum infirmetur. Nec enim casus adferri vllus potest in quo necesse sit vt valeat testamentū pro parte ad hoc vt querela, siue à prioris, siue à posterioris gradus linea vel persona bene & cum effectu instituta videatur. Itaque cogor hic aut inscitiam meam fateri, aut Tribonianeam incusare. Vtram iustius, doctissimi cuiusq; viri iudicium esto.

26. VLPIANVS libro 8. Disputationum.

SI sub hac condicione fuerit heres institutus, *Si Stichum manumiserit*, & manumisisset, & postea quàm manumisit, inofficiosum, vel iniustum testamentum pronuntietur: æquum est. huic quoque succurri, vt serui pretium à manumisso accipiat [a]: ne frustrà seruum perdat.

Ad l. si sub hac 26.

Ratio dub. Heres sub hac condicione institutus *si Stichum seruum suum manumiserit* cùm eum manumisit, vltrò manumisit scilicet implendę condicionis causa, quam si non impleuisset, heres fieri nunquam potuisset *l. ex qui 13. & tot. tit. ʃ. de condic. instit.* Ergo etiamsi post manumissionem testamentum, vel inofficiosum, vel iniustum pronuncietur, indignus tamen est cui succurratur, cùm non modò facto suo sed etiam propria sua voluntate amiserit seruum quem manumisit. Quis enim cogebat eum manumittere? Nec similis videtur heredi à quo testator libertates dederit in testamento, siue directas, siue fideicommissarias, quia sicut directę competunt ipso iure, quas scilicet testator propriis seruis dedit, ita & fideicommissariæ ab inuito herede præstandæ sunt, siue testator eas propriis suis siue heredis sui seruis prǽstari iusserit. Ac proinde rescisso posteà per querelam testamento, æquum est succurri heredi qui hereditatem amittit, ne prætereà suorum quoque seruorum quibus libertatem ex fideicommisso præstitit, iacturā sentiat, cùm eos manumisisset, vt iudicio testatoris pareret, cui parēre habuit necesse. At hic de quo tractamus poterat non manumittere, nisi heres esse maluisset. Sibi ergo imputet qui hoc maluit. Quare nec si testamentum post quinquennium dicatur inofficiosum, adhuc tamen permittendum ei videtur, vt pro seruo petat viginti aureos. Id enim obseruatur in libertatibus quæ ex fideicommisso præstitæ sunt, non in iis quæ condicionis implendæ causa. *l. Papinianus 8. §. vlt. & l. seq. sup.*

Ratio decidendi. Libertas quam heres institutus præstitit seruo suo implendæ condicionis causa, licet non ex causa fideicommissi præstita sit, præstita tamen est iusta de causa, vt scilicet impleretur condicio licitæ institutionis, & ad obtinendam iure testamenti hereditatem, quæ posteà ei euincitur per querelam. Itaque nulla in eo culpa heredis est propter quam possit ei obiici iuris regula quæ habet, Nullum videri damnum sentire illum qui ex culpa sua damnum sentiat *l. quod quis 203. de reg. iur.* Atqui sentiret non mediocre damnum, quanti scilicet seruus ipse est, si non ei succurreretur postquàm testamētum inofficiosum pronunciatum fuit, quia libertatem semel datam reuocare non potest *l. 1. & tot. tit. C. si aduer. liber. §. si ei qui in integrum. Inst. de eo cui libert. caus. bon. ad. &c.* neque conuenente per querelam testamēto, libertas hæc corruit quæ ex sola manumittētis domini voluntate, non ex testamēto pendet. Ergo æquū est ei succurri, ne frustra seruum perdiderit, vt serui pretium possit repetere. Ita enim fit vt neque tamen ei fiat iniuria, neque vlla seruo qui licèt verum sui precium soluere cogatur, libertatem tamen retinet, quę inæstimabilis res est. Simile quiddam est in *l. ex his 8. ʃ. qua in fraud. cred.* Voluit quidem hic seruum perdere quem manumisit, quia manumissio motti comparatur *l. inter omnes 46. de furt.* At non frustrà perdere voluit, sed vt lucrifaceret hereditatem.

a *Vt serui precium à manumisso accipiat.* Ratio dubitandi. Cùm testamentum per inofficiosi querelam rescinditur, ita tamen vt libertates ab herede interim præstitæ non reuocentur, præstandi sunt à singulis aurei viginti non heredi ipsi, sed victori qui querelam proposuit & obtinuit *d. l. Papinianus, in fin. supr.* Non ergo heredi præstandum est precium serui qui in hac specie ab herede manumissus proponitur, cùm heres ipse fuerit victus, Ne alioqui prosit ei quod victus fuit, arg. *l. 5. ʃ. de vsur.*

Ratio decidendi. Precia seruorum ante propositam querelam manumissorum ei præstanda sunt, qui alioquin ex ea manumissione damnum sentiret. Eiusmodi verò est is qui egit de inofficioso & obtinuit quoties manumissi sunt serui hereditarij, quippe quos hodie victor in dominio suo & potestate haberet si non essent manumissi. Eo igitur casu

cæsu precium victori restituendum est ad 20. vsque aureos *d.l.5.§.vlt.* At cùm manumissi sunt ab herede serui, qui ipsius heredis proprij fuerunt, damnum patietur heres ex manumissione, si non ei precium reddetur: non autem victor qui nimirum seruum hunc non esset habiturus, quamuis non manumissum. In hac igitur specie precium heredi manumissori præstandum est non victori, Ne alioqui miser heres sine vlla culpa sua & seruum suum amiserit per manumissionem spe obtinendæ ex testamento hereditatis. & deinde hereditatem per querelam. Sed à quo precium serui accipiet heres? Vlpianus respondet *à manumisso*.

Ratio dubitandi. Manumissio serui non tantùm huic seruo profuit, sed etiam ei qui postmodum querelam proposuit, & vicit. Quandoquidem sine manumissione non potuit impleri condicio institutionis, nec rursus obtineri hereditas ex testamēto, nisi impleta priùs condicione *l. fatta 61.§. si sub condicione. j. ad SC. Trebell.* nec denique proponi querela nisi post aditam hereditatem *d.l. Papinianus §. si condicioni. 5. l. scimus .6. §. vlt C. eo.* Ergo maior ratio est vt heres serui sui precium accipiat ab actore eodémque victore quàm à manumisso.

Ratio decidendi. Commodum quod sentit ex manumissione is, qui cōquestus est & obtinuit, nō ad eum pertinet principaliter, sed tantùm per cōsequentias. Quid enim nimis agebat heres cùm seruum suum manumisit, quàm vt ei prodesset qui de inofficioso queri quandoque vellet? Nulla igitur ratio est vt huius serui precium debeat victor reddere, cui longè commodiùs fuisset, vt defectu cundicionis testamentum destitueretur, atque ita factus esset locus successioni intestati citra querelam. Et consequenter precium à manumisso dandum est. Sed quodnam precium? An viginti aureorum, vt in specie *dict.l.5.§. vlt. & l.9. supr* Minimè, sed verum & iustum, vt & Accursius noster sentit. Non enim ad hunc casum pertinent constitutiones, quæ de viginti aureis in seruos singulos præstandis locutæ sunt. Quanā verò actione precium hoc repetetur? Accur. os variat, tandémque in hoc procliuior est, vt peti debeat per condictionem ex hac lege. Mihi probabilius videtur, vt non vi alicuius actionis id fiat quæ certè nullo iure competit, sed cognitione prætoris, aut alterius magistratus ad quem pertineat tueri libertates, Vt sc. licet siue prętor, siue alius magistratus quisquis ille sit, cuius ea cognitio & iurisdictio est, iubeat reddi precium à manumissori ab eo qui manumissus est, captis io eam rem pignoribus, adiéque adhibita si opus sit comminatione reuocationis in seruitutem v. lā ex causa ingratitudinis, si manumissus tām ingratus sit, vt manumissorem suum malit in damno morari, quàm sui preciūm ei reddere vi inden nem illum seruet. Nam qua ratione seruos cui libertas fideicommissaria debetur habet per se aditum ad prætorē, nō vt habeat actionem cōtra dominum, sed vt citra actionē cogitur dominus per prætorē ad præstandā fideicommissariam libertatem *l. mulier 22.§. non est dubitandum ad SC. Treb.* Eadē ratione ac multò facilius permittendum est manumissori vt prætoris auxilium & æquitatē imploret cōtra libertū suum ad indemnitatem consequēdam.

27. VLPIANVS libro 6. Opinionum.

Si instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab herede transactioni præstatur, inofficiosi causam integram esse, placuit.

Ad l. si instituta 27.

Ratio dubitandi. Querela semel omissa instaurari posteà & repeti non potest *l. cùm mota 6. Cod. de transact.* sicut nec actio iniuriarum *l. auxilium 17. sup. de minor.* cui simillima esse creditur querela inofficiosi *l.1.§. sed si puta. j. si quid in fraud. patron.* Atqui ponimus post institutam de inofficioso testamento accusationem transactum fuisse pacto de lite, atqui ita per transactionem fuisse omissam querelā. Ergo quamuis fides transactioni ab herede nō præstetur, inofficiosi tamen causa integra esse non potest. Præsertim cùm semel sublata actio & extincta nonquā reuiuiscat *l. qui res 98. §. aream. de solut.*

Ratio decidendi. Pactum transactionis non potest ipso iure tollere querelæ actionem: quia in pactis non ius sed factum versatur *l. si vnus 27.§. pactus ne peteret supr. de pact.* Et speciale est in pacto iniuriarum & furti, vt tollat actionē ipso iure *l. si decem 17.§.1. eod.* Ergo non potest dici extincta ipso iure actio per transactionem: Ni secutum sit implemētum transactionis ex parte illius qui cœperat agere de inofficioso, id est, nisi à lite discesserit, litique renunciauerit. Hoc enim casu dubitandum non est quin actio querelæ prorsus tollatur & ipso iure, quia renunciatio est actus legitimus & sollennis *l.* postquam liti 4. *C. eod. titul. de pact.* Proinde nihil vetat quominus querelam possit repetere quam ipse numquam omiserit. Nec potest repelli exceptione pacti ex causa transactionis, cùm heres fidem non præstet transactioni quam prior implere debet vt ea iuuari posset *l. cùm proponas 21. eod tit. l. sine apud acta 28. C. de transact.* quæ hoc casu dat replicationem doli mali, vel in factum aduersus eum qui opponit exceptionem pacti ex transactione cuius fidem prior rupit. Itaque non obstat quod contra rescriptiō videtur in *dict. l. 6. cùm mota 6. eod. tit.* siue dicas in ea specie renunciatum fuisse liti vt Bartolus sentit, Siue, quod magis probo, non denegari querelæ instaurationem illi ipsi qui de inofficioso agere cœperat & transegerat, sed ipsius heredi, Cuius certè causa hac parte minùs fauorabilis est quā sit illius, qui ipse trāsegit: cùm heredi eius qui post litem de inofficioso præparatam mutata voluntate decessit querela inofficiosi competere non possit *l. nam etsi 15.§ 1. sup hoc tit.* Nihil autem vetet eum qui mutauit voluntatem per trāsactionem cui heredem obtemperaturum sperabat, eam repetere & ad priorem voluntatem redire, Imò in priore voluntate perseuerare, quasi numquam deseruerit querelam qui non deseruit nisi per fraudem heredis instituti *l. cum qui 21. vbi dixi supr*

1 ¶ Ei, qui se filium eius esse adfirmat, qui testamento id denegabit, tamen cum exheredabit: de inofficioso testamento causa superest.

Ad § 1. ei qui.

Ratio dubitandi. Exheredatio facit quominus non quo magis admitti debeat, siue ad querelam, siue ad intestati successionem is qui sic exheredatus est, vt tamé filius negetur. arg. l. 5. §. *si emancipatus* ff. *de bon. pos. contr. tab. & legata inutiliter* 14. *vers. ademptio enim* ff. *de adim. legat.* Quid enim aliud est exheredatio, quàm hereditatis quędam ademptio? Atqui si hic qui negatur filius non esset exheredatus, non posset habere querelam, quasi filius. Prius enim esset vt se probaret filium quàm vt iure filij admitti deberet. Ergo nec si exheredatus sit admitti debebit ad querelam, ne abundans cautela noceat patri, qui eo ipso testamento quo hunc exheredauit, filium tamen suum esse denegauit.

Ratio decidendi. Qui à patre negatur filius si ab eodem sit exheredatus, Carbonianam bonorum possessionem habere non potest, nec proinde aliud auxilium quàm querelæ inofficiosi *l. qui de inofficioso* 20. *supr.* Exheredatio enim facit eum indignum quolibet beneficio iuris, siue ciuilis, siue prætorij, adeò vt pro mortuo habeatur *l. 1. §. sed etsi de coniung. cum emancip. liber. eius.* Facere igitur debeat admittendus hic ad querelam non tam quasi filius, quàm quasi exheredatus. Etsi exheredatio quoque supponit eum filium, quia extraneus Inepte exheredaretur *l. quidam cum filium* 132. *de verb. oblig.* Nam nec professio patris aut matris negantis filium suum esse eum, qui susceptus fit in figura matrimonij nocet filio, tametsi facta sit in actis. *l. Imperatores* 29. §. 1. ff. *de probat.* Multò minùs si facta sit in testamento, vt in hac specie. Cæterùm vt hic filius obtineat in querela, probare debebit non tantùm se immerenter exheredatum (iure scilicet vetere inspecto, quo hæc probatio liberis incumbebat *l. liberi* 28. *C. hoc tit.*) sed etiam se filium esse iis scilicet modis quibus probari hoc potest, id est, iuris præsumptione ex iustis nuptiis somenda, *l. filium* 6. *supr. de his qui sui vel alien. iuris sunt.* Alioqui exacta filiationis, vt loquuntur, probatio prorsus impossibilis est *l. Lucius* 83. *De condiction. & demonstrat.*

2 ¶ De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest.

Ad § 2. de inofficioso.

Ratio dubitandi. Priuilegia militibus concessa, & quidem fauore militię contra milites retorqueri non debent *l. nulla* 25. *sup. de legib. l. quod fauore* 6. *C. eo. l. pe. C. ad SC. Treb.* Atqui priuilegium militum illud est, vt eorum testamenta non subiaceant periculo querelæ *l. de inofficioso C. h. tit.* Ergo si is qui de inofficioso vult agere sit miles, id est, si testator miles militem exheredauerit danda est militi exheredato querela. Id enim esse videtur quod vulgo nostri iactitant, Priuilegiatũ non vti priuilegio aduersus priuileg atum *l. verum* 11. §. *pen. sup. de minor.* Ratio decidendi. Priuilegium hoc militibus testantibus concessum est, vt & alia multa ex Imperatorum cõstitutionibus, vt possent milites de bonis suis liberè testari quomodo vellent ac citrà vllam legum obseruationem *l. 1. l. Diuus* 24. *& pass.* ff. *de testam. mil.* Ergo si is qui testatus est, fuerit miles non eò minùs priuilegiũ hoc habere debet, quod is qui de inofficioso agere vult, etiam miles esse proponatur. Nec enim ideò fit, vt priuilegium militibus concessum contra milites retorquatur, cùm miles cui priuilegium nocet, non sit ex iis quibus priuilegium datum est, quia non est testator. Quare nec ad rem pertinet brocardicum illud nostrorum, De priuilegiato volente vti priuilegio aduersus priuilegiatum. Nam præter id quod falsum est, vt constat ex *dict. l. verum* 11. §. *pen. & vlt. de minor. & l. vlt. supr. ex quibus caus. maior.* illud etiam dici non potest priuilegium vllum datum esse militi exheredato, propter quod testatori militi suum priuilegium sit auferendum. Veterani qui miles aliquando fuit, nunc verò non est, alia ratio est. *l. Papinianus* 8. §. *Papinianus* 3. vbi dixi *supr.*

3 ¶ De inofficioso testamento nepos contra patruum suum: vel alium scriptum heredem, proportione egeat, & obtineat. sed scriptus heres appellauerat* placuit, interim, propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatium, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vendicabantur, decerni, eáque aduersarium ei subministrare necesse habere vsque ad finem litis.

Ad § 3. de inofficioso.

Ratio dubitandi. In querela inofficiosi de hoc ipso quæritur, An ei qui agit, & qui exheredatus proponitur aliquid ex hereditate debeatur, nec dubitari potest quin nihil ei debeatur quandiu subsistit exheredatio, id est, quandiu testamentum rescissum non est, quia exheredatio summouet eum à bonis patris *l. in suis* 11. *de liber. & posthum.* facitque vt pro mortuo debeat haberi *l. 1. §. sed etsi patruus de coniung. cum emancip. lib. eius.* Ergo non potest habere postulationem ratio nepotis ab auo exheredati volentis in sumptum litis ab aduersario herede scripto pecuniam sibi ministrari, quomodo in persona pupilli aut minoris idipsum à tutore vel curatore in actione tutelæ petentis rescriptum est ab Imperatoribus in *l. Imperatores* 17. ff. *de tutel. & ration. distr.* Idémque est si petat sibi ministrari sumptus in causam alimentorum. Nam qui de inofficioso agit, sicut aliam quæstionem quàm petitionem hereditatis mouere interim nullã potest, ita neque ali debet *l. qui de inofficioso* 20. *sup. eo.*

Ratio decidendi. Multa hîc concurrunt quæ faciunt fauorabilẽ causam pupilli, vt pendente causa appellationis & alimenta & sumptus in litem ei præstari oporteat. Primùm ætas pupillaris quę impedit ne sibi quicquam possit pupillus quærere ad victum & sumptum litis. Deinde inopia, quam ponimus tantam esse, vt nihil aliud suum habeat præter actionem querelæ. Nam si quid haberet de suo potiùs quàm de bonis hereditariis sumptum istũ ab eo fieri oporteret *l. pen.* ff. *vt in poss. legat.* Item quod sit ex descendentibus & liberis quibus facilius est vt à parentibus quàm vt ab aliis alimenta debeantur *d. l. p. l. 1. d. 5. & tot. tit. De agnosc. & alen. lib.* Sed præcipua ratio illa est quòd iam egerit de inofficioso & obtinuerit. Etsi enim ponimus ab ea sententia quæ pro ipso lata fuerit appellatum esse, certum autem est appellationis eam esse vim & pote-

potestatem vt rescindat & extinguat iudicatum, rémque totam reducet ad terminos, vt aiunt, litis contestatæ. *l. fin. 16. §. 1. ff. de his qui not. infa. ad l. §. vlt. j. ad S.C. Turpill.* interea tamen præsumptio nō leuis est pro sententia potius quàm pro appellatione, quæ vt plurimùm interponitur frustratoriè & morandi gratia vt negotij decisio in diem longiorem trahatur *l. tutor 32. in princip. de vsur. l. vlt. de re iud. l. negotiorum 24. j. de appell.* Tum verò maximè cùm is qui condemnatus fuit, aduersarium adeò inopem videt, vt eum ferendis sumptibus & liti prosequendæ imparē fore speret. Quis enim sine sumptib. aut litigare possit aut viuere? *l. minorib. 6. sup. de minor. l. pen. de liber. legat. l. 2. in fi. C. de alim. pupill. præst.* Nec nouum est vt pendente lite appellatoria permittatur ex causa id quod ante appellationem, & in prima instantia non permitteretur: vt cernere est in fructuum sequestratione, de qua in *l. Imperatores 21. §. vlt. de appell.* Ergo si quid istorum desit, hoc est, si is qui de inofficioso agit vel pupillus non sit, vel inops, vel ex liberis aut aliis personis quæ ali debent, vel denique nondum obtinuerit in querela, dicendum erit non deberi illi sumptus ministrari in causam siue alimentorum siue litis *d. l. 20. sup. d. l. Imperatores 17. De tutel. & rat. distr.* An ergo interim cogetur fame perire, aut præ inopia bonā litem deserere? Nostri vulgò negāt, & huius §. sententiam ad omnes protrahunt qui de vniuersitate bonorum suorum litigant vt interim & ali debeāt, & sumptus ad litigandum ab aduersario consequi, non tantùm si ex appellatione, sed etiam si in prima instantia litigetur, arg. *l. vlt. C. de ord. cognit.* Mihi verò cōtra videtur. Quidni enim omnia inopiæ incommoda ferre cogatur is qui litigat etiam de vniuersitate bonorum quæ ferre cogeretur si non litigaret? An fortè locupletiorem aut melioris cōditionis eum facere debet, quod litiget? Ita ergo facilè eueniet, vt immittetur miser & inops quilibet non modò ad litigandū, sed etiam ad litem in longiores dies protrahendam, vt interim habeat vnde & litiget diutiùs, & se alat. An nō verò satis dura conditio est eius qui cum egeno & inope aduersario litigat, quod sumptuum in litem à se factorum & faciendorum repetitionem nullam sperare potest, nec si actor temerarius litigator & calumniator tandem inueniatur? Planè si qua præsumptio sit pro eo qui sumptus istos pendente lite petit putà si à patre institutus sit tanquam filius, & in minima quantitate, ideóque petat supplementum legitimæ ab herede, qui tamen contendat tanto ære alieno grauatam esse hereditatem, vt relicta quantitas possit ad legitimam sufficere, Vtique incerto eo æquissimum est alienum, sumptúsq; consequi ex bonis patris & ad vescendum & ad litigandum. Idémque est in specie *d. l. vlt. C. de ord. cognit.* vbi tractatur de quæstione status & bonorum ei mota quietat in possessione libertatis, ac proinde qui non agebat, sed conueniebatur. Idem denique in hac specie propter sententiam pro filio exheredato iam latam. Alioqui nulla præsumptio est pro filio vel nepote exheredato propter quam ei pendente lite fauere debeamus. *d. l. qui de inofficioso 20. supr.* At lōgè dissimile est quod nostri tradunt post Bartolum ad hunc §. Si monachus litiget cum Abbate interim ali monachum oportere, etiam bona nulla propria habere possit. Non enim de bonis Abbatis, quem aduersarium habet, alendus est, sed de bonis ecclesiæ quam habet matrem.

a *Sed scriptus heres appellauerat.* Iam monui ad *l. Papinianus 8. §. si ex causa sup. h. t.* eos iuris nostri locos in quibus tractatur de appellatione quę interposita sit à sententia lata super querela inofficiosi testamenti aut petitione hereditatis, vel Triboniano adscribi debere, potiùs quàm prudentibus nostris, quorum scilic. temporibus cognitio ita erat Centumuirorum, à quibus proculdubio non appellabatur, vel ad eum casum referendos, in quibus ageretur querela inofficiosi aut petitione hereditatis non in vrbe, sed in prouinciis. Est verò hic §. ex eorum numero qui sapiunt Tribonianum, Non ob id solum quòd scriptus heres à nepote exheredato superatus appellasse proponatur (nec enim id sufficeret) sed maximè propterea quod inepta sunt quæ sequūtur verba illa *contra patruum suum vel alium scriptum heredem pro parte egerat, & obtinuerat.* Ponendum enim necessariò est nepotem hunc de quo agimus, ab auo exheredatum egisse de inofficioso contra patruum suum, non cōtra quemlibet alium heredem institutū, cùm ponamus pro parte tantùm egisse illū & obtinuisse. Nam si extraneus heres scriptus esset, non posset nepos ex filio præmortuo agere querela inofficiosi pro parte, sed faceret auum ex toto asse intestatum, eique in solidum succederet ab intestato, tametsi nollet heres esse nisi pro parte, quia successionem intestati scindere ac diuidere nullomodo posset *l. 1. & 2. j. de acquir. hered.* At cùm adest patruus, id est, filius testatoris, idémq; heres ex toto asse institutus, sicuti succederet ille ab intestato cum nepote ex filio prædefuncto *§. cum filius. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Ita nec inofficiosi querelam à nepote pati iure potest nisi pro parte, Ea scilicet quam nepos habiturus esset ab intestato, id est, pro dimidia *l. mater 19. vers. sed non est admittendum. sup. h. t.* Rursus cùm in hoc §. facti species ea proponatur, non quę possit aliquo casu euenire, sed quæ ex facto euenerit, certū est nō potuisse Vlpianum aut quemquam alium ex peritis nostris ita scribere *contra patruum suum vel alium.* In vera namq; facti specie si patruus heres scriptus erat, alius non erat: Si contra patruū pro parte proposita querela fuerat, vtique contra alium non fuerat nec esse potuerat. Contrà verò si alius quàm patruus heres scriptus erat, Ergo cōtra patruum nepos nec agere potuerat, nec obtinere. Taceo, quod cætera quæ in hoc §. sequuntur, longam nec valde sonoram verborum seriem habent parum similem superioribus, & Triboniani magis quàm Vlpiani stylum redolentem.

4 ❡ De testamento matris quæ existimans periisse filium, alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.

Ad §. vlt. de testamento.

Ratio dubitandi. Querela inofficiosi proponitur eo colore quasi furiosus fuerit testator cùm suprema ordinaret, propterea quòd violauerit officia pietatis, vt sæpius in hoc tractatu diximus ex *l. 2. l. 5. l. Titia 13. sup. h. t.* Atqui non potest dici matrē quæ nō alia de causa filium suum præterit quàm quòd eum præteriisse existimaret, testatam fuisse contra officium pietatis, & quasi furiosam. Coniectura enim maternæ pietatis facit vt credendum potiùs

sit, aliter fuisse testaturam matrem & filium institutaram si eum viuere credidisset, arg. *l. prox. seq. & l. 3. C. eod.* Ergo non est permittendum filio vt queratur de inofficioso testamento matris quæ existimans filium periisse alium heredem instituit. Finge filium hunc fuisse militem quem valde credibile sit in bello cecidisse, si de eo rumor aliquis ad matris aures perlatus sit, vt in specie *l. proxim. & l. vlt. ff. de hered. instit.*

Ratio decidendi. Etsi mater non potest videri hoc casu præteriisse filium mala mente, & vt eum exheredaret, aut quòd illum pro exheredato haberi vellet, attamen imputari ei potest cur eum non instituerit, eique si heres non esset alium substitueri t, vt sibi prospiceret aduersus periculum querelæ, ac in omnem euentum: cùm cogitare deberet fieri posse, vt falsus rumor esset, vtque eo casu querelam habiturus esset filius si se præteritum inueniret. Quid enim absurdius aut iniquius dici posset, quàm vt propter matris errorem filius impunè præteritus esset? Aut quonam alio remedio quàm querelæ inofficiosi potest huic filio præterito consultum esse? Nec enim potest dicere nullum & iniustum ex ea causa matris testamentum, quomodo posset patris si à patre præteritus esset in cuius fuisset potestate, quia mulieres non habent suos heredes, nec liberos in potestate *l. mulieri 5. C. de adopt.* Nec rursus potest petere bonorum possessionem contra tabulas matris. Nam ad testamenta mulierum beneficium illud prætoris ob hanc ipsam rationem non pertinet *l. illud 4. §. ad testamenta ff. de bonor. poss. cont. tabul.* Solùm igitur potest ei superesse auxilium querelæ. Mihi tamen, vt verum fatear, non modò dura, sed etiam impia videtur hæc sententia, Vt scilicet filius quẽ mater ignorans præterijt eùm eum existimaret non viuere furiosam eam fuisse possit & ausit dicere. Potest quidem dicere minùs credulam fuisse matrem quæ falso rumori tam facilè crediderit. Sed longè aliud est nimiam credulitatem ei obiicere, aliud verò dementiam & furorem. Deinde quid si ab omnibus vulgo ita credebatur, filium hunc periisse? Quid si rumor ab iis cœperat, qui vt in magno mendacio vsu uenire solet, dicerent se filium mortuum vidisse? An nun possunt ista omnia facere, ne quid per furorem & amentiam à matre factum videatur? Præsertim quæ erga filium suum fortassis etiam benè meritum numquam fuerit malè affecta. Semper enim de matris, adeò quæ melius quàm de patris erga liberos adfectione & pietate suspicandum est. Nesciunt siquidem viscera materna patientiam, vt ille dic. bat, vt solet verus amor esse impatientissimus. Itaque puto corruptum esse locum hunc & addita negatione sic restituendum, vt legimus *de inofficioso queri non potest.* Numquã enim mihi persuadebo, quod Bartolus & alij tanquam verum & singulare quiddam notaut ex hoc §. Mattem quæ in hac specie filium præterijt quem ignorabat se habere, voluisse haberi illum pro exheredato; cùm haberet eum pro mortuo. Id enim non magis fieri potest quàm vt quis post mortẽ suam exheredetur, quod fieri nullomodo posse constat *l. si ita scriptum 13. §. vlt. l. Gallus 29. §. in omnib. de liber. & posth.* Suntque in hanc rem textus apertissimi in *l. sicut 9. & seq. C. de testam. milit.* qui loci etsi de patre milite non de matre loquũtur, cùm tamẽ nõ à militiæ priuilegio aliquo, sed ex probabili militis voluntate rationem sumant, cur volumus matris potius quàm militis præteritionem ignoratæ factam de filio qui mortuus credebatur, haberi pro exheredatione? Eiusdem enim iudicij aut potiùs amentiæ est exheredare illum qui re vera iam mortuus sit, & illum quem pro certo habeas iam esse mortuum? Nec sanè negarem huius matris tanquam dementis & furiosæ iudicia rescindi debere si constaret eam filium suum quem omnino credebat mortuum, aut exheredasse expressim, aut ideò præteriisse, quòd ipsum pro tacitè exheredato haberi voluisset. Sed dico magis dementes, magisque furiosos eos esse, qui præteritionem à matre istam factam pro exheredatione haberi volunt, vt det filio querelam. Etsi non eò magis possunt assequi, vt ex huiusmodi furoris & amentię prætextu querela filio contra testamentum matris dari debeat. Non enim furor quilibet aut furoris cuiuslibet allegatio causam dat querelę, sed is demum furor, & ea demum amentia, cuius siue probatio, siue præsumptio ex violatis pietatis officiis inducatur. Atqui licèt mater demens & furiosa dici posset quæ filium quem certò mortuum credebat, vel exheredasset expressim, vel pro tacitè exheredato haberi voluisset. Non ideò tamen impietatis rea dici posset ob non relictam filio successionem, quam homini iam mortuo relinquere etiamsi maximè voluisset, tamen non potuisset. Nulla igitur ratio est, nullus color dandę hoc casu querelę, contra testamentum matris probabili errore deceptæ, ac innocentis. Me illud etiam mouet quod video in specie *dict. l. 3. C. hoc tit.* disertè ab Imperatoribus rescriptum & constitutum fuisse vt filius à matre præteritus haberi debeat pro instituto in virilem portionem cum fratribus, potiùs quàm vt ei querela detur tanquam tacitè exheredato. Nempe quòd, vt lex ait, nihil possit in ea specie imputari matri præter fatum maternum, cùm tamẽ potuisset illa prævidere posse euenire, quod ex facto contigerat, vt in puerperio moreretur, & ob hanc causam sibi prospicere contra futuri casus iniquitatem mutato ante puerperij tempus testamento. Quorum omnium nihil est, quod possis huic matri imputare quæ credebat quod cæteri omnes passim & vulgò credebãt, filium periisse, *arg. l. 3. §. 1. ff. ad SC. Maced.* Sed moueor potissimùm ex eo quod in *l. prox. sequ.* Paulus refert in eadem prorsus specie, nisi quòd filius miles, ob idque ratiò fauorabilior proponebatur, Cùm mater filiũ suum militem falsò audisset decessisse, & ob eam causam nulla filij mentione facta heredes alios testamento instituisset, decretum fuisse à Diuo Hadriano hereditatem ad filium pertinere, ita tamen vt libertates & legata præstarentur. Nam si tùm quoque cùm mater filium ignorans præteriit quòd eum iam defunctum putaret, nihilominùs potest locus esse querelæ inofficiosi, quid attinebat in illa specie cõsulere Imperatorem, & ab eo petere auxilium quod iure cõmuni competebat *l. Imperatores 30. ff. De reb. autor. iudic. possid.* Quid verò causæ fuisset, cur Imperator libertates & legata præstari iussisset ex testamẽto inofficioso contra vulgares iuris regulas? Cur verò in odium militis, cùm fauore militiæ alia tam multa iure singulari etiam aduersus iuris rationem fuerint constituta? Nec quod huic filio præterito querelam inofficiosi denegamus, condicionem eius facimus deteriorem, sed meliorem, quia quem interpretes habent pro exheredato propter præteritionẽ, nos nec pro præterito habemus, sed quod omnium

omnium fauorabilissimum est pro instituto, vt in *d.l.3. C. hoc tit. d.l. vlt. infr. de her. inst.* Nam & quod scriptum est in *l. seq.* decretúmque à Diuo Hadriano hereditatem ad filium pertinere, non alio sensu accipi posse putamus quàm vt pertineat ex testamento, & tanquam si esset institutus, Indéque nimirum fieri vt & libertates & legata præstentur, quæ haud dubiè nec à pagano præstanda essent, multò minùs à milite si per inofficiosi querelam testamentum rescinderetur, fieretque materfamilias intestata. At, inquies, quis vnquàm dixit filium à matre etiam ignorante præteritum, habendum esse ex iuris ratione pro instituto? Ego verò non ad iuris rationem hoc refero, sed ad autoritatem rescripti imperatorij, quam implorari hoc casu debuisse dico, dùm aliud omne iuris communis auxilium deficeret, nec tamen æquitas deesset cui succurri oporteret. Nam & idem euenit in specie *d.l.3. C.h.t. & dict. l. vlt. De hered. inst.* vt & alibi tam sæpe imploratā Imperatorum rescripta legimus ad succurrendum ex æquitate iis quibus ratio iuris proficere non potuisset, vt in *l. postumum 12. infr. de inoff. rupt. l. cum quidam 30. in pr. l. cum heres 52. infr. de acquir. hered.* & alijs penè infinitis. Nec me mouet quod commodius esset, vt filio succedere ab intestato ex causa querelæ, quàm ex testamento propter legata & libertates. Nam præter id quod incommodum hoc damnúmque nun nisi pecuniarium est, quod satis superque institutionis etiam tacitæ honore compensatur, Non tanta filij huius præteriti ratio haberi debet quin habenda etiā sit aliqua, & testamenti quod per se fauorabilissimum est, & matris innocentis, cui nihil possit imputari. Denique quod in hoc §. scriptum est, habeo ego velut pro summario legis proxim. seq. quæ proculdubio cum hoc §. pugnaret, si non adderes negationem quam nos addendam esse contendimus, & ni fallimur, probauimus euidenter. Potuit autem hæc negatio tolli ab imperito interprete, qui legem sequentem sic accepit quomodo Bartolus & alij passim accipiunt, quasi in ea specie testamentum matris rescindatur per querelam inofficiosi, quod tamen nun ita esse, & iam probauimus, & ad eam legem iamiam ostendimus Quanquam probabilius arbitror, quod proximè attigi, totum hunc §. nihil nisi summarium esse legis sequentis & quidem ab imperito interprete, non solùm falsò, sed etiam malè concinnatum, si vel solam ipsam verborum constructionem consideres. Debuerat enim scribere vt in §§. præced. *De inofficioso testamento* non quomodo scripsit *de testamento* primùm, deinde separatum *de inofficioso*. Rursus in illis postremis verbis *queri potest*, debuerat præponere dictionem *filius* non sumere quomodo sumpsit verbum *queri* passiuè, pro eo quod est *querela proponi*, cùm apud prudentes nostros actiuam habeat passim significationem pro eo quod est *querelam proponere*. Facilè autem potuit accidere, vt hic versiculus ex summario irrepserit in textum, factúsque sit *§. vlt. huius legis*. Nam & idem alio loco accidisse, alicubi iam, nisi bene memini, obseruaui. Et in hac tandem non tam coniectura quàm sententiæ conquiesco. Mihi enim de iuris ratione omnino liquet.

28. PAVLVS libro singulari de Septemuiralibus iudiciis.

CVm mater militem filium falsò audisset decessisse, & testamento heredes alios instituisset: Diuus Hadrianus decreuit, hereditatem ad filium pertinere: ita vt libertates & legata præstentur [a], hic illud adnotatum [b], quod de libertatibus, legatis adiicitur: nam, cùm inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Ad l. cùm mater 28.

Ratio dubitandi. Hereditas neque ex testamento pertinere potest ad alium quàm qui fuerit institutus, neque ab intestato, quandiu testamentum subsistit, quo alius heres scriptus proponatur, qui ex eo testamento hereditatem, vel adierit, vel adire adhuc possit: *l. quandiu 39. de acqu. her. l. quoties 9. in pr. ¶ de hered. inst.* Atqui in proposita specie filius, quē mater falsò audierat in militia decessisse, nec institutus fuit, cùm ponamus præteritum eum fuisse, nec ad intestati successionem vocatus, cùm testamentum quo alius heres institutus est, subsistat, neque vnquam rescissum sit per querelam, cui nec hoc casu locus esse potest, secundum ea quæ ad §. vlt. l. g. s proximè præcedentis disputauimus. Ergo rationem nullam habere potest quod à Diuo Hadriano decretum fuisse Paulus hic refert, matris hereditatem ad filium militem pertinere.

Ratio decidendi. Ratio quidem iuris repugnat ne possit hic filius suo iure maternam hereditatem obtinere, sicut ex testamento, cùm non fuerit institutus, siue ab intestato, cùm non possit habere querelam, qui neque expressè, neque tacitè videri potest exheredatus. Sed tamen æquitas summa facit, vt tamen ei, quàm matri subueniri oporteat, ne præter illæ materna hereditate contra ipsius matris voluntatem, quam dubitandum non est fuisse institutam filium numquam de se malè meritum, potiùs quàm extraneum si eum viuere sciuisset *l. cùm acutissimi 30. in fi. Cod. de fideic.* At quoniam Iureconsultorum est interpretati tantùm non etiam supplere *l. commodissimè 10. inf. de liber. & posth. in d. l. vlt. C. de posthum. hered. inst.* & soli Imperatori licet interius, & æquitatem positam interpretationem inspicere *l. 1. C. de legib.* fuit in hanc rem necessaria autoritas rescripti Principalis, cuius potestate fieret, vt hic filius qui neque expressè, neq; tacitè exheredatus inueniebatur, sed tamen reuera præteritus erat pro instituto habeatur. Sic enim accipio quod Hadrianus decreuit hereditatem ad hūc filium pertinere. Vt nimirum pertineat ex testamento, quasi fuerit ille à matre institutus. Exemplo eius quod in alia specie nec valde dissimili, nec tantopere fauorabili rescriptum video ab Imperatoribus in *l. 3. C. hoc tit. & in l. vltim. infr. de here. instit.* quibus locis habetur pro instituto is qui institutus non fuit: In specie quidem *dict. l. 3.* is qui nullomodo fuit institutus, cùm factum esset vnicum testamentum in quo nulla prorsus mentio facta erat filij postea suscepti, In specie verò *d. l. vltim.* is qui fuerat quidem institutus in priore testamento, sed tamen præteritus in posteriore, ex quo nihilominùs succedit. Nō enim decreuit Imp. hereditatem eum pertinere tanquam in prioribus tabulis scriptum, sed tanquam in posterioribus. Vnde

illud etiam fit vt eodem decreto constitutum sit deberi ab eo legata omnia posteriore testamento, licèt non ab ipso sed ab alio herede relicta. Falsum igitur est vtrumq; quod ad hanc legem notat Bartolus, & post eum vulgus interpretum, Necessariã esse in hac specie filio querelã, Et quod est consequens, matris hereditatem ad eum non directò sed per querelæ viam pertinere. Nã imò verò pertinet ad filiũ directò nõ per querelam, nec ab intestato, quod cõtingeret rescisso per querelam testamẽto, sed ex ipso testamẽto quasi filius qui reuera præteritus fuit, in eo fuerit institutus, vt & in specie *d. l. vlt. De her. instit.* In qua licèt Bartolus obseruet hoc esse dissimile quod qui succedit ex testamento quamuis præteritus in posterioribus tabulis fuerat institutus in prioribus. Nõ ideò tamẽ poterit asse-qui vt fauorabilior videri debeat causa heredis qui in illa specie fuerat priore testamento institutus quàm sit in casu nostro filij nullo testamento instituti. Nam fuerat quidẽ ibi Pactumeia Magna heres ex toto asse prioribus tabulis instituta. Sed cùm essent illæ ipso iure ruptæ per posteriores quæ valebant, quia vt lex ait, falsus modus & falsa causa nõ solet institutioni obesse, non poterat succedere ex prioribus, erátq; protsus necesse vt vel ex posterioribus succederet, vel nullomodo *§. posteriore Instit. quib. mod. testam. infirm. l. si quis priore 29. inf. ad SC. Trebell.* Idq; est quod habent postrema illius legis verba *perinde atque si posterioribus tabulis fuisset ipsa heres scripta.* Atqui non fuerat in posterioribus tabulis heres instituta non magis quàm filius miles à matre in ea specie quam nunc tractamus. Ergo quemadmodum nun alio iure succedit Pactumeia Magna in *d. l. vlt.* quàm quòd pro instituta habeatur, & quidem in posterioribus tabulis, de quibus solis tractari poterat, & in quibus tamẽ fuerat prçterita. Ita & in casu nostro dicendum est succedere filium in hereditate matris, ex eo quoque testamẽto in quo reuera prçteritus fuit perinde ac si fuisset in eo institutus. Et ideò sicut Imperator in illa specie pronunciauit hereditatẽ ad Magnam pertinere, vt Paulus noster refert, ita & Hadrianus in hoc casu, de quo agimus, iisdem penitus verbis, vt ex vtriusque legis lectione apparet, ac proinde eodem sensu, non quomodo vult Bartolus, quasi in *d. l. vlt.* hereditas pertineat directò ad Pactumeiam Magnam, in hac verò non nisi per querelam. Quid enim potuit facere prius testamentũ in *d. l. vlt.* quod ruptum fuit ipso iure per posterius, Nisi vt appareret ex voluntate fuisse testatorẽ vt hereditatem suam ad Pactumeiam Magnam pertinere vellet: à qua voluntate non recessisse illum in posteriore testamẽto, quàmuis in eo alios sibi heredes instituisset apparebat ex ea qua vsus fuerat prçfatione. In proposito autẽ casu filius miles nullo indigebat priore testamento, vt credi deberet mater hereditatem suã ei relictura fuisse si viuere illum putasset, Nulla etiam præfatione, vt appareret à communi matrum & parentum omnium voto recedere illam voluisse quando alium heredem instituit, cùm non idcirco filium exheredauerit aut expresse, aut tacitè, quem non dubitaret, sed certa opinione pro defuncto habebat. At neq; illum instituit, inquies. Fateor, sed vt nihilominùs pro instituto haberi debeat, sufficit quod fuerat eũ institutura si viuere sciuisset. Sufficit, inquam, non quidem ex mera iuris ratione, quæ certè repugnat, sed ex autoritate rescripti Imperatoris, qui vt Pactumeiæ Magnæ in *d. l. vlt.* ita & filio in hac specie putauit subueniendum cùm is nun minùs querelæ quàm alio quolibet iuris ciuilis auxilio destitueretur. Cætera quę ad interpretationem *d. l. vltim.* pertinent, petenda sunt ex iis quæ scripsi in Error. 5. Decad. 39. De err. pragmat.

a *Itaut libertates & legata præstentur.* Ratio dubitandi. Non debet esse deterior condicio huius filij ignoranter præteriti, quàm si fuisset, aut expresè, aut tacitè exheredatus, arg. *l. vlt. § quòd si fuisset. C. de liber. præter.* Atqui si vel tacitè, vel expresè exheredatus fuisset, neque libertates, neque legata deberentur, quia rescisso testamento per querelam corruerent ipso iure libertates & legata *l. Papinianus 8. §. si ex causa. supr. hoc tit.* Ergo neque in hac specie præstari debent. Et ita vulgo post Bartolum, & Azonem creditum est, reprehendi à Paulo quod ab Imperatore decretum fuit de libertatibus, & legatis à filio in hoc casu præstandis, eúmque sensum esse illorum verborum *hic illud adnotatum* quasi *adnotatum* dixerit Paulus pro *reprehensum.* Sed alia ratione. Nempe quia putant in hac specie locum esse querelæ, Vident autem, quod & in hac ipsa lege subiicitur, cùm inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valere posse: Cùm è contrario debuerint ita potiùs argumentari, vt vel ideò non crediderit Imperator locũ esse hoc casu querelæ quòd pronunciauerit, & libertates, & legata deberi, Præsertim quia nullum in toto Imperatoris rescripto, de querela inofficiosi verbum est, de qua tamen nun solùm mouenda, sed etiam mota loquendum erat, adeóque ponendum quòd filius in querela vicisset priusquàm pronunciari posset hereditatem ad eum pertinere. Neque verò vllo iuris loco reperias ita loqui prudentes, vt dicant hereditatem ad illum pertinere qui mouere querelam possit sed tantùm posse illum de inofficioso agere, aut etiam hereditatem petere ex causa querelæ de inofficioso mouendæ, vt in *l filium 20. § sed quemadmodum. inf. de bonor. poss. contr. tab. l. qui de inofficioso 10. sup h. t.* Quãdiu enim mota querela nõ est, imò etiã postquàm mota fuit, quandiu pro ea pronunciatũ nõ est hereditas ad aliũ pertinere nõ potest, quàm ad heredem institutum, à quo & aditam esse hereditatẽ necesse est priusquam querela nascatur *d. l. Papinianus 8. §. si condicioni. sup.* Sed & post querelæ victoriam hereditas neque ad victorem, neque ad aliũ quẽquam pertinere alio iure potest, quàm legitimæ successionis ab intestato. Qui ergo fieri posset, vt libertates, & legata in hac specie deberentur, si non nisi per querelam hereditas ad filium pertineret? Cùm nec fideicommissa in testamento inofficioso à legitimis successoribus repetita deberi possint, tanquàm à demente data *l. Titia 13. supr. nec fideicommissa. 6. de leg. 3.*

Ratio igitur decidendi ad hunc versicul. & quæ Imperatorem mouit, vt libertates & legata ab hoc filio præstari voluit, illa est, Non quæ ab Accursio adfertur, quòd re tantùm non etiam consilio præteritus fuisset filius, sed quia pro instituto habetur non pro præterito: ex præsumpta matris voluntate inductu Imperatoris decreto, cuius autoritate potissimùm hæc lex nititur. Nam præteritio etiam quæ re tantùm, non etiam consilio facta esset si non haberetur pro institutione, facere non posset quin testamentum corrueret, siue per querelam, siue tanquam nullam continens institutionem, quæ tamen caput est testamenti,

l. quod

l. quod per manus 10. ff. de iur. codicill. Atque ita esse probatur non malè ex *l. si iunt 9. & l. sequ. C. de testam. milit.* quas Bartolus hîc pro Azone contra Accursiũ adducit, in quibus præteritio ignoranter à milite facta non habetur pro institutione, ideoque nec testamentum militis valet nec legata vel fideicommissa ex eo vlla debentur à filio præterito qui grauatus nullomodo fuit, & de quo non magis grauando quàm instituendo potuit cogitare testator qui se filium ignorabat *l. cum pater 77. §. cùm existimaret de leg. 2. l. pe. ff. de iur. codicil.* Sed satisfaciamus etiam Bartolo, & quæramus cur in *dict. l. 9. & 10. C. de testam. milit.* filius à milite ignoranter præteritus non habeatur pro instituto, ideoque faciat testamentum nullum, An fortè minùs fauorabilia sunt hac parte testamenta militum, quæ in cæteris omnibus sunt fauorabiliora? An non maior ratio est, vt militis qui se filium habere ignorat, silentium pro institutione habeatur, quàm silentium pagani, etiam si filium se habere sciat, silentium eius non etiam pagani habeatur pro exheredatione? An requirimus vt miles filium quem in potestate habet nominatim instituat, & non requirimus vt nominatim exheredet? Ita ergo erit exheredatio fauorabilior institutione, quod & falsum est & absurdum *l. cum quidam 19. de liber. & posthum.* Verùm non difficilis responsio est Quod diximus in alijs speciebus eum qui in testamento præteritus fit haberi pro instituto, non ex iuris ratione fieri, sed ex summa æquitate, & autoritate rescripti, vt subueniatur & honori matris cui nihil potest imputari, & filio qui alioquin & matris & luctuosæ hereditatis maternæ iacturam pateretur. Cùm neque possit nullum facere testamentum ista præteritio, neque induncere querelam inofficiosi testamenti per quam fiat vt filius à successione testamentaria per præteritionem exclusus, succedere saltem ab intestato possit. At enim miles filium quem in potestate habebat, nec tamen habere se putabat, præterit, non indiget filius vt ei subueniatur cùm possit dicere, per eiusmodi præteritionem nullum esse ipso iure, & iniustum testamentum, nec in eo vlla fiat iniuria defuncto militi, cuius non idcirco iudicium impugnatur *l. post legatum 5. §. 1. l. si testamentum 21. de his quibus vt indign.* Tantùm abest vt quasi dementis hominis & furiosi dânetur, quomodo contingit in querela inofficiosi testamenti. Nam & cùm secundum probabilem militis voluntatem hereditas eius non aditur, nec res ipsius castrenses heredibus competunt, quemadmodum Modestinus scribit in *l. si secundum 32. ff. de testam. milit.* At finge patrem militem in suo testamento, quo extraneum heredem instituit, præteriisse filium emancipatum, quem iam defunctum esse credebat. Vtique non poterit filius dicere testamentum nullum, aut iniustum, cùm non fuerit in potestate. Nec tutius instituere querelam inofficiosi. Non ob id solùm quod pro exheredato haberi non possit *dict. l. sicut 9. & seq. C. de testam. milit.* sed etiam quia contra militis testamentum querela hæc proponi non potest *l. prox. præced. §. de inofficioso* vbi dixi *& l. de inofficioso §. l. testamentum 24. C. eod.* An igitur hoc casu erit filio militis subueniendum, quemadmodum in specie huius legis, vt pro instituto habeatur? Minimè. Superest enim illi aliud auxilium, quod filius à matre præteritus non habet, bonorum possessionis contra tabulas, cùm hic filius à patre milite præteritus ignoranter non habeatur pro exheredato, quomodo haberetur si scienter præteritus fuisset *d. l. sicut, & seq. l. si patronus 2. l. Paulus respondit 47. §. vlt. de bon. libert. iunct. l. 4. §. ad testamenta de bonor. poss. contr. tab.* Nullo igitur casu sententia huius legis ad patris militis testamentum porrigi potest. Ratio verò quam adfert Bartolus, quòd si eo casu quo facta est præteritio re & consilio legata non debentur, quo tamen casu constat fuisse testatori propositum, vt heredem grauaret, quantò poterat, multò minùs debeat valere illo casu quo testator ignorabat se filium habere, quem grauare noluit prorsus inepta est. Euidens enim diuersitatis ratio illa occurrit, quod priore casu testamentũ per querelam rescinditur, quia filius habetur pro exheredato. Posteriore verò non rescinditur, quia nullus potest querelæ locus esse cùm filius præteritus habeatur necessariò pro instituto, qui nõ magis pro præterito haberi potest quàm pro ea heredato. Itaque argumentum Bartoli tale est, ac si diceret alijs verbis, si legata non valent eo casu quo filius exheredatus est, parisque testamentum rescinditur per querelam, multò minùs valere posse ex eo testamento in quo filius fuerit institutus. Quod quàm ridiculum sit nemo non videt.

b *Hic illud adnotatum.* Caue ne cũ Bartolo & Azone alijsque vulgaribus interpretibus hoc sic intelligas quasi posterior pars rescripti Imperatoris reprehensa sit à Paulo: Sed potiùs ita intellige vt in hoc rescripto illud præcipuè dignum obseruatione videri debeat quod Imperator voluit, & libertates & legata præstari, quæ haud dubiè ij per querelam filio subuentum fuisset, omnino intercidissent. Nam cùm auxilio Imperatoris vice querelæ esset, videbatur non aliam nec deteriorem filij conditionem esse debere quam si querelam proposuisset, ne quod in fauorem ipsius ab Imperatore decernebatur, in eius potiùs odium damnúmque retorqueretur. Sed mouit Imperatorem, quod auxilium hoc non tantùm filio, sed etiam matri defunctę cui nihil imputari poterat accommodabatur, quodque licèt in vicem querelæ hoc veluti remedio succurreretur filio ne maternam hereditatem amitteret, cum alitèr obtinendæ ratio nulla superesset, nihil tamen habebat auxilium hoc cõmune cum querela, Nisi quod vtráque via filius hereditatem matris consequitur, sed vno casu ab intestato, & tanquam furiosæ mulieris ac insanæ, cui factio testamẽti fuerit deneganda, Altero autem ex testamento quasi indulgentis & innocentis matris quæ credenda sit instituisse filium de quo vel præteriendo vel exheredando numquam cogitarit. Et sanè, non quemadmodũ omnis reprehensio adnotatio est, ita possis è contrario dicere omnem adnotationem esse reprehensionem, Adnotatione enim, & vt vulgò loquimur, notatu digna etiam illa dicuntur quæ digna sunt obseruatione, & à vulgari hominũ vulgarium opinione remotiora, nec minùs tamen vera. Quod autem Paulus addit, *nam cùm inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet* nõ ad impugnandã posteriorem decreti partem pertinet, sed vt appareat quantùm intersit ab hereditas matris ad filium pertineat quasi ex testamento, & beneficij Principalis autoritate, An verò ab intestato ex causa motæ de inofficioso querelæ. Nihil quidē interest effectu ipso quantũ ad hereditatem, quia vtroque casu hereditas ad filium pertinet: sed interest valde quantum ad libertates & legata, quę priore casu præstanda sunt, non etiam posteriore.

Digitized by Google

29. VLPIANVS libro 5. Opinionum.

SI suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes, & eum, qui de inofficioso testamento agit: adesse etiam legatarios, & voluntatem defuncti tueri, constitutum est. eisdémque permissum est etiam appellare[b], si contra testamentum pronunciatum fuerit.

Ad l. si suspecta 29.

Ratio dubitandi. Res inter alios iudicatæ nullum aliis præiudicium faciunt *l. 1. & tot. tit. Cod. Quib. res iud. alios non nocet*. *vel iudic. aliis non nocer.* Ergo quod inter heredes scriptos & eum qui de inofficioso agit, iudicatum erit, verendum non est vt legatariis noceat *l. 1. ff. de exceptione rei iudic.* Et consequenter nihil causæ est cur debeant adesse liti quæ inter alios tractatur, ne incommodo afficiantur litigatores, cùm tantò difficiliores lites & perplexiores esse soleant, quanto plures sunt qui litigant, aut quos liti adesse oportet, cùm nihil in tota lite inauditis iis omnib. quorũ interest fieri possit *l. de vnoquoque 47. ff. de re iud.* Nec videtur posse in eam rem sufficere prætextus, aut metus collusionis, Cùm si collusium probetur inter heredem scriptum & actorem qui vicit in petitione hereditatis, permiserit Diuus Pius legatariis appellare *l. a sententia* §. *si heres. l. si perlusorio. 14. in princip. ff. de appellat.* Denique non sunt illi legitimi contradictores, sed heres solus. Ergo non sunt audiendi si liti quæ inter alios tractatur adesse velint.

Ratio decidendi. Sententia de iure testamenti contra solum heredem lata in contradictorio iudicio, & herede ipso respondente non per contumaciam absente, ius facit etiam contra legatarios, quia solus heres institutus legitimus contradictor est, & aduersus quẽ hereditatis petitio institui possit, non legatarij, aut ij quibus datæ sunt libertates. Adeò vt probata quoque collusione sit necessaria legatariis appellatio, quemadmodum proximè diximus, qua procul dubio non egerent si eos quoq; autoritas rei iudicatæ non teneret. Illi quidẽ tantùm appellare possunt quorum interest, & quibus nocet et sententia, si non appellarent *l. 1. de appellat. recip.* Ergo permittẽdum iis est vt possint adesse liti ante condemnationem si suspectam habeant heredis scripti collusionem, cùm ipsorum intersit. Nec ob id minùs audiendi sunt ante sententiam, quòd post cõdemnationem possint appellare. Melius enim est intacta eorum iura ab initio seruari, quàm post vulneratam causam remedium quæri *l. vlt. Cod. in quibus caus. non est necess. in integr. restit.* Maximè cùm intersit etiam publicè supremam defuncti voluntatem defendi, & in eam rem testamenti causam ex fide agi *l. vel negare 6. ff. test. quemadmod. aper.* Nam & is qui procuratorem ad litem dedit si suspectam procuratoris sui, vel fidem, vel diligentiam habeat, causæ tamen suæ adesse nõ prohibetur *l. Paulus respondit 69. ff. de procurat.* Neque contrarium est quod Vlpianus noster scribit in *d. l. 1. de excep. rei iudic.* Non enim ait, Si contra heredem pronunciatum sit ruptum, vel irritum, vel iniustum esse testamentum inscius legatariis obstare minùs ex eo testamento agi posse, sed hoc tantùm, Si ruptum, vel irritum, vel iniustum testamentum esse dicatur, de quo tamen nihildum pronunciatum sit, legatarius quibus eo testamento legata data sunt, agere posse & legata petere, quia scilicet quandiu nihil de testamento pronunciatum est, etiam si heres per transactionem fortè succubuerit, testamentum tamen in suo iure manet, vt scriptum est in § *quamuis hac lege*. Multò magis si institutus is qui ab intestato quoque potest succedere, testamentum iniustum, vel ruptum, vel irritum esse dicat, vt hereditatem retineat ab intestato, nec si superatus fuerit legatarius aliquis præiudicium tamen fieri libertati quæ eodem testamento relicta proponatur, Quia scilicet de suo tantùm iure potuit legatarius agere non de iure totius testamenti, cùm non sit iuris successor *l. quadam 9. §. nihil interest. sup. de edend.* Nec eum libertates pẽdent à legatis aut legata à libertatibus, quomodo & legata & libertates pendent ab institutione, quę victo per sententiam herede infirmatur §. *ante heredis. Instit. de legat. l. quod per manus 10. ff. de iur. codicill. l. si imperator. 3. ff. d. pignor.* Planè si victus sit heres non in contradictorio iudicio, sed absens & contumax, quod ad petitionem actoris nihil responderit, nocebit sententia heredi soli non legatariis & cæteris aliquid ex eo testamento petentibus *d. l. si perlusorio 4. §. de appellat. l. qui repudiantis 17. §. 1. in pr. hoc tit.* vbi tamen vide quæ hic de re quod ad inofficiosi querelam pertinet contra Tribonianum scripsi.

a *Et voluntatem defuncti tueri.* Rectè Bart. post Accursium infert ex his verbis, Posse igitur legatarios si velint, testes in causa producere si ad voluntatem defuncti tuendam, necessarium id esse videatur.

b *Eisdémque permissum etiam est appellare.* Scilicet ex rescripto Diui Pij, de quo in *dict. l. a sententia §. si heres, & dict. l. si perlusorio 4. ff. de appellat.* Idque tamen non simpliciter & omni casu, sed ita demum si probent legatarij collusum fuisse inter heredem scriptum, & actorem qui vicit. Multum ergo refert an legatarij velint adesse liti motæ inter actorem & heredem institutum, an verò appellare velint. Priore casu sufficit vt suspectam habeant collusionem heredis, licèt causam suspicionis nullam probent, quod & hic Bartolus notat. Posteriore verò necessaria est collusionis probatio.

Ratio dubitandi. Potuerunt hi legatarij adesse liti ante sententiam si voluissent, vt proximè diximus. Velle autem debuerunt si suspectam heredis fidem & collusionem habuerunt, Ergo si hoc non fecerint, solúmque heredem causam agere, vincique passi sint, est quod sibi possint & debeant imputare, ac proinde non sunt audiendi si appellare post sententiam velint, herede ipso qui victus fuit non appellante. Hoc enim addendum est, quia si victus heres appellaret dubitari minùs posset quin permittendum esset legatariis adesse liti appellatoriæ, quemadmodum & priori adesse potuissent.

Ratio decidendi. Factum cuique suum & dolus, non aliis nocere debet, vt est in regula iuris, Ne alioqui conditio alteri per alterum iniqua inferatur. Ergo cùm sententia contra heredem scriptum lata etiam ipso colludente noceat legatariis tanquam victo eo qui solus fuit legitimus contradictor, æquissimum fuit iis permitti ex rescripto Diui Pij, vt hoc saltem casu possent appellare, vt ini-

vt iniquitas ſententiæ cui ſola heredis colluſio cauſam dederit, per iudicem appellationis corrigatur. Extra hunc caſum appellatio non permittitur, in eoque mancus eſt hic locus niſi ex aliis quos ſuprà retulimus ſuppleatur. Quam ob cauſam fuit mihi aliquando hic locus non parum ſuſpectus quaſi ex eorum numero eſſet quos Tribonianus ad ius nouum accommodauit, quo vti cœptum eſt poſt ſublatum extinctúmque nomen & ordinem Centumuirorum, à quibus certè non appellabatur, & quorum in vrbe propria olim fuit hæc cognitio De querela inofficioſi, & De petitione hereditatis, vt dixi ad *l. Papinianus 8. §. ſi ex cauſa. 5. hoc tit.* ſed tamẽ illud quoque dici nec improbabiliter poteſt quod ibidem iam attigi etiam iure Pandectarum potuiſſe de querela inofficioſi, aut iniuſti, vel rupti, vel irriti facti teſtamẽti cognoſci ab aliis quàm à Centumuiris, Nimirum extra vrbem in qua Cẽtumuiri iura reddebant. Nam in prouinciis ea iuriſdictio erat Proconſulum & Præſidum, qui omnium magiſtratuum vrbanorum, & conſequenter etiã Centumuirorum vice ac partibus fungebantur *l. ſi in aliam 7. §. vlt. cum duab. ſeqq. ſupr. de offic. proconſ. l. ex omnibus 12. cum ſeqq. de offic. præſid.* Non vt ipſi de cauſa teſtamenti, vel de hereditate Centumuirorum exemplo cognoſcerent, ſed vt de ea iudices pedaneos darent, vt conſtat ex *l. 1. & 2. C. de orain. iudic.* iudiciis iisque de ſententia dictæ legis primæ, eiúſque emendatione ſcripſimus lib. 9. Conject. Cui conſequens eſt vt ab iis iudicibus quos Procõſules vel Præſides dediſſent appellari poſſet, Nimirum ad eos ipſos qui dederant *l. 1. & vlt. ī. quis à quo appellet.* Et hæc ſanè interpretatio tolerabilior eſt, quàm vt tot locos qui de iudice dato in cauſa hereditatis & de appellatione ab eo interpoſita tractant, à Triboniano corruptos eſſe admittamus, Sicut nec quiſquam dixerit, Omnes iuris veteris locos qui de longi temporis poſſeſſione loquuntur Triboniano adſcribendos eſſe reſpicienti ad nouã Iuſtiniani conſtitutionem quæ vſucapionis ius & nomen in longi temporis poſſeſſionem transformauit *l. vnic. Cod. de transform. vſucap.* Cùm iam olim ius longæ poſſeſſionis inductum eſſet in prouinciis, nec de vſucapione, niſi in vrbe & in Italia tractaretur, vt Iuſtinianus refert initio *titul. Inſtitut. de vſucap.*

1 ¶ De inofficioſo teſtamento matris ſpurij quoque dicere poſſunt.

Ad §. 1. de inofficioſo.

Ratio dubitandi. Spurij non ſunt ciues Romani, cùm nec patresfamilias nec filiifamilias ſint. Summa enim ciuium Romanorum diuiſio illa eſt, vt alij ſint patresfamiliarum, alij filiifamiliarum, quædam matresfamiliarum, quædam filiæfamiliarum. *l. nam ciuium 4. ſup. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* At filiifamilias non alij ſunt quàm qui ſunt in aliena poteſtate vt ibidem Vlpianus ait, Ius autem poteſtatis naſcitur ex iuſtis nuptiis niſi cùm adoptio interuenit, *Tit. Inſtit. d. patr. poteſt.* Porrò ſpurius ille dicitur qui extra nuptias & ſine patre natus eſt *§. ſi aduerſus. Inſtitut. de nupt.* quia nec alius pater eſt, quàm quẽ nuptiæ demonſtrant *l. quia ſemper 5. ſup. de in ius voc. l. filium eum definimus 6. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Multò minus poteſt ſpurius paterfamilias dici, Nec enim quiſquam paterfamilias eſſe poteſt qui non priùs fuerit filiusfamilias, vel actu, vel potentia, Siquidem patrisfamilias nomen ſubeunt quotquot in morientis patrisfamilias poteſtate fuerunt, eoq; moriente ſingulas familias habere incipiũt *l. pronunciatio 195. §. familiæ de verb. ſignific.* quorum neutrũ de ſpurio dici poteſt. Vt non abs re neq; falsò Iuſtin. noſter ſcripſerit initio Nouel. 89. *quib. mod. natur. effic. ſui* naturalium liberorũ nomen ante Conſtantini tempora incognitum & inauditũ fuiſſe in libris noſtris, quòd ij tanquã alienigenæ & peregrini haberentur. Ex quo infert ille fuiſſe naturales iſtos toto iure vetere incapaces omniũ ſucceſſionũ non modò legitimarum, ſed teſtamentariarũ. Quippe cùm peregrini, neque actiuã habeãt teſtamenti factionem, neq; paſſiuã, quæ vtraque eſt ex legibus *l. 1. C. de hered. inſtit. l. lege obuenire 130. l. verbis legis 120. de verb. ſignif.* Etſi autem naturaliũ nomen hodie ita ſumitur quaſi differãt à ſpuriis, id tamen non aliò pertinet, quã vt naturalium cauſa melior ſit quàm ſpuriorum. Naturales enim hodie appellamus qui nati ſunt ex cõcubina in domo retenta, & affectu concubinæ. Spurios verò eos qui vel vulgo cõcepti ſunt, & ex ea quæ vulgo quæſtũ fecit, vel ex damnato coitu, &, vt loquũtur, punibili ſecundũ leges ciuiles, in quo numero non eſt cõcubinatus, quia cùm cõcubinatus à legib. nomen aſſumpſerit extra legis pœnã eſt *l. 3. §. vlt. ī. de concub.* Cùm igitur naturales omnes, etiam qui ſupradicto ſenſu ſpurij dici nõ poſſũt ſint incogniti iure ciuili omniſq; ſucceſſionis incapaces, ſi ius illud inſpicias quod Vlpiani noſtri temporib. obtinebat, qui fieri poteſt vt admitti debeãt ad querelã quæ & ipſa iuris ciuilis eſt, & ordinata ad inſtituendã hereditatis petitionem: Nam nec hodie naturales poſſũnt ab inteſtato ſuccedere niſi in duabus vnciis ſimul cũ matre, idq; eo tantùm caſu quo nulli extent legitimi liberi nec vxor legitima *d. Nouell. 89.* vnde ſumpta eſt Auth *licèt. C. de natur. liber.* Tantum abeſt vt poſſint vllo caſu venire contra teſtamentum. Hoc enim longè difficilius eſt, quàm ſuccedere ab inteſtato, vt ex eo apparet quod filius adoptiuus extranei hodie ſaluum adhuc habet ius ſucceſſionis legitimæ, nec tamen cõtra teſtamentum eius venire vllomodo poteſt ſiue per querelam inofficioſi teſtamenti, ſiue per bonorum poſſeſſionem contra tabulas *l. pen. §. ſed ne articulum C. de adopt.*

Ratio decidendi. Spurius ſine patre quidẽ eſt, ſed non ſine matre, quia mater certa ſemper eſt etiam quæ vulgo cõcepit *d. l. quia ſemper 5. d. in ius vocand.* Ideoq; meritò placuit etiã vulgo quæſitos admitti ad legitimam matris hereditatem ex SC. Orficiano quo generaliter inductum eſt vt liberi poſſint ſuccedere matri inteſtatæ *l. 1. §. ſed & vulgo quæſitos ī. ad SC. Tertyll. §. ſciendũ Inſt. de SC. Orfic.* & apud Paul. *lib. 4. ſentent. tit. 10. §. 1.* Senatuſcõſulta enim Tertyllianum & Orficianũ detulerunt hereditates parentũ liberis, & liberorũ parentibus non ſub nominibus ciuilibus, vt lex duodecim tabularũ quæ ſuorũ heredum tantũmmodo & agnatorum mentionem fecerat, ſed ſub nominibus naturalibus, & perſonis naturaliter deſignatis, Tertyllianum ſcilicet matri, Orficianũ autem filio vt eleganter Paulus obſeruat in *l. tutelas 7.* vbi dixi *ſup. de capit. minut.* Quod & prætor in edicto ſuo ſecutus eſt in quo nihil ante oculos habuit niſi naturalẽ æquitatem. Itaque voluit vt & vulgo quæſiti liberi matris & mater quoque talium liberorum, item ipſi fratres inter ſe,

ex capite, Vnde cognati bonorum possessionem ab intestato petere possint, quia sunt inuicem sibi cognati *l.2.vers.itaque.l.si spurius 4.infr.vnd. cognat.* Quare ad rem non pertinet quod obiecimus esse illos incognitos iuri ciuili. Etsi enim fuerunt incogniti legi duodecim tabularum, fuerunt tamen cogniti Senatusconsultis, quæ constat partem esse iuris ciuilis, cùm non ambigatur Senatū & ius & heredem facere posse *l.non ambigitur 9.sup.de legib.§.quos autem.Instit.de bonor.possess.* Sicut & cogniti sūt naturæ & prætori, nempe quantum ad successionē maternam non quantum ad paternam aut eorum qui per patrem coniunguntur. Cùm igitur ex Senatusconsulto Orficiano vocentur isti ad hereditatem matris intestatæ, omnino consequens est vt debeant haberi pro peregrinis quod ad ius maternæ successionis & consequenter vt post SC. Orficianum cœperint posse institui à matre. Bona siquidem est ratiocinatio à successione legitima ad testamentariam admittendi, hoc sensu, vt quisquis ab intestato succedere potest, multò magis possit institui ab eo cui esset alioquin successurus. Quid enim aliud quàm legem facit is qui testatur? Quam verò legem nisi eam quæ sit iuri consentanea, cùm ei deficit hereditatem cui lex ipsa esset per se delatura? At non est è contrario bona consecutio, vt qui testamento institui potest, habeat etiam ius succedendi ab intestato, vt apparet ex *d.l.vltim. C.de natur.liber.* Ex his porrò duabus propositionibus, quarum vna est Posse filios spurios matri intestatæ succedere, tā ex autoritate Senatusconsulti Orficiani, quàm ex edicto prætoris. Altera verò, Posse exinde institui eos heredes à matre, Tertia propositio deducitur Ergo admitti eos posse ac debere ad querelam inofficiosi contra testamentum matris si fortè mater suo testamēto eos præterierit, vel exheredauerit, Siquidem vt sæpius in hoc tractatu diximus Ius querelæ inofficiosi testamenti æstimatur ex iure legitimæ successionis quantum ad liberos aut parentes pertinet, nisi cùm specialiter aliqua lege aliter constitutum est, vt in *d.l.pen.C.de adopt.* Et proculdubio testator contra pietatis officium mater quæ filium spurium præterit, qui ei si intestata decessisset, fuerit ex Senatusconsulto successurus. Sed an hoc ita accipiendum est, si nullos illa reliquerit legitimos liberos, id est, ex iusto matrimonio susceptos? Nā qui ex matrimonio suscepti sunt, possunt quidem in successione materna cōcurrere cum aliis ex alio matrimonio susceptis, *l.matris 4.ad SC.Tertyll.* sed non vt videtur cū vulgo quæsitis. quos nec prætor vocat cū iustis liberis ex edicto capite Vnde liberi, sed tantùm ex capite Vnde cognati *d.l.2.& 4.vnd.cognat.* & cōsequenter non nisi post liberos adeóque post agnatos *§.placebat.Inst.de legit.agnat.success.l.1.§.sed videndum.& l.2.ff.de succ.edict.* Verùm non ita est, Succedunt enim æqualiter matri liberi spurij cum legitimis, nisi mater illustris proponatur. Hæc enim exceptio addenda est ex Iustiniani constitutione in *l.si qua illustris.C.ad SC.Orfic.* Sed cùm ius querelę inofficiosi inductum sit interpretatione prudentum ad legem 12. tab. cui spurios istos omnino incognitos fuisse certum est. Puto nec illis esse bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, de qua in *l.posthumus 6 §.vlt.& l.Papinianus in princ.* Eadem prorsus ratione quā ibidem diximus necessariam illam esse emancipatis à patre exheredatis. Superioribus verò consequens est, vt si spurij ex damnato coitu suscepti fuerint non sint ad querelam admittendi, quia scilicet neque ab intestato succedere possent, cùm indigni sint quos vel natura ipsa agnoscat, vt loquitur Iustin. in *d.Nouell.89.* vbi constituit vt nec alimenta iis vlla debeantur. Quamquam postremum hoc ex æquitate canonica correctum est in *cap.cum haberet.Extr.de eo qui dux.in matr.quam poll.p.adulter.* Sed de tota hac tractatione De naturalibus & spuriis liberis videnda erunt quæ scribemus in nostra Iurisprudentiæ scientia ad *titul.De nupt.* circa interpretationem *d.l.l.vlt.C.de natur.liber.*

2 ¶ Quamuis, instituta inofficiosi testamenti accusatione, res transactione decisa sit: tamen testamentum in suo iure manet: & ideò datæ in eo libertates, atque legata, vsquequò Falcidia permittit[a], suam habent potestatem.

Ad §.2.quamuis.

Ratio dubitandi. Non minorem autoritatem habet transactio, quàm res iudicata *l.non minorem 20. C.d.transact.* Imò maioris autoritatis esse trāsactionem quā rem iudicatā ait Harmenop. *lib.1.tit.10.* Atqui si de querela contra heredem iudicatum sit, ea est autoritas rei iudicatæ vt testamentum rescindatur, & ipso iure corruant legata cæteráque omnia testamēto relicta *l.Papinianus 8.§.si ex causa.& l.prox.praced.sup.* etiam si legatarij adfuerint liti, adeò vt nec permittatur iis appellare nisi probēt collusum fuisse inter heredem scriptū & actorem qui obtinuit, vt diximus ad initium huius legis. Ergo si post institutam inofficiosi accusationem res transactione decisa sit, ita vt hereditas nō penes heredē scriptum sed penes actorē remanserit, perinde decidendum videtur rescindi testamentū, nec in suo iure manere, & ideò libertates in eo datas, itémq; legata etiā intra falcidię modum nullā vim habere.

Ratio decidendi. Priuatis quotiunquā pactionibus certum est non lædi ius cæterorum. Atqui læderetur ius legatariorū & eorum qui testamento manumissi sunt, si per transactionē inter heredē scriptum & actorem factā testamentum rescinderetur. Ergo dicendum est eiusmodi transactione neq; testamētum rescissum videri posse, neq; manumissis vel legatariis actiones suas ademptas esse *l.3.in princ.sup.de transact.* vbi additur, quicquid ex testamento isti petant debere illos conuenire scriptū heredem qui in trāsactione hereditatis vel sibi cauerit pro hereditariis oneribus in actorem transferendis, vel si non cauit, imputare sibi debeat potiùs quā suā negligētiam ad alterā iniuriā referre, Obstare tamen videtur, & cū hoc §. non minùs quā cum *d.l.3.* pugnare quod scriptū est in *l.cōtrouersia 14.eod.ti.d.transact.* Nos ad vtrumq; locum scripsimus, quid de vtrisq; sententia & ratione nobis videatur. Ergo quod dictum non minorē quinetiam forsan maiorē autoritatē esse trāsactionis, quā rei iudicatæ, inter ipsos quidē transigentes verum est, sed nō inter cæteros, qui transactioni neq; adfuerunt, neq; consenserūt, quia transactio priuatorū conuentio est, sententia verò quæ transit in rē iudicatā habet autoritatem à publico, publicamq; vtilitatem admixtam, cuius contēplatione facit ius quod ad omnes, id est etiā quod ad legatarios & manumissos si lata sit contra

here-

heredem inst tutum, quia ix legitimus contradictor fuit, vt diximus in præcedentibus. Denique litigatores non nisi de suo iure possunt transigere: Iudex autem qui de querela inofficiosi cognoscit, pronunciat de iure testamenti, & consequenter de iure omnium, quibus aliquid ex eo testamento deberi potest.

a *Vsque quo falcidia permittit*. Rectè Accursius hæc verba refert ad sola legata non etiam ad libertates quæ scilicet falcidiam pati non possunt nisi eo quo diximus modo ad *l. Papinianus 8. §. quarta autem supr. hoc tit.* Ratio dubitandi. Falcidia lex dat heredi scripto quadrantē hereditatis deducendum ex legatis *l. 1. & tot. tit. supr. ad leg. falc.* Atqui ponimus ita factam transactionem vt heredi scripto hereditas tota ablata sit, eáque in actorem qui querelam instituerat, translata. Ergo legatarij ab eo petentes legata nullam falcidiam pati possunt.

Ratio decidendi. Heres scriptus licèt per transactionem amiserit hereditatem, non tamen desiit heres esse ex testamēto, nec alio colore cōuenitur, quàm quòd hereditatem adhuc habere videatur, quam scilicet nec bona fide potuit amittere in præiudicium manumissorum aut legatariorum *d. l. 3. supr. de transact.* Atqui si non transegisset adeóque si vicisset in querela, non tamē deberet legata nisi vsq; ad modū legis falcidiæ. Ergo neque hodie debebit, ne deterioris conditionis sit qui hereditatem non possidet quàm qui possidet, Quemadmodum dicere solemus de illo qui omissa causa testamenti possidet ab intestato hereditatem, & in quem prætor dat actiones legatorum eo colore quasi hereditatem adierit ex testamento *l. si duo 18. §. 1. l. cui seruus 2. an sin iunct. l. praced. infr. si quis omiss. caus. testam.*

3 ¶ Quoniam femina nullum adoptare filium sine iussu principis potest: nec de inofficioso testamento eius, quam quis sibi matrem adoptiuam falso esse existimabat ᵃ, agere potest.

Ad §. 3. quoniam.

Ratio dubitandi. Non tantùm natura dat liberos, sed etiam adoptio *l. 1. supr. de adopt.* Atqui querela datur liberis omnibus à matre hoc præteritis sine exheredatis, adeóque etiam spuriis quos sola natura non etiam lex cognoscit, vt diximus in *§. de inofficioso supr.* Ergo multò magis danda est filio adoptiuo, etiam quem mulier sine iussu Principis in filium adoptauerit. Ne minus possit lex quàm natura in eo quod est ex legibus, & ex iure ciuili, quale est conquerendi de inofficioso.

Ratio decidendi. Mulier non potest adoptare nisi ex speciali Principis licentia & concessione, quia licèt adoptionum vsus in id præcipuè comparatus sit vt familiæ perpetuentur aut saltem cōseruentur, quo auxilio potissimum mulieres egere videbantur, cùm mulier quælibet familiæ suæ & caput & finis sit *l. pronunciatio 195. §. vlt. de verb. sign.* cùm tamen per adoptionem acquiratur ius potestatis in eum qui adoptatur, absurdum vtique esset fœminam acquirere ius potestatis in liberos quam nec in suos naturales & legitimos habet *l. mulierem 5. C. de adop.* Potestas enim patria hæc appellatur nō matria, vt appareat non vtriusque parentis parem esse in liberos potestatem, quamuis vtrique par & æqualis reuerentia debeatur *l. 4. infr. de curat. furios.* Neque verò tanta potestas quanta hæc patria est, quæ vitæ ac necis ius habet, tam impotenti sexui, qui nec obedire didicit concedi potuit sine magna & publicæ rei & priuatæ confusione. Ergo si quis à muliere fuerit adoptatus in filium sine iussu, aut potiùs sine permissione Principis, non ideò potest habere querelam inofficiosi, cùm adoptio ipso iure non teneat, nec proinde filius qui se falso adoptiuum putat magis cognitus sit legibus, quàm naturæ Nisi Princeps qui ab initio potuit adrogationem permittere vt ritè fieret, eam non ritè factam postea confirmauerit. Vtrumque enim eiusdem potestatis & indulgentiæ est *l. adoptio 38. supr. de adopt. d. l. mulierem 5. C. eod.* Idem tamen hodie obtinet etiamsi ab initio ritè adoptio facta sit, Vt nimirum filius adoptiuus nō possit queri de inofficioso patris adoptiui testamento nec si ab initio valuerit adoptio si is qui adoptauit non ex ascendentibus maternis sit sed extraneus, quamuis huic patri adoptiuo filius etiam ab intestato succedat. Ita enim Iustinianus contra iuris veteris rationem constituit in *l. pen. C. eod. tit. de adopt.* cuius constitutionis alia proinde ratio quærenda non est, quàm quia sic Imperatori placuit etsi non desunt rationum imagines verius quàm rationes quarum colore voluerit ille uideri hoc ita optimo iure constituisse: quas in ipsa constitutione videre est.

a *Quam quis sibi matrem adoptiuam falsò esse existimabat.* Intellige, non errore facti quasi nulla adoptio de facto præcesserit, sed errore iuris cùm adoptio de facto præcessisset, quā putabat ille tenere quæ tamen non tenebat. Nam si quis tam supinus & stupidus sit vt se filium adoptiuum puter eius mulieris quæ nec iure nec facto ipso eum adoptauerit, nulla dubitandi ratio potest occurrere propter quam videri debeat ille ad querelam admittēdus.

4 ¶ In ea prouincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti heredes domicilium habent.

Ad §. vlt. in ea prouincia.

Ratio dubitandi. Etsi querela inofficiosi multum distat à petitione hereditatis, vt diximus ad *l. posthumus 6. §. si quis ex his & l. qui de inofficioso 20. sup. hoc tit.* effectu tamen ipso cōparata est in necessarium antecedens proponendæ & instituendæ petitionis hereditatis adeò vt eodem libello & iudicio proponi possit dummodò subordinatè *d. l. qui de inofficioso.* Atqui petitio hereditatis actio in rem est tametsi habeat multas actiones personales *l. hereditatis 7. C. de petit. her.* In rem autem actio etiam eo loco vbi res est quæ petitur exerceri potest *l. vlt. C. vbi in rem actio.* & cùm de hereditate agitur certum est petere eam debere in eo loco in quo hereditariæ res sunt *l. 1. C. vbi de hered. agi oport.* vel vbi est maior pars hereditatis *l. fideicommissum 50. vbi dixi supr. tit. prox.* Ergo nō solùm in ea prouincia de inofficioso testamento agi oportet in qua scripti heredes domicilium habent sed etiam in ea vbi hereditas est, vel saltem maior pars hereditatis, Vt ni-

mirum circuitus vitetur, & citiùs res expediatur. Ne postquàm actum fuerit querela in eo loco in quo heredes scripti domicilium habent, aliam subinde actionem litémque de petitione hereditatis institui necesse sit in alio loco. Nimirum exemplo eius quod pragmatici nostri & iactitant & obseruant, de rescindentis & rescissorij cumulatione, Id est non tantùm posse iudicia ista rescindens & rescissorium cumulari vt simul exerceantur, sed etiam posse, imò & debere vtrumque iudicium exerceri in eo loco in quo res sita est, ne iudicati executionem remorari quicquam possit.

Ratio decidendi. Querela inofficiosi actio in personam tota est, non in rem, quia nec in hereditatem datur, nec contra tabulas ipsas, sed contra heredem scriptum ad quem solùm pertinet vt & defuncti memoriam & ius testamenti tueatur: Nec quod is qui querelam proposuit, subinde soleat petere & obtinere hereditatem, ad rem pertinet, quoniam alia & separata illa actio est quæ petitio hereditatis dicitur non querela, tùm quoque cùm in eodem libello proponitur. Ergo in ea prouincia querelam necessariò institui oportet in ea qua scripti heredes domicilium habent, Ex ea nimirùm iuris regula quæ vult eum qui personali actione conuenitur non alibi conueniri posse quàm vbi domicilium tenet *l. 2. C. de iurisd. omn. iudic.* Ex quo apparet quàm falsum etiam sit quod ex pragmaticorum nostrorum sententia obiecimus de cumulatione rescindentis & rescissorij. Nam cùm actio rescindens in personam tota sit, rescissoria verò in rem, illam certè omnino necesse est exerceri in ea prouincia & iurisdictione in qua domicilium habent, qui conueniuntur, Hanc verò vbi demum vbi res est quæ vindicatur. Nam nec vindicatio quæ rescissoria actio est vllomodo potest competere quandiu rescissus non est contractus qui impedit vindicationem, vt scripsi ad *l. in causa 13. §. interdum supr. de minor.* ideóque falsum est quod isti habent pro verissimo huiusmodi cumulationem iure permissam esse.

30. MARTIANVS libro 4. Institutionum.

ADuersus testamentum filij in adoptionem dati pater naturalis rectè de inofficioso testamento agere potest.

Ad l. aduersus 30.

Ratio dubitandi. Non magis per rerum naturam possibile est vt quis duos patres habeat quàm vt sine patre nascatur. Atqui per adoptionem is qui adoptatur fit filius adoptantis, adeo vt in familia ipsius omnia sui heredis iura nanciscatur. Idque ex voluntate ipsius etiam patris naturalis qui eum in adoptionem dedit *l. … & tot. tit.* vbi dixi *supr. de adopt.* Ergo si filius in adoptionem datus testamentum fecerit non est permittendum patri naturali, vt aduersus eiusmodi testamentum de inofficioso agat. Nam nec huic filio ab intestato succedere iure ciuili pater naturalis potest, non solùm durante adoptione, quo tempore non est quod tractari queat de successione illius qui bona nulla habet *l. lex Cornelia 28. vers. quia per eam non efficitur infr. de vulg. & pupill. subst.* sed etsi fuerit à patre adoptiuo emancipatus, quandoquidem non ideò recidit in potestatem patris naturalis à quo semel emancipatus fuit eò ùm ab eo daretur in adoptionem. Nec enim adoptio fiebat olim nisi præcedente emancipationis sollemnitate, *l. vlt. C. de adopt.*

Ratio decidendi. In omni ferè iure finita patris adoptiui potestate siue per emancipationem siue quo alio modo, nullum ex pristino vestigium retinetur, adeò vt etiam patria dignitas quæsita per adoptionem finita adoptione deponatur *l. in omni 13. supr. de adopt.* Ergo si filius in adoptionem datus, emancipatus fuerit à patre adoptiuo, deinde testamentum fecerit, patrémque naturalem præterierit perinde danda est patri naturali querela, acsi ab eo emancipatus tantùm fuisset: non etiam in adoptionem datus. Quo casu dubitandum non esset quin patri naturali competeret non solùm bonorum possessio contra tabulas tanquam manumissori, sed etiam ius antiquum querelæ tanquam patri *l. pater filium 14. sup. hoc tit. l. 1. §. vlt. inf. si a parent. quis manum. sit.* Etsi enim verum est eum, qui filium non modò emancipat, sed etiam alij dat in adoptionem abdicare illum à se quantum potest, omnémque spem acquisitionis & successionis, quam per filium sperare poterat, abiicere, non ideò tamen facit aut facere vnquam possit etiamsi maximè velit vt desinat esse pater naturalis, cùm naturalia iura ciuili ratione corrumpi & deleri nunquam possint *l. eas 8. supr. de cap. minut. §. vlt. Inst. de legit. patron. tutel. l. pen. C. de adopt.* Ideóque sublata per emancipationem adoptione, ac turbato ordine mortalitatis si filius in adoptionem datus testamentum faciat, in eóque naturalem patrem vel prætereat vel exheredet, nihil causæ est cur patri danda non sit querela, cui prætor defuncto filio intestato daret bonorum possessionem post liberos & legitimos ex tertio edicti capite, Vnde decem personæ, cùm inter decem illas personas, quæ extraneo manumissori præferebantur prima esset patris naturalis § *sunt autem Inst. de bonor. poss.* Est tamen necessaria huic patri bonorũ possessio litis ordinandæ gratia vt instituere querelam possit cùm ad filij successionem aspirare nequeat iure ciuili & sine auxilio prætoris, Secundum ea quæ de illa bonorum possessione scripsimus ad *l. 6. §. vltim. & l. 8. in princip. supr. eod.* Ponimus autem filium hûc in adoptionem datum, fuisse à patre adoptiuo emãcipatum, quoniã alioqui non posset facere testamentum quandiu in patris adoptiui esset potestate, ne quidem patre permittẽte *l. qui in potestate 6. infr. qui test. fac. poss. l. tam is 20. §. 1. infr. de mort. caus. don.* quia lex duodecim tabularum cùm testandi facultatem ciuibus Romanis dedit iis verbis *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto* de solo patrefamilias non etiam de filiofamilias locuta fuit. Nec est quod in huius §. interpretatione addas exceptionẽ quã quidã addũt *nisi de bonis castrensibus.* Etsi enim filiofamilias permissum est vt de bonis castrensibus testetur quòd ex constitutionibus in eo bonorum genere pro patrefamilias habeatur *l. si filiusfamilias 33. & pass. de test. milit. l. 1. 2. & pass. de castr. pec. iũct. l. 2. inf. de SC. Maced.* nõ tamẽ posset in iis bonis ius aliquod esse patris ad querelã proponendam non magis quàm ad petendam bonorum possessionem contra tabulas *l. nam in bona 30. de test. milit. l. 1. §. est &*

§. est & ultimo, in infr. si a parent. quis manum. sit. l. 3. §. 7a. rerum et: bon. libert. l. vlt. C. hoc tit. Propter quam cautam putat Accursius intelligendam esse hanc legem de filiofamilias habente peculium quasi castrense, cuius non erat olim eadem ratio quæ peculij castrensis nec tantus fauor. Subiacebat enim querelę vsque ad supradictam Iustiniani constitutionem in *d. l. vlt. C. hoc tit.* quæ hoc primùm correxit, & peculium quasi castrense in omnibus castrensi exæquauit. Miror verò cur se & Accursius & cæteri in hoc tantopere torserint, Cùm Marcianus cuius hæc lex est, supposuerit, vt aiunt terminos habiles, ac proinde filium quem ponit in adoptionem datum exisse de patris adoptiui potestate vt potuerit facere testamentum, & aperire locum quæstioni de inofficioso testamento. Potuit autem exire de patris adoptiui potestate non solùm per emancipationem, sed etiam per mortem patris adoptiui, eiusdémve damnationem aliquam quæ ademerit ei libertatem vel saltem ciuitatem. Nec enim amissa ciuitate retineri potest patria potestas quæ tota iuris ciuilis est *l. vlt. C. de sentent. pass. & restit.*

1 ¶ Tutoribus, pupilli nomine, sine periculo eius, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso, vel falso testamento, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Ad §. 1. tutoribus.

Ratio dubitandi. Qui testamentum & iudicium defuncti impugnauit planè indignus est qui ex eo quicquam cõsequatur, & ideò quicquid relictum est tanquam indigno ablatum fisco vindicatur *l. Papinianus 8. §. meminisse supr. hoc tit.* Atqui tutor etiamsi pupilli nomine agat de inofficioso tamen impugnat testamentum & iudicium defuncti, qui legatum ei testamento dedit, Impugnat autem quasi dementis hominis & furiosi qui neque testari neque legatum aut fideicommissum relinquere potuerit *l. 2. l. 5. l. Titia 13. supr. l. nec fideicommissa 13. de leg. 3.* Ergo indignus est qui retineat legatum quod habuit ex eo testamẽto etiamsi contra ipsum pro herede scriptio pronuncietur. Quomodo indigni etiã existimantur ij qui testimunio suo intentionem actoris adiuuarunt, & qui accusatori adfuerunt vel fideiussores pro eo extiterũt, Denique etiam præses qui falsum aut inofficiosum testamentum pronunciauit, si appellatione interposita heres scriptus obtinuerit *l. post legatum 5. §. his vero & §. qui mihi. ff. d. his quæ vt indign.*

Ratio decidendi. Officij necessitas & tutoris fides excusata esse debet. Discreta enim sunt iura quamuis plura in eandem personam concurrant, aliud tutoris, aliud legatarij. Et cùm non suo, sed pupilli iure accusauerit exigente fortè matre pupilli, vel libertis patris instantibus propriam pœnam mereri non debet *l. tutorem 22. eod. titul.* Ergo non immeritò ab Impp. rescriptum est licere tutoribus pupilli nomine sine periculo eius quod sibi relictum est agere de inofficioso vel falso testamento: Non vt possint consequi legatum sibi datum, si fortè testamentum aut falsum aut inofficiosum pronuncietur, vt malè vult Bartolus, (quidni enim cæterorum legatariorum fortunam tutores quoque sequantur? Portò legata cætera omnia ipso iure corruere certum est, *l. Papinianus 8. § si ex causa dict. leg. Titia l. cum mater 28 supr.*) sed vt si pro testamento pronunciatum sit, & consequenter pro legatis, non auferatur tutoribus iidemq; legatariis quod ipsis si proprio nomine querelam instituissent, tanquam indignis auferretur. Iunge quæ dixi ad *l. filius 22 supr.*

31. PAVLVS libro singulari de Septemuiralibus iudiciis.

SI is, qui admittitur ad accusationem, nolit, aut non possit accusare: an sequens admittatur, videndum est: & placuit, posse: vt fiat successionis locus.

Ad l. si is qui 31.

Ratio dubitandi. Non alius ad inofficiosi querelam admitti potest quàm qui ab intestato potest succedere cùm inofficiosi querelæ locum illud tantùm faciat quod legitimam portionem non habeat is qui vult queri, quæ portio legitima nihil aliud est quàm portio portionis ab intestato contingentis, aut vt melius dicam, portio bonorum, quæ quis ab intestato habiturus esset *l. Papinianus 8. § si quis mortis supr. l. cùm quæritur 6. & l. qua nuper 31. & pass. C. eod* Ergo ex legibus & regulis successionis intestati æstimãdũ est ius querelæ Atqui neque in suis heredibus neque in agnatis successio est, iure vetere inspecto quod Pauli nostri tẽporibus obtinebat *l. 1. § sciẽdũ infr. de suis & legit. § placebat Inst. de legit. agnat. success.* Ergo neque in querela potest esse successio. Ac proinde si is qui admittitur ad accusationẽ nolit aut nõ possit accusare, nihilomagis sequens admitti potest, nec fieri locus successioni.

Ratio decidendi. Sequentem Paulus intelligit non qui sequatur in gradu eiusdem lineæ, siue ascendentium siue descendentium, aut transuersalium, sed eum qui sit in alia linea minùs fauorabili, & qui suo quidem iure possit admitti ad querelam, sed non nisi ex ordine ac post alium qui sit ex alia linea fauorabiliore. Cuius rei exemplum accommodatissimũ est in *l. pater filium 4. sup. hoc tit.* Aliud enim est dicere, In querela locum esse successioni vt Paulus hîc loquitur quod certè verissimum est. Aliud verò dicere quod Bart. & alij vulgo ex hoc loco probant, In querela inofficiosi locum esse successorio edicto. Quod vtique falsum est & pluribus à nobis improbatum in Error. 5. Decad. 20. De error. pragmat. & interpr. iur. vbi totam quæstionem hanc satis diligenter nec insubtiliter vt nobis videmur, tractauimus.

1 ¶ Quantum ad inofficiosi liberorum, vel parentum querellam pertinet: nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

Ad §. 1. quantum ad inofficiosi.

Ratio dubitandi. Cùm aliquis ex liberis heres scriptus est nulla potest querela parentibus competere, quia nec possunt ab intestato parentes succedere filio qui liberos heredes reliquit cùm prima in succedendo causa sit descendentium, vt dixi ad *l. pater filium 14. supr. ex Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. cap. 1.* Rursus nec liberi ipsi exheredati possunt in totum queri de inofficioso patris aut matris testamento, si institutus sit aliquis ex liberis eiusdem gradus qui æquè ab intestato sit successurus *l. mater decedens 19.* vbi dixi *supr.* Ergo etiam quantum ad inofficiosi parentum, & liberorum querelam pertinet, multum interest quis heres scriptus sit an ex liberis an verò extraneus.

Ratio decidendi. Interest quidem quis heres scriptus sit, cùm quæritur an pater aut mater possit queri de inofficioso, Itémque si quæratur pro qua parte liberi ipsi præteriti aut exheredati possint querelā proponere. Neque hoc Paulus negat, sed ita intelligi debet vt quod ad querelam liberorum pertinet, nihil intersit an heres scriptus sit ex liberis necne, quia etiamsi ex liberis sit non eo minùs aliis liberis aut præteritis aut exheredatis querela competit, quamuis non perinde in totum acsi extraneus quispiam institutus proponeretur. Item vt quod ad querelam parentū pertinet, nihil intersit an heres scriptus sit omnino extraneus an verò ex municipibus. Singula enim singulis referenda sunt, ne quid alioqui absurdi contingat. Sed nec interest quicquam vtrum heres institutus, Imperator sit & Princeps an priuatus. Nam & contra Imperatorem heredem scriptum de inofficioso agi potest *l. Papinianus 8. § si imperator supr.* Sed cur addit Paulus *liberorū vel parentum?* An quod ad id sit in querela fratris? Ita putasse possit quis credere, quia multū interesse videtur quis heres scriptus sit cùm de querela fratri concedenda vel deneganda tractatur: cùm non aliter ad querelam admitti frater possit, quàm si instituta sit turpis persona, vel quæ saltem aliqua notæ macula laboret, vt scriptum est in *l. fratres 27. C. hoc tit.* Sed vt sæpius monuimus, hoc ius nouum esse & à Constantino primùm introductū in *d. l. fratres*, cùm olim obtineret vt quisquis esset institutus quantumuis probatæ & spectatæ vitæ, posset tamen frater queri de inofficioso, si à fratre qui neque liberos, neque parentes heredes reliquisset, præteritus immeritò, aut expressim exheredatus inueniretur. Deinde non ita Paulus hîc loquitur vt dicat nihil interesse an instituta sit persona honesta an turpis, sed an institutus sit ex liberis, an extraneus, an ex municipibus: Quod vtique de fratrum non minùs quàm de parentum querela similiter dici potest. Nam liberi quidem instituti non etiam exheredati fratrem excludunt à querela sicut & parentem: nec ad fratrum magis quàm ad parentum querelam accommodari possunt verba illa *ex liberis* quæ iam diximus restringēda esse ad querelam liberorum: sed quod sequitur *an extraneus vel municipibus* perinde fratribus cōuenit ac parētibus si cætera concurrant quæ facere debeant, vt vel hi vel illi possint queri de inofficioso. Igitur concludo verba illa *liberorum vel parentum* esse irreptitia, & ab eodē fortassis interprete addita cui iam illa adscripsimus quæ legūtur in *l. 1. supr. tam parentibus quam liberis.* Generaliter enim scribere Paulus potuit & debuit quantum ad inofficiosi querelam pertinet nihil interesse quis heres scriptus sit an ex liberis, an extraneis vel municipibus. In quo tamen dubitandi ratio illa etiam occurrebat quod dementior, & furioso proximior esse videatur is qui vel liberos, vel parentes vel fratres præterit aut exheredat vt extraneum fortè penitus ignotum heredem instituat (nam & hic heres institui potest *l. extraneum 11. C. de hered. inst.*) quā in qui liberis aut parentibus aut fratribus atque præfert qui sit vel ex agnatis vel ex cognatis, vel saltem ex municipibus Sed decidendi ratio est, quod in querela inofficiosi non de scripti heredis, sed de actoris præteriti vel exheredati meritis quærendum est *l. 3 § si emancipatus inf. de bon. poss. contr. tab. l. filius 23. § 1. supr. hoc tit.* Nō igitur potest conquerentis condicio vel melior fieri ob id quod institutus sit aliquis extraneus, vel deterior ob id quod aliquis ex liberis aut ex parentibus fuerit institutus. Cæterùm supponimus semper terminos habiles, id est querelam siue liberis, siue parentibus, siue fratribus competere, priusquàm disputandum sit an quicquam intersit quis heres scriptus sit. Rectè verò *quantum ad inofficiosi querelam* quia quantum ad cætera multa, de quibus dicere nunc nihil attinet, multum interest vt nemo nescit. Maximè verò quantū ad bonorum possessionem contra tabulas quæ scilicet rescindit aliter tabulas si quis ex liberis, aliter si extraneus scriptus sit vt benè hîc Accursius noster explicat.

2 § Si heres exstiterim ei, qui eo testamento institutus est, quod de inofficioso arguere volo, non mihi nocebit: maximè si eam portionem non possideam [a]: vel iure suo possideam [b].

Ad §. 2. si heres extiterim.

Ratio dubitandi. Heres heredis heres est testatoris *l. vlt. C. de her. inst.* Et in omni successione siue testamentaria siue legitima quisquis heres extitit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque videtur heres esse, nec potest Titij omittere hereditatem *l. si quis 7. § vlt. infr. de acqu. hered.* Atqui is qui alteri heres est iudicium eius hoc ipso adprobare videtur, si heres sit ex testamento. Ergo non est postea audiendus si velit idem iudicium & testamentum impugnare per querelam inofficiosi testamenti vt nec alius quisquam qui iudicium defuncti semel agnouerit, vt sequitur in *hac l. & in l. prox. seq.*

Ratio decidendi. Heres heredis, licèt sit heres testatoris non tamen ex eius iudicio succedit, à quo neque nominatus, neque fortassis cognitus fuit, sed tantùm per quandam consequentiam *l. qui liberis 8. § vlt. de vulg. & pupill. subst. l. sciendum 70. de verbor. sign.* Vnde est quod nec ab eo legari quicquam potest, vt Paulus scribit *libro 5. sentent. 6. § 5.* Non igitur potest quis videri iudicium defuncti adprobasse ob id solùm quod ipsius heredi etiam testamentario heres extiterit, Proinde verum est, quod hîc Paulus scribit, si heres extiterim illi qui eo testamēto heres institutus est quod de inofficioso arguere volo nocere id mihi non oportere. Sed illud explicare difficilius est contra quem possim agere querela. Nam cùm aduersus heredem scriptum, aut eius heredem querela proponi debeat, vt toties diximus, consequens videtur vt

tur vt vel contra meipsum agere debeam contra quem ageret alius quisquis de inofficioso queri vellet, vel nullomodo ad querelam sim admittendus. Atqui ne contra meipsum agere possim non tantùm ratio iuris sed etiam natura ipsa est impedimento *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt.* Ergo non est in hac specie quod de querela tractari possit, Et hæc obiectio tanti momenti visa est Bartolo vt coactus sit dicere instituendam esse hoc casu querelam contra legatarios, vel saltem opponendam eis esse per modum contradictionis si ipsi legata petant ex *l. Papinianus 8. §. si filius 8.* Omnino malè & improbabiliter. Inauditum enim est vt querela contra legatarios aut alium quàm heredem institutum detur. Itémque vt qui ex testamento siue immediatè siue mediatè heres est, solutionem legatorum recusare possit si à legatariis conueniatur. Dicendum igitur est tractare Paulum in hoc §. de illo qui extiterit heres illi qui in testamento quod inofficiosum dicitur fuerat ex parte tantùm non ex toto asse institutus: quod euidenter probant verba illa quæ statim sequuntur *maximè si eam portionē nō possideam.* Quomodo enim potuit Paulus apertiùs scribere non nisi ex portione institutum fuisse illum, cui ego heres extiti? Ergo salua erit mihi querela contra alium coheredem, vt partem quam ex testamento habet consequar ergo ab intestato si vincam in querela, nec talis ille sit qui mihi in successione intestati possit concurrere. Alioqui non sum audiendus si velim de inofficioso agere contra eum qui non ex maiore parte scriptus sit, quàm quæ patrefamilias facto intestato eum contingeret *l. mater decedens 19. supr.*

a *Maxime si eam portionem non possideam.* Idē ergo est etiamsi possideam hereditariam portionem illam ex qua fuit institutus is cui ego heres extiterim. Nam dictio *maximè* est implicatiua, vt nostri loquuntur, includítque casum etiam contrarium *l. dotem 28. infr. solut. matr.* Ratio dubitandi. Nemo potest impugnare testamentum ex quo lucrū sentiat, quoniam ex qua persona lucrum quis sentit eius quoque factum probare debet *l. ex qua persona 149. de reg. iur.* Atqui in hac specie lucrum sentio ex persona non tantùm testatoris qui heredem scripsit illum cui ego heres extiti, sed ipsius etiam heredis, cuius hereditatem habeo. Ergo non tantùm testatoris iudicium & testamentum ratum habere debeo, sed etiam heredis cui heres extiti factum præstare, qui iudicium & testamentum defuncti expressim adprobauit adita eius hereditate ex eo ipso testamento, quod nunc volo inofficiosum dicere. Atqui non posset ille queri de inofficioso, Ergo nec mihi permittendum est vt possim.

. Ratio decidendi. Duæ sunt in hac specie hereditates, Vna testatoris qui heredem ex parte fecit illū cui ego heres extiti, Altera heredis qui post aditam ex testamento portionē suam hereditariā heredē me reliquit. Et quamuis per aditionē heredis testamentarij cœperit vtraque hereditas iuncta esse *l. sed si plures 10. §. filio impuberi de vulgar. & pupill. subst.* iunct. *l. si filius 12. eod. l. paterfamilias 23. de reb. autor. iudic. possid.* aliàs *l. 13. de priuileg. credit.* vnaquæque tamen quod ad causam querelæ pertinet, propriam suam & separatam habet rationem. Semper enim verum est, esse me heredem heredis ex ipsius iudicio siue expresso, si me heredem instituerit, siue tacito si decesserit intestatus: Non esse autem heredem testatoris primi ex aliquo ipsius iudicio siue expresso siue tacito, sed tantùm per quandam, vt dixi, consequentiam. Hæc autem distinctio & diuersa ratio hereditatum, quæ etiam post factam hereditatum confusionem salua manet, efficit vt non minùs possim admitti ad accusationem testamenti, quamuis heres extiterim heredi, quàm si heres non essem: quia nihil potest dici factum aut ab herede, cui heres extiti, aut à me, propter quod repelli debeam ab accusatione, Non ab herede, quia quod agnouit ille iudicium testatoris, eiúsque testamentum non modò adprobauit; sed etiam confirmauit adeundo hereditatē, fecit potiùs vt querela mea nasceretur, quia nasci non poterat ante hereditatis aditionem *l. Papinianus 8. § si conditioni sup.* tantum abest vt ob eā causam peremptα videri debeat & extincta, Non à me, quia quod heredis hereditatem agnoui, non potest facere vt videar adprobare testatoris iudicium ex quo non succedo. Nam etsi nescirem hunc cui ego heres extiti, heredem fuisse testatori, adeóque quod magis est etiamsi expressè profiterer nolle me heredem esse testatori, perinde tamen ei & ignorans & inuitus succederem succedendo heredi, quia neque heredis hereditatem pro parte adire possem, *l. 1. & 2. de acqu. hered.* neque facere vt in heredis hereditate testatoris hereditas non inueniretur. Nisi fortè velit quis mihi imputare cur hereditatem heredis agnoscam, eo saltem casu quo sciam fuisse illum heredem testatori ex eo testamento quod volo inofficiosum dicere. Sed neque hoc dici potest, quia cùm ab initio duæ fuerint hereditates, quarum etiam post confusionem diuersa ratio est, non debeo ob id quod vnam habeam, ius quod in aliam habere possum, amittere. Præter id quod ponimus eum cui heres extiterim non fuisse heredem testatori ex toto asse, sed ex aliqua tantùm portione, vt suprà ex ipsis Pauli nostri verbis probauimus: atque ita superesse aliquam hereditatis partem, pro qua potest verè dici nullam esse factam confusionem, quæ impediat iuris mei executionem. Nec aliud erit tametsi ponas eum cui heres extitit fuisse ex toto asse heredē testatori, si modò non ex toto asse ille me heredem reliquerit, sed ex parte tantùm, quod & Accursius noster bene notat. Nam neque hoc casu fit confusio in totum, nec proinde impeditur querela nisi pro qua parte & ego sum illi heres, & ille testatori. Planè si nec eam portionem possideam ex qua testatori heres fuit ille cui ego heres extiti, minorem dubitationem res habet vt non debeam submoueri ab accusatione, quia licèt non eo minus verum sit esse me heredem quia hereditas in iure consistit non in corpore aut in possessione *leg. hereditas 30. inf. tit. prox. l. cùm heredes 23. inf. de acq. poss. ff.* minus tamen nocere mihi debet quòd sim heres si nullum ex hereditate lucrum sentiā, quàm si aliquod retineam ex portionis hereditariæ possessione. Quanquam ratio hæc non tam iuris est quàm æquitatis, & ideò videtur mihi dignior Triboniano quàm Paulo: nec possum Accursio nostro adsentiri qui in hoc vers. dictionem *maximè* abundare scripsit.

b *Vel iure suo possideam.* Corruptus locus est, & ita restituendus, vt legamus *vel pro suo possideam:* Quoties enim dominium nobis acquiri putamus, & ex ea causa possidemus ex qua acquiritur & præterea pro suo *l. 1. infr. pro suo.* Nescio tamen quam rationem hæc adiectio habeat. Nam cùm pro suo, aut

quod idem est pro nostro possidentes, necesse est titulum aliquem præcedere, ex quo dominium nobis acquiri existimemus. Hic autem alius titulus non potest præcedere, quàm successionis hereditariæ, vt nemo non videt. Ergo nihil mihi prodesse potest quo magis admitti debeam ad querelam, quod pro suo possideam portionem illam ex qua fuit institutus is cui heres extiti, non magis quàm si possideam pro herede, quia nec titulus *pro suo* vnquam solus est, sed cum alio semper concurrit. Quæ me ratio magis mouet, vt totum hunc versiculum *maxime si eam portionem non possideam, vel pro suo possideam* Triboniani esse putem.

c *Diuersum dicemus si legauerit.* Ratio dubitandi. Titulus hereditatis est vniuersalis, legati verò non quidē particularis vt Bartolus loquitur, sed vt loqui debuit, singularis, cùm heres in ius vniuersum quod defunctus habuit succedat, non etiam legatarius, *l. quadam 9. §. 1. ff. de edend. & aliis vulgar.* Ergo magis mihi nocere debet, meq; à querela summouere, quod heres extiterim ei qui heres fuerat testatori, quàm quod siue idem ille heres, siue quispiam legatarius legauerit mihi eam rem quam acceperat ipse ex eo testamento quod volo do inofficioso arguere. Atqui eo quoque casu quo heres extiterim heredi nihilominus admitti debeo ad querelam, vt supra diximus. Ergo & hoc casu multo magis admitti debebo. Aut si heredis heredi parcimus ob eas rationes quas supra attulimus, cur non eandem legatarij quoque rationem constituimus, cùm in re legata legatarius quasi heres quodammodo esse videatur? *l. ad tempus 14. §. 1. ff. de vsucap.*

Ratio decidendi. Differentiæ ratio hac parte satis euidens est inter hereditatem & legatum, Non quam Bartolus adfert ex Martino, quod hereditas primi ex necessitate confluat in hereditatem secundi cui heres extiti, Sed potiùs è contrario, quòd heredis hereditatem habere possem etiamsi is testatori suo heres non fuisset. Non enim ideo sum heres heredis quòd fuerit ille heres testatoris, Sed ideo primi testatoris heres esse intelligor, quod sim heres heredis, *dict. l. vlt. C. de hered. instit.* At non possem habere rem, quæ mihi legata fuit ab herede, aut à legatario primi testatoris si non is priùs eam rem à primo testatore aut ex institutione aut ex legato habuisset. Non possum igitur legatum illud agnoscere, quin hoc ipso agnoscam testamentum cuius validitatem & adprobationem supponi necesse est vt legatum ad me peruenire possit. Denique vnitas rei vtroque testamento datæ ita coniungit vim & potestatem testamentorum, vt non possim legatum ex posteriore testamento agnoscere quin adprobem prius in necessarium antecedens, cùm testator meus eam rem mihi legauerit non solùm quasi suam, sed tanquam eam quam certò suam esse sciret, quippe quæ fuerat ei quæsita ex eo ipso testamento, quod inofficiosum volo dicere. Cùm verò heredi heres extiti non vna res est quæ ex duobus testamentis & ad testatorem meum & ad me peruenit, sed duæ sunt hereditates quarum prior à primo testatore primo heredi delata non fecit, vt heredis hereditas mihi deferretur, quæ poterat æquè deferri etiamsi is testatori suo heres non extitisset.

4 ¶ Quid ergo, si alias voluntatem testatoris probauerim: puta in testamento adscripserim, post mortem patris consentire me? repellendus sum ab accusatione.

Ad §. vlt. quid ergo.

Ratio dubitandi. Si in testamento patris mei adscripserim, id est, manu propria adnotauerim, me post mortem patris consensurum ipsius iudicio, non potest ea adscriptio valere tanquam quæ sit contra leges & bonos mores, cùm neque pactio expressim ea de re facta posset valere, quia meritis magis filij ad paterna obsequia prouocandi sunt, quàm pactionibus adstringendi, *l. si quando 3. §. 1. C. hoc tit.* Ergo non eo magis repellendus sum ab accusatione si post mortem patris velim agere de inofficioso. Nam & similiter dicimus non valere pactum viuo testatore factum ab herede cum legatariis de falcidia ex legatis non deducenda *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid.* sicut nec pacta de non succedēdo *l. 2. C. de collat. l. vlt. De suis & legit.* vbi elegās ratio redditur, quòd priuatorum pactiones legum autoritate non censeantur. Nihil igitur prodesse heredi scripto, aut nocere mihi potest adprobatio testamenti facta eo tempore quo nulla dum vis & potestas erat testamenti, & quo fieri per leges non poterat vt querelæ ius priùs extingueretur, quàm natum esset, arg. *l. si in diem 46. l. Titio vsusfru. leg. 96. de condit. & demonst.*

Ratio decidendi. Non de illo Paulus hîc loquitur qui in patris testamento adscripserit viuo patre, se post mortem patris consensurum, quæ adscriptio sanè etiamsi maximè transiret in conuentionem nullius planè momenti esset. Sed de illo, qui post mortem patris in testamento eius adscripserit se consentire, vt habent verba huius §. Itaq; punenda est virgula non post verbum *adscripserim* sed post dictionem *patris*, Et hoc sensu dubitationem nullam res habet quin repellendus sim ab accusatione propter approbationem testamenti à me non quoquomodo sed expressim factam & in ipso testamento: Quomodo & valeret pactio si qua inter me ac heredem scripturo eo tempore facta fuisset *d. l. si quando §. 1. vers. sed hoc ita*: qui locus cum hoc adprimè conuenit.

31. PAVLVS libro singulari de Inofficioso testamento.

SI exheredatus petenti legatum ex testamēto aduocationem præbuit, procurationémue susceperit, remouetur ab accusatione. adgnouisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobauit.

Ad l. si exheredatus vlt.

Ratio dubitandi. Etiam is qui legatum percepit ex testamento quod nunc inofficiosum vellet dicere, nihilominùs admitti potest ad querelam si tutor id alij administrauit *l. si pars 10. §. 1. à contrario sensu sup. hoc tit.* Atqui si exheredatus legatario petenti

tenti ex testamento legatum, aduocationem præbuerit, procurationémve susceperit, totum id alij fecit non sibi. Ergo non est remouendus ab accusatione quasi iudicium defuncti agnouisse videatur. Nam inter officium aduocationis & rei suę defensionem multum interest *l. inter officium 54. de rei vind.* Neque rursum debet cuiquã officiũ suum siue publicum, siue priuatum esse damnosum *l. videlicet 29. §. ex quib. caus. maior. l. sed si quis 7. §. testam. quemadm. aper. l. si seruus 61. §. quod vero. §. De furt.*

Ratio decidendi. Remouetur ab accusatione ista quisquis defuncti iudiciũ agnouit *l. si ponas 23. §. 1.* Agnouisse autem videtur qui qualiter qualiter (sic enim malo legere, quàm vt vulgo *quale quale*) iudicium defuncti comprobauit. Porrò negari non potest quin saltem qualiter qualiter testamentum comprobauerit is qui alicui legatum ex testamento petenti aduocationẽ præbuit, vel procurationem eius suscepit, cùm id non ex officij necessitate fecerit, vt tutores, curatores, cæterique similes administratores, sed vltrò & sponte Siquidẽ & aduocationem præbere & procurationem suscipere, vel recusare, liberum cuiq; est, vt dixi pluribus ad *d. §. 1. l. 10. sup.* Atque ita dicendum est, non quomodo Accursius qui totam huius sententiæ rationem refert ad odium querelæ, eùm tamen etiamsi non esset illa odiosa, sed fauorabilis non aliud vtrique respondendum videretur.

15 Si legatario heres extiterit exheredatus, petierítque legatũ. videbimus, an sit summouendus ab hac accusatione, certum est enim iudicium defuncti: & rursus, nihil ei ex testamento relictum, verum est. tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati.

Ad §. 1. si legatario.

Ratio dubitandi. Si is cui legatum aliquid est in eo testamẽto quod volo inofficiosum dicere eam ipsam rem mihi legauerit non dubitatur quin si agnoscam legatum repellar ab accusatione, vt diximus in *l. prox. præced. §. per.* vbi etiam rationem attulimus. Ergo idem æquè ac multò magis dicẽdum est si legatario heres extiterim. Quid enim referre potest an res testatori meo legata, ex causa hereditatis ad me peruenerit, vel iure legati? Præsertim verò si legatum petam, qui casus est quem Paulus hîc proponit. Quomodo enim fieri potest vt legatum petatur nisi ex testamento? Quomodo tutius ex testamento quin hoc ipso testamentum expressim adprobetur? Nam & inde est quòd si à statuliberoo pecuniam quæ condicionis implendæ causa dari debuit exheredatus petere cœperit, licèt nullo iure petierit, quia nihil ei fuit relictum agnouisse tamen iudicium videtur, ideóq; à querela summouetur *l. mihi iam terij 12. §. si a statulibero sup.* Nempe quia petendo eam pecuniam quasi debitam ex testamento adprobat vtique testamentum, licèt ea petitio tãquam iure destituta nullum habeat effectum. Quantò magis idem dicẽdum est si legatum verè debitum petierit ex eo testamento, nec inutiliter sed efficaciter? Ex quo apparet non posse pro filio exheredato adferri rationem illam quæ in hoc §. exprimitur iis verbis *et rursus nihil ei ex testamento relictum verum est*, Vt enim testamentum adprobare videatur, non necesse est vt quicquam ei relictum sit, sed sufficit vt ex testamento aliquid petat etiam quod ei nec alij vlli eo testamento relictum proponatur. Quare nec illa ratio bona est quæ in contrarium adducitur illo loco *certum est enim iudicium defuncti* cuius neque facilè dici potest quis sensus sit, nisi hic fortasse vt certũ sit legatũ quod petitur ex defuncti iudicio deberi. Etsi enim ita est vt legatum ex defuncti iudicio debeatur nõ tamen vera & germana ratio ista est propter quam debeat is qui legatũ petit à querela summoueri, sed quia petit ex eo testamento: cùm etiamsi legatum non deberetur ex iudicio defuncti, sufficeret tamen peti ex testamento vt testamentum adgnitum & adprobatum videretur.

Ratio decidendi. Ob has nimirum rationes concluditur in hoc §. tutiùs facturum exheredatum si se abstinuerit à petitione legati: quod omnino ita est accipiendum vt si legatum petat, haud dubiè summouendus sit à querela. Nullam enim prorsus recipit hæc res dubitationem, vt mirer disputari eam in vtramque partem vt ea solent quæ magnas & ancipites admittunt in vtramque partem dubitandi rationes. Et illud magis, quòd ad eam nõ nisi dubitanter respondeatur iis verbis *tutius tamen fecerit*: qui mos & loquendi, & disputandi, præsertim vanis leuibúsque rationibus quales istas esse ostendimus, cùm sit Triboniano familiarissimus, facilè in eam me sententiam impellit vt hũc quoque §. Triboniani esse suspicer non Pauli, quod & innuit satis forma ipsa proponendæ quæstionis quæ sic expressa est *videbimus an sit summouendus ab accusatione*, Ausim namque dicere numquam alibi Paulum aut alium ex prudentibus ita locutũ fuisse. Nec erit difficile hanc nostram coniecturam iis persuadere, qui tot alios huius loci titulos à nobis obseruatos, Triboniani siue audacia siue inscitia corruptos esse fatebuntur. Illud sanè verum est, exheredatum qui de inofficioso queri velit, non ob id solùm posse repelli, quod heres extiterit siue legatario siue heredi instituto *l. post legatum §. 4. qui accusaunt & seq. infr. de his quæ vt indign.* Nihil enim ea res commune habet cum iure testamenti quod inofficiosum dicitur: & aliud est quod ille ex testamento & iudicio sui testatoris consequitur. Aliud verò quod heres aut legatarius habuit ex iudicio primi testatoris. Sed nos in hoc §. non de illo exheredato tractamus, qui legatario vel heredi heres extiterit duntaxat, sed de eo qui præterea rem ipsam legatam acceperit, adeóque ex testamento ipso petierit. Hac enim parte plus est petere quàm accipere, vt diximus ad *l. Papinianus 8. §. si condicioni sup.* Nec quicquam interest ad submouendam querelam, an actor petat legatum quod sibi, an quod alij relictum est, dummodò petat suo nomine, & sibi rem administret non alij *l. si pars §. 10. 1. supr.*

DE HEREDITATIS PETITIONE.

TITVLVS III.

GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

HEreditas ad nos pertinet aut vetere iure, aut nouo. Vetere, è lege duodecim tabularum: vel ex testamento [a], quod iure factum est [b].

Ad l. 1. Hereditas.

a *Ex lege duodecim tabularum vel ex testamento.* Ratio dubitandi. Lege quoque obuenire dicitur hereditas quæ obuenit ex testaméto *l. lege obuenire 130. de verb. sign.* & quidem ex lege duodecim tabularũ, quoniam lex illa est quæ ius faciendi testaméti ciuibus Romanis dedit his verbis *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto l. verbis legis 120. eod.* Nam, vt aliis plerisq; locis scripsimus, non poterat homo sine lege testari, cùm quisquis testatur, disponat quidem de rebus suis viuus, & eo tempore quo earum dominus est, sed tamen in id tempus conferat effectum & executionem suæ voluntatis & dispositionis quo non erit ipse amplius dominus, id est quo erit iam mortuus *l. 1. ĵ. qui testam. facer. poss.* ac proinde quo erunt res illæ in bonis nullius, Siquidem & qui defunctus est iam nullus est. & consequeretur bona defuncti bona nullius *l. 1. supr. de rer. diuis.* Hoc ipsum verò vt quis de rebus nõ suis, testetur aut de suis quidem, sed in id tempus quo non erunt suæ non minùs impossibile & absurdũ est quàm vt quis de alienis rebus disponat *l. conficiuntur 8. §. si post factum. ĵ. de iur. codicill.* Nec enim iam inspiciendum est tempus quo fit dispositio, quàm in quod confertur *l. si ego 9. §. si res. ĵ. de iur. dot. l. Stichus 39. ĵ. de manum. testam. l. quod sponsæ 4. C. de don. ante nupt.* Lex igitur necessaria fuit quæ tanquam rerum omnium domina permitteret testatori de bonis suis disponere in id tempus quo iam esset mortuus, data ei potestate in eam rem legis condendæ. Id enim sonat verbum *legassit* quo vsa est lex duodecim tabularum, quia sola lex est quæ in republica est immortalis, neque moritur moriente legislatore, quando non ab eo qui legem tulit & rogauit potestatem suam accipit, sed à populo, qui semper idem manet *l. proponebatur 76. sup. de iudic.* Ob eamque causam inducit etiam necesse fuit eiusdem legis potestate ius, nomen, & fictionem hereditatis, quæ personam defuncti repræsentaret vt dominium quod fuerat defuncti quasi nunquam interruptum posset continuari in heredem *l. hereditas 34. de acq. rer. domin.* & ne res hereditariæ tanquam res nullius fieri possent primi occupantis *d. l. 1. de rer. diuis.* iunct. *l. 3. in princ. De pecul.* Denique sola lex est quæ & hereditatem & heredem facit *l. lex Cornelia 28. de vulg. & pup. subst. l. si filiusfamilias 18. ad leg. falcid.* Indéque nimirum est quod testamenti factio dicitur esse iuris publici *l. 3. qui testam. facer. poss.* & iure publico capi falcidia quæ capitur iure testamenti *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falcid.* iunct. *l. qui duos 42. de vulg. & pupill. subst.* quia testamentum est ex legibus, quæ iuris publici partem potissimam constituunt. Ergo non debuit Caius in hac lege distinguere hereditates quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur ab iis quæ deferũtur ex testamento. Quasi verò quæ ex testamento deferuntur non deferantur etiam ex lege duodecim tabularum.

Ratio decidendi: Ius quidem succedendi in hereditate est ex legibus siue ex testaméto, siue ab intestato succedatur, quoniã testamẽtarias quoq; hereditates lege confirmari necesse est *d. l. lege obuenire.* Sed tamẽ magis propriè ex legibus 12. tab. deferri dicuntur eæ quæ ab intestato deferũtur, quas ideò legitimas solemus dicere, & legitimo iure obuenientes ad differentiã testamentariarum *l. 3. §. de castrensi pecul. pro socio.* Nempe quod ab intestato lex sola hereditatem defert. Ex testamento autem non sola lex sed etiã homo & quidẽ ante legem. Facto enim testamento si modo ritè ac secundum leges factũ sit, lex subsequitur voluntatẽ testatoris eiq; defert hereditatem cui testator ipse prior detulit, cum ab intestato paterfamilias è cõtrario subsequatur voluntatẽ legis. Siquidẽ quisquis nõ testatur cùm testari posset, tacitè illos instituere intelligitur quib. lex hereditatẽ delatura est *l. 3. in prin. d. l. conficiuntur 8. vers. sed ideo ĵ. de iur. codic. l. ab exheredatis 128. de leg. 1.* Ex quo fiebat olim vt alienus quoq; posthumus heres legitimus fieri posset, quãuis institui nõ posset *l. pen. eod. tit. de leg. 1.* Ideò enim expressa institutio nõ volebat quòd iudiciũ testantis certũ esse deberet, vt testando legem certã fecisse videretur *l. quæ testamento 14. qui test. fac. poss.* Certum autẽ iudicium esse nõ potest quod in personã incertam cõfertur, cuiusmodi est persona posthumi siue suus ille sit, siue alienus: Quamquã in suo id tandẽ receptũ ex necessitate fuit vt posset institui propter periculũ quod eiusdẽ suberat ne nascẽdo rũperet testamẽtũ, quod nõ similiter verẽdũ erat in posthumo alieno. At in tacita institutione quã facere intelligitur is, qui moritur intestatus, certũ est iudiciũ patrisfamilias, quia iudiciũ & voluntatem legis hic subsequitur, Legis autẽ iudiciũ semper certum est; quandoquidẽ nõ defert illa hereditatẽ posthumi nisi postquàm natus est, neque habet eum pro iam nato nisi hactenus vt interim omnia retineat in suspenso, *l. qui in vtero 27. sup. de stat. hom.* At facto testamento lex è contrario cogitur subsequi voluntatem & iudicium testatoris, quoniam sibi eam legem ipsa dixit, cùm patrisfamilias ius condendæ

legis

legis permisit, Subsequi porrò iudicium testatoris nec potest lex nec debet nisi eùm illud certum est, quia nihil est quod tam deceat legis maiestatem, quàm certitudo. Non tamen sic loquitur Caius in hac lege, vt Hereditatem ad nos pertinere dicat iure vetere siue ex lege duodecim tabularum siue ex testamento quasi hæc sint opposita, vt ratio dubitandi præsupponit, sed ait ad nos pertinere iure vetere ex lege duodecim tabularum, vel ex testamento vel ab intestato. Quod enim hic dicitur *vel ex testamento* non secunda pars diuisionis est, sed prima pars subdiuisionis, cuius secunda pars ponitur in *l.1.§.in illis verbis* *vel ab intestato*, quod & Accursius noster benè notat ad hunc & ad illum locum. Testamenti autem mentionem præponit Caius, vt ab Vlpiano factum est in *l.2.in princ.inst. famil.ercisc.* quia semper causa testati præcedit causam intestati *l. quandiu 39.de acquir. here. l quandiu 89 de reg.iur.* Nisi in casu *l.si quis ita 82.de here.insti.*
b *Quod iure fa...um est*. Ratio dubitandi. Plerumque accidit, vt iure factum sit testamentum, nec tamen hereditas ex eo ad nos pertinere possit, puta si postea ruptum sit vel posteriore testamento, vel agnatione posthumi, vel rescissum per querelam inofficiosi testamenti, vel factum irritum per capitis diminutionem & status mutationem quæ in testatoris persona contigerit *l.1.& tot.tit.§.de iniust.rupt. & apud Iustin.tit.quib.mod.testa.infirm* Ergo vt hereditas ex testamento ad nos pertineat non sufficit testamentum iure factum esse.

Ratio decidendi. Iure factum testamentũ Caius intelligit, non tantùm quod ab initio iure factum sit, sed etiam quod duret iure factum, nec vnquam aut ruptum aut rescissum sit aut in causam irriti deductum. Parum enim est ab initio quid iure ritéque factum esse nisi duret factum, sicuti solemus dicere non videri in rem versum quod non durat versum, *l.si pro patre 10.§.versum.§.de in rem vers.l. item eorum.6.§.pen.§.quod cuiusque vniuers.cum simi. lib.* Planè interdum euenit vt testamentum ruptum sit, & tamen ex eo possit deferri bonorum possessio secundum tabulas, & quidem cum re, vt in specie *l. posthumus 12. de iniust.rupt.* Sed nos hîc non de bonorum possessione loquimur, sed de hereditate, quæ nonquam defertur ex testamento quod vel ab initio non valuerit, vel est postfacto valere desierit. De quo videnda sunt quæ latiùs scripsimus in *Err.5.Decad.37. De error.pragmat.*

2. VLPIANVS libro 15.ad Edictum.

Siue suo nomine, siue per se, siue per alios effecti sumus.

Ad l.2. Siue suo nomine.

Ratio dubitandi. Ad eum pertinet hereditas cui delata est siue ex testamento siue à lege, Delatio enim siue hominis siue legis illa est quæ rorum facit, cùm hereditatem delatam esse necesse sit, vt acquiri possit *l.illud 77.de acq.hered.l.1.§.decretalis. de succeß.edict l.delata.151.de reg.iur.* Atqui eùm heres institutus est is, quem in potestate habemus siue filiusfamilias ille sit siue seruus, hereditas non nobis defertur sed ipsi filiofamilias vel seruo. Vnde est quod filiusfamilias ipse vel seruus adire debet si fuerit institutus, non pater, aut dominus *l. qui in aliena.6.in princip.& §.vlt.* aliàs *l. eum qui.de acquir. hered.* quamuis legatum seruo delatum etiam dominus repudiare possit *l.legatum.7.de legat.1.* Ergo non potest dici ad nos pertinere hereditas, quę per alium in nostra potestate constitutum acquisita nobis fuit.

Ratio decidendi Id maximè ad vnumquemque pertinet quod ei non modò delatum sed etiam acquisitum iam est. Plus enim acquisitio, quàm delatio est eùm in ea effectus totus & emolumentum delationis consistat *d.l.delata & simil.lib.* Atqui quoties per eum, quem in potestate habemus aliquid acquiritur, ita nobis acquiritur vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filiifamilias vel serui consistat *l. placet 79. de acq. hered. l. t. §.si à parent.quis manum.sit.* Ergo etiamsi hereditas in qua filiusfamilias vel seruus institutus fuit non sit nobis delata sed ipsi filio vel seruo, eùm tamen nobis acquiratur non seruo vel filio, dicenda est ad nos pertinere non ad filium vel seruum. Notandum autem est ex hac lege, Posse nos heredes effici, aut per nos aut per alios, Per nos, si heredes ipsi instituti sumus. Per alios, cùm institutus est filius, vel seruus. At non sunt ista differentia, Heredes nos effici nostro nomine, & per nosmetipsos, In quo Bartolus errauit, qui nos heredes nostro nomine tum fieri putat, cùm filius vel seruus nostri contemplatione institutus est, Per nos verò eùm directò instituti sumus. Nam imò verò etiamsi filius institutus sit contemplatione patris, vel seruus contemplatione domini, non eo minus tamen pater vel dominus per filium aut seruum heres efficitur, non autem suo nomine, quandoquidem per se nec adiit, nec adire potuit. Suo enim nomine quem heredem effici nihil aliud est, quàm heredem fieri ex sua persona, non ex aliena. Itaque verba illa quæ in vulgata huius legis editione sequuntur *siue per se* sunt superflua, ideóque benè in Pand.Florent. parenthesi conclusa. Nihil enim nisi interpretationem continent præcedentium verborum *suo nomine*. Denique necesse est fieri heredem quisquis heres fit, vel per se vel per alium: nec quicquam tertium aut inter ista medium esse potest. Quod verò hîc de mala grammatica & Accursius & Bartolus tractant, quod pronomen tertiæ personæ constituatur cum verbo & pronomine primæ personæ, minùs nouum erit, si distributiua dictio suppleatur, in hunc modum *siue suo quisque nomine*, quale illud est apud Virgil. *Quisque suos patimur manes.*

3. GAIVS libro 3.ad Edictum prouinciale.

Veluti si eam personam, quæ in nostra potestate sit, institutam iusserimus adire hereditatem. Sed & si Titio, qui Seio heres exstitit [a], nos heredes facti sumus: sicuti Titij hereditatem nostram esse intendere possumus, ita & Seij) vel ab intestato [b], fortè quod sui heredes defuncto sumus [c], vel adgnati [d], vel quòd manumisimus defunctum [e], quódve parens noster manumiserit. Nouo iure fiunt heredes [f] omnes, qui ex senatusconsultis, aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur.

Ad l. veluti 3.

Ratio dubitandi. Cùm filiusfamilias vel seruus heres institutus est, hereditas defertur ipsi filio vel seruo, vt diximus ad *l. praeced.* & quidem etiam inuito patre vel domino: Delatio enim fit sola legis potestate & autoritate. Lex verò in deferenda hereditate vt nec in deferendo alio iure quolibet, voluntatem hominis non requirit, quia nemini vnquam delatio iniuriam sola facit, cùm sit liberum ei cui lex detulit repudiare ius delatũ ante acquisitionem *d. l. 1. §. decretales de success. edict.* Praeterquã in suis & necessariis heredibus, & in iis qui necessarij tantùm sunt, in quibus vnum & idem instans est delatae & acquisitae hereditatis *l. necessarius 57. de acquir. hered. §. 1. Inst. de hered. qualit. & differ.* Atqui ex delatione aestimatur acquisitio. Delata enim dicitur hereditas quam quis potest adeundo consequi *d. l. delata 151. de verb. signific.* Ergo etiam inuito patre vel domino poterit filius vel seruus institutus adire sibi delatam hereditatem nec iussus domini vel patris in eam rem erit necessarius, Praesertim cùm dici soleat non esse praescribẽdum heredi instituto cur adire velit, aut nõ velit, cùm varias possit habere causas propter quas possit velle vel nolle acquirere hereditatem *l. 4. ad SC. Treb. d. l. si testamento 22 in fin. l. si quis omiss. caus. testam* Aut si dicas quod necessariò dicendum est, domini vel patris iussum ideò praecedere oportere quod futurum sit vt per aditionem à filiofamilias vel seruo factam hereditas patri aut domino acquiratur, quae proinde illum aeri alieno sit obligatura, D cam, Nun igitur videri delatam hereditatem filio vel seruo, qui scilicet nun possit eam adeundo consequi, *d. l. delata*, Et consequenter patrem ipsum aut dominum adire eam per se debere, quasi delatam sibi non filio vel seruo, non iubere filio vt adeat vel seruo.

Ratio decidendi. Qui in aliena potestate est non potest adire nisi praecedente iussu eius, in cuius est potestate cui hereditatem acquisiturus est per aditionem. Ne alioqui & ignorans & inuitus pater aeri alieno per filiumfamilias aut seruum obligaretur *l. qui in aliena. 6. in princip. l. si is qui mihi 25. §. iussum & pass. de acquir. hered.* Id enim iniquum esset, cùm melior condicio nostra fieri possit per eos quos in potestate habemus, deterior non possit *l. melior 133. de reg. iur.* Hereditas siquidem cùm sit nomen iuris consistátq; in iure non in corpore *l. hereditas 50. ¶. hoc tit.* habet commoda & incommoda, & plerumque damnosa est *l. hereditatis 119. de verb. signif.* iunct. *l. 1. de bonor. poss. l. si hereditatem 32. ¶. mandat.* Damnosam porrò hereditatem inuitus nemo sibi acquirere cogitur *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Eóq; pertinet quod scriptum est in *l. etiam 32. de acquir. rer. domin.* Etiam inuitis nobis per seruos acquiri penè ex omnibus causis, Adiecta enim est dictio illa *pene* ad excludendam potissimum causam hereditatis quae nunquam per seruum aut aliter inuito acquiritur, Nisi cùm quis adire cogitur per praetorem fideicommissarium ex SC. Pegasiano vt hereditatem restituat fideicommissario, quia tunc adit periculo & damno si quod sit fideicommissarij, cui damnosa futura est hereditas, nõ adeũti ipsi, quamuis per restitutionem non desinat heres esse qui semel fuit *d. l. 4. ad SC. Trebel.* iunct. *§. restituta & tot. tit. Inst. de fideic. hered.* Sed cur non ius ipsum delatae hereditatis acquiritur patri per filium & domino per seruum sicut caetera iura omnia, vt hereditatem ex qua filius vel seruus institutus fuit, possit pater aut dominus per se adire quasi delatã sibi nullo in eam rem adhibito ministerio filij vel serui? Nimirũ quia lex in deferẽda hereditate ex testamẽto, subsequitur voluntatẽ testatoris, vt dixi ad *l. 1. §.* eique defert hereditatem cui testator ipse detulit. Atqui testator non alij detulit quàm illi ipsi quem heredem instituit. Porrò non patrem aut dominum instituit sed filiũ vel seruum, etiamsi patris vel domini cõtemplatione institutio facta proponatur. Nec ob id quòd filius vel seruus institutus sit, dicere quisquã possit videri patrẽ vel dominũ institutum. Quae enim facti sunt non transeunt à filio ad patrẽ nec à seruo ad dominũ, sed ea tantùm quae sunt iuris *l. qui heredi 44. de cond. & demonst.* At quod filius vel seruus institutus sit nõ iuris, sed facti est. Testator enim heredem instituit non lex, sicut è contrario lex illa est, quae heredẽ facit, id est quae heredis ius tribuit, non testator. Itaque heredem esse iuris quidem est, Sed heredẽ institui quem aut institutũ esse facti est non iuris. Inde igitur fit vt institutio ipsa filij vel serui heredis scripti nõ possit transire ad patrem aut dominũ, nec proinde legis delatio quantumuis ea iuris sit nõ facti quia pendet ex institutione ex eáq; omnino aestimatur. Proinde instituto filio vel seruo, ipse quidem filius vel seruus adire debet, quoniã aditio quoq; facti est nõ iuris, & eius demũ est adire cui fuit delata hereditas *d. l. delata*, Sed nõ ideò filius aut seruus adeũdo fit heres, at heredẽ facit patrẽ vel dominũ, ita vt ne momento quidem vel vno tẽporis heres filius aut seruus fuisse intelligatur *d. l. placet*. Et ob eam nimirũ causam iussum patris vel domini praecedere necesse est *d. l. 25. §. iussum de acq. hered.* quoniam alioqui nimis serò interueniret si post aditionem interponeretur, Cùm eo instanti quo aditur hereditas necesse sit hereditatem acquiri vel nunquã. Siquidẽ aditio hereditatis est actus legitimus cuius potestas in suspenso manere non potest *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* Non igitur eo minùs verum est deferri filio vel seruo hereditatem non patri aut domino, cùm filius aut seruus adeundo eã acquirat, quãuis patri vel domino non sibi. Obseruandũ tamẽ est non posse nos effici heredes per filium aut seruũ, nisi ex testamento. Nam ab intestato lex non defert hereditatem nisi agnato proximo. At neq; seruus agnatus esse potest cùm iure ciuili pro nullo habeatur, *l. quod attinet 32. de reg. iur.* neque filiusfamilias agnatus proximus cùm semper à patre anteuertatur, vt dixi ad *l. tutelas 7. §. de cap. minut.* Et ideò initiũ huius legis, vt & *l. 2.* non pertinet nisi ad eum casum quo succedatur per legem 12. tab. ex testamento. Quae prima pars est subdiuisionis inchoatae in *fine l. 1.* & cuius alia pars sequitur in hac lege illis verbis *vel ab intestato*, vt diximus ad *d. l. 1.*

a *Sed et si Titio qui Seio heres extitit.* Ratio dubitandi. Hereditas ad nos no pertinet nisi aut iure veterẽ aut nouo, Nec rursus iure vetere Nisi aut ex testamento aut ab intestato ex lege 12. tab. *l. 1. supr.* Nec denique iure nouo nisi cùm ex senatusconsultis aut constitutionibus hereditas defertur, vt scriptũ est in fine huius legis. Atqui cùm quis heres est Titio, qui ipse prius Seio heres extiterat, non potest dici hereditatem Seij delatam fuisse heredi Titij siue ex testamento siue ab intestato, Ex senatusconsultis verò aut constitutionibus multò minùs cùm futurus heres Titij Seio incertus fuerit ac fortassis etiam incognitus *l. qui liberis 8. §. vlt. de vulg. & pupill. subst. l. sciendum est 70. de verbor. signific.*

Ergo

Ergo non poteſt dici hereditatem Seij ad Titij heredem pertinere. Quod ſi ita eſt illud etiam conſequens eſt vt eam Titij heres petere nullo modo poſſit. Prius enim eſt, vt hereditas quam petere quis velit ad eum pertineat, quàm vt petere illam poſſit. Cùm petitio hereditatis ſit in rem & qui hereditatem petit hoc agat vt pronūcietur heredem illum eſſe, aut quod effectu idem eſt, hereditatem ad ipſum pertinere.

Ratio decidendi. Heres heredis heres eſt primi defuncti *l. vlt. C. de hered. inſti.* & in omni ſucceſſione quiſquis heres extitit ei qui Seio heres fuit, Seio quoq; heres eſſe videtur, adeò vt nec Seij hereditatem poſſit omittere *l. ſi quis filiumfamilias 7. in fin. de acquir. hered.* Reperit enim hereditatem Seij in hereditate Titij cùm vtraque cœperit iuncta eſſe ex quo Titius Seio heres fuit *l. ſed ſi plures 10. §. filio impuberi de vulg. & pupill. ſubſt. l. paterfamilias 28. de reb. autor. iudic. poſſid.* aliàs *l. 13. de priuil. credit. l. 1. de ſeparat.* Et ideò ex neceſſitate adeundo hereditatem Titij acquirit etiam hereditatem Seij at non quaſi Seianam, ſed quaſi Titianam, Ideóq; ſi Titio heres extiterit ex teſtamento, Seio quoq; heres ex teſtaméto fuiſſe videbitur quamuis Seius deceſſerit inteſtatus; ſed ex teſtaméto nunquam non Seij ſed Titij. Et contrà ſi Titio heres extiterit ab inteſtato ſiue tanquam ſuus heres ſiue tanquam agnatus proximus, videbitur etiam Seio heres ab inteſtato fuiſſe quamuis deceſſerit Seius facto teſtamento quo Titium heredem inſtituiſſe proponatur. Neque in eo abſurdi quicquam eſt, cùm ut ille quidem heres Titij & Seij eodem iure, at non æquè Seius eodem iure & Titium & heredé Titij, heredem ſuum habere dicatur. Habet enim heredem Titium ex proprio iudicio ſiue inſtituerit eum expreſſè ſiue tacitè, legitimam ei relinquêdo hereditatem: Titij verò heredem non niſi per conſequentias, & per mediam Titij perſonam ac voluntatem. Et ita nodus hic diſſoluendus eſt, qui Accurſiū & Bartolum non parùm torſit. Illud magis mirū eſt, quod ſcripſit Vlpian. *l. 1. ſ. de caſtr. pec.* ſi filiuſfamilias miles ſine teſtamento deceſſerit, & peculiū eius caſtrenſe penes patrem remanſerit, patrem nō fieri quidem heredem filio, ſed tamen fieri heredem iis quibus filius heres fuit. Quomodo enim poteſt per mediā filij perſonam heres fieri illis quibus ipſe filius fuit heres, ſi nec filij ſui ille heres eſt? Reſpondeo, quãuis nō ſit heres filij, quoniam filiuſfamilias nō poteſt heredem habere ab inteſtato, ne quidé in caſtrenſi peculio, *l. 2. eo. ti.* fieri tamen illum heredem iis quibus heres filius fuit, quoniã reperit hereditaté in peculio filij quod penes ſe retinet priſtino iure patriæ poteſtatis. Vbi enim cœpit hereditas extranei iunctā eſſe cum peculio filij, nō magis poteſt fieri vt pater habeat peculiū filij ſine extranei hereditate, quàm vt ſit heres filio, nec ſit heres extraneo cui filius heres fuit. Denique vtroque caſu nō tam heres eſt primo teſtatori formaliter, vt ita loquar, quàm materialiter, id eſt obtinet hereditatem quidem primi teſtatoris, at non quaſi delatam ſibi, ſed tāquã ei acquiſitā cui ſucceſſit ipſe ſine hereditatis ſine peculij iure. Nihil enim hac parte refert an extranei hereditatem reperiat in hereditate an in peculio eius cui ſucceſſit, Vt ſcilicet vtroq; caſu teneatur reſpondere omnibus iis, quibus ille cui ſucceſſit, ſi adhuc viueret reſpondere cogeretur.

b *Vel ab inteſtato.* Rectè Accurſius notat hanc eſſe partem ſecundam ſubdiuiſionis quam ſuprà diximus inchoatam in *l. 3.* Nam quiſquis ſuccedit ex iure vetere, id eſt ex lege 12. tabularum, cum neceſſe eſt vel ex teſtamento ſuccedere, de quo tantùm hucuſque diximus, vel ab inteſtato.

c *Forte quod ſui heredes defuncto ſumus.* Ratio dubitandi. In ſuis heredibus ita cōtinuatur dominium, vt nulla videatur fuiſſe hereditas, quia olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur, *l. in ſuis ii. de liber. & poſthum.* Atqui non poteſt ad nos ea pertinere hereditas quæ nulla ſit, cùm, vt vulgo iactari ſolet, non entis nullæ ſint qualitates *l. eius qui in prouincia 41. verſ. quare ſi nulla. ſ. de reb. cred.* Ergo non poteſt fieri vt aliqua ad nos pertineat hereditas ob id ſolū quòd defuncto ſui heredes ſimus. Nam & inde eſt quod ſui non patris heredes appellantur quaſi non tam nouum dominium quàm liberiorem rerum paternarum adminiſtrationem patre moriente nanciſcâtur *dict. l. in ſuis*, quippe qui ad penè propria bona veniant *l. 1. §. largius de ſucceſſ. edict. l. vlt. de bon. damnat.* Sed & illud magis mirum nec tamen minùs verum eſt quod pauci obſeruant, legem duodecim tabularum nullam ſuis heredibus ſed agnatis ſolis inteſtati patriſfamilias hereditatem detuliſſe. Sic enim loquta eſt *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Quibus verbis poſuit quidem agnatos in diſpoſitione, ſed ſuos heredes non niſi in condicione & quidem negatiua, vt appareret non ideò factam ſuorum heredum mentionem vt vocarentur ad hereditatem (quippe quos nec vocari neceſſe erat, & quos ſi vocare lex voluiſſet vtique diſpoſitiuis & imperatiuis verbis eos vocaſſet, non condicionalibus quæ numquam diſponunt *l. ſi quis ſub condicione 3. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 1. de pen. legat. l. 1. §. item ſi ita. ſ. ad leg. falci.*) ſed tantùm vt ſi qui eſſent, agnatos excluderent, quaſi defectos condicione ſub qua vocandos eos lex putauit.

Ratio decidendi. Summo quidem iure nulla hereditas eſt in ſuis heredibus, quoniam hereditatis fictio iure ciuili ob id introducta eſt, vt dominium quod fuit defuncti poſſit in heredem continuari, nec videantur interim res eſſe nullius, vt dixi ad *l. 1. ſupr.* qua continuatione nihil opus eſt in ſuis heredibus, qui iam viuo adhuc patre, domini rerum paternarum eſſe exiſtimantur: *d. l. in ſuis.* Sed tamen ſicuti ſuos heredes appellamus, vt hoc ipſum ſignificemus, quòd proximè diximus ſuccedere illos ſibi ipſi potiùs quàm patri, Ita & in ſuis heredibus hereditatem aliquā agnoſcimus quia nec ſine hereditate quiſquam heres eſſe poteſt, cùm hereditas illa eſt quæ heredem facit, Et ideò tum quoque cùm de ſuis heredibus loquimur, dicimus hereditaté ad eos pertinere, ſed alio ſenſu quàm ſi de extraneis heredibus loqueremur. Nullū enim aditionis, nullū aut acquiſitionis, aut etiā delationis inſtans agnoſcimus in ſuis heredibus, Cùm in extraneis duo ſint inſtãtia, & inuicem ſeparata delatæ & acquiſitæ hereditatis. In iis verò qui neceſſarij tantùm nō etiā ſui heredes ſunt, idé inſtans quidé eſt quo hereditas & defertur illis & acquiritur, ſed tamé deferri ipſis hereditaté neceſſe eſt quā ſcilicet viuo domino habuiſſe videri non poſſunt, qui toto eo tempore non tantùm bona nulla, ſed nec caput habere poſſe credebatur *l. 3. §. vlt. & l. 4. 3. de capit. minut. l. quod attinet 32. de reg. iur.*

d *Vel ad gnatis.* Ratio dubitãdi. Filiuſfamilias idémque ſuus heres, proximus patri agnatus eſſe intelli-

gitur *l. filius 12. ff. de suis & legit. l. Iurisconsultus 10. §. proximiores 3. de gradib. & adfin. l. 4. §. 1. quis ord. in bon. poss. seru.* Suus enim heres ille dicitur & qui primum in familia gradum & locum obtinet in causa succedendi *l. scripto 7. vnd. liber. l. si quis filio 6. de iniust. rup. l. filiusfamilias 33. de testam. milit.* Agnatus verò ex eo dictus est quasi iuxta natus. Sufficiebat ergo vt lex duodecim tabularum agnatos ad successionem vocaret, ac proximum, ex agnatis, vt eo nomine sui quoque heredes continerentur, nec suorum heredum specialem mentionem fieri necesse erat.

Ratio decidendi. Etsi sui heredes agnati quoque dici possunt, alia tamen eorũ ratio est in causa succedendi, alia cæterorum agnatorum, vt proximè diximus. Benè igitur lex duodecim tabularum de agnatis locuta specialem fecit mentionem suorum heredum, vt appareret alio sensu locutam eam de agnatis, quàm vt eo nomine sui heredes comprehendi possent, vt pluribus docui in *Error. 10. Decad. 29. De error. pragmat. & interpretum.*

e *Vel quod manumiserimus defunctum.* Ratio dubitandi. Manumissio nouam personam constituit eius qui antea seruus, nunc ex seruo liber factus reperitur *l. si Pamphilo 10. ff. de option. legat.* Atqui ex ea manumissione nullum inter manumissorẽ & manumissum agnationis ius potest contingere. Est enim manumissio aptior modus dissoluendæ agnationis quàm contrahendæ, vt ex eo apparet quòd cùm filius emancipatur quod fit per quandam manumissionis speciem *l. 1. & tot. tit. si a paren. quis manum. sit.* agnationis iura omnia perdit filius quę habuerat ante emãcipationem *l. tutelas 7. vbi dixi sup. de capit. minut.* Ergo non potest ad aliquem hereditas defuncti ab intestato ex lege 12. tab. pertinere ob id quod manumiserit defunctum.

Ratio decidendi. Non succedit manumissor ei qui manumissus fuit, ex eo capite legis duodecim tabularum quo si suus heres non erit agnatus proximus vocatur ad hereditatem. Sed succedit tamen ex alio capite quo eadem lex 12. tabul. constituit, vt ad hereditatem liberti vocetur patronus si libertus & intestatus moriatur & nullo suo herede relicto. Nam per manumissionem is qui erat dominus fit ex domino patronus, & acquirit sibi ius patronatus, tum quoq; cum manumittendo amittit ius patronatus, vt cõtingit in patre filium emancipante, *d. l. 1. §. vlt. & pass. si a parent. quis manum. sit.* Eadem ratio est liberorum patroni, vt sequitur in hoc textu. Nã & in eos trãsit ius patronatus si nõ sint exheredati *l. si patronus 12. & l. seq. l. Paulus respondit 47. §. patroni filius. & pass. de bon. libert.* Etsi totus ille titulus pertinet ad ius prætorium de bonorum possessione cõtra tabulas liberti danda, non ad ius successionis legitimæ ex lege 12. tabul. De quo latè Iustinianus noster in *Instit. tit. de succ. libert.*

f. *Nouo iure fiunt heredes.* Ratio dubitandi. Heredis appellatio nihil nisi dominum significat *§. vlt. Inst. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. pater. ff. de castr. pecul.* Atqui solius legis est dominium tribuere. Nam inter cæteros transferendi iure Quiritium dominij modos quos refert Vlp. in *fragment. tit. 19. de adquisit. rer.* lex est non etiam senatusconsultum. Etsi enim non ambigitur Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. sup. de legib.* illud tamẽ etiam certum est, Senatum non posse facere legem, quia lex est non quod Senatus, sed quod vniuersus populus Senatorio magistratu interrogãte constituit *§. lex est Inst. de iur. nat. gent. & ciuil.* Non ergo videtur Senatum posse facere quem heredem. Eiusque rei argumento est quod is cui ex Senatusconsulto siue Trebelliano, siue Pegasiano restituitur hereditas, non ideò tamen fit heres, sed tantùm heredis loco *l. 1. 2. & pass. ff. ad SC. Trebell. §. restituta Inst. de fideic. hered.* qui tamen haud dubiè esset heres si eum heredem facere Senatus potuisset. Consequenter falsum videtur quod hic Caius scribit nouo iure fieri heredes ex senatusconsultis.

Ratio decidendi. Senatusconsultum quidem lex non est, sed est legi similis constitutio, eandémque vim ac potestatem habens, præsertim quod ad hoc vt non tantùm ius facere possit, quod & prætor facere potuit, sed etiã heredem, quod prætor nõ potuit *§. quos autem Inst. de bon. poss.* Substituta enim quodammodo ex necessitate fuit autoritas Senatus in locum autoritatis totius populi, cùm aucta multitudine impossibile ferè esset vniuersum populum ad legem ferendã in vnum locũ conuenire *d. §. lex est l. ergo pen. de legib.* Atque ita esse, vt Senatus heredem facere potuerit, apparet ex senatusconsultis Tertylliano, & Orficiano quorũ alterum defert liberorũ hereditates matribus, alterũ hereditates matrũ liberis, ita vt & matres liberorum, & liberi matrũ heredes fiãt *l. 1. & tot. tit. ad SC. Tertyll. & Orfic.* Neq; cõtrarium est quod de SC. Trebell. proximè obiecimus. Nã quod fideicõmissarius cui ex SC. Trebelliano restituta est hereditas, nõ ideò tamen heres est, non fit defectu potestatis, & quòd eam autoritatẽ Senatus nõ habeat heredis faciendi, sed propter repugnantiã & contradictionem ex parte rei, vt loquuntur philosophi. Quia cùm fideicommissi restitutio nõ possit fieri nisi post aditam hereditatẽ & ab eo qui iã heres sit, is autem qui semel heres est nõ possit per restitutionẽ desinere heres esse *d. §. restituta de fideic. hered.* omnino consequens est, vt fideicõmissarius heres esse nullo modo possit. Ne alioquin eueniat vt vni personæ duo in solidũ sint heredes quod neq; iuris ratio neque natura ipsa patitur *l. quod contra 141. §. vni duo de regu. iur.* non magis quàm vt duo in solidũ sint domini eiusdẽ rei *l. si vt certo 5. §. si duob. ff. commod. l. de hereditate 19. §. pater. de castr. pec.* Fiunt igitur heredes etiam ex senatusconsultis, Multóq; magis ex cõstitutionib. Principũ, cùm longè maior sit autoritas Principis quã Senatus, adeóque maior quàm totius populi, postquàm lege Regia quæ de imperio Principis lata est omne ius populi ei & in eũ translatũ fuit *l. 1. De constit. Princip.* Itaq; dubitandum non est quin ex cõstitutionib. quoq; Principũ heredes fieri possint. Cuius rei exemplum adfert Accurs. in sororũ filiis qui cũ olim non admitterentur ad successionẽ & hereditatẽ patrui, tanquã qui nõ essent agnati, hodie tamen ex constitutionibus admittũtur *§. cæterùm Inst. de legit. agna. success.* Sed nõ est exemplũ accõmodatum ad Caium cuius legem interpretamur, cùm iis temporibus nihildum tale constitutum esset. Accommodatius exemplum est quod adfert Cuiacius ad *l. 6. sup. de in integ. restit.* de hereditate filiifamilias militis cui permissum est ex Imperatorum constitutionibus, vt de peculio castrensi testari possit, itémque vt de peculio quasi castrensi. Est enim hoc ius ex anteriorum Imperatorum constitutionibus *l. 1. l. Diuus Traianus 24. & pass. de test. milit.* sicut & illud vt in huiusmodi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habeatur *l. 2. ff. de S.C. Macedon.* & apud *Instit. tit. de milit. testam.*

Hodie

Hodiè sanè aliud exemplum adferri potest ex Iustinian. Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. quæ induxit vt etiam in peculio aduentitio filiusfamilias hodie possit habere heredē ab intestato. Cæterùm siue ex Senatusconsultis, siue ex constitutionibus heredes fiant, dicuntur fieri heredes iure nouo, quia ius nouum dicitur omne quod secutum est ius legis duodecim tabularum, & leges nouæ omnes, quę latę sunt post leges duodecim tabularum, quod nec Bartol. ignorauit. Eiusmodi fuerunt lex Iulia Papia, & lex Cornelia de testamentis & heereditatibus captiuorum cōfirmandis, vt dixi ad l. tutelas 7. supr. de capit. minut. Lex enim illa Cornelia & hereditatem & heredem facit l. filiusfamilias 18. ad leg. falcid. l. lex Cornelia 28. ̄J. de vulg. & pupill. substit. iunge l. pen. infr. de regul. Caton.

4. PAVLVS libro primo ad Edictum.

SI hereditatem petam ab eo, qui vnam rem possidebat, de qua sola controuersia erat. etiam id, quod posteà cœpit possidere, restituet.

Ad l. si hereditatem 4.

Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicium venisse id, quod non nisi post iudicium acceptum accidisset, ideóque alia interpellatione & actione opus est l. non potest 23. supr. de iud. Ergo si hereditatem petam ab eo qui non nisi vnam rem hereditariam possidebat, de qua sola erat controuersia, non potest videri in iudicium petitionis hereditatis venisse id quod post acceptum iudicium possidere cœpit, nec proinde veniet in condemnationem, vt possessor id quoque restituere teneatur.

Ratio decidendi. In hereditatis petitione nō res aliqua singularis petitur, licèt nihil nisi vnam rem hereditariam possideat is qui conuenitur, sed hereditas ipsa, quantumuis minima res sit, quæ à reo possideatur l. licet minimam 10. iunct. l. praeced. ̄J. hoc titulo Atqui hereditas nomen iuris est cùm in iure consistat non in corpore l. hereditas 50. infr. eod. & continet non solùm quicquid in morientis patrimonio fuit excepta causa possessionis l. 1. §. Scæuola. infr. si is qui testam. liber. ess. iuss. sed etiā fructus, partus & alia huiusmodi quæ hereditati etiam post mortem accesserunt. Recipit enim & augmentum, & diminutionem l. item veniunt 20. §. item non solùm. ̄J. hoc tit. Ergo cùm tota hereditas in iudicium petitionis hereditatis ab initio deducatur licèt vnius tantùm rei nomine, si posteà cœperit possessor aliud quippiam possidere, nullo in eam rem nouo iudicio, nullâque interpellatione opus est. Petita siquidem hereditate hoc quoque petitum intelligitur, quia est hereditatis. Vnde etiam fit, quod magis est, vt si quis cùm peteretur ab eo hereditas neque rei, neque iuris vllius velut possessor erat, vel dum posteà aliquid adeptus est, placet teneri eum petitione hereditatis, & condemnandum esse licèt ab initio nihil possederit l. item videndum 8. §. pen. l. si quo tempore 41. inf. eod.

5. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

DIuus Pius rescripsit prohibendum possessorem hereditatis, de qua controuersia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi malueirt pro omni quātitate hereditatis, vel rerum eius restitutione satisdare. Causa autem cognita & si non talis data fit satisdatio, sed solita cautio, etiam post litem cœptam deminutionem se concessurum prætor edixit: ne in totum deminutio impedita, in aliquo etiam vtilitates alias impediat. vtputa si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia déminutionem permittit. item futurum est, vt nisi pecunia intra diem soluatur, pignus distrahatur. sed & propter familiæ ciVaria, necessaria erit deminutio. sed & res tempore perituras permittere debet prætor distrahere.

Ad l. Diuus Pius 5.

Ratio dubitandi. Actor quandiu intentionem suam non impleuit, id est, non plenè probauit, nihil iuris in eo quod petit, habere creditur, ideóq; absolui hoc casu reus solet ac debet, etiamsi nihil præstiterit l. qui accusare 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vind. Id enim est quod dicimus, Aduersus extraneos, id est, eos qui nihil iuris habent, vitiosam quoq; possessionē prodesse l. vlt. ̄J. de acqu. poss. Sunt enim fauorabiliores in dubio rei quàm actores l. fauorabiliores 125. de reg. iur. & ei probatio semper incūbit qui dicit non ei qui negat l. 2. ̄J. de probat. Ergo si de hereditate controuersia sit, siue lis iam inchoata, siue nondum inchoata proponatur, non vsque adeò fauendum actori est, vt quasi iam constet heredem illum esse, prohibeatur possessor aliquid ex hereditate distrahere. Commodum enim possessionis illud est inter cætera, vt interim pro possessore, & præsumendum sit, & in dubio iudicandū §. commodum. Inst. de interdi. quasi possessor pro domino sit habendus ii de alterius iure ac dominio nō appareat l. cùm res 12. l. siue possidet is 16. C. de prob. Nō leuis autem iniuria est si homini ingenuo rerum suarum alienatione interdicatur l. 2. ̄J. si a parent. quis manum. sit. Cùm nihil tam naturale sit quàm voluntatem domini res suas in aliū transferre volentis ratam haberi l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. de acqu. rer. dom. Nihil verò incommodius quàm si non liceat domino res suas pro arbitrio & administrare & alienare l. in re madata 24 C. mand.

Ratio decidendi. Non solùm post litem contestatam, sed etiam post motam controuersiam possessores omnes pares fiunt, id est, prędones & malę fidei possessores, quia ex eo tempore incipiunt scire rem quæ petitur ad aliū pertinere l. sed etsi 25. §. si ante ̄J. hoc tit. Ergo quāuis interim & lite pēdente non sit priuandus possessor sua possessione, neo commodo possessionis, quantum ad hoc, vt probationis necessitas in actorem transferatur, bactenus tamen eius causam deteriorem fieri æquum est, vt omnis ei alienatio rerum hereditariarū prohibeatur. Ne alioquin in eius potestate sit eas alie-

nando eludere actionem petitoris cui parum esset profutura victoria post distractionem à possessore factam: cùm etiamsi aliquam eo nomine actionem aduersus emptores habiturus esset, noua tamen in eam rem actione, nouóque iudicio indigeret. Quæ ratio facit, vt in iudiciis familiæ erciscundæ & Communi diuidundo similiter alienationes omnes voluntariæ (nam quæ necessariæ sunt semper conceduntur) interdictæ sint post litem contestatam, vt scriptum est in *l.1.C. commun. diuid.* & quod omnino idem est, post iudicium acceptum, vt loquitur Papinianus in *l.alienationes 13.ff.fam.ercisc.* Ex quibus locis apparet priuilegium hoc esse petitionis hereditatis, vt ad impediendā distractionem rerum hereditariarum, non sit necessaria litis contestatio, quæ in ceteris iudiciis, siue vniuersalibus quale est familiæ erciscūdæ, siue singularibus, quale est Communi diuidundo, necessaria est, sed sufficiat moram esse controuersiam *l.3. C. hoc titul.* Non quia per solam citationem res fiat litigiosa, vt Baldus credidit (nam neque litigiosa res fieri potest citra litem, vt nomen ipsum sonat, & constat ex Auth. *litigiosa, totique t.C.de litigios.* neque lis vlla esse ante contestationem *l.sed etsi 25. §.si ante ff.l. amplius.15.infr.rat.rem haber.*) sed quia omnium istorum iudiciorū quę de hereditatis petitione sunt ea est autoritas, vt nihil in præiudicium eius petitionis fieri oporteat, quemadmodum Vlpianus noster in fine huius legis scribit, & Iustin. in *l.vltim.C. hoc tit.* vbi iuris huius rationem refert ad magnitudinem & autoritatem iudicij Centumuiralis, cùm non alij quàm Centumuiri in vrbe cognoscerent de hereditate, Vnde & iudicium petitionis hereditatis iudicium Centumuirale appellatur in *l.pen. ff.de lib.legat.* In quo & Accursius, & post eum Bartolus, itémque Baldus, & cæteri vulgo errarunt, existimantes eandem esse hac parte rationem petitionis hereditatis, & iudicij familiæ erciscundę ob id solùm quod vtrumque iudicium sit vniuersale, aliam verò esse rationem iudicij Communi diuidundo, quòd sit illud singulare, &, vt loquuntur, particulare. Etsi enim verum est iudicium familiæ erciscundæ esse vniuersale non minùs quàm petitionem hereditatis, non tamen ex eo petitur hereditas, sed diuisio tantùm hereditatis, ideoque nec inter alios exerceri potest, quàm quos heredes esse cōstet *l.1. §.1.l.cum putarem 36.ff.fam.ercisc.* Sicut nec inter alios iudicio Communi diuidundo agi potest, quàm inter quos constat rem esse cōmunem. *l.1.& pass.ff.commun.diuid.* Quanquam autem iudicium communi diuidundo singulare est, familiæ verò erciscundæ vniuersale, quia in illo de hereditate, in hoc verò de singulari re diuidenda agitur, Eadem tamen vtriusque ratio hactenus est vt non magis in actione familiæ erciscundæ quàm in iudicio Communi diuidundo prohibitę sint alienationes ante litem cōtestatam *dict.l.alienationes*, vbi quod scriptum est de iudicij accepti tempore malè nostri accipiunt de tempore cœptæ controuersiæ, & vt Baldus loquitur, factę citationis, cùm non aliud tempus significet quàm quod sequitur contestationem Lite siquidem contestata apud prætorem, aliúmve magistratum cuius erat iurisdictio, tùm demum iudex à prætore, aut alio magistratu dabatur qui de facto cognosceret, eóque tempore iudicium accipi dicebatur, vt sæpiùs monuimus ad *titul. De iudic.* Quod à nostris vulgaribus interpretibus perceptum non fuisse mirum non est, qui veterem illum morem ac ritum iudiciorum, à quo tam multæ iuris nostri propositiones pendent, penitus ignorarunt. Non igitur distinctio illa est adhibenda quam nostri adhibent An iudicium vniuersale sit, an singulare. sed an in eo hereditas, an quid aliud petatur. Est quidē vniuersale iudicium omne quo petitur hereditas, Sed non similiter ē conuerso possis dicere peti hereditatem in iudicio quolibet vniuersali. Porrò priuilegium, quod habet iudicium vniuersale petitionis hereditatis, ad impediendas alienationes non habet quatenus vniuersale iudicium est, sed quatenus petitio hereditatis. Nec tamen habet possessor quod valde conqueratur etiamsi alienatio ei districtè prohibita sit ex die motæ controuersiæ, cùm possit sibi consulere præstita satisdatione de omni quantitate hereditatis, vel saltem de rerum hereditariarum ęstimatione restituenda. Cuius satisdationis effectus ille est non vt possessor alienare absolutè prohibeatur, quod voluit Accursius, rectè in hoc à Bartolo reprehensus. Sed vt vel ab alienatione abstinere debeat, vel si quid alienauerit tantundem restituere, aut in rebus ipsis & corporibus, aut in ęstimatione teneatur. Sed & interdum causæ cognitio vice ac loco satisdationis est. Quid enim si non tam facile & expeditum sit possessori exhibere fideiussorem? *l.2.§.pe.sup de iudic.* An non fuerit iniquum ob prohibitam in totum alienationem impediri alias vtilitates non quidem possessoris, quas parum sanè curaremus sed ipsius hereditatis? Finge aliquam impensam funeris gratia esse necessariam, aut futurum esse, vt nisi pecunia intra certum diem soluatur pignus à defuncto datum creditori distrahatur. Aut propter familiæ cibaria necessariā esse diminutionem? Meritò Prætor edixit omnibus istis casibus, & aliis si qui sunt similes permissurum se alienationem causa cognita etiam post litem cœptam, id est contestatam, etiamsi non satisdatio præstita sit quę fideiussores exigit *l. 1. supr. qui satisd.cog.* sed solita cautio, quæ nuda repromissione contenta est *l.pen.C.de verb.sign.* Finge etiam esse in hereditate res aliquas tēpore perituras, quales plerumque sunt multæ *l.verum 11.§.si locupleti. sup.de minor.* An non vtilius est hereditati vt eiusmodi res distrahantur, quàm vt seruentur diutiùs, cū seruando seruari non possint? arg. *l.lex quæ tutores 22.in fin.C.de adm.tut.* Sic in *l. Aristo.5.§.1.l.6.l. aut prætor 7.§.vlt.infr.de iur.delib.* Quod autē diximus alienationē omnē possessori esse interdictam, eò pertinet, vt nec aliquas ei actiones mouere permittatur *d. l.aut prætor.§.quid sit autē.* vbi ratio redditur, quòd absurdū sit ei cui alienatio interdicitur permitti actiones exercere, quæ scilicet hoc ipso amittuntur quòd exercentur, Nisi proponas esse illas eiusmodi quæ etiā tēpore sint perituræ *l. creditores 14.ff.de reb.autor.iudi.possid.* Rursus quod dicimus propter familiæ cibaria permitti alienationem, non de familia possessoris intelligi debet, sed de hereditaria, vt bene Accursius explicat, nisi possessor filius sit. Hic enim de bonis patris interim alendus est, Exemplo eius quod de filio deliberante scriptum est in *l.filius 9. de iur. deliber.* Non enim possessoris, sed hereditatis, vt dixi, vtilitates ante oculos habet prætor, quoties possessor non satisdedit, quo casu prætoris decreto indiget, & cognitione prætoris, vt possit alienare etiam ex causis supradictis. Cæterùm si satisdederit, liberam nanciscitur rerum omnium hereditariarum admi-

Digitized by Google

administrationem ad eas quoque alienandas non tantùm quæ tempore perituræ essent, vt malè hîc vult Bartolus, sed etiam cæteras. c. in satisdatio faciat ne quid possit videri interesse petitoris *l. l.* ... *qui satisd. cogant.* in oc. *l. pen. de Carbon. edict. l. 1. §. mulier ... ventr. in poss. mitt. l. si quis instituatur 23. §. item sicondiciom. ff. de her. inst. l. Fulcinius 7 §. planè si non defendatur, & seq. ff. quib. ex caus. in poss. eat.*

1 ¶ Diuus Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, vt Ælius Asiaticus daret satis de hereditate, quæ ab eo petitur: & sic falsum dicat. hoc ideò, quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur.

Ad §. 1. Diuus Hadrianus.

Ratio dubitandi. Tum demùm satisdare possessor hereditatis debet ex rescripto Diui Pij, de quo dictum est in principio huius legis, cùm instituitur petitio hereditatis, ne interim hereditas diminuatur, vt proximè diximus. At cùm is qui possidet hereditatem quam alius ab eo petit ex testamento, vult falsum testamentum dicere sustinetur & differtur iudicium petitionis hereditatis in id vsque tempus quo falsi causa & instituta sit, & peracta. Ergo quandiu de falso cognitum & pronunciatum non est, onerari satisdatione possessor non debet. Ratio decidendi. Ob hoc ipsum satisdare possessor debet, quòd necesse sit sustineri differrique iudicium hereditatis donec falsi causa peracta sit. Istorum enim iudiciorum quę de petitione hereditatis sunt, id est, quæ ad petitionem hereditatis pertinent, ea est autoritas vt nihil in præiudiciũ eius iudicij fieri debeat, vt subiicitur in §. *sequ.* qui cum hoc sic coniungendus est, quia huius rationem contineat. Iudicium autem de falso testamento licet nõ sit petitio hereditatis, tamen ad petendam hereditatem pertinet, cùm non aliter sciri possit an hereditas, vel ex testamento, vel ab intestato, & ad quem pertineat, quàm si sciatur an verum sit testamentum quod falsum dicitur, nécne: quemadmodum accidit etiam in querela inofficiosi testamenti, vt diximus ad *l. qui de inofficioso 20. supr. tit. prox. l. 1. C. de ordin. iudic.* Ergo quandiu de falso cognitũ & pronunciatum non est perinde alienatio rerum hereditariarum possessori interdicta esse debet, atque si petitio hereditatis iã instituta proponeretur. Alioqui nihil erit facilius, quã vt sub prætextu proponendæ accusationis falsi testamenti, præiudicium fiat petitioni hereditatis, quod autoritas & magnitudo Centumuiralis iudicij certò non patitur *l. vlt. C. hoc titul.* Fuit tamen in hanc rem necessarium rescriptum Diui Hadriani quia rescriptum aliud Diui Pij, de quo iam diximus, sufficere non potuisset. Alia enim hæc species est, & quæ non prorsus eandem rationem habere videbatur. Atqui, inquies, pendente quęstione falsi heres scriptus interim mittendus est in possessionem *l. 2. C. de edict. Diui Hadr. toll.* Fateor, quia is fauor est momẽtaneæ possessionis vt morã ei nullam fieri oporteat, quia facilè expediri potest, nec facit præiudicium vllum in quæstione de proprietate, quam petitorij quæstionem appellant *l. naturaliter 12. §. nihil commune. infr. de acqu. poss.* Sed petitionis hereditatis alia ratio est, In qua scil. non de sola possessione, sed de iure ac proprietate hereditatis agitur, Eámque ideò differri oportet ac sustineri, quousque causa falsi agatur. Nimirum si de falso agatur principaliter non incidenter. Alioqui falsi quæstio incidens in quæstionem de hereditate non impedit cognitionem iudicis de hereditate cognoscentis quominùs possit ille falsi quoque quæstionem tanquã incidentem examinare, dummodò non de falso, sed de hereditate pronunciet, arg. d. l. 1. C. de ordin. iudic. de cuius sentẽtia & emẽdatione scripsimus *lib. 19. Coniectur.* Cæterùm hoc etiam casu sustinetur pronunciatum super hereditate quousque falsi causa examinata sit, quod Bartolus rectè hîc producit ad eum quoq; casum quo testes ex quorum testimoniis deberet alteruter litigatorum condemnari accusentur de falso, siue principaliter, siue incidenter.

2 ¶ Eorum iudiciorum, quæ de hereditatis petitione sint, ea auctoritas est, vt nihil in præiudicium eius iudicij fieri debeat.

Ad §. vlt. eorum iudiciorum.

Ratio dubitandi. Exceptiones istæ Quod præiudicium hereditati non fiat, futuri tantùm iudicij non etiam facti nomine comparatæ sunt *l. si post litem 13. ff. de except.* Atqui si futuri iudicij nulla potest esse autoritas cùm nondũ l. c. Prius enim est vt aliquid sit & esse inceperit, quàm vt eius aliqua vis, & potestas esse possit cùm non entis nullę sint qualitates vulg. *l. pen. d. reb. credit. l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. infr. de cond. & d. monstr.* Ergo quod placuit nihil fieri posse in præiudiciũ eius iudicij quod de hereditate futurum sit, non potest referri ad autoritatem iudiciorum, sed potiùs ad autoritatem Centumuirorum quorum propria ista cognitio erat in vrbe, vt diximus in præcedentibus.

Ratio decidendi. Magnitudo & autoritas Centumuiralis iudicij pendebat à numero & autoritate Centumuirorum, & ideò sufficiebat sperari iudicium futurum de hereditate quamuis nullum adhuc esset, vt se interponerent Centumuiri, nec per alios tramites viam petitionis hereditatis infringi paterentur, vt Iustin. ait in *l. vlt. C. hoc tit.* Neque verò nouum est, vt etiam futuri iudicij quod nondum sit rationẽ haberi oporteat, Nam & idem euenit in edicto De alienatione iudicij mutandi causa facta. Siquidẽ pertinet edictum illud ad futurum iudicium non ad id quod iam sit *l. ex hoc edicto 8. §. 1.* vbi dixi *supr. ill. tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Quamquã autẽ in exceptionibus, Quod præiudicium hereditati nõ fiat, hoc iuris est, vt futuri tantùm iudicij nomine competant, non etiam eius quod iam sit. Si tamen de petitione hereditatis non solùm mota sit controuersia, sed etiam lis contestata, perinde prohibentur interim alienationes, si neque satisdatio, neque decretum prætoris interuenerit, ne præiudicium hereditati fiat, vt diximus ad initium huius legis, quia nulla in hanc rem opus est exceptione. Planè si iudiciũ non modò acceptum & cœptum sit, sed etiam finitum per rem iudicatam nihil superest quod de præiudicio

hereditati non faciendo tractari possit, Quam nostri putant esse sententiam *d.l. si post*, sicq; eam conciliant cum hoc §. quasi agitur ibi de iudicio iam facto & finito per sententiam, Hic verò de iudicio quod vel omnino futurum sit, vel quod iam quidem sit, sed inchoatum duntaxat non finitum, sed malè. Longè enim alia illius loci sententia est, vt dicemus ad *l. si quis libertatem 7. infr.* Rectè autem Bartolus quod in hoc §. de iudiciis in plurali numero scriptum est, sic accipiendum esse notat, non quasi numerus pluralis pro singulari vsurpatus fuerit, quod parum subtiliter sensit Accursius, sed vt intelligamus non solius iudicij petitionis hereditatis autoritatem hanc esse, sed cæterorum quoque omnium, quæ sunt præparatoria & ordinata ad petitionem hereditatis, qualia sunt illa omnia in quibus quæritur de iure testamenti, An falsum testamentum sit, vel iniustum, vel ruptum, vel irritum, vel inofficiosum, quia sicut ex iure testamenti pendet ius obtinendæ hereditatis testamentariæ, ita & ex quæstione testamenti, hereditatis quoque controuersiam & quæstionem pendere necesse est, vt apparet ex *l. prox. & sequ. infr.* Sed in quo differunt, inquies, iudicia ista quæ ad hereditatis petitionem pertinent, à cæteris in quibus agitur de re aliqua singulari? Nam & in cæteris eam quoque exceptionem locum habere certum est, Quod præiudicium fundo non fiat *l. fundum Titianum 10. l. fundi 18. §. de except.* Respondeo differentiam in eo esse quod cæterorum iudiciorũ nulla est autoritas nisi postquàm lis de re aliqua singulari est contestata. Istorum verò quæ ad hereditatis petitionem pertinent, priùs etiam quàm de hereditate iudicium cœptum sit, vt in specie §. præcedentis. Nimirum quia de iure testamẽti quæritur non tam propter testamentum ipsum, quàm propter hereditatem, quæ ex testamento pendet. Item cætera iudicia istas exceptiones inducunt ad hoc duntaxat vt alia omnis actio impediatur, quæ actioni priùs motæ plenum præiudicium afferre posset per autoritatem & exceptionem rei iudicatæ, ac proinde inter easdem tantùm partes. In istis verò quæ ad hereditatis petitionem pertinent, omnia omninò impediuntur per quæ possit præiudicium fieri hereditati, & controuersiæ motæ, siue inter eosdem siue inter alios de hereditate, puta distractiones & alienationes rerum hereditariarum, quæ in cæteris iudiciis non nisi post litem contestatã, acceptúmque iudicium impediuntur *l. 1. C. commun. diuid. l. alienationes 13. famil. ercisc. l. 1. & 2. iunct. Auth. litigiosa. C. de litigios.* Idque Bartolus etiam tractat ad *d. l. si quis libertatem num. 22. infr.*

6. VLPIANVS libro 75. ad Edictum.

SI testamentum falsum esse dicatur, & ex eo legatum petatur: vel præstandum est, oblata cautione, vel quærendum, an debeatur. Et si testamentum falsum esse dicatur: ei tamen, qui falsi accusat, si suscepta cognitio est, non est dandum.

Ad l. si testamentum 6.

Ratio dubitandi. Cùm testamentum falsum dicitur, ante omnia de iure testamenti cognoscendum est, & interim sustinenda petitio hereditatis, præstandáque per heredem satisdatio de hereditate non diminuenda ne præiudicium aliquod hereditati fiat *l. proxim. §. pen. & vlt. supr.* Atqui si testamentum falsum dicatur ab herede, & nihilominùs legatarius ex eo testamẽto legatum petat, certum est præiudicium aliquod hereditati factum iri si heres qui falsum dicit cogatur, vel legatum præstare tametsi legatarius offerat satisdationem, vel de hoc ipso disputare an legatum debeatur. Quomodo enim pronunciari posset legatum deberi, quin hoc ipso testamentum valere pronunciaretur? Ergo heres neque ad hoc adigendus est vt legatum præstet, neque rursus ad illud, vt de legato an debitum sit nécne, quæstionem suscipere compellatur. Ratio decidendi. Cùm heres qui hereditatem possidet, falsum testamentum dicit quòd malit eam hereditatem retinere ab intestato, vt se ab onere legatorum liberet non potest eo prætextu recusare aut differre solutionem legati, quia hoc casu de legato tantùm controuersia est non de hereditate, quæ scil. in omnem euentum, id est, siue verum, siue falsum testamentum erit, vtiq; ad eundem heredem pertinebit, quamuis vno casu ex testamento, alio verò ab intestato. Et ideò non videtur mihi Vlpianus hunc casum tractare, sed illum potiùs quo agitur de falso, vt ex ea causa petatur hereditas ab intestato, & ita fiat controuersia hereditatis. Toto enim hoc tit. tractatur de hereditate petita, & per petitionem controuersa: In hac verò lege vt in præced. & seq. De exceptione, Quod præiudicium hereditati non fiat. Quam exceptionem absurdum esset opponi ab eo, qui sibi ipsi faceret cõtrouersiam de hereditate. Quomodo enim posset agere contra seipsum? vulg. *l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Ponendum igitur est hereditatem possessam fuisse ab herede testamentario & instituto, petitam verò per eum qui legitimus heres foret ab intestato si testamentum falsum probari posset, ob idque institutam fuisse à legitimo successore falsi accusationem, Interim verò, legatarium ex testamento egisse contra heredem scriptum, vt legatum consequeretur. In qua specie dubitandum nõ est quin heres scriptus à legatario conuentus possit se tueri præiudicio, id est, exceptione illa, Ne præiudicium hereditati fiat. Nam etsi à creditore conueniretur posset ei sufficere ad summouẽdum creditorem, qui tamen hac parte fauorabilior est legatario, quòd in ea causa essent tabulæ vt contra eas bonorum possessio peti posset *l. 2. infr. de except. rei iudic. l. qui cum herede 15. de oblig. & action.* iunct. *l. ita tamen 27. §. quoties ad SC. Trebell.* Sed exceptio hæc tollitur si legatarius offerat non nudam cautionem quæ contenta est repromissione, sed satisdationem, id est, cautionẽ cum fideiussore de legato in casum euictæ hereditatis restituendo. Neque hoc tantùm ex Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. hoc tit.* sed etiam inspecta iuris veteris ratione arg. *l. 1. §. sane interueniente. §. si quis omiss. caus. testam. l. 3. §. si legatarius & l. penult. §. si cui plusquam per leg. falcid.* Satisdatio enim pro plenissima indẽnitate est *l. proxim. in princip. & l. 1. supr. qui satisd. cogant.* Quòd si satisdare legatarius nolit vel non possit, proderit exceptio heredi non quidem hactenus ne cogatur litem contestari de legato, sed vt lite contestata nõ possit cogi accipere iudicium, ac multò minùs cõdemnari legati nomine, nec quicquam contra eum

pro

pro legatario pronunciari in euentum vsque petitionis hereditatis, vt loquitur Iostin. in *dict. l. vlt.* ils verbis *Vel si ipse maluerit litem quidem cōtestari, expectare autem hereditatis petitionis euentum.* Excepit enim Quod hereditati præiudicium non fiat, impedit cætera iudicia quantum ad pronūciationem, adeoque quantum ad cognitionem iudicis in iis dari, sed non quantum ad contestationem, cùm nec nisi à die factæ contestationis iudicia cætera incipiant, quo demum tempore iudicium & dictatur & accipitur, vt dixi ad *dict. l. prox. in prin. sup.* Ergo legatarij electio est vtrum facere malit, an satisdare, an post litem de legato contestatam expectare finem iudicij de hereditate inter scriptum & legitimum heredem accepti. Nec assentior Bartolo qui hoc quidem hodie ita esse fatetur ex *d. l. vlt.* sed negat idem iuris olim fuisse. Quasi ex eo quod Iustiniani constitutio sic habet, inferendum sit, aliter igitur olim obseruatum fuisse. Id enim verè quidem diceretur, si Iustinianus adfirmaret ita se constituere ius vetus corrigendo. At cùm initio legis profiteatur nihil se aliud agere nisi vt multas controuersias & varietates veterū certo fine concludat, nihil prohibet idem iam olim obtinuisse in legatis & fideicommissis quod à Iustiniano constitutum fuit. Nec enim poterit inutilis videri constitutio, etiam quæ nihil noui attulisset, nisi quod omnes veterum dubitationes si quæ hac parte fuerunt sustulisset. Ac sanè ita est, Nihil noui Iustinianus induxit in legatis & fideicommissis petitis eo tempore quo hereditatis petitio, vel mota sit, vel moueri speretur. Nec obscurè id innuunt verba constitutionis qua parte Iustin. ait esse id expeditæ quæstionis, si pro legato vel fideicommisso possessor hereditatis inquietetur. Non enim poterat videri expeditæ quæstionis esse id quod nouo iure nouæque legis autoritate indigebat. Planè si ex defuncti contractibus agatur contra possessorem, aut si de libertatibus, siue directis, siue fideicommissariis tractetur, quæ nec oblato satisdationis remedio aut competere aut præstari possunt, quia nec reuocari aut restitui possent ex quo semel competissent, vel præstitæ fuissent: his verò casibus Iustiniani constitutio nouum ius fecit, quale in *d. l. vlt.* continetur, vt dicemus ad *l. prox.* j. Bene igitur Vlpianus noster, Si testamentum ex quo heres scriptus possidet hereditatem, falsum dicatur ab agnato proximo qui ab intestato successurus esset, & ex eo testamento legatum interim petatur, vel præstandum id esse ab herede oblata per legatarium satisdatione, vel quærendum an legatum debeatur, sed quærendum tamen ita vt de eo nihil pronuncietur quousque finitum sit iudicium petitionis hereditatis, interim verò nihil ... litis contestatio fiet. Et hic haud dubiè huius legis, quantum ad hanc primam partem sensus est. Nam quod Accursius & Bartolus magis probare videtur vt electio sit heredis, prorsus improbabile est, cùm in eius qui conuenitur electione nunquam esse debeat an conueniatur aut soluere cogatur *l. pure* ... *vlt. de dolis except. l. petend.* ... *C. de temp. in integ. restit.* ... *alias l. non vtique* ... *de eo quod cert. loc. l. solemus* 61. *supr. de iudic.* Et quod addit Accursius heredem esse debitorem, debitoris verò electionē esse *l. plerumque* 10. *§. vl. de iur. dot.* ... pertinet. Heres enim debitor quidem est legati, sed legatarius debitor est satisdationis & quidem sub condicione, si legati sibi relicti solutionem vrgere

& exigere velit, potiùs quàm sola contestatione contentus esse. In ipsius ergo potestate esse debet an satisdare malit vt consequatur legatum, an contestari tantum dilata pronunciatione. Alioqui dicendum esset fore in heredis potestate vt cogeret legatarium & petere solutionem, & ob eam rem satisdare etiamsi mallet differri pronunciationem: quod esset ridiculum. Quid enim si satisdare legatarius nō posset, tametsi maximè vellet? Nec enim semper facile est inuenire fideiussorem *l. 2. §. penult. sup. v. de iudi.* Quid si nollet etiamsi maximè posset? Quomodo aut qua ratione cogi posset ad satisdādum? Satisdare siquidem facti est, ad factum autē nemo præcisè compellitur, sed in locum obligationis faciendi succedit præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio* 13. *in fi. de re iud. l. quoties quis alii* ... *de verb. obl.* Porrò nihil interest heredis qui legatum debet, dum ne cogatur solutionem facere, aut saltem pati condemnationem. Non igitur alia pœna esse potest legatarij non satisdantis, siue quia nolit, siue quia non possit, quàm vt solutionem petere & vrgere non possit. Nam vt non possit vrgere pronunciationem non fit ex defectu satisdationis, sed propter vim exceptionis, Ne præiudicium hereditati fiat: Quę tamen exceptio non ex persona ipsius heredis qui de legato conuenitur vim & æquitatem suam accipit, sed, quod in toto hoc tractatu præcipuè notandum est ex persona eius qui agit de falso testamento ad obtinendam ab intestato hereditatem. Eius namque solius interest hō pronunciari interim de legato, nec fieri præiudicium petitioni hereditatis, non autem heredis qui cùm ipse conuenitur ea omnia potest & debet obiicere quibus causam suam tueri possit, vt proinde nihil ipsius interesse videatur: dummodo ei officio iudicis caueatur per legatarium & indemnitate ipsi aduersus petitorem si forte petitor postea vicerit, præstanda: quæ cautio non propter pronunciationem interponenda est sed propter solutionem quam extorquere vult legatarius, ideoque etiam post pronunciationem esset perinde necessaria in executione iudicati si alius interueniret qui eandem peteret hereditatem *l. pen.* j. *hoc tit.* Porrò cùm legatarius satisdedit, omnimodo facienda legati solutio est, etiam citra pronunciationem quia nec dubitat heres qui testamentum verum esse defendit quin legatum valeat & debeatur, Nisi forte aliquid sit quod impediat, ne valere possit & deberi etiamsi maximè testamentum verum esset non falsum: quo casu frustra offerretur satisdatio, sicut dici solet cùm satisdatio petitur edicto & *tit. Vt legat. nom. caueat.* ... *vl. vt in poss. legat.* nihilque vetaret pronūciari hoc casu statim de nullitate legati: ... ea pronūciatio nec illi qui testamentum de falso accusaret, nec hereditati præiudicium vllum factura esset: quippe cui non testamenti falsitas, sed alia ratio causam daret. Cęterùm si legatarius nolit satisdare, pro legato consequendo, sed contentus sit litis contestatione, dilata pronunciatione in euentum vsque iudicij de petitione hereditatis inter ... suscipiendi, non potest dubitari quin sit audiendus inuito non tantùm herede qui reculat, nec debet nec potest quominus litem contestetur, sed ... etiam actore & accusatore reluctante, cùm nihil eius intersit: Siquidem sola cognitio & pronunciatio est quę petitioni hereditatis præiudicium facere posset, non contestatio de legato: vt neque solutio legati

Digitized by Google

quoties solutum est citra sententiam & vi satisdationis non condemnationis. Planè si prætextu à se præstitæ satisdationis, vellet legatarius vrgere pronunciationem, non esset audiendus, non quasi interesset quicquam heredis, sed quia interesset petitoris, nec satisdatio posset mutare causam iuris, aut impedire ne per ejusmodi pronunciationem fieret præiudicium hereditati. Proinde facilius est legatario vt præstita satisdatione cogat heredem ad solutionem faciẽdam quàm ad patiendam condemnationem; quia per solutionem solius heredis vtilitas offenditur, cuius tamen reuera nihil interest, cùm satisdatum ei fuit. Et verò stultus esset legatarius qui mallet satisdare ad extorquendam condemnationem, quàm ad extorquendam solutionem, in cuius exactione totus rei iudicatæ effectus consistit *l. minor 40. sup. de minor. l. 4. §. ait prætor. de re iudic.*

a *Et, si testamentum falsum esse dicatur.* Ratio dubitandi. Quæstio falsi non impedit ne interim legatũ peti possit saltem oblata per legatarium satisdatione, vt proximè diximus, hactenus nimirum non vt de legato pronuncietur an debeatur néc ne, sed vt ad eius solutionem heres etiam inuitus adigatur: quòd per satisdationem fiat, vt nihil eius intersit. Ergo etiamsi ille ipse qui testamentum falsi accusat, legatum petat, perinde dandum ei erit. Quid enim heredis interest an legatarius ipse sit, an alius qui instituit falsi testamenti accusationem?

Ratio decidendi. Inuerecundum est & omnino absurdum, vt ille ipse qui falsum esse testamentum contendit nihilominùs legatum ex eo testamento petat. Sunt enim ista cõtraria, Falsum dicere testamentum, & legatum petere ex eo ipso testamento. Itaque non est hic audiẽdus vt nec alius quisquam contraria allegans *l. 1. C. de furt.* Nam & si ita pronũciabitur falsum esse testamentum, vtique certũ est non posse legatum ex falso testamẽto deberi, Sin contra actorem pro testamento pronũciabitur, indignus planè est qui testamentum falsum dixit & succubuit vt ex eo quicquã consequatur: quod & Accursius & Bar. rectè hîc defendunt *l. post legatũ 5. §. 1. ĵ. de his quæ vt indig.* Nullo igitur casu fieri potest vt sit legatarius cũ effectu Cur ergo ei permittamus legatum petere prætextu oblatæ satisdationis arg. *l. 1. ĵ. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.*

7. VLPIANVS libro quartodecimo ad Edictum.

SI quis libertatem ex testamento sibi competisse dicat, nõ debebit iudex de libertate sententiam dicere [a], ne præiudicium de testamento cognituro faciat[b], & ita senatus censuit Sed & Traianus rescripsit [c], differendum de libertate iudicium, donec de inofficioso iudicium aut inducatur, aut finem accipiat [d].

Ad l. si quis libertatem 7.

Iampridem credidi, & nunc magis credo totam legem hanc esse Triboniani, Adeò pugnantibus & sententiis & verbis plena est, vt nec Accursius, nec Bartolus facilè possint se euoluere. Itaque singulas legis sententias, & verba singula breuibus adnotationibus prosequemur. Ait lex *Si quis libertatem ex testamento sibi competiisse dicat.* Meliùs scripsisset *competere.* Qui namq; libertatẽ directã vindicat intendit eam sibi competere, non antè competiisse. Quid enim prodesset competiisse aliquãdo, si hodie non competeret? Quamquam autem non facilè accidit vt libertas non competat hodie quæ semel competiit, quia libertates quæ semel competierũt non reuocantur § *si is cui. Insti. de eo cui libert. caus. bon. addic.* interdùm tamen id euenit, puta si testamentum quo datæ sunt directæ libertates posteà inofficiosum pronunciatum sit intra quinquennium *l. Papinianus 8. §. pe. & vlt.* vbi dixi *sup. tit. proxim.* Non ergo benè intenditur libertatẽ competiisse aliquando, nisi eo tempore quo agitur competere dicatur. Sed & cùm ex solæ libertates dicantur competere, quæ directò datæ sunt, nõ etiam quæ per fideicommissum relictæ sunt (hæ siquidem debentur & præstantur non competunt *l. sed si non seruus 36. §. vl. ĵ. ad leg. falcidiam,*) non debuit hæc lex coarctari ad libertates directas, cùm idem tractari possit in fideicommissariis, An scilicet peti possint, & præstari debeant prinsquàm de hereditate cognitum sit & pronunciatum. Sic enim de vtrisque tractat Iustin. in *l. vlt. §. sin autem libertates. C. hoc tit.*

a *Non debebit iudex de libertate sententiam dicere.* Ratio dubitandi. Libertatis causa semper fauorabilis est *l. 3. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. generaliter 24. §. si quis seruo. ĵ. de fideic. libert.* imò rebus omnibus fauorabilior *l. libertas omnibus 122. de reg. iur.* Ergo non debet propter hereditatem fieri mora libertati.

Ratio decidendi. Etsi de liberali causa non nisi maiores iudices pronunciant & cognoscunt *l. non distinguemus 32. §. de liberali sup. de recept. qui arbit. recep.* maius tamen & fauorabilius est iudicium de petitione hereditatis, Non tã quòd sit vniuersale, vt vulgo malè creditur, quàm quia est centũuirale. Magnitudo enim & autoritas Centumuiralis illa est quæ facit vt nihil in præiudicium petitionis hereditatis fieri debeat, potiùs quàm fauor hereditatis *dict. l. vl. C. h. t.* Nam & Centumuiralibus iudiciis prætor ex more præsidebat, vt docet Cuiac. *lib. 10. obseru. cap. 20.* qui idẽ de liberalibus causis cognoscebat in vrbe, sicuti præsides in prouinciis *d. §. de liberali l. 2. C. de pedan. iudicib.* Atqui fieret præiudiciũ petitioni hereditatis, si priùs de libertate quàm de hereditate pronunciaretur. Non enim potest libertas, vel competere, vel deberi ex testamento, quin testamentum valeat, & consequenter quin hereditas ad heredem institutum pertineat: Ergo differri sententiam de libertate necesse est, ne fiat præiudicium quæstioni de hereditate, cui nullum penitus præiudicium fieri oportet *d. l. nõ distinguemus 32. §. si is faciat. sup. de recept. l. si post 13. ĵ. de excu.* Obserua tamen in hoc legis huius principio & vsq; ad versic. *nam cùm quidam,* tractari de seruo cui data fuerit libertas sine hereditate, & qui prouocet heredem institutum ad iudicium liberale.

b *Ne præiudicium de testamento cognituro faciat.* Rectiùs scripsisset *cognitioni* quàm *cognituro.* Nõ enim verendum est ne præiudicium fiat iudici, qui de hereditate cogniturus est, sed iudicio & cognitioni. Quod & Haloãder benè vidit, qui pro eo quod hîc scriptum est *cognituro* maluit legere *cognitioni.* Placeret itaque emendatio, si locum hunc Vlpiani esse putarẽ. Sed cùm sit Triboniani, vt ex aliis

multis

multis apparet, lõgè probabilius est scripsisse Tribonianu: quomodo scribere non debuit, quàm quomodo eum scribere oportuit. Et verò cùm idẽ Prætor esset, vt dixi, qui in vrbe & de libertate pronunciabat solus, & de hereditate cum Centumuiris, tanquam qui centumuiralibus iudiciis præsideret, apparet non esse verendũ ne prætor de libertate pronuncians faciat præiudiciũ sibi ipsi de hereditate cognituro, sed tantùm ne faciat præiudicium cognitioni. Ratio dubitandi. Sententia de libertate dicta inter alios lata est, quàm inter quos de hereditate cognosci & pronunciari oporteat, De libertate enim agitur cui libertas data est siue directa, siue fideicõmissaria, De hereditate verò ille qui agnatis proximus est, eoq; iure aut qui aliter siue pro herede, siue pro possessore possidet hereditatem. Atqui res inter alios iudicata aliis non nocet *l.1.§. de except. rei iud.* Ergo frustra veremur ne sententia de libertate dicta præiudicium faciat cognitioni de hereditate.

Ratio decidendi. Sufficit qualequale præiudicium fieri cognitioni de hereditate, & licèt non fiat plenum. Hoc enim priuilegiũ est iudicij Centumuiralis *l.5.* vbi dixi *sup. l. vlt. C. eod.* Atqui non potest negari quin ex sententia etiam inter alios lata per quam pronunciatum fuerit libertatem competere vel deberi ex testamẽto fiat aliquod & saltem qualequale præiudicium hereditati quæ siue ab eadem persona siue ab alia petatur ex eodem testamento. Procliuiores enim solent esse iudices ad pronunciandum pro testamento pro quo iam semel pronunciatum sit, etiamsi ab alio iudice, in alia causa, & inter alias partes. Et ita rectè Accursius & Bartolus, atq. *d. l. in princ. infr. de appellat.*

c *Sed & Diuus Traianus rescripsit.* Ratio dubitandi & decidendi eadẽ est ad hũc versic. quæ ad sententiã præcedentẽ. Idem enim sensus est nisi quod hic versic. ad hunc casum specialiter pertinet, quo de inofficioso agatur, vel agi speretur. Superior verò generalior est. Nam quod addit Bart. verba huius rescripti fuisse prolata simpliciter, in superiore autem sententia fuisse verba senatusconsulti relata ad iudicem, vt appareat officio iudicis teneri hanc committi, verba illa prorsus ineptum est. Non enim senatusconsulti verba illa sunt quæ præcedunt, sed illius cuius hæc lex est, siue Vlpiani, quod non possum credere, siue Tribon. Ideoque nec verum puto quod idem Bart. ait, iudicem ex officio suo, id est, etiam nulla parte opponente posse differre causam libertatis quoties hereditatis petitio vel mouetur, vel moueri speratur: propterea quod non debeat, inquit, manifestare iudex motũ animi sui *l. obseruandũ. sup. de off. præsid. l. vbi falsi 10. C. ad leg. Corn. de fals.* Nam eum præiudicia sint exceptiones opponendæ, sicut cæteræ exceptiones omnes, & quidẽ per modũ exceptionis *d. l. si post 13. §. de except. vlt. in pr. C. de rei iud. & de except. rei iud.* nec proinde suppleri per iudicem possunt. Quare nec video cur idem Bart. hoc loco inferat, quod tamen non nego verum esse, In iis in quibus iudici ipsi vel iurisdictioni aliquod pariretur præiudiciũ posse iudicem supplere ex se, etiam non opponente parte. Non enim pararetur in hac specie præiudicium aliquod per cognitionẽ de libertate aut ipsi qui de libertate cognoscit aut illius iurisdictioni, sed alij iudici & alij iurisdictioni, Ei scil. qui de hereditate cogniturus est, id est Centumuiris, quorum sunt propria cogni-

tio de hereditate nõ etiam de libertate *d. l. vlt. C. h. tit. l. pen. de liber. legat.* Illud sanè verum est, posse huiusmodi exceptionẽ opponi nõ solùm ab herede, qui conuenitur pro libertate ante propositam aut motam petitionem hereditatis *d. l. vlt. l. 2. de except. rei iud. l. qui cum herede 15. De obl. & act. l. qua. diu 25. de bon. liber. l. si prætermiss. 15. de bon. poss. contr. tab. l. ita tamen 27. §. quoties ad SC. Trebell.* sed etiã à filio exheredato qui acturus est de inofficioso siue cõtra heredem institutæ adesse, & interuenire velit. Nec enim nouum est vt iudicium inter alios inchoatum per tertium interuenientem impediatur *l. Titia 34. §. solut. matrim. l. si su pecta 29. sup. tit. prox. Auth. nunc si heres C. de litigios.* Nam & cùm heres ipse qui conuenitur hanc exceptionẽ opponit, non ex sua sed ex eius qui exheredatus est persona eam opponit, & vt Bartolus loquitur, pro interesse exheredati non pro suo. Certè is qui se vindicat in libertatem si postquàm cœpit agere velit iudicium differri non est audiendus, cùm ad iudicium sua sponte venerit, vt post Accursium concludit Bart. ex *Auth. qui semel C. quom. & quand. iud.* Nam & hic versic. ad eum pertinet cui sola libertas testamento data fuerit sine hereditate, & qui ad iudicium liberale prouocet heredem institutum.

d *Donec de inofficioso iudicium aut inducatur aut finem accipiat.* Nostri post Accursium & Bartolum sic intelligunt vt induci dicatur iudicium cùm fit absolutio ab obseruatione iudicij, finem verò accipere per sententiam diffinitiuam. Induci enim iudicium intelligunt pro eo quod est cancellari, vt in *l. inductum 22. C. de sol. & tot tit. De his qua in testam. delent. induc. vel inscrib.* Ego verò etsi nõ ignoro hãc verbi huius significationem, fateor tamen me non intelligere quid sit iudicium deleri aut obliterari, etsi hanc quoque interpretationem Guillielmo Budæo viro doctissimo video placuisse. Induci enim iudicium si quando prudentes dicunt sic accipiunt acsi dicerent introduci & institui: vt in *l. Papinianus 8. §. si filius sup. tit. prox.* quo tamẽ sensu certum est verbum hoc in proposito accipi non posse. Itaque probabilius arbitror, vt dicamus corruptum esse hunc locum, & pro *inducatur* legendum esse *excludatur* nato errore ex con...ctione literarum *e, l,* ex quibus facilè conflatur ... litera *d.* Sensus verò ita erit, & elegãs, & apertus Excludi enim dicitur iudicium de inofficioso, vt & aliud quodlibet quando non initium accipere potest, quod contingit quoties is, qui agere aliquando potuit exclusus est ab agendo, vel tempore, vel repudiatione, vel quo aliu modo, vt in *l. qui rejudicantes 17. l. si ponas 15. §. vlt. sup. tit. prox.* Finem verò accipere dicimus per sententiam definitiuam. *lit. de re iud. l. singul. 6 de except. rei iud.* Alioqui fatendum erit prætermissum esse sanè ab Vlpiano, siue à Triboniano casum illum qui prætermitti minimè debuit, quo iudicium excludatur per exclusionem actoris. Quomodo enim posset deleri, obliterari, aut denique finem accipere iudiciũ, quod numquã initiũ habuisset? *l. si Titio vsusfructus 96. de cond. & demonstr. l. 1. §. penultim. si quis omiss. caus. testament.* Sanè induci iudicium eo sensu quo volunt Accursius & Bartolus pro absolutione rei ab obseruatione iudicij nunquam scriptum legi apud Iurisconsultos aut Imperatores. Dices post iudicium acceptum quod fit lite contestata non differri iudicia singularia prætextu petitionis

hereditatis, quamuis iudicium de hereditate nondum tamen acceperit, vt mox dicemus ex *l. si post litem 3. §. de except.* Malè ergo tractari hîc de iudicio quod finem acceperit. Respondeo post litem de hereditate contestatam non differri iudicia singularia, quæ aliam caussam & originem petitionis habent, differri tamen si ab eisdem testamenti caussa proficiscantur, quomodo proficiscitur iudicium liberale ab eadē caussa à qua & petitio hereditatis, cùm heres institutus libertatē sibi vindicat cū hereditate, aut solam libertatē ex eo testamēto, quod dicitur inofficiosum, vt in sequentibus dicemus.

1 § Ita demum autē sustinentur liberalia iudicia, si tam de inofficioso iudicium contestatum est [a]. cæterum, si non contestetur, non exspectantur liberalia iudicia, & ita Diuus Pius rescripsit [b]. Nam cum quidam Licinnianus [c] de statu suo quæstionem patiebatur [d], & ne maturius pronunciaretur de cōditione sua, nolebat ad liberale iudicium ire, dicens suscepturum se de inofficioso testamento iudicium, & petiturum hereditatem [e], quam libertatem, & hereditatem ex testamento sibi defendebat [f]. Diuus Pius ait [g] si quidem possessor esset hereditatis Licinnianus [h], facilius audiendum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus [i], & erat in arbitrio eius qui se dominum esse dicit [k], agere de inofficioso testamento iudicium: nunc vero [l] sub obtentu iudicij de inofficioso testamento ab ipso Licinniano non suscepti [m] per quinquennium non debere moram [n] servituti [o], sed hanc summatim æstimandum iudici concessit an forte bona fide impleretur iudicium de testamento [o]: & si id deprehenderit [p], præstituendum modicum tempus: intra quod si non fuerit contestatum, iubeat iudicem liberalis partibus suis fungi [q].

A § ita demum.

a *Si tam de inof. ... contestatum est* Ratio dubitandi. Sufficit sperari iudicium de inofficioso, aut aliud ad hereditatem pertinēs, vt interim liberalia iudicia sustineantur, ne præiudicium vllum hereditati fiat *l. vit. C. h. t.* & in hac ipsa lege paullò ante finem in illis verbis *ac ne iudicium de testamento mou...* Ergo non est necesse vt iudicium de inofficioso sit contestatū. Idque adeò verum est, vt si post litem de inofficioso aut aliter de hereditate contestatam singulare aliquod iudicium proponatur, nō possit locus esse exceptioni Quod præiudicium hereditati nō fiat, quia huiusmodi exceptiones futuri tantùm non etiam facti iudicij nomine comparatæ sunt. Futurum autē iudicium dici non potest quod iam est inchoatū *l. si post litem 13. de except. infr.* Ratio decidendi. Hic primus versiculus est qui Triboniani manum in tota hac lege & intentā apertiùs detegit, siue verba inspicias siue verborum sensum. Non enim iudicij vllius contestatio fit, sed litis quæ ipsa per cōtestationē constituitur *l. vnic. C. de lit. contest. l. rem non nouam 14. §. patroni C. de iud. l. 2. C. de iureiur. propt. calumn.* Nihil enim aliud est litis contestatio quàm eius rei de qua controuersia est apud iudicem ex vtraque parte facta narratio testibus præsentibus, à quibus & nomen sumpsit contestatio, vt Cuiac. docet *lib. 7. Obseru. 21.* vbi tamē nō in... Cōtestat enim litem in iudiciū deduci, & actorem cōtestando nō tantùm litem facere sed etiam iudicium dictare, seu verò accipere. Neque enim iudicium vllum esse potest priusquàm iudex quisquam sit, iudex autē nullus est nisi qui à prætore aut alio magistratu post litem contestatam datur. In iudiciis nimirum ordinariis de quib. loquimur, ex iuris veteris ratione, in quib. ordinarium erat vt non ipsi magistratus cognoscerent & pronunciarent, sed post litem apud se contestatam darent iudicem qui de facto cognosceret, ac pronunciaret *l. 2. C. de pedan. iud.* Ergo litis cōtestatio præcedebat ipsum quoque initium iudicij quod à formula incipiebat, quā prætor aliúsve magistratus lite demùm contestata dictabat. Vnde fit vt passim videas in libris nostris tempus litis cōtestatæ & tempus iudicij accipiēdi pro eodem sumi, quia eo ipso instanti quo litis contestatio fit iudicium in eo est, vt accipi debeat. Accipitur autē immediatè & incontinenti post litis contestationem. Vnde fit vt tam verè ad iudicij accepti tempus interdum prudentes nostri plerique referant quæ alii qui magis verè ... ad tempus litis contestatæ, quoniam ea quæ incontinenti fiunt inesse credimus, vulg. *l. ... 40. ... de r. b. cr. d.* Proinde ne à proposito nostro aberremus nemo benè dixerit iudiciū cōtestari, quia odo hic Trib. loquatur ... & temporis & intellectus ordine iudiciū nullum esse possit, nisi præcedente & absoluta prius litis contestatione. Quanquā autem iudiciū de inofficioso testamento non fuit in vsu ex numero extraordinariorū, cùm Cē... apud quos debat cōtestatio & cognosceret de caussa testamenti ac hereditatis ... pronunciarent, non etiam iudicē darent non ideò tamē potest secundū vitale iudiciū de ante contestatio ... nec in ipsa quoque contestatione, sed ... post contestationem, quod enim tempore incipiebat extraordinarium esse iudiciū. Nam antē eius vim ... contestatio inclusinè nihil habebat extraordinarium, nec proinde poterat dici ... Ergo nec iudicium, quia eo ē instanti quo iudicium esse incipit, necesse est vt & nomen & naturā accipiat vel ordinarij iudicij, vel extraordinarij. Sed & Trib. prodit apertius quod sequitur *cæterum si non contestetur, non exspectantur liberalia iudicia.* Nā præter id quod solius Triboniani est cōtestādi verbum passiuè sumere cùm sit verbū deponēs quod secundū grammaticos habet actiui nō passiui verbi significationem, quis vnquam dixit, *exspectari liberalia iudicia* pro eo quod est sustineri & differri? Iudicium enim quod differtur & sustinetur, siue liberale sit, siue aliud exspectaverit quā exspectatum, cùm iudicio quod in aliud tēpus differtur mora fiat, nō etiā iudiciū ipsū morā faciat. Nec apertius quisquā vt ego arbitror dici potest. Sed vt non illis verbis ad rem ipsam veniamus falsum etiam est, nec vllo alio iuris loco probabile quod hic dicitur post litē de inofficioso testamento contestatam differri liberalia iudicia, illud verò falsius Non differri si lis nondū contestata sit. Pugnat enim prior sententia cum *d. l. si post litem 3. d. except.* Posterior verò cū hac ipsa lege in postremis verbis quæ suprà retulimus, & cum *d. l. vlt. C. h. t.* Ac quod ad posteriorem quidem pertinet, non est ex interpretibus qui neget, Ideóque

Que coguntur omnes sequi Accursij nostri interpretationem, qui ad hæc verba quæ explicauimus, *si iam de inofficioso iudicium cōtestatum est* sic notat, *vel contestari speretur*. Et rursus ad illa sequentia *cæterum si non contestetur* supplet similiter *nec cōtestari speretur*. Verùm hanc interpretationem quę omnino ex iuris ratione necessaria est legis nostrę verba nullomodo patiuntur. Vtitur enim lex verbis restrictiuis, & præcisis *ita demum autem* inquit *sustinentur liberalia iudicia si iam de inofficioso iudicium contestatum est*. In quo loquendi genere fortissimũ & infallibile est argumētum à contrario sensu, per quod in proposita specie infertur necessariò, Non ergo sustineri liberalia iudicia si non iam contestatum sit iudicium de inofficioso. Ponderandus enim est in proposito articulus ille *iam* quem non satis ponderant qui Accursij interpretationem sequuntur. De quo ne posset dubitari, hęc ipsa illatio subiungitur in illis sequētibus *cæterum si non cōtestetur, non expectatur liberalia iudicia*. Porrò nemo dixerit contestari iudicium, quod contestari speratur, neque verò ait per æquipollens, aut etiam per fictionem habendũ est pro cōtestato ob id solùm quod contestari speretur. Alioqui pro contestatis omnia habebuntur, cùm moueri omnia possunt, quandiu aut exclusa non sunt, aut finem nondum acceperunt. Prior autē propositio, quæ habet, Post litem de inofficioso testamento contestatā liberalia iudicia differri si de liberalibus iudiciis generaliter intelligatur, id est, etiam quæ non ab eiusdem testamenti causa, sed ab alia pendeant, (nam quę ab eodem testamento pendent, tantò magis differenda sunt in tēpus vsque finiti iudicij propter exceptionem quæ locum hab tura est rei iudicatæ, vt diximus ad versic. præcedentem) apertè pugnat cũ *d. l. post litem*, quæ licèt de liberalibus iudiciis non loquatur, sed de iis quibus singulæ res hereditariæ petantur ex alia causa quàm hereditas, loquitur tamen de exceptione Quod præiudicium hereditati non fiat, cuius potissimùm potestate liberalia iudicia differuntur: & quæ tamen non possis dicere deterioris condicionis esse debere, quàm cætera quibus singulæ res hereditariæ petantur singulari iudicio vindicationis. Atqui deterioris condicionis essent si post litem de hereditate contestatam differrentur cùm cætera non differantur, vt scriptum est in *d. l. si post litē*, vbi quod lex ait *post litem contestatam* si cum Accursiò sic accipias quasi diceret *post litem finitam* (quod certè verba non admittunt. Initium enim lis accipit à cōtestatione non finem) ridiculum facies Iulianum qui moneat, Post litē de hereditate finitā non posse obiici exceptionē præiudicij. Cùm enim dicimus, hereditati præiudicium fieri non dēbere, non tām de hereditate q̃ de petitione hereditatis intelligimus, Petitio autem hereditatis nulla amplius superest post litē de hereditate finitā. Ideò verò sufficit contestatā esse litem de hereditate quamuis nondũ finita sit, quia litis contestatio ipsa per se sufficiēs est ad impediēdum ne quid præiudicij fiat iuri in cōtestationem deducto: cùm quale quid est cùm petitur, id est, tēpore litis cōtestatæ *l. amplius 15. rat. rē hab.* tale dari debeat *l. 2. ff. de vsur.* nec proinde vlla indiget amplius exceptione. Idque est, quod dicimus per cōtestationē litis poni actionē in tuto, vt ex eo tēpore neque morte, neq; tēpore, neque alio vllo modo perire aut in totum, aut ex parte possit *l. aliam 29 de nouat.* Igitur nec deterior fieri, aut vllũ præiudiciũ pati, quoniā quod deterius fit, ex parte perit: Vt nō possim nō mirari tam improbabilē Accursij interpretationem à Cuiacio probatam fuisse *lib. 9 obser. cap. 27.* & ab aliis omnibus interpretib. quos procul dubio vnus hic locus fefellit. Nam quod adferunt ex *l. vlt. C. h. t. Si quis hereditatis petitionem vel susceperit vel suscipere sperat* facilè habet respōsionē, posse id & debere accipi de petitione quę sic suscepta sit vt tamen nondum fuerit lis cōtestata. Suscipit enim petitionē quisquis post editam sibi actionem mauult contendere de re qua lis futura est q̃ cedere: qua de causa fieri olim editio solebat *l. 1. ff. de edend.* ex eóq; tempore cōtrouersia incipere videbatur. Quòd si neges controuersiā incepisse ab editione, illud tamen negari nō potest controuersiam esse ante contestationē *l. 5. in prin. ff. h. t. l. sed etsi 25. §. si ante. ff. eod.* Quid ergo vetat susceptam dici petitionem hereditatis ex die motæ controuersiæ, licèt nondũ lis fuerit contestata? Denique aliud est litem contestari, aliud verò petitionem suscipere. Quòd si non differrent, dicerem potiùs cum Haloandro tollenda esse verba illa *vel susceperit* q̃ cum Græcis quod Cuiacius sequitur, retinenda, contra manifestā iuris rationē quæ extat in *d. l. post litem*. Nam præter id quod lineis inclusa sunt, vt solēt esse quæ sunt suspecta, credibile est addita ea esse ab imperito interprete, moto fortassis ex disiũctione illa *vel* quæ poni solet inter partes disiũctas, nec animaduertente poni etiam eleganter initio clausulæ & ante primā disiunctionis partē, Quamquā & sublatis iis verbis quæ Haloāder sustulit, nihil deerit clausulæ disiũctiuæ. Superest enim quod sequitur *vel suscipere sperat, vel mouere*, Vt intelligamus nō in eo esse disiũctionē, An quis petitionē hereditatis iā susceperit, an verò suscipere speret, sed in hoc vno, An hereditatis petitionē suscipere speret, an mouere: quorũ vtrũq; excludit casum illũ quo iam sit lis contestata. Mouit etiam Cuiaciũ quod in *d. l. si post*, tractat Iulian. de facto iudicio, quo nomine iudicium quod per sententiam finitum sit, significari ait ex *l. a quo 58. ff. de rei vindicat.* & quibusdā Ciceronis & Liuij locis. In quo vereor ne illum deceperit quod apud bonos Latinitatis autores alio sensu *iudiciũ* accipitur, cùm de aliqua re iudiciũ fieri, aut factũ esse dicunt, aliud verò apud nostros cùm de iudicio loquuntur. Iudicium enim facere latinè dicimus pro eo quod est iudicare: quo tamē sensu vix putē sic vnquā locutos fuisse Iureconsultos, etsi nihil apud eos frequētius est, q̃ vt de iudicato & de iudicando loquantur. Iudicium namq; intelligunt, totũ illud actionis exercitiũ, quod mediũ est inter litis contestationē & rem iudicatam, lite ipsa pendente. Excipio quod scriptum est in *d. l. a quo*, non iā ex Paulo quàm ex Alfeno Varo, qui primus ex nostris post Seruiũ ipsis ferè Ciceronis temporibus scripsit, vt Pomponius refert in *l. 2. §. Seruius, & §. ab hoc plurimi. de orig. iur.* Vix enim Paulus *iudiciũ factum esse* dixisset pro eo quod alij omnes dicũt *iudicatũ fuisse*. Etsi hoc quoque admisso, nō tamē statim cōsequēs fiet, vt sic accipi etiam Iulianus possit in *d. l. si post*, vbi manifestum est factum iudicium dici ad differentiam & antithesim iudicij non pendentis, sed futuri. Si iudicio pēdenti opponas iudicium factum, eo demùm casu fatebor iudicij facti appellatione nihil nisi iudicatum significari, vt in *d. l. a quo* in qua iudicium factum opponitur iudicio accepto. Sed si opponatur futuro iudicio, vt in *d. l. si post*, nō aliud significare pōt

Digitized by Google

quàm iudicium præsens & quod jam sit, non quod finitum & terminatum, vt in *l. ex hoc edicto 8. §. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Futuro enim iudicio non opponitur contradictoriè id, quod finitum sit, sed quod iam sit & pendeat, cùm inter futurum & finitum illud medium sit quod pendet. Perinde igitur est ac si Iulianus scripsisset exceptiones istas, Quod præiudicium hereditati non fiat, futuri tantùm non etiam accepti iudicij nomine comparatas esse: Facta enim dicere solemus ea quæ nunc sunt, cùm anteà non essent: idq; ostendit etiam priùs expressa mentio litis contestatæ, cui proximè, vt diximus, & immediatè succedit accepti iudicij tempus. Alioqui dicendum erit prætermissum esse à Iuliano totum illud tẽpus, quo lis pendeat & iudicium: nec posse ex eius sententia dici, an toto eo tempore sit locus exceptioni, Quod præiudicium hereditati non fiat, si fortè post litem de hereditate contestatam singulæ res hereditariæ petantur. Postremò illud etiam videtur fefellisse interpretes, quod scriptũ viderunt de exceptione *Quod præiudicium prædio non fiat* in *l. fundum 16. & ambo. ff. qu. eod. tit. de except.* posse illam opponi & vtilem esse quandocunque ante sententiam & post litem quoque contestatam. Sic enim argumentari videntur, quasi non debeat minoris potestatis esse exceptio de qua nũc agimus, *Quod præiudicium hereditati non fiat*, quam diximus in præcedentibus omnium fauorabilissimam esse. Sed obseruare debuerunt longè diuersam esse harum exceptionum rationem. Nam exceptio, quæ datur ne prædio fiat præiudicium, eo tantùm casu locum habet, quo sententia absolutoria de prædio possit parere exceptionem rei iudicatæ in posteriore iudicio, aut contrà quo sententia condemnatoria in posteriore illo iudicio, eandem rei iudicatæ exceptionem paritura esset in priore: vt & Bart. ipse & post eum cæteri quoque tractant in *d. l. fundum.* Exceptio autem, de qua loquimur, Ne præiudicium hereditati fiat, non datur ad hunc finem, sed tãtum ad hoc ne qualequale damnum & incommodum petitioni hereditatis accidat per aliam actionem, etiamsi futurum non sit vt sententia in alio iudicio lata pariat exceptionem rei iudicatæ in hereditatis petitione. Itaque locus est huic exceptioni tum maximè cùm aduersus possessorem vel petitorem hereditatis qui petitionem, vel suscipere sperat, vel mouere alius agit, quàm qui possit de hereditate vel agere vel cõueniri & consequenter de alia re, quàm de hereditate. Quo vtique casu certum est sententiam inter alios latam etiam de iure testamenti, vel de legato, aut libertate nõ posse parere exceptionem rei iudicatæ in petitione hereditatis *l. 1. de except. rei iud. & tot. tit. C. int. alios act. vel iudic. aliis non nocere.* Cùm igitur non eò minùs exceptio ista competat, vt apparet ex *d. l. vlt. C. hoc tit.* fatendum est, non eam rationem huic exceptioni locum facere, ne duæ fiant lites de iis rebus quibus possit vna res iudicata sufficere arg. *l. singulis 6. de except. rei iud.* Sed illam potiùs quam attulimus in superioribus ex *d. l. vlt.* Quòd magnitudo & autoritas centumuiralis iudicij non patiatur viam petitionis hereditatis per alios tramites infringi. Quę ratio cessat si lis de hereditate cõtestata sit *d. l. si post litem*, quia post contestationem petitio hereditatis in tuto est, nec infringi per alios tramites vllomodo potest. Quòd si possit post litem de hereditate contestatam moueri nouam cõtrouersiam inter eos ipsos qui de hereditate litigant, & quidem de ea re de qua si ferretur sententia pareret exceptionem rei iudicatæ in petitione hereditatis, non esset dubitandum meo iudicio, quin eadem exceptio locum haberet in hereditate quæ haberet in prædio, quoniam hoc casu eadem esset ratio vtriusque exceptionis: nec posset dici quod Iulianus scribit in *d. l. si post litem*, huiusmodi exceptionem Quod hereditati pręiudiciũ non fiat futuri tantùm nõ etiam accepti iudicij nomine comparatã esse. Nã generaliter definiri potest, Quarum exceptionũ ratio petẽda est ex autoritate rei iudicatæ, omnes eas etiam accepti iudicij nomine competere, ac post litem quoq; contestatã in diem vsq; rei iudicãdæ opponi posse: ante litem verò contestatã opponi non posse: quoniam & demum actio priuilegium habet vt prius iudicari debeat quę priùs fuit contestata, non quæ adhuc nunquam. Multumq; esset tractare de re iudicanda ante factam contestationem. At è diuerso illa exceptio, de qua in *d. l. fundum*, Ne fundo præiudicium fiat, non ex magnitudine & autoritate aliqua iudicij iam accepti proficiscitur, sed ex ratione illa vnica, Ne duo iudicia fiant de iis rebus quæ vno eodemq; iudicio per consequentiam expediri possint *d. l. singulis*, vbi etiam additur, quod ad rem nostrã valde pertinet, Ne diuersa inter easdẽ partes pronuncientur: Ideoq; nec aliter sibi locum vindicat ista exceptio quàm si inter eos ipsos inter quos iã lis pendet de fundo, actio aliqua noua moueatur, quæ priori sit consequens puta de seruitute vt in specie *d. l. fundum.* Ex quo etiã fit, non solùm, vt possit opponi post litẽ contestatam, sed vt nec antè cõtestationẽ opponi debeat, ne priùs de re iudicãda quã de lite contestata quæratur, Sicut neque opponi posset alio secundã actionẽ instituente, quã eo qui instituit primã: quia sic nihil est quod eo casu tractari possit de autoritate rei inter alios iudicatæ *d. l. 1. d. except. rei iud.* Præiudiciũ enim hoc casu accipitur pro præiudicato, cũ tamen si de præiudicio in petitione hereditatis agatur, nõ pro pręiudicato accipi nomen præiudicij debeat, sed potiùs pro incommodo, & damno: Tantaq; inter diuersas istas eiusdẽ verbi significationes differentia est quanta Gallis est inter duo hæc nomina *preiudice & preiugé.* Ita fit vt cùm de hereditate tractatur, duplex sit exceptio præiudicij quæ locum habere potest, Vna per quã fiat ne via petitionis hereditatis per alios tramites infringatur. Et hæc futuri tantùm iudicij nomine comparata est, siue is agat qui hereditatis petitionẽ aut suscipere aut mouere sperat, siue aliùs, dummodò iudicium singulare ex alia causa sit quã ex qua futurum est vniuersale petitionis hereditatis, nec proinde post litẽ contestatam opponi vnquã potest, cũ nulla opus sit via ad hereditatis petitionẽ instituendã, vbi iam de ea lis fuit cõtestata. Altera verò per quam opponitur de rei siue in priore, siue in posteriore instantia iudicandæ autoritate, Et hæc sicuti nõ nisi propter rem iudicatã comparata est, ita nec nisi inter easdẽ personas locũ habere potest, nec nisi post contestationem. Vtriq; verò cõmune illud est, vt neutra locũ habere possit post rẽ iudicatã, quoniã eo tempore sola exceptio rei iudicatæ vtilis esse potest & aliæ quarum propria conditio illa est vt iudicatum adprobent potiùs quàm impugnent, Quales sunt Solutionis, Compensationis, & De eo quod facere condemnandus possit, ac aliæ si quæ sunt similes. Cum verò non de hereditate, sed de prędio agitur, vna tantùm exceptio est, cui locus sit lite demùm conte-

contestata non anteà, & inter eosdem litigatores non inter alios. Nec possimus dubitare fauorabiliorem esse hac parte causam hereditatis quàm prædij, cùm quod dicitur de prædio locum habeat etiam in hereditate, non contrà. Non quia hereditatis iudicium sit vniuersale, fundi verò singulare, ac vt nostri loquuntur, particulare, sed quia illud centumuirale est, hoc verò priuatum *d.l.vlt.C.hoc tit.* vt iam suprà monuimus. Proinde quod olim obtinuit in iudicio petitionis hereditatis, non facilè protrahendum est quomodo Bartolus & alij protrahunt, ad cætera iudicia vniuersalia, quasi institutis iis debeant pariter silere omnia singularia. Non enim eadem hac parte ratio esse potest cæterorum iudiciorum vniuersalium, quæ licèt perinde vniuersalia sint, non tamen sunt centumuiralia. Atque ita vniuersa hæc quæstio alioquin perplexa satis & inuoluta explicanda est non quomodo à nostris interpretibus, ex quorum commentariis facilè qui libet videat non potuisse illos se hinc extricare: Maximè propter hanc legem quæ non solùm cum iuris ratione pugnat, sed etiam cum cæteris legibus. Nec est quod quis temerè dicere, Aliud esse litem de hereditate contestatam esse vt in *d.l.si post litem*, Aliud verò iudicium de inofficioso contestatum fuisse quomodo hîc loquitur Tribonianus. Nam etsi diuersæ sunt actiones inofficiosi testamenti & petitionis hereditatis, vt plurimùm tamē eodem iudicio proponuntur *l.qui de inofficioso 20. sup. titul. proxim.* quamuis petitio hereditatis eo casu proponatur subordinatè, ita vt priùs pronunciari oporteat super querela inofficiosi quàm pronunciari possit super hereditate. Sed non eadem ratio est contestationis, Nihil enim vetat vna eademq; contestatione & querelam inofficiosi & petitionem hereditatis concludi: quod si fiat, idem est dicere contestatam esse litem de hereditate & contestatam esse de inofficioso. Sed etsi poneres duobus diuersis iudiciis actum esse, & de inofficioso, & de hereditate, duplicemq; necessariam esse contestationem, posset quidem dici liberalia iudicia differri post litem de inofficioso contestatam, proptereà quòd eo tempore verum esset nondum fuisse contestatam litem de hereditate, atque ita non pugnaret *d.l.si post*, quæ tantùm negat singularia iudicia differri post litem de hereditate nun de inofficioso testamento contestatam: (esset autem hæc conciliatio melior quàm vlla ex iis quæ ab Accursio & Cuiacio adferuntur) Sed non eò minùs tamen falsum esset quod hæc lex ait, Ita demùm differri iudicia liberalia si iam lis contestata sit de inofficioso. Nam & ante litem de inofficioso contestatam, perinde verum est sperari iudicium petitionis hereditatis, atque si lis de inofficioso contestata esset, Sperari porrò sufficit vt locus sit exceptioni, Quod præiudicium hereditati non fiat *l.5. supr. l.vlt. C.eod.* si modò causa libertatis pendeat à causa testamenti, vt suprà explicauimus. Hoc enim addendum est vt casum illum excipiamus, quo liberale iudicium ex alia causa instituatur quàm ex qua petitur hereditas. Quo vtique casu non differtur prætextu futuri iudicij de hereditate, vel de testamento, non magis quam post litem de hereditate vel de testamento contestatam Sicut è contrario differtur etiam post litem contestatam de testamento vel de hereditate si ab eiusdem testamenti causa pendeat, propter exceptionem rei iudicatæ, quæ post prius iudicium finitum potest habere locum in posteriore. Et ita Bart. quoque sentit, nihil interesse an de inofficioso testamento, an verò de hereditate lis contestata sit, Nihil rursus referre an de inofficioso testamento, an de hereditate lis aliqua speretur. Atque hæc quidem ad hunc locum sufficiant Reliqua persequamur.

b *Et ita Diuus Pius rescripsit.* Agnosce morem Triboniani semper aliquod Imperatoris rescriptum allegantis, & ab eo abutentis vt ius quod in vna specie cōstitutum est ad aliam speciē planè dissimilem trahat. Videamus igitur an Diuus Pius rescripserit, ita demum differri liberalia iudicia si iam lis de inofficioso sit cōtestata. Hoc enim est quod proximè dixit Tribon. quodq; ex hoc Diui Pij rescripto probandum habet. Illud verò primùm obseruandum est, ea quæ sequuntur ad casum superiorib. dissimilem pertinere. Nam hucusque actum est de seruo se vindicante in libertatem: in sequentib. verò agitur de eo qui petatur in seruitutem. In superiorib. de eo qui se ex testamento liberum tantùm dicebat non etiam heredem. In sequentibus autem de eo qui & libertatem & hereditatē sibi vindicabat ex eodem testamento. Denique in superioribus de eo qui liberale iudicium instituere nolebat contra heredem scriptum non contra filium exheredatum acturum de inofficioso. In sequentibus verò de petito in seruitutem ab ipso filio qui querelam minabatur.

c *Nam cum quidam Licinnianus.* Proponebatur ergo hic Licinnianus qui seruus erat, à domino suo liber & heres institutus filio exheredato: Patiebatur autem status sui controuersiam à filio, qui hunc seruum suum esse dicebat, fortè castrensis peculij si filius erat in potestate, aut alterius generis bonorū si erat emancipatus. Alioqui non posset locus esse quæstioni si non alio iure filius exheredatus faceret controuersiā status quàm ex causa inofficiosi testamenti, cū eo casu necessariò agendum esset de inofficioso, quo facto nec liberale iudicium accipi vnquam posset, siue pro testamēto pronunciatū esset, siue contra testamentum. Cùm igitur hic filius seruum suum esse diceret, ac prætereà contenderet inofficiosum esse patris testamentum in quo fuerat exheredatus, & ex quo Licinnianus & libertatem & hereditatem sibi adserebat, hoc prætextu se mebatur Licinnianus ne ad liberale iudiciū ire cogeretur, quod speraretur lis de inofficioso, & consequenter de hereditate, cui per iudiciū liberale fieri præiudicium non oportebat. Præsertim cùm paratum se diceret suscipere vtrumq; iudicium, sc. de inofficioso & petitionis hereditatis (sic enim legendum est, non vt vulgo *& petiturum hereditatem.* Siquidem non alius de inofficioso conueniri potest, quam qui heres iam sit. & à quo hereditatē petere actor possit *l.Papinianus §.9. si conditioni. l.qui de inofficioso 20. s. tit. prox.* facilè autem conflari hic error potuit ex eo fortè quod scriptum erat paucioribus literis *& pet. hered.*) Nisi magis legere *vel petiturum*, vt vterq; casus alternatiuè comprehendatur, & quo Licinnianus sit possessor hereditatis, & quo non sit possessor. Nam quo casu possessor est, ad eum pertinet, vt suscipiat iudicium de inofficioso. Cùm verò possessor non est, petere debet hereditatem. Quærebatur ergo an nihilominùs liberale iudiciū interim suscipere cogeretur. Diuus Pius de eo consultus rescripsit, si Triboniano credimus, distinguendum esse an Licinnianus esset ipse possessor hereditatis, an verò alius quilibet, siue pro herede possidens, siue pro possessore. Priore casu faciliùs

audiendum Licinnianum dandamq; ei exceptionem, Quod præiudicium hereditati non fiat contra exheredatum, qui se dominum esse contendebat, cùm esset ipse hereditatis nomine iudicium suscepturus, & esset in arbitrio & potestate filij exheredati dominium in seruo vindicantis agere de inofficioso testamento statim, si vellet, ne fieret longior mora quæstioni de seruitute. Sed posteriore casu, id est, si non Licinnianus ipse possideret, sed alius contra quem proinde mouenda lis erat de inofficioso testamento & de hereditate, non debere sub obtentu iudicij de inofficioso testaméto, quod Licinnianus nec susceperit, nec suscipere possit, moram fieri per quinquénium seruituti (quo tempore quinquennij, cùm ius agendi de inofficioso concludatur *l. contra maiores 16. l. si quis filium 34. in fi. l. si tmus 36. §. vlt. C. de inoff. testam.* frustra esset expectari post quinquenniũ querelã quę moueri amplius non posset.) Alioqui dicendum esset durante toto illo tempore quinquennij, quo proponi querela potest, non fore in potestate filij exheredati vt ius suum quod habet in Licinnianum exequatur, tametsi nulla siue de testamento, siue de hereditate quæstio aut contra Licinnianum, aut ab ipso moueatur. Quod tamen absordum & iniquum esset, cùm ius filij exheredati in caput huius serui non ex querela inofficiosi testamenti pendeat, sed ex alia causa quæ nihil cum testamento commune habet. Nam & similiter dicimus si seruus aliunde sibi adferat libertatem quam ex testamento contra quod querela speratur non esse differendum liberale iudicium, vt sequitur in hac lege. At neque potest fieri vt Licinnianus à testatore liber esse iussus, heresque institutus hereditatis petitioné moueat vtiliter quin prius constet an fuerit seruus testatoris. Nam si seruus filij fuit, non potuit ei libertas directa dari, nec proinde hereditas, nisi ex persona domini sui & ad ipsius dominij vtilitatem, & consequenter videtur in hac specie causa status esse præiudicialis ad causam hereditatis, ac proinde prius tractanda *l. quoniam Alexandrum 26. C. ad leg. Iul. de adult.* Planè concessit Diuus Pius iudici vt æstimet an de inofficioso testamento iudicium bona fide imploretur, vt si hoc deprehenderit, præstituat modicum tempus intra quod fiat contestatio querelæ inofficiosi, Quo non facto iudex libertatis, partibus suis fungi iubeatur, hoc est de libertate cognoscere & pronunciare. Et hæc totius legis huius sententia est, Nisi quod additur in *versic. quoties*, Si is qui & libertatis, & hereditatis controuersiam patitur, se non ex eo testamento liberum dicat, sed ex alia causa, fortè quòd à viuo testatore fuerit manumissus, non debere impediri liberalem causam, licèt iudicium de testamento moueri speretur, Dummodò tamen prædicatur iudici liberalis causæ, ne vllum adminiculum libertatis ex eo testaméto admittat. Sed hæc omnia etiamsi maximè verè & ex iuris ratione dicerentur, de quo posteà videbimus, quid obsecro commune habent, cum eo quod Tribonianus probare voluit, & debuit. Ita demum differendum esse liberale iudicium si iudicium de inofficioso fuerit contestatum, contrà verò non esse differendum si nulla de inofficioso contestatio adhuc facta sit, Imò verò siue primam, siue secundam distinctionis in rescripto adhibitæ partem considères, præter casuum diuersitatem suprà iam obseruatam, repugnat omnino rescriptum, & supradictam conclusionem conuincit. Nam priore casu, id est, cùm Licinnianus possessor ipse est hereditatis, cuius controuersiam timet à filio exheredato, ex causa mouendæ querelæ inofficiosi, rescripsit Diuus Pius audiendum esse Licinnianum petentem differri liberale iudicium, ob id quòd esset ipse iudicium hereditatis suscepturus, & in potestate esset filij dicentis se dominum agere de inofficioso testamento. Atqui non ponimus fuisse adhuc litem de inofficioso contestatam, E contrario ponimus non fuisse, sed tantùm in filij arbitrio esse vt contestetur si velit. Ergo non est verum, ita demùm differri iudicia liberalia si de inofficioso iudicium iam contestatum sit, vt Triboniani verbis vtar. Quin potiùs verum est, differri iudicium liberale etiamsi nondum lis contestata sit at ne quidem mota, siue de testamento, siue de hereditate, dummodò moueri speretur, vt suprà probauimus ex verbis illis huius legis *licet iudicium de inofficioso moueri speretur*, & ex *l. vltim. C. hoc tit.* Posteriore autem casu, id est, cùm possessio hereditatis non penes Licinnianum est, sed penes alium, Rescripsit quidem Diuus Pius differri non debere iudicium liberale, At non ratione illa, quòd nondum esset contestatum iudicium de inofficioso, sed quòd neque posset iudicium de inofficioso moueri à filio, contra non possidentem hereditatem qui & liber & heres esse negabatur, neque rursus posset Licinnianus hereditatem petere à possessore priusquam probaret se ex testamento quod inofficiosum dici sperabatur, & liberum & heredem esse. Itaque liberalis causa erat omnino, vt dixi præiudicialis ad causam inofficiosi testamenti & hereditatis, Idque ita esse apparet euidentius ex eo quod subiungit Tribonianus rescriptum fuisse à Diuo Pio, Si bona fide iudicium de inofficioso imploretur, iudicium liberale differendum esse. Non enim ob id solum quod imploretur bona fide, contestatum tamen videri potest. Non ergo est necessaria contestatio, vt liberale iudicium differatur. Sed singula quæso Triboniani verba expendamus.

d *Ast cùm quidam Licinnianus de statu suo controuersiam patiebatur.* Scribendum erat *pateretur*, & paullo post *nollet* pro *nolebat*. Sic enim frequentius Iureconsulti loquuntur Tribonianus verò contra passim vsurpat verbum præteriti imperfecti indicatiui modi pro verbo præsentis temporis subiunctiui, vt ex legibus Codicis passim apparet. Sequitur *& ne maturius pronunciar tur de condicione sua.* Voluit Tribonianus dicere *vt tardius pronunciaretur.* Id enim agebat Licinnianus vt moram faceret causæ liberali, cùm nollet ad liberale iudicium ire, vt lex ait. Noli verò sic intelligere quasi verendum sit ne citiùs pronuncietur de libertate quàm pronunciari ex iuris ratione oporteat, si de liberali causa prius quàm de inofficioso pronuncietur: Sed sic potius vt nollet Licinnianus liberale iudicium suscipere, ne citiùs de condicione sua pronunciaretur, quàm vellet, non alia vtique de causa quàm quòd iuri suo diffideret. Sequitur

e *Dicens suscepturũ se de inofficioso testamẽto iudicium & petiturũ hereditatẽ.* Hic verò mirum in modum torquẽt se Accurs. Bart. & cæteri. Nec enim possunt videre qua ratione fieri possit, vt in vno eodemque casu Licinnian. possit & iudiciũ de inofficioso suscipere, & petere hereditatẽ, Cùm eius sit iudiciũ de

inoff-

inofficiosi suscipere à quo peti potest hereditas, ac proinde qui sit possessor hereditatis, Hereditatem verò petit is eius demùm qui non sit possessor. Nec enim his rasus ex iis est in quibus contra iuris rationem & regulas actio possidenti detur. Itaque coguntur dicere per zeuma, vt loquitur Accursius, repetenda esse verba illa *se suscepturum* acsi scriptum esset *dicens se suscepturũ iudicium contra petiturum*, id est eum qui petiturus est *hereditatē*. Quæ interpretatio prorsus est improbabilis. Dicerem potius cum casum significari quo Licinnianus heres scriptus non possideat hereditatem, sed filius exheredatus. Contra quem proinde necesse est, vt heres scriptus instituat petitionem hereditatis, & nihilominus suscipiat iudicium de inofficioso, proposita per filium querela in modum contradictionis, vt scriptum est in *l. Papinianus* 8. §. *si filius sup. tit. prox.* Hoc enim casu euenit, quod alio præterea nullo, vt eadem persona & suscipiat iudicium de inofficioso & petat hereditatem. Sed neque interpretatio hæc conuenit iis quæ sequuntur. Ad eum namque solum casum pertinent, quo heres scriptus non sit possessor hereditatis. Atqui nos eam quoque tractamus speciem in qua Licinnianus fuerit possessor. Inde namque incipit rescriptum Diui Pij relatum à Triboniano. Nullo autem casu fieri potest vt qui hereditatis possessor est hereditatem petat. Est igitur hæc mera inepria & inscitia Triboniani. Debuerat enim scribere quomodo suprà emendauimus *dicens se suscepturum iudicium de inofficioso, & petitioni hereditatis*. Aut potius mutata coniunctiua in disiunctiuam *vel petiturum hereditatem*, vt his verbis duplex ille casus comprehenderetur. Prioribus quidem prior, quo Licinnianus esset possessor hereditatis, Posterioribus verò posterior, quo non esset. Verùm neque hæc emẽdatio inscitiam Triboniani potest legere vel emendare. Nam cùm his verbis agatur de Licinniano, qui non potuit & possessor hereditatis esse & non esse, nec illud fieri potuit, vt Licinnianus diceret se & suscepturum iudicium de inofficioso tanquam possessorem, & petiturum hereditatem tanquam non possessorem. Contraria enim adeòque contradictoria allegaret, ac proinde non esset audiendus, vt dixi ad *legem proxim. in fin. supr.* Sequitur.

f *Quia libertatem & hereditatem sibi ex testamento defendebat*. Ergo, vt posuimus, erat Licinnianus testamẽto liber esse iussus, & heres institutus. Is verò qui se Licinniani dominum esse dicebat, eumq; in seruitutem reuocabat, erat exheredatus, vt apparet ex sequẽtibus illis verbis *& erat in arbitrio eius qui se dominum dicit agere de inofficioso testamento iudicium*. Et consequenter alio iure se dicebat dominum quàm vel ex testamento cùm esset exheredatus, vel ab intestato cùm adesset testamentum. Sequitur.

g *Diuus Pius ait*. Hoc verbum *ait*, Tribonianus fecit præteriti temporis perfecti, contra regulas grãmaticorum, vel si voluit esse id temporis præsentis, malè, ac inuitâ quoque grammatica id fecit, cùm tractaret de rescripto iam ante multos annos facto, & accommodato ad eam facti speciem, de qua dictum erat per verba præteriti temporis imperfecti *proponebatur*, *nolebat*, *defendebat*, quibus certè verbum præsentis temporis non nisi valde ineptè iungi potuit. Sequitur

h *Siquidem possessor esset hereditatis Licinnianus*. Meritò adhibenda fuit ab Imperatore distinctio ista, si Licinnianus in proponenda facti specie tam insulsus fuerat, quàm insulsum facit Tribonianus, cùm ponit illum dixisse paratum se & suscipere iudicium de inofficioso, & petere hereditatem. Nam qua parte dixit paratum se suscipere iudicium de inofficioso dixit se possessorem, Nisi fortè sic intelligas vt paratus fuerit illud suscipere per modum contradictionis quod tamen nisi valdè impropriè dici nõ potest vt postea videbimus: Qua verò parte dixit se petiturum hereditatem, prorsus est apertissimè, non esse se hereditatis possessorem. A quo enim possessore petere hereditatem posset is qui possessor ipse esset? Verùm non ideò credibile sit tam ineptum fuisse libellum eius qui cõsuluit Imperatorem. Dignior enim fuisset qui repulsam ab Imperatore pateretur, quàm qui Imperatorem ad distinctionem adhibendam permoueret. Ponendum tamen est precibus Imperatori porrectis non satis manifestè expressum fuisse an Licinnianus possessor esset hereditatis: Quæ res huic distinctioni causam dedit, vt & in *l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis subst. l. vt responsum* 15. *C. de transact.* Sequitur

i *Facilius audiendum, quoniam hereditatis nomine iudicium esset suscepturus*. Bona est ratio ad hoc vt concludamus differri debere iudicium liberale, vt & cætera omnia quãdiu speratur iudicium vniuersale ac centumuirale, de inofficioso testamento & de hereditate *l. vlt. C hoc tit. l. si post litem* 13. *inf. de except.* Ergo falsum est quod Tribonianus suprà dixit, ex hoc ipso Diui Pij rescripto probare voluit, Ita demum differri liberalia iudicia, si iam de inofficioso iudicium contestatum sit. Tantum abest, vt ex hoc rescripto id probetur. Idq; nec Accursius negare potest qui probationem superioris sententiæ ex huius rescripti autoritate petitam negat esse bonam. Sequitur

k *Et erat in arbitrio eius qui se dominum esse dicit*. Alius quilibet præter Tribonianũ scripsisset, quomodo sanè scribendum fuit *dicebat* non vt scriptũ est in tempore præsenti *dicit*. At Triboniano nihil familiarius est, quàm vt tam facilè confundat tempora, quàm frequenter confundit & peruertit rationem ipsam iuris, Sed quis vnquam ex prudentibus ita locutus fuisset, quomodo idem noster Tribonianus in eo quod subiungit *agere de inofficioso testamẽto iudicium*. Agere siquidem iudicio dicunt Iureconsulti, non *agere iudicium* pro eo quod est *exercere*. Sequitur

l *Nunc verò*. Id est in casu qui sit contrarius superiori, & in quo Licinnianus non sit possessor hereditatis quam filius exheredatus petere vult ex causa querelæ inofficiosi: Similis locutio est in *l.* 2. *in fin. ff. ad SC. Trebell.* si modò legas *nunc ergo plus Titio debetur* non vt vulgo legitur *nunc ergo*, Ita enim locum illũ emendauimus *lib.* 4. *Coni. ctur. cap.* 14. Sicut & in hoc loco plerique libri veteres habent *non* pro *nunc*. Omnino corruptè. Sequitur enim negatio in sequentibus illis verbis *non debere moram fieri seruituti* quæ negatio in veteribus exemplaribus deest. Ineptè tamen hac quoque locutione abusus est Tribonianus. Tunc enim ei locus esse potest cùm post digressionem aliquam reditur ad propositam speciem, quod plerunque prudentes nostri efferunt his verbis *in proposito*, vt in *l. cùm quis* 38. §. 1. *in fin. ff. de solut.* in notis iis quæ de illius loci sententia & emendatione scripsimus libr. Con-

Digitized by Google

iectutat. Atqui nondum fuerat dictum, quòd Licinnianus non esset possessor hereditatis: Neque verò si id in libello Principi porrecto expressum fuisset, adhiberi vlla distinctio ab Imperatore debuisset. Non ergo debuit Tribonianus ita scribere *nunc verò*, sed sic potiùs *si vero Licinnianus possessor non esset*. Sequitur

m *Sub obtentu iudicij de inofficioso ab ipso Licinniano non suscepti*. Hæc verò verba sunt quorum explicatio difficillima. & obscurissima omnibus interpretibus nostris videtur. Nec abs re. Cùm enim Licinnianus hereditatem non possideret, quomodo poterat suscipi ab eo iudicium de inofficioso testamento, vel de hereditate? Siquidem, vt iam dixi, eius est iudicium suscipere qui possidet, eius verò petere qui non possidet. Qui porrò petit, iudicium dictat & mouet, non suscipit. Coguntur autem nostri post Azonem locum hunc intelligere de querela inofficiosi, mota per modum contradictionis à filio exheredato qui sit possessor hereditatis & qui ob eam causam à Licinniano isto hereditatis petitioni conueniatur, ex *l. Papinianus* 8. *§. si filius supr. tit. prox.* Volunt enim Licinnianum heredem testamento institutum cum libertate, si hereditatem non possidebat, debuisse illam petere à filio exheredato, eodémque possessore, vt si vellet filius exheredatus in modũ contradictionis querelam proponere, posset ille replicare de ingratitudine atque ita & de inofficioso testamento simul, & de hereditate disputare. Et hanc nimirum rationẽ adferunt, propter quam hic Licinnianus non sit audiendus si iudicium liberale differri velit prætextu iudicij de inofficioso, cùm in eius arbitrio fuerit & potestate petere hereditatem, & dare occasionem mouendæ querelæ inofficiosi, quam filius exheredatus per se mouere non potuisset ad obtinendam hereditatem, quam ipse iam possideret. Sed non conuenit hæc interpretatio verbis huius loci. Nam præter id quod vt iam dixi, iudicium suscipit is qui cõuenitur, non is qui agit, iudicium hoc non de inofficioso dicendum esset, sed de hereditate. Nempe quia iudicia omnia æstimantur ex persona & iure actoris non ex iure ac persona rei: Actor autem hic Licinnianus quem & heredem institutum esse ponimus & agere tanquam non possessorem, non de inofficioso agere posset, sed tantùm de hereditate: De hereditate verò agere non iudicium suscipere. Duplex igitur absurdum est ita scripsisse *sub obtentu iudicij de inofficioso ab ipso Licinniano non suscepti*. Deinde nec huic interpretationi cõueniunt verba illa sequentia *per quinquennium moram fieri non debere seruitutis*. Nihil enim attinet tractare de quinquennio quando agitur de querela inofficiosi in modum cõtradictionis mouenda, cùm eo casu querela non quinquennio concludatur, sed sit perpetua. Ex iuris regula quæ habet Ea quæ temporalia sunt ad agendum perpetua esse ad excipiendum *l. purè* 5. *§. vlt. ſ. de doli mal. except.* Denique nõ potest filius exheredatus inducere querelam per modum contradictionis, nisi cùm ille ipse hereditatis possessor est *dict. §. si filius.* Atqui potest fieri vt neque Licinnianus possessor fuerit in specie proposita neque filius exheredatus, sed alius, fortè is qui post filium esset agnatus proximus, & intestati successor futurus si neque testamentum vllum neque filius quisquam obstaret: Aut etiam prædo, Nihil enim refert quantum ad hoc vt contra eum petitio hereditatis institui possit *l. regulariter* 9. *cum trib. sequent. infr. hoc tit.* At posterior pars hæc rescripti Diui Pij supponit tantùm, non fuisse possessorem hereditatis Licinnianum, nec illud etiam addit possessorem fuisse filiũ quem è contrario priùs posuit non esse possessorem, cùm dixit in eius arbitrio & potestate fuisse vt ageret de inofficioso. Cùm enim filius ipse possidet hereditatem, & inducit querelam in modum contradictionis, non agere dicitur sed excipere, quod & Accursius noster hîc fatetur. Alia igitur interpretatio quærenda est: & illa necessariò, vt mihi quidem videtur probanda, quam in præcedentibus attulimus, vt loci huius sensus sit nõ posse Licinnianum recusare quominùs liberale iudicium statim suscipere cogatur, prætextu mouendi iudicij de inofficioso, cùm is neque iudicium illud susceperit, neque suscipere vnquam possit, tanquã qui neque possessor hereditatis, neque heres esse possit, quin priùs probauerit se liberum esse, non seruum filij exheredati. Nam nec aliter potuit heres institui cum libertate quàm si patris, eiusdémque testatoris, non filij heres fuit. Est igitur hoc casu liberale iudicium præiudiciale ad vtrumque iudicium & querelæ inofficiosi & petitionis hereditatis, vt in *d. l. quoniam Alexandrum* 6. *C. ad leg. Iul. de adult.* & consequenter priùs tractandum, non differendum. Quanquam dici etiam illud potest, si alius quàm filius ipse exheredatus hereditatis possessor sit, posse Licinnianum tametsi status controuersia à filio exheredato patiatur, agere nihilominùs petitione hereditatis contra tertium quemlibet possessorem, atque ita vbi possessor factus erit, suscipere querelam inofficiosi si fortè tunc eam mouere filius volet, vt proinde possit ei imputari cur non agat petitione hereditatis ad hoc vt possit conueniri de inofficioso, cùm sit in eius potestate hereditatem petere quando velit, non etiam filij exheredati cõtra ipsum agere ex causa inofficiosi. Quisquis enim agit de inofficioso, supponit heredem illum esse contra quem agit, ac proinde liberum in necessarium antecedens, quod tamen supponere nec potest nec debet is, qui se eiusdem serui dominum dicit. Quæ ratio facit vt non possit causa status differri prætextu querelæ inofficiosi, cùm etiamsi Licinnianus hoc possideret hereditatem, non ideò tamen à filio posset conueniri de inofficioso, quin filius hoc ipso faceret præiudicium causæ liberali. Ex quo infero etiam in priore rescripti parte ad eum casum relata quo Licinnianus hereditatis possessor sit, non eo magis audiendum illum esse petentem vt liberale iudicium differatur prætextu querelæ inofficiosi, quia licèt verum sit quod pro ratione adfert Tribonianus. Esse hoc casu in arbitrio filij qui se dominum dicit, agere de inofficioso, non tamen potest id facere salua causa liberali, cùm neque nascatur querela ante aditam aut aliter acquisitam heredi instituto hereditatem *d. l. Papinianus* 8. *§. si condicione supr.* neque possit acquiri hereditas Licinniano sine libertate, nec denique libertas ex testamento eius qui dominus non fuit: Vt facilè suspicer totum hoc rescriptum Diui Pij vel merum Triboniani commentum esse, vel saltem longè aliter à Triboniano & relatum & acceptum fuisse quàm à Diuo Pio fuerit conceptum. Vtcunque sit, non potest Tribonianus ex posteriore ista rescripti parte non magis quàm ex priore probare quod vult. Ita demum differri iudicium liberale si iam contestatum

tum sit de inofficioso iudicium. Quod enim hoc casu non differtur, non ex eo fit, quod susceptum non sit iudicium de inofficioso, sed quia nec suscipi potest, neque per modum actionis, neque per modum exceptionis & contradictionis, Et quia iudicium liberale est præiudiciale ad causam inofficiosi & petitionis hereditatis, potestq; facilè fieri vt filius exheredatus citiùs & certiùs probaturus sit se dominum esse Licinniani quàm se gratum & obsequentem patri suo fuisse. Porrò statim atque probauerit se dominum, nulla iam indiget querela contra Licinnianum, ex cuius persona poterit ille citra querelam fieri heres si modò iubeat Licinnianum adire hereditatem ex testamento, Aut si malit delatam seruo suo hereditatem repudiare, fiet ille patri heres ab intestato, solaque ei necessaria erit petitio hereditatis, In qua vtique vincet possessorem quemlibet, tanquam suus heres, cùm nemo possit aut ex testamento aut ab intestato succedere suo herede existente, *l. 2. C. vnd. liber. l. 2. C. pro hered.* Nulla igitur ratio est differendi in hac specie liberalis iudicij siue Licinnianus fuerit possessor hereditatis, siue non fuerit. Sequitur

n *Per quinquennium non debere moram fieri seruituti.* Solent quidem Iureconsulti plerique dicere non facilè moram fieri debere libertati, quia scilicet reipublicæ interest liberis hominibus repleri ciuitatem, & quamprimùm fieri potest pro libertate pronunciari: Sed nullo vnquam alio loco scriptum legi non debere fieri moram seruituti. Quare & Accursius ipse, vt locutionis huius absurditatem effugiat sic verba hæc interpretatur, vt non debeat fieri mora quæstioni de seruitute. Videtur autem Tribonianus ex hoc versiculo sumpsisse materiam erroris, argumento nimirum ducto à contrario sensu, vt quia Diuus Pius rescripserat, non debere moram fieri iudicio liberali sub obtentu iudicij de inofficioso non suscepti, hoc ipso significasse videatur. E contrario igitur differendum fuisse iudiciū liberale, si litem de inofficioso Licinnianus suscepisset. Sed malè, & valde imperitè. Non enim his verbis *iudicij de inofficioso non suscepti* ratio continetur, propter quā putauerit Imperator non esse differendum iudicium liberale, nisi nobiscum sic intelligas, vt iudicium de inofficioso in proposita specie neque susceptum sit neque suscipi à Licinniano vnquam possit. Sed pendet horum verborum constructio ab illis præcedentibus *sub obtentu* quibus significatur quonam colore vellet Licinnianus moram facere quæstioni de seruitute, Nempe prætextu iudicij de inofficioso quod cùm nondum susceptum esset, vtique futurum erat: futuri autem iudicij nomine certum est huiusmodi exceptionem, Quod præiudicium hereditati non fiat, comparatam esse, *d. l. si post litem.* Ex quo tantum abest vt inferre quisquam possit, Rescriptum contrà fuisse Diuum Pium, scilicet de non differendo liberali iudicio si lis de inofficioso suscepta & contestata fuisset, Vt è contrario sit manifestissimum, id potiùs sensisse Imperatorem, vt iudicium liberale quod differri nolint sub obtentu futuri iudicij de inofficioso multò minùs differri vellet si iudicium de inofficioso non futurum, sed præsens esset. Nullus siquidem eo casu obtentus esset, nullus prætextus differendi iudicij liberalis, qui subest aliquis ante susceptum iudicium de inofficioso, quoniam, vt dixi, futuri tantùm non etiam præsentis iudicij nomine huiusmodi exceptiones comparatæ sunt, *d. l. si post litem* Itaque obtentus ille differendæ quæstionis de seruitute ob id, quòd iudicium de inofficioso futurum speraretur, ostendit potiùs probátque concludentissimè, Ad differendum liberale iudicium, sufficere ex ratione iuris, vt suscipi quandoque possit iudicium de inofficioso, nec illud etiam requiri vt iam susceptum sit: adeoq; nec prætextum vllum superesse differendi iudicij liberalis si iudicium de inofficioso iam susceptum & contestatum proponatur. Alioqui frustra erat subiicere hæc verba *non suscepti* si nihil intererat an susceptum esset iudicium necne: stultusq; fuisset Licinnianus qui differendi liberalis iudicij prætextum ex eo petebat quod iudicium de inofficioso futurum speraretur, si ita ius erat vt exceptioni huic dilatoriæ locus nullus esse posset, nisi post litem aut de inofficioso, aut de hereditate iam contestatam. Sequitur

o *Planè, summatim æstimandum iudici concessit, an fortè bona fide imploretur iudicium de testamento.* Hic quoque versiculus Triboniani manū & inscitiam detegit manifestiùs. Primùm quia summatim quid cognosci dicimus, id est, adhibita summaria causæ cognitione, non autem summatim æstimari. Æstimatio enim est in mente & religione iudicis, qui etsi quoque summariè cognouit de negotio, nihil tamen nisi maturo, pleno, exactóque iudicio adhibito æstimare debet. Deinde quia nulla opus fuit Imperatoris concessione vt liceret iudici æstimare an iudicium de inofficioso bona fide imploraretur, an potiùs dolo malo & frustrandi duntaxat liberalis iudicij gratia. Quid enim magis conuenit bono iudici quàm vt videat & æstimet quid à litigatoribus in iudicio dicatur fiátve aut bona aut mala fide? Sed quod magis me mouet illud est quod nō ad alium iudicem verba hæc referri possunt quàm ad eū qui de liberali causa cognoscat. Siquidem hucusque tractauimus eum casum quo Licinnianus de suo statu controuersiam passus id egerit quantum potuit, vt liberale iudicium differret, in eámque rem allegauerit exceptionem istam dilatoriam, Quod præiudicium hereditati non fiat. Apud quem verò iudicem, nisi apud eum ipsum ad quem vocatus erat vt de statu suo litigaret? Exceptiones enim omnes etiam declinatoriæ, ac multò magis cæteræ dilatoriæ apud eum iudicem opponendæ sunt, apud quem reus conuenitur *l. si quis ex aliena 5. supr. de iudic. l. exceptionem 19. C. de probat.* Ergo in proposita specie apud iudicem liberalis causæ: cuius proinde est æstimare vtrum bona an mala fide iudicium de inofficioso imploretur. Quod cùm ita sit, illud etiam consequens est vt quod subiicitur *& si id deprehenderit, præstituendum modicum tempus*, nō ad aliū iudicē referri possit quàm ad hunc ipsum cuius est de libertate cognoscere ac pronunciare. Hoc verò posito, quē, obsecro, sensum habere potest sequens illa clausula *intra quod si non fuerit contestatum, iubeat iudicem libertatis suis partibus fungi?* An idem iudex libertatis & iubere potest, & à seipso iuberi? Nisi fortè hîc quoque erratum esse putamus, & pro *iubeat* legendū *iubet* scilicet Diuus Pius, Quanquam neque hæc emendatio facere potest, vt bona huic versiculo constet sententia. Quis enim possit vnquam credere implorari iudicium de inofficioso bona fide ab eo qui ipse eo iudicio sit conueniendus? Nam siue vincat in querela inofficiosi, non

Digitized by Google

eo magis tamen poterit hereditatem retinere, si postea probetur seruus exheredati, qui in querela succubuit, Siue vincatur, perinde tamen seruus pronunciari poterit ac si iudicium de inofficioso nunquam suscepisset. Sed & cùm exceptiones istæ *quod præiudicium hereditati non fiat* introductæ sint non tam pro tuendo iure rei, qui conueniutur, quàm propter magnitudinem & autoritatem iudicij Centumuiralis, vt scriptum est in *d.l.vlt.C.hoc tit.* adeoq; tamen nihil intersit opponentis, vt supra diximus, apparet non esse hic inquirendum an bona fide iudicium de inofficioso vel de hereditate imploretur, sed illud tantùm, An præiudicium aliquod hereditati ex ea re fieri possit, an non. Denique non video quid hoc sit implorari Iudicium de inofficioso ab herede scripto, Pro eo quod voluit Tribonianus dicere, Opponi per heredem scriptum de periculo mouendæ querelæ inofficiosi. Solemus namque implorare tantùm illa ex quibus lucrum aliquod & commodum speramus, at non etiam ea quæ nihil nisi damnum, & incommodum adferre possint, in quo numero heredi instituto est querela inofficiosi contra ipsum mouenda Malè ergo & valdè & impropriè scripsit hic Tribonianus *implorari iudicium de inofficioso* pro eo quod voluit & debuit scribere *opponi de metu, mouenti iudicij de inofficioso* Sequitur

p *Etsi id deprehenderit præstituendum modicum tempus.* Hæc etiam locutio planè Triboniana est. Solet enim Tribonianus suas æquitates colorare adhibito passim huiusmodi temperamento modici temporis, vt diximus ad *l si d. hitori 22. sup. de iudic.* Sed quàm sit iniqua hæc æquitas, & indigna quam Diuo Pio Imperatori placuisse credi possit, ex eo apparet quod modicum istud tempus non alij posset præstitui, quàm Licinniano iudicium de inofficioso imploranti, nec rursus ad alium finem, quàm vt si intra tempus illud non sequatur contestatio, possit iudicium liberale cõtra Licinnianum exerceri. Atqui non est in potestate Licinniani, vt de inofficioso litem contestetur contra filium exheredatum. Ipsius enim est suscipere iudicium de inofficioso, non agere. Filij verò exheredati est agere, & consequenter litem contestari. Actor enim maximè litem contestari dicitur non reus, vt tractat Cuiacius *lib. 10. Obser. cap. 10.* Porrò non est in potestate rei quando conueniatur nec proinde quãdo fiat litis cõtestatio *d.l.5. §. vlt. inst. de doli mali exception. l. p tenda. & Cod. de tempor in integ. resti.* Iniquum igitur est deteriorem fieri eius conditionem ob id solùm, quòd aduersarius noluerit intra tempus præstitutum litẽ contestari, essetque tempus illud non Licinniano præstituendum quem ponimus bona fide implorare iudicium de inofficioso sed filio exheredato querelã commoranti, cui proinde nocere debet si tardius litem contestetur, si modò ratione aliqua fieri possit vt litem contestetur. Quod si nec ipse litem de inofficioso contestari potest aduersus Licinnianum qui non sit possessor hereditatis, iniquum sanè esset nocere ipsi lapsum temporis, sed multò iniquius nocere Licinniano cui longè minùs imputari quicquam possit. In summa noto actionis genere & nomine opus esset, quam de officioso, aut quod idem est de non inofficioso testamento vocari oporteret, inauditam planè & hucusque incognitam, etsi videtur Accursius ad hanc legem tale quid admittere inuitus quidem, sed tamen coactus.

q *Intra quod si non fuerit contestatum iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi.* Ergo inquies, si iudiciũ de inofficioso contestatum fuerit intra id tempus quod à iudice præstitutum erit iudicium liberale differetur. Atque ita videtur à contrario sensu argumentatus fuisse Tribonianus, vt supra monui, si quid tamen vnquam tale Diuus Pius rescripsit. Sed malè. Ideò namque iubetur iudex libertatis partibus suis fungi si de inofficioso iudicium contestatum non sit, Non quasi facta contestatione iudicium liberale differri debeat vt exceptionis *quod præiudicium hereditati non fiat* quam toties monuimus futuri tantùm non etiam præsentis iudicij nomine comparatam esse *d.l. si post litem.* Sed quia iudicium de inofficioso non contestatum intra id tempus quod ei contestando iudex præstiterit, perinde habendum est quasi contestationem amplius admittere non possit, ac proinde quasi nec futurum vnquam sit. Quamquam si totam rem hanc subtilius perpendere volumus, distinguenda videntur hac parte iudicia liberalia à cæteris singularibus per quæ res hereditariæ singulæ petantur, de quibus in *d. l. si post litem*: quia sententia in tis lata contra eum qui vel se vindicat in libertatem, vel petitur in seruitutem faceret etiplenum præiudicium in quæstione de inofficioso & de hereditate, cùm heres nullomodo esse possit is qui seruus pronuntiatus est, adeò vt etiamsi heres antea fuerit, tamen desinat heres esse *l. ex facto. 42. §. vlt. inst. de vulg. & pupill. subst.* In quo exceptionum genere, quæ pariunt plenum præiudicium, & exceptionem rei iudicatæ inter easdem partes, iam docuimus ita esse comparatum vt opponi quandocumque possint etiam post litem contestatam ex *l. fundum 16. & sequ. inf. de except.* Cæterùm quod sequitur *iubeat iudicem libertatis partibus suis fungi* quàm ineptum sit, iam satis superque ostensum est. Sequitur

2 ¶ Quoties autem quis pariter controuersiam libertatis & hereditatis [a], sed se non ex testamento liberum dicit, sed alias vel à viuo testatore manumissum: non debere impediri liberalem causam, licèt iudicium de testamento moueri speretur, Diuus Pius rescripsit, adiecit planè in rescripto: Dummodò prædicatur [b] iudici liberalis causæ ne vllum adminiculum libertatis ex testamento admittat.

Ad §. 2. Quoties autem.

a *Quoties autem quis patitur controuersiam libertatis & hereditatis,* &c. Alius, & nouus hic casus est. Hucusq; enim agimus de Licinniano qui ex testamẽto quod inofficiosum dicebatur, & libertatẽ & hereditatẽ sibi vindicabat. Ergo si aliũde quàm ex testamento libertatem sibi adserat ille ipse, qui tamen non nisi ex testamento adserit sibi hereditatem, non poterit impediri, hoc est differri liberale iudicium, eo prætextu, quod iudicium de inofficioso moueri speretur. Nempe quia hoc casu verendum non est vt præiudicium vllum fiat ei qui de testamento, & de hereditate acturus est, & qui heredem à testatore scriptum vindicat in seruitutem

tem

tem, cùm si liber pronunciabitur, tantò magis futurum sit vt & de inofficioso conueniri & hereditas ab eo peti possit. Atqui è contrario, inquies, si seruus pronunciabitur, neque de inofficioso conueniri poterit, neque petitione hereditatis, quia cum seruo nulla actio esse potest *l. cum seruo 107. de reg. iur.* Ergo quæstio hæc de statu facit præiudicium quæstioni de testamento & de hereditate. Respondeo nullum videri posse factum præiudicium ei qui vincendo in causa status hoc ipso hereditatem obtenturus sit iure domini & citra querelam. Sed tamen fateor quæstionem de statu esse præiudicialem, si contra libertatem pronuncietur. Non quidem eo sensu quo præiudiciales appellamus cæteras, quæ in alio sequenti iudicio parituræ essent exceptionem rei iudicatæ, sed quia sententia contra libertatem lata impediet ne aliud iudicium vllum moueri contra seruum possit, quæ res maioris potestatis & efficaciæ est, quàm si pareret exceptionem rei iudicatæ. Plus enim est actionem ipso iure tolli quàm per exceptionem. Ideóque nimirum contendo, quoties quis ex libertatis & hereditatis simul controuersiam patitur, nunquam posse differri iudicium liberale prætextu futuri iudicij siue de testamento siue de hereditate Siue ex eodem testamento libertatem sibi adserat is qui vindicat aut possidet hereditatem, siue aliunde puta ex manumissione inter viuos facta. Denique siue agi ille siue conuentus & siue futurum iudicium sit, siue vt Triboniani loquuntur, iam contestatum. Quia omni casu liberalis causa præiudicialis est ad omnes alias causas quæcunque illæ sint. Ratione scilicet illa omnibus communi, quod cum eò qui seruus pronunciabitur nulla futura sit actio, Adeò vt iudicium cum eo acceptum antequàm seruus pronunciaretur & eo tempore quo liber esse putabatur, irritum fiat & inane si posteà quandocunque seruus pronunciaretur *l. non idcirco 44. § cum fo. ;(?) vbi dixi ş. de iudic.* Sunt ergo liberalia iudicia non deterioris conditionis, quàm cætera singularia in eo vt differenda sint post litem de inofficioso testamento, vel de hereditate contestatam, sed melioris in eo vt ne quidem futuri iudicij prætextu differantur, quomodo cætera differuntur. Planè si non alia de causa is qui petitur in seruitutem controuersiam libertatis patiatur, quàm quia patitur etiam testamenti & hereditatis, id est, si non alia de causa seruus esse dicatur, quàm quòd testamentum quo libertatem meruit aut inofficiosum, aut falsum, aut iniustum, aut alia denique ratione inualidum dicatur, prius certè de testamenti & hereditatis iure quàm de liberali causa & cognoscendum & pronunciandum est, quoniam hoc casu liberale iudicium non est præiudiciale ad iudicium de testamento vel de hereditate excludendum aut ipso iure, aut per exceptionem rei iudicatæ, sed è contrario iudicium de testamento, vel de hereditate præiudiciale est ad causam status, cùm futurum sit vt pronunciari debeat contra libertatem, Si contra testamentum & pro eo qui hereditatem ab intestato petit, pronuncietur. Itaque hoc casu necesse est locum esse vulgari exceptioni, Quod præiudicium hereditati non fiat, quia procul dubio fieret præiudicium petitioni hereditatis & quæstioni de testamento si is qui seruus dicitur pronunciaretur liber ex eo testamento quod in eo est vt inofficiosi querelam possit admittere. Nec aliud erit etiamsi lis de inofficioso contestata proponatur, adeóque si voles, etiam de hereditate: cùm, vt dixi causa hereditatis sit præiudicialis ad causam libertatis, quoties libertas data est vel simul cum hereditate, vel saltem eodem testamento quo & hereditas. An igitur erunt liberalia iudicia deterioris cõditionis in hoc casu, quàm sint cætera singularia, quæ diximus exerceri posse post litem de hereditate contestatam *d. l. § post litem* Maximè. Nam quod in ea lege scriptum est de singularibus iudicijs post litem de hereditate contestatam liberè exercẽdis, ad ea iudicia singularia pertinet, quæ ex alia causa moueantur, quàm ex qua sit mota quæstio de hereditate, vt sententia quæ de hereditate feretur pariturа non sit exceptionem quam alioqui pareret rei iudicatæ in iudicio singulari *l. 3. l. si quis cùm totum 7. §. & generaliter. ff. de except. rei iudic.* Et ad hunc nimirum casum, quo scilicet libertas petatur siue directa siue fideicommissaria ex eo testamento de cuius viribus disputari oporteat. vt sciatur ad quem hereditas pertineat, referenda est cõstitutio Iustiniani in *d. l. vlt. § sin autem libertates C. hoc tit.* vbi cõstituit vt si mota sit vel moueri speretur quæstio de hereditate & testamento, fiat quidem morà libertatibus, sed per annale spatium dũtaxat, post annum verò elapsum & libertates directæ competant omnimodo, & fideicommissariæ præstantur. At in tota hac lege de illo agitur qui libertatis controuersiam patitur ex alia causa quàm ex inualiditate testamenti quod iniustum vel falsum vel inofficiosum dicatur. Tractat enim lex de illo cui controuersiam faciat exheredatus dicens se dominum: quo casu nihil planè refert an testamentum valeat, aut rescindẽ sum sit necne, quia semper verum erit malè nulloque iure datam libertatem directam ab eo qui dominus non fuit, aut fideicommissariam ab eo qui dominum de manumittendo seruo suo viliter non rogauit. Itaque nihil commune habet constitutio Iustiniani cum hac lege, quam proinde mirum non est cum *d. l. vlt.* non consentire, licèt vtraque sit Triboniani. Tantùm abest vt verum sit quod vulgo creditur legem hanc per illam esse correctam. Distinctiones sanè adhibendæ sunt & seruandæ quæ ponuntur in *d. l. vlt.*

b *Adiecit planè in rescripto: Dũmodo prædicatur.* &c. Habet hæc adiectio euidentem & optimam rationem, Ne fiat præiudicium qualequale cognitioni de testamento, & de hereditate si aliquod vel minimum adminiculum pro libertate sumatur ex eo testamento, de cuius iure disputandum est, Neque in eo fit vlla iniuria libertati cùm is qui se vindicat in libertatem suis confidens probationibus quas aliunde habet, nolit expectare euentum iudicij de testamento & petitione hereditatis, quem si expectare vellet, vtique maiores & certiores habere posset libertatis suæ probationes. Quid ergo si non ipse vindicet se in libertatem, sed alius petat eum in seruitutem: Non erit priuandus his probationum adminiculis quæ ex testamento sumi possunt, Nec in eo fiet vlla iniuria ei qui se dominum dicens non patitur differri iudicium liberale in id vsque tempus quo de testamenti iure cognitum sit pronunciatum, manifestéque statim de libertate pronunciari. Nam & euentum iudicij de testamento & de hereditate expectare cogetur, opposita exceptione, Quod præiudicium hereditati non fiat, si causa status non esset præiudicialis ad causam testamenti, & hereditatis, hoc est si lata

Digitized by Google

contra libertatem sententia totam de testamento & hereditate quæstionem non esset absorptura, quam vtique absorbet, cùm ex testamento heredem se dicit is quem actor è contrario seruum suum esse contendit. Sed redeamus iam ad prudéres nostros. Piget enim pudetq; tamdiu immorari in Triboniani ineptijs & indicandis & explicandis, aut confutandis.

8. PAVLVS libro 16. ad Edictum.

LEgitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui cùm ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

Ad l. legitimam 8.

Ratio dubitandi. Nemo potest hereditatem & testamentariam & legitimam simul obtinere, non magis quàm fieri etiam illud potest vt quis decedat testatus simul & intestatus *l. quandiu 39. l. illud. 77. de acquir. hered.* Ergo fieri nequit vt agnoscat quis hereditatẽ testamentariã quin hoc ipso repudiet legitimam aut contra *d. l. illud & l. nec is 17. §. 1. eod. tit.* iunct. *l. Clodius 97. vers. Papinianus eo.* Ergo is qui iudicium defuncti secutus adiit hereditatẽ ex testamento quod putabat valere cùm tamen non valeret, non eo magis tamen admittendus est ad petendam & vindicandam legitimam hereditatem quam semel iam repudiasse intelligitur: Siquidem certum est hereditatem semel repudiatam acquiri postea numquã posse *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered.* Nisi fortè beneficio in integrum restitutionis *l. 1. & tot. tit. C. si vt omiss. hered.*

Ratio decidendi. Qui adit ex testamento quod putat valere sicut non ideò fit heres ex testamento quia prius est, vt delata sit hereditas quàm vt acquiri possit *l. si is ad quem 21. in fin. de acquir. hered.* Ita legitimam hereditatem sibi delatam quidem, sed quam esse delatam ignorauit, repudiare non videtur *l. mater decedens 19. vers. nec enim* vbi dixi *sup. tit. prox.* Electio nãque iuris incompetentis non inducit renunciationem iuris competentis quod eligens ignorat sibi competere, vt ad hanc legem Bartolus & alij notant, & ad *l. postquam 43. ĵ. hoc tit. l. 3. C. eod.* Cæterùm si ponas aditam hereditatem ex testamento ab eo qui sciebat testamentum non valere non puto dubitandum quin hoc ipso legitima hereditas repudiata videatur, Non quod ea adprobatio à sciente facta possit dare vires testamento siue ruptum proponatur siue ab initio nullum & iniustum, itémque siue nullum sit testamẽtum ob præteritionem filij in potestate, vt in *l. filio præterito 17. de iniust. rupt.* siue ob defectum alterius cuiuslibet solennitatis *l. non dubium 16. C. de testam.* (quamuis malè Bart. ita distinguat, vt ex iis constare potest quæ alibi scripsimus de sententia *d. l. filio præterito*) sed quia nihil vetat etiam ex actu nullo & inutili declarari voluntatẽ *l. vlt. de reb. cor. qui sub tutel. l. licet transferam 20. de adim. legat.* sufficit autem ad repudiandam hereditatem siue testamentariam siue legitimam quòd is cui delata fuit, nolit eam ad se pertinere, *l. si ponas 23. §. vlt. sup. tit. prox. d. l. illud. 77. de acq. hered.*

9. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

REgulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro hærede, vel pro possessore possidet[a], vel rem hereditariam[b].

Ad l. regulariter 9.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis danda est cuilibet dicenti & probanti se heredem siue ex testamento siue ab intestato *l. 1. 2. & 3. sup.* Æstimatur enim, vt & actiones omnes cæteræ ex iure & ex persona actoris non possessoris. Ergo cõtra quemlibet possessorem & habentem restituendi facultatem, quomodo dici solet de speciali in rem actione *l. officium 9. infr. de rei vindicat.* Quid enim refert actoris, an possessor titulum aliquem suæ possessionis habeat an nullum? An non sufficit agenti ad victoriam vt ius ipse habeat agendi, & quidem potentiùs, quàm sit ius possessoris qui conuenitur? Solemus enim dicere in pari quidem iure potiorẽ esse causam possidentis, aut potiùs in pari non iure, quod nostri sic efferunt, vt dicant etiam viciosam possessionem aduersus extraneos prodesse *l. vlt. ĵ. de acquir. poss. l. vlt. C. de rei vindic.* Sed si petitoris iura sint potentiora nemo vnquam dubitauit quin potentior quoque & fauorabilior videri debeat actor quàm reus, etiamsi possessor titulum aliquem habeat suæ possessionis. Nec enim refert actoris probantis se heredem esse, quòd possessor emerit hereditatem aut rem aliquam hereditariam à non herede. Sicut & quod quis emerit fundum à non domino, non auffert domino vindicationem *l. rem alienam 28. ĵ. de contr. empt.* Ergo tametsi possessor hereditatis aliquem possessionis suæ titulum habeat non eo minùs danda est aduersus eum petitio hereditatis, Et consequenter falsum est quod hæc lex ait, non dari petitionem hereditatis, contra alium quàm contra eum qui possidet vel ius aliquod hereditarium, vel rem aliquam hereditatis aut pro herede aut pro possessore.

Ratio decidendi. Hereditatis petitio cùm sit iudicium vniuersale contra eum dari non potest qui aut aliquid ex hereditate, aut etiam hereditatem ipsam possideat titulo aliquo singulari, *l. cogi 13. C. hoc tit. l. pen. C. in quib. caus. cess. long. tẽpor. præscript.* Nã & cùm hereditatem quis emit siue ab herede ipso siue à quolibet siue bonæ siue malæ fidei possessore, acquisitionis titulus singularis est licèt ius ipsũ successionis vniuersalis veniat in venditionem *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. vers. emptor autem C. hoc tit.* vbi quod dicitur, Emptorem hereditatis qui proprio titulo possessionis munitus est, etiã singularum rerum iure conueniri posse, sic accipiendum est, vt emptor sicut habet & quia habet singularem titulum suæ possessionis ita etiam & ob hoc ipsum singularum duntaxat rerum iure, non autem ipsius hereditatis nomine conueniatur, accepta dictione *etiam* pro *similiter* aut pro *adeò* & *qui* pro *quia*, & dictione *proprio* pro *singulari*. Nihil enim differt proprius titulus à singulari, & relatio est in duabus illis dictionibus *proprio, etiã*, vt intelligamus rationem quam quærimus his verbis contineri, *qui proprio*

pro titulo possessionis munitus est, quod esset apertius expressum, sed non aptius si ita scriptum fuisset *quia proprio titulo* &c. Itaque quod lex ait *etiam singularum rerum* eo sensu accipiendum est acsi scriptum esset, non nisi singularum rerum iure conueniri emptorem posse, Ad excludendam scilicet petitionem hereditatis, quæ non datur contra eum qui possidet pro emptore aut qui alium proprium & singularem titulum habet suæ possessionis, Nisi cùm titulus ille singularis conueniat cum generali titulo Pro possessore vt in *l. nec vllam 13. §. 1 j. hoc ti.* Sunt enim hi duo tantùm tituli vniuersales *Pro herede & Pro possessore.* Cæteri omnes sunt singulares, quibus si quis munitus est, non debet cogi vt iudicium vniuersale patiatur, cùm eo casu necessariò disputandum sit de iure possessoris, non minùs quàm de iure actoris, & de singulis rebus singulari titulo acquisitis, quæ per vniuersale iudicium tanquam singulæ peti non possunt. Implicat enim cōtradictionem, vt iudicium sit vniuersale, & eo res singulæ tanquam singulæ petantur, Cogitur porrò actor singulas res petere vt singulas quoties possessor eas possidet vt singulas, non vt hereditarias, ne frustra & nullo iure agat si singularis possessionem proptio ac singulari iure tueri possessor velit. Meritò igitur receptum est, vt regulariter petitio hereditatis non aduersus alium detur quàm qui pro herede vel pro possessore possidet quid hereditarium, siue in iure consistat siue in corpore Et hæc vera huius iuris ratio est nō quam adfert Bart. ad *l. pro herede* 1. j. quod is qui agit petitione hereditatis nititur solùm ex titulo, nec se fundat ex aliquo iure suo quod in re habeat. Vt proinde si aduersarius, inquiunt, possideat & cum titulo habeat tale ius quale habet actor ipse & tantò plus quia possidet. Nam si bona ratio esset sequeretur vt non speciali vindicatione conuenire posset is qui rem singularem possideret, si modò titulum aliquem haberet, quia semper vincere deberet, tāquam qui præter titulum haberet plus quàm actor etiam possessionem Quòd si replices pro Bartolo in speciali vindicatione actorem habere non modò titulum sed etiam ius in re, id est dominium. Dicam, Perinde illum qui petit hereditatem habere dominium & ius in re non tantùm respectu ipsius hereditatis, sed etiam ratione singularum rerum hereditariarū, cum quisquis heredem se dicit dicat se dominum §. *vlt. Inst. de hered. qu. alit. & differ.* nec minùs rerum omnium quæ sunt in hereditate quàm hereditatis *d. l. 4. sup. l. in fideicōmissar. 18. vers. quoties ad SC. T reb.* Ideò autem adiecit Vlpian. *regulariter*, quia interdum datur petitio hereditatis etiam contra titulo possidentē, Nimirum si talis titulus sit cui cohæreat titulus Pro possessore, quod euenit quoties titulus singularis à iure improbatus est, vt in exemplis quę idem Vlpianus ponit in *d. l. nec vllam 13. §. 1.* Item si quis à fisco hereditatem quasi vacātem emerit quę reuerà non vacabat. Æquissimum enim est huiusmodi emptorem teneri petitione hereditatis, non quidem directa, cùm habeat titulum singularem, licèt sit emptor vniuersitatis *d. l. 1. C. h. t.* sed saltem vtili *d. l. nec vllam §. item si quis*, quia nimirum nec emisse videtur is qui emit quod in rerum natura non fuit, cùm nulla esset hereditas vacans, inuento tandem herede, non magis quàm si vendita esset hereditas vendentis *l. 1. j. de hered. vel act. vend.* Adducunt nostri aliud exemplum ex *ead. l. nec vllam §. si quis sciens*, de eo qui sciens alienam emit hereditatem: non quasi possideat is pro possessore (neque enim prædo est qui precium numerauit) sed quasi emptor vniuersitatis, quem proinde æquum sit teneri saltem vtili actione. Ac sanè ita scriptum est in *d. §. si quis sciens.* Sed ab Vlpiano & ex iuris ratione videbimus ad eum locum.

a *Qui vel ius possidet.* Ratio dubitandi. Iura nō possidentur cùm nec tangi possint *l. 1. §. vlt. de rer. diui. l. seruus 43. § incorporalis de acq. rer. domin.* vbi dicitur res incorporales neque traditionem admittere, neque vsucapionem. Ergo contra eum qui nihil ex hereditate habet nisi aliquod ius hereditarium nō potest dari petitio hereditatis, quæ scilicet non datur nisi contra possessorem. Cùm iudicis officium in huiusmodi actione nō aliud sit quàm vt iubeat restitui quod possidet is qui conuenitur, vt scriptum est in *l. seq.*

Ratio decidendi. Propriè quidem & verè iura non possidentur, sed tamen quasi possideri intelliguntur, ob id quod sunt in bonis nostris, nec minorem nobis vtilitatē adferunt quàm quæ tanguntur & verè possidentur. Mirum igitur non est, etiā iuris quasi possessorem teneri petitione hereditatis, non minus quàm possessorem rerum corporalium *d. l. nec vllam 13. §. vlt. l. quod si in diem 16. §. vlt. l. item videndum 18. in fin. j. h. t.* Præsertim cùm hereditas sit nomen iuris quæ in iure consistit non in corpore, id est quæ etiam sine corpore intellectum iuris habet *l. hereditas 50 inf.*

b *Vel rem hereditariam.* Ratio dubitandi. Neq; hereditas neq; pars vlla hereditatis potest dici cōsistere in re vna hereditaria *l. quamuis 14. j. si quis omiss. caus. testam. §. si quis vna Inst. de fideic. hered.* Atqui per hereditatis petitionē nō aliud peti potest, quā hereditas, vt nomen ipsum actionis demonstrat. Ergo cōtra eum qui dūtaxat rem aliquā hereditariā possidet, hereditatis petitio institui non potest.

Ratio decidendi. Per hereditatis petitionem hereditas quidē petitur, nō res aliqua hereditaria, sed tamē officio iudicis incumbit, vt id demum veniat in restitutionem quod reus possidet, ac proinde res vna tātùm hereditaria, si rē vnā duntaxat possideat is qui cōuenitur. Non enim aliud restituere potest, quàm quod possidet, neq; rursus fieri potest vt hereditas propriè ac verè possideatur quæ in iure cōsistit, vt proximè diximus, nisi quatenus singulæ res hereditariæ aut omnes aut aliquæ possidentur. Sufficit ergo vnā rem hereditariam possideri ab eo qui conuenitur petitione hereditatis, dūmodò vel pro herede vel pro possessore ea res possideatur.

10. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

Licèt minimam.

Ad l. licèt minimam 10.

Ratio dubitandi. Solet dici, de minimis non curare prætorem vulg. *l. scio 4. supr. de integr. restitut.* Ergo non debet petitio hereditatis ob rem minimam dari: Præsertim cùm petitio hereditatis dicatur & sit iudicium vniuersale, cuius cùm ea natura sit vt vniuersitatem rerum comprehendat tantò difficilius est vt pro ea re detur quæ & vnica sit & minima.

Ratio decidēdi. Etiam minima curādā sunt, ne si

negligantur emergat quantulumcumque iniquitatis *l. si proprietarius 22. de dam. infect.* Nisi cùm futurum esset, vt per rem minimam præiudicium fieret maiori, vt in specie *d. l. sciol. res bona fide vendita 54. ỹ. de contr. empt. l. rei 21. ỹ. de except.* Quod in proposita specie non contingit.

1 § Itaque qui ex asse *, vel ex parte hæres est, intendit quidem hæreditatem suam esse totam, vel pro parte: sed hoc solùm ei officio iudicis restituitur, quod aduersarius possidet: aut totum, si ex asse sit hæres, aut pro parte, ex qua hæres est.

Ad §. 1. Itaque.

a *Itaque qui ex asse.* Ratio dubitandi. Id demum in condemnationem deducendum est, quod deductum fuit in petitionem, Ne possit obiici fatuum esse iudicem qui iudicat vltra petita vulg. *l. vlt. C. de fideic. libert.* Atqui in petitionem hereditatis nihil venit nisi hereditas, Ergo nec ad aliud condemnari debet is qui conuenitur petitione hereditatis quàm vt hereditatem ipsam non vt hanc vel illam rem quam habet, restituat. Differunt enim toto genere hereditas & singulæ res hereditariæ *l. in fideicommissaria 18. vers. quoties ỹ. ad SC. Trebell. l. quamuis 14. ỹ. si quis omiss. caus. testam.*

Ratio decidendi. Inter petitionem & condemnationem hoc interest quod petitio æstimatur ex iure & persona actoris, Condemnatio autem ex persona rei, quem absurdum & iniquum esset condemnari ad aliud præstandum quàm quod præstare possit, Atqui non potest fieri vt possessor restituat aliud, quàm quod possidet aut quod dolo malo desiit possidere, *l. officium 9. l. qui restituere 68. infr. de rei vindic.* Ergo quamuis per petitionem hereditatis ipsa hereditas petatur, officio tamen iudicis incumbit vt nihil aliud restituere possessor teneatur, quàm quod possidet. Id ipsum verò restituere iubetur non quasi rem aliquam singularem, sed quasi rem hereditariam, id est quæ in illa hereditatis vniuersitate petita continebatur, vt dixi *ad l. 4. supr. hoc tit.* Quamquam illud etiam dici potest in iis demum actionibus quæ sunt personales debere condemnationem respondere petitioni, quoniam & condemnatio & actio pendet ex obligatione quæ vtrique causam dat & legem. At in actionibus in rem aliud esse, in quibus nulla fit condemnatio, cùm aduersus eum competant qui nullo iure obligatus est, quique nulla alia ratione quàm quia possessor est conuenitur §. 1. *Inst. de actio. l. qui petitorio 36. l. vlt. & pass. ỹ. de rei vindic.* Itaque in iis non intendit actor nec petit, vt reus condemnetur, sed tantùm vt pronuncietur rem quæ petitur, siue hereditas illa sit siue res aliqua singularis ad actorem ipsum pertinere: quo facto iudicis officium est non tanquam iudicis sed potiùs tanquam viri boni vt rem illam à reo restitui iubeat actori, vt si arbitrio iudicis reus obtemperare nolet, tum demum ex bono & æquo condemnetur quanti actor in litem iurauerit. Hæc enim natura & conditio est omnium actionum arbitrariarum §. *praeterea Inst. de action.* vbi ponit Iustinianus in hoc numero actiones in rem speciales, à quibus tamen si iuris rationem inspicias non potest separari actio in rem vniuersalis, id est, petitio hereditatis, quatenus in rem quoq; est, Nisi quod petitio hereditatis habet multas præstationes personales propter quas mixtam actionis personalis naturam habere creditur, *l. hereditatis 7. C. h. tit. l. sed et si 25. §. pen. ỹ.* & quarũ ratione condemnationẽ quoq; admittit vt cæteræ personales actiones, Vnde & Iustinianus occasionem sumpsit adnumerandi eam inter actiones bonæ fidei *l. vl. in fine C.* cùm olim haud dubiè esset arbitraria sicut actio in rem specialis. Nã & ipsum nomen Petitionis hereditatis ostendit esse illam in rem non in personam, cùm petitionis verbo magis propriè actiones in rem significentur, *l. pecunia 178. §. actionis de verb. signific.* Neque verò dici potest quomodo aut quo sensu bonæ fidei actio illa dici debeat, quæ contra eum datur, qui nulla fidem dederit, quique nullo iure sit obligatus. Quare nec illud verũ est, quod Bartolus ad hanc legem notat, In libello super petitione hereditatis modum concludẽdi illum esse debere, vt putatur quod officio iudicis cogantur reus restituere id quod possidet ex hereditate. Nam neq; in petitione hereditatis neque in speciali actione in rẽ vlla est restituendi necessitas vi actionis & condemnationis si toris veteris ratio inspiciatur, sed tantùm arbitratur iudex, & quidem tanquam vir bonus, quilibet restitui debere actori eam rem quam priùs pronunciauerit ad ipsum pertinere. In condemnationem verò deducitur id tantũ quòd actor sua esse in litẽ iurauerit si arbitrio iudicis non pareatur *d. §. praeterea*, Nã & in petitione hereditatis sicut in actione in rem speciali iuratur in litem *d. l. sed et si 25. § hac verba. ỹ. h. t.* Quamquã ius hoc etiam in speciali rei vindicatione magna ex parte à Triboniano immutatũ est in *l. qui restituere 68.* vbi dicam *ỹ. de rei vindic.* vbi scriptũ est possessorem cogendũ esse ad præcisè adeoq; manu militari ad tẽ ipsam restituendã si eius restituendæ habeat facultatẽ. Et hanc nostram contra Bartolum sententiã mirificè lex hæc confirmat in qua Caius scribit eum qui vel ex asse vel ex parte heres est, intendere quidem hereditatem suam esse, vel totam, vel pro parte, sed tamen hoc solum ei officio iudicis restitui, quod aduersarius possidet aut totũ si ex asse sit heres, aut pro parte ex qua heres est, Ne dubitari possit, quin ea sit huius actionis natura vt aliud intẽdatur, aliud verò præstetur. Petitur hereditas, Præstatur verò & restituuntur res singulæ quę à reo possidentur, quia petitio iuris est & ex iure, vt dixi, actoris æstimatur ad quem vel tota vel ex parte hereditas pertinet. Præstatio verò & restitutio est facti neq; ex actoris iure vel persona æstimari potest cui faciẽda est restitutio, sed ex persona rei eiusdemq; possessoris, qui debet restituere.

II. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

PRo hærede possidet, qui putat se hæredem esse. Sed & an is, qui scit se hæredem non esse *, pro hærede possideat, quæritur. & Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri quo iure nos vti Proculus scribit. Sed enim & bonorum possessor [b] pro hærede videtur possidere.

Ad l. pro

Ad l. pro herede 11.

Ratio dubitandi. Nemo possidet pro emptore etiamsi se putet emisse, nisi emptio aliqua re vera præcedat *l. penul. infr. de vsucap.* aliàs *l. penul. pro solut.* Ergo nec pro herede dicendus est quis possidere ob id solùm quòd se heredem esse putet, nisi etiam titulus aliquis interueniat possidendæ hereditatis.

Ratio decidendi. Non potest quisquam heres esse nisi cui lex ipsa detulerit hereditatem vel ex testamento vel ab intestato *l. 1. 2. & 3. supr.* Lex autem nunquam mentitur, quomodo mentitur is qui rem alienam pro sua vendit. Itaque non quemadmodum potest fieri, vt quis reuera emerit, nec tamen sibi rem emptam eo titulo acquisiuerit, nempe si non fuit ea res venditoris *l. rem alienam 28. de contr. empt.* ita fieri potest vt quis reuera sit heres, nec tamen hereditas ad eum iure pertineat. Ergo, vt quis possit dici alienam hereditatem pro herede possidere, quemadmodum dicimus possideri rem pro emptore, non est necesse neque possibile vt præcedat titulus aliquis obtinendæ hereditatis, sed sufficit quod putet se heredem §. *adipiscendæ. Inst. de interdict.* Maximè si iustam causam habeat existimandi se domino heredem extitisse, vt Iulianus loquitur in *l. non solùm 31. §. 1. vers. hoc amplius infr. de vsucap.* Aliam dubitandi rationem ad hunc locum adferre nostri solent ex eo quod diximus ad *l. regulariter 9. supr.* non dari petitionem hereditatis contra eum qui possessionis suæ titulum aliquem habet *l. cogi 1. C. eod. l. hereditatem pen. C. in quib. caus. c. ss. long. tempor. præscript.* quasi possessionis titulus verus, & singularis ille sit qui dicitur Pro herede, de quo in *l. 1. & tot. tit. D. & C. pro hered.* Sed parùm accommodatè Nam titulus pro herede tunc inter veros & iustos possessionis titulos adnumeratur, cùm verus heres possidet rem aliquam quasi hereditariam, quæ tamen ideò hereditaria esse non potest, quia non fuit defuncti, à quo tamen fortassis bona fide possidebatur quod sufficere potest ad præstandum heredi causam vsucapiendi pro herede. Vnde est quod dicimus, Suis heredibus existentibus nihil posse vsucapi pro herede *l. 2. C. ill. tit.* Itémque, Opinione falsa mortis pro herede possessionem rerum absentis procedere non posse *l. 3. eod.* Nempe quia neque suis heredibus existentibus quisquam alius verè heres esse potest *l. 2. C. vnd. liber.* neque viuo eo cuius heredem quis se dicit *l. 1. inf. de hered. vel act. vendit. l. 1. infr. pro hered.* At neque sufficit verum heredem esse illum qui se dicit possidere & vsucepisse pro herede, Nisi etiam illud concurrat, vt in eius iura successerit qui titulum aliquem habebat suæ possessionis: Alioqui plus iuris haberet reus quàm habuisset defunctus si posset sine alio vllo titulo, quàm Pro herede vsucapere eam rem quam defunctus sine alio titulo vsucapere non potuisset. Quæ ratio & sententia est *l. vlt. C. eod. tit. pro hered.* Ex qua maximè lege apparet tum quoque cùm is qui possidet verus heres est, non tamen haberi titulum pro herede, pro bono & vero titulo, si non alius etiam titulus concurrat & præcedat, qui fuerit defuncti, quod pertinet ad causam vsucapionis At in proposito tractatu cùm dicimus dari petitionem hereditatis, contra eum qui possidet pro herede, intelligimus de eo qui non sit verus heres sed tantùm heredem se putet, siue causam aliquam habeat ita existimandi, siue nullam, Tantùm abest vt de eo intelligamus qui præterea titulum aliquem defuncti possit allegare, Non est igitur hoc casu titulus Pro herede ex iis titulis qui solent impedire petitionem hereditatis.

a *Sed an & is qui scit se heredem non esse.* Ratio dubitandi. Vt quis pro herede possidere dici possit, non sufficit quòd putet se heredem, vt proximè dictum est, sed illud prætereà requiritur vt iustam & probabilem causam habeat ita existimandi *l. non solùm 31. §. 1. vers. hoc amplius infr. de vsucap.* Ergo qui scit se heredem non esse, non potest dici possidere pro herede.

Ratio decidendi. Vt quis possideat pro herede quantum ad hoc vt & possit vsucapere, & non videatur sibi ipsi mutasse causam possessionis, de quo agitur in *d. l. 31. §. 1.* illud sanè requiritur, vt & se heredem esse putet, & prætereà causam probabilem habeat ita suspicandi. At vt possit conueniri petitione hereditatis, de quo nunc tractamus nihil interest an probabilem causam habeat ita suspicandi an nullam, quia nec refert an bonæ fidei possessor sit an prædo qui actione ista conuenitur *l. 1. C. hoc t. l. item veniunt 20. §. præter hæc. & pass. infr. eod.* Cùm quanto minùs quis bonæ fidei possessor est, tantò magis æquum sit hac eum actione teneri. Nam cùm possessionis suæ titulum nullum habeat, vtique necesse est, vt vel pro herede possideat vel pro possessore. Atqui non pro possessore, quia is demum pro possessore possidet qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest, quàm quia possidet, nec contendit se heredem ne quidem per mendacium, vt scriptum est in *l. seq.* hic autem dicit se heredem quamuis per mendacium. Ergo possidet pro herede. Itaque dicendum est pro herede possidere omnem qui se dicit heredem, siue se talem esse putet, siue talem se non esse sciat.

b *Sed enim & bonorum possessor.* Ratio dubitandi. Bonorum possessor non est heres, quia prætor ex cuius edicto & iurisdictione sunt omnes bonorum possessiones, non potuit facere heredem §. *quos autem Inst. de bonor. possess.* Ergo qui possidet tanquam bonorum possessor, non potest dici possidere pro herede siue reuera bonorum possessor sit, siue falsò putet se possessorem. Et consequenter non potest conueniri petitione hereditatis, quæ scilicet non datur nisi contra eum qui possidet vel pro herede vel pro possessore. Nam multò minùs dici potest possidere pro possessore is qui bonorum possessor est: cùm habeat titulum, & quidem talem cuius potestate non solùm tutus est ne conueniri possit hereditatis petitione, sed quod magis est, habet ille possessoriam hereditatis petitionem, de qua in *tit. De poss. ss. hered. petit. infr.*

Ratio decidendi. Is qui bonorum possessionem à Prætore impetrauit, licet re vera heres non sit, heredis tamen loco habetur in omnibus quantum ad prætorem *l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. poss. ss. l. in conditionibus 19. §. si patronus infr. de condit. & demonstr.* Adeò vt placeat, hereditatis appellatione bonorum quoque possessionem contineri *l. hereditatis 138 de verb. signific.* Ergo nihil interest an quis heredem se putet aut falsò dicat, an bonorum possessorem quod ad hoc vt conueniri possit petitione hereditatis, quasi possideat pro herede, Sicut è contrario nihil interest an quis reuera heres sit, an bonorum possessor quod ad hoc ne possit conueniri petitione hereditatis, Non quasi titulum aliquem suæ possessionis aut hic aut ille habeat, vt malè

putat Accursius. sed quia cùm is qui hereditatem possidet, vetus heres aut bonorum possessor est, fieri nequit vt is qui agit aliquod ius habeat petendæ hereditatis, ne quidem contra eum qui nullo titulo sit munitus. Nec enim alius petitionem hereditatis efficaciter instituere potest, quàm qui reuera heres est vel ex iure vetere vel ex nouo, vel ex testamento vel ab intestato, *l.1.2.& 3.supr.* Quòd si dicas posse fieri vt alius iure ciuili heres sit, alius verò iure prætorio bonorum possessor, vt in specie *l. posthumus 12. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. ait prætor 7 §. sed quod Papinianus sup. de minor.* Id equidem admittam, Sed negabo posse ideo fieri, vt qui heres iure ciuili erit, petere possit hereditatem à bonorum possessore, Quia licèt hereditatis petitio sit actio ciuilis, titulus verò bonorum possessionis sit prætorius, Cùm tamen actio per quam petitur hereditas impetranda sit à Prætore, vt & cæteræ omnes actiones siue in rem sint, siue in personam, non est expectandum vt Prætor ei qui iure ciuili heres sit hac accommodet actionem contra bonorum possessorem, quem habet ipse veri heredis loco. Nam nec aliud est, Haberi quem à prætore heredis loco, quam talem eum esse cui soli & contra quem solum prætor actiones omnes hereditarias non quidem directas, quæ semper ciuiles sunt, sed vtiles sit daturus *d. §. sed quod Papinianus, l. sta tamen 27. § qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Pro possessore verò possidet prædo [a].

Ad §.1. Pro possessore.

a *Pro possessore verò possidet prædo.* Ratio dubitandi. Possessio quamuis ex facto maximè æstimetur, plurimum tamen ex iure mutuatur, nec tantùm corporis, sed etiam iuris est *l. possessio 49. in princ. & §.1. infr. de acquir. poss.* Atqui prędo est qui nihil omnino iuris in re habet, adeóque qui scit se nullum habere, ita vt ne quidem per mendacium contendat se ius habere possidendi, vt scriptum est in *l. seq.* Ergo qui prædo est non potest dici possidere pro possessore.

Ratio decidendi. Possessio quæ ciuilis & iusta est plurimum ex iure mutuatur, sed non ea quæ naturalis est & iniusta, cuiusmodi est possessio prædonis, aut alterius cuiuslibet cui iuris ratio non patrocinetur. Hæc enim tota facti est, & ex solo facto non etiam ex iure æstimanda. *l.1. § si vir infr. de acq. poss.* Nam & quæ ciuilis & iusta est, magis tamen est facti quàm iuris *l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior.* Atqui non potest negari quin etiam prædo facto ipso possideat, adeò vt si spoliatus sit, etiam restituendus ante omnia sit cap. *in literis d. restit. spolia.* Ergo etiam prædo possidet pro possessore, quæ omnium pessima & minima possessionis species est.

12. VLPIANVS libro 67. ad Edictum.

QVi interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo: nec contendet se hæredem vel per mendacium [a].

Ad l. qui interrogatus 12.

Ratio dubitandi. Interdum possessor vincit ob hoc solum quod possessor est etiamsi habeat vitiosam possessionem, id est aut violẽtam, aut clandestinam, aut precariam dummodò non ab ipso actore, quia cæteris paribus quisquis possidet plus iuris habet hoc ipso quod possidet *l. . §. vlt. l. 2 infr. vti possid. l. vlt. infr. de acquir. poss. § commodum Inst. de interdict.* Ergo bona potest ratio esse propter quam debeat interdum possessor hereditatis vincere in petitione quoque hereditatis si interrogatus quare possideat, nihil aliud respondeat nisi quia possidet.

Ratio decidendi. Sola possessio tunc prodest ei qui conuenitur, cùm actor nihil penitus iuris habet ad agendum, quia cùm de iure actoris prius quærendum sit quàm de iure possessoris, fieri numquam potest vt actor vincat quin prius intentionem suam impleat id est plenè probet. Alioqui absoluendus est reus etiamsi nihil præstiterit *l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindicat.* Non tam iure possessionis, quàm quia reus est & per non ius actoris *l. Paulus 12. § infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Atqui petitio hereditatis non alij competit quàm ei qui reuera sit heres & ad quem hereditas pertineat vel ex iure vetere, vel ex nouis legibus & vel ex testamento vel ab intestato *l. 1. 2. & 3. supr. hoc tit.* Ergo numquam potest esse bona ratio pro possessore hereditatis contra petitorem, si possessor ideo tantùm dicat se possidere quia possidet. Quando enim ratio eadem est cum dicto, quam philosophi petitionem principij appellant, nihil probat, vt hîc Bartolus notat, qui & ad dicta testium hoc extendit. Testis enim si dicat se aliquid scire quia scit non magis probat quàm si nullam penitus dicti sui rationem redderet *l. sola 4. C. de testib.* Interdum tamen etiam prudentes nostri penè similibus rationibus vtuntur, vt in *l. heredes 25. §. an ea stipulatio infr. famil. ercisc. l. in quartam 91. ad leg. falcid.* Sed non sine misterio, vt ad eos locos dicemus.

a *Nec contendit se heredem vel per mendacium.* Ratio dubitandi. Non debet quis lucrum aliquod aut commodum sentire ex suo mendacio, sed potiùs pœnam, quia mentiri delictum est maximè verò si quis in iure & apud prætorem mentiatur *l. vlt. infr. de rei vindic. l. de ætate 11. §. si cùm esset infr. de interrog. in iur. faciend.* Ergo si quis contendat quidem se heredem esse sed per mendacium, sciens se heredem non esse, non eo minùs debet haberi pro prædone, quasi similiter possideat pro possessore.

Ratio decidendi. Etiam is qui scit se heredem non esse, si tamen se heredem esse dicat, quamuis per mendacium dicitur possidere pro herede non pro possessore, vt scriptum est in *l. præced.* quia in his titulis qui nullum iuris effectum habẽt potest quilibet fingere quam sibi velit causam possessionis, eamque pro arbitrio mutare. Cur enim se ius interponat in iis quæ nullum iuris effectum habere possunt? Porrò non minùs conueniri potest hereditatis petitione is qui pro herede possidet quàm qui pro possessore, nec difficilior est vno casu, quàm alio hereditatis petitio, vt neque magis prodest ad vsucapionem pro herede possessio, quàm pro possessore, Scilicet eo

sensu

Digitized by Google

sensu quo diximus ad *l. praeced.* possessionem pro herede sumi in hoc tractatu, non pro titulo, vt cùm tractamus de vsucapione pro herede, sed cōtrà pro non titulo; qualis etiam est possessio pro possessore. Vt proinde non sit verendum ne melior fiat condicio possessoris ex hoc mendacio: quod tamen verentur nostri qui contra huius legis & præcedentis verba manifestissima volunt pro prædone & possessore conueniendum esse hunc qui se heredem contendit per mendacium, non pro herede. Non eo minùs tamen verum est, quod iisdem interpretibus nostris placet cogendum esse possessorem vt interrogatus respondeat an pro herede possideat, an pro possessore. *l. cogi pen. C. hoc tit.* sicut & de illo cogitur respondere an possideat cum titulo an sine titulo, Vt si dicat se habere titulum, neque cogendus sit docere adeóque nec dicere, quis ille titulus sit, neque rursum conueniri possit petitione hereditatis, si verò non dicat se habere titulum cogendus sit suscipere petitionem hereditatis tanquam possidens res hereditarias vel pro possessore vel pro herede. Cur ergo, inquies, interrogādus est an possideat pro herede an pro possessore cùm vtroq; casu & in vtrumque euentum possit conueniri petitione hereditatis? Nempe quia cùm dixit se possidere pro herede adhuc interrogandus est an se heredem dicat ex testamento an ab intestato, cui interrogationi locus nullus relinquitur si responderit se possidere pro possessore. Omni sanè casu interrogandus est pro qua & quota parte sit heres, Ante omnia verò an possideat, quia non nisi contra possessorem hereditatis petitio institui potest, aut contra eum qui dolo malo desierit possidere, *l. prox. §. is autem infr.* Quid ergo si neget se possidere, cùm tamen re vera possideat? Respondet Bartolus idem iuris fore, quod in speciali rei vindicatione, vt nimirum non sit cogendus possessor suscipere iudicium petitionis hereditatis, sed possessio quæ penes eum est, in pœnam mendacij transferatur in actorem ex *l. vlt. infr. de rei vindic.* Ego contra puto: Longè siquidem alia est hac parte ratio petitionis hereditatis, longè alia actionis in rem specialis. Nimirum propter eas præstationes personales quas habet petitio hereditatis, *l. sed etsi 25. §. penult. inf. hoc tit. l. hereditatis 7. C. eod.* Quarum præstationum vtilitas eriperetur actori si liberum esset possessori eludere aut potiùs recusare iudicium negando se possidere: Non enim posset sequi condemnatio, quæ tamen necessaria est ob præstationes illas personales: Ideóque solemus dicere in actionibus omnibus personalibus iudicium reddi in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* quoniam in iis necesse est cōtra inuitum quoque sequi condemnationem. Nam & in speciali actione in rem si quando necessaria sit condemnatio, vt puta propter fructus quos possessor perceperit aut ex die litis contestatæ si bonę fidei possessor fuit & fructus consumpti sint, aut ex die perceptionis si vel malæ fidei possessor sit, vel fructus adhuc extare proponantur *l. qui restituere 68. inf. de rei vindic.* iunct. *l. certum 22. C. eod.* nemo dixerit liberum esse possessori vt negando se possidere, iudicium effugiat & condemnationem, Nec enim translatio possessionis inducere posset translationem & restitutionem fructuum, atque ita suū possessori mendacium prodesset, Quod ne accidat, dicendum necessariò est, sententiam *d. l. vlt. eod. tit. de rei vindic.* ad eum casum restringendam esse, quo nihil aduersus possessorem petatur, præter ipsius rei possessionem. Atqui in petitione hereditatis vix vnquam potest contingere vt nihil nisi res ipsa petatur, Cùm semper petatur hereditas, cuius appellatione non potest non plus venire quam appellatione & vindicatione fundi, aut alterius rei singularis. Ergo etiamsi is, qui hereditatis petitione conuenitur neget se quicquam ex hereditate possidere, si tamen arguatur mendacij, nihil ei proderit negatio quominus actionem suscipere & condemnationem pati compellatur. Deinde quid si petitio hereditatis instituatur contra eum qui sit tantùm iuris possessor? Iam enim diximus ad *l. regulariter sup.* hunc quoque ista actione teneri ex *l. prox. §. vlt. infr.* Quid erit, obsecro, quod possit eo casu transferri ad actorem in pœnam mendacij? Separanda igitur est petitio hereditatis à vindicatione. Planè à quo quis emerit aut aliter acquisiuerit rē hereditariam & an magno an paruo precio, nihil omnino interest, quantum ad hoc vt possit quis petitione hereditatis conueniri, ideóq; nec de hoc interrogatus possessor respōdere debet: quāuis instituta petitione, de his omnibus quæri possit ante condemnationem, sitque in potestate actoris probare emptam rem esse à furioso aut donatam à cōiuge aduersus legis prohibitionem, vt appareat non eo minùs possidere pro possessore, & sine titulo eum qui se contendit pro emptore, aut pro donato, aut alio denique titulo possidere, vt dicemus *ad l. sequ.* Et in hoc quoque dissentio ego à Bartolo & aliis interpretibus, qui vulgo contra putant ad hunc locum & ad *dict. l. cogi penultim. C. eod.*

13. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

NEc vllam causam possessionis possit dicere & ideo fur, & raptor petitione hæreditatis tenentur [a].

Ad l. nec vllam 13.

[a] *Et ideo fur & raptor petitione hereditatis tenētur.* Ratio dubitandi. Hereditariæ rei rapina vel furtū fieri non potest *l. hereditariæ 68. ĵ. de furt.* multò minùs verò hereditatis, cùm neque rapina neq; furtū fiat sine interuersione possessionis, hereditas autem quæ tota in iure consistit neq; possidere possit neq; possideri, vt eleganter Vlpianus ratiocinatur ex Scæuola in *l. 1. §. Scæuola ĵ. si is qui testam. lib. ess. iussus erit.* Ergo neque fur neque raptor petitione hereditatis conueniri potest. Ratio decidendi. Accipienda est hęc sentētia de fure & raptore rei quę fuerit aliquando hereditaria, sed quæ furti vel rapinæ tempore desierat iam esse hereditaria tanquā conuersa in patrimoniū heredis, à quo ponendum est iam tum aditam fuisse hereditatem: quod nec sufficeret nisi adderes adprehensam ab eo rerum hereditariarum possessionem *l. cùm heredes 23. inf. de acqu. poss.* Quid verò attinebat, inquies, tractare de fure ac raptore, cùm iā tractatum esset de prædone. Nimirum quia prædo is propriè dicitur qui rem immobilem mala fide tenet, ac siue alio titulo, quàm Pro possessore, fur verò vel raptor qui rem mobilem. Nec enim furtum fit rei immobilis,

l.quam rem 38.infr.de vsucap.§.quod autem Insti.eod. Cæterum & fur & raptor aliis quoque actionibus quàm plurimis tenentur, vt puta, vindicatione, condictione furti, vi bonorum raptorum: Sed non eo minus tenentur petitione hereditatis, quia eorum odio sic comparatum est vt pluribus actionibus etiam contrariis teneantur *§.sic itaque Inst. de acti in l.vlt.vsuf.quemad.caueat.l.1.l.si pro fure 7. §.vlt.de condict.furt.* His etiam ille similis est qui heredem deiecit aut defunctum: quia & ipse res hereditarias possidet pro possessore *l. quod si in diem 16.§.Iulianus vers.sed & cum* vbi dicam *infr.* Adde & illum qui seruum hereditarium corrupit. Nam & is quasi prædo tenetur *l.hac actio 13.§.1. infr. de seruo corrupt.* Nimirum tanquam possessor non quidem corporis aut iuris illius, sed tamen iniuriæ factæ hereditati cuius æstimationem vtique minorem fecit.

1 ¶Omnibus etiam titulis hic *pro possessore* hæret, & quasi iniunctus est. denique & *pro emptore* titulo hæret: nam si à furioso emero sciens [a], pro possessore possideo. Item in titulo, *pro donato* [b] quæritur, an quis pro possessore possideat: vt puta vxor, vel maritus, & placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum: & ideo petitione hereditatis tenebitur. Item *pro dote* titulus [c] recipit pro possessore possessionem: vtputa si à minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est [d] ex falsa causa scienti vtique pro possessore possideo.

Ad §.1.Omnibus.

Ratio dubitandi. Pro possessore is demùm possidet qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest quàm quia possidet, vt dictum est in præcedentibus. Atqui is qui rem aliquam hereditariam emit vel ex donationis dotisve causa vel alio titulo accepit, si interrogetur quare illam rem possideat, habet quod possit respondere, Nimirum se possidere illam pro emptore, vel pro donato, vel pro dote. Implicat ergo contradictionem vt titulus Pro possessore aliis titulis hæreat & iunctus sit.

Ratio decidendi. Titulus à iure improbatus quisquis ille sit, pro non titulo habetur nec proinde effectum illum habere potest quem haberet verus titulus, vt impediat ne possessor petitione hereditatis conueniri possit. Quod enim ipso iure nullum est, effectum iuris nullum habere potest *l.4.§.condemnatum infr.de re iudic.* Ergo perinde conueniri potest hereditatis petitione is qui ex emptionis, aut donationis aut dotis causa rem tenet si emptio, vel donatio, vel dotis datio non valeat, vt contingit in exemplis hic positis, atque si neque emptio, neque donatio, neque aliqua dotis datio interuenisset: quia verum est possidere illum sine titulo, & consequenter pro possessore. Ergo verum est quod Vlpianus in hoc §. scribit titulum istum, Pro possessore cæteris omnibus titulis hærere & quasi iunctum esse. Iis scilicet qui nihil nisi nomen & colorem tituli habent, ius verò non habent. In quo differt titulus Pro possessore à titulo Pro suo, qui similiter cæteris omnibus titulis cohæret, sed iis demùm qui valeant, & ex quibus acquiri posset dominium, si tradentis fuisset *l.1.& tot.tit.infr. pro suo.* Malè verò Bartolus ad hunc §. confundit titulum Pro herede cum titulo Pro possessore: quasi possit dici quis possidere pro herede perinde atque pro possessore quoties titulus habetur pro non titulo. Quod certè non ita est. Nullitas enim tituli qui iustum & legitimum nomen habet, inducere quidem potest titulum Pro possessore, sed titulum pro herede non potest. Nempe quia titulus pro herede qui admittit petitionem hereditatis non minùs exigit, vt qui conuenitur dicat se heredem, siue talem se esse putet siue se non esse sciat, quàm iustus & verus titulus Pro herede qui vsucapionem potest inducere exigit, vt qui eo nititur, verè sit heres. Atqui non potest quis dicere se heredem si se dicat vel emptorem vel donatarium, quia heres nec esse nec dici potest is qui hereditatem vel emit, vel ex donatione vel in dotem accepit *l.2.C.de hered. vel act. vendit.l.hereditas 5.Cod.de pact. conuent. tam supr. dot.*

a *Nam si à furioso emero sciens.* Ratio dubitandi. Cùm quis à furioso rem emit siue furere eum sciat, siue ignoret, non valet emptio *l.2.§. si à furioso 16. infr.pro emptor.* quia nullum negotium gerere furiosus potest ne quidem cum curatoris sui autoritate, in quo deterioris condicionis sit quàm pupillus *l.in negotiis 5. de regulis iuris.* Ergo etiamsi à furioso emero ignorans, perinde dicendum est possidere me pro possessore, ideoque petitione hereditatis conueniri posse, ac si non emissem.

Ratio decidendi. Si à furioso quem suæ mentis esse putem aliquid emero, quamuis nulla emptio sit ideóque nec de euictione actio mihi nascatur, constat tamen vtilitatis causa receptum esse, vt possim vsucapere *dict.§.si à furioso, & l.sed etsi 7.§. Marcellus* aliàs *l.eum qui infr. de publician.in rem act.* quod tamen recipi non potuit quin illud etiam receptum sit in necessarium antecedens, vt existimer titulum aliquem, & quidem iustum ac legitimum habere, cùm alioqui nullo iusto ac legitimo titulo præcedente vsucapio procedere non possit, *leg.vltim.Cod.pro herede l.diutina 4.C.de præscript.long.tempor.* Vnde est quod etiam putarunt plerique ex prudentibus nostris etiam Publicianam mihi competere *dict.§.Marcellus*, licèt de eo non constiterit inter omnes, vt apparet ex *dict.§.si à furioso*, & ex iis quæ de vtriusque loci sententia & ratione scripsi, *libr.4.Coniectur.iur.ciuil.* Ergo in proposita specie cùm emi à furioso quem sciui furiosum, quia neque emptio vlla est, neque vtilitas vlla suadet, vt pro ea habeatur emptio acsi esset perinde possum conueniri petitione hereditatis quasi possidens pro possessore, acsi emptio penitus nulla interecessisset. Nec enim ex facto æstimandus est titulus, sed ex iure, Præsertim cùm quæritur an iuris effectum aliquem habere possit: Iuris autem effectus aliquis, nec paruus in eo est vt hæreditatis petitio impediatur,

ne

ne contra rei hereditariæ possessorem institui queat, qui alioquin ea teneretur nullo titulo prædi. At si emerim à furioso, quem mentis compotem esse putabam, non potero conueniri petitione hereditatis, quasi possideam pro possessore, licèt emptio non teneat, quia perinde habendus sum, ac si emptio subsisteret, quæ omnino inutilis dici certè non potest cùm prosit ad vsucapionem, vt dixi.

b *Item in titulo Pro donato.* Ratio dubitãdi. Titulus donationis omnium iustissimus est, quia pro causa habet voluntatem & meram liberalitatem donantis, cùm donari dicatur id quod nullo iure cogente cõceditur *l. 1. donari 29. de don. l. donari 82. de regul. iur.* Quid verò tam naturale quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratum haberi? *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. de acqui. rer. domin.* At è cõtrario titulus pro possessore omnium iustissimus est: Ergo fieri nequit, vt titulus Pro possessore concurrat cum titulo Pro donato.

Ratio decidendi. Est quidem iustissimus titulus donationis, tùm maximè cùm donatio fit per traditionem, sed iis demum casibus quibus iure licita, & permissa est donatio. Nam si sit iure improbata non potest dici iusta, cùm iustum quid à iure ipso dicatur *l. 1. qui testam. facer. poss. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. dom.* Eiusmodi verò est donatio inter virum & vxorem. Ea namq; moribus populi Romani, & consequenter iure ciuili non scripto prohibita est ob rationes positas in *l. 1. 2. & 3. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Ergo quod vxor marito, vel maritus vxori donauerit, non tã pro donato, quàm pro possessore possideri dicendum est *l. quod vxor 16. de acquir. poss.* iunct. *l. 1. §. si vir. cod. tit.* Etsi videtur hoc maiorem dubitationem habuisse, quàm quod superiore versiculo scripsimus de re quam quis à furioso sciens comparauit. Donatio enim facta inter coniuges licèt ab initio nulla sit, quia prohibita est, conualescere tamen potest donante præmoriente in eadem voluntate, ex oratione Seueri, de qua in *l. cùm hic status 32. de donat. int. vir. & vx.* cùm tamen emptio à furioso facta conualescere numquam possit, nec si furiosus resipiscat, & non mutata voluntate moriatur. Sed non potest hæc ratio facere quin verum sit nullo iure nullóque titulo possideri rem donatam quamdiu donatio confirmata non fuit, ac proinde illum qui ex eiusmodi donatione rem aliquam hereditariam possidet, cùm pro possessore possideat, petitione hereditatis conueniri posse.

c *Item pro dote titulus.* Ratio dubitandi. Si minor duodecim annis puella nupserit, quamuis neq; illa vxor, neque matrimonium vllum sit, nec si in domum viri tanquam vxor deducta proponatur, dos tamen quam ipsa dederit priuilegium habet inter creditores chirographarios vt cæteris præferatur *l. quæsitum 17. §. vlt. cum l. seq. ff. de reb. auct. iud. possid.* alias *l. 2. de priuil. credit.* Id enim est quod nostri aiũt, Dotem etiam opinatam eadem habere priuilegia quæ vera dos haberet. Ergo etiam si à minore duodecim annis mihi nupta quasi dotem acceperim siue eam minorem esse sciens, siue ignorans, non ideò dicẽdus sum pro possessore possidere, sed potiùs pro dote, quasi titulum hunc saltem qualemqualem habens meæ possessionis, Proinde non potero conueniri petitione hereditatis.

Ratio decidendi. Quãtum ad mulierem quidem pertinet aliqua dos esse intelligitur quæ ab ea fuit data nec minus æquũ est talem dotem habere priuilegium, vt puella facta viripotens nubere quandoque possit. Interest namque reipublicæ, vt scriptum est in *l. interest 18. ss. tit. de reb. aut. iudic. possid.* Adeò vt idem sit eo quoque casu quo sponsa dotem dederit spe futurarum nuptiarum quibus postea renunciatum proponatur *d. §. vltim. l. quæsitum.* At quod ad virum pertinet, præsertim qui sciens ætatem puellæ dotẽ ab ea acceperit nihil tale tractari potest, cùm sciuerit aut scire debuerit, neque se vxorem habere posse illam quæ adhuc minor esset annis duodecim, neque dotem sine vxore *l. quæsitum 9. ff. de sponsal. l. 4. de rit. nupt. §. si aduersus. Inst. de nupt.* Etsi enim potest matrimoniũ esse sine dote, non tamen è cõuerso potest dos esse sine matrimonio *l. 3. ff. de iur. dot.* Ergo cùm in proposita specie neq; matrimonium, neque vxor, neque dos vlla sit, consequens est vt si ego rem aliquam hereditariam in dotem acceperim, nõ alio titulo quàm Pro possessore dici possim eam possidere, ob idque teneri debeam hereditatis petitione.

d *Et, si legatum mihi solutum est.* Ratio dubitandi. Etiam indebitum fideicommissum si solutum sit non repetitur *l. cum quis 21. §. 1. ff. tit. prox.* Ergo nec pro possessore nec consequenter petitione hereditatis tenebitur is qui fideicommissi vel legati indebiti solutionem acceperit.

Ratio decidendi. Fideicommissum quod fuit indebitum si solutum sit, ideò non repetitur, quod à sciente fidei explendæ gratia solutum proponatur *l. fideicommissum 62. ff. de cond. indeb.* At nos eum casum tractamus, quo fideicommissum, aut legatum nullum relictum sit, & quod tamen solutum fuerit per errorem, & quidem ei qui acceperit sciens indebitum ex falsa causa puta ex falsis codicillis aut per errorem calculi. Quo casu nulla dubitatio est, quin repetitio sit etiam fideicommissi indebiti *l. 5. §. pen. de don. int. vir. & vxor.* ac multò magis legati. Sunt enim hac parte fideicommissa fauorabiliora legatis iure vetere inspecto, propter fidem defuncto datam ab herede *d. l. fideicommissum. l. 1. & 2. C. de fideicomm.* Nihil ergo vetat, quominùs etiam is qui legatum indebitum sciens ex falsa causa acceperit teneatur petitione hereditatis, tanquam qui aliquid hereditariũ possideat pro possessore. Quod verò Bartolus quærit. Quid si prædo habeat titulum, an teneatur, ego quale sit non intelligo. Nec enim prædo esse potest qui habet titulum, præsertim si precium numerauerit, quamuis non eò minùs possit esse malæ fidei possessor, vt constat ex eo ipso §. *si quis sciens. ff.* quem Bartolus citat. Non enim sicut quilibet prædo malæ fidei possessor est, ita è cõtrario quilibet malę fidei possessor est prædo. Scientia facit vt plurimùm malæ fidei possessorem, sed non facit prædonem. Ignorantia verò si iusta sit & probabilis, impedit facilè ne quis aut prædo, aut malæ fidei possessor dici possit, ac proinde ne quasi pro possessore teneatur petitione hereditatis, si modò aliquem titulum habeat, vt in speciebus suprà tractatis. Hoc enim semper exigimus, quoniam sola ignorantia nunquam titulum præbere aut pro titulo esse potest, nec facere vt interrogatus possessor quare possideat, aliud quicquam respondere possit, nisi quia possidet. At tituli si quis aliunde sit vicium tegere, ac propemodum saltem ad aliquid delere potest.

2 ¶ Is autem qui restituit hereditatem, teneri hereditatis petitione non potest, nisi dolo fecit: id est, si scit & restituit [a]. nam & dolus præteritus venit in hereditatis petitionem [b], quasi dolo desierit possidere.

Ad §. 2. is autem.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis licèt in rem sit, habet tamen plerasq; actiones personales, quæ cum ipsa rei hereditariæ possessione nihil commune habent *l. sed et si. 25. §. pen. inf. hoc titul.* Ergo eum quoque qui hereditatem ad alium pertinentem alij tanquam heredi, qui tamen heres non erat, restituit, petitione hereditatis teneri posse dicendum est. Exemplo eius quod diximus ad legem præcedentem, nihil ei prodesse qui petitione hereditatis conuenitur, quod neget se possidere, si tamen verè possideat, quia sola possessionis amissione liberari non potest, quomodo liberaretur is, qui speciali actione in rem conueniretur *l. vlt. infr. de rei vind.*

Ratio decidendi. Habet quidem petitio hereditatis præstationes multas personales, propter quas mixtam personalis actionis naturam habere creditur in *l. hereditatis 7. C. hoc tit.* Sed prius est vt competere probetur quàm vt de præstationibus istis personalibus quæri oporteat. Atqui cùm sit in rem non potest competere contra eum quem verum sit, neque possidere, neque dolo malo desiisse possidere, non magis quam rei vindicatio specialis *l. qui petitio 36. de rei vindic.* Porrò neque possidet, neq; dolo malo desiit possidere is qui hereditatem iam alij restituit quâuis ei restitui minimè debuerit, si modò restituerit bona fide & ignorans ius veri heredis. Ergo neq; petitione hereditatis conueniri hic potest. Longèque alia ratio est eius, qui cùm aliquid ex hereditate possideat, tamen negat se quicquam possidere. Habet enim petitio hereditatis eo casu vnde nascatur, & contra eum instituatur, quod non ita est si re vera nihil possideat.

a *Nisi dolo fecit, id est, si scit & restituit.* Ratio dubitandi. Non possunt duo esse insolidum eiusdem rei possessores *l. 3. §. ex contrario. inf. de acqui. poss. l. duo in solidum 19. infr. de precar.* Atqui cùm is qui hereditatem aut rem aliquam hereditariã possidebat, eam alij restituit quàm cui restituere debuit, etiam si sciens & dolo malo id fecerit, non eò minus tamen verum est possidere illum cui hereditatis aut rei hereditariæ restitutio facta est. Ergo quod solet dici dolum esse pro possessione locum habere hoc casu non potest, ne alioqui plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero contra *l. filio 23. de liber. & posthum.*

Ratio decidendi. Fieri quidem non potest, vt duo simul & in solidum eandem rem verè possideant, non magis quã vt in eodem loco in quo ego sto, tu quoq; stare videaris *dict. §. ex contrario*: quoniam eo casu admittenda esset penetratio dimensionum, vt loquuntur Philosophi, quam ipsa rerum natura non patitur: Sed nihil vetat duos ita possidere, vt vnus verè possideat, alius fictè. Nihil enim est eo casu quod implicet contradictionem. Ergo si quis alienam hereditatem alij quàm cui debuit sciens & dolo malo restituerit, vterque poterit cõueniri petitione hereditatis, & is cui restituta est, quia re vera possidet, & is quoque qui dolo malo restituit, quia pro possessore habetur, licèt reuera non sit possessor, adeò vt etiam ad fructus vterque teneatur *l. sed et si. 25 §. perinde. infr. hoc tit.* Dolus enim pro possessione est *l. qui dolo. 131. de reg. iur.* Alioqui doloso prodesset suus dolus, si in eius potestate fuisset semel natam & iam competentem aduersus eum hereditatis petitionem extinguere per restitutionem alij dolo malo factam. Lucrum enim est si quis ab actione aliqua liberetur. Quanquam verò dolus vindicetur, non est necesse vt alioqui profuturus sit doloso, sed illud sufficit vt alij nocere possit: quod nunquam ferendum est *l. 3. quand. ex fact. tutor.* Imò quod magis est, dolus omnimodo puniri debet, tùm quoque cùm non alicui alteri, sed illi ipsi qui eum admisit, damnosus futurus est *l. procurator 11. §. 1. infr. de dolo mal. except.* Dolus autem etiam præteritus quin venire debeat in petitionem hereditatis, dubitari nullomodo potest, vt sequitur in hoc textu.

b *Nam & dolus præteritus venit in hereditatis petitionem.* Ratio dubitandi. Possessionem præsentem esse oportet, non præteritam, vt actione in rem siue vniuersali, siue speciali conueniri quis possit. Nemo enim actione in rem tenetur ob id solùm quòd aliquando possederit, si non eo quoque tempore possideat quo conuenitur *l. vlt. & pass. de rei vindi.* Ergo etiamsi maximè quis admittat dolum esse pro possessione, id tamen de dolo præsente accipiendum videtur non de præterito, saltem quantum ad hoc, vt qui dolum admisisse dicitur, conueniri possit actione in rem tanquam possessor.

Ratio decidẽdi. Dolus præteritus qui in amittenda possessione interuenerit, pro possessione est nõ præterita, sed præsenti, quia creditur is qui dolo malo desiit possidere, adhuc hodie possessurus fuisse si dolum non admisisset.

3 ¶ Neratius libro sexto membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret pro herede, vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro septimo ait, etiam si putauit heres eas res ex hac hereditate, quæ sibi delata est.

Ad §. 3. Neratius.

Ratio dubitandi. Is qui verè heres est possessoris contra quem potuit moueri petitio hereditatis habet verum titulum Pro herede, cuius potestate certum est posse illum vsucapere alienas res omnes, in ea hereditate repertas quæ sibi delata sit, & quas putet ex ea hereditate esse *l. 1. & tot. tit. pro hered. D. & C.* Atqui non potest cõueniri hereditatis petitione is qui titulũ aliquem verum habet suę possessionis *l. regulariter 9 sup. h. t.* Nec rursus potest videri prædo aut malæ fidei possessor ille, qui ignorat defunctum possedisse res illas pro herede aut pro possessore. Ignorantia enim præsertim quæ sit probabilis qualis semper est facti alieni, bonam fidem inducere solet *l. vlt. infr. pro suo.* Ergo non potest verum esse quod Neratius scribit ab herede peti hereditatẽ posse, etiamsi ignoret pro herede vel pro possessore defunctum possedisse, Multò minus verò si putauit heres eas res quas defunctus pro herede vel pro possessore possidebat ex ea hereditate

esse

esse quæ sibi delata est. Ratio decidendi. Heres succedit in omne & vniuersum ius defuncti, ideóque sua ignoratione vitia defuncti non excludit *l. cum heres 11. de diuers. tempor. præscript.* Atqui defunctus poterat conueniri petitione hereditatis, quia pro herede vel pro possessore possidebat. Ergo & heres ipsius tenebitur, non quidem ex propria persona cùm habeat titulum, quia verus heres est falsi heredis aut malæ fidei possessoris, sed ex persona defuncti, & quia possidet ipse rés illas hereditarias, quas defunctus possidebat. Nam si non possideret, non ob id solùm posset teneri, quod eius heres sit, qui earum rerum nomine potuit aliquando conueniri: quia nec si ipse aliquando pro herede aut pro possessore possedisset, hodie tamen teneretur si hodie non possideret: Nisi poneres desiisse illum dolo malo possidere, vt diximus ad §. præcedentem: Cui similis etiam ille est, qui dolo malo noluit incipere possidere, ob id tantùm ne petitione hereditatis teneretur *l. 1. §. penultim. infr. si quis omiss. caus. testam. & §. penultim. huius legis infr.*

4 ¶ Quid si quis hereditatem emerit: an vtilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur [a], venditorem enim teneri certum est [b] Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeat? Et putat Gaius Cassius dandam vtilem actionem.

Ad §. 4. quid si quis.

Ratio dubitandi. Emptor hereditatis, licèt emptor sit vniuersitatis, habet tamen titulum singularem, & ideò singularum duntaxat rerum nomine conueniendus est, idque speciali in rem actione *l. 2. l. hereditatis 7. in fin. C. hoc tit.* denique non tantùm possidet bona fide, sed etiam cum titulo emptionis. Ergo non potest conueniri petitione hereditatis quam suprà toties diximus non dari contra titulo possidentem *l. regulariter 9. supr.* Maximè cùm certi iuris sit eum qui vendidit hereditatem, sicuti hereditatis petitione conueniri poterat ante venditionem, ita & post venditionem posse, quasi adhuc possideat hereditatem qui habet pretium hereditatis, factũ quodammodo hereditarium *l. si & rem & precium 22. infr. eod.* vt proinde nihil videatur interesse petitoris qui actionem suam æquè habiturus sit contra venditorem, ac si venditio nulla interuenisset.

Ratio decidendi. Regulariter quidem non datur petitio hereditatis contra eum qui aliquem habet titulũ suæ possessionis, quomodo habet quisquis emptor est etiam vniuersitatis. Sed tamen interdum æquum est dari etiam contra emptorem hereditatis vtilem petitionem, Et quidem omnimodo si alienam hereditatem sciẽs emerit & sit in mala fide *§. si quis sciens infr.* Cum distinctione verò si emerit bona fide, vt in specie huius §. Quid enim si non extet venditor, puta quia decesserit sine herede, & sine bonorum possessore, vt in *l. habere licere 57. de euict. l. 1. §. idem Pomponius depos.* Aut quid si extet quidem venditor, sed tamen modico precio distraxerit amplissimam hereditatem, & bonæ fidei possessor fuerit: vt proinde non ad aliud precium restituendum teneri possit, quàm vt quod accepit restituat, adeóque nec nisi in quantum locupletior ex eo factus est *l. sed etsi 25. § consuluit, & pass. infr. hoc tit.* Iniquum sanè videatur huc posteriore casu cogi eum ad quem pertinet hereditas, vt cogatur actionem suam instituere contra venditorem à quo quantumuis diuite non sit rem suam consecuturus. Ita namque fiet vt moretur in damno si non ei manus porrigatur vt possit agere aduersus emptorem etiam qui emerit bona fide. Atque sic vulgo nostri ratiocinantur post Accursium & Bartolom ad *d. §. si quis sciens.* Ego tamen paullo aliter. Nam siue bonæ fidei possessor, siue prędo sit is, qui hereditatem emit, sicut iuris ratio numquam patitur vt directa petitione hereditatis conueniri possit quoniam habet titulum, nec prædo dici potest qui precium numerauit quamuis sciens alienam hereditatem emerit *d. §. si quis sciẽs.* (non enim malæ fidei possessorem quem esse sufficit vt huiusmodi actione conueniatur, sed necesse est vt sit prædo, vel vt possideat pro herede *d. l. regulariter. & seq. sup.*) Ita nec distinctio illa videtur adhibenda vtrũ bona an mala fide emerit, cùm quæritur an vtili petitione hereditatis teneatur, sed ea potiùs quæ in hoc §. adhibetur, An bonæ fidei possessor fuerit an prædo is qui vendidit hereditatem. Nam si prędo fuit, cùm possit etiam post venditionem conueniri de precio totius hereditatis, nec tantùm de eo, quod ipse accepit ab emptore & ex quo factus est locupletior, sed quanti re vera hereditas fuit, nulla ratio est cur actori petenti hereditatem permitti debeat agere cõtra emptorem, quamuis malæ fidei possessorem, Non quòd aliquo fauore dignus sit qui mala fide comparauit, sed ne violetur ratio iuris si contra titulo possidentem hereditatis petitio instituatur. Facit mala fides cuiusque vt indignus videri debeat eo fauore qui non nisi ex æquitate proficiscitur, quia iniquum est faueri doloso, vt in eleganti illa specie de qua in *l. pen. D. ad SC. Trebellian.* Sed non vt ideò ius violandum sit & perturbãda omnia vt malæ fidei possessori noceatur. Sublato enim fauore qui certè nullus esse potest malæ fidei possessoris, superest tamen fauor iuris communis, cuius ratio semper & in omnibus habenda est, nisi cùm æquitas repugnat *l. placuit 8. C. de iudic. l. in omnibus quidẽ 90. de reg. iur.* At si prædo non fuit, sed bonæ fidei possessor is qui hereditatẽ vendidit, potest æquum videri vt contra eum qui ab ipso emit, siue bona, siue mala fide emerit petitio instituatur, eo demum casu quo non aliter fieri possit vt indemnitatem actor à venditore consequatur. Idque non obscurè innuit Vlpianus in *d. §. si quis sciens,* cùm ait teneri malæ fidei possessorem vtili petitione hereditatis, tanquam emptorem vniuersitatis, Vt intelligamus non teneri eum tanquam malæ fidei possessorem. Atqui perinde emptor vniuersitatis ille est, qui emit bona fide. Perinde igitur dicendum est conueniri eum posse vtili petitione hereditatis atque si mala fide emisset, ac omni casu quo malæ fidei possessor cõueniri posset. Multóque probabilius esset meo iudicio, si quis defenderet nullo penitus casu permittendum esse vt hereditatis emptor huiusmodi actione conueniri possit, nec magis vtili quàm directa, quisquis tandem possessor ille sit & qualiscunque, id est, siue bonæ fidei, siue malę fidei esse proponatur.

Omni siquidem casu ratio illa iuris repugnat quòd non sit danda hæc actio contra titulo possidētem, Negari autem non possit quin titulū habeat quisquis hereditatē quoqoomodo emit, si modò precium numerauerit, In quam sententiam præter hāc rationem iuris, mouet me maximè auctoritas Vlpiani in *d. §. si quis sciēs*, vbi posteaquàm dixit quosdam putare, Eum qui sciens alienam emerit hereditatem quasi pro possessore hereditatem possidere, & sic peti ab eo hereditatem posse: subiungit se hanc sententiam non putare veram, Addita etiam ratione quod nemo prædo sit, qui precium numerauit, Vtrumque ergo Vlpianus improbat quod illi dicebant, Hunc emptorem & quasi pro possessore possidere, & peti ab eo hereditatem posse: Ac proinde fatendum est Vlpiani sententiam eam esse, vt hic neque quasi pro possessore possideat, neque petitione hereditatis vllomodo teneatur. Nec est quod hanc Vlpiani sententiam restringamus ad directam petitionem hereditatis. Quæstio enim generalis erat, nec tam de nomine actionis quā de effectu rei, An peti hereditas ab huiusmodi emptore posset, Non igitur intelligenda de directa magis quàm de vtili actione. Et verò illos ipsos quos Vlpianus reprehendit, non tam de directa quàm de vtili petitione hereditatis sensisse, ex eo coniici nō obscurè potest, quod non simpliciter & absolutè dicebant hunc alienæ hereditatis sciētem emptorem pro possessore possidere, sed quasi pro possessore. Nec enim alius directa hereditatis petitione conueniri potest, quàm qui verè possidet, vel pro possessore, vel pro herede. Eum verò qui non nisi quasi pro possessore possideat necesse est non nisi quasi petitione hereditatis conueniri posse, quæ quasi petitio nihil nisi vtilis actio est. Quam obiectionem præsentiens Accursius vt illam eludat, notat in dictione *quasi* esse eam expressiuam veritatis vt quod sequitur de petitione hereditatis possit intelligere de directa. Quod admitti fortasse posset si Vlpianus noster ita scripsisset, *quasi pro possessore possideat peti hereditatem ab eo posse quidam putant*. In qua locutione dictio *quasi* posset videri expressiua veritatis, si pro *quia* sumeretur. At non ita loquitur Vlpianus, sed hoc modo *quasi pro possessore possidet*, in quo ipso tamen erratū esse puto, & pro *possidet* legendum *possidere*, sumendámque illius verbi cōstructionem à sequentibus *quidam putant* cùm apertissimum sit non esse illam Vlpiani sententiam vt hic qui hereditatem alienam sciens emit pro possessore aut quasi pro possessore possideat, sed tantùm vt referat ita quosdam putare qui hac ratione moti iidem existimant teneri hunc possessorem petitione hereditatis. Alioqui secum pugnabit Vlpianus, qui statim subiungit non putare se veram istorum sententiam, negátque quasi pro possessore hunc possidere qui precium numerauit. Simili penitus locutione ei quam obseruauimus in *l. cùm lege Iulia 41. supr. de recept. qui arbitr. recep.* Neque rursus de illo quærebatur apud Vlpianum, aut apud eos, quorū ille sententiam refert, Vtrum directa petitio hereditatis contra huiusmodi possessorem competeret, an vtilis danda esset, Sed de illo tantùm An peti hereditas ab eo posset. Quibus verbis cùm effectus rei potiùs quàm subtilitas iuris significetur, omnino consequens est, vt quod Vlpianus negat peti hereditatem ab eo posse cum effectu accipiatur ne vtili magis quàm directa conueniri possit, Cùm dici soleat quod & verissimum est, verba omnia cum effectu esse accipienda *l. 1. in fin. supr. quod quisque iur. l. penult. §. docere. supr. si quis cum qui in ius vocab. vi exim.* effectu autem ipso nihil penitus intersit an directa quis an vtili actione conueniatur, Siquidem vtraque eiusdē potestatis est eundémque habet effectum, quomodo scriptum est in *l. actio 47. supr. de negot. gest.* Quod cùm ita sit nō dubito quin postrema illa verba *dict. §. si quis sciens, sed vt emptor vniuersitatis vtili tenetur* adscribenda sint vel imperito alicui interpreti quē noster hic §. fefellerit, vel ipsi etiam Triboniano quem tam sæpe ostendimus facillimum fuisse in dandis vtilibus actionibus, inuita vetere iurisprudentia & iis casibus quibus prudentes neque directam competere, neque vtilem dandam esse existimabant. Nec mouere me potest ratio illa quæ à nōnullis adfertur, quòd emptor hereditatis & vniuersitatis sit veluti loco hæredis, *l. 2 C. de hered. vel act. vendit.* Nam imò verò ex illo ipso loco apparet potiùs non esse illum loco heredis qui scilicet neque à legatariis neque à creditoribus hereditariis conueniri possit, quomodo possunt illi qui loco heredis esse dicuntur, vt puta bonorum possessor, fideicommissarius, & is cui libertatum seruandarum causa bona addicuntur ex Diui Marci constitutione. Hi enim omnes succedunt in ius vniuersum quod defunctus habuit, Bonorum quidem possessor ex edicto prætoris *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. poss.* fideicommissarius verò ex SC. Trebelliano *l. 1. 2. & pass. infr. ad SC. Trebell.* is denique cui bona sūt addicta libertatum seruandarum causa, ex rescripto Diui Marci de quo in *Tit. Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic.* ac proinde sunt illi omnes iuris successores, & perinde obligantur ex successione acsi verè essent heredes, *l. non enim 38. infr. ad SC. Trebell.* cùm tamen emptor hereditatis non nisi singularis successor sit, in quem ideò transire personalis obligatio nulla potest, *l. 2. § si heres eod. l. vlt. § 1. D. de contr. empt.* Et verò ratio quæ adfertur in hoc §. propter quā videatur danda petitio hæreditatis saltem vtilis contra hunc emptorem non illa est, quod sit ipse aut videatur esse loco heredis, sed alia longè diuersa *Ne singulis iudiciis vexetur.* Quæ tamen ratio non solùm obscura est, sed etiam adeò inepta vt vix sensum vllum recipere possit. Vnde est quod nostri magis communiter ea verba referunt ad petitorem, cùm tamen omnia quę præcedunt in hoc §. sint de emptore & possessore Et sanè quid absurdius dici potest, quàm vt emptorem etiā inuitum teneri dicamus ob id solùm ne alioqui necesse sit eum vexari diuersis iudiciis ratione rerum singularum, si malit ille pati eam vexationem, quàm excipere petitionem hereditatis? Vexatio timenda est pro actore quem sicut inuitus agere cogitur, vt suum consequatur, ita iniquum sit cogi varias actiones variáque iudicia instituere ad consequendas eas res quas alioquin vno eodémque iudicio persequi possit, Vt scilicet tantò minùs vexetur. At pro possessore non adeò laborandum est vt nō vexetur, cùm actionem in rem specialem suscipere nemo inuitus cogatur, quandoquidem liberū est cuilibet dicere se nō possidere *l. 1. de rei vindica. infr.* At neque video qua elegantia potuerit Vlpianus scribere *singulis iudiciis* pro eo quod voluit dicere *singularibus iudiciis ratione singularum rerum instituendis.* Aliud siquidē est dicere *singula iudicia*, aliud verò dicere *singularia* cùm possint etiam vniuersalia iudicia dici singula si plura fortassis de pluriom heredi-

hereditatum petitionibus, siue contra plures, siue contra vnum eundémque possessorem instituta proponantur. Denique falsissimum est eum qui neque pro herede neque pro possessore possideat, sed pro emptore & titulo singulari, posse conueniri petitione hereditatis, siue directa, siue vtili. Nec quod ita posito iure necesse sit petitorem distringi, vexarique variis iudiciis, facere potest vt eo minus cogendus sit specialibus in rem actionibus experiri *l. hereditatis 7. vers. à cæteris. C. h. tit.* vbi dicitur quod ad rem nostram valde pertinet speciales tantùm in rem actiones hoc casu cōpetere, adiecta dictione taxatiua *tantùm* quæ non minus vtilē quàm directam hereditatis petitionem excludit, cùm vtilis petitio hereditatis non specialis in rem actio sit, sed vniuersalis, non minùs quàm quæ directa. Vnus tantùm casus excipiēdus est quo fieri potest vt etiam is qui titulum habet adeúque emptionis conueniatur petitione hereditatis, Nimirum si vel hereditatem totam, vel eius partem, vel etiam res aliquas singulas ex hereditate comparauerit ab eo qui iam hereditatis controuersiam patiebatur, & quidem non ignarus litis, vt scriptum est in *l. 2. eod. tit.* Hic enim non solum quasi malæ fidei possessor tenetur ob scientiam rei alienæ *l. bona fides 109. de verb. signif.* sed etiam perinde ac si titulum emptionis nullum haberet, quia viciosum habet, ac lite pendente acquisitum: quo tempore non potuit alienatio vlla deteriorem facere petitoris condicionem *l. Diuus Pius 5.* vbi dixi *sup. hoc t. iunct. l. alienationes 13. D. famil. ercisc.* Neq; contrarium est quod in *d. l. 2. vers. vlt.* scriptum est, Emptorem qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure conueniri. Non enim is horum verborum sensus est, vt emptor hereditatis possit & vniuersali iudicio petitionis hereditatis de hereditate conueniri, & etiam speciali iudicio rei vindicationis de rebus singulis, Alioqui pugnaret ea lex non modo cum ratione iuris, sed & cum *dict. l. hereditatis*, quæ vt diximus, non nisi specialibus in rem actionibus vult eum conueniri posse: Sed hoc sibi volunt Imperatores, hunc emptorem sicuti proprio, id est, singulari titulo possessionis munitus est, ita etiam singularum rerum iure conueniri posse, quemadmodum pluribus explicauimus *lib. 17. Coniect. cap. 1.* Quæ interpretatio si non placeret, dicerem potiùs subesse mēdum in verbo *etiam* legendúmque *tantùm*, vt in *dict. l. hereditatis*, Nato errore ex literarum notarúmque quibus vtraq; dictio per contractionem scribi solet similitudine & affinitate *etiā, tantum* quatū prior *etiam significat*, posterior *tantùm*. Aut denique defenderem ab imperito interprete additam dictionem illam, quem & hic locus & textus *d. §. si quis sciens*, fefellisset, potiùs quàm vt admitterem quicquam ab Imperatoribus illis rescriptum, qui iuris religiosissimi fuerunt, quod à iuris ratione sit tantopere alienum. Et quamuis vtiles actiones non à mero iure pendeant, sed ab æquitate sola, quam sibi quisque pro arbitrio qualem vult comminiscitur, præsertim verò Tribonianus vt latiorem sibi viam sternat emendandis prudentum veterum responsis. Nemo tamen nescit vtiles actiones nunquam nisi ex necessitate inducendas, vt in *l. 1. C. de oblig. & action.* & deficientibus directis *l. si heres 70. in princ. D. ad SC. Trebell.* Hîc autem neq; vlla necessitas subest, neque deficiunt directæ, cùm singularum rerum nomine, possit specialibus in rem actionibus possessor conueniri, quod sufficit ne possit petitor conqueri nullam sibi iuris sui consequendi rationem superesse. Quòd si pro venditore rationem illam adferas, quam Tribonianus proculdubio afferre voluit, nec tamen exprimere sciuit, quod iniquum sit venditorem tot iudiciis singularibus vexari, Dicam non esse bonam rationem per quam velis euincere faciendam iniuriam possessori ne vexationis grauioris incommodū irrogetur petitori. Multum namque possessoris interest vt specialibus in rem actionibus potiùs quàm hereditatis petitione siue directa, siue vtili conueniatur, Vel ob id maximè, quòd in petitionē hereditatis tam vtilē quàm directam veniunt, fructus omnes à possessore percepti ex die mortis etiam consumpti, cum distinctione tamen illa Vtrum bonæ, an malæ fidei possessor sit is qui conuenitur *l. 1. C. eod.* In specialem verò actionē in rem, non veniunt fructus consumpti, nisi ex die litis contestatæ. Fructus namque augent hereditatem cùm ab eo possidetur hereditas, à quo & peti potest, At non augent res hereditarias, neque actionem earum singularum nomine institutam. Qui sensus est *d. l. 2. eod. iunct. l. certum 22. C. de rei vindic.* Atque ita esse vt hæc Triboniani ratio bona non sit, fatetur ipse Tribonian. cùm in sequentibus subiungit non aliter dandam esse vtilem hanc actionem contra emptorem hereditatis quàm si vel non extet venditor, vel extet quidem, sed tam modico precio hereditatem vendiderit cùm bonæ fidei possessor esset vt non expediat actori petere hereditatem à venditore tam exiguum precium habente. Atqui cæteris etiam casibus, id est, tum quoque cùm vel extat venditor, vel iusto precio hereditatem vendidit, vt hinc damno petitoris possit conueniri directa hereditatis petitione, idem euenit, vt diuersis iudiciis vexari actorem necesse sit, si contra emptorem agere velit specialibus actionibus de rebus singulis, Ergo vel non est bona ratio propter quam permitti debeat petitori vt inuita iurisprudentia possit contra emptorem agere vtili petitione hereditatis, Vel superuacua est distinctio quæ Triboniano placet, & in qua ille tamen conquiescit. Mancam sanè illam esse, vt passim sunt distinctiones istæ Tribonianeæ ex eo apparet quod casum illū omisit Tribonianus quo venditor extet, iustóque precio hereditatem vendiderit, sed tamen non sit soluendo: Qui tamen casus non fuit prætermittendus, si cæteri fuerunt excipiendi, cùm habeat eandem æquitatis rationem. Quid enim refert an venditor non extet, puta mortuus sine herede, an verò extet quidem, sed adeò inops & egenus etiam post dimissos ex hereditatis venditæ precio aliquos creditores, propter quod videri debeat factus locupletior *l. si pupilli 66. in fin. D. de solut.* vt adhuc inanis futura sit actio quæ contra eū instituetur *l. nam is 6. §. de dol.* Quid rursum interest an iniusto & permodico precio hereditatem vendiderit, an immodico quidem sed quod propriis creditoribus dimittendis iam impenderit, & cui restituendo impar sit? Ex iis porrò casibus quos Tribonianus excepit, intelligimus, Non priore illa ratione motum eum fuisse, quòd iniquum sit vexari petitorem multiplicitate singularium iudiciorum, Sed illa potiùs quod æquum videatur accommodari vtilem hereditatis petitionem aduersus emptorem eo saltem casu quo directam contra venditorem exercere non possit sine dispendio & iactura aliqua iuris sui. At

Digitized by Google

hæc ratio æquè inepta fuerit. Neminem enim vnquam ob id solum teneri æquum est & duriùs adstringi, quòd actor ab alio qui teneatur aut nihil aut minus sit consecuturus, Nascuntur enim & acquiruntur vt obligationes ita actiones omnes certis tantùm & legitimis modis ex eorum persona & facto qui obligantur, quique conueniuntur, non etiam ex actoris commodo vel incommodo æstimandis. Quod in proposita quæstione tantò magis dicendum est, quantò minus periculi subest ne in damno moretur actor etiamsi vtilis petitio hereditatis ei denegetur, quia præter id quod saluã habet actionem directam contra venditorem cuiuscunque tandem commodi & vtilitatis futura illa sit, habet etiam paratas actiones in rem speciales contra emptorem singularum rerum nomine per quas suę cōsulat indemnitati, nisi quod ad fructus attinet ante cōtestationem perceptos, & consumptos. In summa non video cur distinguere debuerint Imperatores to *dict. l. 2. C. hoc tit.* an possessor emerit hereditatem pendente lite, an verò ante litem, si vtroque casu idem rei effectus est vt peti de possit emptor conueniri petitione hereditatis. Hac sola differentia, quòd priore casu teneatur actione directa, posteriore verò non nisi vtili. Sed me præterea mouent verba ipsa cōtextus per quæstiunculas concepta interpolata, & malè tam inter se quàm cum præcedentibus cohærentia equi solius Triboniani non etiam Vlpiani aut alterius ex antiquis prudentibus mos & stylus est. Primùm enim sic scribit velut ex abrupto *Quid si quis hereditatē emerit?* Deinde subiicit *an vtilis in eum petitio hereditatis deberet dari ne singulis iudiciis vexaretur.* Non quærit, An debeat dari, sed an deberet, Ita quodammodo admittens dari quidem non debere, sed tamē posse quæri an deberet dari Quasi fieri possit, vt tale quid sit quod etiam nec deceat nec dari debeat, dari tamen deberet: quod est ridiculū. Sed & cùm de emptore concepta quæstio sit, & quidem per ea verba quæ venditoris personā neque exprimāt, neque subaudiant, excidit tamen Triboniano incauto, quod alibi sæpe vt ab emptore trāseat ad venditorem, eámque suæ dubitationis rationem adferat quæ petitori omnino aptanda sit, emptori autem conuenire nullomodo possit. Sed illud foedissimum est, quod post ita conceptā quęstionem de emptore an in eum petitio hereditatis dari deberet ne actor singulis, id est, singularibus iudiciis vexaretur, respondet primùm de venditore, Scilicet eum teneri, de quo tamen nec quæsitū fuerat, nec quæri probabiliter potuerat, cùm certi iuris esset teneri venditorem petitione hereditatis etiam directa adeóque post venditionem, tanquā qui hereditatem possidere intelligatur hoc ipso quod hereditatis pretium habet *l. si & rem 22. & seq. ¶. eod. l. si quis pecuniam 4. §. vlt. ¶. si quis omiss. caus. testam.* At neque postquàm locutus est de venditore, adhuc tamē respondet ad propositam quęstionem de emptore, Sed vagatur, & inquirit alios casus in quibus maior ratio suadere videatur, & euidentior saltem æquitas vt actori succurratur. *Sed finge, inquit, non exstare venditorem, vel modico vendidisse & bonæ fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeat?* Quibus verbis restringit Tribonianus quęstionem, quam multò generaliorem proposuerat, vt innuat nec dubitare se quin extra hos casus deneganda sit petitio hereditatis tā vtilis quàm directa aduersus emptorē. Et tamen ad propositam generaliter quæstionem respondet generaliter ex Caij Cassij sententia dandam vtilem actionē. Ergo non tā[...]m superioribus duobus casibus, sed alio præterea omni, in quo intersit actoris ob id quòd vel non exter venditor, vel nimis modico precio vendiderit, & bonæ fidei possessor fuerit. Sine ob id potiùs quòd alioqui futurum sit vt plerisque singularibus iudiciis vexetur si malit specialibus actionibus contra emptorem experiri. Fieri porrò nequit vt non saltem hoc posteriore nomine intersit actoris conuenire potiùs emptorem vtili petitione hereditatis. Igitur fatendum erit omni casu teneri emptorem. Quod si ita est, quid ergo profuit casus illos conquisiuisse, ac expressisse Si venditor non exter, vel nimis modico precio vendiderit, & bonæ fidei possessor fuerit? Et contrà, Si tantùm his duobus casibus emptor tenetur vtili petitione, quid profuit rationem illam generalem præmittere.

a *Ne singulis iudiciis vexaretur* Adde quod nec illud verum est vēditorem hereditatis qui bonæ fidei fuerit non aliud teneri reddere precium, quàm quod acceperit & ex quo locupletior sit factus. Repugnat enim Iauolenus in *l. in æstimationibus 49. ¶. h. t.* Repugnat ratio iuris, vt dicemus ad *§. seq.* Illud sanè mirum est non distinguere Tribonianū bonæ fidei emptorem ab eo qui mala fide comparauerit, vt nec in *§. si quis sis. ns.* C[...]m tamen in his quæstionibus quæ ex æquitate proficiscuntur nūquam fauendum sit malæ fidei possessori *l. pe. in fi. ¶. ad SC. Treb.* Nempe voluit Tribonianus fauere petitori omni casu quo aliter fieri non posset vt indemnis seruaretur. Nec tamen animaduertit, Illa etiam in specie in qua extet venditor, qui hereditatē iusto adeóque iuuoles immodico precio alteri vendiderit, & qui sit soluendo, vt hoc addamus, quod Tribonianus prætermisit, non posse fieri vt in damno non remaneat actor si non ei detur vtilis petitio aduersus emptorem: quoniam agendo contra venditorem nihil aliud consequi potest nisi vt precium sibi restituatur, qui tamen si vtili petitione ageret contra emptorem res ipsas suas consequeretur. An non autem eius semper interest res habere potiùs quàm earum æstimationem? Aut quid iniquius, quàm vt siue iusto siue iniusto precio res suas vendere compellatur? *l. non enim. 9. D. rer. amot. l. nec quasi 70. D. de publ. in rem act.* Debuerat ergo Tribonianus generaliter & indistinctè dare hanc vtilem actionem contra emptorē, quod & Accursius noster tandem concludit, Cùm huic malo & incommodo non aliter obuiam iri possit, quàm si petitor specialibus actionibus singulas res persequatur, quod ipsum tamen pro absurdo Tribonianus habet, ideò quia fieri id nequeat, quin petitor nimis vexetur. Non possum permittere illa etiam verba *an porrigi manus ad emptorem debeat* videri mihi valde Tribonianū redolere. Vsus enim ille est eodem loquendi genere in *l. à Diuo Pio 15. §. sed si emptor De re iudic. ¶.* quem locum vt & totam illam penè legem Triboniani magis quàm Vlpiani esse, & alibi iam scripsimus, & nunc quoque confirmamus. Illud quærendum hîc superest, An quod Tribonianus quasi ex Caij Cassij sententia scribit dandam esse vtilem petitionem hereditatis contra emptorem, ea distinctio adhiberi debeat, quæ adhiberetur quoties quæritur, An singulas res hereditarias specialibus actionibus cōtra emptorem persequi actor possit, hoc est an emptor habiturus

Digitized by Google

turus sit regressum aliquem de euictione aduersus venditorem ... vt priore casu conueniri non possit, ... verò possit ex *l. sed etsi* ... In quo Accursius noster hæsitat, Concludens ... eiusmodi distinctioni tunc locum esse ... singularis, & vt Bartolus ... particularis ex hereditate, ... heredi-tatis vt in hoc §. ... Bartolus quoque probat. Ergo verò ... possum, quia cùm hæc vtilis petitio hereditatis etiam Tribonianus ... ex æquitate detur, & contra iuris regulas : quæ verò pro singulis rebus datur specialis in rem actio detur ex ipsa iuris ratione, quis non putet absurdum latiùs patere vtilem hereditatis petitionem, quàm directam in rem specialem, & bonæ fidei possessoris qui hereditatis bona fide vendidit, deteriorem esse conditionem ob id quòd per mediam emptoris personam conueniatur, quàm si recta conueniretur, aut ob id quòd emptor vtili petitione hereditatis nó autem speciali in rem actione vrgeatur ? Vtroque enim casu perinde tenetur venditor emptori suo de euictione, & perinde alia ex parte bona fides venditoris facere deberet, vt ne supra quàm locupletior factus sit, teneatur. Alioqui sit ... hereditati interactore ... venditorem ... personam emptoris grauiori conditionem ... obnoxius venditor, quà ... esset irroganda in iudicio petitionis hereditatis, in quo non posset timere reus idemq; venditor ne sup. à quàm ex precio venditæ hereditatis locupletior factus esset teneretur, *d. §. item si rem*. Ac præterea cùm Tribonianus eam suæ sententiæ primam ac potissimam rationem adferat ne petitor singulis iudiciis vexetur, quasi æquius & commodius sit pro tot actionibus specialibus dari vtilem petitionem quæ vnica est, eamq; velut in locum & vicem specialium actionum substitui, consequens certè est vt quo casu non posset venditor specialibus in rem actionibus experiri, nec ei liceat debeat instituere vtilem hereditatis petitionem, ex qua scilicet sufficit vt commodum illud sentiat ne tot iudiciorum vexatione pati cogatur, nó etiam vt alia vlla in re deteriorem faciat venditoris qui bonæ fidei possessor fuit, conditionem. Porrò si nobiscum ita sentias vt eadem distinctio quæ adhibetur in *d. §. item si rem distraxit*, in hoc quoq; §. adhibenda sit, tantò magis probandū tibi erit quod nos defendimus, ex Tribonianí potiùs quàm ex Cassij vel Vlpiani sententia illud esse quod hîc scribitur dandam vtilem petitionem hereditatis aduersus emptorem, cùm vix sit vt ex natura contractus non liceat emptori regressum de euictione contra venditorem, nisi eo demum casu quo expressim conueniret vt venditor non de euictione teneatur ad id quod interest, sed tantùm ad precij accepti restitutionem, vt in *l. ex empto* ... *§. vlt. de act. emp.* ... *l. si in venditione* ... *l. cuilibet 70. ff. de euict.* Sed sunt ista apertiora, quàm vt pluribus demonstrari debeant, Etsi neq; paucioribus verbis potuit tantus iuris error refelli, & Triboniani facinus indicari. Cuius autoritate moti plerique ex nostris interpretib. in eam sententiam venerunt vt dixerint, Posse omni casu conueniri petitione vtili hereditatis emptorem quoties hereditatem ille emit ab eo qui poterat ipse hereditatis petitione conueniri; Ne inquiunt melior sit conditio emptoris quàm venditoris, Quasi verò absur-dum sit diuersam esse vtriusque cōditionem cùm diuersa ratio est. Hic autem quàm diuersa sit ex eo apparet, quòd emptor titulum habet hæc posse ... quem nullum venditor habebat. Neque verò regula iuris habet semper & in omnibus eandem causam esse emptoris quæ fuit venditoris, sed plerunque vt scriptum est in *l. quoties 156. §. ... de regul. iur.* Alioqui eadem ratione ... possis, Teneri emptorē hereditatis petitione directa, quia & venditor ipse directa non vtili tenebatur. Vniuersalis successoris al ... Eius enim ... vnquam causa est quā ... quia in vniuersum ius succedit. Et hoc nimirum est quod Tribonianum primùm deinde nostros interpretes fefellit, quod vniuersitatis emptorem pro vniuersali successore habuerunt qui haud dubiè non minùs singularis successor est quàm qui emit fundum Cornelianum. Successionis enim titulus ille est qui facit successorem vel vniuersalē, vel singularē, non res quæ per titulū acquiritur *d. l. 1. C. h. t.* Quamquā nec hereditas quæ venditur, est quid vniuersale, quia neq; heredis as est cùm necesse sit adinam eam esse à vendi tore iamq; factam ipsius patrimonium priusquàm vendi possit. Vnde est quod nec à creditoribus nec à legatariis conueniri potest emptor hereditatis sed tantùm venditor *d. l. 2. C. de hered. vend.* Id verò multò magis obtinet cùm is hereditatem vendidit, qui nullū ius in hereditate habuit, nec vnquam heres aut fuit aut esse potuit. Non enim potest venditio esse iuris vniuersalis quæ nec iuris est, aut iuris alicuius esse, quæ fit ab eo qui nihil omnino iuris habeat, in hereditate scilicet aliena.

b *Venditorem enim teneri certū est.* Ratio dubitādi. Non alius tenetur petitione hereditatis quàm qui possidet, cū petitio hereditatis sit in rem actio quæ proinde dari nō potest nisi contra possessorem qui saltem possideat tēpore iudicandæ *l. non vid. ... 18 in princ. & §. 1. ff. hoc tit.* Atqui venditor hereditatis de ... hereditate possidere hoc ipso quod eam vendidit cuiusque si non dominium quod non habuit, saltem possessionem quàm habuit, trāstulit in emptorē quem & suo loco in omnibus constituit *l. 2. & tot. tit. De hered. vel act. vend. D. & C.* Non possunt autē duo simul in solidū possidere vulg. *l. 3. §. ex contrario de acq. poss. l. duo in sol. dum 19. De precar. ff.* Ergo venditorē post venditā hereditatem nihilominus hereditatis petitione teneri absurdum est. præsertim verò directa, qualis haud dubiè illa est, de qua in hoc §. agitur, cùm nec vtili quæ faciliùs datur teneri possit is qui nihil possidet.

Ratio decidendi. Qui hereditatem vendidit, eam tamē perinde adhuc possidere intelligitur, acsi nō vendidisset, quia pro hereditatis rebus habet precium hereditatis, idq; nō alio iure quàm hered tario, nec nisi tanquā hereditatē eùm habeat tanquā heres. Id enim est, quod dici solet, In vniuersalibus quale est ius heredi tatis preciū succedere loco rei *l. si & rem 22. ff.* & cū qui rei venditæ precio fruitur nō minùs intelligi habere, quàm qui principali re vtitur fruitur *l. quia qui pretio 39. ff. de vsufr.* Ergo eū hereditatis petitione directa teneatur quisquis aut ipsam hereditatē, aut rem aliquā hereditariā possidet pro herede vel pro possessore *l. regulariter 9. sup.* consequens est vt hîc quoque qui hereditatem vēdidit siue permodico siue immodico precio huiusmodi actione teneatur, equè post atq; ante factā venditionē, *l. item veniunt 20. §. pen. ff.* In quo dignū

obseruatione est, quod Vlpianus scribit in *l. si quis pecuniam 4. §. vlt. ff. si quis omiss. caus. testa.* Tùm quoque cùm hereditatis venditio mala fide ac dolo malo facta est, eum tamen qui hereditatem vendidit, non pro eo haberi debere qui dolo malo desierit possidere, sed vtique possidere videri. Quod si ita est, illud quoque vel ex ea ipsa quam attulimus dubitandi ratione omnino consequens est, vt qui emit non possit dici possessor, adeóq; nec quasi possessor hereditatis. Ne alioqui duos eiusdem hereditatis veros possessores inducamus, aut vnum verè possessorem, alium quasi possessorem, quod fuerit equè ineptum. Et sanè ita est. Qui hereditatē emit, non tamē hereditatem possidet, eo sensu quo hereditatem accipimus cùm de hereditatis petitione siue directa siue vtili disputamus, id est pro successione in vniuersum ius quod immediatè fuerit defuncti, sed possidet tanquam tale quid, quod ex defuncti hereditate conuersum fuerit in patrimonium venditoris qui heres putabatur, cùm tamen non esset, ac proinde non tanquam heres id possidet sed tanquam emptor, nec quasi pro herede aut quasi pro possessore sed verè pro emptore, nec tam hereditatem quàm res hereditarias, aut vt dicam generalius id quod fuit ex hereditate *l. in fideicommissaria 18. ad SC. Trebell.* Ex quo maximum & inuincibile argumentum sumitur pro confirmādo eo quod disputauimus in præcedentibus cōtra Tribonianum magis quàm cōtra interpretes Emptorem hereditatis, quamuis emptur vniuersitatis esse videatur, petitione tamen hereditatis siue directa siue vtili teneri nullomodo posse. Quomodo enim aut quo iure, qua etiam æquitate posset teneri qui non solùm non possidet pro herede nec pro possessore, sed nec ipsam hereditatem, nec denique quicquam possidet tanquam hereditarium? Etsi enim res hereditariæ non desierunt esse hereditariæ per aditionem ab eo factam cui numquam fuit delata hereditas, multò minùs verò per venditionem quam is nulla præcedente aditione fecerit, certum tamen est eodem iure censeri illum debere quo si à vero herede emisset, ne hoc ipso plus iuris habeat quod emerit ab eo, qui minùs, imò qui nihil penitus iuris in hereditate habuit. Atqui si emisset à vero herede, nihil nunc esset hereditarium ex iis omnibus quæ possidet quasi emptor hereditatis, quoniam quicquid antea fuisset verè hereditatis factum verè fuisset patrimonium heredis, & consequenter translatum fuisset in emptorem non tanquam quid hereditarium, sed tanquam pars bonorum heredis eiusdémq; venditoris. Eodem igitur iure censeri debet eum emit à nō herede vt quamuis omnia quæ ex hereditatis emptione possidet sint adhuc hereditaria, perinde tamen habeantur ac si hereditaria esse desiissent tanquam conuersa in patrimonium heredis. Hactenus saltem vt nihil possit videri possidere quasi hereditarium, quomodo possidebat omnia venditor à quo comparauit, & qui alium possessionis suæ titulum nullum habuit. Alioqui etiamsi vel vnam rem hereditariam possideret, dicendum esset non minùs teneri eum debere vtili saltem petitione hereditatis non minùs quàm si totam hereditatem possideret, *l. regulariter 9. & seq. sup.* Dicam amplius quod nondum dixi & in quo interpretes omnes Triboniano duce video decipi, Non esse vniuersitatis emptorem eum qui emit hereditatem siue à vero, siue à falso herede: cùm non in eum trāseant vniuersa quæ fuerunt hereditatis, Actiones scilicet hereditariæ ex quibus potissimum hereditas æstimatur, & ius illud vniuersale quod hereditatis appellatione significatur, siue actiuæ illæ sint, vt loquuntur siue passiuæ, nec magis vtiles quàm directæ, *d. l. 2. C de hered. vel act. vend.* iunct. *l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C de hered. act. l. 1. & 2. C si vnus ex plurib. hered. debit. vel credit.* Ergo quamuis trāseant vniuersa corpora, non ideò tamē verum est transire vniuersitatem, quæ scilicet non solùm corpora sed etiam iura continet, adeóq; non in corpore consistit sed in iure *l. hereditas 50. ff.* ideóque fatendum est emptorem etiamsi vniuersa corpora hereditaria possideat, non tamen ea possidere tanquam quid vniuersum, sed tanquam singula, nec vniuersitatis vllius possessorem aut emptorem intelligi, sed rerum singularum, & quidem quasi singularum non quasi vniuersarum. Vt proinde nulla ratio sit, nulla æquitas, propter quam permitti debeat vt contra iuris regulas conueniatur vtili petitione hereditatis. Dices imò magnam esse æquitatem quæ facit pro petitore ne moretur in damno si petitionem hereditatis aduersus alium instituere non possit, quàm aduersus eum qui hereditatem vendidit, siue non extet fortassis venditor, siue extet quidem, sed non nisi modicum precium ex hereditatis venditione acceperit aut nō nisi ex modico locupletior factus sit, siue tam egenus inueniatur vt soluendo non sit, siue denique malit petitor res ipsas hereditarias consequi, quàm earū æstimationem. Sed iam suprà respondimus, Non esse violandā iuris rationem ad nocendum emptori præsertim qui sit bonæ fidei, vt faueamus venditori. Deinde parum interesse petitoris quòd minùs plenam actionem habiturus sit contra venditorem, cùm sit ei liberum agere etiam cōtra emptorem si velit de rebus singulis speciali in rem actione, atque ita tantundem consequi quantum si ageret petitione hereditatis nisi quod ad fructus quos bonæ fidei possessoris lucro cedere æquū est si consum pti sint & percepti ante litem contestatam minimum propter bonam fidem eius fieri non potest, vt ratio haberi nō debeat in persona bonæ fidei possessoris. Postremò negamdum est quod Tribonianus supponit pro vero, venditorem si bonæ fidei possessor fuerit nō teneri aliud precium venditæ hereditatis reddere, quàm quod ab emptore acceperit. Nam imò verò tenetur verum & iustum precium reddere si hereditatem vendiderit ex causa negotiationis non sideicommissi, vt apertè Iauolenus scribit in *l. in æstimationibus 49. ff.* & nos docebimus pluribus ad *§. seq.* Nec aliud est quod aduersus emptorem replicare possis pro petitore, nisi quod iniquum videatur toties eum vexari. At iam negaumus iniquū hoc esse, præsertim eùm pro hoc incommodo habeat petitor illud commodum vt res ipsas hereditarias emptori auferat, quarū precio cōtentus esse cogeretur si inst. tueret hereditatis petitionem cōtra vēditorē. Quòd si commodū hoc petitori dare velles, vt posset vtilem hereditatis petitionem instituere aduersus emptorem, sanè quàm stultus esset petitor si non semper eligeret vtilem istam potiùs quàm directam quæ competit ei contra venditorem, atque ita faceres vt superuacua & inutilis esset directa illa quam proponere numquam expediret. Maximè verò si venditorem proponeres bonæ fidei possessorem fuisse, & cum eo mitiùs idcirco agi oportere. Quæ tamen ex causa durius agi

cum

cum emptore hereditatis qui & ipse perinde bonæ fidei possessor sit, non modò perabsurdum certè fuerit, sed etiam periniquum. Reliqua dicemus ad §. seq,

5 ¶ Idem erit dicendum, & si paruo precio iussus vendere heres Titio hereditatem vendidit: nam putat dicendum Papinianus, aduersus fideicommissarium dari actionem. ab herede enim peti non expedit ª perexiguum precium habente.

Ad §. 5. idem erit dicendum.

Ratio dubitandi eadem hîc est, quæ ad §. præcedentem, Illa nimirum quòd petitio hereditatis danda non sit contra eum qui aliquem titulum habet suæ possessionis *l. regulariter 9. supr.* fideicommissarius autem habeat titulum, cùm iustè possideat, qui possidet ex causa fideicommissi. Ratio decidendi est, quòd imò verò titulus fideicommissi nullus sit & incognitus iure ciuili, planéque inhabilis ad transferendum dominium quiritiarium sed tantùm bonitarium, propterea quòd fideicommissa pendeant ex iurisdictione prætoris, qui dominium iure Quiritium transferre non magis potuit quàm facere legem cuius solius est facere dominum *l. 3. Si vsusfr. pet. ansr.* iunct. *§. quos autem. Insti. de bonor. possess* In quo fideicommissa differunt à legatis, vt sæpe à nobis disputatum & probatum est, quamuis ad hanc differentiam Accursius in hoc §. non animaduertat. Proinde mirum non est dari petitionem hereditatis contra fideicommissarium quasi sine titulo possidentem. Nec tantùm si ponas agi in hoc §. de fideicommissario, cui restitura sit hereditas ab eo herede qui non nisi vel pro herede vel pro possessore possidebat, de quo in §. *Neratius 3. supr.* quomodo interpretari sumus *lib 17. Coniect. ca. 1.* fortasse nimis restricta huius §. sententia, Sed etiam si ponas talem fideicommissarium cui restituta fuerit hereditas ab eo qui verus heres fuit, sed ex testamento quod posteà inofficiosum pronunciatum sit, & ruptum per querelam ab exheredato filio propositam, vt & Accursius noster rectè interpretatur, siue proposita sit querela contra heredem rogatum de restituenda hereditate & qui eam restituit, siue contra fideicommissarium ipsum, vt in specie *l. 1. C de inoffic. testam.* de cuius sententia scripsimus *dict. cap. 1. lib. 17. Coniect.* Quo casu multò minùs titulum vllum suæ possessionis habere dicendus est fideicommissarius, rupto testamento ex quo putabatur debitum fideicommissum quod solutum fuit & restitutum. At si ponas testamentum ab initio fuisse inutile, quæ interpretatio nec ab Accursio prætermissa est, tantò magis dicendum erit posse fideicommissarium conueniri petitione hereditatis, & quidem non vtili tantùm vt malè vult Accursius, sed directa tanquam alius quilibet possidens pro possessore, Quidni verò quasi possidens etiam pro herede. Nam & tritum est fideicommissarium loco heredis esse *§. restituta Instit. de fideic. hered.* cùm sit successor vniuersalis in vniuersum ius quod defuncti fuit, idque ex autoritate Senatusconsulti Trebelliani *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ff. ad S. C. Trebell.* vt proinde parum intersit quod ad ius & effectum rei pertinet, an quis possideat pro herede an pro fideicommissario, quamquam malo conueniri eum quasi possidentem pro possessore quàm pro herede, cùm nec sit heres nec dici possit, tum quoque cùm verè fideicommissarius est. Si tamen poneres testamentum ab initio valuisse ex quo restituta fuit hereditas, nec vnquam postea ruptum fuisse, non ideò conueniri posset fideicommissarius petitione hereditatis, siue directa, siue vtili quòd titulum suæ possessionis ciuilem & legitimum nullum habeat, Cùm prætoris sit dare vel denegare actiones, qui porrò numquam daturus est petitionem hereditatis contra fideicommissarium quem pro vero domino haber post factam restitutionem quæ res omnes hereditarias in bonis fideicommissarij facit *l. facta 63. in princip. eod. tit.* subsistente scilicet testamento ex quo vtiliter hereditas & adita fuerit & restituta. Nam cùm fideicommissarius sit loco heredis *d. §. restituta*, fieri certè nequit vt teneatur vnquam hereditatis petitione, in eo casu in quo heres ipse nō teneretur si hereditatem adhuc possideret. Nam nec alius petitionem hereditatis siue directam siue vtilem proponere potest quàm qui verè sit heres. Fieri autem nequit vt ambo verè sint heredes & is qui hereditatem iam restituit, & is qui nunc hereditatem petit. Ex quo apparet quod fideicommissarius petitione hereditatis conueniri hoc casu non potest, non habere illum à seipso quasi iusto aliquo & legitimo subnixum titulo, sed ex iure ac persona heredis qui titulum ac ius veri heredis testamentarij & habuit ante restitutionem, & nihilominùs retinet post restitutionem *d. §. restituta.* Cæterùm quoties fideicommissarius conueniri potest petitione hereditatis, quod contingere diximus duobus illis casibus, Si restitutum sit fideicommissum ab eo qui nonnisi pro herede vel possessore possidebat hereditatem, scilicet ex testamento iātum inutili, vel si ab eo quidē qui verus heres fuerit, sed ex eo testamento, quod postea ruptum sit per querelam, Dicendum est directam esse non vtilem petitionem illam hereditatis. Cur enim ad vtilem confugiamus si directa competat? Aut quidni directa competet contra eum qui duobus illis casibus non modò titulum nullum habet, sed neque tituli colorem aliquem: quomodo habet is cui restituta fuit hereditas ex valido testamento, tametsi nec is titulum vllum iustum habeat qualem esse oporteret illum per quem fieret ne petitio hereditatis competeret: Vt consequenter non minùs conueniri posset directa petitione verus fideicommissarius, si possibile esset vt verus esset heres qui hereditatem peteret à vero fideicommissario. Verum enim fideicommissarium voco non cui verè datum sit à testatore fideicommissum, sed cui fuerit verè debitum & solutum ab herede, Nimirum ex testamento iusto, nec vnquam posteà rupto: Quo casu alterutrum fateri necesse est, Vel heredem verum non esse illum qui petit hereditatem, Vel inducendos einsdem hereditatis duos insolidum heredes contra regulam *legis quod contrà 141. §. vns duo de regulis iuris.* Et verò cùm Papinianus in ea specie quæ tractatur in hoc §. simpliciter scripserit, dari aduersus fidei-

commissarium actionem, si paruo precio iussus heres vendere hereditatem ei vendiderit, planè non video cur cum Accursio velimus intelligere de vtili actione potiùs quàm de directa quæ & competit ipso iure & in effectu non minorem habitura sit vtilitatem. argum. *l. si heres* 70. §. *ad S.C. Trebellian.* Nam quod pro tuenda sua interpretatione adfert Accursius, Non posse fideicommissarium repeti directa petitione hereditatis, quoniam habet titulum scilicet fideicommissi, seu inquit, legati (quasi nihil inter hæc differt) præterquàm quòd abhorret ab ea iuris ratione quam ìn præcedentibus attulimus, non potest adaptari iis casibus in quibus omnes admittunt fideicommissarium petitione hereditatis conueniri posse, quia siue testamentum ab initio fuerit inutile, siue ex postfacto ruptum, titulus fideicommissarij si quis ante fuisset, reducitur ad non titulum, atque ita non magis impedire potest directam petitionem quàm si nullus vnquam titulus præcessisset, vt diximus in §. 1. *huius legis.* Quod nec Accursius ipse diffitetur eo quoque casu, quo testamentum ab initio valuerit, & postea ruptum sit per querelam, qui tamen casus longè dubitabilior est. Directa igitur contra fideicommissarium competit, nec tantùm si alienam hereditatem sciuerit, vt malè vult idem Accursius, sed etsi ignorauerit, bonàque fide restitutionem hereditatis & petierit, & acceperit. Et rursus non solùm si heres qui hereditatem restituit non appareat, aut modico precio hereditatem ex fideicommisso vendiderit, sed etiamsi heres qui non nisi iusto precio hereditatem & vendere iussus sit, & vendiderit, quoniam omni casu verum est nullo titulo piti fideicommissarium qui hereditatis restitutionem accepit à falso herede, quod tamen ita euenire necesse est, quoties petitione hereditatis conuenitur ille à vero herede. In eòque longè dissimilis ratio est fideicommissarij, & emptoris illius, de quo tam multa scripsimus in §. *præcedenti.* Emptor enim proprium habet titulum suæ possessionis, cùmq; iustum & legitimum, tametsi ab eo comparauerit qui non nisi pro herede possidebat, vel pro possessore. Propter quam causam docuimus debere illum meliore esse conditione quàm venditorem à quo comparauit vt non teneatur petitione hereditatis etiam vtili, quamuis venditor poterit directa quoque conueniri. Atqui dicat aliquis, agimus in hoc §. de eo fideicommissario, qui non tantùm fideicommissarius sit, sed etiam emptor. Cur ergo alia eius ratio constituatur, quàm si emptor tantùm esset? An fortè ob id minùs iuris habet quòd sit præterea fideicommissarius? Hoc verò est meo iudicio, quod & Accursium nostrum fefellit, vt in hoc fideicommissario idipsum iuris constituendum putauerit quod in simplici emptore constitutum vidit in §. *praced. & sequent.* & ipsum quoque Tribonianum, vt quod Papinianus in huiusmodi fideicommissario eodémque emptore responderat, traheret ille audacter vt solet ad alium emptorem quemlibet vniuersitatis, vt ipse loquitur, Quasi non alia huius emptoris quàm cæterorum ratio esset. Quæ tamen euidenter diuersa est. Is enim cui heres ex iussu testatoris sui vendidit hereditatem, siue permagno siue permodico precio, non tam emptor quàm fideicommissarius dicendus est, quomodo & dicitur à Papiniano, Non quod possit heres qui vendidit dici venditor quin fideicommissarius qui emit, itidem dici emptor debeat, sed quia non est huiusmodi emptio similis cæteris, cùm neque tractatum vllum præcedentem habeat qui in venditionibus omnibus solet præcedere *l. si voluntate.* 8. *C. de resc. vend.* neque tamen ex hæredis vendentis quàm ex testatoris qui certo precio vendi iussit voluntate proficiscatur, cui parêre habuit heres necesse. Quamuis non nisi iure fideicommissi, iure scil. inspecto, vt in *l. si procuratorem* 8. *in prin. ff. mandat. l. 1. §. si seruos* 30. *ff. deposit. d. l. in ratione* 30. §. *tametsi ad leg. falcid.* quoniam vt heres iam sibi quæsitam hereditatem certo precio vendat per fideicommissum tantummodo iuberi hoc est rogari potest perinde atque vt in ipsa testatoris hereditate alium heredem instituat *l. filiusfamilias* 114. §. *vt quis heredem de leg.* 1. *l. ex facto* 17. *in prin. ad SC. Treb.* iunct. *l. in ratione* 30. §. *tametsi ad l. falcid. l. nec emere C. de iur. delib.* Mirum igitur non est si cæterorum emptorum iure nõ censeri huoc fideicommissarium, sed iure cuiuslibet fideicommissarij simplicis, ac si heres non ei vendere hereditatem, sed restituere iussus esset: in qua specie nemo dubitarêt, quin fideicommissarius petitione hereditatis, & quidem directa conueniri posset ab eo qui verè esset heres. Nec sanè credibile est fuisse vnquam Tribonianum eam sententiam tam improbabilem ione ctorum vt emptor hereditatis vtili petitione conueniri possit, nisi in eo qui & fideicommissarius & emptor sit responsum id à Papiniano existimasset. In quo duplex boni viri error fuit. Vnus, quod huius emptoris causam à cæteris non distinxit. Alter quod non animaduertit in Papiniani specie nullũ esse verbũ de actione vtili, nec tractari de ea posse quoties quæritur de danda hereditatis petitione contra fideicommissarium, aduersus quem scil. semper & omni casu, vt probauimus, competit directa, tanquam cõtra eum qui non alio titulo possidear, quàm pro possessore. Fient autem hæc omnia planiora ex iis quæ ad 35. §. *seqq. dicemus.*

a *Ab herede enim petitionem expedit.* Peti tamẽ poterit si id actor malit, quantulumcumque illud sit quod heres possidet pro herede. Hoc enim demũ est possidere pro herede, Eum qui heres non sit possidere tamen res verè hereditarias, Quantum ad hoc scil. vt quis tanquam pro herede possidens conueniri possit petitione hereditatis. Nam quod pertinet ad causam vsucapionis ex tit. *Pro herede* is demum è cõtrario pro herede possidet, qui cùm sit verè heres possidet tamen rem non hereditariam quasi hereditariam *l. 1. & tot. illo tit. D. pro hered.* Verus enim titulus ad vsucapionem requiritur, qui toties interuenit, petitionem impedit hereditatis. Cæterùm is qui heres scriptus in testamento inutili ab initio vel quod ex postfacto ruptum sit per querelam inofficiosi, si ex voluntate sui testatoris hereditatem vendiderit & restituerit pro exiguo precio accepto vtique possidet illud precium tanquam heres & non alio titulo quàm *Pro herede*, quippe qui id hodie non haberet si heres scriptus non fuisset. At quoniam fideicommissa etiam ab intestato dari possunt *l. conficiuntur* 8. *& pass. de iur. codicill. infr.* ille etiam casus superioribus iungi potest si quis eum quem sibi tanquam agnatum proximum ab intestato successurum sperabat, iusserit hereditatem restituere quam agnatus ille adierit & restituerit, cùm tamen agnatus proximus non esset, vt in *l. sed etsi* 25. §. *scire. ff. hoc titul. l. cum pater* 77. §. *cum existimaret. de legat.* 2. Quem casum

ab Ac-

ab Accursio nostro prætermissum fuisse miror. Itaque non est contrarium quod scriptum est in *l. quod in diem 16. §. vlt. infr. hoc tit.* Si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem vel singulas res præstiterit, peti nihilominùs hereditatem aduersus eum posse, quamuis nullum precium eo nomine à fideicommissario acceperit, quia, inquit Vlpianus, condictionem habet earum rerum quæ ex illa causa sunt solutæ, & veluti iuris possessor est, quod sufficit vt hereditatis petitione teneatur, cùm ius illud est hereditarium *l. item videndum 18. §. penult. eod.* Multò magis si precia rerum quas distraxit ante restitutam hereditatem posteà soluerit fideicommissario, peti hereditas ab eo poterit, quia æquè repetere potest *d. §. vltim.* Nam cùm Vlpianus in hoc §. scribit ex Papiniani sententia dandam petitionem hereditatis contra fideicommissarium qui ex causa fideicommissi & emptionis simul possidet hereditatem, non negat quin ipse quoque heres eadem actione teneatur etiam post restitutionem. Imò adfirmat potiùs, cùm ait non expedire petitori vt ab eo petat hereditatem. Quid enim attineret quærere an expediret si nec volens petitor aduersus eum agere audiri deberet? Aut cur melior esset condicio illius qui hereditatem fideicommissario vendidit, & precium vicissim ab eo accepit, quàm si vel hereditatem totam nullo accepto precio restituisset, vel res hereditarias alij cuilibet vltrò non ex iniuncti fideicommissi necessitate distraxisset? Omni scilicet casu habet aliquid tanquam heres, id est, vel precium quod accepit, vel condictionem ad repetendum id quod dedit. Et hoc Accursius quoque noster bene vidit. Neque verò de illo dubitauit vnquam Papinianus vt nec dubitandi causa ferè vlla fuit, An heres ipse his casibus teneretur, sed de illo tantùm An fideicommissarius, quem non teneri suadebat illud, quod in proposita specie non tam fideicommissi nullius & inutilis iure quàm pro emptore hereditatem possidere videretur. Quæ tamen dubitatio fuisset ridicula & prorsus indigna Papiniano, si sensisset ille cum Triboniano, emptorem hereditatis æquè ac fideicommissarium teneri debere petitione hereditatis tanquam qui æquè sit possessor vniuersitatis. In promptu enim fuisset responsio, Tantò magis teneri hunc debere qui ex duplici causa & tanquam fideicommissarius, & tanquam emptor vniuersitatem hereditatis possideret. Itaque vel maximè hic Papiniani locus probat quod nos volumus, Emptorem hereditatis nullomodo hac teneri actione, nec magis vtili quàm directa, Sicut & quod Vlpianus scribit in *d. l. quod in diem 16. §. vlt.* Iis casibus quibus petitione hereditatis conueniri potest is qui ex fideicommisso hereditatem iam restituit, liberari tamen eum debere si præstet actionem quam habet contra fideicommissarium, aut contra cæteros quibus vendidit res hereditarias, cùm & res, inquit, extant & potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare. Quæ ratio inepta esset si pro absurdo haberet Vlpianus quod habuit Tribonianus, vt singularum rerum nomine petitor iudiciis specialibus vexetur. Esset enim ei mirū vtilius agere contra heredem præsentem & qui ex magnis iustisque preciis rerum hereditariarum locupletior factus esset, quantumuis bonæ fidei possessor proponeretur, quàm contra singulos rerum hereditariarum emptores. At tametsi non ideò sit consequens, vt tam facilè danda sit petitio hereditatis contra singularum rerū emptores, atque contra emptorem hereditatis, quem pro vniuersitatis emptore habet Tribonianus, Probat tamē hæc ratio sufficere petitori debere, si plenam indemnitatem ab herede eodemq; venditore consequi non possit, quod de singulis rebus possit agere speciali vindicatione cōtra singulares successores, nec eius incōmodi rationem vllam haberi debere, quod subiturus sit petitor si aduersus singulos emptores agere compellatur. Nàm si sola huius incommodi ratio facere non potest vt venditoris durior condicio fiat, qui tamen ex ratione iuris tenetur directa petitione hereditatis, quantò minùs facere debebit causam deteriorem illius qui emit hereditatem, vt contra iuris rationem debeat ille teneri petitione hereditatis vtili, cùm æquè possint res singulæ ab eo vindicari, atque si plures earum emptores & possessores proponerentur. Quinimò tantò commodius, quantò melior est eius condicio qui de pluribus licèt rebus, vnum tamen duntaxat habet aduersarium cum quo agere debeat, quàm si in plures aduersarios distringeretur *l. non tamen 38. iunct. §. vlt. l. præced. ff. de procurat. l. & ancillarum 27. §. vlt. ff. de pecul.* Proinde cùm minùs incommodum sit actori vt contra emptorem totius hereditatis agat specialibus iudiciis quàm contra emptores singulos, minùs quoque habenda est ratio huius incommodi in persona petitoris volentis agere contra emptorem hereditatis, ne ob id solùm inuita iurisprudentia & quasi ex æquitate vtilem ei accommodemus hereditatis petitionem quam summo iure nullam habere debeat.

Difficilior illa obiectio est quæ fit ab Accursio ex *l. in æstimationibus 49. ff. hoc tit.* vbi Iauolenus scribit, In æstimationibus hereditariis ita venire precium venditæ hereditatis vt id quoque accedat quod plus fuit in hereditate si ex negotiationis causa venierit, Sin autem ex fideicommissi causa nihil amplius, quàm quod bona fide accepit, Ex quibus postremis verbis apparet totam legem esse de bonæ fidei possessore non vt Martinus putabat, priorem partem de possessore malæ fidei, Alioqui differentia constituenda erit inter possessores tantùm, non autem inter duos illos casus, quos tamen euidenter lex distinguit, An ex causa negotiationis vendita sit hereditas, an ex causa fideicommissi. Rursus non videtur admitti posse illa distinctio quin pugnet is locus cum eo, quod scribitur in hoc §. idem dicendum esse cùm ex causa fideicōmissi venditur hereditas, quod iā dictū est in *§. præced.* de vendita simpliciter hereditate, Vt sc. neutro casu expediat hereditatem petere ab herede si vēdiderit permodico precio, quia nō ad aliud teneri possit is qui possidet quàm ad restituendū illud ipsū preciū, quod accepit si bonæ fidei possessor fuit. Repugnat etiā quod in hoc tit. plerisq; locis scriptū est, maximè verò in *l. sed etsi 25. §. consuluit.* & in *l. item veniunt 20. §. præter hæc. vers. eos autem* bonæ fidei possessores non teneri petitione hereditatis nisi quatenus ex ea locupletiores facti sunt. Quā esse optimā & perpetuam regulā & qua verior nulla sit in iure scripsit Azo ad *d. vers. eos autem.* Nō potest autē videri factus locupletior heres qui hereditatē vēdidit, nisi quatenus ab emptore precij nomine percepit, si præterea illud cōcurrat vt idipsū in rē suā vtiliter cōsumpserit *d. § consuluit.* Neque verò aut Accurs. aut Bart. aut quisquā alius in hūc vsq; diē potuit se ab hac euoluere difficultate. Nec enim aliud habēt quod dicāt,

nisi esse intelligēdum Iauolenum de illo casu quo bonæ fidei possessor vendiderit hereditatem post litem secum de ea contestatam, quæ contestatio, inquiunt, malam fidem inducit quidem, sed fictam non veram, cuius proinde rationem haberi æquum est si possessor ex causa negotiationis hereditatem vendiderit, vt etiam supra quàm acceperit teneatur, At non si vendiderit eam ex causa fideicōmissi quòd eo casu nihil possit illi imputari. Atq; ita faciūt interpretes vt possessor hic, de quo Iauolenus loquitur, & bonæ simul & malæ fidei possessor sit, Bonæ fidei verè inspecto nimirum initio, Malæ fidei verò fictè propter litis contestationem. Quasi verò non sit verè in mala fide qui rem alienā possidet post litem contestatam, sed fictè tantùm. Quid enim aliud est vera mala fides, nisi scientia rei alienæ? Aut quomodo verum erit quod scriptum est in *d. l. sed etsi. §. ante. hoc tit.* post litem contestatam possessores esse pares, adeóq; post controuersiam motam, quod & scriptum est in *d. l. item veniunt 20. §. petitam autem. eod.* si quorundam mala fides vera est, aliorum autem nonnisi ficta, Præsertim si hanc differentiam velis esse tanti effectus quanti volunt esse interpretes in specie illa Iauoleni, Taceo quod de litis contestatione verbum nullum est apud Iauolenum, cuius posteriora verba quæ retulimus, ostendunt è contrario tractare illum de bonæ fidei possessore qui bonam fidem habuerit, non tantùm initio suæ possessionis, sed & eo maximè tempore quo precium accepit, quod vtique conuenire non posset ei qui lite iam contestata hereditatem vendidisset *d. l. item veniunt. §. quod si post petitam.* Nec animaduertūt Accursiani qui Martinū reprehendunt, in eam tamen ipsam Martini sententiam se descendere quam refellunt, vt scil. priorem legis partem de malæ fidei possessore intelligant, Cum tamen vtraque pars sit de vero bonæ fidei possessore. Nisi quod in eo sunt peiores Martino quod putāt bonæ fidei possessorem dici posse illū etiam qui de aliena hereditate litē contestatus sit, quod nec Martinus nec alius quisquam ex antiquis prudentibus Martino prudentioribus vnquam admitteret. Nec magis eo casu quo vendita sit hereditas ex causa fideicommissi post litem contestatam, quàm si vēdita esset ex causa negotiationis. Nam quæ ratio facit vt melior esse debeat conditio illius qui hereditatem vendidit ex causa fideicommissi quàm eius qui vendidit ex negotiatione, Nempe quòd vendiderit ex necessitate, nec vt rem suam gereret, sed vt sui testatoris voluntatem impleret, Eadem suadet vt deterior esse debeat aut saltem vt non melior post litem contestatam, quia non ex necessitate sed ex voluntate sua litem contestatus est, & exinde quoque non ex necessitate, sed ex volūtate sua hereditatem restituit, cùm post motam à petitore controuersiam cogi non posset, neque vt litem contestaretur, neque vt controuersam hereditatem pendente lite, insciòque petitore restitueret. Accedat quod non de illo Iauolenus loquitur qui certo precio hereditatem vēdere iussus fuit, sed de eo qui simpliciter ac proinde cui potest imputari quod minore vendiderit precio, cùm non cogeretur. Nec sanè alia præsumptio capi facilè possit quàm quòd ita fecerit dolo malo cùm vendidit perexiguo precio post litem secum iam cōtestatam, licèt doli prætextum illum obtendat, quòd ex causa fideicommissi vendiderit non ex causa negotiationis. Atqui Iauolenus de illo nominatim loquitur, qui precium hereditatis bona fide percepit. Ergo de illo qui ipso perceptionis tempore bonam fidem habuit, & consequenter qui nondum eo tempore fuerit litem contestatus, vt qualitas iuncta verbo intelligatur secūdum tempus verbi, quomodo habet vulgare nostrorum brocardicum ex *l. 4. §. si detracta. De noxal. action.* Dicendum igitur meo iudicio est, quod nescio an adhuc quisquam dixerit, separandū in hac re venditorem totius hereditatis à venditore singularum rerum hereditariarum, etiamsi res omnes singulæ venditæ proponantur. Venditorem enim rerum singularum non teneri petitione hereditatis, nisi de precio, quod accepit, & quatenus locupletior ex eo factus est, si bonæ fidei possessor fuit: Venditorem verò hereditatis etiam suprà quàm acceperit si minore quàm iusto precio vendiderit. Et ratio differentiæ est, quòd qui totam hereditatem vno precio vendidit, nihil prorsus vendidisse intelligitur, cùm totius hereditatis precium habens, ipsam quoque totam hereditatem adhuc possidere & habere intelligatur quæ ab eo petitur, & quam recusare non potest quominùs præstare teneatur, qualis quantáque reuera est, non quanti eam ipse æstimauerit, cùm sibi debeat imputare quòd minoris æstimauerit, æquú que sit siue liberalitatem ipsius, siue imprudentiam ipsi nocere potiùs quam vero heredi, eidémque petitori. Nec enim minorem ob id hereditatem possidere videtur ex qua scilicet nihil ille diminuit, sed tantùm minorem totius & integræ hereditatis æstimationem. At is qui rem aliquam hereditariam vendidit, licèt non eò minus remaneat ex asse & in solidum heres, nec rursus facere possit vt res quam vendit hereditaria esse desinat in præiudicium veri heredis, minorem tamen facit hereditatem quam possidet, cùm negari non possit quin aliquid ex ea alienet, Ac quamuis similiter pro re illa precium habeat quod ex venditione redegit, non tamen potest eo nomine videri aliud habere ex hereditate quàm illud ipsum precium quod accepit, quod cum sit minùs iustum, facit vtique vt eatenus hereditas diminuta videatur. Atque ita pertinet hic possessor ad senatusconsultum quo subuentum est bonæ fidei possessoribus, ne damno adficiantur *dict. §. consuluit.* Damno enim adficeretur si verum & maius, quàm quod accepisset precium restituere cogeretur, quia sub hereditatis nomine plus ab eo peteretur, quàm quod ex hereditate haberet. Quod in eo diuersum est, qui totam vendidit hereditatem. Is enim nihil ex hereditate diminuit, adeóque vt hoc audacter addam, nihil ex hereditate attingit, quod ad hunc tractatum pertinet, Vt nec ille qui se sua lautiùs vsus est contemplatione opulentissimæ hereditatis sibi delatæ, aut æs alienum ea de causa liberiùs quasi diues contraxit, Nec si, quod mirabilius est, pignori dederit res hereditarias, quia cùm sit ipse obligatus non ideircò videtur attingere, id est, minuere ac delibare hereditatem. Attingere namque in hoc tractatu nihil nisi diminuere ac delibare est. Et ideò nec ad senatusconsultum isti pertinent vt eò minùs totam hereditatem præstare teneantur, vt eleganter & disertè scriptum est in *lege sed etsi 25. §. si quis re sua & sequentibus. infrà hoc titulo.* Cùm igitur venditor hereditatis quantumlibet

minore

minore precio facto, nullatenus minuat hereditatem, nō solùm quod ad emptoris, sed etiam quod ad venditoris personam attinet, quid mirum est nec venditorem hunc ad senatusconsultum pertinere? Atqui auxilium senatusconsulti necessarium est, vt possessor hereditatis quantumlibet bonæ fidei sit non suprà quàm locupletior factus sit teneatur: Ratio enim suris faciebat, vt non minùs bonæ fidei possessor quàm prædo in solidum teneretur, vtq; nulla inter eos esset differentia nisi Senatus ex æquitate maxima bonæ fidei possessoribus consuluisset, vt scriptum est in *d. §. consuluit:* In eóque egregius fuit error Azonis, qui pro iuris regula & quidem omnium optima ac perpetua habuit proportionem illam Bonæ fidei possessorem non teneri nisi quatenus locupletior factus est. Non enim iuris regula illa est sed æquitatis, Nisi quatenus ita cautum est Senatusconsulto. Senatum namque ius facere non ambigitur, *l. non ambigitur 9. supr. de legib.* Tolle igitur senatusconsulti auxilium & autoritatem. Superest sola ratio iuris communis quæ non distinguit bonæ fidei possessorem à prædone, ac quidem in fructibus sine ante fine post litem contestatam perceptis, quia omnes augent hereditatem, quæ sicut iuris nomē est, ita & augmentum recipit & diminutionem, nec eo minus eadem hereditas manet, quòd vel aucta sit vel imminuta. Porrò senatusconsultum non pertinere ad eum qui hereditatem vendidit præter id quod diximus non videri hereditatem hoc casu attingi & minui, apparet etiā manifestius ex ipsis Senatusconsulti verbis ab Vlpiano nostro relatis in *d. l. item veniunt 20. § præter hæc infr.* Sic enim verba habent *placere redacta ex precio rerum venditarum pecunia.* Et paullò pòst *precia quæ ad eos rerū ex hereditate venditarū peruenissent.* Quæ idē Vlpianus explicat latiùs in *§. redacta* & *§. ait Senatus ead. leg.* Vt quod præcedentibus eiusdē senatuscōsulti verbis scriptum reperitur *hi qui se heredes existimant hereditatem distraxerint* non ad eos referri possit qui hereditatem totam vno precio vendiderint, sed ad eos qui singulares res quę sunt ex hereditate. Hi enim verè sunt qui hereditatem distrahunt, id est qui eam in varias partes quasi in frusta secant dum vni rem vnam, alij aliam vendunt. Nō ille qui vnico contractu hereditatem totā vendit. Aliud nimirum est Hereditatem vendere, aliud distrahere. Non omnis qui vendit distrahit sed is demùm qui vendit per partes vendēdo res singulas, quod nihil aliud est, quàm hereditatem lacerare. Nec rursus omnis qui distrahit vendit, sed is tantū qui distrahit conuento precio. Quid enim si permutet, aut in solutū det, aut etiā donet res singulas? Distrahit vtique, nec tamen vendit. Neq; enim venditio potest esse sine precio, distractio potest. Concludamus igitur Senatusconsultum quod de hereditatis petitionibus factum est in fauorē possessorum bonæ fidei qui hereditatem, id est res singulas non tam hereditarias, quàm in hereditate repertas distraxerint, ad eos non pertinere, qui, vt cū Triboniano loquar, hereditatis vniuersitatem vēdiderunt, cùm sit verum nihil istos ex hereditate distraxisse, ipsam verò hereditatem multò minùs: quàm qui vendit & totam alienat quantum ad res hereditarias, & totam retinet quantum ad preciū, quod succedit loco rerum hereditariarum. Cessante igitur senatusconsulto, eadem ratio constituenda est bonæ fidei possessoris & prædonis, P(r)ædo autem tenetur haud dubiè ad restituendum precium non quod accepit, sed verum & iustum earum rerum omnium quas ex hereditate distraxerit, Multò magis totius hereditatis si hereditatem ipsam vno precio vnóque contractu vendiderit, *d. l. item veniunt in fi.* Ergo & bonæ fidei possessor similiter, non quidem si res singulas ex hereditate vēdiderit atque ita hereditatem distraxerit, cùm hic casus specialiter senatusconsulto comprehensus sit, sed si hereditatem ipsam alij vendiderit, quia nihil de hoc casu Senatus sanxit. Ratio autem ipsa iuris senatusconsulto antiquior obligat bonæ fidei possessorem à quo hereditas euincitur, vt hereditatis quam vendidit precium restituat, non quod accepit, sed verum & iustum. Ex quibus intelligimus distinctionem illam quæ ponitur in *§. p. accd.* An is qui hereditatem vendidit, bonæ fidei possessor fuerit necne, quasi non possit ab eo peti aliud precium quàm quod accepit si permodico precio vendiderit, cùm bonæ fidei possessor fuit, euidenter falsam esse, ideóque non Vlpiano sed Triboniano soli adscribendam: Alioqui nullomodo eam conciliare possis cum Iauoleno in *d. l. in æstimationibus 49. hoc tit.* aut cum vera iuris ratione cuius autoritas semper apud me præcipua fuit, eritque. Quòd si falsa sit ea distinctio, falsam quoque esse necesse est illationem quę ex ea deducitur, vt ob eam causam permittendum sit vero heredi, vt petat hereditatem etiā ab emptore, ne damno afficiatur si cōtra venditorem cogatur agere, aut incommodo, si specialibus actionibus & singularum rerum nomine contra emptorem experiri compellatur. Nullo enim casu potest heres petere hereditatem ab emptore hereditatis nisi cùm venditio facta est ex causa fideicommissi, idémque & emptor est & fideicommissarius. Adde si & illud concurrat, vt modico precio facta venditio sit siue testator ita mandauerit, siue nihil de precio dixerit. In hoc namq; & Papinianus & Iauolenus & Vlpianus consentiunt.

6 § Sed & si retenta certa quantitate, restituere rogatus sit: idem erit dicendum [a]. Planè si, accepta [b] certa quantitate, restituere rogatus est: non putat Papinianus ab herede petendam hæreditatem: quoniam pro hærede, quod conditionis implendæ gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contrà, & id verius est: quia pecunia hereditaria est.

Ad §. 6. Sed et si retenta.

a *Idem erit dicendum*: quod dictum est in specie præcedentis §. Vt scilicet verus heres possit hoc casu hereditatem petere, non tantùm ab herede, vt vocant putatiuo, qui retenta certa quantitate hereditatem restituere rogatus est, sed etiam à fideicommissario, Idque non tantùm ratione illa æquitatis, Ne damno adficiatur petitor si non nisi contra putatiuum heredem agat, quippe à quo nihil sit consecuturus præter certam illam quantitatem, quam ex hereditate restituēda retineri testator iussit, qua tamen contentum esse actorem æquum non est, cùm longè pluris sit hereditas quæ ad fideicommissarium ex restitutione peruenit, Sed etiam ex

ratione iuris, quia nullum titulum habet fideicommissarius cui restituta fuit hereditas, ex testamento vel inutili vel rupto vel irrito facto, vt disputauimus in præcedentibus, ex quibus petendæ sunt rationes dubitandi & decidendi ad hunc §. Eædem namque sunt.

b *Planè si accepta* Ratio dubitãdi. Nihil interesse videtur an retẽta an accepta pecunia rogatus quis sit hereditatem restituere. Vtriusque enim formulæ idem effectus esse videtur, vt & hereditas fideicommissario restituatur & ea pecunia penes heredem remaneat *l. an quartam 91. vers. sed et fideicommissaria* iunct. *vers. sed et si accepta l. acceptis 93. ff. ad leg. falc. l. deducta 58. §. acceptis ff. ad SC. Trebell.* Ergo malè Papinianus istos casus distinguebat, quasi hoc posteriore casu pecunia quã acceptã heres restituere hereditatem rogatus est non nisi implẽdæ condicionis causa capi videatur. Hoc enim necessariò supponit ratio illa Papiniani *quoniam pro herede quod condicionis implendæ gratia accipit non possidetur.* Sed & in eo lapsus videtur Papinianus: quod generaliter scribit. Id quod implendæ condicionis causa capitur pro herede non possideri. Cùm placeat posse fieri vt etiam iure hereditario possideri intelligatur si modò figura condicionis expressa non sit neque demonstrata dãtis persona vt ex eodem ipso Papiniano scriptum est in *d. l. acceptis vers. planè* iunct. *l. in ratione 30. §. tametsi eo. tit. ad leg. falc.* Dec. Multùm interest an rogetur quis hereditatem restituere, retẽtâ an acceptâ pecunia. Priore casu pecunia quę retinetur, iure hereditario semper retineri intelligitur, Tum quoque cùm heredi restituere quis rogatus est, In quo differt retentio pecuniæ à retentione prædij hereditarij, quia tota pecunia de portione retineri potest. Prædiorum autem alia portio non nisi à coherede qui dominium habet, accipitur *d. l. deducta §. acceptis l. cùm pater 77. in princ. de leg. 2.* Posteriore autem casu pecunia condicionis implendæ causa accipi intelligitur nec iure hereditario aut iure testamenti *l. si quis sub condicione 8. in fi. ff. si quis omiss. caus. testa.* sed tantùm mortis causa *l. qui precio 81. l. quod condicionis 36. De mort. caus. don.* Scilicet si neq; figura cõdicionis expressa sit *d. § tametsi* neque demonstrata dantis persona *d. l. acceptis* Sic enim hic locus ex illis suppleri debet. Sed tamen his quoque omnibus concurrentibus benè vidit Sabinus. Non semper & indistinctè verum esse, vt condicionis implendæ tantùm gratia non etiam iure hereditario capi videatur pecunia quæ à fideicommissario accipitur. Excipiendum enim esse casum illum quo accipiatur à statulibero etiam cuius persona demonstrata sit. Hoc enim casu pecunia semper hereditario iure capi intelligitur, quia pecunia hereditaria est. Nempe quia permissum est statulibero etiam de nummis peculiaribus dare vt impleat cõdicionem *l. 3. §. vlt. ff. De condict. caus. dat. l. si filia 20. in fin. infr. famil. ercis.* Ideòque & in falcidiæ rationem venit *l. ad autem 76. vers. sanè ad leg. falc.* & in restitutionem hereditatis ex Trebelliano, & in petitionem hereditatis *l. quod statuliber 41. infr. De donat. caus. mort.* Peculiares igitur nummos fuisse ponendum est. Alioqui si non sint peculiares, aliud probandum erit *d. l. ad autem & d. l. quod statuliber.* Et ita locus hic accipiendus est. Accursius etiam intelligit vt modicam pecunię quantitatem esse oporteat, ita vt non expediat agere petitione hereditatis cõtra heredem qui accepit. Sed iam docuimus in præcedentibus distinctionem hanc totam esse Triboniani, & ad eum duntaxat casum pertinere quo agatur contra titulo possidentem. Quem sicut non nisi vtili actione teneri Tribonianus voluit, Ita & parciùs teneri æquum est, Scilicet eo casu quo non expediat agere contra authorem huiusmodi singularis successoris. Tunc autem nõ expedit, cùm non tenetur author directa petitione hereditatis nisi pro modica quantitate. At in proposita specie datur directa petitio hereditatis contra fideicommissarium, tanquam possessorem hereditatis, & nullo titulo possidentem, Neque excluditur hæc directa per aliam directam quæ salua remanet contra heredem pro ea quantitate quam possidet & ex hereditate siue quantitas illa modica sit siue immodica. Quid enim vetat directam petitionem hereditatis dari contra plures, vt in proposito contra heredem qui restituit hereditatem retenta certa quantitate quanta, vel quantulacunque illa sit, & contra fideicommissarium. Siquidem verum est vtrumque possidere aliquid ex hereditate, quod sufficit vt vterque petitione hereditatis teneatur: Heres quidem quoniam iure hereditario & consequenter pro herede possidet eam quantitatem: Fideicommissarius verò non quia quasi pro herede possideat tanquam qui sit loco heredis vt ratiocinatur Accursius, qui ob hãc causam nonnisi vtilem petitionem contra eum dari vult. Sed quia cùm neque pro herede neque alio vllo titulo possideat, vtique possidet pro possessore. In eóque differt hic casus à præcedente in quo tractatur quidem de fideicommissario, sed de eo qui sit etiam emptor, & cui heres iussus sit à testatore certo precio vendere hereditatem, Hîc autem vt verba §. demonstrant, de eo qui retenta vel accepta certa quantitate restituere hereditatem rogatus est, ac proinde qui nudus est fideicommissarius, nec titulum vllum habet singularem. Sed neque puto Papiniani vnquam fuisse rationem illam positam in §. *præcedente. Ab herede enim peti non expedit perexiguum precium habente.* Cùm non ad iuris rationem respiciat sed ad vtilitatem tantùm actoris, ex qua tamen nemo dixerit, rationem iuris æstimari debere. Et est ratio planè inepta, & Triboniano digna non Papiniano, qui nec posuerat iussum heredem vendere hereditatem precio modico, sed precio simpliciter, quod etsi vix est vt de iusto intelligi debeat ne fideicõmissi vtilitas subtrahatur fideicommissario: potest tamen intelligi commodè de precio quod nec perexiguum sit. Dicamus igitur in superiore specie competere directam contra heredem licèt perexiguum precium habentem: Nec eo minùs tamen competere vtilem contra fideicommissarium eundémque emptorem, quia neque potest directa teneri tanquam fideicommissarius cùm sit etiam emptor, Neque vtili sursum quatenus emptor est, sed tantùm quatenus fideicommissarius. Alioqui non magis vtili quàm directa teneretur, sed solus heres tanquam solus possidens pro herede. Fideicommissarius verò nec pro herede nec pro possessore, sed pro emptore. Sed & verba illa *Ab herede enim peti non expedit* ostendunt satis ab herede tamẽ peti hereditatẽ posse. Non enim omne quod licet, expedit, Et frustra esset dicere non expedire petere si nec petenti ius esset. Ac quemadmodum dicimus posse hereditatem peti à quocumque possessore qui rem hereditariam aliquam possideat licèt minimam

mam *l.10.supr.* Ita nihil vetat peti hereditatem ab herede licèt perexiguum precium habente. Nec verendum est ne ita posito iure fiat iniuria vel heredi qui conueniatur, quem æquum est id saltem reddere quod ex causa hereditatis habeat vel petitori qui quod plus fuerit in fideicommisso quàm in precio hereditatis iussu testatoris venditæ postea sit vtili actione, licèt alio iudicio à fideicommissario, non tanquam emptore, sed tanquam fideicommissario consecuturus. Quo temperamento æquissimè vtrique parti consulitur, Nec fideicommissario quoque vlla pariter fit iniuria qui neque quatenus precium dedit, conuenitur, &, si precium nullum dedisset etiam directa conueniri in solidum posset, At fieret ei manifesta iniuria si cõueniretur in solidum & solus petitione hereditatis etiam quatenus abesset ei precium, quantumuis perexiguum, quod heredi dedisset. Probat etiam nostram interpretationem quod sequitur in *§.prox.* Idem dicendum esse, & in eo qui solos fructus ex hereditate retinet iuxta voluntatem sui testatoris ac proinde quid modicum ex hereditate vt & Accursius fatetur, Quem tamen Vlpianus æquè ait teneri petitione hereditatis. Scilicet vt eos fructus restituat non vt reliquam hereditatem quam non possidet, & quæ omnimodo petenda est à fideicommissario qui hoc casu nullomodo pro emptore possidet, sed tantùm pro possessore. Sic enim Vlpianus scribit *tenetur enim & is petitione hereditatis* qua loquẽdi formula vtique significat nõ ipsum solum teneri, sed cum ipso etiam fideicommissarium. Vtrumque porrò directa, neutrum vtili.

7 ¶ Idem & in eo[a], qui solos fructus ex hereditate retinet, dicendum erit: tenetur enim & is hæreditatis petitione.

Ad.§.7. Idem & in eo.

a *Idem & in eo.* Ratio dubitandi. Fructus ex hereditate percepti ab herede nõ tam hereditati, quàm rebus hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria 18. ff. ad SC. Trebell.* Ergo non potest quis teneri petitione hereditatis, ob id solùm, quod ex hereditate fructus retineat, cùm necesse sit eum qui actione ista conuenitur possidere quid hereditarium, & quidem tanquam hereditarium, & quod pro herede possideatur *l. regulariter 9. & seq. supr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Quisquis pro herede aliquid ex hereditate possidet, vtique petitione hereditatis cõueniri potest *d.l. regulariter*, quantulumcunque illud sit *d.l.10. eod.* Atqui falsus heres rogatus de restituenda alteri hereditate retentis solis fructibus, negare non potest, quin eos fructus possideat pro herede, Cùm eos percipiendi ius aliud nullum habuerit, quàm hereditarium. Nec in eius persona locum habere potest, quod obiecimus ex *d.l. in fideicommissaria.* Fructus non tam hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferendos esse. Id enim ad eos fructus pertinet qui ab herede vero percepti sunt post aditam ab ipso hereditatem: Quo casu sicut hereditas per aditionem desinit esse hereditas fitq; patrimonium ipsius heredis *l.1. D. de separat.* Ita & fructus ab eo percepti non iam ex hereditate, sed ex heredis bonis percepti videri debent. At cùm à falso herede percepti sunt qui hereditatem sibi nunquam delatam adire & acquirere non potuit, necessariò sunt imputandi hereditati quæ per aditionem & possessionem falsi heredis nunquam hereditas esse desiit. Ergo si falsus hic heres adierit hereditatem, & solis fructibus retentis ex voluntate testatoris hereditatem alteri restituerit, tam ipse quàm fideicommissarius poterit hereditatis petitione conueniri. Heres quidem quod ad fructus tantùm pertinet, vt eos restituat, tanquam qui eos possidet pro herede. Fideicommissarius verò quantum ad reliquam hereditatem restituendam, quia eam possidet pro possessore. Nec tantùm si falsus heres sit, hoc obtinet, sed etiamsi ponas verum heredem qui ex vero iustoq; testamẽto hereditatem sibi delatam adierit, si modò postea heres esse desierit, Vtputa si testamẽtum posteà pronunciatum fuerit inofficiosum *l. in substitutione 31. l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pupill. subst.* Iunge quæ diximus ad finem *§.* præcedentis.

8 ¶ Si quis sciens[a] alienam emit hereditatem. quasi pro possessore possidet: & sic peti ab eo hereditatem quidam putant. quam sententiam non puto veram, nemo enim prædo est, qui pretium numerauit: sed vt emptor vniuersitatis, vtili tenetur.

Ad §.8. Si quis sciens.

a *Si quis sciens.* Ratio dubitandi Qui sciens alienam hereditatem emit, vtique malæ fidei possessor est, Cùm mala fides regulariter ex alienæ rei scientia æstimetur *l. si aliena 10. & pass. ff. De vsucap. l. qui scit 25. §. vlt. De vsur.* Extra casum *l. & generaliter 28. de noxal. action. supr.* Ergo quasi prædo teneri debet petitione hereditatis Quid enim refert an titulum nullum habeat an vitiosum *l. 2. ff. de autor. tutor. l. quoties 6. supr. qui satisd. cogant.*

Ratio decidendi. Nemo prædo est qui precium numerauit *l. 126. De regul. iur.* Ponimus verò emptorem de quo agimus, licèt mala fide & sciens alienam rem emerit, emisse tamen & ex ea causa precium numerasse. Prædo igitur non est, sed tantùm malæ fidei emptor, qui porrò non magis teneri potest hereditatis petitione quàm bonæ fidei possessor cùm æquè titulũ habeat, licèt viciosum. Eo scilicet vicio quod materiam contractus respicit non formam. Et ita Papinianum existimasse Vlpianus hîc refert. Vt intelligamus, Non omnem malæ fidei possessorem esse prædonem, Quamuis è contrario quisquis prædo est, idem etiam malæ fidei sit possessor, Et rursum, Numquam dari petitionem hereditatis contra titulo possidentem, quamuis iniustum, & malæ fidei, sed tantùm contra eum qui si non possideat pro herede possideat saltem pro possessore, id est pro prædone, qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest quàm quia possidet, vt dictũ est in *l. praced.* Hic autem de quo tractamus si interrogetur quare possideat, respondere potest quia emit, & precium numerauit. Non igitur teneri potest hereditatis petitione. Quantò minùs bonæ fidei emptor licèt hereditatem emerit? Nam de hoc nec dubitasse illi videntur quos Papinianus reprehendit;

Alioqui cur de malæ fidei possessore locuti fuissent qui sciens alienam hereditatem emisset si non aliud in ignorante ac bonæ fidei emptore existimassent? quemadmodum ratiocinati sumus in præcedentibus ad *§. idem erit dicendum supr.* Vbi etiam ostendimus verba illa quæ in hoc §. sequuntur *sed vt emptor vniuersitatis vtili tenetur* Triboniani esse non Vlpiani, & Tribonianeam sapere magis quàm Papinianeam Iurisprudentiam. Est enim nō solùm à iuris principiis aliena, sed etiam falsa ratio, Cùm hereditatis emptor non sit verè emptor vniuersitatis illius quæ in iure nostro hereditatis nomine significari solet. Quandoquidem non succedit in omnia iura defuncti, nec actionibus vllis hereditariis siue directis siue vtilibus conueniri potest licèt ex rescripto Diui Pij possit vtiles proprio nomine exercere *l. si cum emptore 16. ff. de pact. l. 2. l. emptor 5. C. de hered. vel act. vendit.* Quod diuersum est in fideicommissario, in bonorum possessore, in eo cui libertatis causa bona addicũtur ex Diui Marci constitutione & aliis si qui sunt qui heredum loco habeantur *l. 1. & 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano & pass. ff. ad SC. Trebell. l. 2. & 3. ff. De bonor. poss.* & apud Iustin. *Tit. De eo cui libert. caus. bon. addic.* Id quidem agitur inter venditorē qui heres est, & emptorem hereditatis vt emptor sicuti venditoris loco constituitur, ita sit etiam loco heredis *l. si et 9. ff. commun. præd. l. 2. §. cùm quis ff. De hered. vel act. vendit.* Sed id eò pertinet vt venditor emptori obligetur personali actione ex empto ad eum vice sua constituendum, vt Vlp. explicat in *d. §. cum quis.* Aut vt emptor venditori actione personali ex vendito *d. l. 2. C. eod.* Non vt ipso iure emptor loco heredis constituatur *d. l. 2. C. eod. l. 2. C. de pact.* Nec enim contrahentes possunt facere heredem sed lex sola vel constitutio Principis, Eum verò qui heredis loco sit solus Princeps aut Senatus aut Prætor, cùm priuatorum cautiones nullo istorum iure censeãtur *l. vlt. ff. De suis & legit. l. 1. §. inde quæritur infr. De oper. noui nunciat. l. ius publicum 38. supr. De pact. l. Neratius 20. infr. De relig. & sumpt. funer.* Sed & cùm hereditas non possit vendi nisi quæ iam adita sit, & venditori acquisita, Vbi verò adita est desinat esse hereditas, fiatq; proprium heredis patrimonium, vt in præcedentibus diximus ex *l. 1. De separat.* consequens planè fit vt quisquis emit hereditatem non emat vniuersitatem illam quæ in iure consistit & quam nos hereditatem appellamus; Sed vniuersa tantùm illa bona quæ per vniuersitatem heres adeundo hereditatem acquisierat, & quæ fuerunt quidem hereditatis, vt elegãter & appositè loquitur Vlp. noster in *l. in fideicommissaria 18. vers. quoties ff. ad SC. Trebell.* sed esse tamen per aditionem desierunt. Quòd si malæ fidei possessor non tenetur vtili, nisi tanquam emptor vniuersitatis vt Tribunianus ait, Dicendum esset eâdem ipsa ratione, Etiam bonæ fidei emptorem æquè hac actione conueniri posse. Nam & is æquè emptor hereditatis est, & consequenter vniuersitatis, si Triboniano credimus, quem illud sanè decepit quod hereditatis nomine significari solet successio illa in vniuersum ius quod defunctus habuit *l. 62. De regul. iur.* Nec animaduertit ad eam hereditatem hoc pertinere quę propriè ac verè sit hereditas & quę possit facere heredē, de qua in *l. lex Cornelia 28. ff. De vulg. & pupill. substit. l. filiusfamilias 18. ff. ad leg. falcid.* non de illa quæ per aditionem desierit esse hereditas, vt modò diximus.

9 ¶ Item si quis à fisco hereditatem, quasi vacantem emerit; æquissimum erit, vtilem actionem aduersus eum dari.

Ad §. 9. item si quis à fisco.

Hic quoque §. totus Tribonianeus est, mirámque Triboniani inscitiam detegit, Non in eo tantùm quod perpetui erroris sui memor dat vtilem petitionem hereditatis contra titulo possidentem adeóque quod absurdius est cōtra bonæ fidei emptorem tanquam emptorem vniuersitatis. Sed in hoc etiam quod ponit, Posse aliquam hereditatem esse vacantem, & quasi vacantem fisco deferri & acquiri, quod vtrumque falsum & absurdum est. Non enim hereditas est nisi quæ iacet, & quandiu iacet, Tandiu autem iacet quandiu spes aliqua est habendi heredis aut testamentarij aut legitimi: Quæ cùm deficit statim & ipso iure desinit esse hereditas, fiuntq; bona vacantia & fisco statim & ipso quoque iure deferuntur, si plus in illis commodi sit, quàm incommodi *l. 1. §. an bona & pass. infr. de iur. fisc. l. 1. in princip. & l. 2. ff. De success. edict. l. habere licet 57. ff. De condict.* Non igitur potest vnquam hereditas vacans esse, Nec rursus tanquam vacans fisco acquiri, nec proinde à fisco vendi, Sed tãtùm bona, quæ ad fiscum quasi vacantia peruenerint: Quorum emptor multò minùs dici potest emptor vniuersitatis. quia nec fiscus ipse hoc casu aut heres est aut heredis loco, ideóque nec à defuncti creditoribus conueniri vllomodo potest, quoniam non alia bona ad fiscum peruenisse dici possunt quàm quæ supersint deducto ære alieno *d. l. 1. §. an bona & l. non possunt 11. De iur. fisc.* In quo minus iuris habet fiscus quàm heres qui delatam & acquisitam sibi hereditatem vendidit. Imò, quod magis est, dicendum puto nec fiscum ipsum qui defuncti bona quasi vacantia occupauerit, posse tamen hereditatis petitione vlla, id est siue directa siue vtili conueniri. Cùm neque pro herede possideat, vt apparet, neque pro possessore aut pro prædone, qui titulum habet, & quidem iustum, quippe cui nullo facto hominis intercedente & sola iuris potestate bona vacantia & deferantur, & acquirãtur. Quanto minùs igitur conueniri poterit vtili petitione hereditatis, ille qui à fisco eiusmodi bona vacantia emerit, adeóque bona fide? Nam de hoc solo hic §. loquitur, ac proinde de eo qui non tantùm singularis successor sit, & aliquem titulum habeat suæ possessionis, sed etiam fauorabilior propter bonam fidem videri debeat. Nec simile est quod vulgo creditur, Ei qui à fisco emit aut partes hereditatis aut etiam totam hereditatem, competere petitionem hereditatis exemplo illius cui restituta est ex Trebelliano hereditas *l. si quis partes 54. ff. hoc tit.* Longè enim alius eius loci sensus est, nec petitionem hereditatis illa lex emptori accommodat, sed aliam actionem huic in effectu similem, per quam vniuersa bona petantur, vt nos ad eum locum explicabimus. Magis obstare illud videtur quod scriptum est in *l. item veniunt 20. §. ait Senatus. vers. idem & si vacãtia,* vbi scriptũ est quod ad Senatusconsultum de petitione hereditatis fa-

ctum nihil referre an hereditas quaſi caduca fiſco petatur, an bona vacantia, licèt de bonis vacantibus nihil Senatuſconſulti verbis expreſſum ſit. Verùm id ita intelligi debet, vt quod Senatuſconſulto cautum fuerat in hereditate caduca & fiſco acquiſita, idem obtineat contra poſſeſſores & emptores bonorum vacantium fiſco etiam acquiſitorum, Non quaſi per eandem petitionem hereditatis hoc caſu agendum ſit, Sed quia Senatuſconſulto additum fuerat *Idémq; in ſimilibus cauſis ſeruandum.* Habent autem bona vacantia ſimile aliquid hereditati caducæ in eo quod & ad fiſcũ pertinent, & vniuerſitatem quãdam bonorum complectuntur, Adeò vt is quoque qui bona vacantia à fiſco comparauit, excipere debeat actionem quæ contra defunctum competebat *l. cum qui 41. ff. De iur. fiſc.* Eodémque pertinet quod ſubijcitur in *d. §. ait Senatus.* idem eſſe ſi non fiſco ſed ciuitati hereditas petatur, Et in *§. non ſolùm ibid.* Non ſolùm in hereditate locum eſſe Senatuſconſulto ſed etiam in peculio caſtrenſi, vel alia vniuerſitate. Nam & hæ omnes cauſæ ſimiles ſunt, Nec tamen quiſquam dixerit, petitori ex cauſa caſtrenſis peculij accommodandam eſſe petitionem hereditatis, ſiue directam ſiue vtilem, Cùm peculium caſtrenſe non ſit hereditas niſi cùm ex teſtamento defertur *l. 1. & 2. De caſtr. pecul. l. vlt. §. 1. ad SC. Tertyll. ff.* Sed neq; ad priuatorum petitiones Senatuſconſultum illud pertinet quod in publica cauſa factũ eſt niſi quia ſimilis quoque priuatorum cauſa eſt, nec diſſimilitudinis ratio reddi poteſt *l. 3. §. vnde etiam ff. De inoff. rupt.* Cæterùm non eſt bona conſecutio, vt quia etiam in bonis vacantibus Senatuſconſulto locus eſt, peti debeant illa per hereditatis petitionem ſed potiùs per petitionem vniuerſorum bonorum vt in *d. l. 54. ff. hoc tit.* quæ tamen ſit eiuſdem effectus & poteſtatis. Illa verò multò minùs bona eſt, vt qui à fiſco hereditatem caducam emit poſſit agere petitione hereditatis ob id ſolùm quod fiſcus agere potuiſſet. Ratio enim diuerſitatis euidens illa eſt, quòd licet eo caſu fiſcus heres non ſit, hereditatem tamen iure ſuo obtinet, eámque proindé petere poteſt, Emptor autem non ſolùm heres non eſt, ſed neque hereditatem habere poteſt niſi eo prorſus iure, quo ſi à vero herede emiſſet, id eſt quaſi iam conuerſam in patrimonium fiſci, atque ita in titulo penitus ſingulari, qui petitionem hereditatis inducere nunquam poteſt Sed illa omnium peſſima conſecutio eſt, vt qui hereditatem à fiſco emit, (non addo *quaſi vacantem* quod ridiculũ eſt, vt probauimus) ſed quaſi caducam, aut indigno ablatam teneatur petitione hereditatis vtili ob id ſolùm quod poſſet ille æquè agere petitione hereditatis ſi hereditas ad fiſcum pertinuiſſet. Facilius namque eſſet vt petitionem hereditatis haberet is qui à fiſco hereditatem emiſſet quã fiſcus ipſe petere potuiſſet, quàm vt petitio vlla hereditatis etiam vtilis poſſit inſtitui contra tertium bonæ fidei poſſeſſorem habentem titulum iuſtum & ſingularem, Adeóque nec contra malæ fidei poſſeſſorem, qui ſciens eam hereditatem ad fiſcum non pertinere, tamen illam emerit, quia tam hunc quàm illum verum eſt neque pro herede neque pro poſſeſſore & prædone poſſidere, ſed pro emptore cùm precium numerauerit, vt cum Papiniano aduerſus Tribonianum ratiocinati ſumus in *§. præcedente.* Si quis tamen iuriſprudentiam Tribonianeam pro Papinianea velit accipere. Ratio dubitandi ad hunc locum adferri hæc poterit, quod quiſquis emit hereditatem à fiſco ſiue quaſi vacantem, ſiue quaſi caducam, aut indigno ablatam (quo vltimo caſu certius eſt fiſcum non fieri heredem cùm indignus non deſinat heres eſſe *d. l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pup. ſubſtit.*) titulum aliquem & ſingularem habeat ſuæ poſſeſſionis, qui proinde non poſſit dici hereditatem poſſidere pro herede aut pro poſſeſſore. Sed decidendi illa erit, ſi Triboniano credimus, quòd ſit emptor vniuerſitatis, ideóque ſit æquiſſimum teneri eum ſaltem vtili petitione hereditatis. Ergo ſiue ſciens ſiue ignorans alienam hereditatem emerit, idem probandum erit, cùm non minùs vno quàm alio caſu verum ſit, vniuerſitatis emptorem illum eſſe. Hodie tamen aliud eſt poſt *l. 2. & 3. C. de quadr. præſcr.* vt intelligas Tribonianum hic peccaſſe non tantùm contra veterem verámque iuriſprudentiam, ſed etiam contra Imperatorum conſtitutiones, adeóque ipſius etiam Iuſtiniani, quarum tamen peritiam maiorem habere debuit.

10 ¶ Apud Marcellum libro quarto Digeſtorum relatum eſt, ſi mulier hereditatem in dotem dedit: maritum pro dote quidem poſſidere hereditatem, ſed petitione hereditatis vtili teneri, ſed & ipſam mulierem directa teneri. Marcellus ſcribit. maximè ſi iam factum diuortium eſt.

Ad §. 10. apud Marcellum.

Ratio dubitandi. Maritus qui alienam hereditatem accepit in dotem ab vxore, ſiue ſciens alienam, ſiue ignorans acceperit, vtique habet titulum ſuæ poſſeſſionis, & quidem iuſtum, cùm titulus dotis ſit iuſtus & habilis ad transferendum dominium tanquam qui perpetuam cauſam habeat *l. 1. & paſſ. ff. De iur. dot.* adeóque ad vſucapiendum ſi cum titulo cõcurrat bona fides *l. 1. & paſſ. pro dote.* Imò quod amplius eſt maritus qui doté habet, cenſetur eam habere ex cauſa onéroſa *l. ex promiſſione 19. ff. De oblig. & act. l. vlt. §. ſi à ſocero ff. quæ in fraud. cred.* propter onera matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. l. cùm pater 11. De pact. dot.* Ergo non poteſt teneri petitione hereditatis nec magis vtili quàm directa, cùm non ſit danda contra titulo poſſidentem *l. 9. ſup. l. cogi 11. C. h. tit.* Et ſanè ita eſt. Nec dubito quin Marcellus ita ſenſerit & ſcripſerit, Mulierem ſcilicet quæ alienam hereditatem in dotem dedit conueniri poſſe ac debere petitione hereditatis non maritum, Nulla directæ vel vtilis petitionis facta mentione. Mulier enim ſola illa eſt, quæ dotem habet, quamuis dos in mariti quoque bonis ſit *l. quamuis 75. in princip. ff. De iur. dot.* Nec proinde ad rem pertinet quod quidam pro decidendi ratione adferunt, non expedire actori vt hereditatem petat à muliere, quæ dotem non habet ex *l. doce 9. C. de rei vind.* Non enim eo loco ſcriptum eſt, Mulierem non habere dotem quæ ſit penes maritum, Alioqui dicenda eſſet indotata quod falſum eſt, *l. 4. §. apud Iulianum 22. ff. de doli mal. except.* Sed tantùm vindicationem rei dotalis

competere marito non mulieri, Nempe quia dos in bonis mariti est, nō in bonis mulieris, vt modo diximus ex *d. l. quamuis*, Dominus autē bonitarius quotiescunque concurrit cum quiritario semper ei præferendus est, vt Vlpianus docet in Fragmentis *Tit. 19. de acquisit. rer.* Hoc enim est, Rem aliquā habere in bonis, Habere actiones & exceptiones omnes eius rei nomine competentes *l. rem in bonis 49. De acquir. rer. dom.* Neque rursus bona est ratio illa quod non expediat agere contra mulierem. Etsi enim vsurpatam eam legimus in §. idem erit dicendum supr. hac lege: iam tamen docuimus Tribonianí eam esse potiùs quàm Vlpiani. Neque ex eo quod facere non expedit, sumi posse rationem iuris de eo quod facere liceat. Aliud enim est licere, Aliud expedire. Si quidem non omne quod licet expedit, Sicuti nec omne quod licet honestū est *l. non omne 144. l. semper 197. De reg. iur. l. semper 42. ff. Hereditatis* Et verò si verum esset non expedire dotem petere à muliere quia dotem ipsa non habeat, Quomodo tamen posset quod ex Marcello scriptum est in hoc ... maritum directa teneri? Nā neque directa petitio hereditatis competere potest, neq; vtilis dari contra alium quàm contra eū qui habeat id quod petitur, vt ad eius restitutionē condemnari & vrgeri possit. Cùm ergo nec Tribonianus negat teneri mulierem directa petitione hereditatis, Quid necesse est dari vtilem contra maritum qui & iustum titulum habet, & onerosum vt ei dos auferatur cōtra *l. Titia 61. De iur. dot.* An fortè tam odiosa est causa mariti vt in eius perniciem violanda sit iuris regula ad fauendum petitori? Præterim cùm petitori aliter possit esse consultum, Scilicet proposita hereditatis petitione directa contra mulierem, singularum verò rerum vindicatione contra maritum: An non enim melius est & tolerabilius vt pluribus iudiciis petitorem vexari patiamur, quàm vt in odium mariti qui tanto fauore dignus est iuris regulæ violentur? Quas vtique non solemus violare nisi vt marito potiùs faueamus *l. si ego 9. §. si res l. si mulier 59. §. ex asse in fi. eo. tit. De iur. dot.* Facessat ergo à nobis Tribonianea ista Iurisprudentia quæ non tantùm rationem iuris, sed etiam æquitatem totam peruertit. Quid verò illud est, obsecro, quod Tribonianus subiungit quasi ex Marcello *Maxime si iam factum ... sit.* Facto enim diuortio quod attinet dicere Mulierem teneri directa petitione hereditatis, cùm nemo tam sit, qui possit vtili conueniri?

11 § Heredem autem etiam earum rerū nomine, quas defunctus pro emptore possedit: hereditatis petitione teneri constat, quasi pro herede possideat quamuis etiā earū rerum nomine, quas pro herede, vel pro possessore defunctus possedit, vtique teneatur.

Ad §. 11. Heredem autem.

Ratio dubitandi. Quod defunctus pro emptore possedit, etiam ipsius heres pro emptore possidet cùm transeant in eum tota omnia defuncti, & possessio quoque cum suis titulis sicuti & cum suis vitiis *l. cum heres 11. §. De diuers. temp. præscr. l. vicia 11. C. de acquir. poss.* Ergo quemadmodum earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possidebat, conueniri non poterat petitione hereditatis, quæ scilicet non datur contra titulo possidentem, Ita nec heres eius conueniri poterit, sed earum duntaxat rerum nomine quas defunctus pro herede vel pro possessore possidebat: de quibus nemo dubitat, nec dubitandi causa vlla est, quin heres teneri debeat. Et sanè difficile est dicere quid ad hanc rationem responderi possit, aut quęnam huius loci interpretatio afferri si vulgatem lectionem sequare. Nec potest dissimulare Buttquin §. sit fortis, vt ipse loquitur, & confutatis cæteris omnibus Accursij explicationibus tandem postremam illam amplectitur, vt Vlpianus in hoc §. loquatur de herede illius, qui alienam emerat hereditatem, ac proinde tanquam emptor vniuersitatis conueniri poterat vtili petitione hereditatis, Nam cùm defunctus conueniri posset secundum id quod scriptum est in præcedentibus, quidni etiam ipsius heres poterit? Atqui si verum amamus nihil est in hoc §. ex quo possit conijci tractare Vlpianum de herede emptoris hereditatis. Et illa potiùs verba repugnant *earum rerū nomine quas defunctus pro herede possedit* quæ singulas res, non etiā vniuersitatem aliquam demonstrant, quam hereditatis nomine significasset Vlpianus. Deinde verò, cùm de petitione hereditatis simpliciter hic textus loquitur, nihil causæ est cur de vtili, ac non potiùs de directa intelligi debeat. Cæteræ autem interpretationes tam sunt improbabiles, vt nec refutatione dignæ videantur. Nam tametsi poneres cum hæredem defuncto licet dictate aliquas res fuisse quæsitas, non tamen ex causa hereditaria ad heredem pertinere non potuerunt, quia erant alienæ, Non ideò tamen euincitur vt hereditatis petitione conueniri possit heres, quando nec defunctus potuit, Cùm habeat titulum & quidem duplicem, Vnum emptionis ex persona defuncti, Alterum ex propria Pro herede defuncti cuius heres verus est, nō etiam Pro herede illius cuius hereditas petitur. Generaliter autem verum est, Petitionem hered tatis numquam dari contra titulo possidentem, licèt aliena res sit quam possidet adeóq; licet alienam, sciens emerit & mala fide *§. si ... supr.* Hoc enim aduersus cum Bartolo, vt alias interpretationem refellamus illorū, qui putant defunctum res istas mala fide possedisse: quod certè ad rem nullomodo pertinet Dicamus igitur quod nemo adhuc dixit, corruptum esse locum & addita negatione restituendum, ita vt legamus *hereditatis petitione non teneri constat.* Nato fortassis errore ex eo quod per imperitiam librarij, cùm scriptum esset punctionibus literis *petit non* hic acceptæ sint duæ illæ dictiones, acsi vnica esset dict *o petitionem pro petitione.* Errotis verò materiam illud auxit, quod verba illa quæ sequuntur *quasi pro herede possideat* acceperunt interpretes pro ratione decidendi, quæ tamen Vlpianus posuerat pro ratione dubitandi. Nam si nostram emendationē admittas, non alia probabilior dubitādi ratio potest occurrere, quā quod negari non possit quin hic heres possideat pro herede, eas quoque res, quas defunctus etiam cum titulo possidebat. Alioqui enim quo titulo illas vsucaperet si alienæ fuissent, & bona tamen fide comparatæ *Tot. tit. Pro herede D. & C.* Sed ratio decidendi quę hanc dubitationē penitus tollit illa est, quòd possidet quidem eas res

res pro herede illius, cuius heres verus est, sed non pro herede illius cuius hereditas petitur, quod tamen omnino necesse est, vt hereditatis petitio saltem directa ei accommodari possit: Itaque cùm sic Vlpianus scribit *quasi pro herede possideat*, nihil aliud agit nisi vt exprimat quàm inepta esset sententia eius qui hac ratione moueretur vt crederet, dandam esse petitionem hereditatis contra heredem emptoris pro rebus singulari illo titulo acquisitis. Quod nec Bartolus ignorauit, qui hoc ipsum disertè notat, probátque ex §. *Neratius suprà*, ex quo tamen perinde probare potuit & debuit, Verùm heredem tertij numquam posse conueniri petitione hereditatis, nisi eo casu quo defunctus ille tertius pro herede possidebat aut pro possessore. Idque tam certum est, vt non sit credibile idipsum fuisse inculcaturum Vlpianum si de eo tantùm tractasset qui possideret pro herede alterius, quàm cuius hereditas peteretur. Sed tractat proculdubio casum dubitabiliorem de petitione hereditatis contra eum instituta, qui heres erat possessoris, quem constabat pleraśque res ex petitâ hereditate possedisse, nonnullas quidem cum titulo, vtputa pro emptore. Alias verò pro herede vel pro possessore. Cúmque certissimi iuris esset, Posse hunc heredem conueniri petitione hereditatis & quidem directa pro iis rebus, quas defunctus pro possessore vel pro herede possederat, Videbatur tantò faciliùs actori permittendum, vt eâdem actione quasi saltem occasione si non iure, vt loquitur *lex 2. De vinis*, eas quoque res persequeretur quas defunctus pro emptore possedisset. Háncque dubitandi etiam rationem Vlpianus insinuat, cùm subiicit, *quamuis etiam earum rerum nomine quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, vtique teneatur.* Sed negat Vlpianus quicquam hoc facere. Tam enim certum est non dari petitionem hereditatis, siue directam, siue vtilem contra heredem illius qui cum titulo possidebat, Quàm indubitatum est dari eam contra heredem illius qui non nisi pro herede vel pro possessore possidebat. Ergo si in defuncti persona vtrumque concurrebat, vt ex petita hereditate quasdam res cum titulo possideret, quasdam verò sine titulo. Dicendum erit ita separandas causas istas, vt illarum nomine possit conueniri petitione hereditatis directa, quomodo defunctus poterat. Aliarum verò rerum nomine non possit, quia nec defunctus potuisset. Atque ita secundum nostram emendationem absque vlla diuinatione plana sunt omnia. Itaque supradicta illa dictio *quamuis* accipi sic debet, ac si scriptum esset paullò apertiùs *nec si defunctus cuius heres conuenitur alias res possidebat pro herede vel pro possessore, quarum nomine constat & conueniri defunctum potuisse & heredem posse.* Denique cùm in hoc §. manifesta constituatur antithesis, & in posteriore parte scriptum sit heredem possessoris teneri, consequens omnino est vt in priore scripserit Vlpianus ex Marcello non teneri.

12 ¶ Si quis absentis nomine possideat hereditatem, cùm sit incertum, an ille ratum habeat: puto absentis nomine petendam hereditatem, ipsius verò nequaquam: quia non videtur, pro herede. vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet. nisi forte quis dixit, cùm ratum non habet, iam procuratorem quasi prædonem esse: tunc enim suo nomine teneri potest.

Ad §. 12. si quis absentis.

Ratio dubitandi. Qui absentis nomine possidet hereditatem, nec tantùm absentis, sed etiam ignorantis, necdum eam possessionem ratam habentis, nullum habet ipse titulum huius suæ possessionis, Ergo conueniri potest proprio nomine petitione hereditatis, & quidem directa, tanquam qui possideat pro possessore.

Dec. Vt qui pro possessore possideat prius est vt possideat, id est sibi rem habeat, Deinde vt eius possessionis titulum nullum habeat. Denique vt interrogatus quasi possideat, nihil aliud respondere possit quàm quia possidet *leg. qui interrogatus 12. supr.* Atquin hic de quo agimus non suo, sed absentis nomine possidet. (Is enim possidet cuius nomine possidetur, non qui alienæ possessioni præstat ministerium vulg. *leg. quod meo 18. De acquirend. possess. cum simil.*) & interrogatus quare possideat, respondere potest, quia possidet absentis nomine ad quem putet hereditatem pertinere. Non ergo possidet pro possessore, quandiu incertum est an absens ille ratum sit habiturus. Et consequenter petitione hereditatis conueniri non potest proprio nomine, sed conueniri debet nomine absentis, Sed ita tamen si nullum titulum proferat quo absentis possessionem tueri possit. Alioqui si possessionis titulum aliquem proferat, non magis absentis quàm proprio suo nomine conueniri potest quandiu ratihabitio spetatur. Cæterùm finita spe ratihabitionis, cùm non possit dicere se adhuc absentis nomine, & contemplatione possidere, necesse est vt incipiat possidere pro prædone & possessore, ideóque proprio nomine conueniri directò possit. Optimum igitur pro actore consilium est, vt curet huic possessori tempus à Prætore præstitui intra quod absentis ratihabitionem, quæ mandato æquiparari possit adferre iubeatur, Vt sciri tutò possit an absentis, an suo proprio nomine sit conueniendus, Ne diutiùs vagetur in incerto & duplicis iudicij aleam maiore sumptu ac periculo subire cogatur. Alia ratio est vindicationis rerum singularum, Exerceri namque potest contra quemlibet detentorem qui modò restituendæ rei habeat facultatem *leg. officium 9. in fin. infr. De rei vindicat.* Non inspecto eo an suo nomine possideat, an alieno, Nisi quòd si dicat se alieno nomine possidere, obseruatio illa & forma sequenda necessariò est quam Iustinianus noster præscri-

psit in *l. 2. C. vbi in rem act.* vt & Bartolus monet. Hereditatis autem petitio non contra possessorem aut deteriorem quemlibet competit, sed cõtra eum solum qui pro herede possideat vel pro possessore *d. l. regulariter. & l. cogi 12. C. eod. hoc tit.* Hic autem qui se procuratorem dicit, & absentis nomine possidere, non priùs prædo est, quàm appareat mentitum eum fuisse, nec ab illo absente aut mandatum vllum habuisse, aut ratihabitionem habere potuisse.

13 ¶ Non solùm autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed etsi nihil. & videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus libro quarto Digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum, qui se offert petitioni: quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Ad §. 13. Non solùm autem.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis est in rem licèt: plerasque habeat præstationes personales *leg. sed etsi 25. §. antepenult. infr. hoc titul.* Ergo non potest dari contra eum qui nihil possideat. Rem enim aliquam subesse oportet saltem minimam quæ petitori sit restituenda *leg. licet minimam 10. supr.* Nec quod se quis offerat petitioni quasi possidens cùm non possideat, facere potest vt eo magis teneri debeat petitione hereditatis, sed tantùm de dolo si dolo malo id fecerit. Neque enim hoc casu dolus malus pro possessione esse potest, quomodo dici solet cùm quis dolo malo desiit possidere *l. qui dolo 131. de regul. iur.* cùm in hoc casu nihil vnquam possessum fuerit. Planè certum est teneri eum ex dolo & actione De dolo quæ subsidiaria est nec aliter competit quàm si alia nulla sit *leg. 1. §. ait Prætor supr. De dolo.* Sed non eo minùs absolui debet ab actione in rem is qui nullam rem possidet, nec possedit vnquam, *l. pen. eod. tit.*

Dec. Qui se liti offert, tanquam possessor cùm non possideat etsi pro possessore habendus non est, attamen omnimodo est condemnandus ne dolus eius ei prosit qui manere impunitus numquam debet ne tùm quidem cùm ipsi doloso nocet *l. procurator 11. §. 1. infr. De doli mal. except.* Scilicet si tanquam possessor litem contestatus sit & iudicium acceperit, nec actor sciuerit eum non possidere. Iuxta distinctiones positas in *leg. is qui se obtulit 25. cum seqq. infr. De rei vindicat. leg. fin. infr. Si vsusfr. pet.* Condemnabitur autem reus hoc casu non vt restituat rem quam non habet, nec vt rei petitæ æstimationem præstet, quam mentitus est se possidere, sed vt æstimetur quanti actoris interfuit non decipi *leg. qui se 45. infr. hoc tit. dict. l. penult. De dolo.* Itaque quod de huiusmodi possessore absoluto scriptum est in *dict. leg. penultim.* De dolo ad factum magis quàm ad ius referendum est, Cùm sæpe accidat, vt per errorem vel imperitiam iudicis aut etiam per sordes, vel gratiam absoluatur is qui condemnari debuit: Quod cùm accidit non eo minùs tamen sententia teneri debet propter rerum iudicatarum autoritatem *leg. & ex diuerso 35. §. 1. infr. De rei vindic. l. ergo si 5. §. cum Prætor infr. ad SC. Trebell.* Ergo hoc casu dolus pro possessione non est illius rei quæ possessa numquam fuit: sed non eo magis necesse est ad actionem De dolo confugere, cùm sufficiat doli clausula *dict. leg. qui se*, Nisi cùm reus absolutus fuit, quo casu non potest contra reum committi stipulatio iudicatum solui, vt dixi ad *dict. leg. penultim. supr. De dolo.* Obserua igitur non tam teneri reum hoc casu vi & potestate actionis propositæ De petitione hereditatis quàm ex stipulatione iudicatum solui, & ex doli clausula quam semper illa stipulatio adnexam habet, Vt scilicet æstimetur quanti actoris interfuit non decipi. Sic enim Celsus ipse, cuius sententia hîc refertur, seipsum explicat in *lege qui se liti 45. infr. hoc titul. quæ sumpta est ex eodem libro 4. Digestorum*, cuius hîc mentio fit iunct. *dict. leg. penultim. supr. de dolo leg. 6. infr. iudic. solui.* Proinde in postremis illis verbis huius §. *omnem qui se offert petitioni tanquam possidentem teneri* mallem ponere virgulam post verbum *possidentem* quàm post *petitioni*. Nam si verum amamus, Non condemnatur hic tanquam possessor, sed potiùs tanquam mendax & dolosus, & ex doli clausula tenetur non quasi possessor *dict. l. 45. infr.* Dolus autem in eo est quod dixit se possessorem cùm non esset vt actorem deciperet. Condemnatur ergo potiùs tanquam non possidens & quia reuera non possidet, quàm quasi possessor.

14 ¶ Item si quis dolo fecerit, quo minùs possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius [a] nanctus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati Marcellus libro quarto Digestorum tractat, (ne) fortè euanescit aduersus eum, qui desiit, litis æstimatio. & magis euanescere ait, nisi petentis interest. Certè, inquit [b], si rem paratus sit restituere; indubitatum erit euanescere. Sed si is, qui [c] dolo desiit, antè conueniatur, eum qui possidet, non liberabit.

Ad §. 14. Item si quis.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis non datur nisi contra possessorem, & quidem qui possideat vel pro herede vel pro possessore *leg. 9. supr.* quia est actio in rem *leg. sed etsi 25. §. antepenultim. infr. hoc titul.* Atqui is qui dolo malo desiit possidere, non possidet.

Dec. Is qui dolo fecit quominùs possideret condemnandus est tanquam possessor, *dict. leg. 25. §. perinde 8. infr.* quia dolus pro possessione est *leg. 131. infra de regulis iuris §. is autem qui restituit supra hac leg.* Meritò igitur hereditatis petitione tenetur, sed an vtili non directa, vt

Accurs.

Digitized by Google

Accursius putat? Sed magis puto vt directa teneatur, Cùm vix vllam possim agnoscere vtilem hereditatis petitionem nec dolus pro ficta possessione sit, sed pro vera. Ideoque de petitione hereditatis simpliciter hic locus tractat non adiecta mentione vtilis, quam in superioribus §§. Tribonianus non prætermisit. Et quod adfert Accurs. de ratihabitione quæ licet æquiparatur mandato, tamen actionem mandati non parit *l. Pomponius 9. in fi. supr.* valde dissimile est. Mandati enim actio exigit necessariò mandatum. At petitio hereditatis ex parte illius qui conuenitur nihil exigit nisi vt sit possessor aut pro possessore habendus dummodo possideat tantùm Pro herede vel pro possessore. Adeò autem pro vero possessore habetur is qui dolo desiit possidere vt etiam ad fructuum restitutionem condemnari possit & debeat *d. l. 25. §. sed vtrum infr.*

a *Sed si alius* Ratio dubitandi. Quod alius qui nactus est possessionē quam ego dolo amiseram paratus est iudicium pati, non facit quominus verum sit me dolo malo desiisse possidere, nec purgat dolum meum. Ergo non eo minus debeo teneri petitione hereditatis & condemnari.

Dec. Actio siue De dolo siue alia quælibet quæ ob alicuius dolum datur, non aliam ob causam datur, quàm vt indemnitati actoris cõsulatur, Ne dolus aduersarij noceat. Nullum porrò damnum patitur actor ex dolo meo, quamuis dolo desierim possidere si nouus possessor iudicium accipere paratus sit. Vnde est quod eo casu cessat etiam actio in factum quæ alioqui competeret ex edicto *De alien. iudic. mut. caus. fa. l. 3. §. vlt. supr. tit. cit.* Et rursum qui condēnatur ideò tantùm quòd dolo malo desierit possidere, licèt condemnetur tanquam possessor, non tamen condemnandus est ad restitutionem rei quam non haber, sed tantum ad litis æstimationem, Cui porrò præstandæ locus nullus est quandiu res ipsa præstari potest. Benè igitur Marcellus dixit euanescere litis æstimationem cõtra eum qui dolo desiit possidere si verus possessor paratus sit iudicium accipere, quia tam verum est nihil petitoris interesse, non magis quàm si rem ipsam aut eius æstimationem à possessore percepisset *l. Stichum 95. §. dolo fecisti infr. De solut.* Eo namque iudicium accipiente certum esse incipit, alterutrum omnino euenturū vt possessor aut corpus, aut æstimationem præstare teneatur. Nunquam autem actio danda est ei cuius nihil interest *l. 3. §. 1. De verb. oblig.* Ergo si petentis adhuc intersit, fortè quòd possessor actori satisfacere in totum vel nolit, vel non possit, non euanescet litis æstimatio pro eo quod actor consequi non poterit à possessore, vt sequitur in textu.

b *Certè enim qui.* Ratio dubitandi. Parum interest an iudicium accipere quis paratus sit an rem præstare, cùm accepto iudicio futurum sit vt sequatur tandem condemnatio.

Dec. Habet suas moras exercitio iudicij *l. etiam 15. infr. vt legat. ser. caus.* & exitus iudiciorum semper est incertus *l. quod debetur 51. infr. De pecul.* Quid enim si is qui iudiciū accepit, postea frustrãdo actorem & fatigando varijs tergiuersationibus id agat ne ad exitum controuersia deducatur? vt in *l. vlt. sup. De procurat.* Igitur multo plus est rem petitam præstare quàm de ea iudicium accipere: Neque illo casu exceptioni locus est quam Vlpianus ex Marcello subiecit superiore casu *nisi petentis interest* quia nihil petentis interesse potest, cùm res ipsa præstatur, dum ne facta deterior. Ergo indubitatum erit & indistinctè verum hoc casu litis æstimationem euanescere.

c *Sed si is qui.* Ratio dubitandi. Improbus est & dolo facit qui bis idem vult consequi *l. si quis dolo 51. in fi. infr. de re iudic.* Ergo qui iam litis æstimationem à doloso consecutus est, audiri non debet si adhuc velit possessorem inquietare: Vt euenit in actione De dolo *l. si plures 17. supr. De dolo,* & in actionibus noxalibus *l. electio 26. cum duab. praeced. infr. De noxal. act.* & in actione Prætoria ex edicto *si famil. furt. fecisse dicet. l. 3. in princip. d. tit.*

Dec. Multum interest quem priorem actor conuenerit an dolosum an verum possessorem. Primo casu quamuis litis æstimationem ab vno consecutus sit, nempe à doloso, verum tamen est adhuc rem ei abesse, quam ab alio consequi possit, Idcóque non debet pœna dolosi prodesse possessori ne ad rem ipsam præstandam conueniatur. Alio autem casu cùm actor rem ipsam à possessore consecutus est, aut ad consequendam eam dictatur ipsi iudicium, nihil iam eius interest vt litis æstimationem consequatur à doloso. Idémque est si à vero possessore non rem sed litis æstimationem consecutus sit *d. l. Stichum 95. § dolo fecisti infr. de solut. l. 1. § pen. infr. De tabul. exhib. l. 1. C. de condict. furt.* Primus tamen casus exceptionem vnam admittit, Si is qui rem possidet habiturus sit regressum aduersus eum qui præstitit litis æstimationem *d. l. 3. vers. plane si famil. furt. fecisse dicet.* quia videretur bis idem petere ab eodem quod iniquum esse ait *d. l. si quis dolo infr.* Non etiam cùm vnus facti & doli sui pœnam præstat, alius verò rem ipsam quæ petitur, Nam quoties id tantùm agit lex aut Prætor, vt non eludatur actor, non etiam vt lucrum aliquod faciat, quemadmodum contingit in actionibus noxalibus, & De dolo & alijs, de quibus in dubitandi ratione diximus, Eòdem etiam pertinet quod scriptum est in *l. illicitè 10. infra De reb. eor. qui sub tutel.* de inhibenda contra emptorem vindicatione fundi pupillaris contra Senatusconsultum venditi postquam per actionem tutelæ vel vtilem negotiorum gestorum actionem litis æstimatio facta & soluta sit. Emptori enim æquè competeret regressus contra tutorem qui vendidisset, atque ita bis tutor idem præstaret, & pupillus bis idem ab eodem tutore consequi videretur: quod æquitatis ratio nunquam permittit *dict. l. 3. vers. plane si famil. furt. fecisse dicet.*

15 ¶ Item à debitore hereditario, quasi à iuris possessore: nam & à iuris possessoribus posse hereditatem peti constat.

Ad §. 15. item a debitore.

Ratio dubitandi. Iura possideri non possunt, cùm sint incorporalia, ideóque nec traditionem recipiant nec vsucapionē *l. seruum 43. §. 1. De acqu.*

rer. domin. l. 1. §. vlt. supr. De rerum diuis. & Inst. De reb. corpor. & incorpor. Ergo debitor hereditarius nō potest conueniri petitione hereditatis tanquam possessor iuris. Dec. Etsi propriè iura nō possidentur, tamen, quasi possidentur, & quasi traditionem recipiunt. *l. seruitutes 14. & l. vlt. infr. De seruit. l. seruitutes vi. l. si a les 32. urban. præd.* Ergo etiam debitor hereditarius quasi iuris possessor perinde atque is qui rem aliquam corporalem possideret, hereditatis petitione conueniri potest. *l. 9.* Cùm etiam iura veniant in petitione hereditatis, non minùs quàm corpora *l. item veniunt 18. in fin. infr. hoc tit.*

14. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

SEd vtrùm ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem [a] hereditarius intelligitur is quoq; qui seruo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit.

Ad l. S. d vtrum 14.

Ratio dubitandi. Qui debet ex contractu, habet aliquid à defuncto, quod si non haberet hodie in hereditate reperiretur. At in eo qui debitor est ex delicto nihil tale tractari potest, Nisi ponas debitorem esse ex causa dāni alicuius dati, vt lege Aquilia teneatur. Nam si fortè iniuriam fecerit sine damno, debitor quidem est eo nomine & actione iniuriarum conueniri potest, Ea que actio si fuerit contestata transit in heredem. *l. si cum 13. §. qui iniuriarum. infr. si quis caution.* nec tamen esset hodie locupletior hereditas si defunctus iniuriam passus non fuisset. Maior igitur ratio est, vt debitor hereditarius ex contractu possit conueniri petitione hereditatis quàm debitor ex delicto. Deinde constat debitorem hereditarium ex cōtractu non aliter posse conueniri petitione hereditatis quasi iuris possessorem, quàm si controuersiam hereditatis faciat, & ideò nolit soluere, quod se dicat heredē. *l. si debitor 42. infr. hoc tit. l. vlt. in fin. infr. tit. prox.* At debitor ex delicto, etiamsi controuersiam hereditatis nullam faciat, nihilominus actione illa tenetur tanquam possidens pro possessore, vt Accursius ratiocinatur, cùm sit debitor ex iniusta causa perinde ac si corpus hereditariū iniustè possideret ac nullo iure Deinde quasi prædo, vt loquitur Vlp. in *l. hac actio 3. §. 1. infr. De seru. corrupt.* Dec. Tam qui ex delicto, quàm qui ex contractu debitor est hereditarius, habet aliquid ex hereditate, & quo præstito locupletior futura sit hereditas: Meritò igitur hereditatis petitione conueniri vterque potest. sed cum supradicta Accursij distinctione. Tolle hæc omnia vsque ad finem Pugnat enim cum *d. l. 13. §. 1. infr. De seru. corrupt.* Nec faciliùs debitor ex delicto, quàm debitor ex contractu. In vtroque enim verum esse arbitror, quod generaliter de hereditario debitore scriptum video in *d. l. si debitor.* Non alter teneri eum petitione hereditatis, quàm si contendat se heredem, id est si iuris possessor pro herede. Neque quia titulus ille Pro possessore non potest cadere in debitorē hereditarium nec magis in debitorem ex delicto quàm in alium, cùm quisquis debitor est hereditarius, licet ex delicto iustus sit debitor, adeoq; ex iusta causa. Est n. delictū causa iusta propter quā quis obligari debeat. *T. tit. de obl. qua ex delict. n. a. c.* Vel ob hoc ipsum ne delicta maneant impunita, *l. ita vulneratus 51. infr. ad leg. Aqu. l. Sic vtum 3. in princ. de solut.* quamuis qui delinquit iniustè fecerit. Quod Accursiū decepit non animaduertentem, si iniustè facit qui delinquit tanto iustiùs facere legislatorem vel iudicem qui delinquentem facit pœnæ vel damni dati debitorem. Itaque quod in hoc tractatu solemus dicere duplicem esse causam propter quam hereditatis petitione conueniri quis possit, scilicet si vel Pro herede possideat vel pro possessore ad corporis alienius possessorem restringendum est non etiam protrahendum ad debitorem hereditarium, cui certè non alius titulus conuenit quàm pro herede. Huiusque diuersitatis tanto non obscura illa est, quòd corporis possessor iniustus esse quis potest: debitor autem iniustus esse nemo potest: Nec quemadmodum pro possessore is demum possidere dicitur, qui interrogatus quare possideat, nihil aliud respondere potest, quàm quia possideat *l. 11. supr.* Ita possit quis nō ridiculè dicere, Pro possessore possidere debitorem hereditarium qui interrogatus quare debeat, nihil aliud respondere potest, quàm quia debeat. Aut si vnles quia deliquit. Tanto enim manifestius ea responsione ustam se debitorem profitetur. Cessante igitur in persona cuiuscumque debitoris hereditarii titulo Pro possessore, solus relinquitur titulus Pro herede, quem interueniente oportebat, vt debitor hereditarius quasi iuris possessor hereditatis petitione conueniri possit. Generaliter igitur verum est & in quocumque debitore hereditario, quod generaliter, & indistinctè scriptum est in *d. l. si debitor* id est siue ex cōtractu siue ex delicto debeatur. Adde *siue etiam ex quasi contractu* puta negotiorum gestorum ex *l. vlt. in fin. infr. tit. prox.* Vt tanti minùs non possim suprad. etiam Accursij distinctionem nulla lege aut ratione fultam Bartolo quoque placuisse.

a *Debitor autem* R. dub. hereditarias actiones solemus eas dicere quæ defuncto cōpetierunt, & ab eo in heredē transierunt *Tot. tit. C. de h. r. act.* Ergo nec hereditarius debitor alius est quàm qui à defuncto potuit cōueniri, In quo tamē numero non est qui hereditario seruo aliquid promisit, aut ante ad tam hereditatem eàque iacente damnum aliquod in rebus hereditariis dedit vel aliquam rem hereditariam subripuerit, vt subijcitur in *l. seq.* Fit enim seruus hereditarius, & res hereditaria eodem tempore quo fit hereditas, id est mortuo demum testatore. Cùm viuentis nec hereditas vlla sit *l. 1. De her. vel act. vend. l. 2. infr. Pro h. r. d.* nec proinde seruus vllus hereditarius Dec. Hereditas nomē iuris est *l. 50. infr. hoc tit.* recipiens augmentum & diminutionem *l. item veniunt 20. §. item non solum infr.* Et quę defuncti personā repræsentat *l. non intelligitur 34. §. 1. infr. De h. r. instit. l. her. dit. as 61. De acquir. rer. domin.* Itaque quod seruus hereditarius stipulatur perinde habē dū est ac si viuo adhuc domino stipulatus esset. Augeri; hereditatē quæ tāto locupletior facta esse intelligitur Nec nouū est vt hereditas ūesse id quoque intelligatur, quod tamē defuncti nūquā fuerit. Nā & hereditariū æs alienum etiā id intelligitur dicitur, de quo agi cum defuncto nunquam potuit. Veluti quod is cùm moreretur datuum se promisisset. Item cùm quis id quod pro defuncto fideiussit, post mortem eius soluit *l. hereditarium 7. infr. De r. ib. ambur. sud. possid.* Imò & hereditariarum actionum

actior ü loco habemus etiam legata quãuis ab herede cœperint *l. hereditariarũ 40. ĩ. De obl. & action.* Multò igitur magis hereditarius debitor ille dicẽdus est qui seruo hereditario quid promiserit, aut hereditati iacenti damnum dederit, Sed cum hac differentia quam suprà ex Accursio attulimus, quod debitor ex contractu non aliter tenetur petitione hereditatis quàm si controuersiam hereditatis faciat vt sit iuris possessor pro herede *l. si debitor 42. infr. hoc tit. l. vlt. in fi. infr. tit. 1.* Debitor autem ex delicto tenetur omnimodo petitione hereditatis quasi prædo *d. l. hac actio 13. §. 1. De seruo corrupt.* Sanè debitor heredis nullomodo hac actione tenetur *l. 16. §. non solùm infr.*

15 GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

VEl aliquam rem hæreditariam subripuerit.

Ad l. Vel aliquam 15.

Ratio dubitandi. Hereditariæ rei furtum fieri non potest *l. hereditariæ 68. ĩ. de fur.* quia furtum sit interuersio possessionis *l. 1. eod.* Hereditas autem non possidet cùm possessio sit facti. In his autem quæ sunt facti hereditas quæ nomen iuris & fictio est personam veram repræsentare non possit *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui test. a lib. ess. iuss.* vt nec in cæteris omnibus quæ alicuius operæ substantiam requirunt, vt loquitur Hermogenianus in *d. l. hereditas 61. De acquir. rer. domin.*

Dec. Qui rem hereditariam subripit licèt furtum non faciat, tamen delinquit cùm expilet hereditatem ideoq; propria actione teneatur Expilatæ hereditatis *l. 1. & tot. ill. tit. Expil. hered.* Proinde conueniri potest tanquam debitor hereditarius ex delicto, & quasi prædo *d. l. hac actio 13. §. 1. infr. De seruo corrupt.*

16. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

QVòd si in diem sit debitor, vel sub condicione a quo petita est hereditas: non debere eum damnari rei planè iudicatæ tempus spectandum esse secundum [a] Octaueni sententiam, vt apud Pomponium scriptum est, an dies venerit. quod & in stipulatione conditionali erit dicendum. Si autem non venerit [b], cauere officio iudicis debeat de restituendo hoc debito, cùm dies venerit, vel condicio extiterit.

Ad l. quod si in diem 16.

Ratio dubitandi. Etiam debitor condicionalis pendente adhuc condicione iam debitor est *l. condicionales 54. & seq. De verb. sign. l. is cui 42. infr. De obl. & action.* Adeò vt si interim moriatur nihilominus transmittat stipulationem condicionalem ad heredem *§. ex condicionali Inst. De verb. obl.* Debitor verò in diem certum multò magis debitor est, cùm diem venturam esse certum sit, Ideoque si ante diem soluat, non tamen repetit *l. in diem 10. iunct. l. 16. & seqq. infr. De condict. indeb.* Dies enim cessit licèt nòdum venerit *l. cedere diem 213. De verbor. sign.* Ergo si quid in diem vel sub condicione debeat is à quo hereditas petitur, cùm sit verè debitor, perinde eo nomine damnari debet hoc iudicio petitionis hereditatis, ac si iam venisset dies.

Dec. Plus petit tempore qui ante diem petit *§. plus autem Inst. de act.* Cùm id quod in diem etiam certam debetur non prius peti possit quàm totum tempus præterierit *l. qui hoc anno 42. iũct. l. stipulatio ista 38. § inter. De verb. obl.* quamuis interim possit solui *l. quod certa die 70. De solut.* Et idcirco nec compensari interim potest *l. quod in diem 7. in princ. infr. De compens.* quoniam qui compensat, hoc ipso agere & petere videtur *l. amplius 15. infr. Rat. rem haber.* Non ergo potest debitor in diẽ pro eo quod debet condemnari antequàm dies venerit. Præposterum enim est vt sequatur condemnatio ante natam petitionem. Multò minùs autem is qui non nisi sub condicione debet, cùm in huius persona dies non solùm non venerit, sed neque cesserit *d. l. cedere diem.* Ita vt si contra eum agatur antequàm condicio venerit, non tam malè quàm nihil agi videatur vt Vlp. loquitur in *l. vnic. in fin. infr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Satis ergo est indemnitati actoris consoli præstita cautione.

a *Rei planè iudicatæ.* Ratio dubitandi. Nõ potest sequi condemnatio ex actione malè instituta, Imò causa cadebat olim quisquis malè agebat, Ideoq; præstabat nihil quàm malè agere quò videtur alludere Vlpianus in *d. l. vnic. in fi. infr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Et etiam hodie ex hac causa duplicantur induciæ *§ temporales Inst. de exc.* Ergo litis cõtestatæ & iudicij accepti tẽpus inspici debet non rei iudicatæ quoties quæritur an dies, vel condicio venerit. Nã & tẽpus illud est quo in iudiciis quasi contrahi intelligitur *l. 3. § idem scribit infr. De pecul. l. delegare 11. § 1. De nouat. & deleg.* Nec rursus potest iudicium esse in pendenti ob id quod post litem contestatam ante condemnationem possit accidere *l. non quemadmodum 35. supr. de iudic.*

Dec. Non est nouũ vt actio vniuersalis & in genere bene instituta augeatur ex iure superueniente, & ex nouo euentu, cùm recipiat augmentum & diminutionem quod in speciali petitione secus esset. Hîc autem tractamus de petitione hereditatis, quod iudicium vniuersale est non speciale *l. 1. infr. De rei vind.* ac proinde de actione bene non malè instituta. Cùm ad instituendam petitionem hereditatis sufficiat aduersarium possidere aliquid vel minimum pro herede aut pro possessore *l. 10. supr.* non potest autem negari quin aliquid habeat ex hereditate debitor in diem vel cõdicionalis cùm interim sit debitor *d. l. 42. de obl. & act. l. 76. §. heres meus de leg. 2.* Incipit nimirum iam nihil interesse rei qui condemnatur cùm iam dies venit vel condicio extitit, tametsi antea condemnari non potuerit. Et quamuis nihil ipse dolo malo fecerit ab initio nunc tamen facit cùm postquàm dies venit adhuc solutionem detrectat, Ita significans æquè se ab initio fuisse improbè litigatorum etiamsi iam tùm dies venisset, vt in *l. 2. §. circa infr. De doli mal. excep. l. 25. §. de eo autem infr. hoc tit.* Cur nõ enim saltem hodie soluit vt absoluatur, Cùm iudicia omnia hoc seniu sint absolutoria *§. vl. Inst. de perpet. & tempor. act.* Meritò igitur placuit secundum Octa-

ueni sententiam inspiciendum esse tempus rei iudicatæ. Quemodo & cùm quæritur, an possessor ex hereditate locupletior factus sit *l. si a domino 36. §. pen. infr. hoc tit.* aut quid & quantum possideatur *l. si quo tempore 41. l. item videndum 18. §. 1. infr. hoc tit.* & in actione De peculio, an aliquid sit in peculio *l. quæsitum 30. in prin. infr. De pecul.* Iudex enim cùm iudicat, quodnam aliud tempus inspicere iustiùs possit quàm illud ipsum rei iudicandæ, & eum rei statum qui tùm est, non qui antè fuit? Maximè verò in iudiciis bonæ fidei, quale iam olim fuit iudicium petitionis hereditatis *l. planè 3. nam nec exceptio & l. vlt. infr. hoc tit. l. Seia 42. inf. De mort. caus. don. tit.* quamuis de eo nonnulli dubitarent ante Iustiniani constitutionē in *l. vlt. in fi. C. hoc tit. §. actionum Inst. de action.* Illa enim verba *ex fide bona* quæ in omnibus iudiciorū bonę fidei formulis addi solebāt, faciunt proculdubio potestatem iudici eum condemnandi quem ex fide bona sit eo tempore condemnari quamuis antea non fuisset. Quemadmodum ex contrario potest facilè pendente iudicio quid incidere quod faciat vt ex bona fide cōdemnari hodie non debeat, qui anteà potuisset ac debuisset, vt in *d. l. si quo tempore 41. infr. hoc tit.* Proinde inspicere iudex bonæ fidei debet, an hodie dādū sit nō id solùm an olim dari debuerit *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem in fi. infr. De act. empt.* Itaque debet hic locus intelligi non de eo qui ante diem, vel condicionis euentum petat præcisè id quod non nisi in diem vel sub condicione adhuc debeatur, quod fieri certè nullomodo potest, sed de eo qui generaliter & simpliciter agit vniuersali iudicio petitionis hereditatis. Intenditur enim rectè etiamsi dies aut condicio nondum venerit, quemadmodum & in actione de peculio quæ perinde vniuersalis est, intēditur rectè etiamsi nihil sit in peculio *d. l. quæsitum 30. infr. de pecul.* Tātoq; magis in petitione hereditatis quę bonę fidei est quod etiam ante diem aut euentum condicionis rectè intēditur dari quid oportere scilicet cautionem de soluendo debito cùm dies venerit aut condicio extiterit, vt sequitur in textu ex *l. in omnibus 41. supr. De iud.* Vt nil necesse sit dicere hîc cum Accursio institutam fuisse petitionem hereditatis ob alia quæ debitor hic possidebat. Iunge *l. 18. §. 1. infr.* vbi dicam clariùs.

b *Si autem non venerit* Ratio dubitandi. Malè agit qui ante diem agit, Nihil verò agit qui ante condicionis euentum, vt suprà diximus. Non ergo debet actionis suæ malè institutæ fructum illum ferre vt ab aduersario extorqueat cautionem de soluendo debito cùm dies aut condicio venerit, sed potiùs condemnari omnimodo debet tanquam qui de facto egerit sine actione: quod vtique facere non potuit *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. De neg. gest. l. quoti. s 9. § & generaliter infr. De admin. tutor.* Præsertim cùm nemo superuacua cautione sit onerādus *l. hæc stipulatio 14. §. 1. infr. Vt l. gat. seru. caus. cauiat.* quod non sit tam facilè & expeditum inuenire fideiussorem *l. 2. §. sed si dubitetur supr. De iud.*

Dec. In omnibus bonæ fidei iudiciis, etiāsi nondum dies præstandæ pecuniæ venerit, agi tamen potest ad interponendam cautionem, & ex iusta causa condemnatio fit *d. l. in omnibus 41. supr. de iud.* Petitio autem hereditatis ex horum iudiciorum numero est, & iam olim fuit, vt proximè diximus. Est enim ex bona fide, vt saltem cautio præstetur de soluendo eo quod in diem vel sub condicione debetur: Nempe cùm dies venerit aut condicio extiterit. Neque superuacua videri potest hæc cautio per quam sit vt res in tuto collocetur. Nec rursum petitio hereditatis malè instituta dici potest cōtra debitorem in diem vel sub condicione quamuis neque dies adhuc venerit, neque condicio extiterit cùm interim et debitor & iudicium sit vniuersale, vt ad versic. præcedentem scripsimus. Planè quod hîc dicitur præstandam interim cautionem non generaliter & indistinctè verum est, sed ex causa vt scriptū est in *d. l. in omnibus*, Vt puta si suspectæ sint facultates debitoris, aut suspecti mores. Aut deni que quòd is ille ex eorum numero qui suis cauillationibus frustrando actorem impediunt ne ad exitum deduci controuersia possit *l. vlt. supr. De procur.* Quod non satis benè videtur Accursius aut Bartolus explicasse.

1 ¶ Sed & is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui à debitore [a] hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

Ad §. 1. Sed & is.

Ratio dubitandi. Precia rerum hereditariarum non sunt hereditaria, tanquam quæ ex rebus hereditatis non proficiscantur, sed potiùs ex negotiatione venditoris *l. venditor 22. infr. De hered. vel act. vendit.* Vnde solemus etiam dicere Precium redactum ex re furtiua non esse furtiuum *l. qui vas 48. §. vlt. infr. de furt.* Nec pignoratam pecuniam quæ redacta est ex venditione rei pignoratæ, vt neque pignoratam rem emptam ex pecunia pignorata *l. idemq; 7. in fi. infr. qui potior. in pignor. hab.* Ergo qui precia rerum hereditariarum possidet non ideò potest teneri petitione hereditatis quasi possideat quid hereditarium. Dec. In vniuersalibus iudiciis quale est hoc petitionis hereditatis precium creditur succedere loco rei *l. si & rem 22.* vbi dicemus *infr.* nec potest negari quin possessor precij rerum hereditariarum habeat illud quodammodo ex hereditate cùm habeat per occasionem hereditatis, vt loquitur *l. debitor 39. in fi. ad SC. Trebel.* Nec enim negotiatio aut industria vlla potuisset extorquere precium ab emptore si nulla res hereditaria fuisset vendita. Perinde igitur hereditatis petitione teneri debet is qui precia rerum hereditariarum possidet atque si res ipsas hereditarias possideret, tanquam ex hereditate factus locupletior *l. si ipsa 16. in fin. supr. quod met. caus.* Sed ita tamen, vt ei caueri per actorem oporteat de euictione si fortè vt fieri adsolet de ea possessor se obligauerit venditori, vt benè Accurs. notat ex *l. item veniunt 20. §. sed et si ob venditionem pen. infr. hoc tit.* Vt scilicet qui precium venditionis habet euictionis periculum ipse suscipiat, nec damnum remaneat penes eum cui lucrum eripitur, contra *l. 10. de reg. iur.*

a *Item qui a debitore.* Ratio dubitandi. Qui à debitore hereditario exegit, non ideò fit debitor hereditarius cùm nihil vnquam defuncto debuerit neque hereditati. Ergò non potest quasi iuris possessor hereditatis petitione conueniri. Dec. Qui exegit ab hereditario debitore, licèt non ideò fiat

debitor

debitor aut iuris possessor, habet tamen aliquid ex hereditate aut saltem per occasionem hereditatis ex quo locupletior factus est, ideoq; perinde teneri debet ac si corpus hereditarium aliquod possideret. Quid enim refert an nummos habeat qui fuerint hereditarij, an verò quos debitor hereditarius soluerit, vt se ab hereditate liberaret? arg. *d.l.si ipsa 18.supr.quod met.caus.*

2 ¶ Vnde Iulianus libro sexto Digestorum ait ab eo qui petit hereditatem, & litis æstimationem consecutus est, hereditatem peti posse.

Ad §.2. Vnde Iulianus.

Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad §. præcedentem. Nam qui hereditatem petiit tanquam ad se pertinentem, & quæ ad eum non pertinebat, litisq; æstimationem consecutus est, non ideò potest videri habere hereditatem, adeoq;, quod magis est, nec quicquam quod sit vice rei vllius hereditariæ, Cùm eam litis æstimationem pro falsa non pro vera hereditate acceperit, quandoquidem erat ipse falsus heres. Sed tamen negare non potest, quin per occasionem veræ hereditatis habeat, cùm litis æstimationem perceperit tanquam si verus heres fuisset. Cùm igitur tantò locupletior ex hereditate factus sit, aut saltem ob hereditatem, consequens est vt teneri debeat hereditatis petitione.

3 ¶ Non solùm autem à debitore defuncti, sed etiam à debitore hereditario peti hereditas potest. Denique ab eo[a], qui negotia hereditaria gessit, & Celso, & Iuliano videtur peti hereditatem posse. Sed si heredis[b] negotium gessit, nequaquam. ab herede enim debitore peti hereditas non potest.

Ad §.3. Non solum.

Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad *§.vlt.l.nec vllam 13.supr.hoc tit.* Addi tamen potest quod ad hereditarium debitorem pertinet. Hereditatem quandocunque aditam iam inde ab instanti mortis testatoris aditam retrofingi, & consequenter videri heredem adiisse hereditatem ex quo die paterfamilias defunctus est *l.heres quandocunque 49.De acquir.hered.* Omnis enim hereditas eum mortis tempore continuatur, subtracto interuallo illo quod inter mortem & aditionem intercessit *l.omnis 138. l.omnis 101.De regul. iur.* Ergo debitor hereditarius quilibet perinde habendus est ac si heredis debitor fuisset. Atqui à debitore heredis peti hereditas non potest, vt sequitur in hoc §. Ergo nec ab hereditario debitore peti posse videtur.

Dec. Hereditas personam non heredis, sed defuncti repræsentat *l.non minus 31.§.1.ff.De hered.instit.l.hereditas 61.ff.De acquir.rer.domin.* Ergo quod hereditati deberur defuncto debitum fuisse intelligitur, & cùm peruenit ad heredem, peruenit eo iure quo si debitum fuisset ipsi defuncto, & tanquam ad heredem non tanquam ad personam tantùm illius qui heres sit.

a *Denique ab eo.* Ratio dubitandi. Qui debitor est ex causa negotiorum gestorum, neque ex contractu debitor est neque ex delicto vt apparet. Ergo non potest teneri petitione hereditatis tanquam hereditarius debitor, arg. *l.sed vtrum 14.sup.*

Dec. Sufficit vt si debitor ex quasi contractu cuius & in cæteris non alia quàm contractus causa esse solet *l.vlt.in fin.infr.tit. prox.l.5.in princ.infr. De oblig. & action.*

b *Sed si heredis.* Ratio dubitandi. Heres non minùs quàm hereditas, imò expressius defuncti personam repræsentat quia persona vera est, non ficta vt hereditas *l.heres 22.ff.De vsucap.* Ergo nihil interest an defuncti an hereditaria, an heredis negotia quis gesserit, Vt proinde omni casu æquè petitione hereditatis conueniri debere videatur.

Dec. Hereditas statim atque adita est desinit esse hereditas sitque proprium patrimonium heredis qui eam adiit, *l.1.ff. De separat.* Ergo non potest in hereditatis petitionem venire id quod gestum est cum herede post aditam hereditatem, Siue proprio ipsius nomine gestum sit, siue tanquam cum herede *§.idem scribit ff.l.si a domino 36.§.si possessor in fin iunct. l.& non tantum 19.§.quod si pro emptore infr. hoc tit.* Debitorem enim vel defuncti vel hereditatis tantùm esse oportet eum qui actione ista conueniri possit, licèt hic debitor heredis quoque fit tanquam heredis. Ergo ab hac sententia excluditur ille tantùm debitor qui heredis tantùm debitor esse cœpit, nec vnquam aut defuncti aut hereditatis debitor fuit, vt benè Accursius notat.

4 ¶ Iulianus scribit: si is qui pro herede possidebat, vi fuerit deiectus: peti ab eo hereditatem posse, quasi à iuris possessore quia habet interdictum *vnde vi*, quo victus cedere debet. Sed & eum, qui deiecit[a], petitione hereditatis teneri: quia res hereditarias pro possessore possidet.

Ad §.4. Iulianus scribit.

Ratio dubitandi. Si is qui pro herede possidebat vi deiectus fuerit verum est neque possidere illum neque dolo desiisse possidere, ideoq; nihil habere quod possit restituere. Frustra ergo conueniatur petitione hereditatis, cùm ea actio sit in rem, detur q; ad rei restitutionem. Maximè cùm certi iuris sit eum qui vi deiecit posse actione ista conueniri, tanquam qui res hereditarias possideat, vt sequitur in textu. Quid enim necesse est dari eandem actionem contra duos, cùm possit aduersus vnum sufficere. Dec. Etiam iuris possessor hac tenetur actione *l.9.& l.13.§.vlt.supr.* In proposita autem specie hic qui vi deiectus est habet aliquid per occasionem hereditatis quod petitori præstare possit, Interdictum scilicet Vnde vi, quo potest & debet cedere in executionem sententiæ per quam victus erit. Regula enim iuris est, quoties quis ob id tantùm tenetur quod actionem aliquam habeat, cessionem & delegationem pro iusta præsta-

tione esse *§. vlt. hac leg. & l. item videndum 18. ff. l. quod debetur 51. in fin. infr. De petul.* Nec est contrarium quod scriptum est in *l. at vbi 24. infr.* non esse petitori præstandam pœnam aduersus eum commissam qui vi deiectus fuit, & quam is ab aduersario sit consecutus qui vi deiecit, quoniam pœna illa infligitur ob iniuriam factam personæ quæ possidet non rei possessæ *l. bonem 43. §. si quis seruum ff. De ædil. edict.* Porrò non veniunt in petitionem hereditatis ea quæ extrinsecus accedunt, id est non tam hereditati quàm personæ possessoris *l. item veniunt 20. § item non solum infr.* vbi dicemus latius & ad *d. l. 24.* Interdictum autem competit ob rem ipsam vi possessam, ac proinde cedendum est cùm etiam actiones ex delicto cedi possint, vt rectè Accursius & Bartolus hîc notant & ex hoc ipso loco probãt, Nec rursum quod contra eum quoque qui vi deiecit petitio hereditatis institui potest, facere debet vt eo minùs possit agere contra illum etiam qui vi deiectus est, Cùm eius intersit habere plures reos, & electionem vtrum ex ipsis conuenire malit, Si fortè sit vnus facilioris conuentionis quàm alter, Vt solent facilioris esse conuentionis qui se patiuntur per vim deiici quàm qui deiiciunt.

a *Sed & eum qui deiecit.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt qui deiecit habeat titulum fortassis pro emptore aut pro donato, aut ex iudicato, aut alium similem. Qui autem titulum habet actione ista conueniri non potest vt toties in præcedentibus diximus. Ergo aliqua distinctio adhibenda hîc fuit.

Dec. Etiam is qui titulum possidendi iustum habet si tamen vi deiiciat possessorem, ac propria authoritate occupet possessionem prædo est, nec nisi pro possessore possidet sicut & fur & raptor *l. si ex stipulatione 5. ff. De acquir. poss.* tanquam qui hoc ipso ab omni iure suo ceciderit *l. extat 13. sup. quod met. caus. l. miles 6. § qui iudicati ff. De re iudic. l. pen. & vlt. D. ad leg. Iul. de vi priuat.* Ergo perinde potest conueniri petitione hereditatis tanquam possidens pro possessore atque fur & raptor quibus improbior est *l. nec vllam 13. in princip. supr.*

5 ¶ Idem Iulianus ait: siue quia possidens, siue non, rem vendiderit: petitione hereditatis eum teneri: siue iam precium recepit, siue petere possit, vt & hic actionibus cedat.

Ad §. 5. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Cùm quis vendidit rem hereditariam quam non possidebat, si quidem precium recipit & possidet potest videri habere aliquid hereditarium aut saltem per occasionem rei hereditariæ. Ideoque teneri debet petitione hereditatis secundum ea quæ diximus iam sæpe in præcedentibus. Sed si nihil exegerit, licèt habeat actionem ad petendum precium, verumtamen est neque rem ab illo possideri, neque precium. Nihil denique hereditarium, Ergo non est permittendum vt hereditatis petitione conueniatur, Præsertim cùm Senatus de precio solummodò sit locutus *l. vtrum autem 23. in fin. ff. hoc tit.*

Dec. Qui rem hereditariam vendidit licèt neque rem ipsam vnquam possederit, neque precium hodie possideat, Tamen iuris possessor est, eius scilicet actionis, quam habet contra emptorem ad precium exigendum. Habet enim actionem illam nullo planè titulo ac proinde Pro possessore. Quid ni ergo petitione hereditatis teneatur. Non vt restituat rem quam possidet nanquam, aut precium, quod nondum habeat, sed vt ista actione contra emptorem cedat. Quippe cùm hic emptor actione ista teneri nequeat, tanquam possidens eum titulo siue bona siue mala fide. Quid? inquies, An non & venditor habet titulum Pro venditore? Minimè verò. Titulus enim Pro venditore nullus est, cùm sit titulus alienationis non acquisitionis, Nec alio titulo possit videri venditor habere precium rei venditæ post venditionem quàm quo haberet rem ipsam venditam si nulla venditio facta fuisset.

6 ¶ Idem scribit, patronum hereditatem petere non posse ab eo, cui libertus in fraudem alienauit: quia Caluisiana [a] actione ei tenetur patroni enim iste debitor est, non hereditarius. Ergo nec ab eo [b] cui mortis causa donatum est, peti hereditas potest.

Ad. §. 6. Idem scribit.

Ratio dubitandi. Quicquid in fraudem patroni alienatum est à liberto reuocatur per Fauianam actionẽ si libertus testatus decesserit, aut per Caluisianam si intestatus *l. 1. & 2. l. 3. §. si intestatus & seq. infr. si quid in fraud. patron.* Ergo quod ex hac causa quis possidet, pro possessore possidetur, sicut & quod ab vxore donatum est viro, vel à viro vxori *l. quod vxor. 16. ff. De acquir. poss.* Et cõsequenter ab eo quoque peti hereditas potest qui à liberto in fraudem patroni alienante acquisiit. Maximè verò si fraudem possessor participauerit quod semper necesse est nisi cùm in fraudem donatum fuit *l. vlt. C. de reuoc. his quæ in fraud. credit. l. quod autẽ 6. § simili modo ff. eod. tit. His quæ in fr. credit. l. 1. C. si quid in fraud. patr.* Vt dubitari nequeat quin sit in mala fide. Dec. Alienatio in fraudem patroni facta licèt per supradictas actiones reuocetur, interim tamen tenet. Et quamuis emptor sit malæ fidei possessor, prædo tamen non est qui precium numerauit, ideoque nec petitione hereditatis teneri potest cùm habeat titulum *l. 9. l. nec vllam 13. §. si quis sciens supr.* Nam nec petitio hereditatis alii datur quàm ei qui se dicit probatque verum heredem. Patronus autem id quod in fraudẽ suam alienatum est reuocat non tanquam heres, sed tanquam patronus. Et debitor qui in patroni fraudem consecutus est à liberto liberationem (de hoc namque Vlpianus hîc tractat) non hereditarius debitor est sed patroni. Non igitur potest conueniri petitione hereditatis quæ nec alii datur quàm heredi tanquam heredi, nec contra debitorem alium quàm hereditarium. Præsertim cùm hoc casu introductæ sint pro patrono duæ illæ actiones Fauiana & Caluisiana per quas ipsius indemnitati consuli possit.

a *Quia Caluisiana.* Ratio dubitandi. Potest petitio hereditatis etiam cũ alia actione concurrere,

puta

puta cum rei vindicatione & aliis huiusmod singularibus iudiciis *l. nec vllam 13. § quod si quis supr. hoc tit.* Ergo non est bona ratio. Atque ita Accursius noster concedit, dicens rationem illam esse solam bonam quæ sequitur in illis verbis *patroni enim iste debitor fit, non hereditatis*. Dec. Nunquam datur petitio hereditatis contra titulo possidentem, vt probauimus in præcedēt. hos, nec si titulus ille malam fidem adnexam habeat dummodò non sit nullus ipso iure, vt in exemplis positis in *d. l. nec vllam. §. 1. supr.* Pro herede enim aut pro prædone & possessore possideat necesse est is qui hereditatis petitione conuenitur *l. 9. supr. l. 2. ff. 3. tit. 3. l. cogi 11. C. hoc tit.* Primusque Tribonianus fuit qui contra emptorem vniuersitatis dedit vtilem petitionem hereditatis *d. l. 13. quod si quis*, & qui ob eam causam pro eo quod Vlpianus noster in *d. l. 9.* scripserat *Generaliter* reposuit proculdubio *regulariter* vt exceptioni suæ locū relinqueret. Qua dictione quasi minùs latina prudentes nostros vsquam vsos fuisse non memini, adeoque nec Imperatores licèt latinitatis minùs studiosos si Valerium & Gallienum excipias, qui fuerunt ex posterioribus declinante iam cum imperio latinæ linguæ puritate in *l. ea quam 14. C. de fideic.* Ergo nunquam potest hereditatis petitio concurrere cum alia actione quæ detur contra titulo possidentem qualis est tam Caluisiana quàm Fauiana quia nec contra istos vindicatio dari potest. Planè contra eos qui titulum nullum habent potest hereditatis petitio etiam cum vindicatione concurrere, vt in *d. l. nec vllam §. 1.* Nam & qui possidet tantùm pro herede cùm non sit heres, vel pro possessore & pro prædone nullo scilicet suffultus titulo, vindicatione conueniri vtique potest sicut & qui titulum habet aliquem sed ipso iure nullum & improbatum. Est igitur bona hæc ratio, ex eaque tantò manifestius apparet, quàm verum sit quod nos aduersus Tribonianum omnésque interpretes defendimus, Hereditatis petitionem numquam dari contra titulo possidentem, nec magis vtilem quàm directam. Porrò quod hic dicitur de Caluisiana & Fauiana, idem de Pauliana accipiendum est quæ datur creditoribus cæteris in quorum fraudem aliquid à debitore alienatum est.

b *Ergo nec ab eo.* Ratio dubitandi. Neque Caluisiana neque alia actio vlla comparata est contra debitorem cui liberatio donata est mortis causa à creditore, Nisi ponas in fraudem patroni factam quoque huiusmodi donationem. Quo casu solus euentus damni quod ex ea donatione patronus sentit etiam nullo interueniente fraudis consilio reuocabilem facit donationem, sicut in legatis euenit nisi in filium collata sit *l. 1. §. 1. & seq. infr. si quid in fraud. patron.* Ergo non est bona hæc consecutio, ex præcedentibus, nisi restringatur ad donationem causa mortis factam à liberto, Et quidem citra dolum. Hoc enim addendum est, vt casus hic in aliquo differat à superiore. Atque ita sentit Accursius. Et secundum hanc interpretationem Ratio dubitandi & dec. ad hunc versic. non alia est quàm quæ ad præcedentem, Nisi quod videtur difficilius vt reuocetur donatio causa mortis quæ citra dolū nulloque fraudis consilio facta est quàm alia quælibet alienatio fraudandi animo facta. Sed huius iuris ratio illa est quā adfert Vlp. in *d. l. 1. §. 1.* quòd mortis causa donationes legatis & aliis speciebus vltimæ voluntatis æquiparentur. In quas distinctio illa fraudis non cadit. Cùm nihil possit facere libertus per vltimam voluntatem quo patroni portionem minuat, Quamuis permissum sit ei donare inter viuos amicis benè merentibus *l. viuus 7. eod. tit.*

7 ¶ Idem Iulianus scribit: si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res præstiterit: peti ab eo hereditatem posse: quia habet conditionem earum, quæ sunt ex ea causa solutæ, & veluti iuris possessor est. Sed & si pretia[a] rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi soluit, peti hereditatem ab eo posse: quia repetere potest. Sed his casibus[b] actiones suas duntaxat eum præstaturum: cum & res extant,[c] & potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare.

Ad §. 7. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Qui ex causa fideicommissi hereditatem restituit, vel res singulas nihil possidet hereditarium nec quicquam quod sit hereditatis. In quo dissimilis est aliis, de quibus in *l. nec vllam 13. § idem erit dicendum & seqq. sup. hoc tit.* qui hereditatem aut iusto precio vendere iussi sunt, aut rogati restituere retenta vel accepta certa quantitate, aut retentis fructibus. Ergo non potest ab eo peti hereditas, sed peti debet ab eo cui restituta est, ex testamento quod posteà vel inutile vel inofficiosum pronunciatum fuit. Præsertim cùm nulla culpa sit eius, qui cùm se putaret heredem fideicōmissum bona fide restituit, aut legata soluit, *l. 3. in fin. ff. De condict. indeb.* vbi amplius scriptum est etiā vtilem actionem & condictionem rerum solutarum ei dandam esse qui hereditatem emit. Quid ergo necesse est dari petitionem hereditatis contra eum qui hereditatem restituit?

Dec. Competit huic heredi qui bona fide soluit, & tanquam heres cum non esset, condictio indebiti fideicommissi soluti & quidem directa eùm ipse soluerit. Ergo hanc saltem actionem præstare potest. & consequenter iuris possessor est, ac proinde hereditatis petitione conueniri potest. Cui non enim æquum videatur hoc saltem illum præstare quod sine vllo ipsius dispendio futurum sit? *l. in creditore 38. ff. de pecul.* Nec quod vtilem actionem suo nomine habere possit is secundum quem de hereditate pronunciatum est *d. l. 2. § 1. l. 3. & 4. ff. De condict. indeb.* facere potest vt eo minùs petitione hereditatis teneri debeat heres falsus qui fideicommissum restituit; Ideò namque Imperatores actionem vtilem dare voluerunt vero heredi, non vt eum qui soluit liberarent à petitione hereditatis, sed vt vero heredi melius prospicerent: quippe qui agendo petitione hereditatis contra bonæ fidei possessorem non plus consequi posset, quàm in quantum is locupletior factus esset, vt scriptum est in *d. l. 4.* Ceterùm cùm non aliam ob causam bonæ fidei possessor post hereditatem ex fideicommisso restitutam teneatur petitione hereditatis, quàm quia condictionem habet earum rerum quæ ex ea causa sunt solutæ,

Non ad aliud vtique teneri potest quàm vt ea actione cedat, ex supradicta regula *l. quod debetur 51. in fin. ff. de pecul.*

a *Sed etsi precia.* Ratio dubitandi. Qui restituit precia rerum quas ex hereditate distraxit nihil possidet hereditarium neque occasione hereditatis, Et Senatus sicuti de solo precio locutus est *l. 23. in fin. infr. hoc tit.* ita & de eo solo videtur sensisse qui rerum ex hereditate distractarum precia possideat non de illo qui precia ipsa iam alii restituerit.

Dec. Hic quoque sicut & ille de quo proximè diximus iuris quasi possessor est, cùm æquè condictionem habeat preciorum quæ fideicommissario restituit, atque haberet ipsarum rerum si eas soluisset. Nihil enim quantum ad hoc refert an res hereditariæ fideicommissario restitutæ sint, an precia ex earum venditione redacta. Æquè igitur peti ab hoc hereditas potest tanquam à iuris alicuius possessore. Nam quemadmodum restitutioni hereditatis satisfacit qui precia rerum hereditariarum venditarum restituit, acsi res ipsas restitueret, cùm hereditatis restitutio sit species quædam successionis vniuersalis *l. non enim 41. inf. ad SC. Trebell.* in qua iam diximus precium succedere loco rei & contra ex *l. si & rem 22. infr. hoc tit.* Ita & perinde obligat sibi fideicommissarium condictione indebiti si posteà fideicommissum indebitum fuisse appareat.

b *Sed his casibus.* Ratio dubitandi. Actio quam habet is qui quasi heres cùm non esset fideicommissum soluit non est hereditaria, sed ipsi soluenti competens proprio nomine quia ex ipsius solutione & facto acquisita *l. si heres 73. ff. ad SC. Trebell.* Ergo non potest venire in petitionem nec in restitutionem hereditatis.

Dec. Non venit quidem in petitionem aut in restitutionem hereditatis tanquam hereditaria, Sed quia per occasionem hereditatis acquisita est bonæ fidei possessori qui propter huiusmodi actionem quasi possessor iuris esse intelligitur, cogitur ea cedere, Ne alioqui per hereditatis petitionem plus aliquid præstare teneatur. Quòd si ea cedere paratus sit absoluitur, quoniam quisquis ideò tenetur quòd aliquam habeat actionem, sola ipsius præstatione liberatur *d. l. quod debetur 51. ff. De pecul.* Et ita debet accipi quod scriptum est in *l. nec vllam 13. §. is qui restituit supr. hoc tit.* Eum qui restituit hereditatem, teneri hereditatis petitione non posse, nisi dolo fecerit, & sciens testamentum non valere fideicommissum ex eo restituerit, Scilicet prætterquàm hactenus vt condictionem quam habet cõtra fideicommissarium victori præstet, Ex illa saltem æquitatis ratione quæ posita est in *d. l. an creditore 38. infr. De euict.*

c *Cùm & res extant.* Tota hæc additio videtur mihi Triboniana quoniam inepta est. Siue enim res extent quæ restitutæ sunt, aut earum saltem precia, siue non extent, idem iuris est, vt ad aliud non teneatur qui bona fide fideicommissum restituit, quàm vt actiones quas habet præstet. Nec enim æquum esset, rerum hereditariarum periculum ad eum pertinere cùm bona fide soluerit *d. l. 3. infr. De condict. indeb.* Planè cùm res extant, tantò iustius est non ad aliud teneri eum qui fideicõmissum restituit, quàm vt præstet actiones, cùm possit vetus heres habere singularum rerum vindicationem, per quam vtique ipsius indemnitati cumulatissimè possit esse consultum, sed hoc ipsum tamen ita intellige si non sit habiturus emptor regressum contra eum qui bona fide distraxit ex *l. sed etsi 25. §. item si rem infr.* Vel nisi iam petitor acceperat precium à venditore. Nec enim debet habere & rem & precium, vt benè Accurs. notat ex *l. 1. C. si seruus exter. emi se mandau.*

17. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

QVòd si possessor hereditatis ob id, quòd ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo soluit: si quis ab intestato eam hereditatem euincat: licet damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione *euicta hereditate legata reddi.* attamen, quia fieri potest, vt eo tempore soluerit legata quo adhuc nulla controuersia mota sit, & ob id nullam interposuerit cautionem: placet in eo casu, euicta hereditate, dandam ei esse repetitionem. Sed cùm, cessante [a] cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopiam eius, cui solutum est legatum, nihil repeti possit. & ideo secundùm senatusconsulti sententiam subueniendum ei est, vt ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat, cedat autem actionibus petitori, vt suo periculo eas exerceat.

Ad l. Quòd si possessor 17.

Ratio dubitandi. Quod quis est culpa sua damnum sentit, nec sentire videtur *l. quod quis 203. De regul. iur.* Atqui huic possessori quantumuis in bona fide sit, potest imputari cur de suo legata soluerit, nulla exacta cautione de iis restituendis in eum casum quo hereditas euinceretur. Ergo permittendum ipsi non est etiam post euictam hereditatem vt soluta repetat.

Dec. Fieri potest vt eo tempore soluerit legata quo nulla erat adhuc hereditatis controuersia. Quo casu nihil est quod ei possit imputari: Alioqui sanè dolo carere non videtur, si quis iam mota controuersia hereditatis legata det sine cautionibus *l. dolo 41. infr. ad leg. falcid. l. 4. & 8. si cui plus quam per leg. falcid.* Possit quidem excusari fortassis à dolo, sed certè non à culpa *d. l. 4. §. hac actio.* Nam & generaliter proditum est Dolum esse non solùm si quis nolit persequi quod persequi potest, sed etiam si quis non exegerit quod exigere debuit antè quàm solueret. Sic enim lego in *l. dolus est 44. infr. mandat.* in qua mendum subesse omnes fatentur, Sed quomodo sit emendandus textus nemo hucusque benè docuit. Intellige autem hunc locum de eo qui putans se heredem ex testamento legata de suo soluit, & cui posteà sit euicta hereditas ab intestato per legitimum heredem à quo non fuerint legata repetita. Nam si euicta esset ex posteriore testamento valido in quo eadem legata continerentur, aut si legata essent etiam ab intestato repetita, vt in *l. generaliter 24. § ex testamento infr. de fideic. libert. l. 1. C. eod.* non esset danda ei repetitio

petitio

petitio per condictionem aduersus legatarios, qui suum acceperint, sed per actionem negotiorum gestorum contra verum heredem qui ea solutione liberatus esset, vt benè hîc Accursius monet ex *l. vlt. in fin. sup. de neg. gest.*

a *Sed cum cessante.* Ratio dubitandi. Non potest bonæ fidei possessor imputare vero heredi quod soluit indebitum, sicut nec quod indebitum exegit restituere cogitur: quia vtrumque extra hereditatis causam est, & ex soluentis facilitate ac stultitia proficiscitur *l. item veniunt 20. alias l. si poss. §. sed & si quis vendit.]. hoc.tit.* Nam nec quisquam de indebito siue soluendo siue exigendo mandatum habere intelligitur, *l. si procurator 6. §. Celsus ait infr. De condict. indeb.* Ergo quamuis eo casu quo cessante cautione repetitio datur periculum sit ne propter inopiam eius cui solutum legatum est nihil possit repeti quoniam manis est actio quam debitoris excludit inopia *l. nam is 6. sup. De dolo.* Nô eo tamen magis permittendum ei est vt ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfaciat, liberetur que cedendo actionibus petitori vt suo periculo eas exerceat. Suum enim cuique factum nocere æquius est quam alteri *l. factum 15. De regul. iur.* Dec. Senatusconsulti quòd de hereditatis petitionibus factum est in fauorem bonę fidei possessorum, de quo in *l. item veniunt 20. §. præter hæc infr. hoc tit.* sententia proculdubiò illa fuit vt bonæ fidei possessor cui nulla culpa imputari posset omnimodo indemnis seruaretur, nullo que penitus damno afficeretur *l. sed et si 25. §. consuluit infr. hoc tit.* Atqui maneret in damno si non posset sibi cõsulere aduersus periculum inopiæ legatarij per retentionem rerum hereditariarum, licèt de hoc casu Senatus nominatim locutus non sit. Senatusconsultum enim hoc ipso fauorabile tanquam fauens bonæ fidei possessori adiuuandum fuit interpretatione *l. hoc modo 64.]. De condic. & demonstr. l. cum quidam 19. De liber. & post.* Ergo cõtraria Iuliani sententia ab Vlpiano relata & probata in *d. §. sed si vendidit*, de eo herede intelligi debet, cui aliqua culpa imputari possit cur indebitum soluerit, siue quòd iam mota esset hereditatis controuersia, siue qua alia de causa. Aut etiam de eo indebito quod semper & absolutè fuerit indebitum non quod ab initio fuerit debitum, ex postfacto autem indebitum fuisse appareret. Cuiusmodi est legatum de quo tractamus quod vtrique etiam deberetur hodie si testamentum aut inofficiosum, aut ruptum, aut falsum pronunciatum fuisset. Semper enim succurrendum ei est qui iustam ac probabilem habuit causam ignorantiæ *l. vlt. sup. de transact. l. vltim. §. vltim. infr. De legat. 2. §. si quis agens Instit. de action.*

18. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

ITem videndum: si possessor hereditatis venditione per argentarium facta, pecuniam apud eum perdiderit: an petitione hereditatis teneatur: quia nihil habet, nec consequi potest: sed Labeo putat eum teneri quia suo periculo malo argentario credidit: sed Octauenus ait, nihil eum, præter actiones, præstaturum: ob has igitur actiones petitione hereditatis teneri. Mihi autem in eo, qui mala fide possedit, Labeonis sententia placet: in altero verò, qui bona fide possessor est, Octaueni sententia sequenda esse videtur.

Ad l. Item videndum 18.

Ratio dubitandi. Hîc bonæ fidei possessor qui venditione aliquius rei hereditariæ per argentarium facta pecuniam apud eum perdidit, neque habet quicquam ex hereditate, neque consequi potest aliquid ab argentario quem ponimus per inopiam suam nihil posse reddere, *l. nam is 6. sup. de dolo.* Hoc enim est quod Vlpianus hîc ponit pecuniam penes argentarium [.] rditam fuisse, Scilicet mensa & foro illum cessisse quod Gallicè dicimus *faire banqueroute*. Ergo non debet teneri petitione hereditatis ne damno afficiatur contra Senatusconsulti sententiam, de qua diximus ad *l. prox.*

Dec. Hic possessor in culpa est quia non debuit inopi vel improbo argentario rem vendendam, & pecuniam exigendam credere, sed alium meliorem exigere. Nam mala electio in culpa est *l. nam & Seruius 21. §. vlt.]. De negot. gest. cum in plures 60. §. seruum infr. locat.* Ergo periculo suo credidit, & consequenter petitione hereditatis præstare debet precium rei venditæ. Atque ita Labeo existimabat, Nec liberandum eum cedendo actionibus quas habet aduersus argentarium cùm non ideò tantùm teneatur quòd actionem habeat, & veluti iuris possessor sit, Sed etiam quòd culpa ei aliqua imputari possit quæ nocere ipsi deberet potius quàm vero heredi cui ponimus nihil posse imputari *l. factum 15. l. in condemnatione 173. §. pen. tit. l. quod quis 18. De regul. iur.* Octauenus tamen cõtrà putabat Petitione quidem hereditatis eum teneri tanquam iuris possessorem quòd habeat actionem contra argentarium, Sed ad aliud teneri eum non debere, quàm vt actionem præstet, Ex illa quam toties inculcauimus regula *l. quod debetur 51. infr. De pecul.* Cui tamen certum est non aliter locum esse quàm si ob id tantùm quis teneatur quod contra alium habeat actionem, In proposito autem alia ratio est & quidem potentior propter quam hic bonæ fidei possessor quo de agimus teneri debeat, Nempe quoniam in culpa fuit. Quare non dubito quin Labeonis sententia indistinctè verior sit etiã in bonæ fidei possessore, de quo solo vtique Labeo itêmque Octauenus tractarunt. Nam in malæ fidei possessore ac prædone eius fauor nullus est, nullam quoque res haberet dubitationem, *l. Iulianus 17. §. 1. vers. vsque adeo & seq. l. si nouus 62 infr. De rei vindic.* Et mecũ certè Paulus sentiret quem ità video respondisse in specie non valde dissimili *d. l. nam & Seruius §. vlt. de negot. gest.* & ex *d. l. cum in plures. 60. §. seruum]. locat.* qui locus est ex eodem nostro Labeone à Paulo tamen probatus, quamuis fuerit ille alioquin Labeoni satis infestus. Nullus enim bonæ fidei possessoris fauor esse debet, cui propria malæ electionis culpa imputari potest, vt diximus ad legem præcedentem. Quæ ratio tanti apud me momenti est vt non facilè possim mihi persuadere distinctionem, quæ in textu sequitur, vt Labeonis sententia in prædone tantùm vera sit, Octaueni verò in bonæ fidei possessore Vlpiani esse ac non potius Triboniani, cùm tamé qua mo-

uebatur Octauenus ex d. l. *quod debetur* euidenter falsa sit, vt ostendimus, Ad rationem verò Labeonis neque respondeatur quicquam, neque, vt puto, responderi possit. Quamuis non ignorem in aliis plerisque causis placuisse prudentibus distinctionem istam De bonæ fidei possessore & prædone adeóque Paulo, vt in *l. Iulianus* 30. & *l. illud quoque* 40. *inf. hoc tit.* ex quibus locis credibile est Tribonianum hîc etiandi occasionem sumpsisse, quam non tam facilè Vlpianus sumpsisset, qui diuersitatem casuum & iuris meliùs obseruasset.

1 ❡ Si quis, cùm peteretur ab eo hereditas, neque rei, neque iuris velut possessor erat, verum postea aliquid adeptus est: an petitione hereditatis videatur teneri? & Celsus libro quarto digestorum rectè scribit, hunc condemnandum, licèt initio nihil possedit.

Ad §. 1. Si quis cùm.

Ratio dubitandi. Non aliud tempus inspici potest quàm litis contestatæ & accepti iudicij, quoties quæritur an actio sit benè instituta, quia per contestationem lis esse incipit *l. sed etsi* 25. §. *si ante* ꝫ. *hoc tit. l. vnic. C. de lit. contest.* Ideóque in omnibus ferè solemus inspicere tempus litis contestatæ, *l. vinum* 22. ꝫ. *de reb. credit. l. vlt. De cond. tritic. l. 2. inf. De vsur.* Sicut & in cæteris initium cuiusque rei attendi maximè debet *l. 3. §. scio in fin. s. De minor. l. si tantum* 12. *De SC. Maced. l. 1. §. si seruus* 30. ꝫ. *depos. l. si procuratorem* 8. *mandat.* Cùm à primordio tituli posterior formetur euentus *l. 1. ant. fin. C. de impon. lucrat. descrip.* Atqui petitione hereditatis non alius teneri potest quàm qui alicuius corporis vel iuris hereditarij possessor est *l. 9. l. 13. §. vlt. & l. 6. sup.* Ergo malè instituitur actio hæc petitionis hereditatis contra eum qui nihil possidet, eo tempore quo litis contestatio fit, & consequenter non ob id solùm condemnari potest quòd rei iudicandæ tempore aliquid ex hereditate possidere inueniatur, Alioqui necesse esset admittere iudicium malè institutum posse in pendenti esse quod absurdum est *l. non quemadmodum* 34. *supr. de iudic.* vt dixi ad *l. quod si* 16. *in princip. sup.* Vbi tamen tractatur de hereditario debitore in diem vel sub condicione quem negari non potest habere aliquid ex hereditate. At in hoc §. de illo agitur qui nihil omnino ex hereditate possideat tempore litis contestatæ, quem proinde multò difficilius sit teneri hereditatis petitione.

Dec. Qui agit petitione hereditatis quæ in rem actio est, hoc tantùm intendit principaliter & per se, Hereditatem quam vindicat suam esse. Restitutio autem hereditatis aut rei alicuius hereditariæ quæ à reo possideatur venit tantùm officio iudicis in necessariam consequentiam, quia æquum non est possessorem quicquam retinere ex ea hereditate quam actoris esse pronũciatum est *l. & ex diuerso* 35. §. 1. ꝫ. *De rei vindic.* Ergo tenet hæc actio tanquam benè instituta etiamsi contra eum instituatur, qui eo tempore nihil adhuc possideat, Nec ob id minùs iusta est intentio petitoris quod effectũ nullum habere possit. Quemadmodum dicimus in actione de peculio rectè intendi etiamsi nihil sit in peculio *l. quæsitum* 30. *in princip.* ꝫ. *De pecul.* Et vindicationem quoq; specialem posse institui cõtra nihil possidentem quamuis frustra, vt loquitur *l. qui petitorio* 36. ꝫ. *De rei vindic.* Aliud enim est *frustra*, Aliud *malè agere*, vt & Aliud malè aliud nihil agere *l. vnic. in fi.* ꝫ. *quand. dies vsusf. leg. ced.* Sic denique cõtra filiũ familias, vt & cõtra quemlibet inopem debitorem rectè intenditur eum debere vt & conueniri & condemnari possit, Quamuis ob inopiam condemnati nulla executio sequi possit, *l. si dubitet* 10. §. *filiusfamilias* ꝫ. *De fideiuss.* Ergo & similiter potest quis rectè intendere Hereditatem Titij suam esse, licèt is qui conuenitur, nihil adhuc possideat, nec dolo desierit possidere ex hereditate aliquid. Neque ideò in pendenti est an iudiciũ valeat, aut quod idem est an actio sit benè instituta Sed quod longè diuersum est, an actor agat frustra. Nam si nec rei iudicandæ tempore quicquam reus possideat, frustra vtique petitor egerit, vt in *d. l. qui petitorio*, Sed si tàm alicuius rei possessor inueniatur, non egerit frustra, quoniã habet reus quod possit restituere si condemnetur. Quidni ergo cõdemnabitur? Neque hac parte separandum est iudicium vniuersale à singulari, vt constat ex *l. sin autem.* 27. §. 1. ꝫ. *de rei vind. l. tigni* 7. §. *si quis* ꝫ. *ad exhib.* Sed si hereditatẽ petam ab eo qui vnã tantùm rem possidebat, de qua sola erat controuersia, etiam id quod postea cœperit possidere, eodem iudicio restituet *l. 4. sup. hoc tit.* Quod in speciali petitione diuersum esset *l. non potest* 23. *supr. de iudic.* Nimirum quia iudicium vniuersale quale est petitionis hereditatis capax est sui natura recipiendi augmentum & diminutionem & vt materia ipsa iudicij vniuersalis, & quæ iudicium vniuersale constituit velut i hereditas *l. item veniunt* 20. §. *item non solum infr.* Et ita nodus hic dissoluendus est. Clariùs sanè ac meliùs quàm ab Accursio & Bartolo vel etiam à nobis factum sit in *d. l. 16. supr.* vbi paulò aliter ac minùs benè de hac ipsa difficultate scripsimus.

2 ❡ Nunc videamus, qui veniant in hereditatis petitione. Et placuit, vniuersas res hereditarias in hoc iudicium venire siue iura, siue corpora sint.

Ad §. 2. Nunc videamus.

Ratio dubitandi. In petitionem hereditatis non veniunt seruitutes hereditariis prædiis debitæ, quia nihil est quod eo nomine possit restitui petitori *leg. proxim. §. vltim. infr.* neque rursum feuda, tanquam quæ ex beneficio domini aut ex auorum pacto & prouidentia potiùs quàm iure hereditario deferantur, vt Accursius hîc notat ex *cap. 1. quid sit feud. & cap. 1. De success. feud. in vsib. feudor.* quamuis non possit filius paterna hereditate omissa feudum paternum retinere *cap. 1. An à patre vel agnat. repud. hered.* Ergo non omnia iura quæ defuncti fuerunt in hereditatis petitionem veniunt.

Dec. Veniunt omnia quæ sint hereditaria aut saltem ex hereditate, vt dicemus ad *leg. qu.* & ad *l. item veniunt* 20. §. *sed si vendidit* ꝫ. sed ita demum si talia sint quæ venire possint in restitutionem, cùm

eum non ad aliud condemnari possit qui actione ista conuenitur, quàm vt restituat, quod habet ex hereditate. Ideò nimirum seruitutes non veniunt quæ debentur prædiis hereditariis, quia restitutionem illam admittunt: *d. §. vlt.* Neque feuda, quia non sunt ex hereditate, Nisi cùm sunt hereditaria, quæ ob eam causam impropria & obliqua appellantur *Tit. 48. De feud. non habent. propr. feud. natur. lib. 2. in vsib. feudor.* Sed alius est tractatus ille De feudis, de quo iam nos plura tractauimus in ea Consultatione, quam de Montisferrati Ducatu pro Serenissimo Duce Sabaudiæ contra Serenissimum Ducem Mantuæ nuper conscripsimus, edendam aliquando in publicum si Serenissimo Duci meo ita videbitur. Quod igitur in hoc §. generaliter scriptum est non tantùm de corporibus, sed etiam de iuribus hereditariis vniuersis, licèt generale sit, restringendum tamen est ad terminos habiles *l. 1. §. vltim. inf. ad SC. Tertyll. l. adigere 6. §. quamuis De iur. patron.* Idcirco autem hoc iudicium vniuersale dicitur in *l. 1. inf. De rei vindic.* quia vniuersam hereditatem complectitur: quo nomine non tantùm corpora significantur, sed etiam iura, cùm hereditas sit nomen iuris, & sine vllo etiam corpore intellectum iuris habeat, *leg. hereditas 50. inf. hoc titulo.*

19. PAVLVS libro 10. ad Edictum.

ET non tantùm hereditaria corpora, sed & quæ non sint hereditaria, quorum tamen periculum [a] ad heredem pertinet: vt res pignori datæ defuncto, vel commodatæ, depositæve. Et quidem rei [b] pignori datæ etiam specialis petitio est vt, & hereditatis petitione continetur: sicut illæ, quarum nomine Publiciana competit. Sed licèt earum nomine, quæ commodatæ, vel depositæ sunt, nulla sit facilè actio [c]: quia tamen periculum earum ad nos pertinet: æquum est eas restitui.

Ad l. Et non tantùm 19.

Ratio dubitandi. Nihil potest venire in petitionem hereditatis quod non sit hereditarium, Cùm esse quid hereditatis, & esse hereditarium vel synonima sint, vel saltem coniugata, quorum eadem ratio, idémque ins esse solet. Hereditatem porrò cùm dicimus dominium intelligimus, Sicut & veteres heredem pro domino dicebant *§. vlt. Inst. De hered. qualit. & differ. l. 3. §. Pomponius supr. de minor. l. de hereditate 19. §. pater. infr. De castr. pec.* Ergo non aliud venire potest in petitionem hereditatis, nisi quod ad hereditatem spectat iure dominij.

Dec. Latiùs patet hereditatis appellatio, quàm rei hereditariæ; Possunt enim multæ res esse ex hereditate, & tamen non esse hereditariæ, Vt puta si pignori datæ sint, vel depositæ, vel commodatæ, *l. in om. 5. §. si depositæ inf. vt in poss. legat.* Quanquam etiam magis videntur esse ex hereditate quàm in hereditate *l. si de eo 40. §. 1. infr. de acquir poss.* & ad hereditatem pertinere, quod rursus diuersum est *l. si seruum 71. § amouisse infr. de acquir. hered.* Nempe quia rerum istarum periculum ad hereditatem spectat, quæ tantò pauperior esset si hæ res perirent non facto, sed facto hominis, & post moram heredis, aut etiam defuncti, Ex cuius scilicet persona his actionibus pignoraritia depositi, & commodati, heres quoque tenetur *l. 3. § heres infr. commod. l. si hominem 7. §. 1. infr. depos. leg. nec creditores 10. C. de pignor. act.* Ideóque æquum est has quoque res venire in petitionem hereditatis tanquam in iudicium vniuersale quo possunt contineri res omnes non tantùm quę in dominio defuncti fuerunt, sed etiam eæ quas defunctus possidebat, adeóque duntaxat detinebat. Tales enim sunt res de quibus loquimur, præsertim depositæ & commodatæ, quas vtique depositarius & commodatarius non possident propriè, licèt sint in possessione *leg. certè 6. § 1. infr. de precar. l. si quis ante 10. infr. De acquir. poss.*

a *Quorum tamen periculum.* Ratio dubitandi. Periculum rei pignoratæ, vel depositæ, vel commodatæ pertinet ad dominum, *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. De regul. iur.* Ergo non ad heredem creditoris vel depositarij vel commodatarij, quos constat dominium nullum habere *l. cùm & fortis 35. §. 1. infr de pignor. act. leg. rei commodatæ 8. infr. commod. l. licet 17. §. 1. infr. depos. l. neque pignus 45. de reg. iur.*

Dec. Ponendum est interuenisse dolum aut moram aut culpam defuncti aut quid aliud propter quod heres teneri possit, & supradictis actionibus conueniri, vt in *dict. l. si hominem 7. §. 1. d. l. 3. §. si convenit Depos. d. l. 3. §. heres Commodat. dict. l. contractus 23. de reg. iur. l. 2. §. si in re deposita infr. Vi bonor. rapt.* Item ponendum est periisse rem casu non facto suo naturali ne recurrendum sit ad distinctionem illam quæ placuit Sabinianis vtrum æquè res peritura fuisset apud actorem, & an fuisset ille distracturus necne, Ex *l. si in Asia 12. § 1. Depos. leg. item si verberatum 13. §. vltim. inf. De rei vindic.* Deníque in hac actione non dominium inspicimus, sed illud solùm an res sit ex bonis meis, & ex mea substantia, vt mea intersit eas habere. In quo numero vtique sunt res pignoratæ, depositæ & commodatæ, vt in actione bonorum raptorum, *l. 2. §. in hac actione, & §. seq. infr. Vi bonor. rapt.*

b *Et quidem rei.* Ratio dubitandi. Non solet hereditatis petitio contra eum dari qui alia speciali actione tenetur puta Caluisiana, vt ratiocinatur Vlpianus in *l. quod si in diem 16. § idem scribit. supr. hoc titul.* Atqui rei pignoratæ nomine competit specialis in rem actio quæ dicitur quasi Seruiana vel hypothecaria de qua in *l. 1. & tot. tit. ac tractatu De pignor.* Ergo tantò minùs admitti debet vt res pignori data veniat in petitionem hereditatis: cùm possit creditor sibi consulere per hypothecariam.

Dec. Facilius est vt petitio hereditatis pro ea re detur quæ si non in dominio, saltem in bonis defuncti fuerit, quàm pro ea re quæ nec in dominio nec in bonis. Rem porrò in bonis habere dicimus, cuius nomine non tantùm exceptionem habemus ad eam retinendam, sed etiam actionem ad eam recuperandam *l. rem in bonis 52. De acquir. rer. domin.* Atqui eiusmodi est res pignori data pro qua vtique creditori competit hypothecaria. Non etiam res deposita vel commodata cùm pro huiusmodi rebus non facilè detur vlla

specialis actio, Idcóque non tam in bonis quàm ex bonis nostris esse existimantur *d. l. 2. §. in hac actione infr. Vi bonor. rapt.* Facilius igitur est vt res pignori datæ veniát in petitionem hereditatis quàm quæ vel deposita sunt vel commodatæ. Et hoc loci huius sensus est. Nec nouum est vt petitio hereditatis cum alia speciali actione concurrat, puta cum hypothecaria, cùm possit etiam contra eum dari qui directa dominij vindicatione tenéatur. Illud duntaxat obseruandum est ne detur contra titulo possidentem qui si speciali actione conueniri possit vtique petitione hereditatis nunquam tenetur, vt, in specie *d. §. idem scribit*, vt dixi. Proinde cùm hypothecaria detur non tantùm contra titulo possidentem, sed etiam aduersus eum qui dominium rei obligatæ per traditionem aut per vsucapionem acquisiuerit, quia in iure pignoris nihil cum quæstione dominij commune habet *d. l. 2. §. 1. De pignor. l. v. ucapio 7. C. eod.* nullâque dominij societate cóniungitur *leg. suo errore 44. §. non mutat infr. De vsucap.* non continebitur hoc casu res pignorata petitione hereditatis, sed per specialem actionem, id est per hypothecariam petenda erit. Tunc ergo in petitionem hereditatis veniet cùm aduersus eum exercebitur qui rem pignoratam non nisi pro herede possideat vel pro possessore. Idem iuris est in iis rebus, quarum nomine Publiciana competit, quæ ipsa quoque, & prætoria & vtilis in rem actio est vt hypothecaria, & pro iis rebus competit quas actor in suis bonis esse dicit tanquam vsucaptas, licèt earum vsucapio nondum completa sit, *leg. 1. & tot. tit. infr. de Public. in rem act. §. namque. Inst. de act.* Nam & hæ quoque res petitione hereditatis continentur dúmodo possideantur sine titulo. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio versatur circa Publicianam actionem quæ à nobis allata est circa hypothecariam.

c *Nulla sit facilè actio.* Ratio dubitandi. Etiam pro rebus depositis vel commodatis competit actio Vi bonorum raptorum *d. l. 2. § in hac actione infr. d. tit. Vi bonor. rapt.* Itémque furti secundum distinctionem positam in § *qui de furtis* & § *praeced. Inst. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* & in *l. vlt. C. de furt.* Imò etiam commodati vel depositi. Quid enim si commodatarius rem sibi cómodatam alteri commodet aut penes se depositam penes alium deponat? Quid denique si depositum ita fiat vt dominium quoque in accipientem transferatur: Puta si quis pecuniam numeratam ita deposuerit vt neque clusam neque obsignatam in sacculo traderet sed tantùm adnumeraret: quo casu constat nihil aliud depositarium debere quàm vt tantundem reddere, *l. in nauem 31. infr. locat.* quamuis ea res egredeatur notissimos depositi terminos *l. Lucius 24. in princ. infr. depos.* Hos enim casus omnes Azo & Accursius hic congerunt. Ergo non est verum pro rebus depositis & commodatis nullam actioné depositario ipsi vel commodatario competere.

Dec. Non ait Vlpianus absolutè nullam competere. Sed addita dictione *facilè*, Cuius adiectionis ratio illa est, quia res depositæ & commodatæ non in bonis sunt depositarij vel commodatarij, sed tantùm ex bonis *d. l. §. in hac actione Vi bon. rapt.* Essent autem in bonis si earum nomine aliqua competeret actio ad illas omni casu recuperandas *d. l. rem in bonis 52. De acquir. rer. dom.* Sed tamen quia heredis depositarij vel commodatarij interest eas habere vt possit easdem restituere, neque ex ea causa conueniatur depositi vel commodati, Meritò dicendum est, Etiam venire illas in hereditatis petitionem vt heredi restituantur. Nimirum si pro herede tantùm vel pro possessore possideantur, vt benè hic notat Accursius. Quid ergo si res deposita vel commodata penes alium reperiatur? Nullane depositario ipsi aut commodatario dabitur actio ad rem reposcendam? Neque enim in horum persona tractari de hereditatis petitione quicquam potest. Nulla penitus, Nisi quod putant interpretes posse depositarium & commodatarium implorare hoc casu officium iudicis, De quo Bartolus dicit esse casum in *l. 1. infr. De var. & extr. cognit.* vbi dicitur ad Prætorem prouinciæ pertinere, vt inter cætera de quibus ibi tractatur, De equis alienis à sciente possessis secundum rei æquitatem & iuris ordinem conuenientem formam rei det, Sed cùm de solis equis loquatur, quorum specialior quidam fauor esse videtur propter eorum vsum magis necessarium homini, vnde & iumenta quasi à iuuando appellantur, Vereor ne audacior sit hæc Bartoli siue extensio, siue interpretatio, quàm vt facilè admitti debeat. Cur enim de solis equis loqueretur eo loco Vlpianus si de aliis rebus mobilibus à sciente possessis idem existimaret? Planè quin dominus qui eas res deposuit vel commodauit vindicare illas possit nemo dubitat. Sed ita demum à se dominium probet aut iure gentium aut ciuili *l. in rem 23. infr. De rei vindic.* Ergo si quis alienam rem deposuerit, vel commodauerit, quod fieri posse certum est, perinde omni actione & iuris auxilio destitueretur, Nisi Prætoris notionem & iurisdictionem accommodare velis. Ex *d. l. 1.* quod in ipsius persona facilius sanè admitterem quàm in persona depositarij vel commodatarij. Quibus tamen etiamsi fauere velis exemplo eius quod de equis alienis à sciente possessis responsum est in *d. leg. 1.* ego non valde repugnabo. Publicè namque interest quod in equis constitutum est in exemplum trahi ad cæteras omnes res quæ ab malo possessore sciente et prædonis more detinentur ne malitiis indulgeatur *l. in fundo 38. §. De rei vind.* nec deficit auxilium iuris saltem extraordinarium vbi non deficit ratio æquitatis, arg. *l. 2. § idem Varus in fin. infr. De aqua & aqua pluu. arcend. act.* Nam vt ait Pedius quoties lege aliqua vnum vel alterum constitutum fuit, bona occasio est, cætera quæ tendunt ad eandem vtilitatem vel interpretatione, vel certè iurisdictione suppleri *l. 13. supr. de legib.*

1 ¶ Quòd si *pro emptore* vsucapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditatis petitione: quia heres, id est petitor eam vindicare potest: nec vlla exceptio datur possessori[a].

Ad §. 1. Quòd si pro emptore.

Ratio dubitandi. Res quam defunctus emerat, & cuius possessio tradita ei fuerat bona fide, quámque ideò cœperat vsucapere, Pro emptore venir in iudicium Familiæ erciscundæ, licet heres ipse vsucapionem compleuerit, *l. veniunt*

l. veniunt 9. infr. famil. ercisc. nempe quia negari non potest quin sit hereditaria, eámque habuerit à defuncto & ex causa hereditaria tanquam heres. Cur non ergo etiam tanquam hereditaria veniet in petitionem hereditatis? Nam ratio quæ sequitur in textu quòd possit heres idémque petitor eam vindicare nec vlla exceptio detur possessori non videtur bona. Cùm vindicatio competens numquam excludat hanc actionem *leg. quod si in diem 16. §. vlt. supr. hoc tit.* Alioqui vt benè ratiocinatur Accursius, numquam daretur petitio hereditatis pro rebus hereditariis quę in dominio defuncti iam fuissent, cùm vtique earum nomine habeat heres vindicationem tanquam dominus, Quod tamen absurdum esset dicere *l. prox. §. vlt. supr.* Imò verò tantò magis competit petitio hereditatis quantò certius est specialem aliquam actionem eius rei nomine posse competere petitori, Vt de iis rebus quarum nomine hypothecaria & Publiciana competit iam diximus ad initium huius legis.

Dec. Absurdum est dari petitionem hereditatis heredi tanquam heredi pro ea re cuius habeat ipse vindicationem proprio nomine, licèt habeat illam per occasionem hereditatis, Neque enim indiget heres actione ista petitionis hereditatis cùm habet propriam actionem quæ nulla exceptione summoueri possit. Hoc enim addendum est, Quoniam si qua exceptio competeret aduersus heredem agentem nomine proprio, non esset ei deneganda hereditatis petitio quæ plus ipsi vtilitatis & commodi esset allatura, & quæ nullam exceptionem ex defuncti persona pateretur, argu. *l. cùm reus 14. infr. De fideiuss.* Atqui in proposita specie heres qui vsucapionem compleuit à defuncto inchoatam rei alienæ in hereditate repertæ habet vindicationem proprio nomine tanquam qui ipse per vsucapionem factus sit dominus eius rei cuius dominus nunquam fuit defunctus, & quidem efficacem quam nulla exceptio possit elidere. Nihil igitur causæ est, cur petitio hereditatis ei sit accōmodanda: Non quòd non possit petitio hereditatis cùm vindicatione vt & cum alia qualibet speciali actione concurrere quæ defuncto ęquè competere potuisset, *d. l. 16. §. vlt. supr.* Sed quia non potest concurrere cum actione speciali quæ competat heredi non tanquam heredi sed nomine proprio, & quæ defuncto ipsi competere non potuisset; Vt de Caluisiana scriptum est in *d. l. 16. § idem scribit*, & de vindicatione in hoc §. Aliaq; ratio est, iudicij Familiæ erciscundæ in quod veniunt rés omnes quas probari potest fuisse & hereditarias & ex causa hereditaria acquisitas heredi quamuis per vsucapionem quam ipse cōpleuerit, quia nec compleuisset si heres non fuisset, Vt proinde videatur eas res iam quodammodo fuisse defuncti, initio scilicet inspecto, vt & in *l. 3. § scio sup. De minor. l. 1. §. si seruo inf. d. po. l si tamen 12. De SC. Mace. Auth. ex testamento C. de s. cund. nupt.* Et diuersitatis causa non obscura illa est, quod vsucapio per heredem completa licèt titulo hereditario, Pro emptore absorbet ius omne quod habebat defūctus, qui cùm vsucapere tantùm cœpisset, necdum tamen vsucapionem compleuisset, solam Publicianam habere poterat, quę semper directæ vindicationi cedit, *l. 1. De Public. in rem act.* Nec magis potest stare cum directa vindicatione, quàm illud fieri vt eiusdē rei quis dominus sit simul & non dominus: quod manifestam implicat contradictionem. Atqui non aliud ius venire potest in petitionem hereditatis quàm quod fuit defuncti aut hereditatis iacentis, non quod heredi post aditionem superuenerit licèt tanquam heredi. Cùm igitur nec ius quod fuit defuncti vel iacentis hereditatis non possit venire in petitionem hereditatis quia nullum amplius est, Nec ius heredi acquisitum per vsucapionem completam, quia neque defuncti neque iacentis hereditatis vnquam fuit, Consequens est vt pro huiusmodi re, petitio hereditatis institui non possit. Et ideireò benè Vlpianus hic loquitur de vsucapione quæ ab ipso herede impleta sit, hoc est per continuationem & coniunctionem possessionis heredis cum possessione defuncti. Vt intelligamus aliud responsurum eum fuisse si vsucapio tempore iacentis hereditatis completum fuisset quod fieri posse tandem vtilitatis causa non receptum sed constitutum est cùm stricta iuris ratio repugnaret, *l. cœptam 40. infr. De vsucap.* Scilicet si alius nemo interim eius rei possessionem adprehenderit. *l. possessio 20. eod. tit.* Hoc enim casu quo completa fuisset vsucapio iacente hereditate, vtique dominium illius rei acquisitum per vsucapionem factum fuisset hereditarium, ac proinde venisset necessariò in petitionem hereditatis. Nec ob id minùs quòd eo casu æquè heres posset habere vindicationem. Haberet enim illam quæ hereditati competiisset & consequenter quæ fuisset hereditaria. In eoque error euidens est Accursij & aliorum glossatorum, qui hunc locum intelligunt de vsucapione quæ iacente hereditate sit completa. Cùm tamen apertè Paulus vsucapionem ponat esse impletam ab herede non ab hereditate. Et verò si iacente hereditate impleta esset, vtique vindicatio directa acquisita fuisset hereditati, vt diximus, quæ proinde sicut esset hereditaria, ita non posset petitionem hereditatis excludere, non magis quàm si à defuncto ipso impleta fuisset vsucapio: Sicut neque per Publicianam hereditariam petitio hereditatis excluderetur hac ipsa lege in princip. Interpretes fefellit, quod non potuerint videre, qua ratione potuerit impleta esse vsucapio per heredem qui numquam possederit: Implicat enim contradictionem, vt qui non possidet impleat vsucapionem, aut quod idem est vt cum possessione defuncti continetur possessio heredis quæ nulla est. Verùm obseruare debuerunt posse fieri vt heres post aditam hereditatem possederit, & tamen subinde possessionem amiserit, Quo casu cùm sit necessaria actio aliqua ad rem reposcendam, incipit locus fieri quæstioni, An veniat ea res in petitionem hereditatis. Rectè autem respondetur non venire, quia ex nouo iure, quod post aditionem superuenit ius habuit eam vindicandi, habétque hodie quod defunctus numquam habuit, Nec si malit vti iure defuncti tamen potest, quia extinctum est per ius plenius quod ipse sibi acquisiuit. Quomodo solemus dicere minorem obligationem & minùs plenam extingui per maiorem ac pleniorem, *l. si reus 13. De duob. reis l. debitori 88. De fid. iuss. l. 4. § si duo 9. 1. De solut.* Bona igitur ratio est qua hîc Paulus vtitur, sed eo quem diximus modo explicanda. At in iudicio Familiæ erciscundæ, de quo in *d. l. veniunt 9. infr. ill. tit.* omnia sunt diuersa, cùm heredes omnes simul res hereditarias ante diuisionem hereditatis in communi possederint & vsuceperint,

Cùm enim habeant ius æquale, & quidem ex causa hereditaria tanquam quod à contractu defuncti, & à traditione ipsi facta originem sumpserit, nihil certè causæ est cur in iudicium illud Familiæ erciscundæ venire non debeant res omnes etiam ab heredibus ipsis vsucaptæ, non aliter quàm si à defuncto ipso iam vsucaptæ fuissent.

a *Nec vlla exceptio datur possessori*. Ratio dubitandi. Pleræque exceptiones sunt quæ contra vindicantem locum habere possunt præsertim doli *leg. sumptus 48. l. emptor 95. & pass. De rei vind. l. vindicantem 17. infr. De euict.*

Dec. Vindicatio quæ datur ei qui vsucepit, nullas omnino exceptiones patitur: quia vsucapio ius omne quod aliorum in ea re fuit extinguit excepto iure pignoris *l. vsucapio 7. C. de pignor.* Et hoc quoque Azo & Accursius malè explicauit. Nec multò feliciùs Cuiacius licèt Græcos secutus qui in Paulum ad Edictum intelligit hunc locum de exceptione præiudiciali, Quod præiudicium hereditati non fiat, quæ accommodari ei solet qui rei vindicatione aut alia ratione hereditaria conuenitur, si se contendat heredem, vt in *l. si post litem 13. infr. De except.* Vnica enim hæc exceptio est, cùm tamen Paulus in hoc loco de omni exceptione loquatur, cùm neget vllam competere possessori. Quo nomine vtique intelligit eum qui possideat pro possessore. Nam si diceret se possidere pro herede, & hoc ipso controuersiam hereditatis faceret, vix dici posset cur non huic exceptioni locus esse deberet. Quod enim ponimus vsucapionem impletam ab herede supponit necessariò esse illum heredem, cùm alioquin non potuisset proprio nomine vsucapionem implere quæ à defuncto inchoata fuisset. Prius ergo est, vt se probet heredem, quàm vt possit dicere vsucapionem à se tanquam herede impletam fuisse. Titulus enim Pro herede cùm de vsucapione tractamus verum heredem exigit, Cùm autem de petitione hereditatis tractamus, eum pro herede possidere intelligimus qui se contendat quidem heredem, sed falsò, quia non sit heres. Atque ita non esset eo casu generaliter verum quod hic Paulus ait, Nulla exceptione posse repelli hunc heredem vindicantem rem cuius vsucapionem impleuerit pro herede si agat cum eo possessore qui se dicat possidere Pro herede: Extra hunc casum nulla exceptione posset summoueri, quoniam vsucapio sicuti nouum dominium acquirit, ita omnia iura quæ priori domino cohærebant tam ad agendum, quàm ad excipiendum, extinguit, excepta, vt iam dixi, sola intentione pignoris.

2 ¶ Veniunt & heres in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem, veluti si iurauerat defunctus, petitoris rem non esse, & decesserit: debent hæ quoque restitui. Imò & si possessor [a] sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idémque erit & in prædone [b] licet hic propter culpam non teneatur [c]: quia nec his debet has res retinere.

Ad §. 2. Veniunt.

Ratio dubitandi. Nemo plus iuris in alium transferre potest quàm ipse habeat vulg. *leg. nemo 54. De reg. iur.* Ergo quarum rerum nomine defunctus actionem non habuit, sed tantùm retentionem iure exceptionis, puta quas defunctus iurauerat non esse actoris, vt in *l. sed si possessori 11. inf. De iureiur.* eas petere heres non poterit, ne quidem per hereditatis petitionem.

Dec. Iura omnia quæ defunctus habuit competunt vero heredi aduersus eum qui pro falso herede possidet vel pro possessore. Atqui defunctus habuit ius retentionis & exceptionis pro ea re quam iurauit non esse petitoris, & pro qua etiam haberet actionem vtilem si eam rem iurasset suam esse, *d. l. sed si possessori.* Ergo vt possit eam retinere etiam aduersus dominum, necessaria ei est hereditatis petitio vt euincat eam iniusto possessori qui nullam ipsius retinendæ caussam habeat. Nec enim negari potest quin hæ quoque res in hereditate numerentur.

a *Imo etsi possessor*. Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor de quo solo hic vers. loquitur, cùm postea subiiciatur de prædone, nulli querelæ subiectus est ob eas res quas tanquam suas neglexit ante motam de hereditate controuersiam, *l. si quid possessor 31. §. sicut infr. hoc tit.* Non igitur potest teneri petitione hereditatis ob eas res quas amiserit, nec aliqua ei culpa videtur posse hoc nomine imputari.

Dec. Supponendi semper sunt termini habiles, ideóque ponendum est in hac specie motam iam fuisse controuersiam si Accursij interpretatio admittatur. Cui tamen illud obstat quod post motam controuersiam hic quoque prædo est, vt ait *d. §. sicut* & in *l. sed et si 25. §. si ante l. ancillarum 27. infr. eod.* Vt proinde non fuerit distinguendus hic bonæ fidei possessor à prædone si casus ille tractabatur, quo iam mota esset controuersia. Malo igitur intelligere de bonæ fidei possessore qui ante motam de hereditate controuersiam culpa sua rem aliquam hereditariam amiserit. Nam & huius culpæ rationem debet reddere hactenus saltem vt pati debeat æstimationem licèt fraude careat, *l. si culpa 63. infra De rei vind.* Quod autem scriptum est in *d. §. sicut*, de eo intelligi tantùm debet qui per solam negligentiam cessauit in faciendis sumptibus, quos facere debuisset ad rem conseruandam. Id enim licere illi debuit tanquam rem suam negligenti. At non etiam rem amittere, in quo non solùm aliqua sed etiam longè grauior culpa est, *dict. leg. si culpa*, Sicuti non quælibet negligentia culpam parit, sed ea tantùm quæ magna est, vt Paulus ait in *l. magna 226. De verbor. signific.* Itaque licèt nulli querelæ subiaceat bonæ fidei possessor ante motam controuersiam ob solam & simplicem negligentiam, vt in *dict. §. sicut*, non ideò tamen consequens est, vt culpa ipsius debeat esse impunita, Cùm in hoc iudicio etiam culpa præterita veniat, *leg. sed et si 25. §. quod ait infr.* Etsi enim Senatusconsultum de quo in eo §. tractatur de solis prædonibus loquitur, vt Vlpianus subiicit, Generaliter tamen Vlpianus scribit. In petitionem hereditatis non modò deduci dolum sed etiam culpam. Quam sanè non minùs in persona bonæ fidei possessoris, quàm in persona prædonis impunitam manere non oportet. Alioquin si de solo prædone Vlpianus sensit, non fuit, cur de

de culpa vel dolo loqueretur. Cùm prædo neque propter dolum, neque propter culpam teneatur, sed ob id solùm quia prædo est, vt subiicit Paulus in hoc §. Cuiacius difficultatem hanc quasi nec viderit, non attingit.

b *Idémque erit & in prædone.* Vel ex hoc maximè apparet, verba præcedentia de solo bonæ fidei possessore intelligenda, adeóque de eo bonæ fidei possessore qui ante motam de hereditate controuersiam culpa sua rem hereditariã amiserit, Cùm post motam controuersiam sit & ipse prædo, vt proximè diximus ex *d.l.25.§.sinutè & d.l.31.§.sicut inf. hoc tit.*

c *Licèt hic propter culpam non teneatur.* Supple *sed propter malam fidem quam habet & semper habuit*, vt benè Cuiacius post Accursiũ explicat. Nam quin etiam contra prædonem culpa quoque præterita veniat in hoc iudicium dubitare nemo potest ex *dict.l.25.§.quod aut infr.* Cùm veniat etiam contra bonæ fidei possessorem, Quem cùm dicimus teneri numquam debere suprà quàm locupletior factus sit, Semper eum casum excludimus quo vel dolus vel culpa ei aliqua imputari possit: dum meminerimus non esse ipsius culpæ adscribendum si in rebus hereditatis conseruandis fuerit negligentior dummodò non sit tam magna negligentia vt euadat in culpam *dict.l.magna 226. De verbor. significat.* Potest tamen horum verborum is etiam sensus esse, vt prædonem restituere oporteat res huiusmodi quarum retentio sola defuncto competebat, quamuis eas nulla sua culpa amiserit, vt in eo sit durioris condicionis quàm bonæ fidei possessor. Mihique videtur probabilior hæc interpretatio, quia non erat monendum, Prædonem melioris condicionis esse non debere quàm bonæ fidei possessorem, de quo dubitare nemo poterat. Sed non inutiliter subiungi potuit, Debere illum esse deterioris, In eo scilicet, vt cùm bonæ fidei possessor de rebus amissis quarum retentionem defunctus habuit non aliter teneatur, quàm si culpa sua eas amiserit, Prædo tamen omnimodo teneatur, etiamsi nullius culpæ nomine conueniatur. Satis enim in dolo nedum in culpa est hoc ipso quod prædo est.

3 ¶ Seruitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici: cùm nihil eo nomine possit restitui: sicut est in corporibus, & fructibus: sed si non patiatur ire, & agere: propria actione conuenietur.

Ad §.3. Seruitutes.

Ratio dubitandi. Omnia iura hereditaria veniunt in hoc iudicium petitionis hereditatis *leg. prox.§.vlt.supr.* Ergo & seruitutes prædiis hereditariis debitæ, cùm nihil aliud sint quàm iura prædiorum *l.1.§.vlt supr. De rer.diuis.* iuncta verò prędiorum nihil aliud quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l.quid aliud 86. De verb.signific.*

Dec. Et demùm iura veniunt in hanc actionem quæ possunt, quoquomodo restitui vel quod effectu idem est, solui, vel cedi. Eò namque actionis huius vis & potestas pertinet vt quod ex aliena hereditate reus possidet petitori restituatur, Vt euenit & in cæteris omnibus in rem actionibus, §.1. *Inst.de offic.iudic.* Atqui seruitutes quæ hereditariis prædiis debentur, sunt huiusmodi quia neq; possideri, neque restitui, neque cedi possunt absq; prædiis quibus omnino cohærent. Mirum igitur non est, eas in restitutionem non venire, Tantoq; magis mirandus est Accursius qui hanc Pauli rationẽ malam esse scripsit, Motus ex eo tantùm quòd patientia sit pro traditione in seruitutibus cæterisq; iuribus incorporalibus, *l.1.§.dare inf. De vsuf.l.vlt. infr. De seru* Itemq; quòd petitio hereditatis detur etiam pro cedenda actione quæ non minùs incorporalis est quàm seruitus *l.quod si 16.§.vlt.supr.* Nec animaduertens quòd qui dominus est iam constitutæ seruitutis, nulla indiget patiẽtia quæ vice traditionis esse possit ad acquirendum dominium aut ad acquirendam actionem quam habet iam quæsitam, & quæ soli domino competit, Confessoriam scilicet quæ nihil nisi vindicatio seruitutis est *l.1.& tot.tit.infr.si seruit.vind.* & quæ hîc dicitur propria heredis, quia vt benè Accursius explicat, neque defuncto, neque hereditati vnquam competiit, tãquam quæ nascatur ex sola prohibitione, quam ponimus factam heredi non defuncto. Actionem verò cuius cessio per hanc actionem extorquetur licèt in eo sit similis seruituti quod est æquè incorporalis constat esse tamen in eo dissimilem, quod cedi actio potest quæ possessori aduersus alium competit. Seruitus non potest quam debet prædium ipsum possessoris. Sicut enim nemo actione aliqua cedere contra seipsum potest, ita neque contra res suas quia nullam habet. Alia ratio est seruitutum quæ à prædiis hereditariis debentur. Nam si per legatum alieni constitutæ sint & is propria authoritate eas occupauerit, Placet teneri eum interdicto Quod legatorum *l.1.§.vnde est quæsitum infr.quod legat.* Nempe quoniam habet hic quod restituat, Vsum scilicet seruitutis, quam occupauit, vt ea deinceps abstineat, quousque constituta sit ab herede, ac prætereà quicquid commodi nactus est ex præmatura illa occupatione. Qui enim vtitur seruitute hoc ipso aliquid percipit, quod in restitutionem venire potest cùm fuerit æstimatum: Non etiam qui verum heredem seruitute hereditaria vti prohibet. Ideóque nihil aliud contra hunc intendi potest, nisi quod per actionem confessoriam intenditur seruitutem deberi, & vt possessor prædij seruitutem debentis, verum heredem seruitute vti patiatur, quæ natura est omnium seruitutum *l.quoties 5.§.1.ʒ.de seruit.l.etsi fortè 6.§.etiam ʒ.de seruit.vindic.*

20. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

ITem veniunt in hereditatem etiam ea, quæ hereditatis causa comparata sunt: vtputa mancipia, pecoráque, & si qua alia, quæ necessariò hereditati sunt comparata, & si quidem pecunia hereditaria sunt comparata sine dubio venient: si verò non pecunia hereditaria, videndum erit. & puto, etiam hæc venire, si magna vtilitas hereditatis versetur: pretium scilicet restituturo herede.

Ad l. Item veniunt 20.

Ratio dubitandi. Res quæ hereditatis causa comparatæ sunt à bonæ fidei possessore, aut sunt comparatæ ex pecunia hereditaria, aut ex non hereditaria. Si ex hereditaria, non ideò tamen sunt hereditariæ, Vt neque res empta ex pecunia dotali vel communi vel furtiua ideò dotalis aut communis aut furtiua dici potest *leg. ex pecunia 12. C. de iur. dot. l. 4. C. commun. vtr. iudic. l. qui vas 48. §. vltim. De furt.* Multò minùs si comparatæ sint ex pecunia non hereditaria. Ergo non veniunt in petitionem hereditatis, vtpote in quam nihil venire potest nisi quod sit hereditarium *l. 18. §. vltim. supr. hoc titul.* Præsertim cùm possit fieri vt non interfuerit hereditatis eas res comparari, quo casu nec si comparatæ essent, ex pecunia hereditaria venirent tamen in hereditatis petitionem: quoniam interesset hereditatis precium potiùs retinere *§. proxim. infrà.*

Dec. Hereditas nomen iuris est *l. 50. infr. hoc tit.* & recipiens augmentum & diminutionem, *§. item non solum inf. hac lege.* quia vniuersitatem successionis continet, in qua non minùs possunt esse res, quàm precia, nec minùs precia quàm corpora: Ideóque solemus dicere in vniuersalibus iudiciis precium succedere loco rei, & contrà; Vt omnium optimè hic textus probat, iũct. *l. si & rem 22. inf. l. imperator 70. §. vlt. simul. seq. De leg. 2.* Siue ergo pecunia fuit hereditaria ex qua res comparatæ sunt, dicendum est venire illas in petitionem hereditatis tanquam subrogatas in locum pecuniæ hereditariæ, (neque videtur hic casus habere vllam dubitationem) siue non fuit pecunia hereditaria, Æquum tamen est perinde eas venire, si modò concurrant hæc duo, Vt & hereditatis causa comparatæ sint, & necessariò, id est ad vtilitatem hereditatis cuius interfuerit eas comparari, Sed ita tamen vt hoc casu precium bonæ fidei possessori ab herede restitui oporteat, quod in priore specie comparatis corporibus ex pecunia hereditaria deduci tantùm & imputari sufficeret *l. si quid possessor 31. §. sicut autem infr. hoc tit.* Nã quod Accursius, Bartol. & alij vulgò putant loqui hanc legem de malæ fidei possessore, vsque ad *§. præter hæc*, non puto verum esse cùm generaliter Vlpianus tractet non ad quid possessor teneatur, in quo distinguendus est bonæ fidei possessor à prædone: sed quid veniat in petitionem hereditatis, In qua quæstione nullus distinctioni locus esse potest, qualis sit possessor. Nec moueor ex eo quod hic textus in illis verbis *& si qua alia necessario* innuit aliud dicendum esse in rebus ex pecunia etiam hereditaria non necessariò comparatis, quas tamen ait Accursius posse bonæ fidei possessorem inuito heredi reddere, nec cogendum pro iis precium dare. Nam non nego debere in hoc quoque sicut in cæteris ferè omnibus melioris condicionis esse bonæ fidei possessorem vt indemnis omnino seruari debeat. Sed dico verba supradicta adiici debuisse, vt cuilibet possessori etiam malæ fidei posset conuenire Vlpiani sententia generalis, pertinens ad quemcumque etiam malæ fidei possessorem nec ad eum restringenda qui fuisset in bona fide. Quod enim de genere dicitur, etiam speciebus omnibus quę sub illo genere comprehenduntur, debet conuenire. Neque quod in petitionem hereditatis ista veniant aduersus quemlibet possessorem, tollit differentias quæ sunt inter bonæ fidei possessorem & prædonem. Quod verò addit Accursius, non posse ad bonæ fidei possessorem aptari quod scriptum est in *§. similimodo infr.* de fundo sine causa distracto cum fructibus restituendo, quia bonæ fidei possessor numquam de culpa teneatur ex *d. l. 31. §. sicut infr.* probare nullomodo possum, Cùm in præcedentibus iam ostenderimus nulli quidem querelæ subiacere bonæ fidei possessorem propter solam negligentiam, sed tamen subiacere propter culpam, licèt eam quasi in re sua, Vt puta si in seruum hereditarium sine causa sæuierit, ita vt eum vel luscauerit, vel quo alio modo deteriorem fecerit. Nimia enim hęc sæuitia quæ in alieno seruo esset coercenda, etiam in proprio est culpanda *leg. 2. De his qui sui vel alien. iur. sunt. leg. si constante 24. §. si maritus infr. solut. matr.* Denique culpa numquam debet impunita manere, Ne tùm quidem cùm ei nocet aliunde qui eam admisit vt de dolo scriptum est in *l. procurator 11. §. 1. inf. De dolo mal. except.* Quantùm verò intersit etiam in aliis iuris partibus an necessaria res ematur an non necessaria constat ex *l. si res 5. De in rem vers. l. verum §. si locupleti supr. De minor.*

1 ¶ Sed non omnia, quæ ex hereditaria pecunia comparata sunt, in hereditatis petitionem veniunt. Denique scribit Iulianus libro sexto Digestorum, si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, & ab eo petatur hereditas, ita venire in hereditatis petitionem, si hereditas interfuit, eum emi: at si sui causa emit, pretium venire.

Ad §. 1. Sed non omnia.

Ratio dubitandi. In vniuersalibus precium succedit loco rei & contrà, vt proximè diximus, Ergo omnia quæcumque comparata sunt ex pecunia hereditaria venire debent in hereditatis petitionem, tanquam quæ & ipsa sint hereditaria.

Dec. Quod dicimus, Ea quæ redacta sunt precia ex venditione rerum hereditariarum venire regulariter in petitionem hereditatis, ita constitutum est fauore hereditatis, & veri heredis, Ne ex rerum hereditariarum venditione, siue bona, siue mala fide facta sit hereditas diminuatur. Eadémque ratio locum habet in rebus ex precio hereditario, aut rerum hereditariarum comparatis. Ergo ita demum ea subrogatio admittenda est si intersit hereditatis aut veri heredis comparatas esse res illas non hereditarias, ex preciis hereditariarum. Itémque si hereditatis nomine fuerint comparatæ, id est ea mente vt hereditatem augerent. Nam si falsus heres siue bonæ fidei possessor fuit siue prædo res illas sibi emerit & *sui causa* quomodo hic Vlpianus loquitur, non autem vt videtur Accursius legisse *sine causa*, ratio non patitur vt hereditariarum iure censeantur, cùm alia mente fuerint comparatæ. Veniet igitur hoc casu in hereditatis petitionem preciũ quod hereditarium fuit, aut ex rei alicuius hereditariæ distractione

corro-

corrogatum, Ne alioqui fuerit in potestate heredis falsi deteriorem facere veri heredis condicionem. Quid ergo si bonæ fidei possessor fuit qui res istas comparauerit non sibi, sed hereditati cùm tamen nihil hereditatis interesset: Non ei imputabimus cur hereditati rem non necessariam emerit, qui suum negotium gerere se putauit; non hereditatis. In eoque melioris erit condicionis, quàm prædo cui semper malâ fides imputari potest: Hactenus scilicet ne bonæ fidei possessor damnum vllum ex bona fide sua sentiat, Non etiam vt lucrū aliquod ex aliena hereditate retinere debeat. Quāuis enim sibi emerit non eo minùs tamen res illas ex precio hereditario aut rei hereditariæ comparatas vero heredi cogendus est restituere si malit ille res habere quàm precium. Id namque tantum egit Senatus vt indemnis bonæ fidei possessor seruaretur non vt ex veri heredis damno lucrum sentiret. Idem euenit & in speciali vindicatione sed nonnullis tantùm & certis casibus, Id est si ex pupilli aut ex militis pecuniā, comparatum aliquid sit, licet alio nomine quàm pupilli vel militis. Habet enim perinde miles aut pupillus electionem vtrum vindicare rem velit quasi suam, vtili scilicet actione, an potiùs pecuniam petere actione personali *l. vt proponis 6. C. de rei vindic. l. 3. C. arbit. tutel.*

2 ¶ Simili modo, & si fundum hereditarium distraxit: si quidem sine causa, & ipsum fundum, & fructus in hereditatis petitionem venire; quòd si æris exsoluendi gratia hereditarii id fecit non ampliùs venire quàm pretium.

Ad §. 2. Simili modo.

Ratio dubitandi. Non est prohibendus bonæ fidei possessor ne res hereditarias etiam sine causa distrahat cùm eas putet esse suas, nec ideò sit damno adficiendus vt fundum ipsum cum fructibus cogatur reddere qui multò pluris fortasse futurus sit quàm precium ex eius venditione redactum: Proinde videtur non esse in eo adhibenda distinctio an sine causa distraxerit an cum causa. Quòd si cum Accursio hunc locum de solo malæ fidei possessore intelligas, nec distinguendum videtur quomodo hîc distinguit Vlpianus an exsoluendi æris alieni gratia rem hereditariam distraxerit an non, Cùm propter malam fidem æquum sit teneri eum omni casu ad fundum ipsum cum fructibus præstandum, nec solus precii solutione liberari debeat.

Dec. Bonæ fidei possessori satis esse debet quemadmodū diximus vt nullum ex hereditatis possessione damnum sentiat, Potest autem fieri vt etiāsi fundum ipsum cum fructibus restituere damnetur, nullum tamen ex eo damnum sentiat, si fortè lucrum aliquod ex eâdem hereditate senserit quod cum hoc damno compensari possit *l. sed et si* 25. §. *consuluit & seqq. infr.* Et ita potest hic §. intelligi etiam de bonæ fidei possessore. Quòd si de solo prædone malis eum intelligere cum Accursio & Bartolo, neque ego repugnabo. Nam licèt alioqui verum sit prædonem indistinctè teneri ad restitutionem rerum hereditariarum quas non solùm nullo iure, sed etiam mala fide distraxit §. *hac aduersus infr.* Semper tamen ei succurrendum est qui ex necessitate aliquid fecit, & idipsum, quod verus heres facere debuisset, Nec potest ei imputari cur negotium hereditarium vtiliter gesserit. Proinde non erit hoc casu danda vero heredi etiā contra prædonem illa electio quam dat Vlp. *ind.* §. *hac aduersus in fin.* an malit petere fundum venditum sine causa cum fructibus, an precium fundi cum vsuris. Illa namque distinctio hunc locum habet, cùm quid ex hereditate distractum est post moram controuersiam quod hereditatem onerabat. In quo nulla fuit distrahendi necessitas, sed vtilitas tantùm quædam: At nos qui loquimur de distractione quæ facta sit ex necessitate, exsoluendi æris alieni gratia. Nam æs alienum soluere est necesse *l. quod si minor 24. § restitutio supr. De minor. l. 5. §. non passim de reb. eor. qui sub tutel. l. alienationes infr. Famil. erc.*

3 ¶ Item non solùm ea, quæ mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in hereditatis petitionem. nam hereditas & augmentum recipit, & deminutionem. Sed ea, quæ[a] post aditam hereditatem accedunt, siquidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere, si extrinsecus, non:[b] quia personæ possessoris accedunt. Fructus autem omnes[c] augent hereditatem, siue ante aditam, siue post aditam hereditatem accesserint. Sed & partus[d] ancillarum sine dubio augent hereditatem.

Ad §. 3. Item non solùm.

Ratio dubitandi. Fructus qui ex rebus hereditariis sine autè sine post aditam hereditatem percepti non tam hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferendi sunt *l. in fideicommissaria 18. inf. ad SC. Trebell.* quia hereditas fit ex eo demùm patrimonio quod fuit defuncti, & quod per mortem patrisfamilias in hereditatē conuertitur. Ergo quæ post mortem patrisfamilias hereditati accesserunt, non possunt in petitionem hereditatis venire.

Dec. Hereditas quoniam est quid vniuersale & nomen quod intellectum iuris habet etiam sine corpore *l. hereditas 50. inf. hoc tit.* facilè recipit augmentum & diminutionem *l. pecuniæ 178. §. hereditas De verb. signific.* Sicut & subrogationem rei in locū precii, aut contrà precii in locum rei *l. si ipsa 18. supr. quod met. caus.* Nec quicquā vetat augeri eam post mortem cùm possit etiam minui: vt eadem sit ratio augmenti & diminutionis, Vt & in *l. scribit 34. §. vlt. De aur. & arg. legat.* si modò secundū Cuiacii emendationem, quæ rectissima est, legas eo loco *& deminutionem legati & augmentū*, Aliud est si quæratur de restitutione fideicommissariæ hereditatis. Nam vt ibi Vlpianus argumentatur, quoties quis hereditatem rogatus est restituere, id tantùm videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, primo scilicèt illo instanti quod subsecutum est mortem testatoris. Proinde quæ postea acces-

ferunt cùm non sint ex eo numero non possunt venire in restitutionē fideicommissi, quippe quod neque augmentum recipere potest neque diminutionem, sed ea tantùm continet quę fuerunt in hereditate inspecto præcisè tempore mortis. Adde quòd fideicommissaria hereditas minùs propriè est hereditas, Cùm necesse sit aditam esse hereditatem priusquàm possit restitui *l. 1. §. 4. l. si patroni* 55. *§. qui fideicommissum ad SC. Trebell.* Hereditas autem desinat esse per aditionem, fiatque patrimonium heredis *l. per cum atorem* 50. *§ ult. de acquir. hered. l. 1. §. De separat.*

a *Sed ea quæ.* Ratio dubitandi. Hereditas vt proximè diximus, statim atque adita est, desinit esse hereditas fitque patrimonium heredis. Ergo quæ hereditati accesserūt post aditionem non possunt ex hereditate ipsa accessisse, neque hereditati sed heredis patrimonio, & ipsius patrimonio. Et consequenter distinctioni hic positæ locus esse nullus potest.

Dec. Non desinit esse hereditas per aditionem quæ facta sit à falso herede sed per eam duntaxat quæ facta sit à vero, Cùm prius sit vt hereditas delata sit quàm vt acquiri possit *l. delata* 151. *De verb. signific.* Itaque quantumuis adita sit à falso herede habetur tamen pro non adita. Ac proinde quod hereditati adhuc iacenti accessit ex ipsa hereditate in petitionem hereditatis venire debet tanquam quod hereditatem auxerit.

b *Si extrinsecus, non.* Ratio dubitandi. Nullum lucrum ex hereditate aliena retinere possessor debet quantumuis bonæ fidei sit, Sed satis ei esse debet vt nullatenus damnum sentiat. Nec alia mens fuit Senatus in eo Senatusconsulto de quo in §. *præter hæc* ȷ. *hac leg. & l. quod si possessor* 17. *sup. & l. sed etsi in princip.* 25. *§. consuluit l. si & rem* 22. *vers. dispicere inf. hoc tit.* Ergo etiamsi quid extrinsecus accesserit hereditati dummodo occasione hereditatis accesserit vero heredi restituendum est.

Dec. Quod extrinsecus accedit, non tam hereditati videtur accedere, quàm personæ possessoris, vt in exemplis quæ hîc adfert Accursius ex *l. at vbi* 24. *inf. hoc tit.* Vbi ponuntur duo casus, in quibus quod extrinsecus accessit remanere penes possessorem, vt benè putat Accursius, & nos ad eam pluribus dicemus. Est sanè alius casus, quem nec Accursius prætermisit in *l. nisi ex re* 35. ȷ. *hoc tit.* Cùm seruus hereditarius ex re heredis falsi stipulatus est, Ei enim acquirit nec venit id in petitionem hereditatis, quamuis acquisitum sit occasione hereditatis, quia id habet possessor non quasi heres sed quasi bonæ fidei possessor, Perinde habiturus & acquisiturus per seruum illum etiamsi non hereditarius fuisset, sed alio quolibet iure bona fide possessus *l. liber homo n. l. qui bona fide* 23. *inf. De acquir. rer. domin.* Iunge *l. debitor* 59. *§. vlt. D. ad SC. Trebell.*

c *Fructus autem omnes.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor facit suos fructus omnes quos ex re aliena percipit, nec tantùm industriales sed etiam naturales *l. bona fidei* 48. ȷ. *De acquir. rer. domin. l. in pecudum* 28. *De vsur.* Et quidem statim atque à solo separati sunt in quo plus iuris habet quàm fructuarius qui non facit eos suos nisi sola perceptione *l. si fructuarius messem* 13. ȷ. *quib. mod. vsusfr. amitt.* Idque siue possideat hereditatem alienam siue rem aliquam singularem. Nulla namque inter hos casus differentia est, vt bene Accurs. docet, quamuis non defuerint qui ante ipsum contrà senserint. Ergo non magis possunt venire hi fructus in petitionem hereditatis, quàm in specialem rei vindicationem: Nisi sint extantes needum consumpti: quo casu veniunt etiam in vindicationem, At non tam vi actionis, quàm officio iudicis *l. certum* 22. *C. de rei vindic. §. 1. Inst. de offic. iudic.*

Dec. Fiunt quidem fructus omnes cuiuslibet bonæ fidei possessoris, vt loquitur *l. fructus* 45. *De vsur.* at non simpliciter & absolutè, sed interim *d. l. bona fides*, hoc est donec res euincatur si de speciali re tractemus, Aut quousque hereditas petatur, si de hereditate: Nam cùm aut res euincitur aut hereditas, fructus restituendi sunt, Non quidem consumpti si agatur rei vindicatione quia hos fructus quos bonæ fidei possessor fecerat suos perceptione adeoque sola separatione à solo vt diximus, lucratur consumptione *l. 4. §. si post litem fin. reg.* nec vnquam restituit quos semel lucratus est, Sed eos demum qui extantes sunt *d. l. certum* si non sint etiam vsucapti *l. 4. §. lana inf. De vsucap.* Iunct. *l. in bello* 12. *§. si seruum infr. De cap. & postlim.* Nec quatenus aut distinguentus an bonæ fidei possessor fundi Corneliani ex fructuum consumptione factus sit locupletior necne, quia non eo magis consumptos fructus restituere debet, quòd eo ipsis locupletior factus sit, cùm eos suo iure consumpserit, & in rem suam verterit. Ideoque nec si extent vindicare eos dominus potest, ne quidem propria & separata vindicatione nisi cùm à malæ fidei possessore sunt percepti, sed tantùm restitutionem vrgere officio iudicis *d. §. 1. Inst. de offic. iudic.* quia non alius vindicare potest quàm qui dominus est *l. in rem* 23. *& pass. De rei vindic. l. Quintus* 27. *§. argento. De aur. & argēt. legat.* Dominus autē fundi non potest esse dominus fructuum quos bonæ fidei possessor percipiendo suos fecerit, Ne alioqui duo eiusdem rei domini in solidum constituantur, quod fieri nullo modo potest *l. 5. §. si duobus vehiculum* ȷ. *commod. l. de hereditate* 19. *§. pater De castr. pecul.* Si verò agatur petitione hereditatis, extantes quidem veniunt in restitutionem, sed vi actionis non officio iudicis quoniam augent hereditatem, neque necesse est officium iudicis inducere cùm actio ipsa sufficit. Nemo enim dubitat quin fructibus quibuscumque augeatur hereditas *l. sed etsi* 25. *§. vlt. l. si a domino* 26. *§. vlt. infr. hoc tit. l. 2. C. eod.* Et cùm petitio hereditatis sit actio vniuersalis, comprehendere potest quicquid venire potest & debet in restitutionē. Consumpti autem veniunt similiter in petitionem hereditatis adeoque perinde vi actionis ac si extarent, quia eadem semper durat & manet hereditas, Sed ita demum si ex eorum consumptione locupletior factus sit, Non quasi potestas actionis eos quoque fructus comprehendere non debeat ex quorum consumptione possessor bonæ fidei non sit factus locupletior, sed propter Senatusconsultum quo consulunt Senatus bonæ fidei possessoribus ne damno vllo adficiantur sicut nec lucrum vllum ex hereditate retinere debent *d. l. sed etsi* 25. *§. consuluit & l. si & rem* 22. ȷ. *hoc tit.* Proinde illud quidem generaliter & perpetuò verum est bonæ fidei possessorem facere fructus suos, etiam priusquàm eos vsuceperit & consumpserit, Sed non illud perpetuò verum vt eos restituere non debeat. Debet enim restituere extantes saltem, needum vsucaptos, & quidem officio iudicis in rei vindicatione, Vi actionis

ctionis in petitione hereditatis: Consumptos autem non restituit in vindicatione, neque vi actionis, neque officio iudicis, quia fructus fundi non augent fundum, licet ipsi fundo accepto ferantur *l. in fideicommissaria 18. §. ad SC. Trebell.* Restituit tamen in petitione hereditatis, & quidem vi & potestate actionis non officio iudicis, Sed cum distinctione ita demum si bonæ fidei possessor, de quo solo hîc loquimur, ex eorum consumptione locupletior factus sit non aliter, Nimirum ex eo iure quo vtimur post SC. Nam anteà fructus omnes siue extantes siue consumptos cogebatur etiã bonæ fidei possessor restituere dum ne vsucaptos, Non minùs quàm prædo, Eâdem illa iuris ratione quòd fructus omnes augeãt hereditatem, Nec sint ista contraria Vt bonæ fidei possessor fructus suos faciat, neque tamen eos lucretur, Suos enim facit non simpliciter & absolutè, sed interim *d. l. bonæ fidei*, id est quousque hereditas euincatur. In vindicatione nullo fuit opus Senatusconsulto, vt non teneatur bonæ fidei possessor ad restitutionem fructuum consumptorum, ex quibus non sit ille factus locupletior, Neq; rursus vt teneatur ad restitutioné eorũ ex quibus locupletior factus sit, fieri aliquo Senatusconsulto debuit cùm ratio æquitatis, & bonæ fidei repugnaret. In petitione autem hereditatis necessarium fuit Senatusconsultum, non vt bonæ fidei possessor restitueret fructus ex quorum consumptione factus esset locupletior (sufficere namque in hanc rem poterat quod fructus augent hereditatem, quæ mera iuris ratio est) sed vt non cogeretur eos reddere ex quibus locupletior factus non esset, cùm ex veteris iuris ratione perinde illos restituere debuisset. In malæ fidei possessore ac prædone omnia penè sunt diuersa, Nunquam enim fructus facit suos, & ideò potest pristinus dominus illos semper tanquam suos vindicare, sed propria & separata vindicatione cùm speciali in rem actione agitur licèt multò magis possint officio iudicis etiam venire. Ne alioqui melioris conditionis sint prædones quàm bonæ fidei possessores qui videtur esse sensus *d. l. certum 22. C. de rei vindic.* Cùm autem agitur petitione hereditatis neque separata vlla actione opus est, neque officio vllo iudicis. Sufficiente nimirum sola iudicij vniuersalis potestate. Et ita tota hæc quæstio explicanda videtur, non quomodo ab Accursio, Bartulo aliisque interpretibus vulgò explicata est.

d *Sed & partus* Ratio dubitandi. Partus non est in fructu, cùm absurdum sit hominem esse in fructu hominis, quandoquidem rerum natura fructus omnes hominum gratia comparauit *l. vetus quæstio 68. §. De vsufr. l. in pecudum 28. infr. De vsur.* Ergo non est bona consecutio vt quia fructus omnes augent hereditatem, etiam partus ancillarum eam augere debeant.

Dec. Non sunt quidem partus in fructu, sed tamen in omnibus ferè eodem iure censentur, & æquè appellatione causæ, & accessionis continentur *l. præterea 20. infr. De rei vindic. l. 2. infr. De vsur.* Itaque veniunt in petitionem hereditatis non tanquam fructus, sed tanquam accessiones quibus perinde atque fructibus augetur hereditas, quam nec alia de causa fructus ipsi augent quàm quia sunt accessiones. *dict. Tit. De vsur. & fructib. & cæter. access.*

4 ¶ Cùm prædiximus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire: quæritur, vtrùm cum sua natura veniant, an contra. vt puta, est quædam actio, quæ infitiatione crescit: vtrum cum suo incremento an vero in simplum venit? vt legis Aquiliæ. Et Iulianus libro sexto Digestorum scribit, simplum solutum.

Ad §. 4. Cùm prædiximus.

Ratio dubitandi. Vnaquæque actio vt & alia res quælibet secum fert semper suam naturam, Nec enim fieri potest vt vlla res à natura sua separetur. Et tritum est actionem subrogatam sapere naturam eius in cuius locum subrogata est vulg. *l. si quis cum 10. §. qui iniuriarum supr. si quis caution.* Atqui natura actionis legis Aquiliæ, & aliarum huiusmodi quæ per infitiationem crescunt illa est vt contra infitiatorem crescant in duplum *l. contra negantem 4. C. ad leg. Aquil. l. 1. infr. Deposit.* Ergo si quando veniunt in petitione hereditatis, Veniunt autem semper tanquam actiones hereditariæ *l. prox. §. vlt. supr.* veniunt vtique cum sua natura, vt qui infitiatus & litem contestatus est in petitione hereditatis perinde ad duplum teneatur acsi conuentus fuisset actione legis Aquiliæ.

Dec. Distinguenda est cuiuslibet actionis qualitas naturalis ab accidentali. Retinet quidem actio subrogata qualitatem naturalem actionis in cuius locum subrogata est, sed non accidentalem, vt ex hoc potissimum §. Bartolus, Baldus aliique interpretes benè probant, Atqui vt actio legis Aquiliæ detur ad duplum non fit ex natura ipsius sed potius ex accidenti propter infitiationem, & contra negantem solum *d. l. 4.* Et quamuis dicatur illa ab initio & sui natura esse pœnalis, ita vt ob eam causam nunquam detur in heredem, id tamen fit non quia detur in duplũ, sed quia simplum ipsum ad quod datur non ex damno dato æstimetur, sed supra damnum quanti plurimi res fuit eo anno retrorsum computato aut in triginta diebus proximis *§. his autẽ verbis Inst. de leg. Aquil.* Sufficit ergo vt actio legis Aquiliæ quæ in petitionem hereditatis venit detur ad simplum quæ propria ipsius natura est, nec possit vnquam crescere ad duplum ne quidem per infitiationem. Aliud ergo erit in actione serui corrupti, vt benè notat Accursius ex *l. vt tantùm 14.* iunct. *§. vlt. leg. præced. De seruo corrupt.* quia datur ille naturaliter & ab initio ad duplum non ex accidenti. Imò ex accidenti est & contra ipsius naturam si quando detur duntaxat in simplum, vt in specie *l. vlt. eod. tit.* Ergo in actione quoque Quod metus causa idem erit quod in lege Aquilia, quoniam nec ista ab initio pœnalis est, nec prius incipit competere ad quadruplum, quàm contumax sit reus neque arbitrio parère velit & rem restituere vt benè Ioannes apud Accursium ex *l. item si cùm 14. §. in hac actione sup. Quod met. caus.* Simile quid scriptum est in *l. & puto 16. §. vlt. & l. seq. infr. famil. ercisc.* & in *l. sed si damnum 9.* Aliàs *l. periculum §. sinc autem infr. De pecul.*

5 ¶ Idem rectè ait, si noxali iudicio condemnatus fit possessor defuncto non posse cum dedentem noxæ officio iudicis liberari quia tandiu quis habet noxæ dedendæ facultatem quamdiu iudicati conuenietur: post susceptum iudicium non potest, noxæ dedendo, se liberare: suscepit autem per petitionem hereditatis.

Ad §.5. Idem rectè ait.

Ratio dubitandi. Qui noxali iudicio condemnatus est ad indemnitatem aduersario præstandam licèt condemnatus sit ad pecuniam duntaxat, tamen habet à lege duodecim tabularum dedendi facultatem, estque ea deditio in solutione licèt non sit in condemnatione *l. miles 6. §. 1. inf. De re iudicat. l. 1. infr. De noxal. act. & Inst. tit. De offic. iudic.* Atqui actio noxalis cùm venit in petitionem hereditatis vt cæteræ hereditariæ actiones vtique venit eum sua natura suisque omnibus qualitatibus, vt ad præcedentem §. dicebamus Ergo non eu minùs saluam debet habere dedendi facultatē possessor qui iam fecerat defuncto condemnatus, quod petitione hereditatis conuentus sit, & iudicium acceperit: Vt officio saltem iudicis ab indemnitate præstanda liberetur per noxæ deditionem.

Dec. Tamdiu durat noxæ dedendæ facultas quādiu is qui condemnatus est non conuenitur ex iudicato quod ante legitimum tempus humanitatis causa omnibus iudicatis indultum fieri non potest *l. vlt. C. de execut. rei iudic. l. cùm milites 16. §. 1. infr. De compensat.* nisi cùm ex causa Prætor aliter statuit, vt in *l. 2. ff. De re iudic.* Atqui in is qui conuenitur post quadrimestre licèt per hereditatis petitionem videtur conueniri ex iudicato, Cùm non aliam ob causam petitione hereditatis cōueniatur, quàm quia tenetur ex iudicato, Et iudicati actio est hereditaria quæ proinde tanquam talis in petitionem hereditatis deuoluitur, Ergo post acceptum iudicium petitionis hereditatis non potest salua superesse facultas dedendæ noxæ, quasi iam conuentu possessore ex iudicato, licèt alia quàm iudicati actione. Quòd si petitio hereditatis instituta non esset, vtique duraret facultas dedendæ noxæ vsque ad litem in actione iudicati contestatam, vt probant verba illa huius *§. post susceptum iudicium non potest noxæ dedendo se liberare.*

6 ¶ Præter hæc, multa reperimus tractata & de petitione hereditatis de distractis rebus hereditariis, de dolo præterito, & de fructibus de quibus cum forma senatusconsulto sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere, verbis eius relatis. *Pridie Idus Martias, Quintus Iulius Balbus, & Publius Iuuentius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Seuerianus, Consules verba fecerunt de his, quæ Imperator Cæsar, Traiani, Parthici filius, Diui Neruæ Nepos Hadrianus, Augustus, Imperator, Maximusque Princeps proposuit quinto Nonas Martias, quæ proxima fuerunt, libello complexus (esset,) quid fieri placeat: de qua re ita censuerunt: Cùm antequam partes caducæ, ex bonis rustici fisco peterentur: hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint: placere, redacta ex pretio rerum venditarum pecunia vsuras non esse exigendas: idemque in similibus causis seruandum. item placere, à quib. hereditas petita fuisset si aduersus eos iudicatum esset pretia, quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum peruenissent, etsi eæ ante petitam hereditatem deperissent, deminuta ve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona inuasissent, cùm scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. eos autem, qui iustas causas habuissent. quare bona ad se pertinere existimassent, vsque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse. quo primùm quisque, eam à se peti,* id est, *cùm primùm aut denuntiatum esset ei, aut litteris, vel edicto euocatus esset, censuerunt.* Aptanda est igitur nobis singulis verbis senatusconsulti congruens interpretatio.

Ad §. 6. Præter hæc.

Præfatur hîc Vlpianus multa tractata fuisse ab aliis prudentibus De petitione hereditatis, distractis rebus hereditariis, & De dolo præterito, & De fructibus, Deque his omnibus certam formam datam esse Senatusconsulto quod ad orationem Diui Hadriani Pii factum est prid. Id. Mart. Quinto Iuliano Baldo & Publio Iuuentio Celso, Tito Aufidio & Attio Seueriano Consulibus. Subinde refert verba Senatusconsulti, & postea subiungit interpretationem ad singula penè verba. Nos eum ordinem subsequemur, ne plura sæpius repetenda habeamus.

7 ¶ Ait senatus: *cùm antequam partes caducæ fisco peterentur.* hoc euenerat, ᵃ vt partes caducæ fisco peterentur: sed etsi ex asse fiat, ᵇ senatusconsultum locum habebit, Idem, & si vacantia ᶜ bona fisco vindicentur, vel si ex aliqua quacumque causa bona ad eum peruenerunt.

Ad §. 7. Ait Senatus.

Ex primis his verbis Senatusconsulti apparet Senatusconsultum hoc cuius interpretationem Vlpianus adgreditur ad causas fiscales tantùm pertinuisse, Postea tamē ex rationis, vt loquuntur, identitate, ad priuatorum quoque causas extensum fuisse, vt subiicitur in *§. in priuatorum infr.*

a *Hoc euenerat.* Poterat enim multis casibus hoc euenire vt partes caducæ fisco peterentur, quemadmodum hîc notat Accursius: Licèt malè ponat exemplum in coherede defuncto ante aditam hereditatem, Quasi eius portio iure vetere fieret caduca, & fisco vindicaretur ex lege Iulia Papia De caducis: Quod non ita est. Requirebatur enim

enim vt decessisset heres ante apertas tabulas vt fisco aliquis fieri locus ex ea lege posset: Alioqui si post apertas tabulas, & ante aditam hereditatem decessisset, non fiebat hereditas aut pars hereditatis caduca, sed ad coheredem iure adcrescendi deferebatur, aut ab intestato ad proximum agnatum: Nam si datus erat substitutus, vtique poterat ille succedere excluso fisco, eamque potissimum ob causam frequentabantur vulgares substitutiones, vt refert Iustin. *in l.vnic. C.de caduc. tollend.* Addit Accursius aliud exemplum si propter delictum defuncti pars hereditatis facta sit caduca ex §. *item lex Iulia Inst. de public. iudic.* Æquè malè. Nam ex delicto defuncti non potest publicari pars bonorum contra heredes cùm non sit heres successor pœnæ & crimina omnia finiantur morte delinquentis si excipias crimen perduellionis, de quo in *l. vlt. infr. ad leg. Iul. maiest.* & alia nonnulla de quibus in *l. ex iudiciorum 20. infr. de accusat.* iunct. *l. si pœna 20. infr. De pœn.* Sed in his casibus exceptis condemnatio & publicatio bonorum non fit pro parte, sed in solidum *d. l. ex iudiciorum:* Tractamus autem hic de hereditate, quæ pro parte tantum facta sit caduca. Tertium exemplum adfert Accursius de herede qui fidem suam illicitè & contra leges dederit de parte sua incapaci restituenda. Huic enim pars illa ex qua fuit scriptus aufertur tanquam indigno *l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pupill. subst.* Et hoc rectè, sed tamen non satis accommodatè ad Vlpianum nostrum qui de caducis loquitur non de ablatis vt indignis, quemadmodum aduersus Accursium disputauimus *lib. 3. Coniect. cap. 26.* Potest aliud etiam addi simile exemplum de coherede qui vindictam defuncti occisi neglexit & insuper habuit. Nam & huius porrio ei aufertur tanquam indigno, nec ad coheredes iure adcrescendi pertinet, sed ad fiscum deuoluitur ex *SC. Silaniano l. si sequens 15. §. 1. infr. eod. tit. De SC. Silan.* non tamen quasi caduca. Finge igitur his casibus heredem antequàm à fisco controuersiam hereditatis pateretur suam illam partem alicui bona fide vendidisse, Postea fiscum hereditatem petere cœpisse. De his nimirum casibus factum est Senatusconsultum cuius interpretationem Vlp. hic adgreditur, videtur enim pertinuisse ad omnes causas fiscales licèt fuerit locutum duntaxat de caducis, sed per interpretationem prudentum non ex verbis Senatusconsulti ve in textu sequitur.

b *Sed etsi ex asse fiat.* Ratio dubitandi. Lex Iulia Papia de caducis non pertinuit ad heredes ex asse scriptos, vt Vlpianus in Fragmentis scribit *Ti. 11. de caduc.* Ergo non potest verum esse quod idem Vlp. hic scribit de hereditate facta caduca ex asse.

Dec. Potest hereditas fieri caduca ex asse, Non quidem defuncto ante apertas tabulas herede scripto ex asse, sed mortuis omnibus coheredibus, Vt à nobis pluribus explicatum est supradicto loco *lib. 3. coniect. cap. 6.* Aliud enim est fieri hereditatem caducam ex asse vt Vlpianus hic loquitur, Aliud verò fieri caducam per mortem heredis qui ex asse scriptus sit, & ante apertas tabulas decesserit, quod euenire nunquam potuit. Hodie sublata sunt caduca omnia & quasi caduca, vt constat ex *l. vnic. C. de caduc. tollend.* sed non æquè illa quæ tanquam ab indignis auferuntur, ex *tit. D. & C. de his quæ vt indign. auffer.*

c *Idem etsi vacantia.* Ratio dubitandi. Alia sunt bona vacantia, alia verò quæ caduca dicuntur. Etsi enim omnia ad fiscum pertinent, Vacantia tamen pertinent ipso iure, Caduca autem ex lege Papia & ab eo duntaxat tempore quo lex illa lata est cùm ante eam legem essent caduca incognita *d. l. vnic. C. de caduc. tollend. l. 1. §. an bona]. de iur. fisc.*

Dec. Sunt ista quidem differentia, Sed tamen eiusdem rationis quod ad hoc vt fisco acquirantur. Vbi autem eadem ratio est, ibi & ius idem constituendum est vulg. *l. illud 32. infr. ad leg. Aquil.* ideoque Vlpianus subiicit hic generaliter *vel si ex alia quacumque causa bona ad eum peruenerunt.*

8 ¶ Senatusconsultum hoc locum habebit, & si ciuitati peteretur.

Ad §. 8. Senatusconsultum.

Ratio dubitandi. Senatusconsultum non nisi de fisco locutum est. Ciuitas autem non habet fiscum sed solus populus Romanus aut Princeps qui post legem Regiam vice populi est *l. 1. supr. De constit. Princip.* Quo exemplo idem obtinet in Ecclesia quæ superiorè non recognoscit vt Bart. hic loquitur, qui & idem esse vult in ciuitatibus Tusciæ & aliis quæ non agnoscunt superiorem. Ergo non potest hoc Senatusconsultum extendi ad eam hereditatem quam ciuitas aliqua vindicet.

Dec. Extensio hæc fit per interpretationem prudentum ex identitate rationis, quia cùm non facilè possint omnes casus lege aut Senatusconsulto comprehendi. Ideoque non est prætermittenda occasio cùm occurrit, cætera quæ tendunt ad eandem vtilitatem interpretatione vel certè iurisdictione supplendi *l. non possunt 12. & seq. sup. De legib.* Præsertim cùm hoc Senatusconsultum sit fauorabile tanquam quod faueat non fisco sed bonæ fidei possessori contra fiscum, Ob idque tantò magis adiuuandum est & extendendum interpretatione *l. hoc modo 64. De condic. & demonstr.* iunct. *l. non puto 10.]. De iur. fisc.*

9 ¶ In priuatorum quoque petitionibus senatusconsultum locum habere, nemo est, qui ambigit: licèt in publica causa factum sit.

Ad §. 9. in priuatorum.

Ratio dubitandi. Factum est hoc Senatusconsultum in causa publica & fiscali vt Vlp. hic disertè scribit, & verba ipsa Senatusconsulti loquuntur tantùm de fisco & de partibus hereditatis factis caducis. Ergo non tam facilè extendi debet ad priuatorum petitiones.

Dec. Ita quidem est vt Senatusconsultum loquatur tantùm de fisco & de causis fiscalibus, Sed non in fauorem fisci ac potius contra fiscum vt proximè diximus, Et fauore bonæ fidei possessoris cuius potrò non minor est fauor cùm à priuato quàm cùm à fisco conuenitur. Imò tantò maior, quantò publicæ causæ ratio potior esse solet, quàm priuatæ. Auth. *res quæ C. commun. de legat.* Denique ex identitate rationis sumi semper potest & debet

interpretatio adeoque fieri extensiu *dict. l. illud 32. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam De iniust. rupt.*

10. ¶ Non solùm autem in hereditate vtimur senatusconsulto, sed & in peculio castrensi, vel alia vniuersitate.

Ad §. 10. Non solùm.

Ratio dubitandi. Senatusconsultum hoc de quo tractamus factum est duntaxat De petitione hereditatis, vt verba ipsa quibus Senatus vsus est demõstrant. At qui peculium castrense non est hereditas, Multumque referre solet ad bona defuncti deferantur iure hereditatis an iure castrensis peculij, vt constat ex *l. 1. & 2. infr. De castr. pecul.* Ergo non est trahendum hoc Senatusconsultum ad castrense peculium.

Dec. Castrense peculium cùm dicimus, vniuersitatem quandam intelligimus, & successionem in vniuersum ius quod defunctus miles habuit, quoniam sicuti filiusfamilias miles in peculio castrensi quasi paterfamilias intelligitur ex Imperatorum constitutionibus *l. 2. ȷ. De SC. Maced.* Ita & peculiũ castrense filiifamilias ab intestato defuncti hereditatis cuiusdam vice fungitur: Nam & hereditas verè esset si filiusfamilias de eo testatus fuisset *d. l. 1. & 2. De cast. pecul. l. vlt. §. 1. ȷ. ad SC. Tertyll.* Eadé igitur ratio est hac parte castrensis peculij & hereditatis, quia conueniunt ambo in genere illo vniuersitatis & vniuersalis successionis, quemadmodum solemus dicere parum interesse an quis heres sit an heredis loco, Nec quicquam causæ est cur durior esse debeat condicio bonæ fidei possessoris cùm de peculio castrensi conuenitur, quàm si de hereditate cõuenitetur. Proinde in alia etiam qualibet vniuersitate idem iuris constituendum erit, pura si vel possessoria vel fideicommissaria hereditatis petitio instituatur, vt constat ex postremis Titulis huius libri.

11 ¶ *Petitam* autem *hereditatem*, & cetera: id est, ex quo quis scit, à se peti. nam, vbi scit incipit esse malæ fidei possessor. [a] *Id est, cùm primum aut denuntiatum esset.* Quid ergo, si scit quidem, nemo autem ei denuntiauit? an incipiat vsuras debere pecuniæ redactæ? & puto, debere, cœpit enim malæ fidei possessor esse. Sed ponamus denuntiatum esse: non tamen scit: quia non ipsi, sed procuratori eius [b] denuntiatum est. senatus ipsi denuntiari exigit: & ideò non nocebit: nisi fortè is, cui denuntiatum est, eum certiorauerit: sed non, si certiorare potuit, nec fecit[c]. A quo denuntiatum est, senatus non exigit. quicumque ergo fuit, [d] qui denuntiauit, nocebit.

Ad §. 11. Petitam.

Ratio dubitandi. Is demùm petere dicitur qui litem contestatur. Nam ante litis contestationem non tam petere dicitur, quàm velle petere *l. amplius 25. ȷ. Rat. rem haber.* Atqui Senatusconsultum loquitur de ea duntaxat hereditate quæ petita sit, Ergo contestationem litis exigit non simplicem denunciationem multoque minus simplicem sciẽtiam possessoris, quam tamen sufficere Vlpianus hic scribit à quocumque tandem sciuerit moueri controuersiam hereditatis.

Dec. Petitam hereditatem dixit Senatus pro ea de qua fieri cõtrouersia cœperit, & petitionem exigit duntaxat ad constituendum possessoré in mala fide, quæ mala fides regulariter inducitur ex sciẽtia rei alienæ *l. sed etsi 25. §. si ante. ȷ. hoc tit.* Nihil ergo interest vnde possessor resciat hereditaté alienam esse, siue per contestationem, siue per denunciationem, & vt Bartolus loquitur notificationem simplicem siue ab ipso actore factam siue ab alio siue deniq; à nemine. Sufficit enim vt sciat etiamsi nemo ei denunciauerit ad hoc vt incipiat fieri malæ fidei possessor. Id namque est quod sequitur,

a *Cœpit enim mala fides possessor esse.* Ratio dubitandi. Non semper scientia rei alienæ malam fidem inducit *l. & generaliter 28. ȷ. De noxal. act.*

Dec. Imò semper inducit quoties is qui sciens alienum possidet, nullam habet iustam causam possidendi. Quomodo nullam habet possessor hic hereditatis de quo tractamus: In quo differt à possessore illo bonæ fidei de quo Africanus in *d. l. & generaliter.*

b *Sed procuratori eius.* Ratio dubitandi. Etiam quod per procuratorem fit rectè fit *l. 3. in princip. infr. quod vi aut clam,* Parumque refert an quid facias per te an per tuum procuratorem, nec proinde similiter an tibi quid denuncietur an tuo procuratori *l. vero procuratori 12. ȷ. De solut. l. mulier 41. & seq. ȷ. ad SC. Trebell.* Ergo sufficere debet ad constituendum te in mora vt procuratori tuo denunciatum sit.

Dec. Scientia cuiusque est quid personale & personalissimum cùm in animo consistat. Proinde alia est scientia tua, Alia verò tui procuratoris, nec quicquam vetat ignorare te quod procurator tuus sciat. Ergo non sufficit procuratori tuo renunciatum esse si non etiam tibi denunciatũm sit, Ne alioqui in aliena potestate sit ignorantem te facere malæ fidei possessorem *l. 2. infr. quod vi aut clam.*

c *Si certiorare potuit nec fecit.* Ratio dubitandi. Imputari potest ei qui certiorare potuit, nec fecit. Et consequenter æquum est sarciri ab eo damnum omne quod possessori contigit ob id quod non fuerit certioratus, Quidni ergo habebitur pro certiorato etiamsi non fuerit certioratus, cùm possit indemnitatem ab alio consequi, nec quicquam possit imputari ei qui possessoris procuratori denunciauit?

Dec. Nemo ideò obligatur quod ab alio sit postea repetiturus id quod præstiterit *l. nemo ideo 171. De regul. iur.* Interest enim nostra non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. infr. De compens. l. si stipulatus 15. in princip. ȷ. De fideiuss.* Potestque magis imputari vero heredi cur non certiorauerit possessorem ipsum denunciando illi ipsi aut curando cum effectu vt denunciatio procuratori eius facta ipsi innotesceret, quàm bonæ fidei possessori cur non

Digitized by Google

non fuerit certioratus: Alioqui negligentia aliena ipsi noceret contra *d. l. 2. insr. quod vi aut clam.*

d *Quicunque ergo fuit.* Ratio dubitandi. Non potest per liberam personam acquiri nobis actio aut ius aliud quodlibet *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. 1. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus versic. respondi insr. De verb. obl.* Ergo non debet vero heredi prodesse denunciatio, quam ipse fecerit per hominem liberum quem non habeat in sua potestate.

Dec. Non tam factum liberi hominis acquiritur ius vero heredi, quàm facto ipsius possessoris qui per denunciationem sibi factam cœpit esse in mala fide, vt ratiocinatur Vlpianus in *leg. 3. quod vi aut clam.* Denique is qui denunciat, nudum ministerium præstare intelligitur, quód ab acquisitione alienum valde ac diuersum est *leg. & licet 15. insr. De pecun. constit.*

12 ¶ Hæc aduersus bonæ fidei possessores: nam ita senatus locutus est *eos qui se heredes existimassent.* Ceterùm si quis sciens [a], ad se hereditatem non pertinere, distraxit: sine dubio pretia rerum, sed ipsæ res veniunt in petitionem hereditatis, & fructus earum. Sed Imperator Seuerus [b] epistola ad Celerem idem videtur fecisse & in malæ fidei possessoribus. Atquin senatus de his est locutus, qui se heredes existimant. Nisi fortè ad eas res referemus, quas distrahi expedierat: quæ onerabant magis hereditatem, quàm fructui erant: vt sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciat aduersus malæ fidei possessorem: vtrùm ipsius rei, & fructuum, an pretij, & vsurarum, post motam controuersiam.

Ad §. 12. Hæc aduersus.

Monet Vlpianus in hoc §. Senatum non fuisse locutum nisi de bonæ fidei possessoribus, quod probat ex illis Senatusconsulti verbis *eos qui se heredes existimassent.* Nam in malæ fidei possessore qui iam sciat & certus sit hereditatem ad se non pertinere frustra requiratur denunciatio quonia is qui iam certus est magis certiorari non possit *l. 20. in fin. insr. De acquir. rer. dom.*

a *Ceterùm si quis sciens.* Ratio dubitandi. Iudicium petitionis hereditatis semper est vniuersale siue contra bonæ fidei possessorem siue contra prædonem instituatur, Et consequenter etiam precia rerum hereditariarum tanquam hereditaria vel saltem in locum rerum hereditariarum subrogata venire debent in petitionem hereditatis, non minùs quàm si contra bonæ fidei possessorem actio instituetetur.

Dec. Mera iuris ratio facit vt non precia rerum & preciorum vsuræ debeant venire in petitionem hereditatis, sed res ipsæ hereditariæ quamuis venditæ & earum fructus: tùm quoque cùm aduersus bonæ fidei possessorem instituitur petitio hereditatis. Quod autem Senatus aliud constituit in bonæ fidei possessore, contra iuris rigorem factum est & summa æquitate vt bonæ fidei ratio aliqua haberetur, & possessorum bonæ fidei melior condicio fieret quàm prædonum. Itaque in prædonibus nihil innouatum est, neque quicquam contra eos constitutum, Sed quicquid à Senatu nouo iure constitutum est, in fauorem bonæ fidei possessorum inductum fuit; Denique non id egit Senatus vt prædonibus noceret qui nulla iusta ratione iuuabantur, sed tantùm vt bonæ fidei possessoribus subueniret.

b *Sed Imperator Seuerus.* Refert Vlpianus epistolam quandam Imperatoris Seueri, ad Celerem quæ extat in *l. 1. C. de his quib. vt indign.* & qua constituisse Imperator videtur in possessoribus quoque malæ fidei idipsum quod Senatus constituerat in bonæ fidei possessoribus, vt scilicet si res aliquas hereditarias vendiderint ante motam de hereditate controuersiam (nam post eam motam omnes possessores sunt pares) *l. sed etsi 25. §. si ante sup. & §. quod si post petitam insr.* non teneantur easres quas vendiderunt restituere cum fructibus, sed precia tantùm cum vsuris. In quo videtur Imperator Seuerus qui multis post Hadrianum annis floruit, non tam auxisse potestatem Senatusconsulti per extensionem factam à bonæ fidei possessoribus ad prædones, quàm abrogasse, qua parte Senatusconsulto cautum erat vt qui bona hereditaria inuasissent etiamsi ante litem contestatam fecissent quominùs possiderent, perinde tamen condemnandi essent, quasi possiderent. Item qua parte eodem Senatusconsulto constitutum fuerat vt ne quidem bonæ fidei possessoribus parceretur si quid illi post litem contestatam, adeóque post motam controuersiam ex hereditate distraxissent. Sed bene Vlpianus, ne Imperatoris epistola cum Senatusconsulto pugnare videretur, sic epistolam interpretatus est, quasi ad eas tantùm res pertineat quas distrahi expediebat quòd hereditatem magis onerarent quàm fructui ei essent, Non tamen quasi hoc casu permittendum sit malæ fidei possessori vt inuito herede liberetur præstando precia rerum venditarum, & vsuras preciorum, Sed vt in heredis, eiusdémque petitoris arbitrio sit qualem computationem facere velit aduersus malæ fidei possessorem, vtrum ipsius rei & fructuum an precij & vsurarum post motam controuersiam, Quæ tamen interpretatio licèt deteriorem adhuc faciat condicionem prædonis quàm bonæ fidei possessoris à quo inuito res ipsæ quas bona fide & ante litem contestatam distraxit peti numquam possunt, sanè duriuscula videtur, Nec dubito quin si mea esset non Vlpiani, durissimam illam plerique omnes existimaturi essent, Tùm quia generaliter videri possit sensus epistolæ, quàm vt restrictionem hanc patiatur, vt constat ex *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* quæ loquitur generaliter, Tum etiam quod faciat hæc interpretatio duriorē malæ fidei possessoris condicionē quàm esset antea. Esset enim lōgè cōmodius ei & vtilius vt ad ipsas res vēditas omnimodo præstandas cū fructibus teneretur, quàm vt in petitoris esset arbitrio an in id agere vellet an potiùs precium cum vsuris reposcere Semper enim duriùs cum eo agitur, cuius aduersario electio condēnationis datur, *l. Græce 8. §. idem Iulianus ff. De fideius.* Similis ferè nec minùs dura est interpretatio Papiniani ad rescriptum Antonini in *l. 3. in princip. insr. De vsur.* de cuius sententia scripsimus *lib. 1. Coniect. Tit. 7.* Nimirum id

agere semper prudentes debent quantum possint, vt ne quid à legislatore aut à Principe, aut etiam à Prætore contra rationem iuris aut æquitatis constitutum esse videatur. Vereor tamen ne totus hic locus ab illis verbis *sed imperator* totáque hæc interpretatio sit Triboniani potiùs quàm Vlpiani. Video enim totam hanc interpretationem non solùm duriusculam esse, vt dixi, & commentitiam, sed etiam parum congruenter illis verbis *dicta l. 1. C. de his quib. vt indign. Ex hereditate autem rerum distractarum*, quæ cùm indefinita sunt æquipollent sanè vniuersalibus. Neque rursus rescriptum illud Seueri loquitur generaliter de quolibet malæ fidei possessore, sed de herede qui post aditam hereditatem non vindicauit necem defuncti, de quo & in *l. heredem 17. infr. eod. ill. tit.* Qui licèt bonæ fidei possessor dici propriè non possit etiam ante illatam controuersiam qui debitum officium pietatis sciens omisit, vt scriptum est in *d. l. 1.* Attamen nec prædo dici potest cùm verè non tantùm possessor sit, sed etiam heres & dominus, qui proinde suo iure potuit res hereditarias quascunque etiam vtiles & non steriles distrahere. Proinde satis est vt condemnetur ad preciorum restitutionem cum vsuris ex die litis contestatæ. Cùm tamen malæ fidei possessores teneantur ad restituendas res ipsas etiam quas ante litem contestatam distraxerunt. Potuit etiam moueri optimus Imperator odio fisci, Exemplo eius quod idem ipse constituit in persona illius heredis qui tacitam fidem contra leges accommodauit, vt non teneatur præstare vsuras fructuum ante litem contestatam venditorum ne quidem ex die contestationis. Quamuis aliud sit in cæteris, qui nec bonæ fidei possessores sunt nec heredes, vt Papin. docet in *l. cum qui 18. inf. De his quib. vt indign.* Et sanè quis non fatetur meliorem esse debere condicionem eius qui verus heres est, licèt ei tanquam indigno auferatur hereditas quàm illius qui nec heres est nec bonæ fidei possessor? Ego certè si Vlpianum agere mihi liceret ad hanc Seueri epistolam ita responderem.

13 ¶ Licèt autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment: tamen & si bonorum possessores se existiment vel alios successores iustos, vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

Ad §. 13. Licèt autem.

Ratio dubitandi. Neque bonorum possessores, neque ij quibus restituta est ex Trebelliano hereditas heredes fiût, Non quidem bonorum possessores quia Prætor heredem facere non potuit. §. *quos autem Inst. de bon. possess.* Non etiam fideicommissarij ex SC. Trebelliano, quia licèt ex Senatusconsulto non minùs quàm ex lege possit quis heres fieri, vt côstat ex Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, Non potuit tamen Senatus facere, vt heres qui semel heres fuisset, ac hereditatem restituisset, heres esse desineret §. *restituta Inst. De fideic hered. l. ei qui soluendo 68. inf. De her. instit.* Ergo Senatusconsultum de quo nunc tractamus, ad bonorum possessores & fideicommissarios vniuersales extendi non potest, cùm de solis heredibus locutum sit iis verbis *qui se heredes existimassent.*

Dec. Quamuis Senatus de iis tantùm locutus sit, qui se heredes existimassent, non aliud tamen sensisse credendus est de bonorum possessoribus & fideicommissarijs cæterisque iustis successoribus, quoniam heredum loco sunt, & pro heredibus habentur in omnibus. *d. §. restituta l. 1. infr. ad SC. Trebell. leg. 2. & 3. infr. De bonor. possess.* Nec sanè minùs fauorabilis est, neque minùs bonæ fidei possessor, qui existimat se bonorum possessorem, aut Trebellianum successorem quàm qui se putat heredem.

14 ¶ Papinianus autem libro tertio quæstionum, Si possessor hereditatis pecuniam inuentam in hereditate non attingat, negat eum omnino in vsuras conueniendum.

Ad §. 14. Papinianus. Aliàs l. si possessor.

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis pecuniam quam in hereditate inuenit non solùm potest attingere si velit, sed etiam fœnori collocare, Quod si nô fecerit sibi debet imputare, Præsertim si proponatur malæ fidei possessor de quo etiam intelligi debet hic locus, Cùm generaliter loquatur de hereditatis possessore, vt iã olim Ioãnes côtra Martinũ desũdit, Malæ nãq; fidei possessor nũ tã ad eos fructus tenetur quos percepit, sed etiã ad eos quos percipere potuit *leg. si nauis 62. §. 1. ff. de rei vindic.*

Dec. Magna differẽtia est hac parte inter fructus naturales qui ex re ipsa percipiuntur etiã facto hominis aliquo interueniente qui & ideò industriales appellantur, de quibus in *l. fructus 45. ff. De vsur. & l. bonæ fidei 48. De acqu. rer. domin.* Et fructus ciuiles qui non tam natura quàm iure percipiuntur, cuiusmodi sunt vsuræ *d. l. si nauis in princ.* Nam fructus naturales & industriales omnes restitui debent à malæ fidei possessore non tantùm qui percepti sunt, sed etiam qui percipi potuerunt: Fructus verò ciuiles non item: quia nemo cogitur pecunias fœnori collocare. Ergo si qua pecunia in hereditate reperta sit quam tamen possessor numquam attigerit, non debet ad vsuras vllas condemnari, nec si malæ fidei possessor proponatur, Multò minùs si bonæ fidei sit. Et ratio huius sententiæ hæc est, quod Senatus non id egit, vt possessorem vllum damno afficeret, Sed è contrario vt bonæ fidei possessorem omnino indemnem seruaret, Prædonem verò ad restitutionem obligaret eorum omnium, quæ ex hereditate percepisset, aut percipere potuisset, Non etiam vsurarum pecuniæ quam non attigisset.

15 ¶ *Redacta*, inquit, *pecuniæ ex precio rerum venditarum*, redactam sic accipiemus, non solùm iam exactam, verùm & si exigi potuit, nec exacta est.

Ad §. 15. Redacta.

Ratio dubitandi. Nô potest dici redacta pecunia quæ nondum exacta est licèt exigi potuerit, cùm multa possint incidere quæ faciant ne vnquam exiga-

exigatur *l.* 5. §. *in fin. infr. De acqu. rer. domin.* puta si emptor in summam egestatem dilabatur. Nullam enim actionem videtur habere actor si eam debitoris eluat inopia *l. ex a* *&* 6. *sup. De dolo.* Ergo quod Senatusconsulto cautum est de pecunia redacta ex precio rerum venditarum ad exactam duntaxat pecuniam referendum est non ad exigendam.

Dec. Imputari potest possessori etiam bonæ fidei cur vend tatum rerum precia non exegerit quæ potuit exigere. Eaque res proximè ad dolum accedit, Imò & dolus est, *leg. dolus est* 44. *infr. mandat.*

16 ¶ Quid si post petitam hereditatem res distraxerit? hic ipsæ res venient, fructúsque earum. Sed si fortè tales fuerint [a], quæ vel steriles erant vel tempore periturae, & hæ distractæ sunt vero precio, fortassis possit petitor eligere, vt sibi precia, & vsura præstentur.

Ad §. 16. Quid si post petitam.

Ratio dubitandi. Nihil vetat possessorem hereditatis etiam post litem contestatam existimare se heredem aut aliter iustum successorem, Ne alioqui cogatur hoc metu temerè ius suum indefensum relinquere *l. illud* 40. *infr. hoc tit.*

Dec. Incipit malæ fidei possessor fieri, quisquis scit à se peti hereditatem non tantum si litem secum contestari passus sit, sed etiam si per simplicem denunciationem id sciuerit, adeóque citra denunciationem à quocunque sciuerit §. *petitam* vbi dixi *sup. hac leg.* *&* *l. sed etsi* 25. §. *si ante inf.* Ergo si possessor hereditatis post petitam hereditatem res hereditarias distraxerit condemnandus est, vt res ipsas, earúmque fructus restituat, tanquam qui dolo desierit eas possidere, vt proinde ex iuris regula dolus eius pro possessione esse debeat.

a *Sed si fortè tales fuerint.* Ratio dubitandi. Cùm possessor vendidit res hereditarias, quæ vel steriles erant vel tempore peritura & vendidit iusto veróque precio, nihil ei potest imputari cùm eiusmodi res magis onerent hereditatem, quàm vt ei sint fructui & commodo, quemadmodum scripsimus in §. *hac aduersus supr.* Quamobcausam videretur potius parcendum possessori etiamsi eas res minùs iusto precio vendidisset, cùm rem hereditatis vtiliter gesserit cùm id vendiderit, quod expediebat vendere potiùs quàm retinere. Nulla igitur ratio est, cur electio dari debeat petitori an res ipsas & ipsarum fructus velit eligere, an potiùs precia & eorum vsuras, sed omnimodo cogendus est vt preciis eorúmque vsuris contentus sit.

Dec. Semper imputari potest malæ fidei possessori cur post motam sibi de hereditate controuersiam res distraxerit, quæcunque tandè ex fuerint. Ergo res ipsas & ipsarum fructus in hereditatis petitionem venire necesse est. Quod autem damus electionem petitori vt etiam precia & preciorum vsuras possit eligere, non onerat possessorem cui commodius est id reddere quod habeat, quàm quod per distractionem siue bona siue mala fide factam habere desiit. Vnde tamen quæ suprà scripsi ad *d. §. hac aduersus.*

17 ¶ Ait Senatus: *Placere à quibus petita hereditas fuisset si aduersus eos iudicatum esset, pretia, quæ ad eos rerum ex hereditate venditarum peruenissent, & si ante petitam hereditatem deperissent, deminuta've essent, restituere debere.* Bonæ fidei possessor, si vendiderit res hereditarias, siue exigit pretium, siue non, quia habet actionem, debebit pretium præstare. Sed, vbi habet actionem, sufficiet eum actiones præstare.

Ad §. 17. Ait Senatus.

Ratio dubitandi Bonæ fidei possessor non tenetur petitione hereditatis nisi inquantum factus est locupletior *l. sed etsi* 25. §. *consuluit inf. hoc tit. l.* 1. *C. eo.* Qui autem distraxit res hereditarias quantocunque precio non potest videri factus locupletior quandiu precium non exegit. Cùm locupletior nemo fiat distrahendo sed pauperior.

Dec. Qui actionem habet ad precium consequendum iam precium ipsum habere videtur, *l. is qui actionem* 15. *De reg. iur.* Ergo locupletior factus intelligitur: Sed tamen quia paullò minùs est actionem habere quàm rem *l. minus* 204. *eod. tit.* æquum est liberari bonæ fidei possessorem præstando actione: Non solùm ne nimis durè agatur cum eo si precium quod nondum percepetit præstare omnimodo cogatur, Sed etiam quia generale ac perpetuum est in omnibus qui non alia de causa tenentur, quàm quod actionem aliquam habeant, delegatio & actionis cessio pro iusta præstatione sit *l. quod debetur* 51. *in fi. ff. de pecul. l. quod in diem* 16. *§. idem Iulianus* *&* *§. vlt. supr. hoc tit.*

18 ¶ Sed si vendidit, & euicta re restituit quod accepit: non videbitur ad eum peruenisse, quamquam possit dici, nec ab initio pretium venire, quia non fuit res hereditaria quæ distracta est. Sed & si senatus rerum ex hereditate distractarum, non hereditariarum, fecit mentionem: restitui tamen non debet, quia nihil apud eum remanet. Nam & Iulianus [a] libro sexto Digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere: nec imputaturum [b], quod non debitum soluit.

Ad §. 18. Sed si vendidit.

Ratio dubitandi. Cùm in aliquem datur actio quatenus ad eum peruenit, sufficit si vel momento vno temporis ad eum peruenerit, *leg. cum prætor* 127. *De regul. iur.* Sufficit enim momento fieri aliquid vt semel factum dicatur, *leg. videamus* 17. *supr. Quod met. caus.* Ergo etiamsi res quæ ex hereditate vendita fuerat euicta sit, & bonæ fidei possessor precium quod acceperat restituerit, non eò minùs verum est peruenisse precium ad ipsum, ideóque debere illud reddere.

Dec. Non videtur peruenisse quod non durat,

ſicuti nec verſum, quod non durat verſum, *l. ſi pro patre* 10. *§. verſum inf. de in rem verſ.* Nō enim quid prima ratione peruenerit, inſpiciendum eſt, ſed quid cū effectu *l. 2. §. perueniſſe inf. De hered. vel act. vendit.* Id enim Senatus egit ne quo damno ex poſſeſſione hereditatis bonæ fidei poſſeſſor afficeretur *l. ſed etſi* 25. *§. conſuluit inf.* Maneret autem in damno ſi precium ab emptore acceptum eidemque poſt euictionem reſtitutum rurſum petitori reddere teneretur: Nec probè poteſt petitor precium illud petere, quod ipſe ſi rem vendidiſſet, reſtituere perinde debuiſſet, quiſque eiuſdem rei etiamſi non fuiſſet vendita, euictionem æquè paſſus fuiſſet. Quod autem diximus, Poſſe ſufficere vt vel vno momento res ad aliquem peruenerit ex *d. l.* 127. *De reg. iur.* ad hunc caſum non pertinet ſed ad illum quo quæritur, Quid & quantum ex defuncti dolo ad heredem peruenerit, vt eadem lex explicat. Poterat & alia dubitandi ratio adferri, quam Vlpianus hîc inſinuat, quod res hæc quam ponimus à bonæ fidei poſſeſſore venditam fuiſſe non fuerit hereditaria, vt ſubſecutus euictionis caſus demonſtrauit, Senatuſconſultum autem non ad aliarum rerum diſtractionem pertinere videatur quàm quæ ſint hereditariæ. Sed hanc ipſam dubitationem ſtatim diluit idem Vlpianus noſter, & benè, quia Senatus nō de rebus hereditariis locutus eſt, ſed de rebus ex hereditate diſtractis. Quo nomine comprehenduntur etiam & quæ non fuerunt hereditariæ quia fuerunt ex hereditate. Aliud ſiquidem eſt eſſe quid in hereditate, Aliud eſſe ex hereditate: ſicut aliud Eſſe quid in bonis, Aliud verò eſſe ex bonis *l. 2. §. in hac actione infr. Vi bonor. rapt.* In hereditate ſunt quæ fuerunt in bonis defuncti, Ex hereditate verò res omnes quæ ex ipſius bonis fuerunt & conſequenter etiam alienæ, puta depoſitæ, commodatæ, & aliæ ſimiles.

a *Nam & Iulianus.* Ratio dubitandi. Etiam is qui aliena negotia gerens, indebitum exegit, reſtituere id cogitur, quia ſicut in damno morari non debet ſi quod ei ex alienorum negotiorū geſtione ſenſerit, Ita nec lucrum vllum retinere debet, *l. ſi quis negotia* 23. *De negot. geſt.* Ergo nec bonæ fidei poſſeſſor retinere debet quod tamquam heres indebitum exegit, ſed vero heredi debet reddere, cùm ſufficiat, vt in damno non moretur, non etiam vt lucrum ſentiat.

Dec. Multum refert an quis indebitum exigat nomine ſuo, an alieno: Si ſuo acquirit ſibi non alij, & conſequenter tenetur ipſe condictione indebiti non alius, Nec ſi fuerit procurator, dum ei mandatum ei ſit vt indebitum exigeret, aut ſecuta ſit ratihabitio *l. ſi ratihabitio* 6. *§. 1. & ſeq. l. cum indebitum* 57. *§. 1. De condict. indeb.* Sed ſi alieno nomine exegerit, ſiue ex mandato expreſſo, ſiue tanquam negotiorum geſtor debet reddere ne ſub alieni nominis prætextu lucrum captet ex damno alieno, quod à bona fide magis alienum eſſet, *leg. qui proprio* 46. *§. procurator ſupr. De procurat.* Hinc eſt quod neque venditor hereditatis cogitur emptori præſtare quod ab alio indebitum exegit, *l. 2. §. ſolet quæri inf. De hered. vel act. vend.* quoniam venditor hereditatis exigit ſuo nomine, nec tamen vendendo poſtea hereditatem, aliud vendere intelligitur quàm quod fuit hereditatis *d. l. 2. §. cùm quis.* Sicuti de herede rogato hereditatem reſtituere ſcriptum eſt in *l. in fideicommiſſaria* 18. *verſ. quoties infr. ad SC. Trebell.* In quo non continetur indebitum.

b *Nec imputaturum.* Ratio dubitandi. Non debet bonæ fidei poſſeſſor in damno morari, *l. ſed etſi* 25. *§. conſuluit inf.* Moraretur autem in damno ſi quod ipſe ſoluit indebitum de ſuo non poſſit imputare vero heredi & per retentionem ex rebus hereditatis ſibi ſatisfacere, *l. quod ſi poſſeſſor* 17. *ſupr.* Tractamus ſiquidem de falſo herede qui ſe putans heredem & debitorem, de ſuo ſoluerit indebitum, non autem ex rebus ipſius hereditatis.

Dec. Quod à falſo herede quamuis bonæ fidei poſſeſſore ſolutum eſt indebitum per errorem, non tam propter cauſam hereditatis, quàm ex ſoluentis errore & culpa ſolutum videtur, & conſequenter ſuam ſibi culpam imputare debet non vero heredi qui neque debuit, neque veriſimiliter ſoluturus indebitum fuit, Poteſtque huic bonæ fidei poſſeſſori ſufficere, quod indemnitatis conſequendæ gratia condictionem habiturus ſit aduerſus eum cui ſoluit. Aliud eſt ſi id ſoluerit quod debuiſſet, ſi verus heres fuiſſet: vt puta legatum in eo teſtamento relictum ex quo hereditatem ille poſſidebat, & quod tamen poſteà nullum vel irritum fuiſſe apparuerit, vt in *d. l. quod ſi poſſeſſor.*

19 ¶ Sed ſi res ſit redhibita, hîc vtique & hereditaria eſt, & pretium non veniet, quod refuſum eſt.

Ad §. 19. Sed ſi res.

Ratio dubitandi. Res quæ ſine à defuncto, ſiue à bonæ fidei poſſeſſore hereditatis fuit vendita ſi redhibeatur rurſum fit hereditaria. Ideóque pertinet ad Senatuſconſultum quod de reddendis preciis rerum ex hereditate diſtractarum factum eſt. Ergo precium quod bonæ fidei poſſeſſor habuit vero heredi reddendum eſt.

Dec. Cùm redhibitio fit, omnia retro aguntur, *l. quia redhibitio* 9. *ſupr. De alien. iud. mut. cauſ. fact. l. voluntate* 10. *§. 1. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. leg. redhibere* 2. *& paſſ. inf. De ædilit. edict.* Proinde precium quod emptor venditori ſoluerat, eidem emptori rem redhibenti refundere neceſſe eſt. Refuſum autem emptori non debet venditor idémque falſus heres vero heredi reddere, cùm apud eum nihil ex precio remanſerit. Satíſque eſſe debet vero heredi, quòd rem ipſam redhibitam habiturus ſit tanquam hereditariam, & hereditati reſtitutam. Itaque idem iuris eſt hoc caſu, quod in ſuperiore, ob idq; malo legere vt in vulgata lectione per coniunctionem ampliatiuam *ſed & ſi* quàm per aduerſatiuam *ſed ſi* vt & in *§. ſeq.*

20 ¶ Sed & ſi ob venditionem obſtrictus ſit emptori poſſeſſor hereditatis: dicendum erit, proſpici ei cautione.

Ad §. 20. Sed etſi ob venditionem.

Ratio dubitandi. Poſſeſſor hereditatis qui rem aliquam ex hereditate vendidit, ex eáque cauſa emptori obſtrictus eſt ob euictionem quod reſiſta-

postmo-

postmodum aliena reperta sit, non hereditaria tenetur ex facto suo quia vendidit. Porrò factum cuique suum nocere debet, non alteri *l. factum 155. De regul. iur.* Nulla igitur ratio est, cur petitor hereditatis huic possessori cauere debeat de indemnitate ob euictionem.

Dec. Nihil potest imputari bonæ fidei possessori qui rem aliquam ex hereditate quam suam esse putabat, quasi hereditariam vendidit. Ideoque indemnis seruandus est ex Senatusconsulto quod non patitur vt maneat in damno. Maneret autem si non ei caueretur de indemnitate in eum casum quo ex promissione sua de euictione teneretur, vt in *l. rescriptum 12. §. 1. D. de distract. pign.* Quidni verò teneatur petitor cauere bonæ fidei possessori? (de hoc enim solo loquimur) cùm è contrario etiam possessor cauere nonnunquam debeat petitori, vt in *l. quod si in diem 16. §. 1. supr.*

21 §. Restituere autem pretia debebit possessor, & si deperditæ sunt res, vel deminutæ. Sed vtrum [a] ita demum restituat, si bonæ fidei possessor est, an & si malæ fidei? Et si quidem [b] res apud emptorem extent, nec deperditæ, nec deminutæ sunt: sine dubio ipsas res debet præstare malæ fidei possessor: aut, si recipere eas ab emptore nullomodo possit, tantum, quantum in litem esset iuratum. At vbi deperditæ sunt, & deminutæ: verum pretium debet præstari: quia, si petitor [c] rem consecutus esset, distraxisset, & verum pretium rei non perderet.

Ad §. 21. restituere.

Ratio dubitandi. Periculum rerum deperditarum aut diminutarum sine dolo malo aut culpa bonæ fidei possessoris non ad alium pertinere potest quàm ad dominum *l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act. l. contractus 23. De regul. iur.* Ergo non debet bonæ fidei possessor restituere precia rerum quas ex hereditate vendidit, si postea deperditæ sint aut diminutæ: sicuti nec ipsas res cogeretur reddere quæ deperditæ essent aut diminutæ si eas non vendidisset. Nec enim cogendus est huius periculi metu ius suum indefensum relinquere, *leg. illud 40. infr. hoc tit.*

Dec. Sicuti non debet possessor bonæ fidei manere in damno, ita neque in lucro. Neque tam inspiciendum est qui habiturus esset si non vendidisset, quàm quid ex venditione consecutus sit. Atqui non potest negari quin quantum ex rerum, quas vendidit precio collegit, in tantùm locupletior factus sit si aliud nihil in contrarium probetur. Ergo precia rerum etiam deperditarum, vel diminutarum debet restituere, quia non eo magis sunt ipsa precia deperdita vel diminuta. Nec substituuntur hoc casu precia in locum rerum deperditarum aut diminutarum, sed in locum venditarum. Fuerunt autem venditæ antequàm essent vel deperditæ vel diminutæ. Nam nec si adhuc extarent cogeretur bonæ fidei possessor eas res reddere quas non haberet, sed preciorum restitutione liberaretur, vt sequitur in textu, ad differentiam malæ fidei possessoris. Porrò quænam res dicantur deperditæ aut diminutæ, lex sequens explicabit.

a *Sed vtrum.* Quæstionis huius sensus non ille est, An quod diximus proximè de restituendis preciis rerum venditarum ex hereditate quæ posteà deperditæ sint vel diminutæ ad solos bonæ fidei possessores pertineat, non etiam ad malæ fidei possessores (quis enim putet meliorem istorum quàm illorum condicionem esse debere?) Sed hic potiùs An eadem malæ fidei possessoris condicio esse debeat, quæ bonæ fidei possessoris quantum ad hoc vt non res ipsas venditas, sed earum tantùm precia restituere teneatur. Vt sequens ad propositam quæstionem responsio demonstrat.

b *Et si quidem.* Respondet Vlpianus ad propositam quæstionem adhibita distinctione: Aut extant adhuc, inquit, res venditæ à malæ fidei possessore nec sunt deperditæ, aut diminutæ. Aut extare desierunt. Priore casu dicendum est non liberari malæ fidei possessorem restitutione preciorum quæ accepit, sed omnimodo cogendum res ipsas quæ extant reddere aut saltem pati condemnationem quanti petitor eo nomine in litem iurauerit, vt scilicet in hoc sit deterior condicio prædonis quàm bonæ fidei possessoris: Scilicet si hoc petitor elegerit. Nam si malit precia rerum venditarum petere quàm res ipsas, audiendus est ne alioqui è contrario melioris condicionis sit malæ fidei possessor quàm bonæ fidei possessore, quod esset absurdum, vt benè ratiocinatur Accursius ex *l. non solum 13. infr. de noxal. act.* At posteriore casu non quidem tenetur malæ fidei possessor, vt res ipsas deperditas aut diminutas præstet, quod est impossibile, sed vt earum precium restituat, non quod accepit, sed verum si fortè minùs iusto precio vendiderit. Nam & hoc modo intelligi hic textus debet, vt electio sit semper petitoris vtrum malit res ipsas petere, an earum precia. Quid enim si possessor hereditatis pluris res vendiderit, quam quanti reuera essent? Cur cogemus petitorem eundémque verum heredem vt contentus sit vel de rebus ipsis, vel iusto ipsarum precio? Dubitandi tamen ratio ad priorem casum adferri ex eo potest quod absurdum videatur & iniquum vt cogatur possessor hereditatis eas res reddere quas non habeat, quamuis adhuc extent, *leg. mulier 22. §. sed enim D. ad SC. Trebell.* Præsertim cùm nulla actione possit illas repetere, Neque vindicatione quia dominus non est, neque alia actione vlla nec si dominus posteà ex aliqua causa factus esset, cùm ipse vendiderit, perpetuáque exceptione rei venditæ & traditæ repelli possit *l. 1. & pass. De excep. rei vendit. & tradit.* Sed ratio decidendi est, quia cùm sit malæ fidei possessor & mala fide vendiderit; dolo fecisse videtur quominus possideret, ac proinde omnimodo condênandus est atque si possideret siue tanquam possessor eo iure quo dolus pro possessione est, siue tanquam is per quem factum sit quominus possideat, vt in *l. 1. §. vl. De tign. iunct.* Ad posteriorem verò casum illa dubitandi ratio est, quòd tùm quoque cùm res hereditariæ aut quæ ex hereditate fuerunt, à malæ fidei possessore venditæ, sunt deperditæ, aut

vsucaptæ imputari semper potest possessori cur eas mala fide ac dolo malo vendiderit, ideóque videntur haberi debere pro extantibus in ipsius odium, vt quamuis per rerum naturam impossibile sit eas restitui, æstimentur tamen quanti petitor in litem iurauerit, cùm per eiusmodi iusiurandum æstimari possint res etiam quæ non extant, *l. in actionibus §. vers. planè D. de in lit. iur.* vbi dicitur ob hanc causam iurandum esse in litem, etiam in actionibus stricti iuris si fortè homo ex stipulatione debitus perierit post moram possessoris, quod alioqui sine delatione iurisiurandi non possit iudex æstimare rem, quæ non extat. Verùm decidendi ratio fortior illa est, quòd impossibilium nulla sit obligatio, vt habet iuris regula. Impossibile autem sit vt præstetur res quæ non extat, ideóque necesse sit, vt ad præstandum precium decurratur, Quod porrò sufficit præstari quantum acceptum est, aut quod verum est, prout actor elegerit, Nullo in eam rem interposito iureiurando, quia nec necesse est cùm in iudicio vniuersali quale est petitionis hereditatis precium succedat loco rei nec minùs appellatione hereditatis veniant precia rerum hereditariarum, quàm res ipsæ hereditariæ: Quod in speciali actione, aut obligatione diuersum est. Nec enim qui debet Stichum, aut quamuis aliam speciem, eius quoque precium debet, cùm aliud longè sit res ipsa. Aliud verò rei æstimatio *l. si alij §. 1. De v. sign. l. vlt. C. de fideic. libert.* At hereditatem qui dicit nec res ipsas dicit nec precia, sed id quod est in hereditate siue res sit, siue precium. Venit ergo hoc casu in petitionem hereditatis omnimodo precium rei venditæ non res ipsa quæ vel deperdita fuit vel deminuta, Precium autem non præsentis temporis, vt in *dict. vers. planè*, sed quod fuit verum tempore venditionis: si minore precio quàm iusto facta sit venditio, Aut quod acceptū est à precio vēditio facta sit maiore, Vt semper electio sit petitoris contra malæ fidei possessorem, Non etiam contra bonæ fidei possessorem qui non tenetur reddere aliud precium quàm quod percepit *§. ait Senatus supr. l. nisi 33. §. 1. infr.*

e *Quia si petitor.* Ratio dubitandi. Qui dolo malo desiit possidere, vt possessor malæ fidei qui rem hereditariam vendidit perinde condemnandus est acsi possideret siue ab alio res possideatur siue in totum non extet *l. sed etsi 25. §. perinde vers. siue autem ab alio infr.* Ergo etiam eo casu quo vendita res deperdita sit aut deminuta tantùm præstare debet, quantum in litem iuratum fuerit. Nec liberari debet veri precij restitutione.

Dec. Perinde quidem condemnandus est malæ fidei possessor etiam cùm res extare desiit, acsi adhuc extaret, Ne alioqui dicendum sit eum interitu rei liberari quod esset absurdum, Sed tamen non ad eundem modum condemnatur, quia cùm res extat, contra eum iurari in litem potest si rem ipsam non reddat, vt præsens ipsius dolus & contumacia puniatur: Cùm verò res extare desiit, non potest tam grauis aduersus eum ferri condemnatio, quia licet in dolo fuerit cùm vendidit, nunc tamen dolo non facit qui non restituit rem quæ extare desiit & quæ restitui amplius non potest; Satisque punitur in eo quod non solùm rei interitu non liberatur, sed neque restitutione precij quod accepit si fortè viliore precio vendiderit. Quia vt hic ratiocinatur Vlpianus, si petitor rem consecutus esset, distraxisset eam, & verum precium non perderet. Cùm tamen in bonæ fidei possessore aliter receptum sit, Non quidem vt interitu rei magis liberetur, sed vt non nisi precium ipsum quod percepit restituere teneatur, quod nec restituere teneretur si non ei ratio illa obstaret quod nullum ex aliena hereditate lucrum retinere debeat, vt scriptum est in *d. l. §. nisi §. 1.* Similis ratio est in *l. curares 47. §. vltim. De leg. 1.* & in *l. item si verberatum 15. §. fin. infr. De rei vindicat.* vbi dicemus latiùs, Iunge Paulum *lib. 1. Sentent. Tit. 13. §. 9.*

21. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

DEperditum intelligitur, quod in rerum natura esse desiit: deminutum verò, quod vsucaptum esset, & ob id de hereditate exiit.

Ad l. Deperditum 21.

Quoniam de rebus deperditis & deminutis tractatum fuit in lege præcedente explicatio subijcitur in hac lege ex Caio, quid deperditum dicatur, quid deminutum. Deperditum, inquit, est quod in rerum natura esse desiit, tanquam omnino perditum. Dictio enim illa De augere solet. Deminutum verò non quod aut in totum, aut ex parte in rerum natura esse defecerit, sed quod vsucaptum fuerit. Id enim quod vsucaptum est licèt in se deminutum non sit, minuit tamen hereditatem, & ideò dicitur deminutum ex hereditate, Vnde & damnum appellatum est, *leg. 3. infr. de damn. infect.* quamuis Accursius notet aliter eo loco sumi nomen deminuti: quod non ita est, nisi quod sui natura latiùs pateat quàm vsucapti cùm se habeant ista vt genus, & species. Quicquid enim vsucaptum est, etiam deminutum est, sed non contrà. Bartolus verò istorum verborum obscuritatem explicat per obscurius, cùm ait deperditum referri ad actum naturalem, Deminutum verò ad actum ciuilem. Interdum sanè deperditum esse intelligitur non solùm id quod in rerum natura esse desiit sed etiam quod mansit quidem, sed ita vt formam mutauerit, & condicionem, *leg. v. ruta 63. §. vltim. infr. pro socio leg. Iulianus 9. §. sed si quis rem infr. ad exhib. leg. muliebris 13. §. 1. & leg. sequ. De verbor. signific.* In qua *l. 13.* obseruandum est vt hoc obiter adnotemus, postremam clausulam ab illis verbis incipere, *Abest & ea res quæ in rebus humanis non est.* Illa enim præcedentia *Ob hoc quod furto pridem subtracta est* ad priorem sententiam pertinent quæ habet, *Videri nunc desinere rem abesse*, cùm sic redit in potestatem domini ne amittere eius possessionem possit, Scilicet cùm quærimus de re furto subtracta, cuius vsucapio per legem duodecim tabularum inhibita est, donec in domini potestatem redierit.

22. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

SI & rem, & precium habeat bonæ fidei possessor: puta quòd eandem rem emerit: an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In prædone dicimus electionem esse debere actoris: an hîc magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licèt deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inuerecundum sit tale desiderium: an verò, quia ex re hereditaria locupletior sit, & id, quod amplius habet ex pretio, restituere debeat, videndum. Nam & in oratione Diui Hadriani ita est: Dispicite patres conscripti, numquid sit æquius possessorem facere lucrum: & precium quod ex aliena re locû hereditariæ rei venditæ, pretium eius successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factû. Oportet igitur possessorem & rem restituere petitori, & quod ex venditione eius rei lucratus est.

Ad l. Si & rem 22.

Ratio dubitandi. In actionibus vniuersalibus qualis est petitio hereditatis pretium succedit loco rei, vt paullò ante finem huius legis disertè scriptum est. Ergo stulta est quæstio, An debeat bonæ fidei possessor rem ipsam reddere, quam vendidit, Aut an præter ipsam rem debeat aliquid præstare ex precio quod accepit, si fortè pluris eam vendiderat, quàm quanti eam postea redemit. Sed & absurdum videtur quærere, An huius rei nomine, quam possessor hereditatis vendidit & redemit teneatur petitione hereditatis, Cùm eam possideat titulo emptionis, nec detur petitio hereditatis contra titulo possidentem *l. regulariter 10. supr.*

Dec. Nihil interest an possessor hereditatis rem hanc hereditariam nunquam vendiderit, an verò venditam redemerit, Cùm fieri non possit vt post redemptionem plus iuris habeat quàm haberet anteà, siquidẽ ponimus redemisse illum ab eo ipso cui vendiderat vt benè ratiocinatur Bartolus & longè melius hac parte quàm Accursius. Proinde nihil causæ est cur non teneatur petitione hereditatis huius rei nomine licèt aliam nullam possideret *l. licet minimam 11. supr.* Sed tamen in eo videtur errare Bartolus quod putat in petitionem hanc hereditatis venire rem ipsam venditam & redemptam. Quod generaliter & indistinctè non ita est, Nam contra malæ fidei possessorem id quidem obtinet, vt electionem habere petitor debeat vtrũ rem petere malit an precium, quemadmodum in hac lege scriptum est, sed non æquè contra bonæ fidei possessorem, qui simul atque vendidit rem hereditariam, atque ita semel obstrictus esse cœpit restitutioni precii, non potuit postea redimendo sibi ius acquirere, vt electionem habeat restituendæ rei quam vendidit, nisi petitor consentiat. Quẽadmodum enim talis electio non est danda petitori cõtra bonæ fidei possessorẽ, Ita neque possessori quamuis bonæ fidei contra petitorem. Proinde si paratus sit bonæ fidei possessor omne precium reddere quod ex venditione percepit, non habet petitor quod amplius petat. Et hic procul dubio sensus est orationis Hadriani quam hic Paulus refert, cùm ait Æquius esse vt possessor non faciat lucrum, & precium quod ex aliena re percepit totum reddat quia potest existimari in locum rei hereditariæ & venditæ precium eius successisse, & quodammodo factum ipsum hereditarium. Quomodo enim posset dici successisse precium loco rei, si & rem ipsam reddere possessor teneretur, & præterea quantò locupletior factus esset ex precio, id est quantò plus ex venditione redegisset, quàm in redemptionem impendisset, An non esset hoc & rem ipsam præstare, & partem precii? Deinde quid si res etiam facta deterior esset tamen facta preciosior? Hoc enim facilè potest euenire auctis pro tẽporum varietate rerũ preciis. Cur dicamus non liberari possessorem si rem ipsã paratus sit reddere, quæ reuera pluris sit quàm quanti fuerat vendita, licèt per stultitiam emptoris viliore pretio redempta proponatur? An fortè ob id solùm res minoris est, quod minore precio vendita fuerit? Aut quodnam lucrum remanebit penes bonæ fidei possessorem postquàm totum illud precium restituerit, quod ex eius rei venditione redegerat? Nam quod hodie habet eandem rem minore precio non tanquam heres habet nec ex causa hereditaria, sed tanquam extraneus quilibet. Ponimus siquidẽ fuisse rem redemptam quæ simpliciter & absolutè ab eodem possessore fuerat vendita. Vt excludamus casum illum quo fuerit res vendita sub pacto de retrouendendo, aut vt in *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Eo namque casu sicuti redemptio fieret ex necessitate & consequentia præcedentis venditionis. Ita videri posset rursum facta hæc res hereditaria, Vel potiùs numquam desiisse in totum esse hereditaria quamdiu ipsius redimendæ ius mansit in hereditate. At cùm absolutè ac sine vllo pacto fuit res vendita, negari certè non potest quin per eiusmodi venditionem desierit esse hereditaria, totúmque preciũ in ipsius vicem factum sit hereditarium. Quo admisso, qui fieri obsecro potest vt rursum fiat hereditaria, ob id tantùm, quod possessor hereditatis qui nec ipse heres est eam redemerit tanquã extraneus quilibet, arg. *l. si paterfamilias 15. §. 1. ſ. de adopt. l. debitor 59. in fin. ſ. ad SC. Trebell.* Ergo nec in petitoris arbitrio esse debet, vt petat rem hanc redemptam quasi hereditariam, nec in potestate bonæ fidei possessoris vt eam præstet si malit petitor habere precium quod ex venditione redactum est. Nam quemadmodum non possum videre qua fronte possit bonæ fidei possessor rem hanc redemptam offerre restituẽdam quasi hereditariam eo quoque casu quo deterior facta sit vt precium maius retineat quod percepit ex venditione eiusdem rei antequàm fieret illa deterior, Ita neque intelligo quam rationem habeat quod ex Paulo scriptum est in hac lege, Inuerecundum esse desiderium petitoris agentis ad precium rei venditæ, non ad rem ipsam deteriorem factam. Quid enim aut melius, aut aliud facere petitor possit? An fortè eum Accursio & Bartolo dicemus inuerecundè illum facere qui malit petere precium, quàm rem ipsam deteriorem factam, qui vtique rem petiturus esset si melior facta fuisset: arg. *l. p. n. C. de solut. l. non eo minus 14. C. de procurat.* Atqui hoc ipsum est quod nos negamus, in petitoris arbitrio esse de-

bere vt petat rem venditam & redemptam licet meliorem factam siue maiore siue minore precio fuerit redempta quàm quo fuerat vendita. Sed omnimodo precium quod ex venditione perceptũ fuit in petitionem hereditatis venire contendimus, licet rem meliorem factam & redemptam possessor penes se habeat, quia vt dixi, non tanquã possessor hereditatis eam nunc habet sed tanquam extraneus quilibet. Deinde cur dicamus inuerecundum desiderium petitoris, qui malit ad precium agere quàm ad rem ipsam factam deteriorẽ? Cùm dici soleat & verè nec redditam videri rem quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. infr. commod. l. mulieris 13. §. 1. & l. seq. infr. De verb. signific.* Planè si rem factam meliorem nollet petitor accipere, malletque precii restitutionem vrgere, dici probabiliùs posset inuerecundum ipsius desiderium, Cùm nullam querelæ iustam occasionem habere possit is cui res melior offertur. Sed non facit ea res inuerecundum desiderium quod est iustum, Non magis, quàm si quis recuset pro alio aliud accipere etiam quod sit multò preciosius. Res enim hereditaria quæ per venditionem à bonæ fidei possessore factam semel desiit esse hereditaria, & in cuius locum fuit subrogatum precium quasi hereditarium, quomodo fieri potest vt recidat rursum in causam hereditariam? Et contrà, vt precium quod semel successit loco rei & factum est quodãmmodo hereditarium tale esse desinat? Quod enim de obligatione solemus dicere, semel extinctam illam nunquam reuiuiscere. Idem de mutata qualitate & substantia rei non minùs verè dici potest, vt quæ per mutationem sublata & extincta est nunquã redintegretur *l. qui res 98. §. aream de solut. l. sed si meis 26. §. arbor De acquir. rer. domin. l. seruus 27. in fin. De adim. legat.* Igitur vt concludamus, & tandem quid sentiendum putemus aperiamus, Non potest defendi quod in fine leg. s ex Paulo scribitur, Oportere possessorẽ & rem restituere petitori, & quod ex venditione eius rei lucratus est, Pugnatque hæc sententia non tantùm cum ratione iuris sed etiam cum illa ipsa oratione Hadriani in ipsius comprobationem adducitur. Vnde mihi facilè persuadeo corruptum esse Pauli responsum à Triboniano cui sollenne est abuti nunc his nunc illis rescriptis priorum Imperatorum vt nouas suas opiniones in aliis casibus omnino dissimilibus confirmet aduersus verba mentemque rescriptorum. Quod & hîc proculdubio ei contigit. Nam in oratione illa Hadriani nihil omnino est ex quo tale quid possit colligi, vt & res præstanda sit à bonæ fidei possessore quamuis deterior facta, & præterea pars precii, sed vt precium solum quod ex venditione redactum est, tanquam quod in rei hereditariæ locum successerit. Alioqui eodem errore dicendum esset, Si res à bonæ fidei possessore vendita, rursum esset ei ab emptore donata sed tamen facta deterior, cogi eum oportere petitione hereditatis vt & rem ipsam deteriorẽ factam restitueret, & præterea quicquid ex precio consecutus esset, quia hoc casu amplius haberet totum precium quandoquidem nulla ei pars precii abesset qui tandem rem hodiè non ex redemptione aliqua, sed ex donatione haberet. Et tamen qui æquum putet auferri ei commodum donationis

quam ex amici gratia & liberalitate meruit, & quã haberet hodiè tametsi possessor hereditatis numquam fuisset. Sed hæc apertiora sunt, quàm vt pluribus sint demonstranda.

a *Si & rem & precium.* Ratio dubitandi. Longè aliud res est, aliud verò precium rei *l. si alij 42. §. 1. de vsufr. l. vlt. C. de fideic. libert.* quia precium rei etiam quod ex venditione redigitur non tam ex re quàm ex negotiatione percipitur *l. venditor 21. De hered. vel act. vendit.* Nulla igitur ratio est vt precium succedat loco rei. Indeque nimirũ est quod precium redactum ex re furtiua non est furtiuum *l. qui vas 48. §. vlt. infr. de furt.* nec precium commune quod perceptum est ex venditione fundi communis nec pignoratum quod ex re pignorata nec dotale quod ex re dotali, aut contrà *l. si ex ea 6. C. de rei vindic. l. ex pecunia 12. C. de iur. dot. l. idemq; 7. in fin. infr. de pignor. l. si vnus 67. §. infr. pro socio. l. procuratoris 5. §. plane si nondum infr. De tribut. act. l. nemo 82. De verb. oblig. l. fundum 28. De donat.*

Dec. In specialibus quidem siue petitionibus siue actionibus ita est, sed non in vniuersalibus qualis est petitio hereditatis de qua hîc loquimur, quia hereditatis nomen per se tam aptum est comprehendere precium rei hereditariæ quàm rem ipsam hereditariam, vt diximus ad *l. 20. supr.* Atque ita Bart. hic concludit probatus à cæteris omnibus interpretibus. Ex *l. Imperator 70. §. vlt. & l. seq. de legat. 2.* vbi dicitur in fideicommissaria hereditate restituenda idem obtinere, vt si ab herede rogato aliquæ res hereditariæ sint venditæ, & ex earum pretio aliæ comparatæ has quoque restitui oporteat vice permutati dominii, quia vt subiicitur in *l. seq.* non videtur absumptum quod in corpore patrimonii retinetur *l. cùm multis 9. infr. si pars hered. petat.* Obstat tamen huic traditioni, quod etiam in plerisque actionibus specialibus pretium succedit loco rei, vt in *l. si ipsa 18. in princip. supr. quod met. caus.* Vbi tractatur de actione Quod metus causa quæ specialis non vniuersalis est. Et in donationibus quoque inter virum & vxorem ex quibus nulla vniuersalis, sed specialis tantùm actio nascitur, fieri facilè potest vt non modò precium rei, sed etiam quod difficilius est, vna res in alterius locum subrogetur, vt in *l. si donata 26. §. 1. l. si mancipia 58. infr. De donat. int. vir. & vxor.* Itaque mallem generaliter dicere Precium succedere loco rei aut rem loco precii quoties talis actio est in qua quæri oporteat an aliquid ad reum peruenerit ex quo ipse locupletior factus sit. Nam quemadmodum videtur res abesse ei cui precium habet etiamsi rem ipsam habeat *l. Labeo 14. vers. item si dominus De verb. signific.* Ita neque negari illud potest, quin locupletior factus sit qui rem vendidit & precium ex venditione redegit quamuis rem ipsam habere desierit *l. ex mandato 20. in princip. infr. mandat. l. quia qui precio 39. infr. De vsufr.* Eiusmodi est actio Quod metus causa *d. l. si ipsa*, Itémque condictio quæ competit ex donatione inter virum & vxorem, *d. l. 36. & 58. de donat. int. vir. & vxor.* Et si quæ sunt aliæ similes De petitione hereditatis non dubitatur quin ex harum genere sit cùm non detur contra bonæ fidei possessorem nisi quatenus locupletior factus est *l. sed et si 25. §. consuluit infr. l. 1. C. eod.*

23. VETTA-

23. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

VTrùm autem omne pretium restituere debebit bonæ fidei possessor, an verò ita demum, si factus sit locupletior, videndum. finge precium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse. Et verbum quidem *peruenisse* ambiguum est, solúmne hoc cõtineret, quòd prima ratione fuerit, an verò & id, quod durat. & puto frequentem clausulam senatusconsulti, & si hæc sit ambigua, vt ita demum cõputet, si factus sit locupletior.

Ad l. Verum autem 23.

Ratio dubitandi. Peruenisse videtur etiam quod vel vno temporis momento peruenit *l. cùm prætor 127. De regul. iur. l. videamus 17. sup. Quod met. caus.* Ergo non eo minùs teneri debet bonæ fidei possessor ad totum precium quod accepit restituendum, quod acceptum illud perdiderit, vel consumpserit, vel donauerit.

Dec. Verbum quidem *peruenisse* ambiguum est, quia significat interdum id quod prima ratione peruenit quamuis non cum effectu, vt in locis supradictis, Interdum verò id quod peruenit cum effectu, Vt in *l. 2. §. peruenisse j. de hered. vel act. vendit.* In proposito autẽ casu accipitur in posteriore sensu vt illud duntaxat precium ad bonæ fidei possessorem peruenisse videatur, ex quo locupletior factus sit. Nemo autem dixerit locupletiorem factum videri eum qui precium quod accepit vel perdidit, vel consumpsit, vel donauit *l. sed etsi 25. §. consuluit infr.* Hanc verò interpretationem, vt noster Vlpianus magis probet, non ex eo tantùm mouetur quod vulgo iactari solet verba cum effectu esse accipienda *l. pen. §. docere sup. Ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim.* Sed ex hoc potissimũ quod ambiguitas quæ in hoc verbo est interpretationem sumere debeat ex sequenti clausula eiusdem Senatusconsulti, in qua non vsus est Senatus eodem verbo ambiguo *peruenisse*, sed apertiùs expressit & constituit vt bonæ fidei possessores non teneantur nisi in quantum locupletiores facti sunt, vt constat ex Senatusconsulti verbis quæ idem Vlp. retulit in *l. item veniunt 20. § præter hæc. supr.* Quoties namque in vna legis parte aliquid obscuri vel ambigui est, aut in aliquo siue testamento, siue contractu, capienda est interpretatio ex aliis clausulis vel præcedentibus vel sequentibus, vt & in *l. qui filiabus 17. de legat. 1. l. quæsitum 12. §. antepen. infr. De instruct. & instrum. legat. l. quemadmodum 29. §. vltim. ad leg. Aquil.*

1 ¶ Proinde si non solùm [a] pretium, sed etiam pœna tardiùs pretio soluto peruenerit, poterit dici, quia locupletior in totum factus est, debere venire, licet de pretio solummodo senatus sit locutus.

Ad §. 1. Proinde.

a *Proinde si non solùm.* Ratio dubitandi. Senatus de precio tantùm restituendo locutus est, non etiam de pœna quæ ob tardiùs solutum precium ad bonæ fidei possessorem peruenerit. Ergo pretium duntaxat restituere possessor debet non pœnam in stipulatum deductam quo ad tardiùs precium solutum esset.

Dec. Peruenisse ad bonæ fidei possessorem id omne intelligitur ex quo possessor locupletior factus est, sicuti proximè diximus, Atqui locupletior hic factus est non tantùm ratione precii, sed etiam quantum ad pœnam exactam ob non solutum precium, Nec potest negari quin occasione hereditatis lucrum huius pœnæ ad eum peruenerit. Ergo hanc quoq; pœnã debet restituere quia nullum penitus lucrũ ex hereditate retinere debet, satísque ei esse debet quod propter suam bonam fidem nec in damno vllo moretur *d. l. sed etsi 25. §. consuluit infr.* Itaque ad rem non pertinebit, si quis obiiciat, Vsuras & pœnas istas (quæ vt plurimum pœnarum loco sunt *l. qui sine 38. supr. de negot. gest.* adeóque interdum licèt non semper in fraudem legitimarum vsurarum promittuntur, in eo scilicet in quo excedunt legitimum modum vsurarum *l. Iulianus 13. §. ibidẽ Papinianus respõdit De act. empt. l. pecuniæ 9. in princip. & §. 1. de vsur.*) non propter lucrum petentium infligi, sed propter moram non soluentium *l. cùm quidam 17. §. si pupillo j. De vsur.* Non enim facit ea ratio quin pœna hæc cedat mero lucro possessoris qui neque stipulandæ neque exigendæ ipsius causam vllam habuisset, si hereditatem non possedisset.

24. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

AT vbi vi deiectus fuit, non debet restituere pœnam ex eo commissam, quod eam actor habere non potest. Sic nec pœna restitui debet, quam aduersarius ei promisit si ad iudicium non venerit.

Ad l. At vbi 24.

Ratio dubitandi. Quod bonæ fidei possessor hereditatis vi deiectus consecutus est ab eo qui deiecit per interdictum Vnde vi, haud dubiè consecutus est per occasionem hereditatis, quia si possessor non fuisset, vtique nec vi deiectus à possessione rei hereditariæ fuisset. Idem ergo ius in hoc casu constitui debet quod in superiore, vt hic bonæ fidei possessor in hereditatis petitione victus debeat restituere etiam pœnam quam consecutus est ab eo qui deiecit, id est quanti interest eius qui vim passus est. Hæc enim fuit olim pœna interdicti Vnde vi *l. 1. §. quod vi deiectus & §. nõ solùm in fin. De vi & vi armat.* Hodie verò duplum ex constitutionibus *§. sed ex constitutionibus Inst. de interdict.* Idemque dicendum videtur de pœna quam debitor promiserat si in iudicium non veniret. Nam nec huic pœnæ aut stipulandæ aut committendæ locus vllus fuisset, vt neque deiici bonæ fidei possessor potuisset si hereditatis possessor non fuisset.

Vnde etiam est quod qui vi deiectus est non eo minùs tenetur petitione hereditatis acsi rem hereditariam adhuc possideret, cum pro re hereditaria interdictum habeat, quo possit cedere *l. quod si 16. §. Iulianus scribit supr. l. illud 40. §. actiones l. cui fcta 55. infr. eod.* vbi & de interdicto Vnde vi & de lege Aquilia agitur.

Dec. Condemnatio quæ irrogatur ei qui vim fecit, siue ex edicto Prætoris, siue ex Imperatorum constitutionibus non alij prodesse potest quàm illi ipsi qui vim passus est *d. §. sed ex constitutionibus.* Atqui vim passus est bonæ fidei possessor quē alius deiecit non petitor. Fieri ergo non potest vt hanc pœnam habere petitor debeat, & consequenter manere illam necesse est pènes bonæ fidei possessorem qui solus ipse vim & iniuriā passus fuit. Denique accedit hæc condemnatio hereditati extrinsecùs, nec tam hereditati quàm personæ, & ideò nō potest venire in petitionem hereditatis, vt scriptum est in *l. item veniunt 20. §. item non solum in fin. supr. hoc tit.* Huic casui alius similis est si bonæ fidei possessor hereditatis acturus fortè contra debitorem aliquem hereditarium stipulatus ab eo sit Iudicio sisti vt fieri olim solebat ex *Tit. si quis caution. & Qui satisd. cogant.* adeoque subiecta pœna certæ quantitatis in vicem eius quod interesset ex consilio Iureconsulti in *l. vlt. De prætor. stipulat.* & eam pœnam consecutus sit ob id quod aduersarius in iudicium non venerit. Etsi enim petitione hereditatis tenetur vt exactam debiti quantitatem restituat *l. prox. §. antep. infr.* non tamen tenetur pœnam illam reddere. Quippe qui eam sibi acquisiuerit ex propria stipulatione non ex hereditaria *l. venditor 21. De hered. vel act. vendit. l. si heres 73. ad SC. Trebell.* nec propter hereditatem, sed propter defectum vadimonium, Vnde & pœna desertionis dicitur in *l. si domino §. 1. si quis caution.* Idque est quod ait Vlp. in *d. l. item veniunt § item non solum* In petitionem hereditatis non venire illa quæ extrinsecus accedunt, id est nō tam hereditati quàm personæ possessoris, & quæ sunt adeò personalia vt personæ veri heredis accedere non potuerint. Atqui, inquies, etiam pœna commissa ob tardiùs illatum precium reddenda est vero heredi à bonæ fidei possessore *§. vlt. l. prox. supr.* itémque lucrum quod ex lege commissoria accessit venditori *l. prox. in princip. infr.* Sed sunt ista dissimilia, quia conuentiones illæ & stipulationes pœnales sunt veluti appendices precii quod habere petitor potest & debet, vt benè Cuiacius ad hanc legem tractat in Paulo ad Edictum, vbi omnium optimè & clarissimè locum hunc interpretatus est, si eius commentatio cum Accursii glossis conferatur.

25. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

SEd & si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum: lucrum, quod sensit lege commissoria, præstaturum.

Ad l. Sed et si lege commissoria 25.

Ratio dubitandi, & decidendi. Eadem est quæ ad *§. vlt. l. 23. sup.* Lucrum enim quod accessit bonæ fidei possessori ex lege commissoria forte quod propter non solutum sua die totum precium emptor aut arrhas aut illatam iam & prorogatam partem precii perdiderit *l. si fundus 4. vers. sed quod ait l. de lege 6. infr. De leg. commiss.* videtur ei accessisse ex propria conuentione non ex causa hereditatia, ideóque nec restituendum esse heredi agenti petitione hereditatis: Non magis quàm in duobus illis primis casibus de quibus in *leg. prox. præced.* Sed tamen verius est, vt à bonæ fidei quoque possessore restitui debeat, tanquā appendix precii quod venit in hanc actionem, vt proximè ex Cuiacio dicebamus. Verum enim est locupletiorem factum esse venditorem in totum ob id quod siue ex precio, siue ob non solutum precium ex lege commissoria consecutus est. Quod vnum inspici debet vt sciatur quid & quantum restituere bonæ fidei possessor debeat, cùm nullum apud eum remanere lucrum debeat *l. cuicia 38. infr.* Nisi quid specialiter personæ ipsius, non autem hereditati accesserit, vt in *d. l. prox.*

1 ¶ Item si rem distraxit, & ex pretio aliam rem comparauit: veniet pretium in petitionem hereditatis, non res, quam in patrimonium suum conuertit. Sed si res [a] minoris valet, quàm comparata est: hactenus locupletior factus videbitur, quatenus res valet: quemadmodum si consumpsisset, in totum locupletior factus non videbitur.

Ad §. 1. Item si rem distraxit.

Ratio dubitandi. Non tantùm precia rerum ex hereditate distractarum veniunt in petitionem hereditatis, sed etiam res aliæ ex preciis illis comparatæ *l. item veniunt 20. in princip. §. vt & in l. Imperator 70. §. vlt. cum l. seq. inf. De legat. 2.* vbi dicitur Eum qui rogatus est restituere quod ex hereditate superent si quasdam res vendiderit, & ex earum precio alias comparauerit, has quoque quas comparauerit restituere cogendū esse, vt in vicem permutati dominii restituantur.

Dec. Multum interest an bonæ fidei possessor rerum quas ex hereditate distraxit precia in aliarum rerum emptionem conuerterit suo nomine an hereditario, si hereditario nomine & ex pecunia hereditaria aut in locum rei hereditariæ subrogata, qualis est pecunia precii, veniunt in hanc actionem etiam res huiusmodi ex pecunia hereditaria comparatæ. Secus est, si proprio nomine eas comparauerit, & res comparatas in proprium patrimonium conuerterit, quomodo hic loquitur Vlp. In eo qui rogatus est restituere quicquid ex hereditate superent, non eadem distinctio adhibetur. Nam vt maximè res hereditarias aliquas vendidisset, & ex earum preciis alias suo nomine cōparasset, non eo minus tamen restituere illas deberet, tanquam quæ in venditarum locum subrogatæ fuerint, ne alioqui rerum hereditariarum venditio dolo malo facta videatur, & in fraudem fideicommissi: quod non licet, cùm supradicti fideicommissi verbis insit bona fides ex rescripto Diui Marci, De quo in *l. Titius 55. infr. ad SC. Trebell.*

a *Sed & si res.* Ratio dubitandi. Res vnaquæque tanti esse intelligitur quanti vendi potest, neque potest bonæ fidei possessor dicere minoris valere quam ipse pluris emit. Ergo totum precium ex re hereditariæ venditione redactum, & ad eã rem compa andam impensum restituet bonæ fidei possessor, debebit etiamsi res comparata longè minoris sit, siue illam suo nomine comparauerit siue hereditario.

Dec. Æstimatur plerumque res per stultitiam emptoris aut per fallaciam venditoris longè pluris quàm sit *l. alienus 61. §. ad leg. falcid.* Neque ob id reuera fit pluris quòd pluris sit empta, quemadmodum neque cùm propter contumaciam possessoris nolentis eam reddere æstimatur illa vltra iustum precium *l. 1. infr. De in lit. iur.* Et consequenter non ob id solùm potest videri bonæ fidei possessor factus locupletior quod pluris fundum à se emptum comparauerit quàm quanti sit, sed tn tãrum duntaxat quanti reuera fundus est. Proinde si fundum hereditarium pluris vendiderat ex cuius precio alium minoris valentem comparauit, tenebitur non ad restitutionem precii quod accepit, sed ad restitutionem rei quam emit, & in quam totum illud precium impendit, Tanquam catenus duntaxat locupletior factus, Quomodo si partem accepti precii consumpsisset, ac dilapidasset. Quid enim refert, an ludendo consumpserit, an per stultitiam emendo in rem aliquam ex eo precio pluris quàm sit? Neutro sanè casu potest dici factus locupletior, nec proinde teneri petitione hereditatis quæ nunquam datur contra bonæ fidei possessorem supra quàm factus sit locupletior § *consuluit infr. hoc tit. l. C. eod.* Planè si quid bonæ fidei possessor erogauerit in eam rem in quam de suo tantundem erogare debuit, non videbitur consumpsisse, vt bene hîc notat Accursius §. *quod autem quis infr.*

2 § Quod ait Senatus, *Eos qui bona inuasissent, quæ scirent ad se non pertinere, etiam si ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent*: ita intelligendum, vt & dolus præteritus [a] in petitione hereditatis deducere tur: sed & culpa, & ideò ab eo, qui ab alio non exegerit [b], vel à semetipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse, hoc vtique, si exigere potuit.

Ad §. 2. Quod ait Senatus.

Hucusque tractatum est de bonæ fidei possessoribus à quibus hereditas petatur. Iã de prædonibus & malæ fidei possessoribus tractare incipit Vlpianus relatis verbis Senatusconsulti ex quo totũ ius hoc De hereditatis petitionibus æstimandum est.

a *Vt & dolus præteritus.* Ratio dubitandi. Ad officium iudicis non pertinet futuri temporis tractatus, aut vt alij legunt, tractatus etiam in bonæ fidei iudiciis *l. 1. §. 1. infr. de vsur.* Cur ergo magis præteriti.

Dec. De præterito dolo agi potest si non fuerit remissus, itemque de culpa præterita, quia vindicari potest & debet, ne alioqui impunè quis dolum aut culpam admiserit. Futuri doli alia ratio est quia nec vllus adhuc est, nec malo omine sperari debet futurum vt interueniat. Neque rursum verba formulæ cui velut glebæ addictus est iudex pedaneus ad futurum tempus vnquam referuntur, nisi cùm arbitrii mentio facienda est in actionibus arbitrariis, sed semper ad tempus præteritum, & ad facti non ad faciendi quæstionem. Præteritus autem dolus est qui ab herede falso admissus fuit ex quo cœpit quidem hereditatem possidere, sed ante tamen quàm hereditas ab eo peteretur. Non autem dolo tantùm nomine tenetur malæ fidei possessor sed etiam culpæ si quam admiserit. Cùm etiam bonæ fidei possessor de culpa teneatur *l. & non tantùm 19. §. vtiuntur in fin.* vbi dixi *sub hoc tit.* Nec enim debet melioris conditionis esse prædo quàm bonæ fidei possessor *l. non solum 13. infr. De noxal. act.*

b *Qui ab alio non exegerit.* Ratio dubitandi. Non potest prædo exigere à debitoribus hereditariis etiamsi maximè velit cùm aduersus eos nullam habuerit actionem *l. si quid 31. §. penult. infr.* Nemo enim sine actione agere contra alios potest *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. De negot. gest. l. quoties 12. §. & generaliter infr. de adminis. tutor.*

Dec. Semper supponendi sunt termini habiles, ideoque ponendum est in hoc casu potuisse prædonem agere, & exigere. Exactio enim præsupponit actionem & agendi facultatem *l. fideicommissa 11. §. ergo etsi nomen 7. De legat. 3.* Idque est quod Vlpianus hîc subiecit *hoc vtique si exigere potuit*. Potest autem quibusdam casibus fieri vt etiam prædo malæque fidei possessor agere potuerit cõtra debitores hereditarios puta si mentiendo poterat obtendere titulum aliquem, puta dicere se heredem ex testamento de quo controuersiam nemo ei faciebat, cùm tamen sciret testamentum non valere, Aut contendere se proximum agnatum, cùm tamen non ignoraret alium esse & adhuc viuere proximiorẽ qui vulgo mortuus credebatur. Quid enim prohiberet impetrare hanc formulam à Prætore aduersus debitorem, eumque condemnare, si debitor alium heredem verè esse nesciebat? Nec quod ex postfacto appareat alio herede vero existente, nullum agendi ius hunc habuisse, potest eum excusare quominùs teneatur ob id quod non exegerit, cùm facto ipso & agere & exigere potuerit, atque ita impedire ne debitores tempore liberarentur. Aliud sanè est in eo, qui nullum possessionis suæ titulum allegare potest ne quidem per mendacium, qui non tam pro prædone dicitur possidere quàm pro possessore *l. licet 11. §. vlt. & l. seq. supr.* Prædonem enim diei eũam eum qui aliquem falsum titulum obtendat, nihil prohibet si modò reuera nullum habeat. Nam qui aliquem habet quamuis vitiosum puta ab eo quem scit nõ fuisse dominum, quod euenit facilè in rebus singularibus, hic non tam prædo quàm malæ fidei possessor dicendus est, In hereditatis petitione non ita facilè hæc separantur, quia hereditatis petitio non contra quemlibet malæ fidei possessorem cõpetit, id est aduersus eum qui hereditatem habeat ex aliquo titulo vitioso & mala fide subnixo, sed tantùm aduersus eum qui nõ nisi pro herede possideat vel pro possessore *l. regulariter 10. & l. cogi 11 C. eod.* Itaque non pugnat hæc nostra interpretatio cum eo quod scriptum est in §. *seq.* Prædones

eos esse qui bona inuaserunt cùm scirent hereditatem ad se pertinere, nec vllam se possidêdi causam habere. Aliud enim est causam nullam habere, Aliud causam nullam allegare: At idem omnino est, Causam nullam possidendi habere, Aliud verò falsam aliquam causam habere: quoniam quę falsa est, nulla est. Exempla cætera quæ adfert Accursius non sunt accommodata. Nam qui possidet hereditatem ex eo testamento quod licet esse inofficiosum, habet titulum & quidem verum & iustum, Nec prius conueniri potest hereditatis petitione, quàm testamentum pronunciatum sit inofficiosum, vt per sententiam iudicis rescindatur, Neque enim testamentum vllum ipso iure nullius momenti est ob id solùm quòd inofficiosum dicatur, sed inofficiosum pronunciari necesse est vt per sententiam rescindatur, Cùm fieri possit vt pronuncietur non esse inofficiosum *l. si pars 10. & pass. sup. De inoffic. testam.* Interim igitur verè heres est, & habet iustum titulum, ideoque debitores hereditarios conuenire potest. Rursum qui non vindicauit necem defuncti licèt indignus sit hereditate, quam idcirco fiscus ei auffert, non eo minùs tamen interim heres est, adeòque heres manet etiam postquàm hereditas ei ablata est. Cùm is qui semel heres fuit non desinat esse heres *l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pupill. substit.* præterquàm ex causa inofficiosi testamêti *l. in substitutione 5. eod.* Quidni ergo ius habeat conueniendi debitores hereditarios? Nam neque ab eo auffertur hereditas quæ dari eius agêdi, sed bona hereditaria quòd longè diuersum est. Quod autem addit Accursius posse hunc locum intelligi de eo qui fuerit ex cognatis veri heredis, & qui ob eam causam potuerit agere tanquam coniuncta persona ex *l. sed & hæ 35. sup. de procurat.* adhuc absurdius est, Qui enim agit tanquam coniuncta persona non suo nomine agit, sed alieno, nec tanquam heres sed tanquam coniunctus: Neque quod eis ex edicto permittitur agere pro coniunctis personis facit eos procuratores, vt eleganter ait Vlp. in *l. 3. §. sed si forte insr. Rat. rem haber.* Aliæ interpretationes quas adfert Accursius sunt multò improbabiliores, vt ex ipsius glossa videre quiuis potest. Nec felicior est Accursio Bartolus qui duos casus conquirit in quibus potuerit etiam prædo exigere à debitoribus hereditariis. Vnus est, inquit, si prædo ipse hereditaria prędia colonis locauerit, Alter est si debitores erant sub cura & administratione prædonis, à quibus proinde exigere poterat. Omnino malè, Nam primo casu non sunt debitores hereditarii qui à prædone ipso conduxerunt licèt prædia hereditaria conduxerint, & ideo nihil causæ est cur non à prædone conueniri possint *l. si vrbana 15. De contrah. empt.* Posteriore autem casu non competeret actio prædoni tanquam prædoni, sed tanquam curatori & administratori. Non ergo posset imputari ei tanquam prædoni curâ debitore hereditario non exegisset. Sanè exigere à seipso quilibet etiam sine actione potest *d. l. quoties 2. §. generaliter De admin. & per. tutor.* quamuis interdum excusatione dignus sit etiam ille qui à seipso non exegit, vt in *l. deuortio 35.* vbi dixi *supr. De negot. gest.*

3 ¶ Quod autem ait senatus, *eos qui bona inuasissent* loquitur de prædonibus id est, de his qui, cùm scirent ad se non pertinere hereditatem, inuaserunt bona, scilicet cùm nullam causam haberent possidendi.

Ad §. 3. Quod autem ait.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt quis bona inuadat aliena etiam cum titulo, Puta quæ ex stipulatione aut ex venditione aut qua alia iusta causa debeantur, nec tamen eo minùs sit prædo *l. si ca stipulatione 5. insr. De acquir. poss.* Non est igitur bona hæc diffinitio prædonis vt prædo ille sit qui nullâ possidendi causam habet. Imò & interdum prædonis nomine censetur etiam is qui rem iam factam suam propria authoritate occupat, vt in interdicto Quod legatorum *l. 1. insr. quod legat.* aut cùm quis iudicatum ipse exequitur *l. miles 6. §. qui iudicati D. de re iudic. l. creditores 3. C. de pignor. l. dotis actione 9. C. solut. matrim.*

Dec. In hoc differt hereditas à rebus singularibus quod in hereditate prædo nemo sit ob id solùm quòd bona hereditaria authoritate propria inuaserit, cùm nemo sit per cuius manus rerum hereditariarum possessionem nanciscî heres debeat, cùm fiat heres per legem, licèt lex non faciat eum possessorem priusquàm possessionê ipse adprehenderit *l. cùm heredes 23. De acq. poss. l. cum miles 30. sup. ex quib. caus. maior.* At in rebus singularibus adeòque in fideicommissis vniuersalibus, ve& in legatis aliud iuris est *l. facta 20. in princip. ff. ad SC. Trebell.* ne cui scilicèt permittatur eb ius dicere in re propria *d. l. 1. insr. quod legat. l. si quis in tantam C. vnde vi.* Ergo in hereditate nô alius prædo esse ant dici potest quàm qui bona hereditaria inuasit nullo titulo, nullaque possidendi causa præcedente, licèt falsa aliqua allegetur per mendacium, vt ad §. proximum iam explicauimus. Itaque quod Accursius hîc interpretatur *causam nullam, nec de facto nec de iure* non satis probabile est. Illud tanè ad constituendum prædonem in causa hereditatis omnino requiritur, vt neque se putauerit heredem, neque precium vllû numerauerit. Nemo enim prædo est, qui precium numerauit, vt habet iuris regula, & diximus in *l. nec vllam 13. §. si quis sciens supr. hoc tit.*

4 ¶ Sed & fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos.

Ad §. 4. Sed & fructus.

Ratio dubitandi. Generaliter cùm de fructibus æstimandis quæritur constat animaduerti debere non tam vtrum malæ fidei possessor fruitus sit aut fruiturus quàm vtrù petitor ipse frui potuerit si ei possidere licuisset *l. si nauis 62. §. 1. ff. De rei vind.* Ergo non tantùm ad eos fructus teneri debet prædo & qui mala fide possedit hereditatê quos ipse vel perceperit, vel percipere potuerit, sed illos etiam quos nec percipere potuerit, si modò tales sint

quos

tit ut percipere potuisset si possedisset. Dignus enim est prædo qui alienа bona vltrò inuasit vt hac veluti pœna mulctetur, nec tantùm lucro omni priuetur, sed etiam omni damno afficiatur.

Dec. Ita nimirum locus hic intelligi debet, vt credendus sit prædo & alius malæ fidei possessor quilibet eos fructus percepturus fuisse & percipere debuisse quos petitor percipere potuisset. Nec enim existimandum est alio iure censeri hac parte petitionem hereditatis, Alio verò specialem in rem actionem, cùm in vtraque actione idem sit officium tunc prædonis, siue malæ fidei possessoris. Denique fructus omnes restituendi sunt qui percipi potuerunt, vt loquitur Paulus impersonaliter in *l. fructus 33. infr. De rei vindic.* vbi tamen bene addit *honestè*. Quis enim probè imputet prædoni cur non eos fructus perceperit quos non nisi turpiter & inhonestè percipere potuerit? Nã nec fieri posse videtur quod honestè fieri nequit, *l. filius 15. cum l. praeced. ff. De condict. instit.* Planè si quos possessor inhonestos fructos perceperit etiã restituere, puta ex lupanaribus ne alioqui inhonesta interpretatio nõ honesto quæstu lucrum possessori adferat, vt eleganter scriptum est in *l. si possessor 52. & l. ancillarum 27. ff. h. t.* Aliud siquidem est de fructibus perceptis tractare, aliud de percipiendis, sicut & multa fiunt inhonestè, quæ fieri nullo modo deberent. Sicque intelligi etiam debet quod scriptum est in *l. 1. C. h. tit. & in §. . Inst. de off. iudic. l. domum 5. C. de rei vind. Ex l. generaliter 78. de reg. iur.*

5 ¶ De eo autem loquitur senatus, qui ab initio mente prædonis res hereditarias adprehendit. Quod si ab initio quidem iustam causam habuit apiscendæ possessionis: postea verò conscius ad se nihil hereditatem pertinere, prædonio more versari cœpit, nihil senatus loqui videtur. puto tamen, & ad eum mentem senatusconsulti pertinere. parui etenim refert, ab initio quis dolosè in hereditate sit versatus, an postea hoc facere cœpit.

Ad §. 5. De eo autem.

Ratio dubitandi. Minore odio dignus est qui ab initio titulum aliquem suæ possessionis habuit, quamuis ex postfacto cœperit esse prædo, quàm qui nullum vnquam habuit, vt ex eo apparet quod scriptum est in *l. Iulianus 37. ff. De rei vindic.* vbi permittitur ei qui bonæ fidei possessor primùm fuit, sed tamen iam sciens ædificauit in aliena area vt tollat ædificium quod posuit si modò sine detrimento rei id facere possit, Quod tamen ei qui ab initio malæ fidei possessor fuit non permittitur, quia impensam donasse intelligitur *l. adeo 7. §. certè. ff. De acquir. rer. domin. l. si seruus 27. §. si olivam. ff. ad leg. Aquil.*

Dec. Parum refert an quis ab initio dolosè in hereditate versatus sit an posteà id facere cœperit, quia posterior mala fides nocet, sicut de posteriore mora solemus dicere *l. qui decem 72. ff. De solut.* Item de eo qui ab initio non fuit in dolo malo cũ stipulatio interponeretur, nunc autem cùm agit in dolo est. Perinde namque is doli mali exceptione repellitur, atque si dolo ab initio fecisset, *l. 2. §. circa. ff. De doli mal. except.* Quamuis ergo Senatusconsultum quo iubetur prædo omnes fructus restituere non tantùm quos percepit, sed etiam qui percipi à quocunque potuerunt, non sit locutum de huiusmodi possessore qui ab initio causam aliquam possidendi habuit, postea verò conscius hereditatem ad se non pertinere prædonio more versari cœpit, sed de eo tantùm qui iam inde ab initio prædo fuit, Attamen ad hunc quoque mens senatusconsulti pertinet vt non minùs quàm ille fructus omnes restituere teneatur. Aliud est si agatur de fato præstando rei petitæ quæ post litem contestatam perierit. Non enim debet is qui primùm bonæ fidei possessor fuit, huius periculi metu ius suum indefensum relinquere, *l. illud 40. infr. hoc tit.* Idem iuris est si de vsucapione tractetur: quam scilicet superueniens mala fides non interrumpit, si modò bona fides interuenerit initio traditionis & nanciscendæ possessionis, *l. si aliena 10. De vsucap.* Sic denique cùm quæritur de vitio possessionis puta an violenta sit aut clandestina, non ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est, *l. clam possidere 6. ff. De acq. poss.* Hinc est quod mitiùs agitur cum eo qui ædificauit in area aliena cuius possessor bonæ fidei ab initio fuit, licet iam alienam sciens ædificauerit, *d. l. Iulianus*, quia non potest videri impensam donasse is, qui non obstante mala fide illa superueniente potuit tamen vsucapere propter bonam fidem quam cum titulo coniunctam ab initio habuit, *d. l. si aliena l. vnic. § hoc tantummodo C. de vsucap. transform.* Sed & quod ad fructus attinet non semper eadem ratio est malæ fidei superuenientis eius quæ ab initio fuit. Nam si prior bona fides titulum adnexum habuit, superueniens mala fides non impedit acquisitionem fructuum anteà bona fide perceptorum, nec obligat possessorem ad restitutionem aliorum fructuum quàm quos percepit ex quo tempore malam fidem habere cœpit, Secundum eam Pomponij sententiam quam Paulus refert & probat in *l. bonæ fidei 48. §. in contrarium. De acquir. rer. domin.* Iulianus enim contrà sensisse videtur in *l. qui scit 25. §. vlt. De vsur.* vbi ait bonæ fidei emptorem intelligi quod ad percipiendos fructus quandiu fundus euictus non fuerit, Nimirum propter titulum præcedentem, ex quo putauit ille nasci ius acquirendorum fructuum nõ ex sola bonæ fidei possessione. Ideóque ait *bonæ fidei emptorem intelligi* non autem *bonæ fidei possessorem*, Pomponius verò & Paulus videntur existimasse acquisitionem fructuum habere pro causa proxima & immediata bonæ fidei possessionem potiùs quàm titulum. Nemo autem dubitare potest quin bonæ fidei possessor esse desinat à quo tẽpore scit fundum esse alienum Nec tamen ideò quisquam dixerit desinere illum esse emptorem bonæ fidei, cùm emptor dicatur inspecto tempore emptionis, quo tẽpore bona fides adfuit. Desinit emptor esse tantùm tempore quo fundus euincitur quia potestas euictionis tollit intellectum emptionis aut saltem traditionis, arg. *l. si patroni 55. §. vlt. ff. ad SC. Treb.* Et ita explicari Paulus & Iulianus debent cùm nullomodo conciliari possint. At cùm titulus nullus est, bona fides prior si qua fuit nihil prodest ad acquisitionem fructuum etiam illo tempore perceptorum si posteà mala fides su-

Digitized by Google

peruenerit. Et hic casus est quem hoc loco tractat Vlpianus de prædone qui ab initio quidem bonam fidem habuit, sed titulum possessionis suæ nullum vnquam habuit. Vt puta si ab initio credidit se agnatum proximum, cùm alius qui erat proximior vulgo putaretur mortuus, quem tamen postea rescierit ille viuere, & hereditatem adijsse. Cæterùm etsi titulus cum bona fide coniunctus prodest ad acquisitionem fructuum, non tamen sufficit vt bonæ fidei possessor fructus lucretur quandoquidem eos omnes restituere tenetur nisi quos vel consumpserit vel vsuceperit, vt dicemus ad *d. l. fructus 33. infr. de rei vindicat.* Malè verò Bartolus hac parte separat petitionem hereditatis à rei vindicatione: Quasi in illa non in hac nihil intersit an mala fides ab initio fuerit an superuenerit ex postfacto, quod certè non ita est. Sed illa tantùm distinctio adhiberi debet an titulus aliquis fuerit an nullus. Quæ distinctio cadit quidem in bonæ fidei possessorem, sed non in prædonem, qui nullum vnquam titulum habere potest. Illud sanè notat bene Bartolus ad hunc §. Quod dicitur Paria esse aliquid esse ab initio, Et superuenire ex postfacto. Non semper verum esse, sed iis tantùm casibus quibus eadem fit ratio vtriusque non quibus est diuersa vt constat ex *l. non distinguemus 32. §. sacerdotio supr. De recept.* Semper enim iuris identitas ex rationis identitate sumi debet, *l. 3. § vnde etiam ff. De iniust. rupt. l. illud 32. infr. ad leg. Aquil.* Indéque est quod in prædone, de quo nunc agimus, Paria sunt quod ab initio habuerit malam fidem, Et quod ex postfacto illam habere cœperit, quia cùm nullum habeat titulum sola bona fides non potest ei acquirere commodum fructuum, sed aliquo titulo est opus quo bona fides innitatur. Ideóque non de quolibet ac simplici possessore loquuntur prudentes cùm dicunt possessorem facere fructus suos, sed de bonæ fidei emptore, vt in *d. l. bonæ fidei 48. De acquir. rer. domin. dict. l. qui scit 25. §. vltim. De vsur. & fruct.*

6 § Scire ad se non pertinere vtrùm is tantummodo videtur, qui factum scit, an & is, qui in iure errauit? putauit enim rectè factum testamentum, cùm inutile erat: vel, cùm eum alius præcederet agnatus, sibi potiùs deferri. Et non puto hunc esse prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure erret.

Ad §. 6. Scire.

Ratio dubitandi. Error iuris neminem excusat, non quòd præsumendus sit quilibet scire iura, quæ nec sciunt ferè qui totam ætatem in iis addiscendis consumpserunt, Sed quia liberum sit impetro cuilibet consulere peritiores, *l. in bonorum 10. infr. D. bonor. poss. ff.* ideóque stultus dicitur qui errat in iure *l. regula 9. §. 3. vltim. ff. De iur. & fact. ignor.* vbi ob hanc causam adducit non solere huiusmodi personis succurri quia non stultis succurrendum sit, sed errantibus. Tum verò maximè hoc obtinet, cùm is qui in iure errat de acquirendo certat & de lucro captando non de damno vitando. Regula enim est iuris ignorantiam nocere cuilibet acquirere volenti, hoc est non prodesse ne quidem fœminis in compendiis, licèt nemini noceat in damnis amittendæ rei suæ. Errorem verò facti ne maribus quidem siue in damnis siue in compendiis obesse, *d. l. regula 9. in princip. iunctis duab. praeced. & l. 4. eod. tit.* Ergo cùm de fructibus acquirendis quæritur, in quo lucrũ & commodũ magnum versatur, non potest error iuris excusare possessorem quominus is prædo videri debeat; saltem quod ad hoc vt non eo minùs teneatur fructus restituere, Ne alioqui prosit ei iuris error ad fructus acquirendos, quod absurdum & iniquum esset. Nam & inde fit vt ad vsucapiendum iuris ignorantia non prosit, quamuis ignorantia facti prosit, *d. l. 4. l. numquam 31. in princ. & l. seq. §. 1. ff. De vsucap.* Nisi cùm ignorantia facti est supina, vt in *d. d. regula § 1. l. sed si pupillus 11. §. proscribere vers. certè. ff. De instit. act.*

Dec. Nemo prædo est ob id solùm quòd in iure erret, sed ex eo tantùm quod deprædandi & aliena bona inuadendi mentem atque animum habeat, quæ res nihil commune habet cum errore iuris. Credibile namque est eum, qui non aliam ob causam inuasit bona aliena quàm quod in iure errauerit, non fuisse inuasurum si non errasset. Denique sicuti bona fides nasci solet ex errore facti, ita è contrario mala fides ex facti scientia, Neutra verò ex iuris ignorantia, cùm & bona & mala fides facti sit non iuris *l. bonæ fidei 48. §. 1. De acquir. rer. domin.* Et ideò qui errat in iure nec in bona nec in mala fide eo magis est. Non igitur dignus est cum quo tam seuerè agatur vt omnes fructus quos percepit quique ab alio quolibet percipi potuerunt restituere debeat, tanquam prædo, sed dignus potiùs qui non alios restituat quàm ex quibus locupletior factus sit quod in bonæ fidei possessoribus seruatur. Nam quemadmodum fauor bonæ fidei possessoris Senatum mouit vt tale ius constitueret in bonæ fidei possessoribus. Ita & solum prædonis odium induxit, vt aliud ius in prædonum persona sit inductum. Porrò non tam odio illo quàm commiseratione aliqua dignus est qui errat in iure non quasi habeat bonam fidem, sed quia non habet malam, quod sufficit vt mens & æquitas Senatusconsulti quamuis non nisi de bonæ fidei possessoribus locutum sit, ad eum protrahatur. An quòd ad fructuum acquisitionem sufficiat bona fides sine titulo, Bona verò fides adesse intelligatur ex eo solo quòd mala fides absit, sufficiátque malam fidem abesse? vt putat Bartolus. Minimè verò. Vtrumque enim falsum est, Et ad fructuum acquisitionem non requiri titulum, vt ad superiorem §. ostendimus &, Et esse hæc paria Bonam fidem adesse & malam fidem abesse cùm inter hæc duo, quæ non contradictoria sed contraria sunt, medium quoddam sit, vt & Bartolus fatetur, Nec bonam fidem adesse nec malam quod in personis ignorantium & dormientium contingit. An potiùs, vt vult Accursius, quòd hic quem ponimus in iure errasse, non acquirat fructus efficaciter sed eos restituere teneatur? At ne hoc quidem. Cùm enim negat Vlpianus prædonem hunc esse qui in iure errauit, hoc ipsum proculdubio negat, Cogi eum restituere fructus ne quidem eos quos ipse perceperit, si modò ex eorum consumptione locupletior factus non sit, Tametsi quod mirum est, neque titulum vllum

neque

neque bonam fidem habuerit. Non quòd ex ratione iuris hic lucrari fructus debuerit quod ipsis bonæ fidei possessoribus non nisi vix & ex summa æquitate etiam titulum habentibus concessum est, Sed ex beneficio Senatusconsulti quod de hereditatum petitionibus factum est, & quo prospectum fuit non tam solis bonæ fidei possessoribus quàm omnibus non prædonibus. Quid enim magis imputare queas possessori qui in iure errauit, quamuis neque titulum, neque bonam fidem habuerit, quàm si eo facto etiamsi ac bonam fidem sine titulo habuisset? Quo vtique casu conuentus petitione hereditatis non alios fructus restituere deberet, quàm ex quibus locupletior factus esset. Neque tamen hoc quasi eos fructus quos non restitueret sibi acquisiuisset, Sed quia beneficiũ hoc ei indultum Senatus voluit, ne noceret ei quòd re aliena tanquam sua latiùs & lautiùs vsus fuisset, vt intelligamus nihil commune habere quæstionem De fructuum restitutione cum quæstione de fructuum acquisitione. Sicut enim dicimus bonæ fidei possessorem percipiendo fructus ex re aliena statim eos suos facere *d. l. bona fides*, adeóque prius etiam quàm illos perceperit statim atque à solo separati sunt *d. l. qui scit 25. §. 1. De vsur. l. si fructuarius messem 13. §. j. quib. mod. vsusfr. amitt.* Nec eo minùs tamen cogendum illum eos ipsos fructus quos acquisiuit restituere si non eos vel consumpserit vel quasi vsuceperit, vt eos non tantùm acquisiuisse sed etiam lucratus fuisse videri possit *l. 4. §. lana. De vsucap. l. 4. §. post litem Fin. regund.* Nimirum quia fructus per solam perceptionem non fiunt bonæ fidei emptoris absolutè sed interim tãtùm vt Paulus loquitur in *d. l. bona fides*. Ita & è contrario in hereditatis alienæ quolibet possessore dicendum est, cùm possessionis suæ titulum nullum habeat non magis eum bonæ fidei possessor quàm eum prædo est. Nullos eum fructus suos facere ne quidem eos quos consumpsit, tantum abest vt eos lucretur, cùm acquirendi titulum aliquem necesse sit præcedere vt acquisitio sequi possit, Nec ideirco tamen vllos restituere ex iis quos consumpserit, si modò ex eorum consumptione locupletior factus non sit, Nempe propter authoritatem Senatusconsulti, quæ si non esset ne quidem bonæ fidei possessori parceretur. In eóque sanè fatendum est minùs iuris habere illum qui bona fide hereditatem possidet, quàm qui rem singularem. Nemo enim bonæ fidei possessor est rei singularis nisi qui suæ possessionis titulum aliquem habeat, cúmque iustum sed non à domino. At cùm de bonæ fidei possessore tractamus qui petitione hereditatis conueniatur, (de hoc enim solo agimus) eum bonæ fidei possessorem intelligimus qui titulum nullum habeat, sed tantùm probabilem causam existimandi se heredem, Cùm aduersus titulo possidentem hereditatis petitio non competat *l. regulariter 10* vbi dixi & in *legib. seqq. sup. hoc tit.* Quomodo igitur posset facere fructus suos quos ex hereditate perciperet. Aut quomodo verum esset quod in hoc Titulo tot locis scriptum est fructus ex rebus hereditariis perceptos etiam à bonæ fidei possessore augere hereditatem, ita vt eorum quoque qui ante litem contestatam percepti sunt vsuræ debeantur *l. item veniunt 20. §. item non solùm 3. hoc tit. §. vlt. & legib. seqq. l. heres furiosi 50. §. 1. j. hoc tit si bona fidei possessori acquirerentur?* Et quamuis debeat id intelligi de fructibus extantibus non de consumptis, aut si de consumptis, de iis tantùm ex quorum consumptione possessori bonæ fidei locupletior factus sit, *l. illud 40. §. præ io. j. hoc tit.* Non alia tamen ratio est propter quam fructus consumptos lucrari debeat bonæ fidei possessor qui eos percipiendo suos fecit quàm quia si eos non consumeret, sed per annum possideret vsucapere illos posset, *d. §. lana*, aut saltem quasi vsucapere, vt in *l. in libello 12. §. si quis seruum. j. De capt. & postlim.* Atqui bonæ fidei possessor hereditatis numquam posset fructus extantes vsucapere nec si per mille annos possideret, quia sine titulo nulla procedit vsucapio, interueniente quantumlibet iuris errore, *d. l. numquam 31. & l. sequ. §. 1. De vsucap. d. l. 4. De iur. & fact. ignor.* Ergo non solùm fructus percipiendo suos eos facere non potest, sed neque consumendo non magis quàm vsucapiendo, Et ob eam ipsam causam inauditum est in iure nostro vt qui pro herede possidet hereditatem bona fide, res vllas hereditarias vsucapiat, vt nec hereditatem ipsam, *l. hereditatis 7. C. de hered. petit.* Nec est contrarium quod ad §. præcedentem adnotauimus contra Bartolum, non esse ponendam differentiam hac parte inter petitionem hereditatis & vindicationem. Id enim sic intelligi debet quantum ad hoc vt nihil intersit an mala fides ab initio interuenerit, an verò superuenerit ex postfacto, vt scilicet vtroque casu prædo sit & fructus omnes debeat restituere etiam non perceptos ille qui titulum suæ possessionis nullum habet siue vindicatione, siue hereditatis petitione conueniatur. Non enim quemadmodum petitio hereditatis non datur contra titulo possidentem, Ita vindicatio contra possidentem sine titulo deneganda est, imò tantò magis danda quantò improbior est qui nullum habens possessionis suæ titulum, vindicanti tamen resistit. Sed distinguendus est possessor bonæ fidei qui hereditatis petitione conuenitur à bonæ fidei possessore qui rei vindicatione conuenitur, quòd licet vterque dicatur & sit possessor bonæ fidei, Attamen is qui conuenitur rei vindicatione titulum semper habet, alioqui prædo esset aut saltem possessor malæ fidei, & ideò fructus facit suos percipiendo & lucratur consumendo, vel quasi vsucapiendo, vt diximus, Qui verò conuenitur petitione hereditatis, titulum nullum habet nec habere potest, nec proinde vllum ius acquirendorum fructuum neque perceptione, neque consumptione, neque vsucapione, quantumuis bonæ fidei possessor sit sola opinione quia putat hereditatem suam esse, nec scit eam ad alium pertinere. Nec quod eam opinionem habeat per errorem iuris facere potest vt eo magis prædo sit. Quis enim credat ex iuris ignorantia proficisci posse scientiam facti? Itaque hoc casu ignorantia & error iuris non tam prodest, quàm non nocet, Vt & in aliis plerisque iuris partibus, aliud est non prodesse, aliud nocere, Itémque aliud prodesse, aliud non nocere. Cæterùm quamuis bonæ fidei possessor hereditatis nullos fructus faciat suos, ideóque ex mera iuris ratione omnes restituere deberet, placuit tamen Senatui vt quos consumpsit restituere non debeat, nisi ex quorum consumptione factus ille sit locupletior, ne ob suam bonam fidem damno adficiatur. Planè qui contra leges, id est aduersus interdicta & prohibitionem legum mer-

catur, is omnimodo malæ fidei possessor est *l. quemadmodum 7. C. de agric. & censit. lib. 11.* nec eum iuris ignorantia excusat quia leges & constitutiones generales ignorare nemini permittitur, *l. constitutiones 12. C. de iur. & fact. ignor.* Longéque diuersum est ignorare ius receptum & ignorare generales leges & constitutiones. Sicut & aliud est possidere aliquid eo iure quod putes tibi competere ex eo forte testamento quod suspiceris valere, Aliud verò aliquid emere, aut aliter acquirere contra leges. Qui enim contrahit cum alio sicuti non debet ignarus esse conditionis eius cum quo contrahit *l. qui cum alio 19. De regul. iur.* ita neque conditionum quas in emendo & acquirendo seruare ex legibus cogitur, hactenus saltem ne quid illicitum & prohibitum faciat. Dignus enim est qui puniatur is qui contra legis prohibitionem peccat; non etiam is qui simplici ac mera tantùm iuris imperitia labitur, quod & Bartolus benè vidit.

7 ¶ *Si ante litem contestatam*, inquit, *fecerint*. hoc ideò adiectum: quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse: quinimmo post controuersiam motam. quamquam enim litis contestatæ mentio fiat in senatusconsulto, tamen & post motam controuersiam omnes possessores pares fiunt, & quasi prædones tenentur. & hoc iure hodie vtimur. cœpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. qui verò prædo est, & ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus præteritus.

Ad §. 7. Si ante.

Ratio dubitandi. Etiam post litem contestatam fieri potest vt possessor putet se iustam causam possidendi habere, nec de victoria litis desperet, Alioqui litis contestatio habenda esset pro condemnatione, & plerique cogerentur ius suum indefensum relinquere eo metu ne per litis contestationem malæ fidei possessores efficerentur: quod non modò absurdum, sed etiam iniquum esset, *l. illud 40. §. hoc tit.* Multò igitur minùs dicendum est per simplicem denunciationem & post motam controuersiam possessores omnes fieri pares, id est prædones, quod tamen scriptum est in hoc §. & in *l. item veniunt 20. § petitam. inpr. hoc tit.*

Dec. Mala fides inducitur ex eo quod possessor incipiat scire rem esse alienam, Quod porrò contingit non modò per litis contestationem, sed etiam per simplicem denunciationem *d. §. petitam.* Nec enim fraude carere potest qui etiam extra iudicium testatò conuentus perseuerat rem possidere *l. ait prætor. §. si quis particeps. §. quæ in fraud. credit.* Nimirum si ex litis euentu appareat nullo iure litigasse possessorem qui tandem succubuerit. Sic enim hoc intelligendum & supplendum est, Alioqui si possessor vicerit, actore totiassis nihil probante, vt in *l. vltim. C. de rei vindic.* aut iusta aliqua exceptione subnixo possessore, quis dicat possessorem factum esse prædonem ob id solùm quod ei denunciatum fuerit ab actore, adeóque quòd litem fuerit contestatus? Procedit autem hoc certiùs in petitione hereditatis, quia cùm non detur illa nisi aduersus eum qui nullo titulo possideat, nullóque iure fieri certè nequit, vt qui hereditatis petitione conuenitur, vincat nisi per non ius actoris, siue pro herede ipse possideat, siue pro possessore. At in specialibus petitionibus & vindicationibus si quod plerunque accidit possessor titulum aliquem habeat suæ possessionis, facilè potest euenire, vt vincat, nec tantùm per non ius actoris non probantis se dominum, sed etiam iure suo proprio, quòd se dominum probet. An ergo separabimus hac parte petitionem hereditatis à rei vindicatione? Sic Accursius, Bartolus & alij vulgò existimant quasi in vindicatione litem contestatam esse oporteat ad constituendum possessorem in mala fide, nec sufficiat controuersiam motam esse, Ex *l. certum 22. C. de rei vindic. l. penult. §. pro empto.* Sed malè. Cùm enim siue bona, siue mala fide possidere facti sit non iuris, *l. bona fidei 48. §. 1. §. de acquir. rer. domin.* non potest facilius aut difficili is bona fides induci aut mala fides ex vna actione quàm ex altera: nec minus potest simplex denunciatio per quam mouetur controuersia ad inducendam scientiam rei alienæ, quàm litis contestatio etiam ei facta qui vindicatione conueniendus sit, non hereditatis petitione: Nec tamen potest denunciatio ex actionis exercendæ diuersitate alio atque alio iure censeri, cùm fiat ante actionem propositam quæ nec nisi post litē contestatam proponi & exerceri potest. Neque obstat quod in *d. l. certum*, & aliis quàm plurimis locis mentio fit litis contestatæ, cùm de fructuum perceptorum restitutione agitur. Id enim fit quia non semper præcedit denunciatio, At litis contestationem præcedere semper necesse est priusquàm ad sententiam adeóque ad iudicem peruenìri possit. Sic enim dicimus vsuras & fructus legatorum deberi ex die litis contestatæ, *l. 1. & tot. tit. C. de vsur. & fruct. legat.* cùm tamen certum sit deberi ex die moræ si qua mora contestationem præcesserit, *l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. l. 3. in princ. §. De vsur. l. 5. C. in quib. caus. non est necess. in integ. restit.* Ergo & si aliqua denunciatio litis contestationem præcesserit, dicendum est exinde possessorem factum malæ fidei etiam ad fructuum omnium quos perceperit restitutionem cōdemnari oportere, vt apertè scriptum est in *l. si fundum 17. C. de rei vindic.* iunct. *d. l. ait prætor. 10 §. si quis particeps quæ in fraud. cred.* Nec possum probare quod Accursius & Bartolus tradunt præsumptionem esse iuris & de iure quod per litis contestationem inducatur mala fides, Quasi verò non idem sit & in denunciatione extra iudicium ac testatò facta *d. §. si quis particeps.* Aut quasi non etiam facta litis contestatione distinguendum non sit in rei vindicatione an possessor ius aliquod habeat possidendi, necne. Neque illud etiam obstat nostræ sententiæ, quod Bartolus adducit ex *d. l. pen. Pro emptor.* vbi dicitur ex simplici denunciatione non interrumpi diutinam possessionem. Eo namque loco dixit Scæuola, vel potiùs Tribonianus, vt solet, diutinam possessionem pro vsucapione, quæ nec per litis contestationem interrumpitur, *l. 2. §. vltim. eod.* quia scilicet mala fides superueniens eam non interrumpit, *l. si aliena. o. §. De vsucap. l. si post acceptum 8 De rei vindic.* quod tamen in longi temporis possessione aliud erat, *l. mora*

Lmota litis 26. C. de rei vindic. quousque ius hoc immutatum est per Iustinianum constitutionem in *l. vnic. C. de transfor. vsucap.* Rursus quod Bartolus hac in re distinguit fructus restituendos à periculo praestando interitus rei, vt contestatio inducat malam fidem, quantum ad restituendos fructus, non etiam quod pertinet ad praestandum periculum mortalitatis ex *d. l. illud 40. §.* mihi etiam non probatur cùm tractamus de petitione hereditatis. Quoniam illa distinctio quae ponitur in *d. l. illud*, inter bonae fidei possessorem & praedonem ad speciales tantùm in rem actiones pertinet, non autem ad petitionem hereditatis, in qua non potest locum habere ratio qua mouetur Paulus quòd non debuerit bonae fidei possessor eo metu ius suum indefensum relinquere, Cùm is qui hereditatis petitione conuenitur nullum ius habere possit quantùmuis bonam fidem habeat, quia nec titulum vllum vnquam habet nec habere potest, Alioqui hereditatis petitione conueniri non posset. Quòd si nec bonam fidem habeat quia praedo est, nihil addet litis contestatio, cùm is qui iam praedo est non possit magis fieri praedo. Et hoc est quod sequitur in hoc § *quod verò praedo est & ante litem contestatam doli nomine tenetur. Hic est enim dolus praeteritus*, qui scilicèt venit in petitionem hereditatis adeòque culpa §. *quod aut supr. hac leg. nec vllam 13. §. si autem l. item veniunt 20. praeter hac supr. hoc titul* Praeteritus enim dolus est qui praecedit litem contestatam *l. 1. §. non tantum inf. Deposit.*

8 ¶ *Perinde*, inquit, *condemnandos quasi possiderent* meritò, nam is, qui dolo fecit quo minus possideret vt possessor, condemnatur, accipies, siue dolo desierit possidere, siue dolo possessionem noluerit admittere a. Siue autem ab alio res possideatur, siue in totum non extet b: locum habebit haec clausula. Vnde si sit alius possessor, ab vtroque hereditas peti possit c: &, si per multos ambulauerit possessio, omnes tenebuntur.

Ad §. 8. Perinde.

Ratio dubitandi. Possessio facti est magis quàm iuris *l. 1. § si vir vxori infr. De acquir. poss.* licèt plurimùm ex iure mutuetur *l. possessio 49. in princip. & §. 1. eod.* Atqui in iis quae sunt facti fictio iuris locum habere non potest *l. demque 19. §. ex quib. caus. maior. l. in bello 12. §. facta. infr. De capt. & postlim.* Ergo non potest fieri vt qui desiit possidere etiam dolo malo, adhuc possidere fingatur.

Dec. Non aliter puniri potest dolus eius qui dolo malo desiit possidere, quàm vt dolus eius pro possessione habeatur *l. qui dolo 131. D. reg. iur.* Alioqui fructum dol. sui sentiret dolosus qui ob hoc solùm dolo desisset possidere, ne tanquam possessor conueniri posset. Atqui dolus numquam impunitus manere debet, ne tum quidem cùm ei ipsi nocet qui dolum admisit *l. procurator 11. §. 1. De doli mal. except.* Pugnat enim non cum vno aut altero ex praeceptis iuris, sed cum omnibus simul Honestè viuendi, Alterum non laedendi, & Ius suum cuique tribuendi contra quae omnia peccat qui dolum admittit. Dolum igitur possidentis qui dolo malo desiit possidere pro possessione haberi necesse est, Idque non tam per fictionem quàm in poenam doli qui aliter, vt diximus, puniri non potest. Nec quod possessio facti est, impedit ne dolus pro possessione haberi possit, cùm praesertim habeat etiam plurimum iuris, *d. l. possessio 49. in princ. & §. 1. De acquir. poss.*

a *Siue dolo poss. sionem noluerit admittere.* Ratio dubitandi. Non potest videri dolo desisse habere qui numquam habuit *l. non potest videri 208. De reg. iur.* Qui verò possessionem noluit admittere etiam dolo malo, numquam possessionem habuit Ergo nec dolo malo desiisse videri potest.

Dec. In omni ferè iuris parte pro facto habendum est id quod per alium stetit ne fiat, *l. iure. ciuili 161. De reg. iur.* Nihil ergo interest an is qui possidebat dolo desierit possidere, an verò per eum factum sit ne incipiat possidere *l. 1. § fariè ... Si quis omiss. caus. testamen. ... D. h. t. ... act. ...*

b *Siue in totum non extet.* Ratio dubitandi. Multò facilius est vt qui dolo malo desiit rem aliquam possidere videatur adhuc possidere rem illâ quam alius adhuc possidet, quàm vt possidere videatur eam rem quae ampliùs in rerū natura non extat, & quae proinde à nemine possidetur; nec possideri potest, cùm non entis nullae sint qualitates. Ergo qui dolo malo desiit possidere rem quae amplius non extat, non potest haberi pro possessore.

Dec. Dolus semel admissus durat, nec vnquam perit, quousq; purgatus sit, Nec enim tempus modus est finiendi doli, quamuis actio ipsa de dolo quoniam famosa est anno finiatur ex ratione iuris veteris, hodie autem biennio ex *l. vlt. C. de dolo*, oec sicut exceptio doli sit perpetua *l. purè §. § vlt. De doli mal. exce.* Ergo cū dolus pro possessione sit, vt modò diximus, cōsequens est, vt quāuis res extare desierit, nō eo minus tamē pro possessore haberi debeat, qui dolum admisit, cùm dolus semper duret.

c *Ab vtroque hereditas peti possit.* Ratio dubitandi: Iuris fictiones debent respondere veritati ne plus possit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero contra vulgare nostrorum brocardicum. Nam neque confessi nec expressae reorum aliter valent quàm si & ius & naturam recipiant *l. confessiones 13. §. vltim & l. seq. §. De interrog. in iur. faciend. l. vlt. § quod falsi tutor. auctor.* Atqui non potest fieri vt duo simul eandem rem possideant in solidum *l. 3. §. ex contrario §. De acquir. poss. l. duo in solidum 19. §. De precar.* Ergo nec vt à duobus aut pluribus simul hereditas petatur, quippe quae non nisi à possessoribus peti potest.

Dec. Multum interest inter veram & fictam possessionem. Vera enim possessio quoniam facti est non potest esse penes duos pluresve in solidum eodem tempore, non magis quàm vt in quo loco ego sto, tu stare videaris *d. §. ex contrario.* Ne alioqui necesse esset dari penetrationem dimensionum, quod esset impossibile, At ficta possessio quae ex dolo inducitur eius qui desiit possidere penes duos pluresve esse potest si res per multorum personas ambulauerit, quia nec quicquam vetat plures in dolo esse, ac diuersis temporibus dolo malo desiisse eandem rem possidere. Bene tamen Accur. us notat, Possessore tem restituente liberari eum qui dolo malo desierat possidere, non contrà *l. nec vllam ... ad l. etiam si §. penultim. sup. l. Stichum aut Pamphilum 91. §. dolo*

fecisti. ℸ. *De solut*. Et rursum si res quam aliquis dolo desiit possidere non extet amplius in rerum natura, dolosum haberi pro possessore quantum ad hoc vt interitu rei non sit liberatus, itemq; vt fructus restituere teneatur, sed non etiam vt contra eum iurari in litem possit, Ex *l. item veniunt* 20. alias *l. si possessor*. §. *vlt*. vbi dixi §. *hoc tit*. Et ita debet intelligi quod sequitur in §. *hæc verba*. ℸ. tam aduersus eum qui dolo fecit quominus possideat quàm aduersus possidentem iurari posse in litem, scilicet si res adhuc extet in rerum natura nec vsucapta sit, non etiam si vel deperdita vel vsucapta sit, quia verum precium hoc casu præstari satis est, *d*. §. *vlt*.

9 ¶ Sed vtrùm is solus, qui possideat, fructus præstabit: an etiam is, qui dolo fecit, quo minùs possideret? & dicendum erit, post senatusconsultum, ambo teneri.

Ad §. 9. *Sed vtrum*.

Ratio dubitandi. Fructus qui ex rebus hereditariis percipiuntur non tam hereditari quàm rebus hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria* 18 ℸ. *ad SC. Trebellian*. Ergo non ab alio præstari debent quàm ab eo qui possidet res hereditarias, non etiam ab illo qui eas dolo malo desiit possidere.

Dec. Quemadmodum dolus pro possessione est in persona quoque illius, qui numquam possedit, sed dolo malo fecit quominùs inciperet possidere, vt proximè diximus, Ita & fructus percepisse credi potest is quoque cuius dolo malo factum est ne illos percipere potuerit. Quamquam non tam ex mera iuris ratione fieri hoc videtur quàm ex verbis Senatusconsulti quod de hereditatis petitione factum est, quibus exæquatur prædoni etiam is, qui dolo malo desiit possidere vt perinde & conueniri petitione hereditatis possit, & condemnari debeat acsi adhuc possideret §. *prox*. §. Idq; est quod Vlpianus insinuare videtur in hoc §. cùm scribit dicendum esse *post Senatusconsultum ambos teneri*. Ratio enim iuris proculdubio faciebat, vt qui restituendæ rei facultatem haberet, is vel solus vel saltem prior conueniretur ea actione quæ non datur nisi ad restitutionem.

10 ¶ Hæc verba senatusconsulti etiam aduersus eum, qui non possidet, iusiurandum inducunt. tam enim aduersus eum, qui dolo fecit, quo minùs possideat, quàm aduersus possidentem in litem iuratur.

Ad §. 10. *Hæc verba*.

Ratio dubitandi. Verba Senatusconsulti nihil exprimunt de iureiurando in litem aduersus eum dando qui dolo malo desierit possidere, Nec bona est consecutio vt quisquis tenetur hereditatis petitione iusiurandum quoque in litem pati cogatur, cùm possit fieri vt nō nisi ad verum rei precium teneatur, puta si res hereditaria vel deperdita vel vsucapta sit *l. item veniunt* 20. aliàs *l. si possessor* §. *vlt. supr*. Præsertim cùm ex ratione iuris non soleat nec debeat iusiurandum in litem contra alium dari quàm eum qui per contumaciam nolit rem alienam restituere cuius restituendæ habeat facultatem *l*. 1. ℸ. *De in lit. iur. l. tutor* 8. *eod*. velitque inuito domino eam retinere *l. si filiusfamilias* 25. §. 1. ℸ. *sol. matr. l. non enim* 9. *Rer. amot. l. nec quasi* 70. ℸ. *De rei vindic*.

Dec. Ex verbis Senatusconsulti is qui dolo fecit quominùs possideret, siue possidere desierit, siue nunquam inceperit, periode condemnandus est acsi adhuc possideret §. *perinde*. §. *sup*. Atqui si possideret nec vellet restituere iurari aduersus eum in litem posset, quoniam in petitione hereditatis agitur de causa dominij *d. l. item veniunt*. §. *vl*. Vtrum etiam res hereditate alienatarum dummodò nec deperditæ sint nec diminutæ æstimatio fit in arbitrio petitoris, inquit Paulus *lib*. 1. *Senten. Tit*. 13. §. 9. Ergo & idem obseruandum est contra eum qui quoquomodo fecit dolo malo quominùs possideret. Quænam enim maior contumacia fingi potest, quàm huius qui dolo suo præuenit quantum potest imperium magistratus aut iudicis, ob hoc ipsum solùm ne contumax vnquam videri possit, & ne palàm habeat necesse? Idcóque nimirum etiam in rei vindicatione iuratur in litem & quidem in infinitum cõtra eum qui dolo malo desiit possidere *l. qui restituere* 68. *De rei vindic*. Planè si res hereditariæ vel deperditæ sint vel diminutæ, id est, aut in rerum natura extare desierint, aut vsucaptæ fuerint, non iurabitur in litem earū nomine, sed sufficiet præstari verum precium *d*. §. *vlt*. quia etiamsi dolus possessoris nullus interuenisset, hodie tamen pro iis iurari in litem non posset, tanquam impedimento restitutioni allato non tam per dolum prædonis quàm fato naturæ aut facto vsucapientis. Ne vlteriùs extendatur dolus in re aliqua admissus quàm res ipsa.

11 ¶ Consuluit senatus bonæ fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidauerunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant[a] non præstabunt. nec, si donauerint, locupletiores facti videbuntur: quamuis ad remunerandum [b] sibi aliquem naturaliter obligauerunt. Planè si ἀντίδωρα, id est, *remunerationes* acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis.

Ad §. 11. *consuluit*.

Ratio dubitandi. Etiam bonæ fidei possessor qui hereditatis petitione conuenitur, nullum habet vnquam titulum, Quandoquidem petitio hereditatis non datur regulariter contra titulo possidentem, vt toties diximus ex *l. regulariter* 10. §. *hoc ti*. Ergo indignus est bonæ fidei possessor cui Senatusconsultum subuenire debuerit, cùm nullo iure nitatur,

niatur, nec tamen priuilegium mereatur bonafides, quæ nullo titulo subnixa est quã reliquo subnixa esset. Lõgéque alia ratio est bonæ fidei possessorum qui vindicatione conueniuntur, cùm hos necesse sit habere titulum aliquem vt se tales possint dicere.

f Dec. Auxilio & commiseratione digni sunt qui hereditatem ad alium pertinentem detinentes bona fide quòd eam suam esse crederent, eam negligentiùs tractarunt, dilapidauerunt, perdiderunt, dum putant se rem suam negligere & abuti re sua. Non idem verisimiliter facturi si alienam esse sciuissent. Quis enim dolus aut quænam culpa imputari huic potest, quousque aut per litis contestationem, aut per denunciationem rescitiuerit esse alienam. Bene igitur Senatus ipsis consuluit vt in hunc saltem meliores essent condicionis, quàm prædones quibus exæquari certè non debuerunt. Nec ideò tamen fit vt exæquati videantur bonæ fidei possessoribus titulum habentibus conuentis rei vindicatione. Nam bonæ fidei possessoribus hereditatis, hactenus duntaxat Senatusconsulto subuentum est, ne in totum, id est vt nullomodo damno adficiantur, non etiam vt lucrum aliquod sentiant. Siquidem omne id restituere debent ex quo locupletiores facti sunt, etiam fructus non modò extantes, sed etiam consumptos, aut vsucaptos tanquam augmẽta hereditatis *l. illud* 40. §. 1. *infr.* At bonæ fidei possessor rei singularis facit fructus suos percipiẽdo & citra consumptionem quamuis eos restituere debeat nisi illos quasi vsucepetit, ideóque nec vsucapere debet. Restituit autem duntaxat extantes nõ consumptos nec quasi vsucaptos licèt ex eorum cõsumptione aut vsucapione locupletior factus sit *l. 4. §. lana de vsuc. l. 4. §. post litem Pln. regun.* quia nihil absurdi aut iniqui est talem bonæ fidei possessorem lucrum sentire ex fructibus, cùm non modò bonam fidem habeat sed etiam titulum. Porrò cùm quærimus an bonæ fidei possessor factus sit locupletior, siue in petitione hereditatis, siue in rei vindicatione, inspiciendum est tempus rei vindicatæ *l. si a domino* 36. §. *quo tempore* vbi dicemus *j. hoc tit.* iunge *l. 1. C. eod. l. 3. in fi. j. De condict. indeb.*

a *Cum re sua se abuti putant.* Ratio dubitandi. Publicè interest ne quis re sua abutatur §. *vlt. Inst. De his qui sui vel alien. iur. sunt.*

Dec. Nulla tamen in eam rem actio prodita est dummodò scelus nullum interueniat, Cùm quilibet rei suæ moderator sit & arbiter *l. in re mandata* 21. *C. mand.* Denique non potest videri de damno alteri inferendo cogitasse is qui re sua abuti se putauit, cùm esset illa aliena. Nec vbi iustæ querelæ subiectus est, vt *d. l. si quid* .1. §. *ficut autem j.*

b *Quatenus ad remunerandum.* Ratio dubitandi. Remuneratio species quædam est permutationis, vt sequitur in hoc §. Locupletior igitur factus videtur qui alium obligauit sibi ad remunerandum, Siquidem species lucri est acquirere sibi ex alieno beneficij debitorem *l. si pignore* 54. §. 1. *De furt.* Nec quod per donationem obligetur donatarius ad ἀντίδωρα naturaliter tantùm ad rem facit. Cùm quisquis natura debere eum iure gentium dare oporteat, quoniam eius fidẽ secuti sumus *l. cum amplius* 84. §. *is natura debet De regul. iur.* Et quamuis naturales obligationes nullam pariant actionem, non tamẽn sunt sine effectu cùm pariant exceptionem, deductionem, retentionem, & compensationem *l. naturales* 10. *de obli. & act. j. l. etiam* 6. *De cõpensat.*

Dec. Donare est perdere *l. filiusfamilias* 7. *in principio j. De donat.* Vnde illud elegans Martialis carmen,

Dimidium donare Lino quàm credere totum
Qui mauult, mauult perdere dimidium,

Et quamquam is qui donationem accipit hoc ipso si gratus est, obligat se ad ἀντίδωρα. Dignus tamen est decipi, qui beneficium dat vt recipiat, quemadmodum scribit Seneca *lib. 1. De benef. cap. 1.* Neque obligatio hæc naturalis similis est ei quæ nascitur ex nudo pacto, de qua in *d. §. is natura debet, & aliis leg. supradictis.* vt benè Accursius notat, nec habet eosdem effectus, nec alium denique vsum, nisi vt qui donationem accepit deuinctum se sentiat ad remunerandum, ne ingratus videatur, Nam & remuneratio quædam iterum donatio est, sed secũda non principalis *l. si vero non remunerandi* 12. *in princ. & §. unde Papin. j. mandat. l. Aquilius* 27. *infr. De donat.* Planè secura remuneratione non potest dubitari quin locupletior factus sit is qui donauit, Nõ quatenus donauit sed quatenus remunerationem accepit. Et hoc casu demum rectè dicimus, Remunerationem genus quoddam esse permutationis vt hic subiicit Vlpianus. Fit enim hereditatum quod pro re donata in remunerationem datum est, sicuti precium ex venditione rei hereditariæ redactum quasi subrogatũ in locum rei hereditariæ §. 1. *supr. hac leg. & l. si & rem* 22. *sup. hoc tit.* vt idem Accursius etiam benè. Alia ratio est operum quæ patrono debentur à liberto in remunerationem accepti tanti beneficij quantum est beneficium manumissionis, de quibus in *l. si non sortem* 26. §. *libertus in fin. j. De condict. indeb.*

12 § Si quis re sua lautiùs vsus sit cõtemplatione delatę sibi hereditatis: Marcellus libro quinto Digestorum putat nihil eum ex hereditate deducturum, si eam nõ attingit.

Ad §. 12. Si quis re sua.

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis quam putabat esse suam non tam lautè vsus fuisset re sua nimiúsque expendisset in vsus proprios nisi se putasset factum locupletiorem ex causa delatæ sibi hereditatis. Non ergo debet ei nocere bona sua fides, quæ tamen noceret si non liceret ei impensas quas ob eam causam quanto maiores fecit, hereditati veróque heredi imputare.

Dec. Hactenus consultum est, fuitque consulendum bonæ fidei possessori hereditatis vt non teneretur ex hereditate aliud restituere quàm in quo factus esset locupletior. Qui autem nihil ex ipsa hereditate attigit aut consumpsit, quamuis ob eam causam lautiùs re sua vsus sit, nullam patitur iniuriam nullúmque damnum ex hereditate, tametsi totam hereditatem sine vlla deductione restituere cogatur. Quidni enim totam hereditatem restituat cùm totam intactam habeat, & illibatam? Quod enim pauperior factus sit lautiùs abutendo re sua occasione hereditatis quam putabat sibi delatam, quasi credens se ditiorem hoc facilitati & credulitati suæ debet imputare nõ hereditati quę etiamnum illibata reperitur, totáque ad verum

heredem pertinere. Denique ipse se decepit, vt subiicit Vlpianus in §. *seq.*

13 § Simili modo, & si mutuam pecuniam accepit, quasi diues se deceperit.

Ad §.13. Simili modo.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad §. præced. Videbatur enim hic possessor bonæ fidei non fuisse accepturus mutuã pecuniam adpendendã eam & profligandã nisi se ex hereditate quã putabat sibi delatam credidisset factum ditiorem. Sed sibi imputet qui seipsum decepit, vt & in *l. nam si 26. ff. De rei vindic.*

14 § Si tamen pignori res hereditarias dedit: videndum an vel sic attingatur hereditas quod est difficile, cùm ipse sit obligatus.

Ad §.14. Si tamen pignori.

Ratio dubitandi. Per dationem pignoris transfertur possessio rei obligatæ quod ad omnia præterquàm quod ad causam vsucapionis, in eóque maximè differt pignus ab hypotheca *l. si rem 9. §. propriè l. cùm & socius 35. §. 1. De pign. act. l. seruus 16. ff. De vsucap.* Non potest igitur fieri vt bonæ fidei possessor hereditatis etiamsi mutuam ipse pecuniam ab aliquo acceperit, non attingat hereditatem si rem aliquam hereditariam pignori dederit, Præsertim cùm pignoris obligatio etiam rem afficiat. Vnde & pignoris persecutio in rem esse dicitur non in personam *l. pignoris 17. ff. De pignor. l. pignoris 15. C. eod.*

Dec. Rei alienæ pignus non valet nisi detur ex domini voluntate *l. aliena res 20. ff. De pignor. act. & tot. tit. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Proinde tametsi bonæ fidei possessor hereditatis rem aliquam hereditariam pignori dederit pro pecunia quam contemplatione hereditatis tanquam sibi delatæ mutuam acceperit, non ideò videtur attigisse alienam hereditatem, id est ex ea hereditate aliquid consumpsisse aut diminuisse, Cùm ipse sit obligatus & quidem solus, & obligatione personali quæ nunquam sequitur fundi possessorem *l. vlt. §. 1. De cont. empt. l. 1. §. si res ad SC. Treb.* non etiam res quæ pignori data est quam nec afficere potuit, nec obligare is qui dominus non fuit. Et ita ratio hæc explicanda est, Nec quod per dationẽ pignoris translata sit ea saltem possessio quæ fuerat penes bonæ fidei possessorem ad rem facit, cùm possit ea possessio auferri quandocumque creditori per directam rei vindicationem nulla ei pecunia restituta. Nihil ergo videtur ob eam causam abesse vero heredi qui rem suam habere tam facilè possit, quamuis non posset bonæ fidei possessor eam nisi soluto debito recuperare *l. si ab eo 18. ff. De pignor.* Non est simile aut contrarium quod scriptum est, in *l. si id quod 28. §. illud constat ff. De donat. int. vir. & vxor.* Si mulier antequam à viro nummum acciperet, ipsa de suo aut etiam mutuata quid impẽderit videri tantum iam ex annuo consumptum, Itémq; quod in §. 1. *l. quod autem 7. eod. tit.* Si maritus vxori pecuniam in vnguenta donauerit, eáque pecuniam illam suo creditori soluerit, non videri illam locupletiorem factam. Et in *l. si sponsus 5. §. pen.* aliàs *l. si mulier eod. tit.* Si mulier acceptam à marito pecuniam in sportulas pro cognato suo ordini erogauerit, donationem valere, propterea quòd non ideò locupletior videatur facta mulier, quamuis alioqui mutuam pecuniam esset acceptura & pro cognato erogatura. Nam vt benè Accursius respondet alio & mitiore iure censentur donationes factæ inter virum & vxorem, quippe quæ non tam amarè nec tanquam inter infestos tractandæ sunt, sed vt inter coniunctos maximo affectu, solámque inopiam timentes *d. l. si id quod §. si quas*, Præsertim cùm donatarius habeat voluntatem donantis *l. de eo 63. eod. tit.* In proposita autem specie falsus heres non habet pro se voluntatem veri heredis, vt idem Accursius notat. Obiicit idem ille Ex *l. cùm hic status 32. §. si maritus eo. tit.* Eum qui dat pignori rem quam priùs donauerat vxori hoc ipso videri donationem reuocare per pœnitentiam. Quidni ergo multò magis attingere hereditatem dicendus erit is qui rem hereditariam pignori dederit? Sed respondet rectè quod nemo non videt diuersos esse hos casus nihilque commune aut simile habentes. Ibi enim maritus obligat rem suam cuius scilicet dominium propter iuris prohibitionem transferri in mulierem non potuit, vt in *l. præses 8. l. si quidem 11. C. de præd. min.* ideoque cùm valeat pignoris datio, mirum non est si eum effectum habeat vt indicat pœnitẽtiam & reuocationem donationis. Hîc verò non valet pignus rei hereditariæ à falso herede datum tanquam rei alienæ, & idcirco non potest effectum illum habere vt rem pignori datam afficiat, nec proinde vt ob eam causam videatur falsus heres qui rem pignori dedit, attigisse, id est delibasse hereditatem: Accursius casuum diuersitatem bene obseruauit quod non fuit difficile: sed diuersitatis rationem quæ nec obscura est, non attulit.

15 § Adeò autem, qui locupletior factus non est, non tenetur: vt si quis putans se esse heredem, partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit: Marcellus libro quarto Digestorum tractat, num non teneatur, quasi id, quod erogauerit, ex eo fuerit, quod ad eum non pertinebat, sed ad coheredes. nam & si is, qui heres non erat, totum quidquid apud se fuit, consumpsisset, sine dubio non tenetur, quasi locupletior non factus. Sed in proposita quæstione, tribus visionibus relatis, vna prima, deinde alia, posse dici totum, quod superest, restituere eum debere, quasi suam partem consumpserit: tertia vtique quod consumptum est, decedere: ait vtique nonnihil restituendum de illo dubitat, verum totum, an partem restituendam dicat. puto tamen residuum integrum non esse restituendum, sed partem eius dimidiam.

Ad §.

Digitized by Google

Ad §.15. Adeò autem.

Ratio dubitandi. Eadem solet ratio esse partis quę totius, vulg *l.quæ de tota 76.ī. De rei vindic.* Atqui si is qui nulla ex parte heres erat cùm se ex parte heredem crederet, quicquid apud se fuerat consumpsisset, sine dubio nullomodo teneretur, quia nec in aliquo locupletior factus esset §. *consulit supr.* Ergo & qui se ex asse heredem credidit cùm pro dimidia tantùm parte heres esset, si dimidiam partem hereditatis consumpserit bona fide ac sine dolo malo, nihil ex sua parte erogasse credendus est, sed totum ex portione coheredis. Ideòque nihil ei debebit restituere, sed partem hereditatis suam integram retinere.

Dec. Tres in hac specie sunt quæstiones, & consequenter totidem opiniones. Dubitari enim potest, An hic bonæ fidei possessor totum quod consumpsit, ex portione sola coheredis consumpsisse videri possit, vt nihil præstare debeat. Item an potiùs ex sua portione sola vt totam dimidiam nondum consumptam coheredi restituat Denique an potiùs media sententia sequenda sit vt ex vtrasq; portione decedat quod consumptum fuit, Tribonianus sob Vlpiani nomine hanc vltimam sententiam quasi æquiorem probat. Quæ tamen euidenter falsa & iniqua est, Ratio enim iuris & æquitatis omnino facit, vt quicquid heres consumpsit ex sola portione sua consumpsisse intelligatur ne alioquin eueniat vt ex coheredum damno locupletetur, vt pluribus docuimus *lib.18.Coniect.cap.2.* vbi totum hunc §. Triboniani esse & a iuris æquitatisq; ratione abhorrere ostendimus. Nos hic non repetemus.

16 ¶ Quod autem quis ex hereditate erogauit, vtrum totum decedat, an verò pro rata patrimonij eius? vtputa penum hereditarium ebibit: vtrùm totum hereditati expendum feratur, an aliquid & patrimonio eius? vt in id factus locupletior videatur, quod solebat ipse erogare antè delatam hereditatem? vt si quid lautiùs contemplatione hereditatis impendit, in hoc non videatur factus locupletior: in statutis verò suis sumptibus videatur factus locupletior: vtique enim, & si non tam lautè erogasset, aliquid tamen ad victum cottidianum erogasset. Nam & Diuus Marcus in causa Pythodori, qui rogatus erat, quod sibi superfuisset, ex hereditate reddere, decreuit, ea, quæ alienata erant non minuendi fideicõmissi, nec pretium in corpus patrimonij Pythodori redisse, & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hæreditate decedere, non tantùm ex hæreditate. Et nunc igitur statuti sumptus vtrum ex hæreditate decedent exemplo rescripti Diui Marci, an ex solo patrimonio videndùm erit. Et verius est, vt ex suo patrimonio decedant ea, quæ, & si non hæres fuisset, erogasset.

Ad §.16. Quod autem.

Hic quoque §. totus à Triboniano corruptus est, & malè concinnatus vt à nobis explicatum est *eod.lib.8.Coniect.cap.3.* vnde peti volumus, quæ nos hic congerere possemus.

17 ¶ Item si rem distraxit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior: an singulas res, si nondum vsucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore possit? &, si vindicet, an exceptione non repellatur, (quod præiudicium hæreditati non fiat inter actorem, & eum qui venum dedit: quia non videtur venire in petitione hereditatis pretium earum) quanquàm victi emptores reuersuri sunt ad eum qui distraxit. Et puto, posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent. Quid tamen si is, qui vendidit, paratus sit ita defendere hæreditatem, vt perinde, atque si possideret, conueniatur? incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.

Ad §.17. Item si rem distraxit.

Difficilis creditur esse hic §. & variè ab interpretibus acceptus fuit, quia textum habet satis intricatum, & rationes satis obscuras. Sensus meo iudicio ille est, si bonæ fidei possessor hereditatis res aliquas hereditarias distraxerit, & precium totum sine dolo malo consumpserit, ita vt ex eo locupletior factus non sit, Quæri posse an eas res singulas si nondum vsucaptæ sint, possit petitor idemque verus heres ab emptoribus vindicare. Contra quos hereditatis petitionem institui non posse certum est, tametsi res hereditarias possideant, cùm iustum habeant titulum possidendi. Quæstio in eo esse videtur, An emptoribus vindicatione conuentis danda sit exceptio ex propria persona, Quod præiudicium hereditati non fiat inter actorem & eum qui vendidit. Quæ verba vulgaria sunt exceptionis cui locus esse solet quoties hereditatis petitio institui potest quamuis nondum fuerit instituta *l.1.§.1.ī. famil.ercisc.l.vlt in princip.C.hoc tit.* vbi refert Iustinianus tale ius vetus fuisse, vt cùm hereditatis petitioni locus erat, exceptio adsumeretur quæ petitionem tuebatur ne fieret ei præiudicium. Magnitudo etenim & authoritas inquit centumuiralis iudicij, non patiebatur per alios tramites viam petitionis hereditatis infringi, Cùm generale sit vt maiori quæstioni per minorem præiudicium fieri nunquã debeat *l.fundum 16.l.rei maioris pecunia 21.ī. De except.l.si quis libertatem 7.* vbi dixi *supr.hoc tit.* Respondet autem Vlpianus non posse in hac specie repelli petitorem ab emptoribus huiusmodi exceptione, quamquam victi emptores (sic enim legendum est, vt in Pand. Florentinis *quamquam* non vt in vulgatibus apud Accursiũ & Bartolum *quoniam*) regressum habituri sint aduersus eum qui distraxit, Nempe ratione illa quã exprimit Vlpianus, quia nõ videtur in petitionem hereditatis venire precium earum rerum quas hic

Digitized by Google

bonæ fidei possessor distraxit. Non quòd precium hoc alij restituere possessor debeat, id est emptoribus, vt malè explicat Accursius (non enim ob id minus teneri debet petitione hereditatis quod ex suo contractu teneatur de euictione iis quibus ipse vltrò vendidit) sed quia petitione hereditatis non alius tenetur quàm qui rem aliquam hereditariam aut quæ per subrogationem velut hereditaria facta sit vel possidet vel dolo malo desiit possidere. Atqui bonæ fidei possessor de quo tractamus, neque res ipsas hereditarias possidet quas distraxit, neque ipsarum precia, quæ ponimus ab eo consumpta fuisse sine dolo malo nec factum illum ex iis locupletiorem. Ergo hereditatis petitione teneri non potest, nec magis pro preciis rerum distractarum quàm pro rebus ipsis. Nec est proinde contrarium, quod scriptum est in *l. quod si diem 16. §. 1.* Eum quoque, qui rerum hereditariarum precia possidet petitione hereditatis conueniri posse, sicut & eum qui à debitore hereditario exegit. Tractamus enim hîc de venditore qui precia quidem rerum hereditariarum accepit aliquando, & habuit, sed hodie neque possidet, neque dolo malo desiit possidere. Videbatur tamen etiam in hoc casu danda emptoribus exceptio illa *Quod præiudicium hereditati non fiat.* Ratione illa dubitandi quam exprimit Vlpianus iis verbis *quamquam victi emptores reuersuri sunt ad eum qui distraxit* cùm ob eam causam videretur maximè interesse venditoris perinde ac si precia rerum hereditariarũ adhuc possideret. Nec enim aduersus emptores quibus ille vendidit prodesse quicquam ei potest quod ex precio locupletior factus non sit. Itaque propter emptores videtur adhuc retineri venditor in ea causa in qua reperiretur si precia consumpta nõ essent, Sed tamen nihil habet ea res commune cum petitione hereditatis, quę scilicet cùm in rem sit, licet mixtas habeat præstationes personales *§. pen. J. l. hereditatis 6. C. eod.* non aduersus alium dari potest, quàm aduersus eũ qui vel adhuc possideat aliquid hereditarium, vel dolo malo desierit possidere, quorum neutrum in proposita specie de bonæ fidei possessore dici potest. Consequens igitur est vt non possit hic petitor repelli exceptione illa, Quod præiudicium hereditati non fiat si velit res singulas ab emptoribus vindicare, ac proinde vt non ... rei vindicatio deneganda. An ergo absolutè permittemus ei vt vindicet? Hoc verò est in quo præcipua huius loci difficultas consistit. Ait enim Vlpianus *Et puto posse res vindicari nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.* Ergo, inquit Accursius, si habeant regressum aduersus venditorem non conuenientur emptores. Nec sanè mala consecutio est, si vera est Vlpiani sententia. Atqui vix vnus casus reperitur in quo is qui alienam rem emit non habeat regressum aduersus venditorem saltem de precio, Ille nimirum si fundum sciens alienum aut obligatum comparauerit, nec de euictione per stipulationem aut saltem per pactum incontinenti adiectum sibi cauerit *l. si fundum 27. C. de euict. l. si fratres 7 in fi. C. commu. vtr. iud.* Nam extra hũc casum fieri certè nequit etiam per conuentionem expressam vt non teneatur saltem ad precij restitutionem is qui licèt ignorans alienã rem vendidit quod contra bonam fidem talis conuentio esse intelligatur nisi hactenus vt emptor ad id quod sua interest agere ob euictionem nõ possit *l. ex empto 11. §. qui autem l. bona fides 60. De actio. empt.* Sed & excipitur is qui rem fideicommisso condicionali subiectam emit pendente condicione cui saluam ad precium repetendum actionem reliquit Iustin. in *l. vit. §. vlt. C. commu. de leg.* Ideò fortassè quòd emerit pendente condicione quæ poterat sicut existere, ita & non existere. Porrò licèt contingat plerumque vt quis sciens alienam vel obligatam rem emat, rarius tamen est vt eo potissimum casu non caueat sibi emptor per stipulationem expressam de euictione, quam scit tantò magis fore sibi necessariã ob malam suam fidem, Nec enim mala fides impedit potestatem expressæ cõuentionis *l. 4. § item Labeo 9. De doli mal. exce.* Sic igitur fiet vt vix vllo casu permittatur vero heredi singulas res distractas ab emptoribus vindicare, si non alio casu permittatur, quemadmodum hîc Vlpianus ait, quàm quo emptores regressum nullum contra venditorem sint habituri. Ita eueniet vt in damno remaneat verus heres dum neque consulitur & aduersus venditorem qui nec petitione hereditatis, nec alia vlla actione conueniri potest, neque contra emptores denegata contra eos vindicatione. Hoc verò sanè non modò absurdum sed etiam periniquum est: Quid enim peccauit verus heres propter quod dominium rei suæ ab alio distractæ amittere debeat, aut si dominus remanet, à vindicatione tamen arceri quæ dominis omnibus iure communi conceditur *l. in rem 23. & pass. J de rei vindic.* Verius igitur est, Omnimodo & omni casu competere vero heredi vindicationem, tùm quoque si cùm emptores regressum aduersus venditorem habent. Nec possum dubitare quin ita senserit & scripserit Vlpianus, quod facilè assequemur si pro eo quod scriptum legimus *nisi* reponamus *etsi* totidem literis licèt aliquibus immutatis. Eodem planè sensu quo paullò ante scriptum est *quamquam victi emptores reuersuri sunt ad eum qui rem distraxit*, vt quod positum erat in quæstione non prætermiserit Vlpianus in responsione ad propositam quæstionem. Nam & cùm quis à bonæ fidei possessore vniuersã hereditatẽ emit, nec vero heredi aliqua de causa expedit agere petitione hereditatis directa aduersus venditorem, placet dandã vtilem hereditatis petitionẽ aduersus emptorẽ si hoc malit verus heres quàm pro singulis rebus vexare se iudiciis singularibus *l. nec vllam ... §. quia si quis supr.* vbi nulla huiusmodi exceptio additur qualis in hoc §. nisi aduersus venditorem regressum emptores habeãt, sit quid de illius § sententia nobis videatur, latius ad eum exposuimus. Me illud etiam mouet, quod in Pand. Flor. legitur *habeant* non *habeant* quarum dictionũ prior non bene respondet coniunctioni *nisi* quæ subiunctiuum regere solet non indicatiuum. Posterior verò minus etiam bene respondet articulo *etsi* qui indicatiuum regit elegantiùs quàm subiunctiuum. Sed illa potissimùm iuris ratio hanc nostram interpretationem iudicio meo suadet, quod nihil intersit veri heredis an emptores à quibus vindicare vult singulas res hereditarias per bonæ fidei possessorẽ distractas regressum aliquem aduersus venditorem habituri sint, necne, Cùm non eò minus verum sit esse illum heredem & dominum, & consequenter ei competere vindicationẽ. Nam quod interpretes nostri pro ratione adferũt, ita futurum vt bonæ fidei possessor heredita-

tis

ris teneatur suprà quàm locupletior factus sit, contra mentem Senatusconsulti, cùm precium quod ab emptoribus accepit perdiderit, omnino ad rem non pertinet. Neque enim Senatus id egit aut agere etiam potuit ne ij quibus bonæ fidei possessor vendidisset regressum aduersus eum haberent ex suo contractu, Sed hoc tantùm ne si tanquam heres conueniretur hereditatis petitione, quicquã præstare suprà quàm locupletior factus esset teneretur. At cùm aduersus eum emptores regressum habent non conuenitur ille tanquam heres, sed tanquam venditor nec petitione hereditatis sed ex empto. Nihil igitur ei Senatusconsultum hac parte prodesse potest, Nisi fortè volumus Senatusconsulto factum esse vt bonæ fidei possessor qui res hereditarias vendidit pro eo habendus sit acsi non vendidisset, Quod longè stultius fuerit, Alioqui nec deneganda esset petitio hereditatis cõtra eum post distractas etiã res omnes hereditarias, tametsi ex earum precio locupletior factus non esset, nec dandus emptoribus aduersus eum regressus quem proculdubio non haberent si non ille vendidisset; quod vtrumque in hoc §. negatur. Rursum quod addit Accursius intelligendum esse hunc §. de eo casu quo & iusto precio venditæ sint res hereditariæ & compareat venditor. Vt scilicet hunc locum conciliet cum *d. §. quod si quis*, æquè vanum est. Illa enim distinctio tùm obtinet, cùm petitione hereditatis conueniri venditor potest, sed tamen aliqua de causa expedit petitori non agere contra venditorem, At nos eum casum tractamus quo nec si compareat millies venditor, conueniri tamen possit hereditatis petitione, tanquam qui nihil penitus ex hereditate possideat, Non res ipsas hereditarias quoniam eas distraxit, Non earum precia, quoniam ea consumpserit, neque ex earum consumptione locupletior factus sit vt posuimus. Quid ergo interest, an compareat venditor an non? & an iusto precio, an minùs iusto? Sequitur apud Vlpianum, *Quid tamen si is qui vendidit, paratus sit ita defendere hereditatem, vt perinde, atque si possideret conueniatur. Incipit exceptio locum habere ex persona emptorum.* Hoc verò etiam est quod difficile mihi videtur licèt Bartolus facile putauerit Etenim quã uis paratus sit falsus heres idémq; bonæ fidei possessor hereditatem defendere, perinde atque si hereditarias res aut earum precia possideret quid ea res nocere vero heredi debet quominùs res singulas possit si hoc malit ab heredibus vindicare? Aut cur cogendus sit instituere petitionem hereditatis aduersus bonæ fidei possessorem, à quo nihil sit consecuturus si nullo modo factus ille fuerit locupletior? Sed & me illud magis torquet, quod non possum videre quo iure possint singulares possessores rei vindicatione cõuenti obiicere exceptionem illã de qua sola tractat totus hic §. *Quod præiudicium hereditatis petitioni non fiat.* Cùm ea exceptio non alij cõpetat, quàm ei qui vel agit vel conuenitur aut saltem agere vel conueniri potest petitione hereditatis si fortè interim speciali ac singulari aliquo iudicio ab illo inquietetur. Sic enim Iustinianus scribit in *d. l. vlt. C. hoc t. si quis hereditatis petitionem vel susceperit vel suscipere sperat vel mouere, Alius autem superueniens vel ex deposito vel ex cõmodato, vel ex legato vel ex fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare vel reum, vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium.* Cui non dissimiliter Vlpianus in *l. si quis libertatem 7. §. 1. supr.* in illis verbis, *Diuus Pius ait siquidem possessor esset hereditatis Licinianus, facilius audiendum eum, quoniam esset hereditatis nomine iudicium suscepturus.* Et in *d. l. 1. §. 1. D. fam. ercisc. Sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem si in ea re de qua agitur præiudicium hereditati non fiat.* In proposita verò specie certum est emptores singulares rerum hereditariarum, cùm possessionis suæ titulum aliquẽ habeant non magis conueniri posse quàm agere petitione hereditatis Fieri ergo nequit vt si vindicatione conueniantur, habeant exceptionem istam *Quod præiudicium hereditati non fiat.* Multò minùs vt eam habeant ex persona propria quod tamen Vlp. disertè scribit illis verbis *ex persona emptorum.* Potiùs enim dicendum esset competere illa ex persona venditoris si non aliam ob causam cõpetit emptoribus, quàm quod venditor petitione hereditatis conueniri se patiatur. Quãuis Accurs. ita explicet, vt possint emptores dicere petitori *Conuenias venditorem qui respondere tibi paratus est,* Quod facere, inquit licet. Ego verò admitto equidem posse hoc casu conueniri venditorem si petitor velit, sed nego posse hoc adimere petitori vindicationem aduersus emptores si eam exercere malit. Neque cõtrarium probatur ex *l. plane 3. in fi. D. famil. ercisc.* vbi neque de hereditatis petitione agitur, neque de vindicatione. Rursum quid obsecro interest veri heredis, an falsus heres paratus sit hereditatem defendere an non, si nolit verus heres illum conuenire? Cur ponamus in arbitrio falsi heredis, præsertim qui nihil iam ex hereditate possideat, an emptores conueniri petitione hereditatis possint? Maximè verò si ponas ita paratum venditorem hereditatem defendere, vt non teneatur suprà quàm locupletior factus esset si precium adhuc possideret. Quid enim prodesset vero heredi sic hereditatem defendi, vt non tamẽ ei satisfieret in solidum? Quamquam non de alio vẽditore hic locus accipi posse videtur, quàm qui hereditatem velit in solidum defendere, cùm ponamus nullo modo factum eum locupletiorem. Sed etsi velit hereditatem in solidum defendere, adeóque solidum offerre petitori, nulla tamẽ ratio est cur prohibendus sit petitor singulas res ab emptoribus vindicare cùm ipsius intersit res singulas potiùs, quàm precia earum habere, etiam vera & integra. Denique quod paratus sit venditor hereditatem in solidũ defendere, &, quod amplius est, etiam solidum præstare, non potest dare emptoribus exceptionem *Quod præiudicium hereditati non fiat* cùm ipsi petitionem hereditatis neq; mouere possint, neq; suscipere. Quare vt dicam quod sentio probabilius mihi videtur, totum hunc §. non minùs quàm duos superiores Triboniani esse potiùs quã Vlpiani. Ipsa enim quæstio primùm inepta est, An nõ repellatur petitor hereditatis exceptione illa, *Quod præiudicium hereditati non fiat* si res singulas ab emptoribus vindicare velit. Quandoquidem certissimi iuris est vt diximus non alij posse hanc exceptionem accommodari, quàm ei qui hereditatis petitione vel agere possit vel conueniri, quorum neutrũ emptoribus conuenit rerũ singularum. Quod autem respõdetur ad propositam quæstionem, Non esse in proposita specie locum huic exceptioni, etsi verum est, non illam tamen habet rationem quòd petitio hereditatis exerceri

non possit aduersus eum qui nihil ex hereditate possidet. Sed hanc potius, quòd talis exceptio dari nequeat iis qui hereditatis petitione nec agere nec conueniri possint, in quo numero sunt emptores isti qui nec agere possunt cùm heredes non sint, possessores autem sint, nec conueniri quia cum titulo possident. Illud igitur ridiculũ fit dicere quod subiicitur, Si paratus sit venditor hereditatem defendere, magis esse vt emptoribus incipiat competere exceptio. Esset enim bona illatio si ratio denegandæ exceptionis illa esset quod venditor hereditatis petitione conueniri non possit. Sed cùm ratio non ex eo petenda sit at ex illo potiùs quod emptores ipsi nec mouere petitionem hereditatis possint nec suscipere, Apparet non ob id magis posse illam competere, quòd paratus sit venditor pati vt contra ipsis tationem conueniatur. Ideò fortassis tantùm vt petitori noceat ne contra emptores possit instituere vindicationem qui aduersus venditorem ipsum habituri regressum essent. Suauis autem est Accursius qui negat iniquum esse vt venditore parato hereditatem defendere verus heres rem suam amittat. Ideò, inquit, quod duo hic de damno contendebant, Quasi verò ob eam causam potior debeat esse emptor aut venditor, qui nihil omnino iuris habet, quàm verus heres qui dominus est. Addit, Precium succedere loco rei, ex eóque infert, Amisso igitur precio rem quoque amissam videri. Quod certè perinde nugatorium est, Nam amissio precij quod in locum rei hereditariæ successit factùmque est hereditarium, inducit quidem amissionem rei in persona & ad vtilitatem bonæ fidei possessoris qui hereditatis petitione conueniatur, Sed non quantum ad ipsius rei distractæ & adhuc extantis emptores at possessores si speciali actione in rem & vindicatione conueniantur. Idem Accursius quærit, Si emptor idémque possessor cadat à sua possessione quæ ad dominum reuertatur, An Publicianam ei contra dominum dari oporteat, Et benè respondet non esse dandam, quippe quæ cõtra dominum non datur, Nisi in quibusdam casibus exceptis, in quorum numero hic non est *l. pen. & vlt. ƒ. De Publiciana in rem act.* Ex quo sequitur, quod ille infert. In damno igitur moraturum bonæ fidei possessorem cùm de euictione ab emptoribus conuenietur. Quod cùm negari non possit, Cur volumus deterioris condicionis esse dominum agentem vindicatione, quàm si Publiciana conueniatur? Aut cur meliorem condicionem siue emptoris, siue venditoris cùm aduersus emptorem agitur vindicatione, quàm cùm tractatur de Publiciana? Nimirum nihil commune habent speciales hæ actiones nihilque simile cum petitione hereditatis, cuius diuersum ius est propter authoritatem Senatusconsulti quod in fauorem bonæ fidei possessorum factum est, Non etiam in odium petitoris eiusdém que veri heredis vt vindicationem quæ domino cuilibet conceditur, aduersus emptores eosdémq; possessores exercere prohibeatur. Ex superioribus apparet quàm grauiter & infeliciter Tribonianus totum hunc tit. corruperit.

18 § Si minori pretio res venierit, & pretium quodcunque illud actor sit consecutus: multò magis poterit dici, exceptione eum summoueri. Nam & si id [a] quod à debitoribus exegit possessor petitori hæreditatis soluit, liberari debitores Iulianus libro quarto digestorum scribit: siue bonæ fidei possessor, siue prædo fuit, qui debitum ab his exegerat: & ipso iure eos liberari.

Ad § 18. Si minori.

Connectit Tribonianus hunc §. cum superiore, vt faciliùs nobis persuadeat superiorem esse Vlpiani, Cùm tamen species huius §. nihil commune aut simile habeat cum superiore. Tractat enim hoc loco Vlpianus de rebus hereditariis à bonæ fidei possessore distractis, quarum precium petitor idémque verus heres ab ipso possessore sit postea consecutus, Et ait, Etiamsi minore quàm iusto precio res venditæ sint, securos tamen esse emptores vt vindicatione conueniri non possint, aut si conueniantur habeant exceptionem doli mali contra heredem, qui precium exigendo à bonæ fidei possessore videtur haud dubiè venditionem adprobasse. Ratio dubitandi est, quia non potuit falsus heres quantumlibet possessor bonæ fidei transferre in emptores dominium quod non habuit, quódque veri heredis fuit cui proinde salua manet vindicatio cum dominium ipsius manserit *vulg. l. id quod nostrum 11. De regul. iur. l. in rem 23. & pass. ƒ. De rei vindicat.*

Dec. Mansit quidem dominium veri heredis, idémque fatendum est quicquid reluctetur Accursius non esse ipso iure securos nec liberatos emptores quominus ab eo conueniri possint directa rei vindicatione, Sed tamen nec illud negari potest quin verus heres accipiẽdo precium quodcunque tandem & qualecumque illud sit, venditionem adprobasse videatur, cùm eiusmodi adprobatio ex sola precij petitione inducatur *l. seruum T itij 49. ƒ. mandat.* Multò magis ex precij exactione & perceptione, Qua res exceptionem doli mali inducit si postea easdem res vindicando contra suum factum venire velit *l. cùm pater 77. §. qui dotale De leg. 2.* Sibi namq; imputet qui precium habere maluit quàm rem ipsam, Vt euenit in eo qui post diem lege commissoria præstitutum maluit precium petere quàm legem commissoriam exercere *l. de lege 6. §. vl. & l. seq. ƒ. De leg. commiss.*

a *Nam & si id.* Confirmat his verbis Vlpianus quod proximè dixerat, Summouendum petitorẽ exceptione doli mali si velit ab emptoribus vindicare eas res quarum precium ab hereditatis possessore acceperit. Confirmat autem exemplo eius quod à debitoribus hereditatis possessor exegit, ac deinde heredi vero soluit. Hoc enim casu liberari debitores Iulianus scripsit & quidẽ ipso iure, adeóque quod magis est, non modò si bonæ fidei possessor fuerit is qui à debitoribus exegit, sed etiamsi prædo. Ratio dubitandi. Non aliter contingit liberatio debitori quamuis soluat id quod debet, quàm si soluat vero creditori aut veri creditoris vero procuratori *l. vero procuratori 12. l. soluta*

49. & pass. infr. De solut. Arqui falsus heres neque fuit verus creditor neque mandatum habuit vllum à vero herede qui verus creditor fuit, siue proponas bonæ fidei possessorem enim fuisse qui à debitoribus exegit, siue prædonem. Fieri ergo nequit vt per solutionem falso heredi factam debitores liberentur.

Dec. Ratihabitio æquiparatur mandato etiam quantum ad solutionem alij quàm vero creditori factam, d.l. vero §. vlt. & l. seq. & d.l. solutam l. mulier 41. §. ad SC. Trebell. l. vltim. C. ad SC. Maced. Proinde nihil interest an ex mandato veri heredis falso heredi & prædoni debitores soluerint, quo casu nemo dubitat quin ipso iure liberarentur, An verò solutionem falso heredi factam verus heres ratam habuerit. Nec ad rem pertinet, quod ea tantùm possit quis rata habere, quæ ipsius nomine gesta sunt l. si pupilli 6. §. sed & si quis 3. De negot. gest. Nam ratihabitio facit vt negotium veri heredis, & ipsius contemplatione gestum esse videatur, d. l. si pupilli §. item quæritur & si qu. Cæterùm non est hic casus in omnibus similis superiori, in quo diximus, Etiamsi verus heres precium rerum venditarum ab hereditatis possessore perceperit, non tamen liberari emptores ipso iure, quominùs vindicatione directa conueniri possint, licèt habituri sint exceptionem doli. Cùm tamen in hac posteriore specie dicamus cum Iuliano & Vlpiano debitores ipso iure liberari, quod & scriptum est in l. si quid possessor 31. §. vltim. infr. Nimirum quia debitor qui soluit falso heredi quod debebat vero, aliud nó soluit quàm quod debet, sed illud ipsum quod debet, tametsi soluat alij quàm cui debet, Quod mendum solutionis corrigitur per ratihabitionem à vero herede eodémque creditore factam: At cùm emptor rerum hereditariarum soluit precium falso heredi licèt soluat illud ipsum quod debet, non eo minus tamen retinet rem alienam, quæ etiam post ratihabitionem remanet aliena eùm semper verum sit à non domino traditam rem fuisse, à domino autem traditam numquam fuisse, Cùm tamen non nisi per traditionem dominium transferri possit & quidem quæ facta sit à domino, l. traditio 20. De acqu. rer. domin. Ergo non potest impedire ratihabitio veri heredis facta per exactionem precij quominùs superiret vindicatio ipso iure contra emptores, Satisque esse debet emptoribus, quod indemnitati suæ possint cõsulere per doli exceptionem. Denique facilius inducitur liberatio, quàm amissio dominij. Amplius puto liberari debitores ipso iure tametsi mala fide soluerint possessori hereditatis, id est scientes non esse illum verum heredem siue bonæ fidei possessor ille fuerit siue prædo. Ratihabitio enim sicuti æquiparatur mandato, Ita malam fidem quæ fuit purgat quæ nulla esset si ex mandato veri heredis solutio facta fuisset.

19 § Petitio hereditatis, & si in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales: vtputa eorum quæ à debitoribus sunt exacta: item pretiorum.

Ad §. 19. Petitio.

Ratio dubitandi. Nullæ sunt actiones mixtæ ex realibus & personalibus, cùm implicet contradictionem vt eadem actio sit in rem simul & in personam, vt pluribus à nobis probatum est lib. Coniecturarum, vbi emendauimus Iustinianum in §. quædam Instit. de action. qui contrarium probare videbatur. Ergo si petitio hereditatis est actio in rem, vti proculdubio est, neque personalis dici potest, neque mixta. Et è contrario si personalis est, in rem esse dici non potest. Porrò esse illam personalem potiùs quàm realem ex eo probari maximè videtur, quòd non nisi longissimi temporis præscriptione excluditur, adeóque olim erat perpetua, l. hereditatis 7. C. hoc tit. Cùm tamen omnes in rem actiones longi temporis spatio præscriberentur, l. 1. & tot. tit. C. de long. tempor. præscript.

Dec. Petitio hereditatis in rem quidem est, quoniam qui hanc actionem instituit vindicat hereditatem, eámque suam esse contendit, idque nomen ipsum petitionis demonstrat, quo nonnulli actiones in rem & vindicationes significari solent, l. pecuniæ 178. §. actionis De verbor. signific. Sed tamen haber plerasque præstationes personales, vt puta eorum quæ à debitoribus sunt exacta, itémque preciorum, quæ nemo dixerit posse vindicari cùm eorum dominium numquam fuerit hereditatis aut veri heredis, Ideóque dicitur non quidem mixta esse actio, sed habere naturam mixtæ actionis personalis, vt scriptum est in d.l. hereditatis 7. C. hoc tit. Neque verò nouum id aut mirum videri debet, cùm actio sit vniuersalis, quæ proinde admittere facilè potest vt diuersis respectib. dicatur & in rem esse & in personam, quod in specialibus actionibus siue in rem, siue in personam sint, non similiter potest contingere.

20 § Hoc senatusconsultum ad petitionem hereditatis factum, etiam in familiæ herciscundæ iudicio locum habere placet: ne res absurda sit, vt, quæ peti possint, diuidi non possint.

Ad §. 20. Hoc Senatusconsultum.

Ratio dubitandi. Hoc Senatusconsultum locutum est duntaxat de petitionibus hereditatis, vt constat ex verbis Senatusconsulti relatis ab Vlpiano in l. item veniunt 20. §. præter hæc 3. hoc tit. Non etiam de iudicio Familiæ erciscundæ, quod totum diuersum est à petitione hereditatis. Nec enim per iudicium familiæ erciscundæ petitur hereditas, sed de ea tantùm diuidenda agitur, qui se fatentur esse coheredes. Alioqnin hereditatis petitione prius agendum est, aut repellendus actor exceptione illa Quod præiudicium hereditati non fiat, l. 1. §. 1. infr. fam. ercisc. Ergo quod Senatusconsulto constitutum est De petitione hereditatis ad iudicium Familiæ erciscundæ porrigi non debet cùm separatorum separata sit & esse debeat ratio, vulg. l. Papinianus 20. supr. De minor.

Dec. Absurdum esset dicere Ea quæ possunt peti non posse diuidi, scilicet cùm talia sunt quæ diuisionem recipiant, aut diuisione corporum, vt fundi, aut numero, vt serui, equi & bona

ferè omnia mobilia, aut denique per licitationem si res commodè diuidi non possint, §. *quod si commodè inf. de offic. iudic.* Nec enim cogendus quisquam est inuitus manere in communione *l. vltim. C. commun. diuid.* non magis quàm ad communionem compelli, *l. si non sortem 26. §. si centum infr. De condict. indeb.* propter discordias, quas materia communionis excitare solet, *l. in re communi 26. ur ban. præd. l. cùm pater 77. §. dulcissimis De legat. 2.* Ergo quæ à Senatu constituta sunt circa actioné Petitionis hereditatis eadem in Familiæ erciscundæ, id est, hereditatis diuidendæ iudicio locum habere debent. Sed hoc tamen, vt benè Accursius notat, cum quadam distinctione. Nam debitorum nomina quæ in hanc actionem veniunt, tamen in iudicium Familiæ erciscundæ venire non possunt, *l. fundus qui 51. §. vlt. iunct. l. 2. in princ. infr. Famil. ercisc.* Contrà verò res vsucaptæ ab herede veniunt etiam in iudicium Familiæ erciscundæ, *l. veniunt 9. eod. tit.* non autem in hereditatis petitionem, *l. & non tantùm 19. §. quòd si pro emptore supr. hoc tit.*

21 ¶ Augent hereditatem, gregum, & pecorum partus.

Ad § vlt. Augent.

Ratio dubitandi. Hereditas constituitur fictione & potestate iuris eo primo instanti quod sequitur immediatè mortem testatoris, Vnde est quod dicimus hereditatem repræsentare personam defuncti non heredis, *l. hereditas 50. ff. hoc tit. l. si alienum 49. §. 1. infr. De hered. inst. l. hereditas 34. infr. De acquir. rer. domin.* Itémque fructus rerum hereditariarum non tam hereditati quàm rebus hereditariis acceptò ferendos esse, *l. in fideicommissaria 18. ad SC. Treb.* Ergo gregum & pecorum partus non possunt in hereditatis petitionem venire, cùm de iis loquamur qui post patrisfamilias mortem accesserunt.

Dec. Hereditas quoniam in iure & quidem vniuersali consistit facilè augmentum recipit & diminutionem quandiu manet hereditas, id est toto illo tempore quo iacet, à morte scilicet defuncti in id vsque tempus quo fit adita. Nam per aditionem desinit esse hereditas fitque patrimonium heredis, qui cùm habeat personam veram non vt heredis fictam, repræsentat multò meliùs personam defuncti quàm hereditas *l. heres 22. infr. de vsucap.* Cúmque fictiones omnes sint mendacia, quemadmodum non nisi ex mera iuris necessitate inducuntur, ita non nisi ex necessitate retinentur, Nulla autem superest necessitas retinendæ fictionis hereditatis cùm habemus veram personam heredis. In quem porrò transfert hereditas totum id quod habet eo tempore quo fit heres quod non contingit nisi per aditionem, *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. esse iuss.* nec quicquam potest transferre aut plus aut minùs. Inspecto scilicet tempore quo desinit esse hereditas, non quo incipit. Dixi ad *l. item veniunt 20. §. item non solùm supr. eod.*

26. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

QVod si oues natæ sunt, deinde ex his aliæ: hæ quoque, quasi augmentum, restitui debent.

Ad l. Quòd si oues 26.

Ratio dubitandi. Oues quæ nascuntur ex ouibus natis post mortem testatoris licèt ante aditam hereditatem longiùs distant ab ouibus quæ fuerunt defuncti quàm quæ ab ipsis ouibus defuncti proximè ac immediatè processerunt. Et solet effectus quilibet vt remotior est à sua causa ita minùs ab ea pendêre.

Dec. Perinde tamen sunt hereditariæ & hereditatem augent cùm nascantur ex ouibus hereditariis. Nec quicquam interest an nascantur ex ouibus defuncti an ex ouibus hereditariis cùm hereditas repræsentet personam defuncti, vt proximè diximus.

27. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

ANcillarum etiam partus: & partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur, quia non temerè ancillæ eius rei causa comparantur, vt pariant, augent tamen hereditatem, quippe cùm ea omnia sint hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat, aut post petitam hereditatem dolo malo fecit, quominus possideret, debeat restituere.

Ad l. Ancillarum 27.

Ratio dubitandi. Ancillarum partus in fructu esse non existimantur, Non solùm propter hominis dignitatem, *l. iustissimè 44. ff. De ædilit. edict.* cùm rerum natura fructus omnes hominum gratia comparauerit, *l. in pecudum 28. De vsur. l. vetus 68. ff. De vsufr.* Sed etiam quia non temerè, id est non facilè ancillæ ad hoc comparantur vt pariant, sed vt seruiant, vt hîc Vlpianus scribit. Ergo non possunt augere hereditatem nec proinde venire in petitionem hereditatis.

Dec. In fructu quidem non sunt ancillarum partus, sed non eo minùs sunt accessiones hereditatis, & hereditarij, adeóque etiam appellatione caussæ continentur, *l. præterea. 20. ff. De rei vindic.* Quidni ergo venient in petitionem hereditatis cùm augeant hereditatem non minùs quàm si essent in fructu? Proinde venient etiam in restitutionem hereditatis siue reus eos partus possideat, siue dolo malo desierit eos possidere post litem contestatam, adeóque post motam controuersiam factámque denunciationem.

1 ¶ Sed & pensiones, quæ ex locationibus prędiorũ vrbanorum perceptæ sunt, venient, licèt

licèt à lupanario perceptæ sint [a]. nam & in multorum honestorum virorum prædiis lupanaria exercentur.

Ad §. 1. Sed & pensiones.

Ratio dubitandi. Pensiones quæ ex locationibus prædiorum vrbanorum percipiuntur, non tam ex ipsis prædiis hereditatis percipi videntur, quàm ex negotiatione locatoris, quemadmodum de preciis rerum venditarum scribitur in *l. venditor 21. De her. d. vel act. vendit. & de vsuris.* Iure illas percipi non natura in *l. si nauis 62. ff. De rei vindic.* In eóque differunt à fructibus etiam industrialibus, qui ex prædio percipiuntur, qui licèt ex cultura potissimùm proueniant, tamen naturaliter & iure soli percipiuntur, *leg. qui scit 25. §. 1. infr. De vsur.* Ergo non possunt augere hereditatem nec venire in restitutionem cùm non tam hereditati quàm negotiationi possessoris accepto ferri debeant, vnde etiam est quod si vrbana prædia locauerit prædo id quod mercedis nomine acceperit, ab eo qui soluit non repetetur, *l. si vrbana 59. infr. De condict. indeb.* tanquam quod ipsi prædoni ex proprio contractu debitum fuerit.

Dec. Pensiones prædiorum vrbanorum, sicut & mercedes à colonis acceptæ loco fructuum sunt, *l. mercedes 29. infr.* quia non tantùm ex negotiatione, sed ex ipsis quoque prædiis aut saltem eorum occasione redguntur. Nec debet possessor hereditatis lucrum aliquod facere ex hereditate, nec occasione hereditatis, vt subiicitur in *leg. sequ.* Nec valdè refert an quid percipiatur occasione hereditatis, an ex ipsa hereditate, *l. g. debitor 59. §. vltim. infr. ad SC. Trebell.*

a *Licèt à lupanario perceptæ sint.* Ratio dubitandi. Non creditur cui vsquam interesse si non ex honesta causa interfuit, *l. 3. §. si mecum infr. Ad exhib. l. itum is 1. infr. De furt.* Ne alioqui primum illud præceptum iuris violetur quod est *honestè viuere, l. iustitia 10. §. 1 supr. De instit. & iur.* quod ne vnquam fiat solet ciuilis legislator omnia referre ad publicam honestatem, adeò vt potiorem eius rationem semper habeat quàm publicæ vtilitatis, nec tam inspici velit quid liceat, id est quid iustum & licitum quàm quid honestum sit, quia non omne quòd licet honestum est, vt habet iuris regula in *l. non omne 144. De reg. iur.* Atquin inhonestum est lucrum quod à lupanario percipitur. Ergo nec in petitionem hereditatis venire debet. Nec sanè bono viro cōuenit ad hanc rem illud referre quod Imperator solebat dicere Bonum esse odorem lucri ex re qualibet.

Dec. Honesta interpretatio non debet ex inhonesto quæstu lucrum aliquod afferre possessori, *l. si possessor 52. infr. hoc titul.* quia omne lucrum auferendum est possessori, vt subiicitur in *l. seq.* Neque nouum est vt lupanaria exerceantur etiam in multorum virorum honestorum prædiis. Ita ferente siue malitia & nequitia hominum, siue humanæ vitæ miseria & condicione, vt etiam in republica bene constituta tolerari ista oporteat quæ adprobari permittique nulla ratione possunt. Et verò si quod meretrici datur, honestè ab ea percipi dicitur licet turpiter & inhonestè detur, turpitérque illa faciat cùm corpore quæstum facit, *l. 4. §. sed quod meretrici infr. De condict. ob turp. caus.* quidni honestum etiam erit aut saltem non turpe ex lupanario commodum aliquod pensionis percipere? Quamuis multò sit honestius quod Imperator Iustinianus tandem constituit in Nouell. De lenonib. vt eiusmodi ædes tam turpibus vsibus deseruientes publicentur, Quod tamen neque olim obtinuit, neque etiamnum obtinet, Nec huic legi repugnat quod scriptum est in *l. generaliter 5. ff. de vsur.* Generaliter ita obseruari vt bonæ fidei iudicium nullam recipiat præstationem quæ contra bonos mores desideretur. Etsi enim petitio hereditatis bonæ fidei iudicium est saltem hodie post Iustiniani constitutionem in *l. vltim. in fin. C. hoc tit.* non est tamen hæc præstatio contra bonos mores, quia nihil contra bonos mores fit cùm verus heres bonæ fidei possessori eripit lucrum ex lupanario perceptum.

28. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

POst senatusconsultum enim, omne lucrum auferendum esse tam bonæ fidei possessori, quàm prædoni dicendum est.

Ad l. Post senatusconsultum 28.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessoris condicio melior esse debet, quàm prædonis, In præmium scilicet bonæ fidei quæ tantundem præstare solet possidenti quantum veritas vbi lex impedimento non est, *l. bona fides 36. De regul. iur.* Nam & inde fit vt bonæ fidei possessor lucretur fructus etiam naturales si modò eos consumpserit quod in prædone diuersum est, *l. 4. §. si post litem. ff. Fin. regun. l. 4. §. lana De vsucap. l. bona fides 48. De acquir. rer. domin.* Non potest igitur bona esse comparatio prædonis & bonæ fidei possessoris vt quemadmodum prædoni, sic & bonæ fidei possessori omne lucrum eripi debeat.

Dec. Absurdum quidem esset meliorem esse prædonis condicionem quàm bonæ fidei possessoris, vt scriptum est in *l. non solum. ff. De noxal. actio.* Sed non est absurdum vt æqua sit vtriusque condicio hactenus vt neuter ex hereditate aliena lucrum vllum sentiat aut retineat, cùm vtrique commune illud sit quod neuter titulum vllum habet aut habere potest suæ possessionis, propter quem debeat lucrari quicquam ex alieno. Etsi enim bonæ fidei possessor in eo antecellit quod bonam fidem habet, Attamen bona illa fides non est iusta sed nuda cùm nullo iure subnixa sit, ideóque non potest tanto gaudere priuilegio, quanto gaudet illa quæ est bonæ fidei emptoris, Quem iam suprà non vno loco monuimus lucrari fructus quos consumpsit, adeóque fructus omnes suos facere quos percipit, non tam quasi bonæ fidei possessorem, quàm quasi bonæ fidei emptorem, id est propter titulum eum bona fide

coniunctum potius quàm propter nudam ac simplicem illam bonam fidem, Satísque consuluit Senatus bonæ fidei possessoribus in eo vt nullum penitus ex alienæ hereditatis retentione ac fruitione damnum sentiant, *l. sed etsi 25. §. consuluit. supra.*

29. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

MErcedes planè à colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque seruorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item vecturæ nauium, & iumentorum.

Ad l. Mercedes 29.

Ratio dubitandi, & decidendi eadem quæ ad *Lanciarum 27. §. 1. sup.* Nisi quod mercedes quæ percipiuntur à colonis ex locatione prædiorum rusticorum de quibus in hac lege agitur, iustius dici possunt esse loco fructuum quàm pensiones quæ ex locatione prædiorum vrbanorum, de quibus in *dict. §. 1.* Quoniam ex prædiis rusticis fructus aliqui & varij tam naturales quàm industriales percipiuntur, Ex vrbanis verò nulli nisi ex industria & negotiatione possessoris. Idémque iuris est in operis seruorum, & in vecturis nauium ac iumentorum. Nec enim alius fructus ex seruis percipi potest, quàm vt seruiant, Nec nauium aut iumentorum nisi vt vehant, & per vecturas lucrum possessori suo adferant: quod etsi fit maximè per negotiationem, attamen fit per vsum nauium ac iumentorum, quæ cùm in hereditate fuerint, non potest negari quin per occasionem hereditatis commodum quod perceptum est ex operis seruorum & ex vecturis nauium ac iumentorum ad bonæ fidei possessorem peruenerit, ideóque restituere illud debeat heredi. Iunge *l. si vrbana 15. inf. De condic. indeb. l. si nauis 62. inf. De rei vindic.*

30. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

IVlianus scribit, actorem eligere debere, vtrum sortem tantùm, an & vsuras velit cum periculo nominum agnoscere. Atquin secundùm hoc non obseruabimus, quod senatus voluit, bonæ fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit. quid enim, si pecuniam eliget actor, qua seruari non potest? Dicendum itaque est in bonæ fidei possessore, hæc tantummodo eum præstare debere: id est, vel sortem, & vsuras eius, & si eas percepit, vel nomina cum eorum cessione in id facienda, quod ex his adhuc deberetur, periculo scilicet petitoris.

Ad §. Iulianus 30.

Ratio dubitandi. Non potest verus heres qui agit petitione hereditatis eligere vsuras sortis, id est, vt præstentur sibi etiam vsuræ quantitatis hereditati debitæ quin periculum nominum cogatur agnoscere, vt qui dulcedine vsurarum nolit sorte nuda contentus esse, sustineat periculum nominis, & amittendæ sortis si fortè contingat inopem fieri debitorem. Inanis enim fit actio quam debitoris excludit inopia, vulg. *leg. nam is 6. suprà De dolo.* Bene igitur Iulianus dicebat eligere actorem debere vtrum sortem tantùm sine vsuris, an verò etiam vsuras cum periculo nominum velit agnoscere, vt qui vtrumque petere non potest, alterutrum eligere debeat.

Dec. Senatusconsultum quod bonæ fidei possessoribus consuluit, non patitur vt bonæ fidei possessor teneatur suprà quàm locupletior factus sit, *leg. sed etsi 25. §. consuluit supr.* Atqui teneretur bonæ fidei possessor suprà quàm factus esset locupletior si Iuliani sententiæ locus esset. Quid enim si sortem eligeret, quæ à debitore facto inope seruari non posset? Ergo sententia Iuliani contra prædonem tantùm potest procedere, contra bonæ fidei possessorem non potest. Et consequenter bene Paulus Iulianum reprehendit in eo quod nimis generaliter scripserat possessorem hereditatis alterutrum facere cogendum, aut sortem eligere sine vsuris, aut vsuras quoque cum periculo nominum, nec distinxerat bonæ fidei possessorem à prædone, quomodo debuerat distinguere ne vllo casu bonæ fidei possessor suprà quàm locupletior factus sit teneatur. Ad quid ergo bonæ fidei possessor in hac specie tenebitur? Ad hoc nimirum vt si sortem perceperit & vsuras, atque ita factus sit locupletior (hoc enim necessariò addendum est) & sortem & vsuras reddat petitori, Si verò nihil adhuc perceperit, & nomina sint integra vel aliquid ex iis quidem exactum sit, sed non totum, cedat petitori id quod adhuc debetur, periculo scilicet petituris, vt lex ait.

31. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

SI quid possessor soluit creditoribus, reputabit, quanquam ipso iure non liberauerit petitorem hereditatis. nam quod quis suo nomine soluit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideò Iulianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si cauerit se petitorem defensum iri. Sed, an & bonæ fidei possessor debeat defenden-

fendendum cauere, videndum erit: quia in eo, quod soluit, non videtur locupletior factus: nisi forte habeat condictionem, & hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere. finge enim eum, dum se heredem putat, soluisse suo nomine. Et videtur mihi Iulianus de solo prædone, vt caueat, sensisse, non etiam de bonæ fidei possessore. condictionem tamen præstare debebit. Sed & petitor, si à creditoribus conueniatur, exceptione vti debebit.

Ad l. Si quid possessor. 31.

Ratio dubitandi. Quod quis suo nomine soluit non debitoris, non liberat debitorem *l. Papinianus 28. inf. mandat.* Atqui quod possessor hereditatis soluit creditoribus hereditariis, siue bonæ fidei possessor fuerit, siue prædo, non debitoris nomine soluit, sed suo. Ergo non liberauit debitorem eundémque verum heredem, & per consequens non potest reputare vero heredi quod soluit, cùm neque pro eo soluerit, neque ipsum liberauerit, Nec si ex pecunia sua soluisse probetur. Nam si ex hereditaria soluerit, nulla omnino subesset ratio faciendæ reputationis.

Dec. Parum interest quantum ad effectum rei pertinet, an possessor hereditatis soluẽdo creditoribus hereditariis liberauerit verum heredem ipso iure, an verò acquisiuerit ei exceptionem doli per quam consequatur ne conueniri amplius efficaciter à creditoribus possit, *l. nihil interest 112. De reg. iur.* Atqui habiturus est petitor hereditatis exceptionem doli aduersus creditores hereditarios quibus à bonæ fidei possessore solutum est si ab iis conueniatur, vt scriptum est in hac ipsa lege. Dolo enim facit qui bis idem vult consequi licèt à diuersis, *l. si quis dolo 51. in fin. De re iudic.* Ergo perinde pati debet reputationem ac si per solutionem creditoribus factam à bonæ fidei possessore liberatus ab iis fuisset. Nec obstat quod Accursius obiicit, Non posse verum heredem liberari, ne quidem per exceptionem cùm falso heredi competat repetitio & condictio ex *l. si pœna 19. §. 1. ff. De condict. indeb.* Non possit autem ex eadem solutione contingere liberatio & repetitio, *l. cum is 432. §. 1. eo.* Nã respondendum est, Eo demùm casu condictionem competere, quo possessor hereditatis soluerit suo tantùm nomine non hereditario, vt Africanus tractat in *l. cùm quis 38. §. de peculio in fin. De solut.* Et rursum eo casu quo non competit liberatio nisi per exceptionem, non impediri condictionem quæ scilicet vel ipso iure competit vel nullomodo. Sed si soluerit nomine hereditario, tunc demùm dici potest repetitionem nullam esse ab eo qui suum accepit, licèt alius soluerit, quàm qui debuit, *l. repetitio 44. ff. De condict. indeb. l. de hereditate 5. C. hoc tit. l. pure 5. §. penult. ff. De doli mal. except.* & consequenter competet hoc casu liberatio ipso iure non per exceptionem. Sed & si ponas possessorem hereditatis soluisse suo nomine, licèt competat ei condictio, si tamen ea cedere paratus sit, aut quod effectu idem est si eam præstiterit, fatendum est dandam vero heredi exceptionem si à creditoribus hereditariis conueniatur, vt hic Vlpianus subiicit, in illis verbis *condictionem tamen præstare debebit, sed & petitor si a creditoribus conueniatur exceptione vti debebit.* Quo verborum contextu non obscurè significat ei ita demum exceptionem vero heredi dandam esse si à falso herede condictio ei iam præstita sit, Ne alioqui iniuria fiat creditoribus si ex vna parte agentes cum vero herede repellantur exceptione, Ex alia verò conueniantur per condictionem indebiti à falso herede. At è contrario cùm à falso herede præstita est condictio heredi vero, nihil habent creditores quod vereantur, etiamsi doli exceptione à vero herede summoueantur, cùm nullo casu condictio sit competitura ei qui debitor ipse sit, nec possit denegari exceptio ei qui actionem & condictionem haberet, si debitor non ipse esset. Ergo ante præstitam condictionem non liberabitur verus heres per solutionem à possessore suo nomine factam, nec ipso iure, nec per exceptionem. Non valde dissimilis species est, quam Africanus tractat in *dict. l. cùm quis 38. §. 1. De solut.* de debitore qui alij soluit quàm vero creditori. Hic enim licèt habeat condictionem aduersus eum cui soluit, si tamen à vero creditore conueniatur, exceptione adiuuandus est, si modò paratus sit ei præstare condictionem, vt ibi Africanus ait. Planè si poneres falsum heredem soluisse vero creditori & ex pecunia hereditaria & nomine hereditario dubitandum non esset quin liberatio contingeret ipso iure vero heredi ex cuius pecunia, & cuius nomine solutum esset quamuis ab alio, *dict. l. de hereditate*, quod & Accurs. noster fatetur. Quid ergo si ex pecunia quidem hereditaria soluerit possessor, sed suo nomine? Non liberabit verum heredem ipso iure, sed liberabit tamen per exceptionem, cùm habeat creditor pecuniam veri heredis, quæ si extaret, nec liberandus esset heres per exceptionem, vtique vindicari per ipsum heredem posset, *l. si creditor 37. §. 1. inf. de pecul.* Sin consumpta esset, etiam condictio ei dari deberet. Quidni igitur pro vindicatione, aut condictione demus illi exceptionem? Nam neque hoc casu potest falsus heres qui soluit habere aut vindicationem pecuniæ, quæ sit aliena, aut condictionem eius pecuniæ cuius numquam fuerit dominus, Nisi ponas consumptam fuisse pecuniam. Hoc enim casu cùm dominium amittatur vero heredi, necesse est dari hereditatis possessori condictionem & repetitionem pecuniæ etiam hereditariæ, quam soluit suo nomine, cùm neque liberauerit debitorem, neque possit recusare quominùs eius pecuniæ nomine vero heredi per hereditatis petitionem teneatur, Tametsi bonæ fidei possessor proponatur: quia locupletior factus videtur hoc ipso quo habet condictionem, potéstque repetere, vt hæc lex ait. Nam si prædo sit atque ita sciens se heredem non esse debitum hereditarium soluerit, non potest condicere, cùm sciens soluat indebitum. Ideóque benè Iulianus dicebat in persona prædonis, de quo solo sentire potuit, non aliter posse eum reputare vero heredi quod soluit suo nomine quàm si caueat petitori, à se defensum eum iri, vt ea cautio sit pro cessione & præstatione condictionis quam præstare nullam potest. In bonæ fidei autem possessore diuersa sunt omnia. Cùm enim habeat condictionem omni casu, quo verum

Google

heredem ipso iure non liberauerit, & consequenter eam præstare possit, non est cogendus cauere, ne supra quàm locupletior factus est, teneatur contra Senatusconsultum quod de hereditatis petitionibus factum est. Non enim potest videri factus locupletior soluendo debitum hereditarium, cuius onus ad eum non spectabat nisi quatenus ex ea solutione acquisiuit sibi condictionem. Eatenus igitur duntaxat teneri debet, quoniam qui actionem habet ad rem aliquam, rem ipsam habere videtur, *vulg. l. is qui actionem 15. De regul. iur.* & quisquis ob hoc solum tenetur, quod actionem habeat, eam præstando liberatur *l. quod debetur 51. in fin.* ꝧ *de pecul. quod in diem 16. §. vlt. l. item veniunt 20. §. ait Senatus supr. hoc tit.* Certè si possessor soluerit heredis nomine, siue bonæ fidei possessor fuerit, siue prædo, & siue ex pecunia sua soluerit, siue ex hereditaria, constat liberari heredem ipso iure etiam inuitum, ac multò magis ignorantem, *l. soluendo 39. supr. De negot. gest. l. vlt. §. fin autem. C. hoc tit. l. solutione 23.* ꝧ. *De solut.* Cùmque ex hac causa competat, etiam negotiorum gestorum actio nisi pro inuito & prohibēte solutum sit *d. l. vlt.* mirum non est si liceat possessori pecuniam hanc solutam reputare vero heredi & ex hereditate deducere. Officio scilicet iudicis, & ex æquitate iudicij petitionis hereditatis, quod est bonæ fidei, adeò vt non sit necesse ad actionem Negotiorum gestorum confugere, (quamuis ea competat quoties vnius pecunia alius liberatus est, *l. qui seruum 41. l. vlt. sup. de negot. gest.* quod intellige siue ipso iure liberatio contigerit, siue per exceptionem tantùm,) cùm sola iudicij æquitas & officium iudicis possit sufficere, *l. quia tantundem 7. supr. de neg. gest.* Qui enim potest sibi consulere per retentionem, non est necesse vt ei demus actionem, Quia ipsius interest non soluere potiùs quàm solutum repetere *vulg. l. 3. infr. De compensat. l. si stipulatus 15. §. 1. infr. De fideiuss.* Quæ etiam ratio facit, vt non ob id minus possit bonæ fidei possessor imputare vero heredi, id quod soluit creditoribus hereditariis quod habere possit condictionem. Nemo enim ob id soluere cogendus est ob id solùm quod ab alio possit repetitionem habere, *l. nemo ideò 171. De regul. iur.* Placet autem Accursio, videri possessorem soluisse nomine heredis si soluerit post litem contestatam, aut saltem post motam controuersiam, non item si antè, Quod tamen mihi suspectum est: Qui enim non erubescit litigare cum vero herede, ac de iure hereditatis contendere cur veri heredis nomine potiùs quàm suo soluere præsumatur? Præsumendus igitur est omni casu soluisse suo nomine, licèt sciat debitum esse hereditarium cùm se heredem esse putet, & consequenter ad se proprio nomine soluendi necessitatem spectare. Non enim quod soluat pecuniam quam à se deberi putat quasi hereditariam & à se quasi herede, facere potest vt videatur eam soluere nomine hereditario. Quandoquidem sicuti hereditas post aditionem nulla est tanquam facta iam patrimonium heredis, Ita & quisquis bona fide adiit hereditatem alienam, cùm eam putet ad se pertinere, debitum vtique suum esse putat quod tamen re vera est hereditarium. Sanè post litem contestatam cùm habeat possessor iustam causam dubitandi de iure suo, faciet multò prudentiùs si non suo nomine soluat, sed hereditario vt exoneret hereditatem, & per consequens eum qui verus heres reperietur.

1 ¶ Sed ipsi, aliquid prædoni debebatur, hoc deducere non debebit [1] maximè si id fuit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen, si expediebat [a] petitori, id debitum esse dissolutum propter pœnam, vel aliam causam? potest dici, ipsum sibi vel soluisse, vel debuisse soluere. Iustus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur.

Ad §. 1. Sed si ipsi.

Ratio dubitandi. Naturalis obligatio parit retentionem tùm quoque cùm actionem parere nullam potest, *l. naturales 10.* ꝧ. *De oblig. & action. l. si pœna 19. in princip. l. Iulianus 60. infr. De cond. indeb.* Et vnus hic est ex effectibus obligationis naturalis vt pariat deductionem *l. frater à fratre 38. in princ. & §. 1. eo. tit. l. sed si damnum 9. aliàs l. peculium §. prætereà.* ꝧ. *De pecul.* Ergo etiam quod ipsi prædoni debetur potest ab eo deduci non solùm si debeatur ciuiliter & naturaliter, sed etiam si naturaliter tantùm: Quid enim commune habet mala fides possessionis cum vero debito vt ratiocinatur licèt in specie dissimili Vlpianus in *l. Papinianus 20. sup. De minor.*

Dec. Nôn est permittendum prædoni vt sibi soluat etiam ciuile debitum, multò minus id quod sit tantùm naturale ex ea hereditate quam scit ad alium pertinere, Cùm nec bonæ fidei possessor videri possit sibi quicquam soluisse à quo hereditas euincitur, vt scribit Papin. in *l. Stichum aut Pamphilum 95. § si creditor debitoris 8.* ꝧ. *De solut.* Aliud est cùm pecunia debita peruenit ad manus creditoris cognoscentis obligationem siue ciuilem, siue tantùm naturalem. Tum enim retineri à creditore potest vi & potestate obligationis etiam solius naturalis. Quam vtique intelligit hîc Vlpian. cùm ait *maximè si id fuit debitum quod natura debebatur*, acsi scriptum esset *quod natura tantùm*. Nam & reus interdum dicitur duntaxat obligatus cùm natura tantùm obligatus est, vt *d. l. Stichum §. quod vulgo.* Propterea quòd naturalis obligatio stet in puris finibus obligationis, nec pergat ad iudicij & actionis, multò minùs ad exactionis vigorem, vt de precaria possessione loquitur Vlpianus in *l. communi 7. §. inter prædones* ꝧ. *Commun. diuid.*

a *Quid tamen si expediebat.* Ratio dubitandi. Non est quis audiendus petens id cuius contrarium nō fuerat in contrarium euentum postulaturus, *l. pen. C. de solut. l. si pater 12. C. de inoffic. testam.* Atqui noluisset petitor pati vt prędo sibi soluisset ex hereditate quod ei debebatur, si non expedivisset ipsi petitori. Ergo nec si ei expediat permittendum ipsi est vt imputet prædoni cur non sibi soluerit.

Dec. Quod dicimus non posse prædonem deducere & retinere ex hereditate id quod sibi aut naturaliter tantùm aut etiam ciuiliter debetur, non nisi fauore veri heredis constitutum est & odio prædonis. Ergo si expediat & vtile sit vero heredi vt contrà fiat, id est vt quod prædo ex hereditate percepit imputari ei debeat quasi ex eo sibi ipse soluerit aliud probandum est, Ne alioqni quod in fa-

Digitized by Google

in fauorem veri heredis constitutum est retorqueatur in eius odium aut è conuerso quod in odium prædonis constitutum est retorqueatur in eius fauorem. Contra *l. nulla 25. sup. De legib. l. quod fauore 6. C. eod. l. pen. C. ad SC. Treb.* Nec rursus debet melior esse condicio prædonis quàm bonæ fidei possessoris *l. non solùm 13. ff. De noxal. act.* Bonæ autem fidei possessor sicuti potest deducere id quod sibi naturaliter debetur, ac multò magis quod ciuiliter, Ita non potest recusare quominùs sibi soluisse videri debeat si expediebat petitori. Potest autem interesse petitoris, fortè propter pœnam promissam si ad diem pecunia non solueretur, Nã & pœna promitti & committi potest, ob non solutam pecuniam etiam quæ naturaliter tantùm debeatur, & quæ nulla exigi actione possit *l. nuda pollicitatione 5. C. de cont. & commi. stipul. l. 2. §. vlt. De eo quod cert. loc.* Item si pecunia debebatur sub pignoribus aut fideiussoribus, vt in *d. §. vl.* nec enim solutio naturalis debiti donatio est, sed debiti solutio *l. hoc iure 19. §. si quis seruo ff. De donat.*

2 §. Sicut autem sumptum, quem fecit, deducit: ita si facere debuit, nec fecit, culpæ huius[a] reddat rationem [a] nisi bonæ fidei possessor est [b]: tunc enim, quia quasi suam rẽ neglexit, nulli querellæ subiectus est ante petitã hereditatẽ: postea verò & ipse prædo est [c].

Ad §. 2. Sicut autem.

1 Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor de quo solo initium huius §. loquitur imputare sibi debet cur sumptus fecerit in eam hereditatem quam sciebat esse alienam, videtúrque eos donasse *§. certè Instit. de rer. diuis. l. si seruus 27. §. si oliuam ff. ad leg. Aquil. l. qui aliemum 14. infr. de donat.* Ergo si conueniatur petitione hereditatis non est ei permittendum vt sumptum quem fecit deducat, Cùm ea deductio non fiat nisi ex æquitate quæ nunquam facit pro eo qui est in dolo & mala fide *l. pen. in fin. ad SC. Trebell.*

2 Dec. Sumptum hîc intelligere debemus quem etiam petitori expedierit facere aut quærendorum & conseruandorum fructuum gratia, vt Accursius noster interpretatur, aut etiam ad res hereditarias meliorandas si impensæ fuerint necessariæ adeóque vtiles *l. si à domino 36. §. vlt. cum trib. legib. seq. ff. hoc t.* Extra has causas non habetur ratio sumptuũ in persona malæ fidei possessoris, Non tam quòd eos donasse videatur, (nec enim donandi animus præsumi potest in prædone quandoquidem nihil tam contrarium est animo donandi, quàm animus deprædandi) quàm quod imputari ipsi possit cur eos fecerit.

a *Culpa huius reddat rationem.* Ratio dubitandi, Prædo nullum ius babet faciendi quicquam in re hereditatis quæ ad eum nón pertinet. Ergo non ei potest imputari cur non fecerit id quod iure facere non potuit. Nam nec facere posse credimur quod iure facere non possumus *l. filius 15. cum leg. praeced. ff. De condic. Instit.*

Dec. Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti *l. culpa est 36. de reg. iur.* Prima igitur culpa prædonis in eo est, quod alienam hereditatem possidet quam scit ad se non pertinere. Hoc autem supposito, consequens etiam fit, vt non possit dici carere culpa si sumptum quem in res hereditarias facere debuit ad eas scilicet conseruandas non fecerit. Culpæ igitur huius rationem reddere debebit, vt de herede rogato hereditatem restituere scriptum est in *l. mulier 22. §. sed enim inf. ad SC. Trebel.*

b *Nisi bonæ fidei possessor est.* Ratio dubitandi. In petitionem hereditatis venit non tantùm dolus sed etiam culpa *l. sed etsi 25. §. quod ait 2. sup. l. ei qui 54. §. vlt. ff. hoc tit.* Atqui etiam bonæ fidei possessores tenentur petitione hereditatis non minùs quàm prædones, licèt cum iis agatur mitiùs hactenus vt non teneantur suprà quàm locupletiores facti sunt, vt toties diximus. Ergo non minùs bonæ fidei possessor, quàm prædo culpæ rationem reddere debet, Neque enim damnum vllum sentire videretur, quod ex culpa sua sentiret *vulg. l. quod quis 203. De regul. iur.*

Dec. Nulli querelæ subiectus est qui rem suam aut rem alienam quam suam esse putat quasi suam negligit, Quia licèt publicè intersit ne quis re sua abutatur *§. 1. Inst. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Et iura omnia excitent ciues ad diligentiam cùm diligentibus tantùm & vigilantibus scripta sint, non etiam negligentibus & dormientibus *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior l. pupillus 24. ff. quæ in fraud. credit.* qui tamen in re sua negligens est, sibi tantùm nocet primò & principaliter, Reipublicæ verò non nisi per consequentiam, Non solent autem attendi quæ non accidunt nisi per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. ff. de author. tutor.* Idque est quod iactari vulgo solet, Vnumquemque rei suæ moderatorem esse & arbitrum *vulg. l. in re mãdata 21. C. mandat.* Nulla ergo culpa imputari potest bonæ fidei possessori hereditatis alienæ, qui rẽ suam negligere se putanit, cùm hereditariam neglexit *l. sed etsi 25. §. consulunt & seq. sup. hoc t.* Et generaliter nulla culpa exigenda est à quoquam in rerũ ipsius administratione, vt ait Pomponius in *l. etiam 18. §. 1. ff. solut. matr.* Planè si non tantùm per simplicem & quemlibet negligentiam, sed etiam per culpam (non enim quælibet negligentia, sed magna tantũ culpa est *l. magna negligentia 226. De verb. sign.*) possessor rem aliquam hereditariam amiserit, non est dubium quin huius quoque culpæ nomine teneri debeat *l. si culpa 63. ff. De rei vindic.* Puta si seruum aut equum hereditarium vltrò præcipitauerit aut debilitatum reddiderit, vel vulneratũ, vt in *l. non solùm 13. eod. l. si eo tempore 38. ff. ad leg. Aqu.* per nimiam fortassis sæuitiam. Sæuitia enim tantae etiam in propriis rebus culpanda est. In alienis verò haud dubiè coercenda *l. si constante 24. §. si maritus ff. solut. mat.* hactenus saltem vt eo nomine possessor teneatur ad indemnitatem petitori præstandam, licèt ex eo damno non sit ipse factus locupletior. Atque ita separanda est negligentia quæ contingit in administratione à culpa quæ in amissione rei hereditariæ, *l. & non tantum 19. §.* veniont vbi dixi *sup. hoc tit.* quamuis quod scriptum est in *d. l. non solùm* malè Bartolus post Accurs. hîc restringat ad malæ fidei possessorem, vt cõstat ex coniunctione *d. l. cum l. 11. praeced.* quæ est ex eodem Vlpiani li-

bro sumpta, nec nisi de bonæ fidei possessore loquitur.

e *Postea verò & ipse prædo est.* Ratio dubitandi. Nō est cogendus bonæ fidei possessor hereditatis vt huius periculi metu ius suum, aut quod se habere putat, indefensum temerè relinquat *l. illud 40 in fine principij. ff. hoc tit.* Ergo non ob id agendum est durius cum eo quod litem fuerit contestatus, si se optimo iure vti existimet.

Dec. Post litem contestatam omnes possessores sunt pares, id est prædones *l. sed etsi 25. §. si ante sup. l. 2. in fin l. 2. C. eod. hoc tit.* Nullo igitur fauore dignus est bonæ fidei possessor post litem contestatam, Nec magis quod pertinet ad negligentiam nedum culpam non præstandam, quàm quod ad lucrandos fructus, Sed in hoc solo ne statum humanæ sortis præstare teneatur *d. l. illud.*

3 ¶ Illud planè prædoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari, & pauperiores fieri, & non eos conuenit: cùm actionem non habuerit.

Ad §. 2. Illud planè.

Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor tenetur non de eo tantùm quod ipse percepit aut percipere potuit *l. sed etsi 25. §. quod autem sup. hoc ti.* Sed etiam de eo quod percipere non potuit si modò fuerat percepturus petitor si ei frui licuisset *l. si nauis 62. §. 1. ff. De rei vindic.* Ergo quamuis prædo non potuerit debitores hereditarios conuenire, ob idque liberari eos passus sit, Non eò minùs tamen debet teneri vt indemnitatem præstet petitori, qui si hereditatem possedisset, debitores hereditarios conuenire potuisset.

Dec. Nemini potest imputari cur non fecerit id quod etiam maximè voluisset facere tamen non potuisset *l. cùm quidam 17. §. si pupillo. ff. de vsur.* Atqui nō potuisset prędo agere contra debitores hereditarios, tametsi maximè voluisset. Cùm nemo agere sine actione possit *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest. l. quoties 9. §. item si temporali. ff. De admin. & peric. tut.* Ergo nihil potest ei imputari cur debitores hereditarios liberari passus sit. Aliud iuris est in percipiendis fructibus, quorum scilicet perceptio non iuris sed facti est *l. si vsusfructus 68. ff. De vsur. dot.* ac proinde non tam iure, quàm facto impeditur. Plus potest prohibitio iuris quàm facti. Quod iure fieri non potest nec fieri posse creditur, & quodammodo impossibile existimatur. Quod autem ab vno non fit, ab alio tamen fieri plerumque potest, & quod vix fit, tamen fit. Proinde imputari potest prædoni, cur non fecerit id quoque quod facere potuit alius, si potuisset etiam ipse iure hoc facere. Sed imputari ei non potest, cur non fecerit, quod iure facere non potuit. Nec replicari potest. Imò verò potuisse conueniri debitores hereditarios dato bonis curatore, cui scilicet permissum est exercere actiones tempore petitur as *l. creditore 14. ff. De reb. author. iudic. possid.* Ideoque posse imputari prædoni, cur non petierit eiusmodi curatorem bonis dari, Quia vt bene Accursius notat, esset sibi contrarius prædo si & se heredem diceret & curatorem bonis dari postularet, qui dari nec potest, nec debet nisi absente domino.

4 ¶ Quòd autem possessori solutum est an restituere debeat, videamus. & si bonæ fidei possessor fuit, siue non, debere restituere placet: & quidem, si restituerit, (vt Cassius scribit, & Iulianus libro sexto) liberari ipso iure debitores a.

Ad §. vlt. Quod autem.

Ratio dubitandi. In prædone quidem nulla dubitatio est, quin restituere debeat quod exegit à debitoribus hereditariis nec dolus ei suus prosit cùm sciat se alienam hereditatem possidere, Sed in bonæ fidei possessore aliud esse videtur cùm iustam causam habuerit existimādi se ios habere accipiendæ solutionis, & debitor iustam quoque causam ei soluendi quem heredem esse existimabat. Et proinde cùm soluto fiat vtrinque bona fide perinde haberi debet ac si facta esset vero creditori, Vt bona fides tantùm possidenti præstet quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. De reg. iur.* Neque verò nouum est vt propter bonam fidem contingat soluenti debitori liberatio, quæ aliàs non contingeret *l. qui hominem 34. §. si Titium l. si ita 88. ff. de solut.*

Dec. Eadem non soluto liberationem parit, quæ fit verò creditori, non quæ alij, Nisi cùm ipsius veri creditoris factum causam erroris & bonę fidei præbet soluenti debitori, *vt in d. §. si Titium.* Atqui bonæ fidei possessor hereditatis sicuti non est verus heres, ita nec verus creditor dici potest, debérque sibi debitor imputare cur non diligentiùs exquisiuerit an esset heres verus ille cui soluebat. Mirum igitur non est non liberari debitorem si soluat bonæ fidei possessori. Et consequenter debet etiam bonæ fidei possessor vero heredi restituere quod accepit à debitore, Alioqui lucrum sentiret ex damno alieno, contra *l. nam hoc natura 14. De condict. indeb. l. iure naturæ 206. De regul. iur.* Porrò lucrum omne possessori quantumuis bonæ fidei eripiendum est etiam post Senatusconsultum *l. post Senatusconsultum 28. sup.* Dices, Tam prædonē quàm bonæ fidei possessorem teneri condictione, vt debitori hereditario reddant quod ab eo acceperunt Solutio enim quæ non parit liberationem parit semper condictionem *§. qui hominem l. cùm quis 38. ff. de solut. l. cùm is 32. §. 1. De condict. indeb.* Æquum autem non esse vt qui vnam duntaxat solutionem accepit, duobus eandem pecuniam restituere teneatur. Sed facilis responsio est, Non ideò posse siue prædonem siue etiam bonæ fidei possessorem recusare, quo minùs acceptam pecuniam vero heredi restituat, Cùm ea restitutione consecuturus sit vt à metu condictionis liberetur, quia & debitores ipsi per eam restitutionem à vero herede liberabuntur & quidem ipso iure, vt sequitur in textu, & scriptū est in *l. sed etsi 25. §. si minoris sup. hoc tit. d. l. qui hominem 34. §. si prædo. ff. De solut.* In perpetuum enim quoties id quod tibi debeo ad te peruenit, & tibi nihil abest, nec quod solutum est repeti

repeti potest, competit liberatio *l. in perpetuum 61. eod. tit. l. si vo bona 55. §. De condict. indeb.* a *liberatis ipso iure debitores*. Ratio dubitandi. Solutio facta non vero creditori licet ab eo qui putauit se soluere vero creditori non vero procuratori non liberat debitorem ipso iure *d. l. qui bonorum 34. §. si mihi & seq. infr. De sol.* Nec enim bona fides tantùm præstare hoc casu potest quantū veritas *Ex reg. l. bona fides 136. de reg. iur.* Cùm lex impedimento sit ne contingere possit liberatio per solutionem alij factam quàm vero creditori siquidem liberatio species quædam est alienationis ex parte liberantis *6. at ex contrario Inst. quib. alien. licet vel non.* Sicut & species acquisitionis est ex illius parte qui liberatur *l. si pupilli 66. de sol. l. species 11. §. de accept.* Alienatio autem ab alio fieri quàm à vero domino nulla potest, cùm nihil aliud sit alienatio quàm actus per quem dominium transfertur *l. 1. C. de fund. dotal.* Atqui solutio quæ fit falso heredi quantumlibet bona fide alienâ hereditatem possidenti non fit vero domino, neque illi qui habeat mandatum à vero domino. Ergo non potest acquirere soluentibus liberationem.

Dec. Non per solutionem ipsam acquiritur hæc liberatio, sed ex eo potiùs quòd soluta hæc pecunia tandem peruenerit ad verum heredem per restitutionem ei factam à possessore hereditatis siue prædo ille fuerit, siue bonæ fidei possessor Ex regula *d. l. in perpetuum 61. De sol.* Ad quid enim solutionem à debitore aut ab alio debitoris nomine creditori vero factam fuisse requirimus inducendæ liberationis gratia, Nisi vt debita pecunia perueniat ad creditorem? Quid verò interest an statim per ipsius debitoris manus, an verò per mediam alterius personam tandem perueniat, dum ne ab eo auocari vnquam possit?

4. PAVLVS libro vicesimo ad Edictum.

Per seruum adquisitæ res hæredi restituendæ sunt, quod procedit in hereditate liberti, & cum de inofficioso agitur, cùm interim in bonis esset hæredis.

Ad l. Per seruum 32.

Ratio dubitandi. Quod seruus alienus bona fide possessus acquirit siue ex operis suis, siue ex re bonæ fidei possessoris acquirit bonæ fidei possessori. Nam & idem dicendum esset in homine libero bona fide possesso *l. qui bona fide 23. De acqui. rer. domin.* Ergo quod per seruum hereditarium acquiritur apud bonæ fidei possessorem siue ex operis, siue ex re possessoris acquiritur bonæ fidei possessori, nec venire debet in hereditatis restitutionem, siue ponamus tractari de hereditate ab intestato delata quo casu nulla actio alia quàm petitionis hereditatis exercenda est, siue præcedere necesse sit querelam inofficiosi testamenti vt rescisso priùs testamento heredita postmodum ab intestato peti possit. Nec enim querela inofficiosi testamenti aut successio est aut petitio hereditatis sed tantùm præparatoria ad petitionem hereditatis, Cùm possit competere iis quoque qui tamen ab intestato succedere non possint *l. 1. l. posthumus 6. §. 1.* vbi dixi *supr. tit. prox.*

Dec. Multùm interest an de bonæ fidei possessore loquamur qui aliquem titulum habeat, Veputa emptionis aut donationis, aut alium similem in quo demum procedit quod diximus, Acquiri ei per seruum alienum ex duabus illis supradictis causis, An verò de bonæ fidei possessore hereditatis qui possessionis suæ titulum nullum habeat, qualis ille est qui hereditatis petitione conuenitur, quem necesse est nullum possessionis suæ titulum habere vt actione ista conueniri possit, quippe quæ vt tam sæpè inculcauimus non datur cōtra titulo possidentem *l. regulariter 9. supr hoc tit.* Huic enim possessori quamuis in bona fide sit nihil acquiri potest per seruum hereditarium ne quidem ex operis serui aut ex re possessoris, Non magis quàm fructus quos ex rebus hereditariis perceperit, qui tamen bonæ fidei emptori interim acquirerentur *l. bonæ fidei 48. De acqui. rer. dom.* Potestate scilicet tituli cum bona fide coniuncti. Non enim fructus acquiruntur interim bonæ fidei emptori tanquam bonæ fidei possessori, sed tanquam bonæ fidei emptori, vt in præcedentibus documus. Ergo quod per huiusmodi seruum acquiritur cùm non possit acquiri possessori necesse est vt aequitatur hereditati, atque ita hereditatem augear, & consequenter veniat in restitutionem hereditatis. Nec est contrarium, quod possessor ex testamento postea rescisso per querelam inofficiosi testamenti habet interim titulum testamenti, adeóque non tantùm bonæ fidei possessor est hereditatis sed etiam verus heres verúsque dominus quoadusque testamentum rescissum sit. Quamquā enim ita est, rescisso tamen quandocumque per querelam testamento, titulus ille reducitur ad non titulū, & desinit heres esse is qui antea fuit, ita vt locum faciat successioni intestati *l. circa 24. sup. tit. prox. l. in substitutione 33. §. de vulg. & pupil. subst.* Proinde redigitur ad causam nudi bonæ fidei possessoris, cui omne lucrum auferendum est quantumuis licitè ac bona fide acquisitum *d. l. post Senatusconf. 28. supr. hoc tit.* Et hoc est quod hic Paulus noster insinuat iis verbis *cùm interim in bonis esset heredis.* Dixit enim *cùm* pro *quamuis*, vt bene Ioannes adnotauit. Et heredis nomine verum hæredem intelligit qui in querela vicerit, non scriptum qui victus sit & heres esse desierit. Et ob hanc nimirum causam querela inofficiosi testamenti necessariò proponenda est antequàm hereditatis petitio instituatur vt testamenti titulus quo possessor subnixus est euertatur, & ad non titulum redigatur ad hoc vt hereditatis petitioni locus fieri ex regula iuris possit.

26. VLPIANVS libro quintodecimo ad Edictum.

Nisi ex re heredis scripti stipulatus sit.

Ad l. Nisi ex re 33.

Ratio dubitandi. Omne lucrum possessori etiam qui in bona fide fuerit auferendum est, satisque ei esse debet quod post Senatusconsultum in damno

morari nequeat *l. sed etsi 25. §. cõsuluit & l. post Senatusconsultum 28. sup. hoc t.* Ergo etiam id quod ex re possessoris seruus hereditarius acquisierit à possessore restituendum est.

Dec. Non potest videri ex hereditate quæsitum esse vt hereditatem augere debeat id quod ex re possessoris eiusdémque scripti heredis acquisitum est, quamuis per seruum hereditarium. Cùm hic seruus interim fuerit heredis nec alij quàm ei qui rùm vetus dominus erat acquirere potuerit. Absurdúmq; sanè fuerit augeri hereditatẽ ex re possessoris qui non tantùm possessor sed etiam dominus fuerit, vt id quoque quod ex ea causa perceperit vero heredi restituere teneatur. Alia causa est eorũ quæ hic seruus hereditarius ex operis suis acquisierit. Etsi enim dici solet Ex re bonæ fidei possessoris acquisitum videri quod ex serui operis acquisitum est, *l. quod fructuarius 49. de acqu. rer. domin. l. quæsitum 40. in fi. eod.* Id tamen non aliam rationem habet quàm quia bonæ fidei possessori operas seruus debet, nimirum si non tantùm bona fide, sed etiam ex iusto aliquo titulo possideatur. Quod hîc non euenit, vbi titulus reducitur ad non titulum per querelam inofficiosi testamenti quemadmodum in præcedenti lege diximus: Neque hoc nouum est cùm eadem etiam distinctio adhibeatur in seruo redhibito in *l. & generaliter dicendum est 25. §. De adilit. edict.* Dices easdem rationes quas attulimus pro bonæ fidei possessore ne quod ex re ipsius serui hereditarius acquisierit, vero heredi restituere teneatur, etiam in eo locum habere quæ ex operis serui quæsita sunt, Et vicissim non magis relinquendum esse possessori quod ex re ipsius quàm quod ex operis serui acquisitũ est, cùm nihil lucri ex aliena hereditate penes eum remanere debeat, Neque rursus distinguendum esse heredem scriptum in eo testamento quod inofficiosum postea pronunciatum sit à bonæ fidei possessore qui ab initio possessionis suæ titulum nullum habuerit. Quid enim refert an titulus possessionis ab initio nullus fuerit, an aliquis, sed qui postea ad non titulum sit redactus? Verùm respõdeo longè maiorem esse rationem, vt non restituatur quod ex re possessoris quàm quod ex operis serui acquisitum est. Quod enim ex operis serui acquisitum fuit perinde acquiri potuisset, etiamsi alius serui possessor fuisset, quia perinde operas suas alij præstitisset, At non etiam quod ex re ipsius possessoris. Neque enim ex re illa potuisset acquirere si alium bonæ fidei possessorem habuisset.

1 ¶ Iulianus scribit, si hominem possessor distraxerit, si quidem non necessarium hereditati, petitione hæreditatis pretium præstaturum: imputaretur enim ei si non distraxisset: quòd si necessarium hæreditati, si quidem viuit, ipsum præstandum [a]: si decesserit, fortassis nec pretium: sed non passurum iudicem [b], qui cognoscit, possessorem pretium lucrari scribit. & verius est.

Ad §. 1. Iulianus.

Ratio dubitandi. In petitionem hereditatis veniunt res ipsæ hereditariæ, non earum duntaxat precia, quippe quæ propriè nõ sunt hereditaria sed tantùm per fictionem quandam, & iure subrogationis, vt toties diximus in præcedentibus, Præsertim ad *l. si & rem 22. supr.* Ergo si possessor hereditatis vendiderit seruum hereditarium quamuis hereditati non necessarium, potest eo nomine conueniri non tantùm vt precium quod accepit restituat, sed vt quod amplius est in vera serui æstimatione, scilicet si proponas malæ fidei possessorem & prædonem cui non sit æquum vlla in re subueniri. Nam de hoc solo possessore intelligi Iustinianum debere ex eo cõstat quod in bonæ fidei possessore qui seruum hereditariũ vendidit eiusmodi distinctio adhibenda non est an seruum necessarium vendiderit an non necessarium, cùm rem suã se tractare crederet *l. sed etsi 25. §. consuluit & seq. sup.* Nec potest in eo locum habere ratio quæ hîc adfertur quod imputaretur ei si seruum hereditariũ non distraxisset. Nulli enim querelæ subiectus est bonæ fidei possessor pro iis quæ gessit vel non gessit ante petitam hereditatem *l. si quid possessor 31. §. sicut autem sup. eod.*

Dec. Etsi indignus est prædo cui faueatur, non tamẽ vsq; adeò durè ac inhumanè cum eo agendũ est, vt eorum quoque nomine teneri debeat quæ bene gessit & quæ prudẽs ac diligens paterfamilias perinde gere debuerit, adeóq; quæ si non gessisset, tantò magis foret quod ei imputaretur. Atqui esset quod imputaretur si seruum non necessarium retinuisset quem potiùs expediebat vendere. Satis igitur abundéq; vero heredi esse debet quod precium venditionis à possessore consequatur, nec amplius quicquã hoc nomine petere ab eo debet.

a *Siquidem viuit, ipsum præstandum.* Ratio dubitãdi. Non potest hereditatis possessor venditum seruum præstare ac restituere cùm vendiderit, nec eius vindicandi ius habeat quia dominus non est, Cùm & aduersus venditorem vindicantem eam rem cuius dominium ex postfacto nactus est, danda sit exceptio rei venditæ & traditæ *l. 1. & tot. til. t. De except. rei vendit. & tradit.* Ergo non est vrgendus vt hominem ipsum præstet, ne ad impossibile adigi videator.

Dec. Imputatur prædoni cùm seruum necessarium distraxerit, quia non expediebat distrahere, & quia nõ debebat se immiscere hereditati quam sciebat ad alium pertinere. Ergo quamuis vendiderit atque ita desiit possidere, quia tamen dolo malo vendidit sciens alienum atque ita dolo malo desiit possidere pro possessore condemnandus est, ad hominem ipsum præstandum si quo modo recuperare illum possit, Aut quãti actor in litem iurauerit in infinitum & sine vlla taxatione si hominem ipsum restituere non possit, vt in *l. item veniũt 20. §. vlt. d. l. sed etsi 25. § hac verba sup.* Nec cogendus petitor est hoc casu vt superiore, precium accipere quod ex venditione redactum est, & eo contentus esse.

b *Sed non passurum iudicem.* Ratio dubitãdi. Etiãsi seruus hic hereditarius quem à malæ fidei possessore distractum ponimus, distractus non fuisset, æquè tamen heredi periisset ac vero heredi, Adeò vt neq; precium eius præstari debuisset, quoniam nõ posset imputari prædoni cur seruum necessarium hereditati nõ distraxisset quem retinere expediebat.

expediebat Ergo quamuis distraxerit, non eo magis condemnandus est vt pretium restituat ne id quidem quod accepit, quia nihil interfit petitoris quia æquè non vendito itemam fuerat amissurus *arg. l. si alius. 7. §. si. & uers vers. quoniam nullam insi. quod vi aut clam.*

Dec. Quia lucrum ex aliena hereditate perceptum eripiendum est etiam bonæ fidei possessori *l. post Senatusconsultum 28. sup. hoc tit.* Ergo multò minus pati iudex bonus debet vt lucrum huius precij remaneat penes prædonem, quod nec penes bonæ fidei possessorem remanere deberet. Licèt enim ex negotiatione magis quàm ex hereditario seruo perceptum videri possit *l. vendicor 2. De hered. vel act. vend. l. 1. §. 5. ff. ad leg. falc.* negari tamen non potest quin habuerit per occasionem hereditatis quod sufficit vt restitui debeat. Nec rursus quin subrogatum sit in locum hominis venditi vt perinde ac homo ipse possit venire in hoc iudicium petitionis hereditatis quod est vniuersale.

34. PAVLVS libro vicensimo ad Edictum.

Filij familias militis puto peti posse hæreditatem ex testamento nobis obuenientem.

Ad l. Filijsfamilias 34.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias heredem ex testamento habere nō potest, Cùm lex 12. tabul. quæ prima testandi induxit de solo patrefamilias locuta sit his verbis *Paterfamilias vti sua res legassit, ita ius esto*, vt relatis ab authore ad Herennium tunc. *l. verbis legis 120. De verb. signif. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. subst. l. filiusfam. 18. ff. ad leg. falc.* Filiusfamilias autem nō eo minùs est filiusfamilias, quòd sit etiam miles, quandoquidem militia non est modus soluendæ patriæ potestatis *§. filiusfamilias Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* vt neque acquisitio bonorum castrensium *d. l. vlt. C. de inoff. test.* Ergo fieri non potest vt filiifamilias petatur hereditas, nec magis ex testamento quàm ab intestato. Hereditatem enim aliquam esse oportet & quidē testamentariam, vt ex testamento peti possit.

Dec. Filiusfamilias miles vice patrisfamilias fungitur quantum ad ea bona quæ in castris quæsiit *l. 2. C. ad SC. Maced.* Nimirum si de eo peculio castrensi testatus sit *l. vlt. in princ. ff. ad SC. Tertyll.* Alioqui si moriatur intestatus occupat pater bona omnia castrensia non tanquam heres & iure hereditario sed tanquam pater iure peculij *l. 1. & 2. ff. de castr. pec.* Potest igitur miles etiam filiusfamilias & hereditatē & heredē ex testamento habere sed in peculio castrensi tantùm & in quasi castrēsi, de quo in *d. l. vlt. C. de inoffic. testam.* sed non etiam in bonis cæteris. Ab intestato autem habere heredem non potest, Iure scilicet veteri inspecto. Nam, vt benè Accursius notat, hodie aliud est post Nouellam Iustiniani constitutionem 118. *De heredib. ab intestato venient.* quæ filiofamilias cuilibet ius habendi etiam ab intestato heredis concessit. Nimirum in peculio aduentitio, non etiam vt puto in castrensi, In quo, ni fallor, Iustinianus nihil innouauit, non magis quàm in peculio profectitio, quemadmodum pluribus à nobis comprobatum est aduersus omnes omnium interpretum opiniones in Error. pragmat. Quod tamen Accursius noster ad hunc locum neque sensisse, neque percepisse videtur Facit enim eandem rationem militis & alterius cuiuslibet filiifamilias ab intestato, Quæ tamen alia & meo iudicio deterior est in eo quod heredem peculij castrensis habere non potest, quia & melior est in eo quod heredem ex testamento habere posset si vellet. Planè in peculio aduentitio eadem ratio est filiifamilias militis quæ cæterorum, quia de eo non magis testari potest quàm cæteri.

1 ¶ Si seruus, vel filiusfamilias res hereditarias teneat: & patri dominóve peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio serui habeat, & Iulianus existimat posse à domino, quasi à iuris possessore, hereditatem peti.

Ad §. 1. Si seruus.

Ratio dubitandi. Tenere aliquid est facti meri *l. stipulatio ista 38. §. hæc quoque stipulatio vers. plane si tenere. ff. De verb. obligat.* Quæ autem sunt facti non transeunt à filiofamilias aut à seruo ad patrem vel dominum *l. qui heredi 44. in princ. de cond. & demonstr.* Ergo cùm is qui rem aliquam tenet eiusdem rem restituendæ habeat facultatem nec alius petitione hereditatis conueniri possit quàm qui restituendæ rei facultatem habet, vt euenit in cæteris omnibus in rem actionibus *l. officium 9. & l. qui restituere 68. inf. De rei vind.* consequens videtur vt quamuis seruus petitione hereditatis conueniri non possit quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo 107. De regul. iur.* in filiofamilias tamen aliud dicendum esse videatur, cùm filiusfamilias ex omnibus penè causis & agere & conueniri possit, *l. filiusfamilias 39. De oblig. & action.*

Dec. Petitio hereditatis cùm sit actio in rem datur contra possessorem *l. regulariter 9. & pass. sup. hoc tit.* Possessor autem est non qui rem tenet aut qui in possessione est, sed is cuius nomine res tenetur aut possidetur *l. quod meo 18. ff. De acquir. poss.* Ergo pater vel dominus non filiusfamilias aut seruus, Nam & per filiumfamilias possessio patri acquiritur, vt & domino per seruum *l. 1. §. item adquirimus l. 4. eod. tit.* quoniam vera & propria possessio licèt facti sit, tamē etiam iuris est ac plurimùm ex iure mutuatur *l. possessio 49. in princip. & §. 1. eod.* Non igitur ob id minùs hereditatis petitione conueniri pater vel dominus potest quod filius aut seruus rem teneat, cùm non minus restituendæ rei habeat facultatem quàm si eam ipse teneret: Hoc verò sufficit vt contra eum actio in rem quælibet exerceri possit. Sic dicimus interdicto De tabulis exhibendis conueniri posse patrem vel dominum si penes filium vel seruum sint tabulæ, Nimirum quia earum exhibendarum facultatem pater, vel dominus habet *l. locum 3. §. 6. si penes. ff. De tabul. exhib.* Non tamen omnimodo per filium aut seruum acquiritur possessio patri vel domino, sed scienti tantum extra causas peculiares ex quibus

placuit acquiri possessionem patri vel domino etiam ignoranti *l. peregrè* §.1.ʒ. *De acqui. poss. l. quemadmodum* 46.§.1.ʒ. *de iur. dot.*

a *Certè si precium.* Ratio dubitandi. Quod habet filiusfamilias aut seruus in peculio non videtur à domino vel à patre possideri, quia peculium quasi patrimonium quoddam est filiifamilias vel serui separatum à rationibus dominicis *l. depositi* 5. §. *pen. & vlt. l. peculium* 39. iunct. *l. hinc quæritur* 19.§.1.ʒ. *De pecul.* Ergo non potest ex ea causa pater vel dominus petitione hereditatis conueniri.

Dec. Vt quis petitione hereditatis conueniri possit sufficit esse illum iuris possessorem *l. nec vllam* 13.§. *vl. sup.* Hic autem pater vel dominus possessor iuris est, id est vt Accursius explicat peculij, quia peculiū licet sit fil. familias vel serui iure, tamen est patris & domini *l.* 4. §. *sed vtrum & l. patri* 27. *sup. de minor.* cùm possit pater vel dominus pro iure & arbitrio suo peculium adimere aut ex patre aut etiam in totum dum ne in fraudem eorum qui cum filiofamilias vel seruo cōtraxerunt *l. peculium nascitur* 40. *in fi.* ʒ. *de pecul. l.* 1. *quand. act. de pecul. est annal.* Quamquam si quis cum Cuiacio *lib.* 13. *Obser. cap.* 8. velit hæc verba *quasi iuris possessore* expungere, tanquam quæ irrepserint ex *l. seq.* non valde repugnabo. Patet enim itemque dominus verè ac propriè possidet ipsa etiam corpora quæ sunt in peculio, Nec est necesse vt quasi iuris possessor cōueniatur, qui tanquam ipsorum possessor corporum conueniri potest.

35. GAIVS libro sexto ad Edictum Prouinciale.

IDem Iulianus ait, etiam si nondum ptetia rerum consecutus sit seruus, posse à domino quasi à iuris possessore, hæreditatem peti: quia habet actionem, quia eam pecuniam consequatur, quæ quidem actio etiam ignoranti adquireretur.

Ad l. Idem Iulianus 35.

Ratio dubitandi. Cùm filiusfamilias vel seruus qui res hereditarias possidebat, eas distraxit, nec precium earum adhuc consecutus est, non potest videri pater aut dominus quicquam hereditarium possidere corpore filiifamilias aut serui. Non res ipsas hereditarias, quas ponimus fuisse distractas, Non earum precia quæ necdum fuere soluta, Nihil igitur causæ est cur hereditatis petitione conueniri possit. Aliquam enim rem possideri oportet saltem minimam, vt hæc actio proponi possit *l. licèt minimam* 10. iunct. *l. præced. supr.*

Dec. Etiam quasi possessor iuris actione ista conueniri potest, vt diximus ad fin. legis præcedentis ex *l. nec vllam* 13.§. *vlt. supr.* Atqui hoc casu pater vel dominus quasi possessor est iuris hereditarij, id est actionis ex vendito, quam habet ex contractu filij vel serui quæsitam etiam ignoranti eùm ex causa peculiari acquisita sit *l.* 3.§. *cæterum l. peregrè* 44.§.1. *De acquir. poss.* Videtur enim lex hæc referenda ad posteriorem speciem §. præcedentis, vbi eiusdem Iuliani sententia proponitur de domino qui precia rerum hereditariarum à seruo venditarum in peculio serui habuit: Quamquam si ponas ea precia non fuisse in peculio, perinde verum erit hereditatem à patre vel à domino tanquam iuris possessore peti posse, quoniam æquè actionem habet ex vendito aduersus emptores rerum hereditariarum, qui nondum soluerunt precium, Nec minùs similiter dici poterit actionem hanc etiam ignoranti patri vel domino quæsitam esse, Etsi enim acquiri non potuit nisi scienti aut ratum habenti possessio rerum hereditariarum ex alia causa quàm peculij *d. l. peregrè* 44.§.1. *De acquir. poss. l. quemadmodum* 46.§.1. *De iur. dot.* Attamen ex stipulationibus & aliis contractibus seruorum personales actiones dominis non tantùm ignorantibus, sed etiam inuitis acquiruntur. *l. seruum vetante* 62. ʒ. *De verb. oblig.*

36. PAVLVS libro vicensimo ad Edictum.

SI à domino, vel à patre, qui ptetia possidet, hæreditas petatur: an filio, vel seruo mortuo, vel seruo manumisso, vel emancipato filio, intra annum agi debeat? & an debitū sibi dominus, vel pater deducere potest? Iulianus verius esse ait id, quod Proculus quoque respondit, perpetuò actionem dandam: nec deduci oportere id, quod ipsi debetur: quia non de peculio agatur, sed hæreditas petatur, hæc rectè, quòd pretia habeat seruus, vel filiusfamilias. si propterea [a] hæreditas petatur domino, quod seruus debitor fuit, perinde haberi debebit, atque si de peculio ageretur. Idem dicendum [b]. Mauricianus ait, etiam si pecuniam ex pretio perceptam seruus, vel filius consumpserit. sed aliàs ex peculio eius solui potest.

Ad l. Si à Domino 36.

Ratio dubitandi. Cùm pater vel dominus qui precia rerum hereditariarum possidet per filiumfamilias aut per seruum conuenitur petitione hereditatis, Apparet conueniri eum, ex persona quodammodo filiifamilias aut serui, Quo demùm casu prodita est à prætore actio de peculio contra patrem vel dominum, Ex qua actione constat non teneri patrem vel dominum nisi quatenus est in peculio, nec tutum nisi deducto eo quod per filiumfamilias aut seruum ipsi patri vel domino debetur *l. depositi* 5.§. *vlt.* ʒ. *de pecul.* Ergo & in petitione hereditatis quæ contra patrem vel dominum ex persona filiifamilias aut serui proponitur, idem probandum est siue quis hanc actionem petitionis hereditatis sumere velit pro actione de peculio siue pro actione saltem subrogata in locum actionis de peculio, cuius proinde naturam & conditionem repræsentare debeat arg. *l. si quis cum* 10. §. *qui tutor sar. supr. si quis cautionibus.*

Dec. Petitio hereditatis & actio de peculio differunt toto genere. Illa enim actio in rem est *l. sed etsi* 25.§. *pen. supr. h. tit.* hæc in personam, Illa ciuilis, hæc prætoria, Illa competit contra patrem vel dominum

dominum, non tamen ex persona filiifamilias aut serui quam ex propria, quoniam quod filiusfamilias aut seruus ex aliqua hereditate possidet, pater ipse aut dominus [illegible] iusso [illegible] fuerit, siue ex possessione rerum hereditariarum possidere intelligitur, *leg.* [illegible] *De acq. possess.* perinde que habet [illegible] facultatem acsi proprio suo corpore possideret, *leg.* 38. §. 1. *supr. hoc titul.* Actio autem de peculio non datur contra patrem vel dominum nisi ex contractu filiifamilias aut serui, *l.* 3. §. *sed si filius & seq. & post. De pecul. l.* 1. §. *si filiusfamilias infr. De his qui effud. vel deiec.* Non quasi quod à filiofamilias aut à seruo contractum est, à patre ipso vel domino contractum videatur (haec enim ratio patrem vel dominum obligaret in solidum, non ad finem duntaxat peculij) sed ne decipiantur is qui contrahendo cum filiofamilias vel seruo peculium eius intuitus est tanquam proprium ipsius patri dominum, *leg. hinc quaeritur* 19. §. 1. *vers. qua quaestio infr. De pecul.* Nulla igitur ratio est, vt petitio hereditatis quae contra patrem vel dominum exercetur pro ea re quam alter corpore filiifamilias aut serui possidet eodem iure censeatur, quo actio De peculio, siue quantum ad hoc, vt duntaxat ad finem vsque peculij pater vel dominus teneatur, siue quantum ad hoc, vt quod patri vel domino debetur, ex condemnatione deducatur, siue denique vt filio [illegible] vel seruo mortuo, aut seruo manumisso, aut emancipato filio intra annum post hereditatem oporteat, [illegible] modum [illegible] de peculio agi oporteret, Ex Tit. [illegible] *de pecul. annal.* Sed his omnibus casibus dicendum est, petitionem hereditatis [illegible] potestatem, [illegible] & perpetuam fieri, & in solidum detur, dum ne tamen [illegible] pater aut dominus factus sit locupletior; alterius cuiuslibet exemplo [illegible] deducatur quod ipsi patri vel domino debetur. [illegible] haec nam si pater vel dominus idem [illegible] petitione hereditatis quod filiusfamilias aut seruus [illegible] rerum hereditariarum possidens, [illegible] in hoc casu hereditas ab initio petitur non de peculio agitur, quandoquidem [illegible] contrahit, [illegible] contrahit filiusfamilias aut seruus qui hereditarium aliquid possidet, quomodo quasi contrahere intelligitur, qui hereditatem sibi delatam adit, *leg.* 3. §. [illegible] *l. si fuerit infr. quib. ex caus. in possess. eat. lege* 5. §. [illegible] *De obligat. & action.* Nam nec delatam sibi hereditatem posset adire filiusfamilias aut seruus nisi praecedente iussu domini, ne per ignorantiam seruum pater aut dominus inuitus aere alieno obligetur, *l. qui in aliena* 6. *infr. De acquir. hered.*

a *Quod si propterea.* Ratio dubitandi. Etsim cum hereditas petitur à patre vel à domino, ob id solum quod filius vel seruus debitor fuerit, verumtamen est perinde teneri patrem vel dominum ex propria persona tanquam iuris possessorem non ex persona filiifamilias vel serui atque [illegible] rerum hereditariarum precia filiusfamilias aut seruus possideret. Ergo non aliud in hoc casu debet constitui, quam superiore.

Dec. Petitio hereditatis in rem quidem actio est, sed tamen plerasque habet praestationes personales, *dict. l. sed etsi* 25. §. *antepenultim. supr.* Inter quas tamen multum interest: Nam si ex contractu nascantur, filiifamilias vel serui non alterius conditionis esse possunt cum agitur petitione hereditatis, quam si agetur de peculio: quae actio nonnisi ob contractum filiifamilias vel serui competit. Si vero nascantur ex alia causa, puta quod seruus aut filiusfamilias exegerit debita aliqua hereditaria vel precia hereditariarum rerum quas vendidit, retinet petitio hereditatis suam naturam nec quicquam simile aut commune habet cum actione de peculio, quia hoc casu non ex contractu nascuntur, sed ex praesenti alicuius iuris quasi possessione. Quemadmodum de rei vindicatione scriptum est in *l. non alias* 24. §. *sed si possidetur supr. de iudic.* Cum enim pater aut dominus actione ista conuenitur ob id quod filiusfamilias aut seruus aliquid hereditati debuit, conuenitur quidem tanquam possessor passiue alicuius iuris hereditarij. Sed tamen ex contractu eius quem habet in potestate. Quare sicut actionem de peculio induceret, ita & petitioni hereditatis nouam quandam tribuit naturam similem actioni de peculio. Adeo verum est quod noster Accursius notat, originalem causam inspici, Ex *l. qui id quod* 53. *infr. De donat.* Non perinde verum est quod Bartolus nimis generaliter hic notat, Petitionem hereditatis quae datur contra patrem vel dominum habere naturam actionis de peculio quatenus datur ad praestationes personales. Debuerat enim hoc restringere ad personales praestationes quae ex contractu nascuntur. Nam & cum petuntur pecuniae exactae à debitoribus aut precia rerum venditarum à filiofamilias aut seruo, sunt istae praestationes personales *dict. §. petitio.* Nec tamen hoc casu petitio hereditatis est similis actioni de peculio vt constat ex hoc §.

b *Idem dicendum.* Ratio dubitandi. Cum seruus vel filiusfamilias pecuniam consumpsit, quam ex rerum hereditariarum venditione redegerat, perinde haberi debet atque si pater vel dominus consumpsisset, Quo tamen casu non simpliciter & absolute danda esset in eum petitio hereditatis, sed cum hac distinctione si ex ea consumptione locupletior factus esset, Puta si aliqui tantundem de suo fuerat erogaturus, vt in *leg. sed etsi* 25. §. *quod autem quis supr. hoc titul.* Ergo & eadem distinctio adhibenda est. Itemque illa quae in toto hoc contractu semper necessaria est, An bonae fidei possessor fuerit is qui consumpsit, an malae fidei: quarum tamen distinctionum neutra hic adhibetur. Quamquam vix est, vt haec distinctio cadat in filiumfamilias vel seruum qui nihil possidere ipsi possunt cum per eos possessio patri vel domino acquiratur. Multo minus fieri potest vt putent se heredes, cum delatam sibi ex testamento hereditatem non aliter possint adire quam si pater vel dominus iubeat, Quod vbi factum est, non de filiifamilias aut serui, sed de patris aut domini bona malaue fide quaerendum est. Contra quam Accursio videatur qui distinguendum putat, an bonae fidei possessor seruus fuerit, necne. Vt si bonae fidei possessor fuerit in nihilum teneatur, quamuis pecuniam consumpserit, quia is re sua vti se putauit ex *dicta lege sed etsi* 25. §. *consuluit &* §. *adio supra.*

Quasi verò possit seruus putare aliquid esse suum qui nec quicquam suum putare potest, cùm non sit ipse suus, itemque de filiofamilias tractari potest, qui perinde incapax est acquisitionis, nisi cùm pater non vult sibi per filium acquiri, *leg. placet 79. De acquirend. hered. leg. 1. infr. si quis à parent. manum. sit.* Ergo si filiusfamilias vel seruus consumpserit precia rerum hereditariarum siue bona siue mala fide consumpserit, non potest conueniri pater aut dominus petitione hereditatis, cùm neque corporis, neque iuris vllius hereditarij possessor inueniatur. Nec quod ex peculio filijfamilias vel serui tantundem solui possit quantum consumptum est, facere debet vt petitio hereditatis eo magis locum habeat, cùm de petitione hereditatis agamus non de actione de peculio.

Dec. Quod debet filiusfamilias aut seruus ex venditione rerum hereditariarum debet ex contractu suo: Potest igitur ea res inducere actionem de peculio, sicut & si defuncto aliquid filiusfamilias aut seruus debuisset. Quid enim refert an debitor fuerit defuncti, an verò factus sit debitor hereditatis; vtrique heredis per venditionem rerum hereditariarum? Neque rursum quod pecunia cuius erat debitor consumpta fuerit, siue bona, siue mala fide, potest tollere actionem de peculio semel natam, quæ tandiu durat, quandiu in peculio aliquid superest. Ergo & hereditatis petitio perinde locum habere potest, dummodò non agatur eo nomine durius cum patre vel domino quàm si de peculio ageretur, sed intra annum duntaxat post mortem vel emancipationem, vel manumissionem, & ad finem vsque peculij non in solidum.

1 § Sed & à filiofamilias peti hereditatem posse non est dubium: quia restituendi facultatem habet, sicut ad exhibendum. Multo magis dicimus,[a] posse peti hereditatem à filiofamilias, qui, cùm paterfamilias esset, & possideret hæreditatem, adrogandum se præstabit.

Ad §. 1. Sed & à filiofamilias.

Ratio dubitandi. Is demum tenetur petitione hereditatis, qui rem aliquam hereditariam possidet, siue bona, siue mala fide, *leg. regulariter 9. supr.* Atqui filiusfamilias non possidet cùm per eum possessio acquiratur patri saltem scienti aut ratum habenti, *leg. 1. §. cæterum. De acquirend. possess. leg. quemadmodum 46. §. 1. De iur. dot.* Ergo non potest hereditas peti à filiofamilias, non magis quàm à seruo, cui filiusfamilias in multis comparatur: maximè verò in iis omnibus, de quibus suprà diximus circa petitionem hereditatis.

Dec. Petitio hereditatis cùm in rem actio sit, datur contra omnes eos qui restituendi facultatem habent. Sicut & actio Ad exhibendum contra omnes qui facultatem exhibendi habent: quam porrò habent non illi tantùm qui possident verè ac propriè, id est qui sibi habent & animo domini, vt Theophilus definit in *Tit. De libertin.* quia res in filiumfamilias aut seruum cadere non potest. Sed illi etiam qui possident tantùm naturaliter, & de facto, id est qui rem tenent, quemadmodum de rei vindicatione scriptum est quæ specialis est in rem actio in *leg. Officium 9. De rei vindic.* & in actione Ad exhibendum, quæ licet in rem directa sit, non tamen contra alios datur quàm qui rem aut ciuiliter aut naturaliter possident, vt eius restituendæ habeant facultatem, In *leg. 3. §. vltim. & ll. seqq. infr. ad exhib.* Atqui filiusfamilias licet propriè non possideat quia propriè dicta possessio non tantùm facti sed etiam iuris est, plurimumque ex iure mutuatur, *leg. possessio 49. in princip. & §. 1. infr. De acquirend. possess.* & consequenter patri per filium acquiritur, vt cætera quæ iuris sunt omnia si modò animus patris concurrat: *dict. §. cæterum dict. leg. 1. si quis à parent. manum. sit.* Naturaliter tamen & minus propriè possidet, quia corporaliter rem tenet, quo verbo merum corporis factum significamus cuius non minùs capax est filiusfamilias, adeòque seruus quàm pater aut dominus, *leg. stipulatio ista 38. §. hæc quoque recte sic planè infr. De verbor. obligat.* Ergo nihil vetat filiumfamilias etiam proprio nomine quasi naturaliter possidentem petitione hereditatis conueniri sicut ex aliis omnibus penè causis, *l. ex filiofamilias 39. infr. De obligationib. & actionib.* Non idem est in seruo cùm quo scilicet nulla actio, neque in rem, neque in personam esse potest, *leg. cum seruo 107. De regulis iuris, leg. seruum 3. Cod. de iudic.* quia cùm iure ciuili pro nullo habeatur, *lege quod attinet 32. De regulis iuris,* eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis omnino incapaces sunt, tam actiuè quàm passiuè, ac proinde actionum omnium siue exercendarum, siue excipiendarum, Etiam prætoriarum, quia & ius prætorium in iure ciuili generaliter sumpto continetur, *§. constat autem. Instit. de iur. naturali. gent. & ciuil.* nec magis prætorij iuris quàm ciuilis consortionem vllam serui habent: *leg. qui testamento 20. §. seruus quoque infr. qui test. am. facer. poss.*

a *Multò magis diximus.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad sententiam præcedentem, nisi quod cùm paterfamilias præstitit se adrogandum, & ex patrefamilias factus est filiusfamilias, minor dubitatio est quin possit contra eum peragi iudicium quod iam fuit inchoatum: Etsi enim qui se dat adrogandum, transfert cum capite suo fortunas etiam omnes in domum & familiam adrogatoris, *l. qui et liberis 11. §. 1. De bonor. possess. secund. tabul.* non ideo tamen transfertur iudicium in adrogationem quod in adrogati personam potest consistere; sed ipso tantùm mortuo, *leg. tam ex contractibus 57. supr. de iudic.* Neque hic casus vnus est ex iis in quibus iudicium soluitur quos Paulus recenset in *leg. iudicium soluitur 58. eodem,* quia res peruenit ad eum casum à quo etiam incipere potuit.

2 § Si possessor

2 ¶ Si possessor hereditarium seruum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem debere eligere, vtrum velit, sibi eum condemnari, vt caueat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, omissa eius rei æstimatione à iudice. Quæ electio locum habet, si ante aditam hereditatem occisus sit seruus: nam si postea ipsius actio propria effecta est, nec veniet in hereditatis petitionem.

Ad §. 2. Si possessor.

Ratio dubitandi. Possessor hereditatis si seruum hereditarium occiderit siue dolo malo, siue culpa, & siue ante, siue post aditam hereditatem tenetur eo nomine actione legis Aquiliæ vt & ceteri omnes qui damnum aliquod per iniuriam alij intulerunt, *leg. 1. & tot. tit. infr. ad leg. Aquil.* Frustra ergo quis dicat competere ex hac causa etiam petitionem hereditatis. Cùm actio legis Aquiliæ sit plenior quia pœnalis est §. *his autem verbis. Inst. eod. tit.*

Dec. Quod vna actio competat quamuis plenior & pœnalis non efficit quin alia etiam minùs plena possit competere adeóque ex eodem facto, vt possit saltem actor alterutram & quam velit eligere. Solúmque de illo quæri potest an vna electa aliam amiserit, Aut potiùs an quod minùs per primam consecutus est per aliam consequi possit vt in *l. qui seruum 22. infr. De oblig. & action.* Ergo si possessor hereditatis seruum hereditarium per dolum aut per culpam occiderit, nihil prohibet quominùs & lege Aquilia teneatur quatenus occidit alienum, & petitione hereditatis, quatenus occidit hereditarium. Nec enim eo minùs plena debet esse petitio hereditatis, quod possessio seruum hunc occiderit, Cùm nemo facto suo præsertim malo & improbo suam obligationem tollere possit aut minuere, *leg. si seruum 91. §. sequitur vers. videamus. infr. De verbor. obligat.* Nec video qua ratione Bartolus hìc distinguat bonæ fidei possessorem à prædone. Quasi possit bonæ fidei possessor impunè seruum hereditarium occidere, Quod certè non ita est. Quamuis enim nulli querelæ subiectus sit ob ea quæ neglexit ante litem contestatam, ob ea tamen quæ improbè admisit & siue dolo malo siue per culpam quid fecerit in rebus hereditariis teneri debet, vt scripsimus ad *l. si quid possessor 31. §. sicut supr. hoc tit.* quia grauius peccatur in admittendo quàm in mittendo, Vnde & Papinianus noster delicta vocat *admissa in leg. Stichum aut Pamphilum 61. §. 1. infr. De solut.* Planè debet petitor eligere an malit petitionem hereditatis hoc nomine exercere, an actionem legis Aquiliæ, quoniam electa vna redire ad aliam non potest, multò minùs vtramque exercere, *leg. quod in heredem 9. §. eligere De tribut. act.* Proinde si petitionem hereditatis instituat, cauere debebit possessori se lege Aquilia non acturum. Quòd si malit integram sibi esse actionem legis Aquiliæ, Poterit quidem nihilominùs agere petitione hereditatis, si quid aliud possideatur hereditarium. Sed ita vt in eam actionem non veniat hominis huius occisi æstimatio, Quæ veniret, si cauisset petitor se non acturum lege Aquilia: Semper autem plenior est æstimatio quæ fit in actione legis Aquiliæ, quia continet Quanti plurimi seruus fuit eo anno retrorsum computato, *l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* In petitione autem hereditatis, quanti fuit tempore mortis, Non quidem præcisè, sed latiùs & ἐν πλάτει, ne alioqui ad exiguam summam deducatur, Vt in condictione triticaria scriptum est in *lege penultim. infr. De condict. tritic.* Porrò hanc electionem petitor habet ita demùm, si ante aditam hereditatem seruus occisus sit. Nam si post aditam & eo tempore quo desierat esse hereditarius, factúsque iam fuerat heredis, non potest eo nomine petitio hereditatis competere, sed tantùm actio legis Aquiliæ, tanquam propria ipsius non quasi heredis, sed quasi domini cuiuslibet. Nimirum si æstimatio petatur, quæ per legem Aquiliam semper petitur. Nam quin seruus ipse etiam occisus post aditam hereditatem venire debeat in petitionem hereditatis contra eum ipsum qui occidit, dubitari non oportet, si Bartolo credimus, acsi adhuc in rerum natura extaret, quia pro adhuc extante habetur, *leg. si ex legati 23. leg. si seruum 91. §. sequitur & §. vltim. infr. De verbor. obligat.* Idque significant fortè isse huius §. verba illa *Omissa eius rei æstimatione à iudice*, Scilicet in petitionem hereditatis hunc quoque seruum venire qui occisus est, sed eius æstimationem non venire debere, sed omitti à iudice qui de hereditatis petitione cognoscit. Verius tamen mihi videtur & Pauli verbis conuenientius, non magis seruum hunc occisum quàm ipsius æstimationem venire in petitionem hereditatis cùm post aditam hereditatem occisus est etiam à prædone. Tunc enim habetur pro adhuc extante in odium & pœnam occisionis cùm alioqui fieret vt debitor suo facto liberaretur à personali obligatione qua sola tenebatur ad dandum, puta cùm de seruo agitur debito ex causa legati vel stipulationis, vt in *dict. leg. si ex legati & dict. leg. si seruum. §. sequitur & §. vltim.* At in specie quam nos tractamus, id est, cùm seruus qui fuerat hereditarius occisus est post aditam hereditatem, nil necesse est fingere eum adhuc extare ad perpetuandam occisoris obligationem, cùm ab eo tempore cœperit debitor teneri vero heredi propria actione legis Aquiliæ, tanquam domino facto per aditionem, *leg. cùm heredes 23. infr. De acquirend. possess.* quod superioribus casibus non contingit, quia legis Aquiliæ actio soli domino datur, non etiam creditori, *leg. liber homo 13. §. si seruus hereditarius & pass. infr. ad leg. Aquil.* Vtroque igitur casu, id est siue ante, siue post aditam hereditatem seruus occisus sit, competet actio legis Aquiliæ vero heredi quia vtroque casu heres dominus est, sed diuerso iure. Nam si ante aditam hereditatem, ipsi competet legis Aquiliæ actio tanquam ei quæsita per hereditatem, Si verò post aditam, tanquam ipsi proprio iure ac immediatè quæsita ex propria ipsius persona.

Digitized by Google

3 ¶ Si prædo dolo desiisset possidere, res autem eo modo interierit, quo esset interitura, & si eadem causa possessionis mansisset: quantum ad verba senatusconsulti, melior est causa prædonis, quàm bonæ fidei possessoris: quia prædo, si dolo desierit possidere, ita condemnatur, atque si possideret, nec adiectum esset, *Si res interierit*. Sed non est dubium, quin non debeat melioris esse condicionis, quàm bonæ fidei possessor. Itaque & si pluris venierit res, electio debebit esse actoris, vt precium consequatur: alioquin lucretur aliquid prædo.

Ad §.3. Si prædo.

Ratio dubitandi. Ex Senatusconsulto quod de hereditatum petitionibus factum est, is qui dolo malo desiit possidere aliquid hereditarium perinde tenetur atque si possideret, *leg. item veniunt 20. §. item eos qui bona supr. hoc tit.* Nec enim maior aut congruentior pœna esse potest eius qui dolo desiit possidere quàm vt dolus ipsius pro possessione sit, *l. qui dolo 131. De regul. iur.* Atqui si prædo possideret adhuc rem hereditariam quam supra iustum precium vendidit, vt eam dolo malo desineret possidere, & ea hodie periret naturali interitu & suo fato vtique liberaretur præstando petitori verum rei deperditæ precium, nec ad quicquam amplius teneretur, *dict. l. item veniunt* aliàs *l. si possessor §. vltim. supr.* Ergo secundùm verba senatusconsulti perempta re suo fato apud emptorem cui carioce precio distracta fuerat liberabitur prædo verum reddendo precium, nec dici potest ex Senatusconsulto cogendum eum reddere totum quod accepit, id est vltra iustum precium.

Dec. Ex verbis quidem Senatusconsulti ita est, sed non ex mente ac sententia Senatus. Quis enim credat Senatum voluisse vlla in re meliorem facere condicionem prædonis, quàm bonæ fidei possessoris? *l. non solum 13. infr. De noxal. act.* Atqui melioris esset condicionis prædo in hac specie quàm bonæ fidei possessor si non totum precium quod accepit sed verum duntaxat restituere teneretur. Quod enim amplius esset in precio accepto quàm in iusto lucraretur: Quod tamen in bonæ fidei possessoris persona non æquè posset contingere, quippe qui Senatusconsultum eripit omne lucrum sola ei relicta indemnitate, *leg. post senatusconsultum 28. supr.* Ergo hic casus quo res cariùs à prædone vendita perierit fato suo penes emptorem cùm sit omissus verbis Senatusconsulti (nec enim adiecit Senatusconsultum vt perinde condemnetur prædo qui dolo desiit possidere ac si perpetuò possedisset cùm res interiit) ita supplendus & interpretandus est ex mente Senatus, vt non tamen leuiùs condemnetur quàm si bonæ fidei possessor esset, id est, vt nihil lucri ex hereditate retineat, & consequenter vt totum precium quod accepit, restituere teneatur. Itaque nihil commune habet hic tractatus cum quæstione illa inter veteres iuris interpretes apud Accursium tam sæpe agitata, Vtrum naturalis rei interitus post moram contingens ad dominum pertineat, an verò ad bonæ vel malæ fidei possessorem. Nam quemadmodum in persona prædonis moram nullam exigimus, cùm mala fides ipsius satis pro mora sit, ita & in bonæ fidei possessore etiam qui moram adhuc nullam contraxerit & cui nondum mota sit de hereditate controuersia, perinde dicimus debere illum restituere totum precium quod accepit rei posteà suo fato peremptæ, atque si post moram interitus contigisset: Non ergo propter moram, sed ne quid lucri ex hereditate penes eum remaneat. Quid ergo si res vendita perierit penes emptorem, At non eo modo quo fuerat peritura si vendita non fuisset, id est non naturali interitu nec suo facto? Hunc enim casum Paulus hîc prætermisit, sed tamen non obscurè innuere videtur idem hoc casu multò magis dicendum esse, Cùm multò magis possit imputari prædoni cur distraxerit rem hereditariam quæ si distracta non esset, non æquè fuerat peritura, Nec quicquam causæ est, cur hoc casu potiùs quàm superiore lucrum aliquod retinere prædo debeat ex hereditate, aut quod idem est per occasionem hereditatis ex precio rei venditæ.

4 ¶ Quo tempore locupletior esse debeat bonæ fidei possessor dubitatur. Sed magis est, rei iudicatæ tempus spectandum esse.

Ad §.1. Quo tempore.

Ratio dubitandi. In iudiciis quasi contrahitur per litis contestationem, *leg. 3. §. idem scribit infr. De pecul.* quæ ideò nouationis & delegationis instar habere dicitur, *leg. delegare 11. §. 1. & leg. aliam 29. infr. De nouat.* Et ob eam nimirum causam spectari solet ferè in omnibus tempus litis contestatæ, vt cùm quæritur de ineunda rei debitæ æstimatione in contractibus strictis, *leg. vinum 22. De rebus creditis, leg. hominem 37. infr. mandat. l. vltim. De condict. tritic. leg. 3. §. in hac infr. commod. l. fundum 28. infr. de nouat.* quia quale quid est cùm petitur tale dari debet, *leg. 2. infr. De vsur.* Peti autem res intelligitur, tùm demùm cùm litis contestatio fit, *l. amplius 15. Rat. rem haber.* Et quod ad tractatum nostrum magis pertinet, per litis contestationem omnes possessores fiunt pares, id est prædones, *leg. sed etsi 25. §. si ante supr. hoc titul.* Ergo & cùm quæritur de bonæ fidei possessore an factus sit locupletior, tempus litis contestatæ inspiciendum est non rei iudicandæ.

Dec. Bonæ fidei possessor propter suam bonam fidem ex Senatusconsulto indemnis omnino seruandus est ne vllum ex alienæ hereditatis possessione damnum sentiat, *dict. leg. sed etsi §. consulunt.* Damnum autem pateretur, si suprà quàm factus esset locupletior condemnaretur, quod tamen facilè contingeret si tempus litis contestatæ inspiceremus, cùm ab eo tempore possit fieri vt bonæ fidei possessor amittat

amittat aliquid ex iis quæ antea habebat. Condemnationis igitur tempus omnimodo & præcisè spectandum est. Alioqui facilè accideret etiam è contrario vt lucri aliquid temaneret penes bonæ fidei possessorem, puta si is qui tempore litis contestatæ nondum erat factus locupletior, postea factus esset ante condemnationem. Hoc verò perinde iniquum esset ac contra mentem Senatusconsulti, quod sicut bonæ fidei possessorem in damno morari non patitur, ita neque in lucro versari *l. post Senatusconsultum 28. supr.* Nec ad rem facit, quod post litem contestatam possessores omnes sunt pares, In prædonibus autem non distinguimus, an aut quo tempore facti sint locupletiores, eum omnimodo teneantur, etiamsi locupletiores facti non sint, Non enim debet bonæ fidei possessor huius periculi metu ius suum indefensum relinquere, vt scriptum est in *l. illud 40. infr.* Non igitur contestationis sed condemnationis tempus spectandum est, cùm quæritur an bonæ fidei possessor locupletior factus sit, Vel ob hoc ipsum vt sciatur ad quid bonæ fidei possessor condemnari debeat. Simile est quod scribitur in *l. quæsitum 30. in princip. infr. de pecul.* In actione de peculio cùm quæritur quid & quantum sit in peculio, tempus rei iudicatæ spectandum esse non litis contestatæ, quoniam, vt lex ait, rectè intenditur deberi etiamsi nihil sit in peculio, Non autem rectè condemnatur quis in actione de peculio, si in peculio vel nihil, vel minùs sit. Hoc autem non benè percepit Azo, qui credidit Bonæ fidei possessorem si tempore litis contestatæ reperiatur factus locupletior, licèt postea desierit esse locupletior, nihilominùs teneri ex *d. d. §. si antè*, quod vtique falsum est. Ita enim fieret vt inspicerentur tempus litis contestatæ non rei iudicatæ, Aut si dicas cum eodem Azone ad hoc spectari tempus rei iudicatæ vt quamuis tempore litis contestatæ non fuerit locupletior tamen teneatur. Debuerat Paulus scribere, Non quomodo simpliciter scripsit Rei iudicatæ tempus spectandum esse, Sed potiùs Vtro tempore aut litis contestatæ aut rei iudicatæ possessor locupletior fuerit, inspici oportere, Vt in *l. 3. §. si venditor infr. De action. empt.* Dissimile est quod de pupillo dici solet, Cùm aduersus eum agitur tanquam locupletiorem factum, & quæritur, Quonam tempore locupletior esse debeat, vt ex rescripto Diui Pij teneatur, inspiciendum esse tempus quo agitur, id est quo litis contestatio fit, *l. 4. infr. De except. l. in pupillo 47. infr. De solut.* Id enim propriam rationem habet, quia actio nulla competit aduersus pupillum nisi factum locupletiorem, & quatenus locupletior factus est. Vt ergo actio possit competere, necesse est vt locupletior inueniatur eo tempore quo agitur. Alioqui censeretur actor egisse sine actione quod fieri non potest, *l. si pupilli 6. §. vltim. De negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. De admin. tutor.* At cùm tractamus de bonæ fidei possessore an & quando locupletior sit, non ad actionem contra eum dandam respicimus, sed ad condemnationem in eum faciendam. Tenetur enim bonæ fidei possessor petitione hereditatis in solidum etiamsi non sit factus locupletior, si nihil nisi vim & potestatem actionis intueamur. Sed non condemnatur nisi quantum & quatenus locupletior factus est, propter Senatusconsulti authoritatem. Denique Diui Pij rescriptum de actione locutum est Senatusconsultum de condemnatione.

5 ¶ Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conseruandorúmque eorum gratia fiunt. Quod non solùm in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus: sicut Sabino quoque placuit.

Ad §. 5. Fructus.

Ratio dubitandi. In persona quidem bonæ fidei possessoris facilè hoc admitti potest, vt fructus intelligantur deductis impensis quæ eorum quærendorum aut colligendorum, aut conseruandorum gratia fiunt, quoniam parcendum est bonæ fidei possessori ne damno vllo afficiatur, nec nisi in quantum locupletior factus est condemnetur. Non potest autem videri factus locupletior ex fructibus quos percepit, deductis sumptibus quos eorum percipiendorum causa fieri necesse fuit, Qui sumptus eò tandem omnes rediguntur vt fiant vel fructuum quærendorum gratia priusquàm fructus nati collectiue sint, Aut eorum colligendorum, eùm percipiuntur & à solo separantur, Aut denique conseruandorum postquàm collecti, percepti, & à solo separati sunt. At in persona prædonis aliud respondendum videbatur, quia indignus est cui benigna vlla interpretatione subueniamus, Nec absurdum aut iniquum est morari eum in damno, Cùm non modò conueniri possit, sed etiam condemnari debeat, suprà quàm locupletior factus sit, ad restitutionem omnium eorum quæ ex hereditate percepit.

Dec. Naturalis ratio non tantùm in bonæ fidei possessoribus, sed etiam in prædonibus hoc expostulat, vt fructus intelligi non possint nisi qui supersunt deductis sumptibus ad fructus quærendos, colligendos, & conseruandos factis, Non vt prædonum eandem quam bonæ fidei possessorum rationem constituamus, Sed quia cùm huiusmodi omnes impensæ sint necessariæ tantò minùs fructuum nomine perceptum videtur quantum ad eos percipiendos impendi & erogari necesse fuit, *leg. penultima & vltim. infr. De impens. in reb. dotal. fact.* Aliud verò est dicere Prædonem minus restituere quàm perceperit, quod numquam ferendum est: Aliud minus eum percepisse fructuum, propter sumptus necessarios percipiendorum fructuum causa erogatos: quod non tam fauori aut æquitati adscribendum est, quàm naturali rationi, quæ generalis semper & tam hominibus quàm rebus omnibus commodis est, *leg. 4. §. 1. & leg. 6. in fin. infr. De oper. seruor. l. fundus qui 51. in fine princip. infr. famil. ercisc.* vbi hâc ob causam dicitur nullum posse casum interuenire qui hoc deductionis genus impediat. Ex quo intelligimus non esse hac parte

distinguendos fructus ante litem contestatam perceptos ab aliis post perceptis. Cùm nihil grauius possit adferre litis cotestatio, quàm vt ex bonæ fidei possessore faciat prædonem: In eo tantùm distinctio illa fructuum ante vel post litem contestatam perceptorum, adhibenda est, vt qui ante litem contestatam percepti sunt, si consumpti sint bona fide, nullomodo sint restituendi ne quidem officio iudicis, sed illi tantùm qui post litem contestatam, quippe qui mala fide & percepti sint & consumpti: Aut qui ante litem quidem contestatam etiam à bonæ fidei possessore percepti fuit, sed extantes adhuc nec consumpti aut viucapti §. 1. *Institut. de offic. iudic. l. certum 22. C. de rei vindic. l. 2. C. de fructib. & lit. expens.* Cæterùm bene hîc Accursius notat non eandem esse rationem decimarum realium, vt exemplo fructuum necessariæ impensæ ex eis deducantur. Id enim obtinet duntaxat in personalibus Ex *cap. pastoralis Extr. De decim.* Iunge *d. leg. fundus qui 51. in fin. prin. infr. famil. ercisc. l. fructus 7. infr. solut. matr. l. quod in fructus 46. de vsur. l. heres 51. infr. hoc titul. l. idemque 10. adem Labeo infr. mandat.*

37. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

QVòd si sumptum quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit: æquissimum erit, rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi.

Ad l. Quòd si sumptus 37.

Ratio dubitandi. Cùm possessor hereditatis sumptus fecit percipiendorum fructuum gratia, nihil potest ei imputari cùm id fecerit quod naturali non tantùm ratione, sed etiam necessitate fieri oportuit, Adeò vt nullus casus sit in quo non debeat fieri deductio huiusmodi sumptuum ad percipiendos fructus factorum, vt proximè diximus ex *l. fundus qui 51. in fine princip. inf. famil. ercisc.* Ergo etiamsi posteà contingat nullos fructus percipi, non debet ea res deteriorem facere conditionem prædonis quominùs in eius quoque non minùs quàm in bonæ fidei possessoris persona eiusmodi sumptuum ratio habeatur. Imò tantò meliorem quantò dignior est cui succurratur is qui post falsas impensas nullos tamen fructus perceperit. Alioqui imputaremus illi euentum, quem tamen præstare nullomodo potest.

Dec. Quod dicimus in prædonis quoque persona rationem habendam esse sumptuum in percipiendos fructus erogatorum, non sit aliqua rationeꝰ equitatis, quasi æquũ sit vllo casu prædoni quoque subueniri, sed ratione merè naturali & necessaria, quòd sumptus illi non minùs in prædonis quàm in bonæ fidei possessoris persona sint necessarij ad fructus percipiendos, quódque non tam ex fructibus deduci quàm deductis iis fructibus percepti & æstimari videantur, ex *d. l. pen & vlt. De impens. in reb. dot. fact.* Atqui cùm nulli percepti sunt fructus aut minores quàm vt sumptibus in eos factis respondeant, nihil est ex quo possit ea deductio fieri, aut quod deductis sumptibus, nomine fructuum perceptum videatur: Consequens igitur est vt eo nomine à damno prædonem morari necesse sit, quomodo & bonæ fidei possessor in damno moraretur si non hoc etiam in casu ratio sumptuum in eius persona non haberetur. Sed hoc iniquum esset in bonę fidei possessore, & contra mentem Senatus, qui omnimodo indemnem eum præstari voluit, non etiam prædonem. *l. sed etsi 15. §. consuluit supr. hoc tit.*

38. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

PLanè in ceteris necessariis & vtilibus impensis posse separari: vt bonæ fidei quidem possessores has quoque imputent, prędo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in huius quoque persona haberi rationem impensarum. non enim debet petitor ex aliena iactura lucrum facere, & idipsum officio iudicis continebitur [a]. nam nec exceptio doli mali desideratur. Planè potest [b] in eo differentia esse: vt bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deduceret, licet res non extet, in quam fecit: sicut tutor, vel curator consequuntur: prædo autem non aliter quàm si res melior sit.

Ad l. Planè 38.

Ratio dubitandi. Etiam quod pertinet ad cæteras impensas, id est alias quàm de quibus proximè dictum est, & in rem ipsam alienam factas non in fructus percipiendos, si modò sint necessariæ aut vtiles, nulla videtur constituenda esse differentia inter bonæ fidei possessorem & prædonem, quia licet prædo videatur de se queri debere quòd sciens in alienam rem impenderit. Attamen non magis æquum est locopletari petitorem ex iactura prædonis quàm ex iactura bonæ fidei possessoris, cùm id æquè futurum sit contra naturalem rationem adeóque contra ius naturę, *l. nam hoc natura 14. infr. De condict. indeb. l. iure natura 206. De reg. iur.* Ergo in prædonis quoque persona impensarum huiusmodi omnium ratio haberi debet, & quidem officio iudicis, ita vt nec doli exceptio aut alia vlla necessaria sit. Atque ita vulgo interpretes ratiocinantur, quoniam sic à Paulo scriptum video in hac lege, quæ si non esset, omnes contrà sentirent. Illa enim ratio certè fortissima est quæ contra prædonem facit, quod imputare sibi debeat qui sciens ac temerè in alienam rem impenderit, quódque ea ratione impensas donasse videatur, *leg. adeo 7. §. ex diuerso vers. certè infr. De acquir. rer. domin. l. si seruum 27. §. si olenum ad leg. Aquil. l. qui alienum 14. De donat.* Contrà verò nõ videtur vrgere pro prædone ratio illa quã Paulus adfert quod non debeat petitor ex alieno damno locupletari. Nullum enim damnum videtur

videtur sentire prædo quod ex culpa sua sentit ex *reg.l.quod quis 203. De regul. iur.* Sed neque verum videtur eandem in prædone & alio quolibet malæ fidei possessore rationem constituendam esse sumptuũ necessariorum & vtilium. Cùm pro necessariis sumptibus possit res retineri, Vtiles verò tantùm tolli possint si modò id fiat sine rei in quam facti sunt detrimẽto *l.domum 5.C.de rei vindic.* Sunt qui hac in quæstione vt & in aliis penè innumeris distinguant summum ius ab æquitate, quasi summum ius fiat contra prædonem, Æquitas autem pro prædone. Pro qua sententia facit quod Paulus hîc ita scribit *Sed benignius est in huius quoque persona haberi rationem impensarum.* At in contrariũ tamẽ illud facit quod nullo æquitatis aut benignitatis fauore dignus videri potest prædo qui prædãdi animo ac dolo malo hæreditatem alienam inuasit *l.penult.in fin.ad SC.Trebell.* Aliis placet nõ modò separandum esse hac parte bonæ fidei possessorem à prædone, sed etiam petitionem hereditatis à vindicatione ac speciali in rem actione, Vt in petitione tantùm hereditatis obtineat quod in hac lege scribitur, Tam vtilium quàm necessariarum impensarum rationem habendam esse etiam in prædone, nec vllam esse inter hæc duo impensarũ genera differentiam, sicut neque inter bonæ fidei possessorem & prædonem. Secus verò in rei vindicatione Ex *d.l.domum & d.§. & ex diuerso l.adeo 7. De acquir.rer.domin.* Qua in sententia noster est Accursius, nulla tamen inter petitionem hereditatis & vindicationem specialem allata dissimilitudinis ratione. Alij denique nullam agnoscunt in hac quæstione differentiam inter petitionem hereditatis & vindicationem non magis quàm inter prædonem & bonæ fidei possessorem, sed tantùm inter ius summum & æquitatem. Adeò vt non solùm dent retentionem prædoni, sed etiam actionem vtilem negotiorum gestorum ex æquitate. Quæ fuit iam olim Azonis & Martini opinio à veteribus omnibus explosa, sed à recentioribus plerisque renouata præsertim à Parisiensi, & quod magis miror à Iacobo Cuiacio *lib. 10. Obseruat.c.1.* Omnium tamen improbabilissima, Cùm faciat prædonis condicionem non modò æquè bonam sed longè meliorem quàm bonæ fidei possessoris, quem proditum est innumeris iuris locis impensarum nomine quas fecerit nullam omnino repetitionem habere per viam actionis, sed tantùm per viam retentionis *l.si in area 33. De condict.indeb.* Nẽpe quia neminem sibi obligare voluit cùm in rem alienam quasi in suam impendit, vt ratiocinatur Paulus in *l.in hoc iudicium 14.§.1.l. si quis cùm 29. ff. Commun.diuid.l.Paulus 14. ff. De doli mal.except.* Et quod in *d.l.domum 5. C.de rei vindic.* contrà scriptũ videtur; Etiam prædonem habere repetitionem sumptuum quos fecerunt si necessarios fecerint, sic procul dubio accipi debet vt eos repetant per retentionem tantùm, non etiam per actionem. Ad differentiam impensarum vtilium quas eadem lex neget repeti aut retineri posse, sed tantùm tolli posse vult, si sine læsione prioris status rei auferri possint. Neque cursum propositio legis est affirmatiua, Prædonem posse necessarios sumptus repetere (esset enim affirmatiua propositio falsa) sed negatiua, Non posse illum repetere sumptus quos fecit, Sed addita exceptione *nisi necessarios sumptus fecerint.* Quæ exceptio vt bonum & vtilem sensum habeat, non est necesse vt includat ius agendi pro sumptibus necessariis, sed sufficit vt includat ius retinendi. Periode enim hoc modo satisfit æquitati quæ neminem ex alterius iactura locupletari patitur, nec tamen violatur ratio iuris, quæ non permittit vt propter impensas melior sit condicio prædonis quàm bonæ fidei possessoris, qui porrò nullam actionem habere potest pro impensis quas in rem alienam quasi in suam fecit, cùm neminem sibi obligare voluerit. Itaque supradicta exceptio sic accipi debet acsi in lege scriptum esset, Malæ fidei possessorem nullam sumptuum à se in rem alienam factorum habere repetitionem, Nisi sumptus necessarios fecerint: Quo casu scilicet quamuis repetere illos per actionem non possit, saluos tamen facere per retentionem potest. Nobis aliquando videbatur separandum quidem esse bonæ fidei possessorem à malæ fidei possessore quolibet. Sed non esse distinguendã petitionem hereditatis à rei vindicatione, vt ex iis videre est quæ scripsimus *lib.2.Coniect.cap.1.* Mouebamur ex eo quod eadem rationes siue iuris siue æquitatis quæ pro malæ fidei possessore aut contra eum vigere existimantur, non minùs in speciali quàm in vniuersali in rem actione, aut contrà locum habere videantur. Quis enim faciliùs ferat vt in iudicio vindicationis, quàm in petitione hereditatis petitor ex aliena iactura locupletetur? Aut cur melior malæ fidei possessoris condicio esse debeat in petitione hereditatis, quàm in rei vindicatione? Posteà obseruauimus, quod in Error.pragmat. docuimus & necessariò fatendum est, Non modò separandum esse in hac quæstione possessorem bonæ fidei à malæ fidei possessore quolibet, sed etiam malæ fidei possessorem quem simplicem vocare libet, à prædone. Quamquam enim quisquis prædo est etiam malæ fidei possessor est, non tamen è cõtrario quisquis malæ fidei possessor est, etiam prædo dici potest. Prædo enim dicitur ille demùm qui deprædandi animo ac sine vllo titulo res alienas occupat & inuadit, Malæ autem fidei possessor non etiam prædo est qui titulum aliquẽ habet, sed cum mala fide coniunctum & ab eo quem scit non esse dominum. Inde namque est quod ait iuris regula, Neminem prædonem esse qui preciũ numerauit *l.nemo prædo est 126. De regul. iur.l.nec vllam 13.§.si quis sciens sup.hoc tit.* Dicimus simplicem bonæ fidei possessorem, qui prædo non est, cùm impendit de suo aliquid in fundum alienum videri totum id donare, & repetendi spem omnẽ abiicere, *d.l.adeò 7.§.ex diuerso D.de acquir.rer. domin.l.si seruus 27.§.si oliuam 25.D.ad leg. Aquil.* vt non malè comparandus videatur ei qui donationis gratia fundum alienum excolit, de quo in *leg. qui alienum 14. D.de donat.* vbi dicitur res ab eo iniectas cõtinuò effici eius ad quem dominium fundi pertinet: At in prædone non eadem donationis sumptio capi potest. Quid enim animo donandi tam contrarium, quàm animus deprædandi? Prædonis igitur condicio hac parte melior esse debebit quàm simplicis malæ fidei possessoris quamuis prædo sit malæ fidei possessor improbior, quemadmodum dicimus raptorem esse fure improbiorẽ *l.2.§ cæterùm D.vi bonor.rapt.l.itẽ si cùm 14.§.qui vim intulit D.quod met.caus.* In eo sanè conueniunt, quod neuter habet animum obligandi eum cuius fundus est in quem fit impensa. Ac proinde multò

magis obstat iis eadem ratio quæ obstat bonæ fidei possessoribus ne pro repetitione impensarum quas fecerunt vllam actionem vllo casu habere possint qui nec retentionem quidem habere summo iure deberent, nec denique potestatem tollendi sumptus ne tùm quidem cùm sine læsione prioris status rei tolli possent, nisi pro iis aliqua æquitatis ratio hoc suadere videretur. Nec sanè vllus iuris locus est qui malæ fidei possessori simplici retentionem impensarum nomine concedat aut earum tollendarum facultatem. Nam hæc lex, vt apparet, loquitur tantùm de prædone, Imperator autem in *d. l. domum 5. C. de rei vindic.* de eo qui per iniuriam domum alienam occupauit. Quod ipsum quid aliud est, quàm prędonio more eam inuasisse? Quod verò in *l. 2. eod. tit.* scriptum est, Dissoluto ædificio, quod in alieno solo ex aliena materia constructum fuerat, ædificii materiam ad pristinum dominum redire, siue bona siue mala fide ædificium extructum sit, De eo proculdubio intelligi debet qui ex aliena materia in alieno solo ædificauit, vt bene Accursius interpretatus est, Ne alioqui obstet ex diametro quod scriptum est in *d. §. ex diuerso*, Eum qui in solo quod alienum esse sciebat, ædificauit ex sua materia, vsque adeò suâ voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligi vt nec diruto quidem ædificiô cōpetat ei vindicatio eius materiæ. Quid verò aliud est, Amisisse eum intelligi sua voluntate proprietatem rei suæ quàm videri eam donasse? Quare & exceptionem illam quæ subiicitur in *d. l. 2. si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint*, ad hunc maximè casum referre soleo quo quis in alieno solo ex materia sua ædificauerit. Hic enim verè donandi animo ædificium alieno solo imposuisse credendus est, qui voluntate sua proprietatem materiæ suæ, vt modò diximus, amisisse intelligitur: Scilicet si malæ fidei possessor simplex non etiam prædo proponatur. Nam in prædone, vt docuimus donandi animus præsumi non potest, Licèt nō minùs possit culpa imputari prędoni, quàm alii cuilibet malæ fidei possessori cur sciens in alieno solo ædificauerit. Sed aliud est culpam ei obiicere, Aliud præsumptionem donationis. Qui donauit, vtique materiam vindicare non potest cuius dominium sua voluntate amisit, multòque minùs eius materiæ tollendæ potestatem habere debet, quamuis posset id fieri absque prioris status detrimento. Quid enim hoc aliud esset, quàm donationem factam, perfectamque reuocare? Sed neque exceptionem doli habere potest, quæ nimirum nunquam nisi ex æquitate datur *l. 1. & pass. De doli excep.* Æquitas autem nulla patrocinari potest ei cui aut dolus, aut culpa obiici potest, vt ratiocinatur Claudius in *l. pen. in fin. D. ad SC. Trebell.* Quæ ratio perinde in prædone locum habet, vt doli exceptionem habere nunquam debeat, Sed non etiam, vt deneganda ei sit potestas tollendorū omnium quæ sine rei detrimento tolli possunt, quoniam in eam rem nullo exceptionis doli auxilio est opus, Sufficiente arbitrio & officio iudicis, cuius est adhibere temperamentum hoc æquitatis ne petitor ex aliena iactura locupletetur, cùm donandi animum prædo nunquam habuerit *d. l. domum in fin.* Nec est contrarium, quod ex Iuliano Vlpianus scribit in *l. Iulianus 37.]. De rei vindic.* Etiam ei qui sciens & mala fide in alieno solo ædificauit, permittendum esse vt tollat quæ sine detrimento rei tolli possunt. Nam vt benè Accursius & alii obseruarunt, loquitur ea lex de possessore qui bonæ fidei emptor ab initio fuerat, quamuis non nisi post adeptam alienæ rei scientiam, & cōsequenter mala fide ædificasset. Quem sanè æquissimum est melioris condicionis esse quàm cæteros malæ fidei ædificatores, hoc ipso quod bonæ fidei emptor non solùm fuit ab initio, sed etiam esse adhuc & durare videtur posteà quoque quàm resciit fundum alienum esse, quandiu fundus euictus non fuit, saltem secundum eiusdem Iuliani sententiam quæ extat in *l. qui scit 25. §. vlt. D. de vsur.* Etsi verò tam ex ratione iuris quàm ex æquitate magis ei nocere debere videtur quod mala fide ædificauerit, quàm prodesse quòd bona fide emerit, cùm quæritur de impensis ad ædificandum in alieno solo factis, præsertim cùm dici soleat non multū referre an prædo qui nullum possessionis vnquam suæ titulum habuit in dolo fuerit ab initio, an ex postfacto *l. sed et si 25. § de eo autem 5. hoc tit.* Negari tamen non potest quin maior quędam ęquitas pro eo vrgeat, qui bonę fidei emptor fuit, quàm pro eo qui nullum vnquam nisi vitiosum titulum habuit. Nec tā facilè potest donationis præsūptio sumi in eius persona quibus bonæ fidei titulum ab initio habuit adhuc subsistēte quàm in eo qui malæ fidei cōscius sibi ab initio fuit. Non enim superueniens mala fides extinguit titulum bonæ fidei licèt bonam fidem ipsam extinguat, Vnde est quod ex supradicta Iuliani sententia nihilominus lucratur emptor bonæ fidei fructus quos percipit ex fundo alieno etiam à quo tempore sciuit fundum esse alienum *d. l. qui scit §. vlt.* quamuis aliter Pomponius sensisse videatur quem Paulus refert probatque in *l. bonæ fidei 48. §. 1. De acquir. rer. domin.* Quòd si non admittit lucrum fructuum etiam post superuenientem malam fidem perceptorum, Quidni etiam ius illud saltem retinebit ob fidem bonam quam initio habuit, & emptionis tempore, vt impēsas quas fecit in ædificando licèt mala fide possit tollere, si modò id fieri possit sine prioris status lęsione? Planè non vsque adeò primordialis, vt ita dicam, bona fides illa ei proderit, vt propter impensas quas fecit retentionem habere debeat. Cùm enim possit ei culpa obiici, quod iam sciens in alieno ædificauerit, non est æquum vt habeat doli exceptionē quæ tamen in eam rem necessaria est etiam bonæ fidei possessori *d. l. in hoc iudicium 14. §. 1. D. commu. diuid. l. Paulus respondit 14. D. dol. mal. except.* Mediā itaque sententiam sequimur vt huius bonæ quidem fidei emptoris, sed malæ fidei ædificatoris melior sit condicio quàm eius qui malæ fidei emptor est, hactenus vt impensas quas fecit possit tollere, Deterior autem quàm bonæ fidei possessoris vt exceptionem doli habere nequeat contra dominum rem suam sine refusione sumptuum vindicantem, nec proinde ius vllum retentionis. Eaque & sententia & ratio est *d. l. Iulianus*, Si nihil eorum probare velis quæ nos in illa lege à Triboniano aut aliquo interprete, immutata scribemus ad illum locum. Nec enim possum facilè mihi tēperare quin credam multa in plerisque iuris locis qui ad hanc quæstionem pertinent corrupta fuisse à Triboniano, indeque factam penè inexplicabilem totam hanc quæstionem. Quid ergo si non vtiles, sed voluptarios tantùm sumptus hic bonæ fidei emptor, idemque malæ fidei ędificator fecerit? Minor ęquitas est vt liceere illi debeat auferre, cùm possit ei duplex culpa imputari cur & sciens in alienā rem

sumptus

sumptus fecerit & ad suam duntaxat voluptatem potiùs quàm ad ipsius rei vtilitatem. Tanti enim videtur æstimasse voluptatem, vt pecunia sua carere maluerit, quàm ea non frui voluptate, arg. *l. 4. §. 1. supr. De alien. iudic. mut. caus. fact.* Neque obstat quod in fine legis proximæ scriptum est, Etiamsi prædoni obiici probè possit non debuisse illum in rem alienam superuacuas impensas facere, Potestatem ei tamen fieri debere tollendorum eorum quæ posuit, quę sine ipsius rei detrimento tolli possunt. Nam præter id quod is locus est de prædone non de simplici malæ fidei possessore, obseruandũ etiam est pertinére illum ad petitionem hereditatis cuius diuersa ratio est, vt posteà dicemus. Non enim prædoni magis quàm simplici cuilibet possessori malæ fidei permissum est superuacuos sumptus tollere sed vtiles tantùm, de quibus solis, ideò loquitur sup. in *d. l. domum 5. C. de rei vindic.* in postremis illis verbis *sin autẽ vtiles lucrta eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre.* Cur enim de vtilibus tãtùm sũptibus loqueretur si in voluptariis quoque & superuacuis idẽ admitteret? Quid ergo si necessarii sumptus à malæ fidei emptore facti proponerentur? Prædo repetit, non quidem per actionem, vt iam explicauimus, sed per retentionem *d. l. domum* in supradictis illis verbis *nisi necessarios sumptus fecerint.* Fur verò non repetit *l. 1. C. de infant. expos.* Ideò fortasse quod fures clã delinquunt, & rem furtiuam quæ semper mobilis est, occultant faciliùs, Prædones verò palam, & rem iniuria quidem occupatam sed omnium oculis expositam detinent, ideoque mitiùs cum iis agi æquum est arg. *l. vlt. D. de rit. nupt.* In malæ fidei possessore simplici nulla inter necessarios & vtiles sũptus differentia est, quoniam æquè hos atque illos donare intelligitur *d. §. si olinam & d. §. ex diuerso.* At prædo neque hos neque illos donare vult, qui potiùs id agit vt rem alienam quam inuasit, deprædetur, Et idcirco iacturam huiusmodi sumptuum facere non debet, quamuis non magis ad necessarios quàm ad vtiles seruandos exceptionem doli habere possit, quoniam potest ei perinde obiici, cur necessarios quoque sumptus temerè fecerit in eam rem quam sciebat alienam: Quę ratio facere debet vt non aliud iuris constituendum esset in necessariis impensis quàm in vtilibus si idem temperamentum adhiberi posset in necessariis quod adhibetur in vtilibus vt fieret prædoni potestas tollendorũ eorum quæ impendisset dummodò sine læsione prioris status rei tolli possent, At quoniam impensæ necessariæ illæ demũm dicuntur, quæ si factæ non essent, res aut peritura, aut deterior futura erat, vt Paulus diffinit in *l. impensæ 79. De verb. signific.* Apparet fieri nullo casu posse vt impensæ necessariæ tollantur sine læsione prioris status, Quo casu, cùm nec vtilium ablatio sit permissa, neque necessariarum permissa esse debebit. Verùm quoniam per ipsam qualitatem & naturam eiusmodi impensarum fit vt tolli nunquam possint, in quo differũt maximè ab vtilibus in genere sumptis, Meliorem in eo necessariarum impensarum condicionem esse necesse est vt in prædonis quoque persona earũ rationem aliquã haberi necesse sit, vt earum iacturam prædo pati non cogatur: Sed earũ restitutio facienda ei sit non tantùm in petitione hereditatis, vt in hac lege scriptum est, sed etiam in iudicio vindicationis *d. l. domum*, Non quidem opposita doli exceptione; quæ vt iam toties diximus, prædoni nunquam patrocinatur: neque rursum æquitate iudicii vindicationis quod bonæ fidei iudicium non est, sed arbitrarium, An potiùs æquitate fortassis quadam arbitrii iudicis iubentis rem vindicatam restitui domino, quia eiusmodi arbitrium semper tale est & esse debet quale boni viri: Vir enim bonus non arbitrabitur debere prædonem restituere eam rem in quam impensas fecit necessarias quas tollere, & auferre nullo modo possit, quin restituantur ei omnes impensæ necessariæ, quippe quas si non fecisset prædo, res peritura domino fuerat aut deterior futura: nisi posset imputari prædoni cur in iis faciendis cessasset. An non verò absurdum & iniquum est dominum prædoni imputare cur id fecerit ex quo lucrũ ipse sentiat, arg. *l. si extraneus 33. l. cum in fundo 78. §. quod si mulier de iur. dot.* & quo non facto tantò magis fuisset ipsi imputaturus cur non fecisset? *l. nisi ex re 33. §. 1.* in illis verbis *imputaretur enim ei si non destraxisset sup. hoc tit.* Estque adeò potens hæc ratio vt nec in malæ fidei possessoris simplicis personâ aliud probandum esset, si non eius condicionem deteriorem quàm prędonis illud faceret, quod omnes impensas, nec minùs eas quæ necessariæ fuerunt, quàm cæteras donasse intelligitur. Vtilium impensarum longè alia vt apparet ratio est, quippe quas etiam si prędo non fecisset, nihil tamen ei hodie imputaretur. Ideoque si quando tales sint quæ sine prioris status rei detrimento tolli nequeant, iacturam earum patitur prædo. Non quasi eas donauerit vt plerique putant, sed quia nulla eo casu subsit ratio æquitatis quę suadeat prędoni succurri ad eas seruandas expensas, quas per ablationis remedium seruare non possit, Cùm imputare sibi magis debeat cur eas fecerit quas facere ne quid imputaretur ei nullomodo cogebatur, Nec quod ita fiat, vt ex ipsius iactura petitor locupletetur, mouere quicquã potest, Siue quòd damnum nullum pati videatur, qui ex culpa sua patitur *d. l. quod quis 203. De regul. iur.* Siue quòd ex regula iuris alia, quoties nihil sine captione & iniquitate aliqua inuestigari potest, id semper eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties nihil 200. eod. tit.* Esset autem multò iniquius cogi dominum propter huiusmodi vtiles impensas re sua carere quàm locupletari ex damno prædonis cui semper obiici probè potest cur tales impensas non necessarias fecerit in eam rem quam sciebat esse alienam, vt eleganter Paulus ratiocinatur in *l. sin autem 27. §. vlt. infr. De rei vindic.* quod in necessariis impensis dici non similiter potest: Quarum nomine si quis licèt audacter tentet, quod hucusque dicere ausi non fuimus, etiam doli exceptionem ad eas seruandas prædoni quoque dandam esse, is fortasse quod verius est dixerit. Etsi enim prędo absque dolo esse nemo potest, quia semper dolo malo facit prædo hoc ipso quo prædo est, adeoque quod magis est cùm facit impensas vtiles in rem alienam si faciat animo repetendi, Vt scilicet earum restitutione dominum oneret *l. si seruos 25. De pignor. act.* Quatenus tamen facit impensas necessarias non est in dolo cùm id faciat quo non facto dolus aut saltem culpa ei obiiceretur *d. l. si seruos*, Et sicuti de meretrice solemus dicere, turpiter quidem eam facere, quòd sit meretrix, sed tamen turpiter pecuniam pro corporis prostitutione accipere cùm sit meretrix, vt eleganter Vlpianus ait in *l. 4. §. sed quod meretrici De condict. ob turp. caus.* Ita de prædone dici

non malè potest, Dolo quidem eum facere quòd prædo sit, sed non quod impensas necessarias in eam rem faciat quam scit esse alienam. Nec ob id rursus quod eas per retentionē seruare velit, Cùm non possit ei obiici cur impensas necessarias fecerit quibus non factis iustiùs imputari posset ei cur illas non fecisset, & quæ si facta non fuisset res ipsa aut omnino periisset, aut deterior hodie esset: Longéque magis in dolo est dominus qui vt contra naturalem æquitatem lucrum captet ex damno prędonis, culpam ei minorem obiicit quòd necessarias impensas sciens in alienam rem fecerit, cui si non fecisset maiorem nunc imputaret. Huc verò si ita est, vt esse arbitror, nulla erit inter bonæ fidei possessorem & prædonem differentia quātum ad impensas necessarias, quippe quarum nomine tam huic quàm illi danda sit ad eas seruandas doli exceptio, Erit tamen quantum ad impensas vtiles, quia nullo penitus casu doli exceptio danda est prædoni pro impensis vtilibus, quæ datur bonæ fidei possessori, Nec enim vllo casu posset imputari prædoni, qui vtiles impensas non fecisset, cur non fecisset, Ac proinde imputari è contrario illi potest cur sciēs in alienam rem eas fecerit vltrò, quas facere non cogebatur. Et ideò satis ipsi esse debet quod possit eas tollere si modò sine prioris status detrimento tolli possint. Erit rursum inter prædonem & simplicem malæ fidei possessorem differentia tam quod ad necessarias impensas pertinet, quā quod ad vtiles, vt quamuis prædo necessarias impensas per doli exceptionem possit deducere, vtiles verò auferre, alius tamen qui habet malæ fidei possessor neque illas deducere possit neque has tollere, quoniam vtrasque donasse videtur. Cuius enim per errorem dati repetitio est eius consulto dati donatio est *l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* donatque videtur quod nullo iure cogente cōcedit *l. donari 82. cod. l. donari 29. De donat.* Atque hæc quidem quæ diximus, in vindicatione haud dubiè obtinent. Sed an erit aliqua etiam hac parte inter petitionem hereditatis & vindicationem differentia? Erit sanè, non solùm in prædonis sed etiam in malæ fidei possessoris cuiuslibet, adeóque in bonæ fidei possessoris persona, siue de necessariis, siue de vtilibus, siue de superuacuis sumptibus tractemus, Nam in rei vindicatione indiget possessor quoque bonæ fidei exceptione doli ad omnis generis impensas seruandas, etiam necessarias: In rei verò vindicatione nulla indiget exceptione ne quidem pro voluptariis. Sufficiente nimirū æquitate iudicii quod est bonæ fidei *l. vltim. in fin. C. hoc tit.* & apud Iustin. in *§. actionum De action.* Iudiciis enim omnibus bonæ fidei exceptiones doli insunt *l. sed si vxo 2. ... solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum De legat. 1. d. l. an hoc iudicium 14. §. 1. ... Commun. diuid.* Idque est quod hæc lex ait *nā nec doli exceptio desideratur* Quasi dicat, si doli exceptio desideraretur futurum vt in prædonis persona non posset haberi ratio vtilium impensarum, quippe quarum nomine doli exceptio ei accommodari nunquam possit. Sed quoniam doli exceptio non desideratur in iudiciis bonæ fidei quale est iudiciū petitionis hereditatis, latiúsque patet æquitas iudicii bonę fidei, quàm exceptio doli Tanquam cōtinens eo, quod continetur, Non ob id minùs habenda est ratio impensarum vtilium etiam in persona prædonis, quod exceptionem doli habere nullam possit cùm æquitas iudicii sufficiat, quæ bonæ fidei iudicio agenti deesse nunquam potest. Sed & voluptariarum expēsarum ratio in eiusdem prædonis persona perinde habenda est, at non eodem tamen modo. Nam vtiles impensas etiam prædo in hereditatis petitione deducit, vt æquitas iudicii bonæ fidei tantum ei prosit quantùm exceptio doli prodesset. Quæ porrò nunquam necessaria est aut vtilis ad tollendas impensas, sed tantùm ad eas per retentionem seruandas *d. l. Iulianus.* Voluptarias verò & superuacuas nunquam prædo deducit, vt earum nomine habeat retentionem, Sed tātùm tollendarum earum potestatem habet, vt scriptum est in *l. prox. seq.* quia scilicet nihil est quod intuus concedi ei possit cùm illas non donauerit, & æquitas iudicii eum adiuuet. Nam si vindicationis iudicio conueniatur, licèt non eo magis donasse videatur, quoniam tamen æquitate iudicii non adiuuatur vtiles tantùm deducere non potest sed tollere. Voluptarias verò nec deducere nec tollere *d. l. domum in fin.* At malæ fidei possessor simplex, nec si bonæ fidei iudicio; id est petitione hereditatis cōueniatur, vllas tamen impensas aut deducit aut tollit, nec magis æquitate iudicii quàm opposita exceptione doli, quoniam omnes donasse intelligitur, extra casū *d. l. Iulianus*, id est, cùm bonæ fidei emptor ab initio fuit. Atque ita totam hanc quæstionem De impensis in alienam rem factis decidendam esse arbitramur. Clariùs certè ac subtiliùs, fortassis etiam meliùs, quàm in Coniecturis adeoque in Chiliade à nobis factum sit.

a *Et idipsum officio iudicis continebitur.* Nempe quoniam petitio hereditatis iam olim numerabatur inter iudicia bonæ fidei quibusdam licet Iureconsultis dubitantibus quod sui natura esset in rem actio *§. actionum Inst. de action.* quorū dubitationem sustulit Iustinianus in *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* Ergo in rei vindicatione quæ specialis in rem actio est nec bonæ fidei sed arbitraria probandum aliud est vt officium iudicis neque pro bonæ fidei possessore locum habere debeat, neque pro prædone, sed bonæ fidei possessori necessaria sit exceptio doli pro impensis omnibus. Prædoni verò pro necessariis retinendis, non etiam pro vtilibus tollendis secundùm ea quæ proximè diximus. Malæ fidei verò possessori, qui etiam prædo non sit, nulla penitus doli exceptio, núllumque iuris auxilium competat, ne quidem pro impensis necessariis, quas perinde amittit atque cæteras tanquam donatas. Pessimè igitur Accursius locum hunc sic interpretatur, vt sensus sit doli exceptionem non desiderari à malæ fidei possessore quæ desideraretur, inquit, à bonæ fidei possessore. Quasi verò melior hac parte debeat esse condicio malæ fidei possessoris, quàm bonæ fidei possessoris: quod sanè perabsurdum esset *l. non solùm 13. inf. De noxal. act. l. si à domino 36. §. si prædo 6. hoc tit.* Debuit Accursius scribere, Neque à bonæ fidei possessore neque à prædone desiderari exceptionem doli in hereditatis petitione aliòve vllo bonę fidei iudicio quę tamen in rei vindicatione esset necessaria tam bonæ fidei possessori pro omni genere impensarum, quàm prædoni pro impensis necessariis ad rem earum nomine retinendam. Malæ fidei verò possessori neque necessariam vllo casu esse, neque vtilem, cùm nullo casu impensarum quas donasse intelligitur

gitur, aut retentionem habeat, aut etiam tollendarum earum potestatem. Ex hoc autem loco intelligimus quod scriptum est in *l. sumptus 48. inf. De rei vindic.* Sumptus in alienam rem quæ vindicatur bona fide factos opposita doli exceptione per officium iudicis ratione æquitatis seruari, mendosum esse, & delenda verba illa *per officium iudicis* tanquam quæ irrepserint ex glossa imperiti interpretis & quem hic locus fefellit, cum differentiam quæ est inter petitionem hereditatis & vindicationem non obseruaret. Nam quemadmodum in petitione hereditatis quia bonæ fidei est, nulla doli exceptio desideratur sufficiente officio iudicis & æquitate ipsius iudicii *d. l. 14. §. 1. inf. Commun. diuid.* Ita in rei vindicatione quæ non bonæ fidei sed arbitraria est, officio iudicis locus esse nullus potest, sed exceptio doli omnino necessaria est, quæ porro cum est opposita, officium iudicis excludit. Non enim ex officio facere videri potest iudex, quod ex necessitate & præscripto formulæ facere cogitur.

b. *Plane potest.* Hic versiculus mihi semper suspectus fuit. Nulla enim aut iuris aut æquitatis ratio patitur vt bonæ fidei possessor impensas a se factas possit deducere quamuis necessarias, si ea res in quam factæ sunt extare desierit. Cum hoc casu verendum non sit ne petitor ex aliena iactura locupletetur: quæ sola ratio doli exceptionem inducit. Nec rursus æquum videri debeat, vt pro ea re quæ extare desiit, petitor quicquam præstet, siquidem nec si res exstet, præstare tamen bonæ fidei possessor cogitur, quicquid impensum est, sed tantum vsquequo res preciosior facta est, vt Celsus ait in *l. in fundo 38. inf. De rei vindic.* Eoque passim iure vtimur, vt quantascunque expensas a bonæ fidei possessore factas non pluris æstimari aduersus vindicantem oporteat, quam quanti sunt eo tempore quo res vindicatur, & vt pragmatici loquuntur, secundum præsentem rei statum. Quis enim æquum putet, si impensæ ad centum vsque aureos factæ sint, & iis per continuos viginti annos possessor vsus fuerit tantundem reddi possessori quantum si nullum ex iis impensis commodum percepisset? Proinde expensas quoque licet bona fide factas extare oportet eo tempore quo earum restitutio postulatur, vt eatenus duntaxat restituantur quatenus extant, præsentemque vtilitatem afferre petitori possunt. Multo magis rem ipsam in quam impensæ factæ sunt, extare necesse est, quoniam re perempta nec fieri potest vt impensæ extent quæ in rem ipsam factæ fuerunt. Comparatio autem quæ hic affertur de tutore aut curatore qui in pupilli vel adulti sui rem aliquid impenderit, prorsus ridicula est. Nam quod isti ex officii sui necessitate vtiliter impenderunt, necessario iis faciendum est contrario iudicio tutelæ vel negotiorum gestorum. Quando & alij cuilibet negotiorum gestori idem concederetur, si ab initio negotium vtiliter gessisset, quamuis postea res periisset, aut gestio bonum euentum non habuisset *l. sed an vltro. §. 1. sup. de negot. gest.* Sed in bonæ fidei possessore aliud omnino est, qui nec re extante aliter tamen quam per rei retentionem seruare impensas potest *d. l. sumptus d. l. si in area 33. ff. De condict. indeb.* Quomodo autem posset eam rem retinere quæ extare desiisset? Aut si bonam volumus esse comparationem tutoris aut curatoris cum bonæ fidei possessore, quidni damus etiam bonæ fidei possessori actionem vltro ad repetendas impensas, quam haberet tutor vel curator? Et tamen, quod magis mirari quis possit, non habet tutor vel curator retentionem bonorum pupillarium pro impensis in ea factis non magis quam tacitam hypothecam quomodo pupillus habet in bonis tutoris vel curatoris *l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act. l. pro officio 20. C. de admin. tutor.* Ideo forsitan quod incidat pupillus in tutorem, non tutor in pupillum *l. vlt. in f. rem pupil. salu. fore.* Satisque tutori vel curatori esse possit, quod habeat contrarium iudicium *l. 1. et tit. De contr. tut. tut.* Quomodo Iustinianus argumentatur in *d. l. vnic. §. sed nec ob res amotas*, vt pro rebus amotis aufferat marito retentionem itemque pro impensis vtilibus ex mulieris voluntate in res dotales factis, quod sufficere illi debeat iudicium rerum amotarum & actio mandati. Bonæ vero fidei possessori danda necessario est retentio per beneficium exceptionis doli vel ob hoc ipsum quod actionem nullam habet, Adeo vt si retentionem sibi competentem omitteret nullo ei remedio succurri posset *d. l. si in area l. heres 21. ff. ad SC. Trebell.* Est igitur locus huius sententia perabsurdus, siue imperito alicui interpreti tribuere eam velis, siue quod magis crediderim Tribonianeæ iurisprudentiæ cui familiare est vt comparationes istas & similitudines conquirat, ex iis quæ simile nihil omnino habeant. Facit autem hæc coniectura vt facile mihi persuadeam reliquum totius legis huius, itemque sequentis contextum ab eodem Triboniano corruptum esse, in eo saltem quod vtilium quoque impensarum etiam in prædonis persona rationem haberi vult vt possit prædo eas non tantum tollere sed etiam deducere, sibique eo nomine consulere per retentionem ex officio iudicis, nulla etiam opposita doli exceptione, Itemque, quod subiicitur in *l. seq.* vt possit etiam voluptarias tollere. Nam si hi duo loci non essent omnes faterentur, quod nos quoque libenter admitteremus, Nunquam esse permittendum prædoni nec magis in petitione hereditatis quam in rei vindicatione vt impensas vtiles a se factas possit deducere, sed tantum tollere. Voluptarias vero tollere quidem, Ex *d. l. domum 5. C. de rei vindic. & d. l. Iulianus 37. ff. eod. ill. tit.* Nam vtrum conueniatur prædo rei vindicatione speciali an hereditatis petitione, parum referre videtur, nisi hactenus vt conuentus rei vindicatione non indigeat hereditatis petitione, qua indigeret si speciali in rem actione conueniretur. Ceterum quo casu exceptio doli habere locum non posset in speciali iudicio, vix est vt æquitas iudicii vniuersalis, vt neque alterius cuiuslibet quod sit bonæ fidei prodesse debeat prædoni, Ne maior alioqui sit vis tacitæ exceptionis doli quæ ipso iure inest formulæ iudiciorum bonæ fidei propter illa verba *ex bona fide* quam expresse *d. l. in hoc iudicium 14. §. 1. inf. commun. diuid. l. Paulus respondit 14. ff. De doli mal. except.* Nos tamen quasi hæ duæ leges Pauli & Caij essent, nec in iis quicquam a Triboniano immutatum fuisset sic totam quæstionem hanc explicauimus, vt quanto minus fieri potuit a principiis iuris recederemus. Nihil certe aut ab aliis aut a nobis hucusque circa hanc quæstionem traditum fuit, quod nobis aut æquius aut probabilius videatur.

39. GAIVS libro ... ad Edictum Prouinciale.

Vtiles autem, necessariæque sunt: veluti quæ fiunt reficiendorum ædificiorum gratia, aut in nouellata, aut cùm seruorum gratia litis æstimatio soluitur, cùm id vtilius sit, quàm ipsos dedi. Denique alias complures eiusdem generis esse impensas, manifestum est.

Ad l. Vtiles 39.

Caue ne hanc legem sic intelligas quasi eædem sint impensæ necessariæ & vtiles, Dissentiunt enim specie cùm aliæ sint impensæ necessariæ, aliæ vtiles, aliæ voluptariæ, *leg. impensæ 79. De verborum signif. l. 1. impensæ 14. C. pass. De impens. in reb. dot. fact.* Nec omnes vtiles sunt necessariæ quamuis è conuerso omnes necessariæ sint multò magis vtiles, quoniam in eo quod plus est, etiam quod est minus vtique continetur. Sed de impensis necessariis & vtilibus promiscuè Caius hic loquitur, aut potiùs sub Caij nomine Tribonianus, quia in lege præcedente dictum fuerat in prædonis quoque persona non modò necessariarum, sed etiam vtilium impensarum rationem habendam esse. Vt scilicet possit eas non tantùm tollere, verùm etiam deducere, & per officium iudicis retinere in hereditatis petitione exemplo bonæ fidei possessoris. Adfert autem Caius exempla & necessariarum impensarum & vtilium. Necessariarum quidem in illis verbis *Veluti quæ fiunt ædificiorum reficiendorum gratia.* Vtilium verò in cæteris omnibus quæ sequuntur, *aut in nouella, aut cùm seruorum gratia litis æstimatio soluitur, cùm id vtilius sit, quàm ipsos dedi.* Iunge *l. vlt. in fin. inst. De rerum diuis. l. si ita cadua 39. §. similiter De verb. signific. l. præter ait 9. § hos verbo 3. De reb. auct. iud. possid.*

1 ¶ Videamus tamen, ne & ad picturarum quoque, & marmorum, & cæterarum voluptariarum rerum impensas æquè proficiat nobis doli exceptio, si modò bonæ fidei possessores simus. Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem superuacuas impensas facere: vt tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt.

Ad §. 1. Videamus tamen.

2 *Videamus tamen.* Ratio dubitandi, pro prædone est, quia non magis debet petitor ex aliena iactura lucrum facere pro impensis voluptariis quàm pro necessariis & vtilibus. Est enim generalis regula iuris & naturalis & gentium & ciuilis, Neminem ex alterius damno fieri debere locupletiorem *l. nã hoc natura 14. De condict. indeb. l. iure naturæ 206. De reg. iur.* Atque ratio illa facit etiam in prædone, vt nõ tantùm necessarias sed etiã vtiles impensas possit deducere, non tantùm tollere, adeoque etiam per officium iudicis citra vllam exceptionem doli seruare, vt scriptum est in lege præcedente. Quidni ergo etiam voluptarias seruabit æquitate sola iudicis quod bonæ fidei est Petitionis hereditatis.

Dec. Satis esse debet prædoni, quod possit voluptarias illas impensas tollere quas non debuit admittere deberet, cùm ei possit imputari cur in alienam rem non modò sciens, sed etiam superuacuas impensas fecerit. Cùm enim permittatur ei tollere, sic vtique eo modo ne ex prædonis iactura petitor locupletetur: quod sufficit, vt nulla iniquitas occurrat in prædone, tametsi neque ob impensas voluptarias vllam ei exceptionem demus quã suprà dedimus ob necessarias, neque iudicis quod bonæ fidei est æquitatem, vt ob vtiles, per rei retentionem seruandas, At contra prædonem vt non et permittendum esse, nec quidem impensas tollere, illa ratio dubitandi vrgere videbatur, quòd posset illi imputari cur sciens in alienam rem superuacuas impensas fecisset. Verùm pro contrario illa decidendi ratio est, quod non debeat petitor ex aliena iactura locupletari cùm donandi animum prædo non habuerit. Aliud ergo probandum esse in alio, qui, licet simplici malæ fidei possessore, qui, vt toties diximus impensas omnes quas in rem alienam facit etiam necessarias, nedum vtiles & voluptarias atque superuacuas donare intelligitur, Nisi vno illo casu quo bonæ fidei emptor ab initio fuit. Quo casu tantùm tollere illas permittitur non etiam deducere aut per exceptionem doli rem retinere *d. l. Iulianus 37. inst. De rei vindic.* Benè tamen Accursius notat hoc quod dicimus, permittendum esse prædoni vt tollat impensas voluptarias, sic intelligi debere, si non paratus sit dominus tantum dare quantum abrasis illis habeturus ab alio possit, nec alioqui malitiis indulgeatur, si permittatur ei tollere tantùm more officiat: quemadmodum eleganter scriptum est in *l. in fundo 38. inst. eod. l. et si rem seqq. ne 10. §. idem ait infra mandati.*

40. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

Illud quoque, quod in oratione Diui Hadriani, vt, post acceptum iudicium, id actori præstetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut iumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contrà sensit. in prædonis persona Proculus rectè existimat, in bonæ fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temerè indefensum ius suum relinquere.

Ad l. Illud quoque 40.

Ratio dubitandi. Oratio Diui Hadriani quæ constituit vt post acceptum iudicium id actori præstetur quod habiturus esset si eo tempore quo petita est hereditas fuisset restituta, Optimam rationem habet, quia quale quid est cùm petitur, tale dari

dati debet, *leg. 2. infr. De vsur.* Vt scilicet omnis causa restituatur: *leg. praeterea 20. infr. De rei vindic.* Peti autem res intelliguntur, tum demùm cùm litis contestatio fit, *leg. amplius non peti 15. infr. Rat. rem haber.* Ergo in ea oratione nihil hac parte durum est, sed totum veræ iuris rationi consentaneum.

Dec. Secundum verba orationis D. Hadriani dicendum esset si post litem contestatam mancipia vel iumenta vel pecora hereditaria deperiissent, nihilominùs condemnandum esse possessorem quantumuis bonæ fidei, ad eorum æstimationem præstandam, quia potuisset petitore ea distrahere, atque ita se liberare à periculo etiam naturalis interitus rei, vt in *l. item si verberatum 15. §. vlt. infr. De rei vindic. l. cum res 47. De legat. 1.* Atqui hoc esset sanè durum. Ita namque posito iure fieret facile vt huius periculi metu possessor bonę fidei ius suum indefensum temerè relinquere cogeretur: quod non est ferendum. Etsi enim dici solet, post litem contestatam possessores omnes esse pares, id est prædones, adeóque post motam controuersiam, *leg. sed etsi 25. §. si ante supr. hoc tit.* id tamen eò pertinet, vt ex die litis contestatæ, aut motæ controuersiæ nullum ex prime sua bona fide lucrum sentire ille possit, non autem vt eo vsque malæ fidei possessor videri debeat & similis prædoni, vt in ne vlla in re melior ipsius condicio sit ab eo tempore, quàm si malæ fidei possessor aut prædo fuisset. Non enim ob id solùm quod quis cum actore litem contestatus est, statim fit certus de iure actoris, sed tùm demùm cùm instrumenta litis producta, & testationes publicatæ atque apertæ sunt: Interim verò fit tantùm dubius de iure suo quoniam sicuti sola ipsius negatio facit actoris ius dubium, propter incertam aleam & euentum iudiciorum, *l. vltim. C. quib. ad libert. proclam. non licet*, Ita & assertio actoris non potest dubium non facere ius possessoris. Sed quemadmodum dubitatio siue facti siue iuris sit, ignorantiam semper comitem habet, ita neque scientiam absolutè vnquam inducit, nec proinde malam fidem nisi secundum quid, & quodammodo per bonæ fidei negationem, quàm per malæ fidei absolutam & simplicem introductionem. Quamquam autem Proculus olim existimauit, in specialibus quidem petitionibus iustum id esse, vt peritor post litem contestatam etiam fatum & mortalitatem præstare cogendus sit. Cassius tamen qui diuersæ scholæ Doctor fuit contrà sensit, Non magis in specialibus in rem actionibus quàm in vniuersalibus, id est in petitionibus hereditatis id admittendum esse, quòd permittendum sit cuilibet ius suum in iudicio impunè defendere. Nec enim qui suum ius tuetur, iniuriam vllam comminiscitur *l. iniuriarum 13. §. 1. inf. De iniur. l. 1. §. 1. infr. quod vi aut clam.* Quod autem duo illi magni ac ferè præcipui iuris nostri authores in eo consenserunt vt separandæ sint actiones in rem speciales ab vniuersalibus rationem illam habere videtur, quod in petitione hereditatis non res ipsæ singulæ petuntur, quamuis sint hereditariæ, sed hereditas sola & tota, & quidem tanquam hereditas, *l. licet minimum 11. supr. l. 2. C. eod.* Non autem tam facilè capi præsumptio potest, quòd is qui hereditatem petiit eam distracturus fuerit periculi huius metu ne periret. Cùm hereditas tanquam consistens in iure ac in genere, numquam perire possit *l. hereditas 50. inf. hoc tit.* iunct. *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Nec rursum probabile est, eū qui hereditatem petiit si ea statim restituta fuisset in ipso tempore litis contestatæ, vtique distracturum continuò fuisse singulas res omnes hereditarias, nec denique cur hanc rem singularem quæ periit, potiùs quàm cæteras quæ non perierunt. Nam quemadmodū in vna eadémque hereditate multæ res sunt quarum aliis pereuntibus aliæ augeri facilè, & fructuum incrementum aliquod afferre possunt, Ita damnum quod ex vna parte sentitur cum lucro, quod ex alia parte percipitur compensari facilè potest, indéque moueri possessor hereditatis ne rem vllam distrahat dum nescit quam potiùs distrahere expediat, Quod in speciali in rem actione diuersum est, quæ cùm de vna re tantùm sit, faciliùs hanc interpretationem admittit & præsumptionem quod petitam rem si statim fuisset restituta, fuerat etiam petitor statim distracturus metu periculi mortalitatis, quod cùm alterius lucri æqualis spe compensari non facilè possit. In eo nec igitur Proculus & Cassius consenserunt, vt in vniuersali iudicio petitionis hereditatis dura sit futura oratio D. Hadriani si sic intelligatur vt bonæ malæve fidei possessor factum & mortalitatem rerum hereditariarum præstare teneatur? Ego certè non puto. Cur enim fraudeamus prædoni & malæ fidei possessori in petitione hereditatis potiùs quàm in speciali rei vindicatione? Aut cur vereamur ne periculi huius metu indefensum ius suum relinquere cogatur possessor qui se nullum ius habere satis sciat? Dicendum potiùs est, Sicuti oratio D. Hadriani qua parte constituit, vt post petitam hereditatem eadem sit causa petitoris quæ esset si restituta ei fuisset hereditas de solo bonæ fidei possessore intelligi potest, quippe qui solus per litis contestationem fit malæ fidei possessor, non etiam is qui iam ante contestationem talis erat, Ita & de solo bonæ fidei possessore Proculum & Cassium sensisse, cùm disputarunt An post litem contestatam possessor mortalitatem præstare debeat: Neque dubitasse illos quin præstare non deberet, quoties hereditatis petitione conueniretur. Cùm id egerit & Hadrianus Imperator, & Senatus quantùm potuit, ne vllo damno & incommodo bonæ fidei possessor afficeretur. Quomodo certè afficeretur necessariò, si aut mortalitatem præstare, aut huius periculi metu suum ius temerè indefensum relinquere cogeretur. Dubitandi tamen causa aliqua erat Proculo, qui in specialibus in rem actionibus de quibus nullum Senatusconsultum factum est iustum esse putabat, vt etiam bonæ fidei possessor post litem contestatam fatum præstaret, quod poterat petitor eam rem quam petebat, si restituta fuisset distraxisse. Sed Cassio nulla, qui nec in specialibus in rem actionibus iustum hoc esse arbitrabatur. Paulus verò licèt alioquin Cassianus & Sabinianus, hac tamen parte magis Erciscundus adhibita distinctione contrarias aliorum sententias sic diuidit & temperat, Vt in prædonis persona rectè Proculus senserit non minùs in rei vindicatione, quàm in petitione hereditatis, In persona verò bonæ fidei possessoris Cassius, ratione illa quòd æquum non sit bonæ fidei possessorem aut præstare mortalitatem quæ

sine vlla ipsius culpa post litem contestatam contingat aut ius suum nimis facilè indefensum deserere. Quæ ratio sicuti generalis est, ita & ad actiones omnes in rem, siue speciales, siue vniuersales pertinet, vt omni casu sua bonæ fidei possessori bona fides prosit, nullo noceat, nec magis post litem contestatam quàm ante. Nisi fortè certum sit & constet petitorem eam rem fuisse distracturum si possessor ei restituisset. Nimirum iuxta Vlpiani sententiam quæ extat in *dict. l. item si 15. in fin. De rei vindic. & d. leg. cùm res 47. §. vltim. De leg. 1.* Nisi fortè Vlpianus contra morem suum fuit hac parte Proculianus potiùs quàm aut Sabinianus aut Erciscundus. Paulus enim noster cuius hæc lex est, in ea perpetuò videtur fuisse sententia vt fatum vtrique, id est generaliter & indistinctè præstare bonæ fidei possessor numquam debeat si nulla ipsius culpa probetur *leg. vtique 16. infr. De rei vindic.* vbi de hoc etiam aliquid dicemus. Iunge quæ scripsimus ad *leg. si à patre 36. §. si prædo supr.* Ratio autem Pauli optima proculdubio est. Cur enim cogatur bonæ fidei possessor præstare mortalitatem quæ apud prudentissimum & diligentissimum quemque patremfamilias perinde contingere potuerit, *leg. verum 11. §. si locupleti supr. De minor.* Quò etiam pertinet ratio illa diuersitatis, quam adfert Bartolus inter fructus à possessore perceptos ex die litis contestatæ, & fatum quod post litem contestatam superuenit. Nam possessor etiam bonæ fidei à quo tempore per litis contestationem cœpit esse dubius de iure suo, potuit & debuit fructus asseruare, vt eos restitueret, si quandoque vinci contingeret; At non debuit æquè præstare immortalem eam rem quæ mortalitati erat obnoxia.

1 ¶ Prædo fructus suos non facit, sed augent hereditatem: ideóque eorum quoque fructus præstabit. In bonæ fidei autem possessore hi tantùm veniunt in restitutione, quasi augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est.

Ad §. 1. Prædo.

Ratio dubitandi. Fructus non iure seminis percipiuntur, sed iure soli *l. quis sit 25. §. 1. De vsur.* Atqui non magis bonæ fidei possessor, quàm prædo est dominus fundi alieni, cùm bona fides non sit modus acquirendi dominij. Ergo nulla esse debet quod ad fructus inter bonæ fidei possessorem & prædonem differentia. Debétque possessor quilibet omnes fructus restituere non solùm tanquam ex aliena re perceptos, sed etiam tanquam augentes hereditatem cùm hereditas quia in iure consistit & est quid vniuersale recipiat augmentum & diminutionem, *l. item veniunt 20. §. 1. supr. hoc tit.*

Dec. Multum interest, quod ad fructus pertinet an percepti sint bona fide an mala. Etsi enim bona fides non est modus acquirendi dominium eius fundi ex quo fructus percipiuntur, est tamen iustus modus acquirendi dominij fructuum, quoniam ex iuris regula bona fides tantundem possidenti præstat quantum veritas, vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. De regulis iuris.* & bonæ fidei possessor quantùm ad fructus percipiendos attinet, dominij loco habetur *leg. bonæ fidei 48. De acquirend. rer. domin.* Cessante verò bona fide, id est, si possessor non putet se dominum, sed rem alienam esse sciat, non aliter potest fructus suos facere, quàm si percipiat eos ex domini voluntate, vt euenit in conductore *leg. si seruum 61. §. locaui infr. De furt.* & in creditore pignoratitio *leg. 1. & 2. C. de pignor. act.* Atqui prædo, & alius quilibet malæ fidei possessor, neque bonam fidem habet, neque domini voluntatem. Ergo nullo iure fructus suos facere potest. Bonæ fidei autem possessor, licèt non habeat domini voluntatem, habet tamen bonam fidem quæ sufficit vt eos possit suos facere saltem interim, vt loquitur *dict. l. bona fidei*, id est, quousque restitui eos oporteat officio iudicis si neque consumpserit, neque adhuc eos vsuceperit *leg. certum 22. Cod. de rei vindic.* Non ergo cogitur eos restituere simpliciter & absolutè, sed tantùm quatenus ex iis locupletior factus est, Scilicet in petitione hereditatis, quæ cùm non detur contra titulo possidentem, non potest admittere exceptionem illam, Nisi vsucapti sint quandoquidem vsucapio sine vero titulo procedere numquam potest: Eadémque ratio faceret vt nec bona fides posset sufficere bonæ fidei possessori ad acquirendos fructus quin omnes restituere teneretur, etiam consumptos, & ex quorum consumptione locupletior factus non esset cùm bona fides hac in re comitem habere debeat bonum titulum, Nisi Senatusconsulto subuentum esset bonæ fidei possessoribus ne vllatenus damno adficerentur, *leg. sed etsi 25. §. consuluit*, vbi dixi *supr. hoc titul.* Ergo post Senatusconsultum æquum est & iuri consentaneum, vt bonæ fidei possessoris melior condicio sit quàm prædonis in acquisitione & restitutione fructuum ex hereditate perceptorum, Non tam propter bonam fidem solam, quæ sanè sine bono ac vero titulo non sufficeret, quàm propter coniunctam Senatusconsulti authoritatem, quæ non tamen non nisi ex bona fide ac ipsius fauore inducitur. Inde fit vt prædo non eos tantùm fructus restituere teneatur quos percepit, sed etiam aliorum fructuum fructus, quia licet dici soleat accessionum accessiones numquam præstandas esse, *lege vltim. Cod. de vsur.* fructus tamen qui à prædone percepti sunt non præstantur à prædone tanquam accessiones, sed tanquam principale quid & pars hereditatis quam augent, ideóque facilè recipiunt quascunque accessiones & fructuum & vsurarum, *leg. heres furiosi 51. §. 1. infr.* At bonæ fidei possessor nec alios fructus restituit, nec aliorum fructuum fructus quàm quorum perceptione locupletior factus inuenitur eo tempore quo conuenitur: quia nec alij fructus ab eo percepti augere hereditatem intelliguntur, scilicet post Senatusconsultum, Cuius si non intercessisset authoritas nullam certè iuris veteris ratio differentiam hac parte inter bonæ fidei possessorem hereditatis & prædonem admisisset. In hoc nimirum iudicio petitionis hereditatis, in quo possessor quisquis ille sit

le fit nullum habet titulum nec habere potest. Alioquin hereditatis petitione conueniri non posset. Iunge dict. l. sed et si 25. §. vltim. cum legib. seqq. supr.

2 ¶ Actiones, si quas possessor nanctus est, euicta hereditate restituere debet: veluti si interdictum *unde vi*, aut quòd precariò concessit. 3 ¶ Contra quoque, si possessor cauerit damni infecti, cauendum est possessori.

Ad §. 2. Actiones.

Ratio dubitandi. Actiones quas possessor ipse hereditatis nactus est non possunt dici hereditariæ cùm non fuerint in hereditate priusquàm possessor eas nactus esset. Nascuntur enim ex facto ipsius possessoris & ex persona ipsius siue vi deiectus sit vt debeat habere interdictum Vnde vi, siue quid precariò concesserit vt dari etiam illi debeat interdictum de precario. Ergo cogendus non est vt eas actiones præstet, maximè si bonæ fidei possessor proponatur.

Dec. Nullum vnquam bonæ etiam fidei possessor lucrum ex hereditate aliena retineri debet, at neque occasione hereditatis, *l. post senatusconsultum 28. supr.* Atqui retineret lucrum ex hereditate si actiones istas retineret quas non potest videri acquisiuisse nisi occasione hereditatis, vt in *l. debitor 59. in fin. infr. ad SC. Trebell.* quippe quas hodie non haberet si hereditatem numquam possedisset. Eas igitur ab illo restitui æquum est. Neque supradicta ratio dubitandi aliud concludit, nisi quod huiusmodi actiones non aliter habere petitor potest, quàm si cedantur & præstentur ei à possessore, quod planè verum est, *l. si heres 73. eo. tit. ad SC. Trebell.* Porrò quod Paulus noster de actionibus locutus statim proponit exempla duo ex interdictis Vnde vi & De precar. mirum videri non debet, cùm actionum nomine interdicta quoque licèt minùs propriè contineantur, *leg. actionis 37. infr. De oblig. & action. §. vltim. Instit. de interdict.* Quod autem sequitur in hoc §. Contra quoque si possessor hereditatis cauerit vicino damni infecti nomine cauendum esse similiter possessori, rationem illam habet quòd possessor bonæ fidei sicut in lucro morari non debet ita neque in damno, *l. sed et si 25. §. consuluit supr.* Atqui moraretur in damno si non caueretur ei de indemnitate eùm ex propria sua promissione sit obligatus, nec eo minùs remaneat obligatus quòd hereditas ipsi euincatur, *leg. item veniunt 20.* aliàs *l. si quid possessor §. penult. supr. hoc tit.* vbi dixi & ad *l. quod si in eadem 16. §. Iulianus supr.* Iunge *l. ipsi quoque 16. infr. De rei vindic.*

4 ¶ Ad officium iudicis pertinebunt & noxales actiones, vt si separatus sit possessor noxæ dedere seruum, qui damnum dederit in (re) hereditaria, vel furtum fecerit, absoluatur: sicut fit in interdicto *quod vi aut clam.*

Ad §. vlt. Ad officium.

Ratio dubitandi. Cùm seruus possessoris proprius damnum dat hereditati, aut cùm idem seruus facit furtum alicuius rei hereditariæ iis nimirum casibus quibus fieri potest, *leg. hereditariæ 68. cum duab. seqq. infr. De furt.* non potest actio noxalis acquiri aut actio furti ipsi possessori, quia neque noxalis, neque furti actio ex serui delicto contra alium exerceri potest quàm contra dominum: si quidem cum ferro, neque ciuilis, neque criminalis actio vlla esse potest, *l. cum seruo 107. De reg. iur.* Ergo non potest per possessorem aut acquiri hereditati aut cedi vero heredi, vt in specie *§. praced.*

Dec. Acquiritur noxalis actio itémque furti hereditati non ex facto aut persona possessoris, vt actiones illæ de quibus in §. *præcedente* actum est, sed ex delicto ipsius serui qui cùm sit proprius possessoris siue bonæ siue malæ fidei possessor ille fuerit obligat dominum noxali saltem iudicio, vt dominus vel seruum noxæ dedere, vel damnum decidere compellatur. Ergo ad officium iudicis qui de hereditatis petitione cognoscit, omnino pertinet, vt circa noxales actiones officium suum petitori impertiatur, Condemnando possessorem ad totius damni æstimationem si nolit seruum dedere, & è contrario eum absoluendo si noxæ dedere paratus sit: Sicut etiam fit in interdicto Quod vi aut clam. Nec enim dominus cuius seruus aliquid vi aut clam fecit in re etiam hereditaria teneri aliud potest nisi vt seruum ipsum noxæ dedat, & operis quod vi aut clam factum est tollendi patientiam præstet, *lege si alius 7. §. 1. infr. quod vi aut clam.* Cæterum de eo damno & delicto intelligi hoc debet, quod admissum sit ante aditam hereditatem. Alioqui noxalis actio non acquireretur hereditati quæ ampliùs nulla esset, sed heredi ipsi qui iam dominus factus inueniretur, & consequenter non pertineret ad officium iudicis de hereditatis petitione cognoscentis, vt benè hîc Accurs. noster notat ex *l. si à domino 36. §. si possessor in fin. supr.*

41. GAIVS libro sexto ad Edictum Prouinciale.

SI quo tempore conueniebatur, possessor hereditatis pauciores res possidebat, deinde aliarum quoque rerum possessionem absumpsit: eas quoque victus restituere debebit, siue ante acceptum iudicium, siue postea adquisierit possessionem. Et, si fideiussores [a], quos dederat, ad litem non sufficiant, iubere eum debebit proconsul, vt idoneè caueat. Ex diuerso quoque [b], si pauciores postea possidebit, quàm initio possidebat, si modò id sine dolo malo acciderit, absolui debet, quod ad eas res, quas desiit possidere.

Ad l. Si quo tempore 41.

Rationes dubitandi & decidendi quæ ad hanc legem afferri possunt, iam attulimus ad *l. 4. supr. hoc titul.* vbi eadem omnino sententia ex Paulo proponitur quæ hîc ex Caio. Iunge *l. sin autem 27. §. 1. infr. De rei vindic. & l. tigni 7. §. si quis non possideat & §. seq. infr. ad exhib.*

a *Et si fideiussores.* Ratio dubitandi. Qui semel fideiussit idoneè non est arctandus, vt iterum fideiubeat, *leg. sciendum 15. §. vltim. sup. qui satisd. cogant.* vbi dicitur cùm quis fideiussit cautionis tempus spectandum esse. Nec rursus cautione superuacua quisquam onerandus est, *leg. hac stipulatio 14. in fin. infr. vt legat. caus. caueat.* Ergo etiamsi fideiussores quos qui ad litem dedit non sufficiant, nihilominus iubendus est reus cauere. Sibi enim ac suæ facilitati acceptum ferre actor debet quod tales & egenos fideiussores admiserit, Neque enim oportet per singula momenta onerari eum à quo satis petitur ex *leg. 3. § vlt. infr. vt in poss. legat. caus.*

Dec. Ea quæ de nouo emergunt, nouo semper indigent auxilio, *leg. de etate 11. §. ex causa inf. De interrog. in iur. fac.* Potest autem noua & iusta causa interdum emergere propter quam æquum sit iterum caueri, vt puta si fideiussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit, *leg. plané 4. eodem titul.* Aut denique quod ad rem nostram propius accedit, si ob id non sufficiant fideiussores iam dati quod petitio euenerit ex eo quod reus plerasque res alias possidere cœperit, quas ab initio & litis contestatæ tempore non possidebat. Planè cùm quæritur an quis satisdare debeat Iudicio sisti, cùm illud maximè inspiciendum sit an eo tempore quo satis petitur possessor ille sit bonorum immobilium, quia possessores bonorum immobilium satisdare non coguntur, *dict. leg. sciendum 15. in princip.* ipsum præcisè tempus cautionis præstandæ spectandum est, vt non eo magis onerandus sit cautione quod immobilia quæ anteà possidebat, possidere desierit aut eo minùs quod immobilia posteà quædam possidere cœperit, Qui sensus est *dict. leg. sciendum §. vltimo.*

b *Ex diuerso quoque.* Ratio dubitandi. In accipiendo iudicio, & per litis contestationem quasi contrahitur, *l. 3. §. idem scribit infr. De pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. De nouat.* Ergo litis contestatæ tempus præcisè spectandum est, vt in aliis ferè omnibus iuris partibus seruari solet, quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet, *leg. 2. infr. De v. ur. leg. vinum 22. infr. De reb. credit. l. vltim. De condict. tritic.*

Dec. Ignoscendum est possessori qui post litem contestatam sine vllo suo dolo vllaque culpa res aliquas hereditarias amisit ac possidere desiit ex iis quas ipse anteà possidebat, & quæ ab eo petebantur, Ideóque dignus est qui absoluatur quod ad illas res pertinet. Quid enim amplius quàm dolum & culpam præstare in hoc à quouis vllo iudicio possessor debeat? *leg. & non tantum 9. § venerunt, l. sed et si 25. §. quod ait Senatus supr. hoc titul.* Et ita benè Accursius noster locum hunc interpretatur, vt quamuis doli solius mentionem faciat Caius, non aliud tamen iuris constituendum sit, si aliqua possessori culpa imputari possit per quam desierit possidere licèt dolo careat, nec nisi leuis culpa proponatur. Quam vtique solam intelligere solemus, cùm simpliciter culpam dicimus.

1 §. Fructus computandos etiam earum rerum, quas defunctus pignori accepit, Iulianus ait.

Ad §. 1. Fructus.

Ratio dubitandi. Res quas defunctus pignori acceperat non sunt hereditariæ cùm sint alienæ. Ergo earum fructus in petitionem hereditatis venire non possunt, in quam scilicet non veniunt, nisi ea quæ ad hereditatem vel ad hereditariam causam pertinent *l. si à domino 36. § si possessor. sup. hoc titul.*

Dec. Non tantùm hereditaria corpora in hereditatis petitionem veniunt, sed & quæ non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem spectat, vt res pignori datæ defuncto, vel commodatæ depositæve, *leg. & non tantùm 19. in princip. supr. hoc tit.* Hæ namque res licèt in bonis defuncti non fuerint propriè, id est in eius dominio bonitario, ex bonis tamen ipsius fuerunt, vt eleganter Vlpianus distinguit in *l. 2. §. in hac actione infr. Vi bon. rapt.*

42. VLPIANVS libro 67. ad Edictum.

SI debitor hereditarius non ideo nolit soluere, quòd se dicat heredem, sed ideo, quòd neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem: non tenetur hereditatis petitione.

Ad l. Si debitor 42.

Ratio dubitandi. Debitor hereditarius semper & omni casu alicuius iuris hereditarij possessor est. Ergo peti ab eo semper & omni casu hereditas potest tanquam à iuris possessore, *l. nec vllam 13. §. vltim. supr. hoc titul.* Non adhibita illa distinctione an contendat se heredem an non contendat, quæ tamen in hac lege adhibetur. Item nec illa quam adhibendam putat Accursius, An debitor quis sit ex delicto an ex contractu, *l. sed vtrum 14. supr.*

Dec. Is demùm tenetur petitione hereditatis qui rem aliquam hereditariam vel etiam ius aliquod hereditarium possidet aut quasi possidet pro herede vel pro possessore. *l. regulariter 9. supr.* Atqui debitor hereditarius qui non se contendit heredem, sed negat tantùm hereditatem ad actorem pertinere, aut de eo dubitare se dicit, non potest videri possidere quicquam pro herede

Digitized by Google

herede. Nec rursus pro possessore cùm sit iustus debitor, præsertim si ex contractu neque negetse esse debitorem. Ergo hereditatis petitione conueniri non potest. De illa verò distinctione Accursij an debitor hereditatis sit ex contractu debitur, an ex delicto iam scripsimus ad *d. l. sed virum.*

43. PAVLVS libro 2. ad Plautium.

POstquàm legatum à te accepi, hereditatem peto, Atrilicinus quibusdam placuisse ait, non aliter mihi aduersus te dandam petitionem, quàm si legatum redderem. Videamus tamen, ne non aliter petitoris hereditatis legatum restituere debeat, quam vt ei caueatur, si contra eum de hereditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum: cum sit iniquum, eo casu possessorem hereditatis legatum quod soluerit, retinere: & maximè si non per calumniam, sed per errorem hereditatem petierit aduersarius, idque & Lælius probat. Imperator autem Antoninus rescripsit, ei, qui legatum ex testamento abstulisset, causa cognita hereditatis petitionem negandam esse: scilicet si manifesta calumnia sit.

Ad l. Postquam legatum 43.

Ratio dubitandi. Qui legatum accepit ab aliquo tanquam ab herede testamentario, hoc ipso videtur testamentum adprobasse, cùm legata non nisi in testamento, aut quod effectu idem est in codicillis testamentariis relinqui possint, *l. illud 13. §. 1. & l. At. infr. De iur. codicill.* Ergo testamentum postea impugnare ac se heredem dicere non potest: cùm allegans contraria non sit audiendus, vulg. *l. 1. C. de furt.* sibique debeat imputare, qui ex testamento, siue nullo, siue falso, siue inofficioso consequi legatum maluit. Numquam enim volenti fit iniuria, quem etiam sufficit aliquando voluisse licèt nunc nolit, *l. in diem 9. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend. cap. quod semel placuit. De reg. iur. in 6.*

Dec. Quemadmodum testamenti factio est iuris publici, id est ex legibus præsertim 12. tabul. sine quibus non posset homo testari, *l. 3. infr. qui testam. fac. p. ff. l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. De verbor. significat.* Ita & validitas testamentorum non aliunde quàm à legibus pendere potest, *l. illa institutio 32. infr. De hered. instit.* Et consequenter sicuti nemo potest facere quin leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest 55. de leg. 1.* neque mutandæ voluntatis facultatem sibi præripere, *l. si quis in prin. 22. de leg. 3.* Ita nec in potestate & arbitrio cuiusquam legatarij aut alterius esse potest facere vt valeat testamentum quod non valet aut è contrario vt non valeat quod valet, Ne alioquin eueniat vt priuatorum voluntates legum authoritate censeantur, *l. vltim. infr. De suis & legit.* Cùm igitur fieri possit, vt quis siue per iuris, siue per facti imperitiam consecutus sit legatum aliquod ex eo testamento quod postea falsum vel iniustum & aliqua de causa non iure factum fuisse appareat, Non ideò prohibendus est hereditatem petere ab intestato si fortè vel filius sit, vel proximus agnatus, vel alius denique qui ab intestato succedere possit. Nam quemadmodum ex iusto & valido testamento lex defert hereditatem scripto heredi etiam inuito, licèt non eam acquirat inuito extra causam necessariorum heredum & suorum qui etiam sunt necessarij. Ita & siue nullum, siue non iure factum sit testamentum eadem lex defert hereditatem legitimam si suus heres nullus sit, agnato proximo, & quidem inuito, licèt non cogat inuitum eam aut agnoscere, aut agnitam petere hereditatem. Quidni ergo liceat ei hereditatem legitimam petere, licèt ex eo testamento quod anteà valere dicebatur legatum acceperit? Alia ratio est eius qui petierit legatum ex eo testamento quod posteà velit inofficiosum dicere. Non enim permittendum est vt furorem & insaniam obiiciat ei cuius voluntatem perceptione legati agnouerit, *leg. si pars 10. §. vlt. l. penultim. §. diuersum & l. vltim. supr. De inoffic. testam.* Falsum tamen testamentum dicere aut non iure factum contendere non prohibetur, *l. post legatum 5. in princip. & §. 1. De his quæ vt indig. infr.* Sicut & qui testamentum non iure factum dixit nihilominus voluntatem defuncti retinet, quia de iure disputauit, non iudicium impugnauit, vt eleganter Papinianus ait in *l. penultim. eod. tit.* Secus est in eo qui percepto legato testamentum falsum dixit. Nam sicuti non repellitur à falsa accusatione, ita si succumbat legatum etiam perceptum amittit, quod hodie non haberet si sententia secundum eum dicta esset, *d. l. 5. § 1. iunct. l. cum tabulis 26. in fine princip. eod. tit. l. alia causa est 8. C. eod.* An ergo petitorem hûc admittemus, vt & ab intestato hereditatem petat, & legatum ex testamento perceptum retineat? Minimè verò, cùm implicet contradictionem, vt eodem tempore testamentum & adprobet & improbet. Ergo non aliter audiendus erit, quàm si legatum reddat. Nec rursum tamen aliter cogendus est reddere quàm si caueatur ei de reddendo legato si contra hunc petitorem eundémque legatarium fuerit pronunciatum pro testamento. Nimirum eo casu quo possit legatum nihilominùs consequi etiam post petitam ab intestato hereditatem, id est, vt explicauimus cùm de iure tantùm disputauit, nec etiam iudicium impugnauit. Sic enim omnino intelligi hic locus debet, & ad hunc casum restringi, vt & Accursius tandem admittit. Esset namque periniquum possessorem hereditatis eo casu quo in hereditatis lite obtinuisset retinere legatum quod iam soluisset ac cuius repetitionem nullam habuisset si non fuisset ei reddendum ab actore petitionem hereditatis instituturo. Maximè verò, vt subiicit Paulus si non per calumniam, sed per errorem petierit hereditatem aduersarius. In quo Accursius notat dictionem *maximè*, abundare, quòd eo casu quo calumnia petitoris interuenisse probetur non sit ei permittendum vt legatum retineat. Quasi hoc illud sit quod sequitur apud Paulum, Imperatorem Antoninum rescripsisse,

Ei qui legatum ex testamento abstulisset, denegandam esse causa cognita hereditatis petitionem scilicet si manifesta eius calumnia sit. Sed nemo non videt quàm sint ista diuersa & separata. Est enim aliud Cogi petitorem legatum reddere ob institutam petitionem hereditatis per calumniam, Aliud verò arceri à petitione hereditatis. Non est permittendum calumnianti agere vt petat hereditatem quam sciat ad se non pertinere, & qui de testamenti viribus non dubitauit, cùm ex eo legatum percepit, Sed quantò maior calumnia est eius qui nullo iure petit hereditatem ab intestato, Tantò maior ratio est vt legatum ex testamento debeatur, & præstitum soluúmque semel, postea verò sub cautione restitutum ad instituendam petitionem hereditatis, iterum restituatur. Calumnia enim fuit in hereditatis petitione instituenda, non etiam in legato percipiendo. Calumniam autem puniri oportet in eo tantùm in quo quis calumniatus est non in quo calumnia nulla interuenit, arg. *l. ex facto 43. §. vlt. De vulg. & pup. subst. l. rescriptum 6. infr. de his quæ vt indign. l. falcidia 24.* aliàs *l. Paulus infr. ad leg. falc.* Igitur quemadmodum non aliter admittendus est is qui legatum ex testamento percepit, vt hereditatem ab intestato petat etiamsi non calumnietur, quàm si hereditatis possessori legatum reddat, Ita nec aliter reddere cogendus est quàm si caueatur et de legato restituendo in eum casum, quo contra ipsum pro testamento pronuncietur. Omnimodo enim illo casu legatum restituendum est quod fuerat solutum, quódque repeti numquam potuisset si non ab intestato hereditatem petere vel per calumniam legatarius maluisset.

44. IAVOLENVS libro primo ex Plautio.

CVm is, qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit: si legatum quocumque modo redditum non sit, iudicis officio continetur, vt victori, deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas.

Ad l. Cùm is qui legatum 44.

Est lex hæc veluti appendix præcedentis. Nam cùm in lege præcedente scriptum esset, Eum qui legatum ex testamento percepisset non aliter admittendum esse ad hereditatem ab intestato petendam quàm si legatum redderet, Dubitari poterat, Quid ergo iuris esset si legatum redditum non fuisset, Subiicitur ex Iauoleno, Cùm is qui legatum ex testamento percepit, hereditatem petit si legatum quocunque modo, id est quacunque de causa redditum non sit, officio iudicis continetur vt victori, deducto eo, quod accepit, restituatur hereditas, id est, vt in id quod ex hereditate restituendum est imputetur id quod ex causa legati solutum fuit. Ratio dubitandi est quia videtur imputari posse hereditatis possessori cur non petierit & cauerit vt sibi legatum redderetur antequàm petitor ad hereditatis petitionem admitteretur. Non videtur autem damnum sentire quod ex culpa sua sentiat vt habet iuris regula. Sed decidendi ratio est, quia bona fides non patitur vt idem bis exigatur, vulg. *l. bona fides 57. De reg. iur.* Improbùmque est qui bis idem velit consequi, *l. si quis dolo 51. in fi. de re iudic.* aut ex aliena iactura locupletari, *l. nam hoc natura 14. De condict. indeb. l. iure naturæ 206. De reg. iur.* quæ omnia in persona huius legatarij, eiusdémque petitoris contingerent si & hereditatem totam haberet, & nihilominus legatum acceptum retinere ipsi concederetur. Simile aliquid est in *l. & ancillarum 27. an venditorem infr. De pecul.*

45. CELSVS libro 4. Digestorum.

QVi se liti obtulit, cùm rem non possideret, condemnatur, nisi si euidentissimis [a] probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus, & qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula [b] tenetur. æstimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit non decipi.

Ad l. Qui se liti 45.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis est in rem, licèt mixtas habeat pleraque præstationes personales, *l. sed etsi 25. §. penultim. sup.* Actiones autem in rem dari non possunt nisi contra possessorem aut qui saltem dolo malo desierit possidere, vt dolus malus pro possessione sit, *§. 1. Instit. de action.* Ergo nec petitio hereditatis dari potest cum effectu, vt sequatur condemnatio aduersus eum, qui nullam rem hereditariam possideat, ne quidem minimam *l. regulariter 9. & sequ. supr.* quamuis se liti obtulerit & per mendacium dixerit se possessorem. Possidere si quidem facti est magis, quàm iuris *l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir vxori infr. De acquir. poss.* Facta verò & omnia quæ facti sunt, ex rei veritate æstimantur, sicut è contrario mendacia ex non facto. Neque enim affirmatio cuiusquam vel negatio ponit aliquid in re, aut mutat rei veritatem & substantiam.

Dec. Dolus semper pro possessione est non solùm si quis dolo desierit possidere, *l. qui dolo 131. de regul. iur.* sed etsi is qui non possidet mentiatur se dolo malo possessorem, & se offerat liti tanquam possessor cùm tamen non possideat. Nec enim debet impunè illudere Prætori, qui contra eum non daret actionem in rem si non diceret se possidere. Idque nimirum est quod dici solet, Non posse quemquam inuitum cogi excipere actionem in rem cùm sit liberum cuilibet dicere se non possidere, *l. vlt. infr. De rei vind.* Quisquis ergo se liti obtulit tanquam possessor hereditatis cùm nihil hereditarium possideret dignus est qui petitione hereditatis condemnetur perinde ac si possideret: quia mendacium suum & propriam turpitudinem allegare ipse non potest, *leg. rem alienam 41. in fin. infr. De pignor. act. l. qui ex parte 18. infr. De interrog. in iur. fac.* vbi dicitur, quod ad huius legis interpretationem valde pertinet, si quis se mentitus est possessorem, cùm non esset, fuerit quidem condemnatus, sed soluendo non sit,

ita vt

Digitized by Google

ita vt contra eum iudicati executio effectum habere non possit, Non eo minùs superesse actionem contra verum possessorem, sed ita tamen vt prius iudicium rescindi oporteat quia tenuit, & mendacium illius qui tanquam possessor liti se obtulit, ipsi tantùm mentienti, non etiam petitori nocere debet.

a *Nisi euidentissimis.* Ratio dubitandi. Etiamsi euidentissimis probationibus ostendatur actorem ab initio litis, hoc est ipso iam tempore contestationis (inde namque lis incipit *l. sed etsi 25. §. si ante sup. hoc tit.*) sciuisse reum nihil ex hereditate possidere, non eo minùs tamen verum est mentitum illum fuisse Prætori cùm in iure, id est apud Prætorem vbi contestatio fit, dixit se possessorem cùm sciret se nihil possidere. Igitur non eo minùs puniri debet, vt tanquam possessor condemnetur, Ne alioquin Prætori imponè illuserit.

Dec. Pœna illa est doli & fraudis vt dolus pro possessione habeatur, & is qui non possidet pro possessore condemnetur. Atqui non est deceptus qui sciuit reum non possidere & qui mentientem mentiri non ignorauit, aut si deceptus sit non ab alió quàm à seipso deceptum se conqueri potest *l. nam si actor 26. iunct. l. praced. ĵ. De rei vindic.* Ergo condemnari prætextu doli non debet. Nemo enim decipere aut decepisse dici potest si nemo sit qui decipiatur. Proinde impunitum est hoc casu mendacium illius qui se liti obtulit, etiamsi perstiterit in mendacio vsque ad sententiam, sicut & eo casu quo ignorauerit actor mendacium si modò reum pœnituerit sui mendacii ante litem contestatam *l. is qui 25. vbi dicemus infr. ill. tit. De rei vindic.*

b *Ex doli clausula.* Rectè Accursius doli clausulam interpretatur, non actionem De dolo, quæ scilicet competere non potest cùm alia competit actio, vt puta petitio hereditatis *l. 1. & pass. ĵ. De dolo*, Sed vnam ex tribus clausulis quæ stipulatione Iudicatum solui continentur, de quibus in *l. iudicatum solui 6. infr. iudic. solui.* Cui tamen non aliter locus sit quàm si is qui satisdationem præstitit perstet in suo mendacio post satisdationem. Nam dolus ante satisdationem admissus non postea stipulatione vindicari, nec rursum dolus admissus postquam reus mendacii pœnitentia ductus à lite discesserit. De dolo igitur actio duobus illis casibus necessaria erit si quid ex eo dolo damni ac detrimenti aduersarius senserit *l. penult. sup. De dolo.* Porrò in omni casu quo quis ob dolum suum conuenitur siue actione De dolo, siue ex doli clausula tanti condemnandus est reus quanti actoris interest non fuisse deceptum, Nec aliud est si officio iudicis condẽnatio fiat vt in hereditatis petitione, quemadmodum scribitur in hac lege, & in *l. arbitrio 18.* vbi dixi, & ad *d. l. pen. sup. De dolo.*

46. MODESTINVS libro sexto Differentiarum.

PRædonis loco intellegendus est is, qui tacitam fidem interposuerit, vt non capienti restitueret hereditatem.

Ad l. Prædonis 46.

Ratio dubitandi. Non est prædo qui titulum aliquem verum habet suæ possessionis, sed is demũ qui interrogatus quare possideat nihil aliud respondere potest quàm quia possidet *l. pro herede 11. §. 1. iunct. l. seq. ĵ. hoc tit.* Atquin is qui tacitam fidem accommodauit defuncto vt non capienti restitueret hereditatem, non eo minùs verè fit heres per aditionem, Adeò vt quamuis hereditas ei tãquam indigno auferatur per fiscum, nihilominus etiam post amissam hereditatem remaneat heres quia semel fuit *l. ex facto 43. §. vl. De vulg. & pupil. substit.* Ergo prædonis loco & iure censeri non potest, siue ponas errare eum in iure, vt ponit Azo, puta quod ignoraret prohibitum esse ne quis tacitam fidem in fraudem legum accommodet, siue ponas nec in iure errorem vllum interuenire.

Dec. Prædo quidem hic non est, sed prædonis tamen loco esse intelligitur, quia bona fide se heredem dicere non potest qui contra ius fidem suã in fraudem legum accommodauit *l. cum qui 18. in princip. ĵ. De his quæ vt indign. l. 1. C. eod.* Et quamuis & nomine & re sit heres antequàm hereditas fisco vindicata sit, Nomine autem nec sine aliquo effectu etiam posteaquàm fiscus hereditatem vindicauit, vt constat ex *d. l. ex facto §. vlt.* Id tamen fit non tam quòd eo honore dignus existimetur, quàm ex mera iuris necessitate quod is qui semel heres fuit nunquam possit desinere esse heres, Nisi vel in seruitutem redactus sit vel succubuerit in querela inofficiosi testamenti *d. §. vlt. l. in substitutione 31. eod. tit. l. ait prætor 7. aliàs l. et si sine §. sed quod Papinianus ĵ. De minor. l. ei qui soluendo 88. de hered. instit.* Cæterùm indignus est beneficio Senatuscõsulti quod de hereditatum petitionibus factum est in fauorem bonæ fidei possessorum qui contra Senatusconsultum Plancianum tacitã fidem interposuit in fraudem legum *l. heres qui tacitam 15. ĵ. De his quæ vt indign. l. beneficio 59. §. 1. ad leg. falcid. iunct. l. auxiliũ 37. in fin. sup. de minor.* Et quamuis plusquàm bonæ fidei possessor esse videatur qui re vera, vt diximus, heres ac dominus est, Bonæ fidei tamen possessor dici non potest eius hereditatis quam contra leges possidet, & quam ex SC. Planciano totam amittere debeat *d. l. cum qui 18. De his quæ vt indig. ĵ. l. 1. C. eod.* Vt euenit in iis omnibus qui contra leges mercati probantur *l. quemadmodum 7. in fin. C. de agric. & censit.* Tametsi emerit à vero domino *l. si ab eo emas 12. infr. De vsucap.* Omnia igitur quæ ex Senatusconsulto quod de hereditatum petitionibus factum est in prædonis persona locum habere diximus, in hoc quoque obtinebunt qui tacitam fidẽ contra SC. Plancianum accommodauit vt hereditatem non capienti restitueret. Excepto eo, quòd ad vsuras rerum hereditariarum venditarum aut fructuum venditorum non tenetur, ne quidem ex die litis cõtestatæ, post rescriptum Seueri quod in eam rem benignè factum est, vt Papin. refert in *l. cũ qui 18. De his quæ vt indign.* ad quas tamẽ vsuras etiam bonæ fidei possessor tenetur *l. heres furiosi 51. §. 1. infr. hoc tit.* itemque is cui tanquam indigno hereditas ablata est ob non vindicatam necem defuncti *d. l. 1. C. de his quæ vt indign.* De quorum locorum interpretatione dicemus latiùs ad *d. l. 51. §. 1. infr.* Adeò autem is qui tacitam fidem accommodauit in mala fide esse intelligitur, vt nec in conscientia possit hereditatem retinere quin eam fisco etiam non petenti vltrò deferre teneatur, si cre-

Digitized by Google

dimus Bartolo ad *l. vlt. nu. 9. De his qua vt indig.* Licèt contra sentiat D. dac. Couarr. in Epitome *De sponsal. & matrim. in 2. part. cap. 8. §. ; nu. 5.* De quo tameo Theologorum esto, non nostrum iudicium.

47. IDEM libro octauo Responsorum.

LVcius Titius cùm in falsi testamenti propinqui accusatione non obtinuerit: quæro, an de non iure facto, nec signato testamento querella illi competere possit. Respondit, non ideò repelli ab intentione non iure facti testamenti, quòd in falsi accusatione non obtinuerit.

Ad l. Lucius 47.

Ratio dubitandi. Qui agit de falso testamento præsupponit testamentum valere. Quid enim attinere falsum dicere testamentum, quod etiamsi verum esset, attamen non valeret? Ergo non est audiendus tanquam sibi contrarius si postea velit dicere idem testamentum non iure factum aut non signatum esse. Exemplo eius quod scriptum est in *l. si patronus ex minore 19. inf. de bon. libert.* Patronum ex minore quàm legitima parte institutum si testamentum liberti falsum dixerit, & succubuerit, bonorum possessionem contra tabulas petere posteà non posse quod facto suo perdiderit hereditatem cùm temerè falsum testamentum dixerit. Nam & idem contingeret si legatum aliquod ille sibi in testamento adscripsisset, atque ita in Senatusconsultum quod ad legem Corneliam de falsis factum est incidisset tametsi veniam criminis impetrasset *l. si quis legatum 6. §. vlt. D. ad leg. Cornel. de fals.*

Dec. Qui negat valere testamentum, quod falsum dixit, non pugnat secum. Nam neque valet testamentum quod falsum est. At quod per bonorum possessionem contra tabulas rescinditur, necessariò valuisse supponitur, & tale esse vt ex eo vel adiri hereditas, vel bonorum possessio secundum tabulas & quidem cū re peti potuerit *l. quod vulgo 19. ff. De bonor. poss. cont. tabul.* Sanè qui falsum testamentum dixit, indignus est qui ex eo testamento quicquam consequatur, vt dixi ad *l. postquam legatum 43. supr. hoc tit.* Sed non ideò repellendus est à iure dicendi testamentum nullum, quia non est bona consecutio vt ob id solùm valeat testamentum tanquam iure factum & signatum quòd non sit falsum. Potest enim vtrumque verè dici, Et non iure factum esse testamentum, & tamen falsum nō esse. Quamquam fatendum est parum cautè actorem facere qui aduersus testamentum non iure factum falsi accusationem instituit, quæ cùm facti quæstionem semper aliquam implicitam habeat, dubii quoque euentus semper est, vt & probationum exitus, Cùm tamen disputatio de iure aut non iure testamēti tota sit iuris, quod certum semper & finitum est *l. 2. infr. De iur. & fact. ignor.* Interdum planè accidit vt qui in priore accusatione succubuit à posteriore arceri debeat, puta si tanquam calumniator succuberit in priore. Qui enim semel & in vna accusatione calumniatus est, facilè præsumi debet in alia calumniaturus si ad eam admitteretur *l. si cui 7. § iisdem criminibus vers. si tamē infr. De accusat.* Vbi additur hoc obtinere etiamsi de alio crimine posterior accusatio instituatur. Nimirum quia, vt vulgari iactatur brocardico semel malus semper præsumitur malus in eodem genere mali quod omnium optimè locus ille probat.

48. IAVOLENVS libro tertio ex Cassio.

IN æstimationibus hereditatis ita venit pretium venditæ hereditatis, vt id quoque accedat, quod plus fuit in hereditate, si ea negotiationis causa veniit: sin autem ex fideicommissi causa nihil ampliùs, quàm quod bona fide accepit.

Ad l. In æstimationibus 48.

Ratio dubitandi. Non potest huius legis sententia procedere neque in bonę fidei, neque in malæ fidei possessore. Non in bonæ fidei possessore, quem constat non ad aliud conueniri & condemnari posse quàm in quo locupletior factus est *l. sed etsi 25. §. consuluit supr.* Proinde si fortè res hereditarias aut omnes aut quasdam distraxerit viliore precio, neque res ipsas venditas quamuis extantes cogitur restituere, neque vera earum precia sed tantùm id quod precij nomine bona fide accepit. Non adhibita distinctione illa, quæ in hac lege adhibetur. An ex causa negotiationis, an ex necessitate vendiderit. Rursum in malæ fidei possessore non potest dici liberandum eum præstatione veri precij cùm res ipsas si extent, cogatur reddere, aut pari vt eo nomine per iusiurandum in litem æstimentur. *l. item veniunt 20. aliàs l. si possessor §. vlt. supr.*

Dec. Intelligenda omnimodo est lex hæc de bonæ fidei possessore, vt postrema illa verba probant, *nihil ampliùs quàm quod bona fide accepit*, Sed separanda est mala fides in quā incidit bonæ fidei possessor per litis contestationem ab ea, quam ab initio malæ fidei possessor ac prædo habuit. Etsi enim dici solet post litem contestatam omnes bonæ fidei possessores esse pares & prædones *l. sed etsi 25. §. si ante supr.* Dignus tamen est is qui ante litem contestatam bonæ fidei possessor erat, cum quo etiam post litem contestatam mitiùs agatur, Non quidem quantum ad fructus, sed quantùm ad res ipsas hereditarias, aut quantum ad eàrum precia, Ne alioquin huius periculi metu cogatur ius suum indefensum relinquere *l. illud 40. vbi dixi supr.* Itaque cùm sit partim bonæ fidei possessor initio scilicet possessionis inspecto, arg. *l. 3. § sciò in fin. sup. De minor. l. cum filius 76. § heres meus De legat. 2.* partim prædo propter superuenientem scientiam rei alienæ, Temperamentum hoc sequendum erit vt qui ex venditione ante litem contestatam facta non posset teneri petitione hereditatis suprà quàm factus esset locupletior, teneatur tamen ob res post litem contestatam venditas suprà quàm precij nomine bona fide acceperit, id est ad vera rerum venditarum precia, Quæ scilicet credibile est consecuturum fuisse petitorem si litis contestatæ tempore restitura ei hereditas fuisset *d. l. item veniunt §. vlt.* Est enim certè aliquid quod ei imputetur cur post contesta-

contestationem distraxerit res hereditarias, quas exinde sciuit posse ad actorem pertinere: quod non similiter imputari potest ei qui res hereditarias quasi suas bona fide distraxit ante litem contestatam. Est igitur hæc lex restringenda non tantùm ad bonæ fidei possessorem, sed etiam ad eum solum qui post litem contestatam res hereditarias vendiderit, adeoque vt lex ait, qui voluntarię & ex negotiationis causa vendiderit, Ne ad eum protrahatur qui vendiderit ex necessitate, Vt puta qui testamento ex quo tanquam valido possidebat hereditatem iussus fuerit à testatore certo precio res aliquas hereditarias vendere, quod plerumque fit animò dādi fideicommissi *l. fideicommissa 11. §. cùm esset. de legat. 3. l. in ratione 30. §. tametsi ad leg. falcid. ff.* Quo casu non tam condicionis implendæ causa, quàm iure hereditario percipi pecunia videtur *d. § tametsi*, quia vt subtiliter ratiocinatur Accursius venditio ipsa censetur hoc casu esse in fideicommisso & pecunia, quæ pro precio accipitur succedit in locum rei hereditariæ, & fit hereditarium *l. si & rem 21. supr.* quod non ita est cùm quis accepta pecunia rem aliquam hereditariam restituere iussus est *dict. §. plane.* Ex quo petenda est responsio ad quod obiicit Accurs. ex *l. nec vllā 13.* aliàs *l. etiam 5. planè si accepta. sup. hoc t.* Ratio autē huius distinctionis illa est, quia ei qui aliquid facit ex necessitate, adeoque ex necessitatis suspicione succurri semper debet *l. nouissimè 7. ff. quod fals. tutor. author.* Quidni enim cogeretur bonę fidei possessor tale fideicommissum soluere ex testamento quod valere putabatur? Aut quid iniquius, quàm impunè non soluere illum, quem Prætor possit cogere ad solutionem? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem quæ in fraud. cred. l. aut prætor 7. § 1. vers. permittitur. sup. de minor. l. sancimus 25. C. de admin. tutor.* Igitur mala fides quæ per contestationem litis ex postfacto inducitur minùs potest quàm quæ ab initio vera fuit, Nempe quoniam facta est, vt benè hîc Bartolus, non vera cùm nihil vetet bonæ fidei possessorem qui ante litem contestatam bona fide possedit etiā post litem contestatam bona fide litigare *d. l. illud 40. sup. eod.* Cùm autem ponamus in hac specie victum heredem qui accepto certo precio hereditarias res quasdam vendere iussus erat, apparet de eo herede nos loqui, qui hereditatem possidebat bona fide ex testamento, quod valere putabatur. Sed quod tamen ex post facto apparuerit, vel nullum, vel ruptum, del irritum factum, aut etiam rescissum fuisse quod & Accursius noster benè notat.

49. PAPINIANVS libro tertio Quæstionum.

SI bonæ fidei possessor hereditatis velit cū debitoribus hereditariis, aut qui res hereditarias occupauerint, contendere: audietur, vtrique si periculum erit, ne inter moras actiones intercedant. Petitor autem [a] hereditatis, citra metum exceptionis [b], in rē agere poterit [c]. quid enim, si possessor hereditatis negligat: quid, si nihil iuris habere se sciat [d]?

Ad l. Si bonæ fidei 49.

Ratio dubitandi. Quantum ad primam huius legis partem quæ est de dandis possessori hereditatis actionibus personalibus contra debitores hereditarios, Nemo agere potest actione personali contrà debitores hereditarios sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. De admin. & peric. tutor. ff.* Atqui falsus heres quātumuis bona fide hereditatem possideat, nullam tamē actionem habere potest contra hereditarios debitores: quoniam actiones quæ defuncto competebant non possunt transire in heredem, nisi vi & potestate legis duodecim tabularum, quę porrò de vero tantùm herede, non etiam de falso locuta est *l. vlt. & pass. C. de hered. act. l. 1. C. si cert. petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Ergo non potest bonæ fidei possessor hereditatis actionibus personalibus experiri quas non debet. Quod verò pertinet ad actiones in rē de quibus etiā hæc lex loquitur. Certum est non dari vindicationem nisi ei qui sit dominus iure gentium vel ciuili *l. in rem 23. infr. De rei vindic.* Atqui bonæ fidei possessor hereditatis sicuti verus heres non est, ita neque dominus dici potest. Quo igitur iure actionem in rem habere potest? Augentur verò hę dubitandi rationes ex eo, quod lex hæc loquitur & intelligēda est de eo tantùm bonæ fidei possessore qui post litem contestatam actiones istas mouere velit. Opponit enim possessorem petitori qui ante litem contestatam nullus est *l. amplius 15. ff. Rat. rem haber.* Nec rursus posset aut possessor aut petitor agere qui exceptione illa repelleretur, Quod præiudicium hereditati non fiat *l. si post litem 13. inf. De except.* vbi dicitur exceptionem illam futuri duntaxat non etiam facti iudicii nomine comparatam esse. Atqui post litem contestatam omnes possessores sunt pares, id est prædones *l. sed etsi 25. si ante sup. hoc tit.* Nulla igitur ratio est cur bonæ fidei possessorem de quo solo hæc lex loquitur distinguamus à prædone, Cui non permittitur vt actiones vllas etiam tempore perituras exerceat, ideoque nec ei imputatur quare debitores tēpore liberari passus sit cùm actionem aduersus eos nullā instituere potuerit *l. si quid possessor 31. §. sicut autem supr.*

Dec. Bonæ fidei possessor qui se heredem probabiliter & bona fide contendit non ob id solùm quod lis cum eo contestata sit cogendus est ius suum indefensum relinquere. *l. illud 40. supr.* Nec proinde inhibendus est quominus & cum debitoribus hereditariis, & cum possessoribus rerum hereditariarum cōsistat. Eo scilicet tantùm casu quo periculum subest ne alioqui inter iudicij moras intercidant. Semper enim res in tuto collocanda est quantum fieri potest ne pereat, ob eámque causam permitti multa solent etiam contra iuris regulas, quæ alioqui nō permitterētur *l. Diuus 5. vers. causa autē cognita sup. hoc tit. l. 1. sup. De fer. l. sed etiam 12. sup. De procurat.* Prodest enim ea res non tantùm bonæ fidei possessori si casu obtinuerit, vt loquitur *l. posthumus 6. § 1. supr. tit. prox.* cùm iudiciorum exitus sit incertus *l. quod debetur 51. inf. De pecul. l. & ex diuerso 35. inf. De rei vind. l. si per imprudentiam 51. inf. De euict. l. exceptione 67. De fideiuss.* Sed etiam vero heredi qui certiùs victoriam sperare potest. In eóque fatendum est meliorem esse debere condicionem bonæ fidei possessoris etiam post litē contestatam quàm prædonis, vt ei prosit quod ab initio bonæ fidei possessor fuit *l. qui scit 25. §. vlt. inf. De vsur.* & secūdum ea quæ tractauimus ad legem præcedentem. Qui enim ab initio prædo fuit indi-

gnus est cui vlla in re faueatur, sicut nec ei imputatur quare debitores liberari passus sit *d. §. sicut.* quomodo imputaretur bonæ fidei possessori: qui cùm se bonæ fidei possessorem dicat, potest & debet vsque ad sententiam & condemnationem omnia periode agere atque si verus heres esset: Alioquin non caret culpa quam vtique præstare debet post litem contestatam *l. si homo 45. infr. De rei vindicat.* Quòd si lis contestata non sit non puto condemnari debere possessorem bonæ fidei ob id solùm quòd actionem tẽpore perire passus sit, Cùm post Senatusconsultum nõ possit teneri suprà quàm locupletior factus sit *d. l. sed et si 25. §. consuluit sup.* Nemo autẽ locupletior fiat, ob id solùm quòd actionẽ alienã temporalem perire passus sit, quãuis nec fiat pauperior. Et quod dicimus Malæ fidei possessorem eo nomine non teneri, facere non debet vt tantò magis bonæ fidei possessorem teneri debere admittamus, sed vt tantò minùs. Nam quod etiam in prædonis persona non vindicatur, Cur in bonæ fidei possessore vindicaretur? Indulgentia ista dicenda est potiùs quàm necessitas vt bonæ fidei possessor cũ debitoribus hereditariis consistere possit si velit, non vt cogatur si nolit. Cæterùm nulla potest negligentia imputari bonæ fidei possessori non magis quàm si in re sua propria negligens fuisset *d. §. sicut.* Planè extra hunc casum quo actio hereditaria siue realis siue personalis tempore peritura sit non magis permittendum est bonæ fidei possessori quàm prædoni vt debitores hereditarios vel possessores inquieteret, cùm in vtroque ratio illa sit communis & generalis quod neutri actio cõpetit neuterque sine actione agere potest. Neque aliud hodiè obtinere putandum est post *l. vlt. C. hoc tit.* in qua Iustinianus induxit quidem vt bonæ fidei possessor hereditatis, perinde ac verus heres actionibus omnibus hereditariis conueniri possit, At non etiam vt actiones quascunque hereditarias exercere, vt benè Accursius contra Azonem disputat. Itaque non ait Papinianus posse bonæ fidei possessorẽ agere, ne tùm quidem cùm actio tempore peritura est, sed tantum posse cum debitoribus hereditariis aut cum possessoribus rerum hereditariarum consistere quod longè diuersum est, vt infra explicabimus.

a *Petitor autem.* Ratio dubitandi. Non debet fieri præiudicium petitioni hereditatis, quia maius & centumuirale iudicium est, Cætera verò quibus vel singulæ res petuntur, vel agitur contra debitores hereditarios sunt singularia, ideoque minoris momenti & authoritatis *l. si quis libertatem 7. sup. hoc tit. l. vlt. C. eod.* Ergo non est permittendum actori qui iam cœpit petere hereditatem deque ea litem contestatus est vt agat interim siue contra possessorem rerum hereditariarum Actione in rem, siue contra hereditarios debitores actione in personam, sed differenda sunt iudicia singularia quousque terminatum sit vniuersale.

Dec. Exceptio illa *Quod præiudicium hereditati non fiat* non habet locum quoties post litem de hereditate contestatam singulæ res petuntur, Quia futuri iudicii non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatæ sunt *l. si post litẽ 13. ff. De except.* Potest igitur verus heres qui hereditatem petit ab vno, res singulas ab alio vindicare, Cùm hoc ipso quo heredem verum se dicit & probat ius agendi habeat & in rem & in personam. Nec enim quod controuersiam hereditatis patitur à possessore siue bonæ fidei possessor, siue prædo ille sit facere potest vt ob id minùs iuris habeat cõtra singulos aut possessores aut debitores, à quibus etiam hereditatem petere posset tanquam ab alicuius iuris aut rei hereditariæ possessoribus, si nullum illi possessionis suæ titulum haberent *l. regulariter 9. & seq. sup. hoc tit. l. 2. vers. emptor autem C. eod.* Nec potest defendi quod docet Cuiacius *lib. 9. obseruat. cap. 27.* Exceptionẽ de qua loquimur *Quod præiudicium hereditati non fiat* habere locum etiam post litem de hereditate contestatam si nondum lis finita sit. Quasi quod euidenter contra scriptum est in *d. l. si post litem*, intelligi debeat de lite non tantùm contestata sed etiam finita, & de iudicio finito per sententiam iudicis non facto per contestationem apud Prætorem. Longè namque aliud est loqui de lite contestata, Aliud de finita, cùm litis principium non finis sit contestatio *d. l. sed et si 25. §. si antè sup.* Itemque alium *iudicium fieri* aliud *finiri.* Fit enim iudicium cùm inchoatur, & vt loquar cum Vlpiano in *d. l. si quis libertatem* cùm inducitur: quod fit per litis contestationem, Vnde est quod nostri prudentes passim dicunt tempus accipiendi aut accepti iudicii pro tempore litis contestatæ. Finitur autem iudicium per sententiam & rem iudicatam *l. 1. infr. de re iudicat.* Nec aliter factum iudicium dixit Paulus pro finito in *l. a quo 58. ff. De rei vindic.* vt malè putat idem Cuiac. *d. cap. 27.* Nam imò verò factum ibi dixit pro inducto & constituto, tam in illis verbis *sed si priùs de furto iudiciũ factũ esset* quàm in illis sequentibus *deinde de ipso homine secundũ petitorem iudicium factum esset*, vt ex eo apparet, quod ponit hominem noxæ deditum fuisse, de cuius furto iudicium factum erat, Potest enim deditio fieri ante non minùs quàm post condemnationem pecuniariam *l. non solum 29. l. noxali 33. inf. De noxal. act. iunct. l. miles 6. § 1. infr. De re iudic.* Item ex eo quod Paulus ait, si de ipso homine secundum petitorem iudicium factum esset non debere iudicem ob eam rem quod hominem possessor non traderet, litem æstimare. Nec enim iudicium vindicationis finitur per pronunciationem iudicis qua pronunciatur rem petitoris esse, sed per absolutionem vel condemnationem quam sequi necesse est si possessor hominem petitum non tradiderit *l. qui restituere 68. iunct. l. eius rei 46. & seq. eod. tit.* Distinguit igitur illa lex, Non verum iudicium priùs finitum sit vt interpretatur Cuiacius sed vtrũ priùs factum, id est priùs inchoatum inductum & constitutum, vt idem Papin. loquitur in *l. Seia 42. inf. De mort. caus. donat.* Nam & in cæteris omnibus iuris partibus accepti & inchoati non finiti iudicii tempus inspiciendum est, Ratione illa quam adfert Papinianus valde generalem in *l. 2. infr. de vsur.* quod quale quid est cùm petitur tale dari debeat *l. si post acceptum 18. ff. De rei vindic.* Nec rursus vera est alia eiusdem Cuiacii interpretatio, quam adfert *dict. cap. 27.* vt post litem quidem contestatam cesset exceptio *Quod præiudicium hereditati non fiat*, sed tamen differenda sit pronunciatio de vindicatione rerum singularum in id vsque tempus quo de hereditatis petitione pronunciatum sit ex *d. l. si quis libertatem.* Nam præter id quod lex illa non ponit litem de hereditate contestatam fuisse at potiùs non fuisse, vt probat verba illa *ne præiudicium de testamento cognituro faciat.* Illud etiam obseruandum

est

retractari eo loco de suspendenda sententia, quę pro libertate ferri perebatur in iudicio liberali, non etiam de rebus cæteris. Quarum sanè diuersa à libertate ratio est, quia libertas semel datur præsertim ex authoritate iudicis retractari posteà & reuocari non posset, tametsi postea contra testamentum pronunciaretur ex quo libertas petebatur. At in cæteris rebus non idem est, de quibus licèt pronunciatum sit esse illas petitoris, non eo minùs tamen peti postea poterunt per hereditatis possessorem si contingat eum in petitionę hereditatis vincere. Nec enim sententia inter alios dicta alijs nocere debet. Ob eamque causam Iustinianus quoque in *l. vlt. C. hoc tit.* diuersum ius & separatum constituit in libertatibus *vers. sin autem libertates.* Atque ita esse vt volumus ex eo quoque apparet, quod in *d. §. si post litem* Iulianus opponit *factum* iudicium *futuro.* Futurum enim dicitur quod nondum inchoatum & constitutum est, non quod nondum finitum. Cæterùm cùm iure vetere ita obtineret vt exceptio ista non posset opponi post litem iam de hereditate contestatam, quia scilicet verendum non erat ne præiudicium fieret petitioni hereditatis iam contestatæ, cùm nihil ex postfacto superuenire possit quod deteriorē queat facere causam eius qui litem iam contestatus est *d. l. 2. De vsur. d. l. si post acceptū 18. ℑ. De rei vindic.* (cōtestatio enim semper ponit rem in tuto vt diximus in præcedentibus) Iustinianus totam hanc Iurisprudentiam veterem conturbauit suo more ac peruertit, Inducendo vt siue petitor siue possessor hereditatis conueniatur, & siue antè siue post litē de hereditate contestatam, cesset exceptio illa, *Quod præiudicium hereditati non fiat,* sed creditoribus & legatariis respondere interim & satisfacere teneatur is qui se testamento heredem dicit, & hereditatem possidet, Creditoribus verò etiam petitor salua ei qui satisfecerit si posteà victus sit aut aduersus victorem, aut aduersus legatarios & fideicommissarios repetitione. Et in hoc demum Iustinianus correxit ius vetus, non etiam in eo vt vel petitor vel possessor hereditatis possit agere contra debitores hereditarios aut contra occupatores rerum hereditariarum post litem de hereditate contestatam. Neque enim hunc casum attingit Iustiniani constitutio, Neque fuit necesse cùm in petitore iam olim hoc obtineret, In possessore verò non potuerit hoc induci quin nimis aperta vis fieret rationi iuris, Cùm possessor quantumuis bonæ fidei nullam penitus actionem habeat quam exercere possit, neque realem neque personalē, sed hactenus tantùm indulgeatur ei vt possit cum debitoribus hereditatis aut iis qui rem aliquam hereditariam occupauerunt consistere vt litem contestentur, ne actio intercidat, quemadmodum eleganter Papinianus in hac lege scribit.

b *Citra impedimentum exceptionis.* Sed cur non addidit Papinianus hæc verba in priore illa specie quam tractauit, De possessore hereditatis agente contra debitores hereditarios, aut aduersus rerum hereditariarum possessores? Nimirum quia exceptioni locus nullus esse potest quin priùs sit locus actioni. Cùm exceptiones non ad aliud sint comparatæ quàm vt actionem excludant & elidant *l. 1. 2. & pass. infr. De except.* In priore autem specie nulla actio competit bonæ fidei possessori quæ per exceptionem elidi possit aut debeat. Ideoque non sic Papinianus loquitur vt dicat, Posse illum agere ue quidem hactenus saltem vt litem contestetur ad conseruandam & in tuto collocandam actionē, quemadmodum suprà monuimus. Sed ait audiendum eum esse si velit cum debitoribus hereditariis aut cum his qui res hereditarias occupauerunt cōsistere. Quo verbo vti solent Iureconsulti, cùm significare volunt, actionem quidem nullam competere, sed tamen Prædonis cognitionem implorari quæ cognitio vice actionis esse possit, vt in *l. vix certis ex causis 53. sup. de iudic. l. 3. §. sed vtrum* iunct. *l. quod si minor 24. §. vlt. ℑ. de minor. l. mulier 22. §. non est dubitatum ℑ. ad SC. Trebell.* Quod tamen neque Accursius noster, neque alius quisquam interpretum obseruar. Multò minùs verò Cuiacius qui *lib. 20. Obseruat. cap. 35.* legem hanc omnium pessimè interpretatur. Sic namque intelligit vt bonæ fidei possessor possit agere ipso iure contra debitores hereditarios aut aduersus possessores rerum hereditariarum, adeoque agendo repelli exceptione illa *Quod præiudicium hereditati non fiat* nisi vno illo casu, quo periculum sit ne actiones intercidāt, Quasi Papinianus quærat an hoc casu obstare talis exceptio debeat, De quâ tamen nec loquitur nec cogitat, nisi cùm posteriorem speciem tractat De petitore agente. Quomodo enim posset quæri de exceptione contra agentem danda si nemo agat? Aut quomodo aget possessor sine actione? Nam & in eo alius eiusdem viri doctissimi error est, quòd bonæ fidei possessorem hac parte distinguit à malæ fidei possessore, Quasi bonæ fidei possessori actio aliqua hereditaria possit competere, nulla prædoni. Quod æquè ridiculum est. Cùm bonæ fidei possessor non magis verus heres sit quàm prædo, Actiones autem hereditariæ non alii quàm vero heredi competere possint. Tertius Cuiacii error est quod putat eum casum à Papiniano tractari quo lis nondum esset contestata de hereditate, sed tantùm mota bonæ fidei possessori controuersia. Quod etiam conuincitur ex illis verbis *inter moras* quæ non de aliis moris accipi possunt quàm de moris iudicii, vt constat ex iis ipsis prudentum & Quintiliani locis quos pro se vir doctissimus in contrarium adducit, quibus addere potuit & debuit *l. etiam 15. ℑ. quand. dies leg. ced.* Moræ autem accipiendi iudicii nullæ sunt, sed accepti tantùm & quod exercetur. Iudicii enim exercitio illa est, quæ moras habet *d. l. etiam.* Conuincitur etiam ex verbo *petitor,* quo Papinianus vtitur. Non enim petitor est qui litem contestari vult, si nondum contestetur, quia non petit, sed tantùm petere vult vt suprà diximus ex *d. l. amplius 15. ℑ. rat. rem hab. r.* Denique errat etiam in eo Cuiacius, quod addit Post motam controuersiam bonæ fidei possessorem & prædonem pares esse vno tantùm casu, scilicet si desinant possidere. Post litem verò contestatam quàm plurimis. Nam imò verò statim post motam controuersiam pares sunt licèt non desinant possidere, eùm ab eo tempore fructus omnes quos exinde perceperint restituere teneantur *d. §. si ante.* Post litē verò contestatam etsi sunt pares in quàmplurimis *l. si homo 45. infr. de rei vindic.* non tamen in omnibus puta quantùm ad naturalem rei petitæ interitum contingentem post litem contestatam *l. illud 40. sup.* vbi generaliter de bonæ fidei possessore Paulus loquitor, nō per modum exceptionis vt Cuiacius, nec adhibita illa distinctione, quam idem Cuiacius adhibet, Vtrum bonæ fidei possessor putet se habere iustam causam

litigandi & an iurauerit de calumnia nec ne. Nam quod ad iuramentum de calumnia pertinet, constat fuisse illud incognitum Pauli temporibus nisi vno illo casu quo vellet quis iusiurandum aduersario deferre. Deferens enim non alitèr audiendus erat quàm si priùs iurasset de calumnia *l. iusiurandum 34. §. qui iusiurandum & seqq. l. si non fuerit 34. ff. De iureiur.* primusque Iustinianus induxit vt hoc iusiurandum in omnibus causis præstari oporteat, neque aut ab aduersario aut ab ipso etiam iudice vel compromissario remitti possit *l. 1. & 2. C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Opinio autem litigantis putantis se bonam habere causam non tam inspicienda est vt ei prosit quàm verùm re vera probabilem litigandi causam habuerit. *l. qui solidum 78. §. etiam De legat. 2.*

c *In rem agere poterit.* Ergo aduersus eos tantùm qui res hereditarias occuparunt. Nam aduersus debitores hereditarios speciali actione in rem agi non potest sed personali tantùm. Dixi *speciali*, quoniam certum est aduersus debitores hereditarios tanquam iuris possessores agi posse petitione hereditatis *l. nec vllam 13. aliàs l. etiam §. vlt. sup.* quæ ipsa tamen in rem est licèt mixtã habeat naturam personalis actionis propter personales præstationes *l. sed etsi 25. §. antep. & l. hereditatis 7. C. de hered. petit.* Et tamen quænam obiecto diuersitatis ratio reddi potest, cur petitori hereditatis permittendum sit agere & speciali & vniuersali in rem actione nõ etiam speciali in personam? Neque verò aut Accursius id negat, aut Cuiacius dissimulat. Nam Accursius ad hæc verba notat, petitorem hereditatis non tantùm in rem agere posse cõtra rerum hereditariarum possessores, sed etiam in personam aduersus debitores hereditarios, itemque petitione hereditatis contra vtrumque. Cuiacius verò fatetur, Ex causa, vt ipse loquitur, dandam petitori personalem quoque actionem contra debitores, Ex *l. Paula 27. §. vlt. De legat. 3.* vbi ponitur cõdemnatus debitor vt pecuniam solueret fisco hereditatem petenti: quod nisi actionis personalis vi & potestate fieri non potest. Itaque vt dicam quod sentio puto in his verbis subesse mendum & pro *in rem* legendum *iure* facti certè, ac lubrico errore, nec valde dissimili ei quem aliàs obseruauimus *lib. 1. Coniect. cap. 2. in l. 5. ff. de impens. in reb. dotal. fact.* vbi legendum esse monuimus *ipsa in re* pro eo quòd vulgo legitur *ipso iure*. Sensus enim Papiniani proculdubio ille est, vt in hac quæstione separandus sit petitor hereditatis à bonæ fidei possessore. Nimirum vt possessor nullo casu possit agere, ne quidem si periculum sit ne inter moras intercidãt actiones cùm hereditariam actionem habere nullam possit is qui verus heres non est, sed tantùm permittatur ei vt cum hereditariis debitoribus, aut cum possessoribus rerum hereditariarum possit apud Prætorem consistere, id est Prætoris cognitionem implorare, vt in *d. l. vix certis ex causis 53. ff. de Iudic. d. l. 5. §. sed vtrũ. & l. quod si minor 24. §. vlt. sup. De minor. l. mulier 22. §. non est dubitatum ff. ad SC. Trebell.* Obidque nihil possit tractari de exceptione quæ locũ habere, vt diximus, non potest antequàm actio locum habere possit. Petitor verò possit iure agere, Tanquam cui hereditariæ omnes actiones competant siue in rem siue in personam, & siue vniuersales, siue singulares quas malè ac barbarè Bartolus particulares vocat: Nec tantùm iure sed etiam cum effectu hoc est citra impedimẽtum exceptionis. De quo solo dubitari poterat, Non etiam de eo an iure posset agere. Quis enim posset dubitare? Ideò autem dicendum est eum non tantùm iure agere sed etiam cum effectu quod post litem de hereditate contestatam exceptio illa *Quod præiudicium hereditati non fiat* opponi nunquam potest vt probauimus ex *d. l. si post litem 13. ff. De except.* Etsi aliam rationem hîc Papinianus adfert ijs verbis, *Quid enim si possessor hereditatis negligat?* Sensus nõ eo minùs posse petitorem iure agere, quòd possessori permittatur cum debitoribus hereditariis, & cum possessoribus consistere. Nec enim bona est consecutio, vt quod vni licet ob id minus debeat alii licere, Alioqui sequeretur negligentiam possessoris nociturã petitori si fortè possessor in persecutione iurium hereditariorum negligentiùs versari vellet. Suam potiò cuique negligentiam nocere oportet non alteri, Et quamuis post litem contestatam bonæ fidei possessor etiam culpæ nomine teneatur tanquam prædo *d. l. si homo 45. inf. De rei vindic.* Non autem careat culpa possessor bonę fidei si post litem contestatam non fecerit quod facere potuit & debuit vt res hereditaria in tuto esset, quemadmodum suprà diximus non idcirco tamen repelli petitor debet quominùs agat ipse si malit ius suum exequi. Quoniam melius est intacta ipsius iura seruare quàm post vulneratam causam remedium quærere *l. vlt. C. in quib. caus. non est nec ff. in integr. restit.* Præter id quod fieri potest vt possessor non sit soluendo ad præstandam petitori indẽnitatem. Et hæc magis germana videtur ratio dubitandi & decidendi ad posteriorem hanc legis partem, Quæ tantò magis ostendit ponendum esse cum Accursio, contrà quàm Cuiacius sentiat litem de hereditate in hac specie fuisse contestatam.

d *Quid si nihil iuris habere se sciat?* Hæc quoque verba perperam Cuiacius Grecos secutus ita interpretatur acsi scriptum esset, *Quid si bonæ fidei possessor hereditatis nesciat se quasi heredem ius habere in ea re?* Aliud enim est, Bonæ fidei possessorẽ scire se nihil iuris habere, vt Papinianus loquitur, Aliud verò nescire se quicquam iuris habere, & longè alios sensus huius, & illius propositionis, vt nemo non videt. Qui scit se nihil iuris habere, habet omnino malam fidem, tantòque prudentiùs facit si nolit cum debitoribus hereditariis aut cum possessoribus rerum hereditariarum consistere ne vexet se sumptibus inanibus cùm obtinendi spem non habeat *arg. l. 1. supr. tit. prox.* Qui verò nescit se ius habere, is neque bonam, neque malam fidem in ea re habet. Sed non id agit Papinianus his verbis vt tractet de bonæ fidei possessore vel de prædone, Sed tantùm vt casum aliquem conquirat, in quo non sit expectandum vt possessor hereditatis velit consistere cum debitoribus hereditariis, aut cum possessoribus, ad denegandam petitori eo prætextu actionem hereditariam cum effectu, & quæ nulla exceptione repellatur.

50. PAPINIANVS libro sexto Quæstionum.

HEreditas etiam, sine vllo corpore iuris intellectum habet.

Ad l. Hereditas 50.

Ratio dubitandi. Hereditas cùm sit nomen iuris, & quid vniuersale non videtur posse fingi aut intelligi nisi tanquam vniuersalia cætera quæ fiunt per operationem intellectus, & per abstractionem à singularibus, Quæ si nulla essent concreta, nulla quoque essent abstracta, inquiunt Logici. Neque enim posset considerari homo si nulla essent indiuidua hominis, nec albedo si nullum esset album. Ergo neque potest hereditas esse si nullum sit corpus hereditarium. Quò alludere videtur Iulianus in *l. lex Cornelia 28. ad fin. infr. De vulg. & pupill. substitut.* vbi ait non posse fieri per legem Corneliam de captiuis, vt qui nulla bona in ciuitate reliquit, heredem quoque vllum habere videatur, proinde nec hereditatem, cùm immediatè fiat heres per hereditatem, sicut & hereditas per legem, *l. filiusfamilias 28. infr. ad legem falcidiam.*

Dec. Hereditas fictio iuris est & inducta per legem tanquam persona quædam ficta ad personam defuncti quæ fuit vera repræsentandam, *l. hereditas 34. iunct. §. vltim. legis præcedentis infr. De acquir. rer. domin.* Idque ex necessitate, Ne toto illo tempore quod intercedit à die mortis defuncti vsque ad aditionem hereditatis per heredem sine scriptum, ne legitimum bona viderentur iacere & vacare sine domino, ideoque fierent vt primi occupantis tanquam quæ essent, vt reuera sunt nullius, *leg. §.. supr. De rer. diuis.* Et ob eam nimirum causam eadem iuris fictione inductum est, vt hereditas non tantùm personæ, sed etiam dominæ vicem repræsentet, *dict. l. hereditas.* & *leg. non minus 31. §. 1. infr. De hered. instit.* Vt scilicet continuari posset in heredem dominium quod fuerat defuncti, & quod vtique continuari nunquam posset si vel minimo vno instanti ea continuatio interrumperetur. Noua enim esset acquisitio illa & noui dominij non continuatio, ac proinde nouus aliquis titulus & alius quàm hereditarius requireretur, vt heres fieri dominus posset. Quandoquidem dominium quod semel interruptum atque ita amissum est, non nisi certis & legitimis modis acquiri posteà potest, tùm quoque cùm à nemine fuit occupatum, vt puta si quis rem quam semel pro derelicto habuit iterum velit suam facere antequàm ab alio occupata sit. Necesse enim est vt iterum eam occuper ad hoc vt fiat nouus dominus. Itaque inducit lex fictionem hereditatis primo instanti non quo moritur paterfamilias (instans enim illud vitæ non morti adscribitur, quia mortuus non moritur, sed viuus, *leg. qui duos 18. §. 1. infr. de manum. testam. leg. vlum. inf. De condict. institut.*) sed cùm mortuus est, eamque fictionem inductam retinet quousque heredem aliquem nacta sit hereditas, quod fit in extraneis per aditionem (nam in suis heredibus fit ea continuatio ipso iure ac citra vllam aditionem, vt nec hereditas vlla fuisse videatur, *leg. in suis 11. infr. De liber. & posthum. leg. in suis 14. De suis & legit.*). An nulla superstit spes habendi heredis. Quo casu desinit esse hereditas, tanquam cuius fictio non nisi frustra extiade retineretur, quippe quæ nullum effectum habere amplius posset. Ius enim ciuile sicuti fictiones nullas inducit nisi ex mera necessitate, & ad effectum aliquem iuris inducendum qui & necessarius est & magni momenti (omnis enim fictio re vera mendacium est,) ita nec fictionem vllam inductam retinet nisi ex necessitate & quandiu iuris effectum aliquem præstare potest. Itaque patrimonium quod fuerat defuncti, & quod si adiretur hereditas fieret patrimonium heredis, *leg. 1. infr. De separat. leg. sed si plures 10. §. filio infr. De vulg. & pupill. substitut.* incipit fieri in bonis nullius, & transit in bona vacantia, cùm neque heres vllus est, neque habendi heredis spes vlla superest, Nisi cùm aliquis reperitur qui à Prætore bonorum possessor fieri possit, quo casu transit quidem hereditas in bona, sed quæ non priùs vacantia dici possint, quàm abscissa sit spes omnis habendi successoris siue ciuilis, siue honorarij, vt in *leg. 1. §. idem Pomponius 14. infr. Depos. leg. habere licere 57. infr. De cuss. leg. 1. in princip. De success. edict.* Vbi verò vacantia esse cœperunt, protinus & ipso iure vadunt ad fiscum, si modò sint soluendo, Alioqui vendenda sunt per creditores, *leg. 1. §. an bona leg. non possunt 11. infr. De iur. fisc.* Ita fit vt neque inter instans mortis defuncti & instans constitutæ hereditatis, neque inter instans quo hereditas esse desinit vt faciat heredem, & instans quo fit heres per aditionem, vllum intermedium sit instans quo dominij continuatio interrupta dici possit, & vt continuetur dominium à defuncto in heredem, Quæ sententia & ratio est, *leg. omnia hereditas 138. & leg. omnia 193. De regulis iuris.* Nam heres quandocunque hereditatem adeat, eam ex die mortis defuncti adisse retrofingitur, *leg. her. s quandocunque 45. De acquirend. hered.* Nempe quoniam à quo tempore adest vera persona heredis cessat & euanescit fictio hereditatis, cùm persona defuncti quæ vera fuit multò melius & commodiùs repræsentetur per veram personam heredis, quàm per fictam hereditatis, Cessante verò & euanescente fictione hereditatis, quæ sola impediebat ne dominium quod defuncti fuerat interruptum videri posset, quia tamen necesse est continuationem illius dominij, sine vlla interruptione durare, aut saltem durasse retrofingi, Consequens est vt in locum & vicem eiusmodi primæ fictionis succedat alia fictio, quæ non aliquid in præsens fingat, sed in præteritum, & quam ideò retrofictionem appellamus, vt in *l. de hereditate 19. §. pater vers. quod si in pendenti infr. de capt. & postlim. leg. si tibi homo 86. §. cùm seruus De legat. 1. leg. quadam 15. infr. De reb. dub.* Vt scilicet hereditas quandocunque adita retrofingatur adita ex die mortis, Sic enim fit vt inter instans mortis & instans aditæ hereditatis nullum sit instans intermedium quo possit videri iacuisse dominium, quod fuerat defuncti. Hoc igitur est, quod hæc lex ait, Hereditatem esse nomen iuris scilicet ciuilis, nec nisi ciuilem habens significationem, quia si ius ciuile nullum esset, nec hereditatis nomen aliquod, aut significationem vllam haberemus. In quo sicuti appellatio ita & significatio alia est hereditatis, alia bonorum. Cùm enim bona à beando dicta sint non possunt propriè & naturaliter bona dici quæ plus habent incommodi quàm commodi, *leg. propriè §. iunct. leg. subsignatum 39. §. 1. De verb. signific.* Nempe quæ

bonorum appellatio naturalis est, *leg. bonorum 49.* licèt possit etiam ciuilis esse quatenus ius honorarium partem constituit iuris ciuilis, & bonorum possessores loco heredum esse dicuntur, & bonorum possessio pro hereditate, *dict. l. bonorum l. hereditatis 119. l. hereditatis 138. l. heredes 170. l. bonorum 208. eod. leg. 1. 2. & 3. De bonor. possess.* Vnde fit vt bona propriè non dicantur nisi quæ supersunt deducto ære alieno, *dict. l. subsignatum §. 1. l. non possunt 11. De iur. fisc. l. mulier bona 72. infr. De iur. dot.* Hereditas verò etiam æs alienum comprehendit, ideoque dicimus legitimam esse quorum bonorum non hereditatis, quia eius ratio non ponitur nisi deducto ære alieno, *l. Papinianus 8. §. quoniam supr. tit. prox.* Illud sanè appellationi bonorum & hereditatis commune est quod vtroque nomine non tantùm res corporales, sed etiam incorporales, id est iura & actiones continentur, *dict. l. bonorum l. mortuorum 91 l. res appellatione 23. De verbor. significat.* Proinde facilius est vt hereditas sine vllo corpore quàm sine vllis bonis esse intelligatur. Quàm enim multi sunt qui non alia bona habeut quàm quæ in iuribus & actionibus consistant? Sed tamen non minùs verum est, licèt Accursius reluctari videatur, posse hereditatem sine bonis vllis quàm sine vllo corpore intelligi, Non solùm si ponas quod plerumque accidit plus esse in ære alieno, quàm in defuncti facultatibus, sed etiamsi neque æs alienum vllum sit, neque quicquam in bonis mobilibus aut immobilibus, aut iuribus & actionibus. Non enim hereditas dicitur nomen iuris quòd iura quoque contineat, sed quia iuris intellectum habet per se, cùm quoque cùm neque corpora, neque iura vlla contineat. Sufficit enim vt contineat potentia & aptitudine licèt non actu. Nam is quoque qui nulla bona habet, potest tamen habere. Cùm possit quilque vel vltimo vitæ suæ momento fieri locupletior siue per seipsum puta ex causa legati aut fideicommissi singularis, quod lient ignoranti & dormienti, ita & morienti acquiri potest, *leg. cum pater 77. § surdo De legat. 2. leg. filiusfamilias 16. §. 1. infr. qui testam. facer. poss.* siue per seruos alibi & peregrè agentes, *dict. leg.* *de hereditate 19. in princip. De capt. & postlim.* Quòd si nulla bona habeat, neque habere possit, qualis est filiusfamilias qui omnia sic acquirit patri, vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filij, *leg. placet 79. infr. de acquirend. heredit. l. 1. infr. si quis a parent. manum. sit.* excepto vno illo casu quo pater sibi per filium acquiri nolit, *leg. 4. §. 1. supr. de edend. l. rogo 16. §. si pater infr. ad SC. Trebell.* aut acquisitione indignus fiat vt in specie, *leg. imperator 50. eodem titul.* Tum verò dicendum est nullam posse intelligi hereditatem quia nec heres quisquam esse potest eius qui bona nulla neque habuit, neque habere potuit. Atque ita accipiendum est quod scribitur in *dict. leg. lex Cornelia 28. ad fin. De vulg. & pupill. substitut.* non posse fieri per legem Corneliam vt heredem habeat is qui nulla bona in ciuitate reliquit; Scilicet neque actu, neque potentia. Cuius exemplum non aliud melius aut accommodatius afferri potest, imò absolutè, nec aliud vllum fortassis quàm in filiofamilias. Cæteri enim omnes aut bona aliqua possunt habere, tametsi nulla habeant, Aut ideò neque habent, neque habere possunt quòd sint serui, In quos non cadit quæstio, An heredem aliquem habere possint, cùm incapaces sint eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis, In quo numero maximè est ius habendi heredis siue testamentarij, siue legitimi *l. lege obuenire 130. D. verbor. significat. iunct. l. quod attinet 32. De regulis iuris.* Ex quo intelligimus hæc omnia quæ per fictionem iuris fiunt, & in iure consistere dicuntur, non bene vniuersalibus illis philosophicis comparari. Quæ scilicet habent fundamentum in re, Quodnam enim fundamentum in re habet hereditas in qua nulla sunt corpora? Neque tamen posse rursus dici *entia rationis*, vt loquuntur Logici; quia licèt hoc simile habeant quod constituuntur per operationem intellectus, nec fundamentum vllum in re habent, Non tamen sunt sine effectu & quidem maximo, cùm ex huiusmodi iuribus omnia ferè pendeant, quæ iure nostro constituta sunt ad omnes ferè controuersias quæ citra hominum vel vltimas voluntates, vel negotia occurrunt dirimendas.

1 ¶ Si defuncto monumentum, condicionis implendæ gratia, bonæ fidei possessor fecerit: potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc seruanda est, vtique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator iusserit: non excedat, eum, cui aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. quamuis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen principali, vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.

Ad §. 1. Si defuncto.

Ratio dubitandi. Stricto iure nulla competit actio contra heredem qui à testatore suo iussus est monumentum facere. Cui enim competeret cùm nullius alterius intersit, nemo autem siue agendo siue excipiendo audiendus sit nisi cuius interest, *leg. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. De verbor. oblig. l. ille à quo 13. §. si de testamento inf. ad SC. Trebell.* Nimirum si quis solus heres sit. Nam si sint plures quorum vnus iussus sit monumentum extruere non condicionis implendæ causa, sed quo alio modo, puta quòd testator ei præceperit, nec tamen ille paruerit voluntati constat posse coheredes eo nomine cum illo agere iudicio Familiæ erciscundæ. Adeóque quod magis est si omnes iussi sint id facere posse illos inuicem agere, *leg. Quintus Mucius 7. versicul. Pomponius*, vbi est textus elegans *infr. de ann. legat.* itemque præceptis verbis, quia ipsorum interest, vt scribit Vlpianus in *lege his consequenter 8. §. idem quærit, Versicul. Sed & cùm monumentum, infra famil. erciscund.* Sed cùm vnus tantùm

tantum heres est, nemo reperitur, qui contra eum possit agere, quia nec cuiquam intersit. Sed & cùm plures sunt heredes, si tamen non ulli per modum condicionis iussi sint monumentum facere, vt in huius legis specie Papinianus ponit, nulla potest inuicem actio iis competere si quis eorum condicionem implere nolit. Non solùm quòd nemo inuitus cogatur implere condicionem pi omissam & potestatiuam, Cùm si non impleat satis puniatur in eo quod priuatur commodo hereditatis quam acquirere sibi potuisset si condicionem impleuisset, l. si heredis 5. l. ei qui 13. & pass. De condic. institut. l. facta 6. §. si sub condicione inf. ad SC. Trebell. Verùm etiam quia quod condicionis implendæ causa dari fierive debet, iure testamenti nec debetur nec præstatur, sed ex voluntate eius qui condicionem implet potiùs quàm ex iudicio testatoris, leg. si quis sub condicione 7. vers. si quis simpl. caus. testam. l. id autem 76 infr. ad leg. falcid. Indeque potissima dubitādi ratio apud Papinianum sumebatur. Nam bonæ fidei possessor de quo consulebatur, testamento quod, postea vel nullum, vel falsum vel inofficiosum vel quo alio modo irritū factum apparuit, heres scriptus fuerat sub ea condicione, si testatori monumentum extrueret, atque ita vt hereditatem sibi posset acquirere monumētum condicionis implendæ causa extruxerat, Cùm tamen ad extructionem illam cogi non posset, Nisi eam ipse sibi necessitatem imposuisset ad hereditatem acquirendam. Proinde non tam hereditarium, quàm suum negotium gessisse videbatur, & sibi magis quàm heredirati consuluisse. Cur ergo postea hereditatis petitione victus repetitionem haberet eius quantitatis quam ad monumentum faciendum exituxisset, contra heredes legitimus qui neque condicionis implendæ causa, neque alio vllo modo extruere monumentum iussi essent? Quare nec illud valde curandum videbatur, an faciendi monumenti probabilem modum aut quātum testator iusserat sumptus excederet necne cùm nihil penitus eo nomine à legitimis heredibus deberetur. Præsertim eùm monumenti causa non sit tam necessaria quàm est causa funeris & sepulturæ, l. 1. §. vlt. ad leg. falc. Vbi additur Etiam illū cui pecunia legata sit ad faciendum monumentum faleidiam pati debere quam certè non pateretur is cui legatum esset ad causam funeris, & sepulturæ, nisi sumptum probabilem aut ipse faciendo monumentum aut testator iubendo excessisset l. & si quis 14. §. hac actio vers. quid ergo infr. De religios. & sumpt. funer. Deducitur enim ante omnia funeris impensa tanquam æs alienum, & simul eum ære alieno l. Papinianus 8. §. quarta autem sup. tit. pr. l. impensa 18. infr. De religio. adeòque solet & debet creditum omne præcedere l. pen. eod. scilicet chirographarium quod aut nullam aut non nisi tacitam hypothecam habeat, d. l. etsi quis §. 1. non etiā quod expressam vt ad eum locum scribemus, Cùm neque hypothecam vllam tacitam habeat funeraria, d. §. 1. sed tantùm priuilegium inter actiones personales, l. quæsitum 17. infr. De reb. autor. iud. possid. aliàs l. 2. De priuileg. credit. licèt alio iure vtamur vt cùm bona soluendo non sunt causa funeris omnibus creditoribus, expressam quoque hypothecam habentibus præferatur. Cæterùm sumptus monumēti non sunt funeris in eo quo excedunt vel modicam speciem monumenti, leg. funeris 37. in fin. De relig. & sumpt. fun. l. 2. ad leg. falcid. Quamuis Papinianus in hac lege videatur innuere, Testatorem in præscribenda summa quam ad faciendum monumentum impendi velit, posse etiam probabilem modum exercere cùm ponit ista tanquam diuersa, & ait nihil posse imputari bonæ fidei possessori si aut probabilem modum faciendi monumenti aut quantum testator iusserat, non excesserit. Quod Accursius sic accipiendum putat si modò non in magna quantitate excesserit. Ne pugnet quod scriptum est in d. §. hac actio vers. quid ergo, non esse voluntatem testatoris sequendam si res egrediatur iustam sumptuum rationem, sed pro modo facultatum defuncti sumptum ab herede fieri debere. Nec sanè posset videri hic bonæ fidei possessor de quo loquimur negotium hereditarium gessisse, quod Papinianus supponit vt ei det actionem negotiorum gestorum, si quid supra iustum & probabilem modum impendisset. Tametsi negari non possit quin is qui heres scriptus est sub ea condicione si monumentum fecerit præscripta per testatorem ea quantitate quæ modum etiam iustum & probabilem excedat, non aliter hereditatem adire possit quàm si condicionem præcisè impleat, tantúmque eroget, quantum testator erogari iussit, Cùm in ipsius arbitrio & potestate sit nihil omnino erogare si malit hereditatem omittere, atque ita de seipso queri debeat potiùs quàm de testatore si quid supra modum probabilem impenderit. Quid enim interest, an talem impensam supervacuam iussus sit condicionis implendæ gratia, an in mare proiicere? Inquit Vlpianus in leg. Mænius 55. infr. De condit. & demonstr. Vbi bene Bartolus notat Condicionem dandi etiam quæ de iure impleri non potest, de facto tamen implendam esse.

Dec. Voluntas defuncti iusta cùm in omnibus sequenda est tùm in hoc maximè quod de monumento sibi faciendo præscripsit. Est enim iustum & honestum desiderium hominis id imperantis ad nominis sui memoriam non tantùm diutiùs conseruandam, sed etiam feliciùs propagandam. Quamuis non absurdè quidam olim dixerit de monumentis tractans, *Nimirum hoc deerat curiositati humanæ, vt eorum quoque curā susciperetur quæ nec viuis nec mortuis essent profutura.* Etsi autem nulla io eam rem actio competit quoniam iussum hoc testatoris ad authoritatem scribentis potiùs quàm ad alterius vtilitatem pertinet, vt eleganter ratiocinatur IC. in d. l. Quintus 7. De ann. leg. Principali tamen adeòque Pontificali authoritate cogi potest heres vt defuncti supremæ voluntati etiam hac in re obsequatur. Principalem authoritatem dicit Papinianus pro authoritate Principis, cuius vice fungitur in prouincia Præses prouinciæ quæ sub nomine iudicis significasse videtur IC. in d. lege Quintus in fin. Nec enim potest de iudice pedaneo sensisse in ea re quæ non per viam actionis sed per cognitionem Præsidialem expediri debeat. Ideò autem pertinet hoc ad cognitionem Principis & Præsidis, quoniam publicè interest supremas defunctorum voluntates impleri & exitum habere, leg. vel negare 6 infr. testam. quemadm. aper. Ad Pontificem tamen hoc quoque spectat, quia pertinet ad causam religionis, leg. vltim. infr. De mort. infer. l. nulli 28. versicul. quod si in

vico & §.vltim.Cod.de episcop.& cleric. Ergo si bonę fidei possessor licèt implendæ condicionis causa monumentum extruxerit, quia vtiliter negotium gessit, non tam heredis veri de quo non cogitabat, quàm hereditarium danda ei est etiam negotiorum gestorum actio ad repetendas impensas quas fecit dummodò probabilem sumptum non excedant, aut quantum testator præscripsit, siue minus præscripserit, siue non longè plus, quàm probabilis modus ferat, vt diximus. Multò magis danda est ei retentio hereditatis per doli exceptionem quousq; indemnitatem sit consecutus, quoniam cui damus actionem multò magis damus exceptionem ex iuris regula.

51. PAPINIANVS libro 2. Responsorum.

HEres furiosi substituto, vel sequentis gradus cognato, fructus medij temporis, quibus per curatorem furiosus locupletior factus videtur, præstabit: exceptis videlicet impensis [a], quæ circa eandem substantiam tam necessariè quàm vtiliter factæ sunt. Sed & si quid circa furiosum necessariè fuerit expensum, & hoc excipiatur: nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest.

Ad l. Heres furiosi 51.

Malè ac omnino infeliciter hanc legem interpretatus est Accursius, Putat enim loqui Papinianum de furioso, cui pater substituerit exemplariter ex *l. humanitatis 9. C. de impub. & aliis subst.* quod ridiculum est, vt benè ad Papinianum in hanc legem noster docuit Cuiacius. Nam quod primum est noua illa species substitutionis quam veteres exemplarem, recentiores elegantiùs quasi pupillarem vocant à Iustiniano primùm inducta est, totique veteri Iurisprudentiæ fuit incognita, Nisi hactenus vt pater eam licentiam à Principe impetraret substituendi filio furioso in eum casum quo perseueraret in furore ac moreretur. Nec tantùm in furioso id obtinebat, sed etiam in muto, surdo, prodigo & aliis si qui erant qui testamẽtum sibi facere ipsi non possent, vt constat ex *l. ex facto 43. infr. De vulg. & pupill. substit.* Hodie verò factum illud est ordinarij iuris à Iustiniano in *d. l. humanitatis*, quæ ius hoc nouum induxit, eámque directò substituendi potestatem concessit non tantùm patri & auo paterno qui furiosum in potestate habeat, in quo miror hallucinatum virum doctissimum, Sed generaliter parentibus omnibus vtriusque sexus, nec minùs matri si sola superstit prædefuncto patre, an & de suis tantùm bonis velit illa dispônere, sicuti à plerisque accepta ea constitutio est, quamuis mater nullo casu liberos suos habeat in potestate. Nec enim matria potestas vlla est, sed tantùm patria. Et hoc sanè verba nouæ constitutionis euincunt. Non igitur debuit Accursius Papiniani responsum interpretari ex ea constitutione quæ tot post Papinianum seculis lata sit. Deinde cùm Papinianus de furiosi herede loquatur qui hereditatem restituere debeat substituto, Quî fieri potest vt furiosus habeat heredem aliquem legitimum eo casu quo habeat substitutum exemplarem? An non substitutus hic exemplaris, aut meliùs quasi pupillaris heres furiosi non minùs testamentarius est, quàm substitutus pupillaris testamentarius est heres impuberis? Ponendum igitur est eum Cuiacio institutum fuisse heredem furiosum siue à patre siue ab alio quolibet, eique datum substitutum vulgarem *si is heres non esset*. Quo casu quandiu furiosus in eo statu furoris perseuerat certũ est hereditatem ei iure ciuili non deferri, ut neque bonorũ possessionẽ edictalem iure prætorio. Delata namque hereditas illa demùm dicitur, quam quis adeundo consequi possit, *leg. delata 151. De verbor. signific.* & similiter delata bonorum possessio quam quis agnoscendo possit sibi acquirere siue per se siue per procuratorem, *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poss. l. 3. §. acquirere infr. De bon. poss.* Furiosus autem neque hereditatem adire potest neque bonorum possessionem edictalem petere siue per se siue per procuratorem quia nihil omninò agere potest quod mentem aut animum ne dicam iudicium requirat: quibus omnibus prorsus caret. Proinde inutile omnino esset ac superuacuũ deferri ei hereditatem vel bonorum possessionem, cuius delatio sine effectu foret, *l. 2. §. si quis ex liberis insi. inf. ad SC. Tertyl. l. 1. C. de success. edict. l. 1. §. furiosi inf. eo. tit.* vbi dicitur furiosi curatorem non posse ipsius nomine bonorũ possessionẽ repudiare, quia nondum delata est quandiu scilicet furor durat. Inde est quod tempus petendæ bonorum possessionis edicto prætoris constitutum non solùm furioso non cedit, sed nec eius substituto, quia prius est vt delata sit bonorum possessio quàm vt eius agnoscendę dies possit cedere, *l. vnic. inf. De bon. possess. furios. infant.* Excipitur hereditas tantùm paterna, quæ quoniam neque acquisitione indiget neque aditione vt acquiratur, perinde furioso acquisita intelligitur ipso iure, atque alij cuilibet suo heredi, *l. vlt. §. sin verò perpetuo C. de curat. furios. iunct. l. in suis 11. inf. De liber. & post. l. in suis 14. De suis & legit.* Excipit etiam Cuiacius alium casum si hereditas obuenerit furioso per seruum aut filium quem habeat in potestate, Ex *l. furiosus 63. alias l. Antistius 62. §. vltim. infr. de acquir. hered.* vbi postquam scriptum est ex Marcello Furiosum acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non posse nisi si necessarius patri aut domino heres existat, Subiicitur *Per alium autem acquiri ei potest, veluti per seruum vel eum quem in potestate habet.* Ego tamen exceptionem hanc probare non possum. Nam quod ad furiosi seruum pertinet, certum est hereditatem non magis ei deferri posse quàm ipsi furioso licet diuersa ratione. Ideo namque furioso non defertur, vt diximus, quia caret animo qui omnino necessarius est ad acquirendam vel omittendam hereditatem. In seruo autem furiosi ea ratio impedit delationem quod propria sua condicione impediatur, ne quid omnino possit sibi acquirere aut proprium habere, Cùm iure ciuili & prætorio habeatur non tam pro mortuo quàm pro nullo, *leg. quod attinet 32. De regulis iuris, leg. qui testamento 20. §. seruus infr. Qui testam. facer. poss.* Delatio autem quæ fit à lege iuris est, quamuis ea quæ fit ab homine sit facti, De qua

sola

sola proculdubio accipi debet quod scriptum est in *l.legatum 7. De legat. 1.* Posse dominum repudiare legatum seruo delatum à testatore scilicet non à lege. Nam quod testator seruo meo defert, id mihi lex defert, idcóque possum illud etiam seruo inuito vel agnoscere vel repudiare: quod vtique facere non possem si seruo meo non mihi lex detulisset, Eius siquidem est repudiare qui potest sibi acquirere, *l. is potest, 18. infr. De acquirend. hered.* Vnde fit, vt cum seruus aliquis institutus est qui habeat plures dominos aut dominum vnum fructuarium, alterum, distingui oporteat cuius contemplatione institutus fuerit, vt sciatur cui lex detulerit hereditatem & cuius iussu adire illam debeat *l. si seruus 21. & sequ. infr. De vsufr.* Item, vt quod filiofamilias relictum est, neque pater repudiare possit sine filio neque filius sine patre, *l. si quis heres 13. §. vltim. eod.* Nempe quia delatio fit à lege etiam filiofamilias cùm sit ipse acquisitionis capax saltem vno casu, quo pater nulit sibi per filium acquiri, *l. 4. §. sed & filiusfamilias supr. De edend. l. rogi 16. §. si pater ad SC. Trebell.* Frustra ergo lex deferret seruo legatum quod ei acquiri nullo casu posset, Lex autem nihil agit frustra, Vt neque natura quam lex in omnibus imitatur quantum facere potest. Quòd si legatum non defertur seruo à lege, multo minùs deferetur hereditas, quia legatum quidem acquiritur per seruum etiam ignorantem domino etiam ignoranti si non à domino repudietur. Nec minùs domino furioso quàm domino sanæ mentis perinde ac si furioso ipsi legatum esset, *leg. filiusfamilias 16. §. 1. infr. qui testam. facer. poss. l. cum pater 7. §. furdo. De legat. 2.* Multò minùs potent seruo cuiusquam defert hereditas, quæ extra causam necessariorum heredum nec per ignorantem vnquam acquiritur; cùm aditio requirat factum & voluntatem adeuntis, Neque ignoranti per alium, cùm requiratur iussus & voluntas illius cui acquirenda est, ne is alioqui vel inuitus vel ignorans æri alieno obligetur, *l. qui in aliena 6. in princ. De acquirend. hered.* Atqui furiosus non potest iubere seruo instituto vt adeat. Quomodo igitur fieri potest, vt furioso per seruum hereditas acquiratur? Quis pro furioso imperare poterit aditionem, An fortè curator furiosi? vt Cuiacius existimat duce Bartolo. Minimè verò. Illius enim est, alteri mandare vt adeat, qui posset ipsè adire si esset institutus. Atqui curator furiosi nó posset ipse adire pro furioso, quamuis herede instituto, nec etiam hodie potest, *dict. l. vltim. § sin autem ex alia. versic. nos itaque Cod. de curat. furios.* Ergo neque furiosi nomine mandare seruo potest vt adeat. Multò difficilius potest furiosi seruus dominum heredem facere nullo furiosi aut alterius cuiusquam mandato præcedente. Consequens ergo est vt nullo casu acquiri hereditas furioso per seruum possit. Et hoc est quod solemus dicere Eum qui per se acquirere hereditatem non potest neque per alium posse, *leg. neque 10. Cod. de hered. instit.* Licèt Accursius tentet dicere, Non habere hanc regulam locum in furioso speciali quodam iure ac priuilegio furiosi propter fati, vt ipse loquitur infelicitatem, quod stultum est. Quod autem ad filiumfamilias spectat etiam quem furiosus in potestate habeat (nec enim soluitur patria potestas per furorem superuenientem, Vt neque iustum matrimonium ex quo ius potestatis proficiscitur, *leg. patre furioso 8. supr. De his qui sui vel alien. iur. sunt*) certum est non posse per eum acquiri hereditatem patri furioso, Eadem penitus ratione qua nec per seruum, quia scilicet neque furiosus potest filiofamilias imperare aditionem, neque curator aut alius quisquam nomine furiosi, Nec denique filiusfamilias adire hereditatem sibi delatam nisi præcedente iussu alicuius qui iubendi & imperandi ius habeat. Ob eámque nimirum causam cùm heres institutus filius qui habebat patrem furiosum in cuius erat potestate, Refert Marcianus in *l. cùm heres 52. De acquirend. hered.* Diuum Pium rescripsisse, Interponere se beneuolentiam suam vt si filiusfamilias adiret, perinde haberetur atque si paterfamilias adisset, liceretque ei seruos hereditarios manumittere. In quo obseruandum est optimum Imperatorem eundémque iuris religiosissimum non in eo beneuolentiam suam interposuisse, vt filiusfamilias furiosi posset delatam sibi hereditatem patri acquirere, Sed hactenus tantùm vt posset ipse adire tanquam paterfamilias nullo patris iussu præcedente ad acquirendam hereditatem sibi non patri. Quem textum à Cuiacio non fuisse obseruatum miror, Et illud magis quod Bartolus putat rescriptum hoc Imperatoris non tam ad filij quàm ad patris fauorem pertinere, contra quàm ferant aperta rescripti verba. Quid ergo respondebimus ad *dict. l. furiosus.* Is enim solus est iuris locus qui doctissimum virum & omnes alios fefellit. Facilis responsio est non ita scribere Marcellum, vt dicat Furioso per alium acquiri posse hereditatem, vt supponit Cuiacius, sed simpliciter *per alium acquiri ei posse*, quod proculdubio sic accipiendum est vt per alium acquiri ei possint omnia cætera quæ nec factum, nec voluntatem furiosi requirunt, vt ex causa legati quod seruo vel filiofamilias furiosi relictum sit, aut ex stipulatione quæ per eos interposita sit. At non ex causa hereditatis, *dict. l. cum heres.* Alioquin eueniret vt melior esset causa furiosi citius seruus vel filiusfamilias, quàm qui ipse heres institutus fuisset: quod non nisi perabsurdè dici posset, *dict. leg. neque 10. Cod. de hered. instit.* Verùm hæc obiter dicta sint ne quem in posterum authoritas viri doctissimi decipiat, & cæterorum interpretum qui idem sentiunt quod Cuiacius eâdem lege decepti, & quidem sola. Nam quod adducit Accursius ex *l. si per epistolam 50. cod. titul.* ad rem sanè non pertinet. Loquitur enim ea lex non de furioso nec de curatore furiosi, sed de pupilli tutore mandante seruo pupilli, vt adeat hereditatem quod non similiter curatori furiosi permittitur. Etsi enim tam hic quàm ille datur personæ, In eo tamen differunt, quod curator furiosi neque mandare seruo furiosi potest vt adeat, neque ipse petere bonorum possessionem edictalem nomine furiosi: quæ tamen omnia potest facere tutor pupilli *leg. seruus 7. §. impubes & l. sequ. infr. De bonor. possess.* Nam & seruus etiam alienus, & alius quilibet petere posset etiam absenti & ignoranti, *dict. leg. seruus*, quia nimirum sufficit sequi satihabitionem intra tempus constitutum, *leg. 3. §. acquirere eodem.* Pupillus autem potest ratum habere cum tutoris authoritate, Dummodò non sit infans, *lege potuit 5. leg. si infanti 18. Cod. de iur. deliber.* Furiosus autem ratum habere non potest ne quidem autore curatore,

l. in negotiis 3. De regul. iur. in eóque absentis loco nun erit, *l. 2. §. 1. supr. De procura.* Denique bonorum possessio defertur pupillo siue ipse siue seruus ipsius heres institutus sit, At furioso nulla defertur. Et curatori furioso hactenus indulgetur, vt possit decretalem bonorum possessionem agnoscere nomine furiosi, vt & tutor nomine infantis ante *d. l. si infanti* quę nouum ius in eam rem fecit *l. vnic. De bon. poss. furioso infant. mut.* Vbi dicitur Curatorem qui nomine furiosi hanc decretalem bonorum possessionem obtinuerit, aut si is obtinere noluerit proximum alium quemlibet qui eam agnouerit. Itémque exemplo proximi agnati substitutum si quis sit cautionem præstare cogendum, Scilicet omnibus quibus restitui bona debeat si fortè institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quàm hereditatem agnosceret. Nam & fieri potest, inquit ibidem Papinianus noster vt vino furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obster cæteris si priùs & ipse decesserit quàm hereditatem acquireret. Ex quo intelligimus, bonorum illam possessionem decretalem quæ curatori furiosi datur, nullum ius nullúmque dominium tribuere furioso ne quidem bonitarium, quod agnita edictalis tribueret, *l. 1. infr. De bonor. poss. ff.* sed tantùm facere vt furiosus interim sit in possessione temporis causa, vt loquitur Cuiacius quandiu furiosus in ea condicione fuerit, Vt scilicet interim fruatur bonis, & ex fructibus se alat, quemadmodum euenit in bonorum possessione Carboniana quæ perinde decretalis & temporalis est *l. vlt. C. d. Carbon. edict.* Ergo si furiosus numquam resipuerit, sed in eodem furore decesserit, aut post resipiscentiam quidem, sed antequam hereditatem adierit aut bonorum possessionem edictalem agnouerit, hereditas pertinebit directo iure ad vulgarem substitutum, aut si substitutus vel nullus vnquam fuerit, vel ipse quoque prior & ante furiosum decesserit, ad agnatum vel cognatum proximum, id est ad eum qui licet sequatur furiosum in gradu, nihilominùs tamen proximus esse adeóque semper fuisse intelligitur, tanquam qui furiosus numquam obstiterit, quia scilicet furioso delata hereditas, aut bonorum possessio numquam fuit. Cùm enim lex 12. tabul. defert hereditatem agnato proximo de eo demùm agnato intelligit qui hereditatem possit sibi acquirere vel per se vel per alium, non de eo, qui neque per se neque per aliom fieri heres possit, vt semper præsupponantur termini habiles, nec delatio à lege frustra fieri videatur. Itémque obtinet iure prætorio, cùm ad exemplum legitimæ successionis Prætor deferat bonorum possessionem edictalem ex capite Vnde legitimi. Hoc igitur est quod in hac lege Papin. scribit, Heredem legitimum furiosi posse conueniri hereditatis petitione ciuili à substituto vulgari, aut possessoria per agnatum vel cognatum proximum qui bonorum possessionem acceperit cùm furiosus decessit ante resipiscentiam, Non enim ob id minùs extitit condicio vulgaris substitutionis quod furiosi nomine curator eius bonorum possessionem decretalem acceperit, cùm non ideò heres fuerit. Sola enim bonorum possessio edictalis, non etiam decretalis temporaria facit vt bonorum possessor pro herede habeatur, & vt condicio illa vulgaris substitutionis *si heres non erit* defecisse existimetur, *l. in condicionibus 19. §. si patronus inf. De condic. & demonst.* Neque hoc vllam apud Papinianum habet dubitationem. Sed quærit tantùm Papinianus de fructibus quos furiosi curator percepit ex decretali illa bonorum possessione in tempus vsque mortis furiosi, An heres furiosi eos restituere debeat. Et ait debere restitui fructus omnes medij temporis quibus videtur furiosus locupletior factus. Ratio dubitandi est, quia bonæ fidei possessor conuentus petitione hereditatis siue ciuili siue possessoria, quàm quos ipse perceperit, & ex quorum perceptione locupletior factus sit. Omnia enim hæc Senatusconsultum quod de hereditatis petitione factum est coniunctum requirit. Atqui furiosus neque possessor verè vnquam fuit, nec proinde bonæ fidei possessor, cùm nec possidendi animum habuerit, nec decretalis ista possessio faciat verum possessorem, sed tantùm tribuat ei vt sit in possessione, quod longè diuersum est, *leg. si quis ante 10. §. 1. infr. De acquirend. poss. ff.* Nec rursum fructus vllos percepit, sed curator, Nec denique locupletior factus videtur ex illa perceptione fructuum, cùm de iis restituendis curator nomine furiosi cauerit. Non enim videtur quis cepisse id quod alij debeat restituere, *l. aliud est capere 71. De verbor. significat.* Adde quòd nec locupletior factus dici potest is, qui neque scit, neque scire potest factum se locupletiorem, Qualis est furiosus qui non tantùm iudicio, sed etiam mente carere creditur. Quemadmodum si quis in agro suo haberet thesaurum reconditum quem nesciret. Ergo non videntur hi fructus venire in petitionem hereditatis, Præsertim cùm iustè ac Prætore ipso authore percepti sint, arg. *leg. iustè 11. De acquirend. poss. ff. l. qui auctore 131. De regul. iur.* Sed decidendi ratio illa est, quod negari non possit quin ex huiusmodi fructuum perceptione furiosus per curatorem locupletior factus videatur, Quod vnum sufficit, vt teneatur ad eorum restitutionem, cùm ex postfacto appareat locupletatum eum fuisse ex hereditate aliena quod pugnat semper cum naturali æquitate, vulg. *l. nam hoc natura 14. De condic. indeb. l. iure natur. 206. De reg. iur.* Et quod furiosi nomine curator cauit de bonis omnibus substituto aut etiam cognato proximo restituendis tantò magis facere debet, vt in petitionem hereditatis fructus illi venire debeant, siue in restituendorum bonorum stipulatione comprehendi eos quis dixerit, siue non comprehendi. Cùm non idcirco fiat vt bis præstentur. Nec quod auctore Prætore fructus illi percepti sint ad rem facit, cùm non id egerit prætor vt furiosum dominum faceret, aut possessorem. Neque rursum interest an furiosus per se, an per curatorē suum factus sit locupletior. Non alij tamen fructus in hanc actionem venient quàm ex quibus locupletior factus est, quia licet bonæ fidei possessor fuisse dici non possit qui ne quidem possessor fuit, bona fide tamen fructus percepit cùm eos prætore auctore perceperit, *d. l. qui auctore*, neque ratio vlla est cur prædoni potiùs comparari debeat ob id quod numquam probabilem causam habuerit, aut ipse, aut curator ipsius existimandi eam hereditatem ad se pertinere quam constabat nec delatam ei adhuc fuisse, nec vnquam delatum iri quandiu furor perseueraret: Ex quo potissimum bona fides æstimari solet, vt constat ex verbis illis Senatusconsulti *Si qui se*

heredes

heredes existimassent, *lege item veniunt* 20. *§. præter hac*, *& § hac adversus sup.* Sufficit enim ad bonam fidem hac parte pro furioso inducendam vt spes aliqua fuerit quæ nunquam omnino intercidit futuræ resipiscentiæ, & deferendæ furioso in eum casum hereditatis, vtique spem illam Prætor probabilem habuerit cùm curatori furiosi decretalem & temporariam possessionem interim dedit. Sequitur apud Papinianum

a *Exceptis videlicet impensis.* Totum hunc versiculũ Triboniani esse nõ Papiniani scribit & ex stylo agnoscit Cuiacius cum quo & ego sentio. Nec tamen nego hanc Triboniani adiectionem bonum habere sensum. Ita enim restituendi sunt fructus ab herede furiosi vt tamen sumptuum quos furiosi curator in res hereditarias aut necessariè aut vtiliter fecit ratio habeatur *l. plane* 38. vbi diximus *sup. hoc tit.* Illud tamen non abs re mirari quis possit Cur de necessariis tantùm & vtilibus impẽsis Tribonianus locutus sit, non etiam de voluptariis, Cùm proximè diximus furiosum hunc pro bonæ fidei possessore habendum, Possessor autem bonæ fidei etiam voluptarios sumptus deducat & per doli exceptionem retineat *d. l. plane.* Soli enim prædoni solet imputari cur in res quas sciebat alienas superuacuos sumptus fecerit. Sed tamen etiam curatori furiosi potest similiter imputari cur tales sumptus fecerit in eam rem quam sciebat posse aliquo casu inueniri alienam. Est enim hac parte vrin us quàm bonæ fidei possessor, quia nunquam existimauit absolutè rem esse furiosi, Et ita etiam benè Cuiacius. Sumpsit autem Tribonianus occasionem emendandæ huius legis ex noua Iustiniani cõstitutione quæ extat in *d. l. vlt. C. de curat. furios.* vbi sublata illa decretali bonorum possessione quæ olim erat necessaria, Itemque cautione illa & satisfactione quam Papinianus noster exigit in *d. l. vnic. De bonor. poss. furios. infant.* cõstituit quid obseruari velit in hereditate delata furioso siue is in furore decesserit siue resipuerit: & siue substitutus aliquis sit siue legitimus heres. Quæ omnia tam apertè Constitutionis verbis explicantur, vt non sint hîc pluribus explicanda. Illud amplius hîc ad Papinianum Tribonianus addidit Nõ tantùm impensas necessarias & vtiles à furiosi curatore factas deduci ex fructibus restituendis debere, sed etiam eas quæ ad alendum furiosum sub hac tamen adiectione, si non potuit curator aliunde & ex ipsius furiosi substantia ea alimenta præstare: Nam si potuit, nulla ratio est cur ex alienis bonis ali debuerit qui potuit ex suis, si non potuit igitur sumptus illi nõ repetuntur quod & ad Carbonianam bonorum possessionem trahit Cuiacius ex *dict. l. vltim. Cod. de Carbon. edict.* quæ tamen nec de alimentis, nec de eorum repetitione danda vel deneganda quicquam adiicit. Fateor tamen vtroque casu eandem vrgere rationem æquitatis, sed maiorem in furioso, quàm in filio qui suppositus dicitur & probatur, Nempe quia furioso deferri aliquo casu potuit hereditas & bonorum possessio, scilicet si resipiscere illum contingeret, At filio supposito neque delata est, neque deferri vnquam potuit.

§ 1 Fructuum post hereditatem petitam perceptorum vsuræ non præstantur. Diuersa ratio est eorum, qui antè actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt.

Ad §. 1. Fructuum.

Ratio dubitandi. Hereditas cùm sit nomen iuris & quidem vniuersalis, recipit semper augmentum & diminutionem, & potissimum augetur fructibus etiam perceptis ante litem contestatam *l. item veniunt* 20. *§. Fructus sup. hoc tit.* Quantò magis fructibus post litem contestatam perceptis? Non ergo debet adhiberi distinctio inter fructus perceptos ante & post litem contestatam, Præsertim quantum ad hoc vt fructuum ante litem contestatam perceptorum etiam vsuræ debeantur, aliorum non debeantur, Cùm litis contestatio meliorem facere debeat condicionem petitoris non deteriorem, Possessoris verò deteriorem, non meliorem *l. Latam* 19. *infr. De nouat. l. non solet* 86. *& seq. De regul. iur.*

Dec. Differentia hæc est inter fructus perceptos ante litem contestatam, & eos qui post litem contestatam percepti sunt quod qui ante, augent hereditatem & partem eius constituunt, ideoque cùm hereditas petitur hi quoque fructus petuntur non tanquam quid accessorium, sed tanquam pars hereditatis, & consequenter tanquam hereditas, quia quælibet pars hereditatis est hereditas, cùm partes omnes hereditatis sint homogeneæ & in iure consistant sicuti hereditas ipsa iuris est *l. prox. in princip. sup.* Vnde fit vt possint recipere accessiones vsurarum, scilicet si contingat eos vendi, Alioqui si eos fructus possessor in vsu habuit, eorum pretia sine vsuris restitui satis erit, vt Papinianus ratiocinatur in *lege cum qui* 18. *infr. De his quæ vt indig.* Et cùm tractamus de vsuris fructuum semper ponendum est fructus venditos fuisse: Nec enim vsuræ sunt fundorũ aut fructuum ex fundis collectorum, sed pecuniæ tantùm ex fundorum aut fructuũ venditionibus *l. 1. C. hoc tit.* Nec potest dici hoc casu fructuum vsuras esse accessiones accessionum quæ omni iure prohibitæ sunt non minùs quàm vsurarum vsuræ ne fiat anatocismus *l. vlt. C. de vsur. l. 2. §. si indemnitas ff. De adminis. rer. ad ciuit. pert.* Nam fructus isti ante litem contestatam percepti non sunt accessiones cùm sint pars hereditatis. Et quãuis accedant bonis defuncti quæ is mortis tempore reliquerat, (soli enim fructus qui in hereditate inueniri sunt mortis tempore in bonis defuncti cõputantur *l. centurio* 15. *in fin. De vulg. & pupill. subst.*) non tamen accedunt hereditati sed hereditatis partem nouam constituunt quoniam hereditas eadem est numero quæ per legem inducitur primo instanti post mortem patrisfamilias, & ea quæ proximo ante aditionem instanti reperitur, etsi quod potest vel aucta esse vel diminuta, Quid ergo prohibet quominùs fructus isti etiam à bonæ fidei possessore percepti & venditi vsuras pariant. Sed hoc tamen cum aliquo temperamento intelligi debet. Nam cùm bonæ fidei possessor non ad aliorum fructuum ante litem contestatam perceptorum teneatur quàm ex quibus locupletior factus *sit d. l. 1. d. sed etsi* 25. *§ consuluit sup. hoc tit.* con-

sentaneum est vt nec ad fructuum omnium quos percepit ac vendidit vsuras teneatur, sed ad eorum duntaxat ex quorum perceptione ac distractione locupletatus inueniatur, licèt non etiam illud exigamus, vt ex vsuris quoque fructuum locupletior factus sit. Nimirum quia nec ad huiusmodi vsuras fructuum eum condemnamus à quo tempore fructus ipsos perceperit & vendiderit, adeoque nec si à die venditionis locupletior factus proponatur, Sed tantùm ex eo die quo litem de hereditatis petitione contestatus fuit quod summopere notandum est ex *d. l. 1. C. hoc tit.* à quo tempore cùm malæ fidei possessor factus sit, incipit amittere priuilegium quod habuit anteà ne supra quàm locupletior exinde factus est, cōdemnetur *d. l. sed etsi 25. §. si ante supr. l. si homo 45. infr. De rei vindic.* At fructus qui post litem contestatam percepti, licèt ab eo quoque qui bonæ fidei possessor anteà fuit perinde atque ab alio quolibet malæ fidei possessore restituēdi sint, cùm à die cōtestationis, vt modò diximus malæ fidei possessor factus sit *l. neque 15. ꝫ. De vsur.* in illis verbis *quasi malæ fidei possessori.* In eo tamē diuersæ condicionis sunt ab illis quos vel prædo ante litē contestatam perceperit, quod accessiones sunt petitæ hereditatis. Cùm semel petita hereditas à quo tempore petita fuit nec augmentum recipere possit, nec diminutionem, quantum scilicet ad actionem propositam vel augendam vel minuendam, quia quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. infr. De vsur.* neque hæc formula actionis in rem per quam petitur hereditas *Hanc Titii hereditatem meam esse aio* fructus qui post petitionē percepti sunt potest comprehendere, qui scilicet cùm eo tempore nondum percepti essent, demonstrari pronomine illo demonstratiuo *hanc* non potuerunt. Itaque quamuis negari non possit quin hereditatem augeant cùm tantò plus in restitutionem hereditatis venturum sit, quantò plures fructus possessor post litem contestatam perceperit. Illud tamen fatendum est non augeri per eos hereditatem illam quę petita fuit quatenus petita est, & sub illa, vt ita dixerim, formalitate petitæ hereditatis. Et quod veniunt ij quoque in restitutionē non fit vi petitionis & actionis propositæ quod malè ad hūc locum sensit Accursius, sed officio tātùm iudicis vt disertè scriptū est in *d. l. neque* & in *l. Aediles 25. §. item sciendum est ꝫ. De ædilit. edict.* Atq; ita intelligi debet quod Papinianus scribit de fructibus ante contestatam litem perceptis *qui hereditatem auxerunt*, Petitam scilicet, & quatenus petita fuit, Ad differentiam nimirum fructuum post litē contestatam perceptorum qui augent quidem cōdemnationem sed nō petitionem hereditatis, nec proinde petitam hereditatem, vt fiat conuersio propositionis abstractæ in concretam. Et id est quod dici solet non posse videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset *l. nō potest 26. sup. De iudic.* Quæ res etiam facit vt omnia quæ post litem contestatam accidunt ad officium iudicis pertineant & ipsi committantur *d. §. item sciendum.* Nempe quia ad ius ipsum actionis iam anteà propositæ & per litis contestationē constitutæ pertinere nullomodo possunt. Cùm igitur hi fructus post litem contestatam percepti non nisi tanquam accessiones nec rursum nisi officio iudicis prestentur *§. 2. Instit. De offic. iudic.* Consequēs omnino est vt accessiones alias admittere nullas possint, ne accessiones accessionū dentur & cōmoda cōmodorū vt loquitur *d. §. si indemnitas.* Neque existimandum est deteriorem ob id fieri condicionem actoris per contestationem aduersus iuris regulas. Cùm ante litem contestatam fructus qui nondum percepti erant, nullo iure deberentur neque tanquam pars hereditatis, neque tanquam accessio. Ita demùm enim fieret deterior si ante contestationem debiti desineret esse debiti per contestationem quod non ita est *l. 3. in princip. l. lite 35. infr. De vsur.* Imò fit melior condicio huius petitoris per contestationem in eo quod fructuum ante litem contestatam perceptorum vsuræ quæ ante litem contestatam non debebantur, incipiunt deberi ex die contestationis, vt diximus ex *d. l. 1. C. hoc tit.* Nemo siquidem dixerit sicuti fructibus ante litem contestatam perceptis augetur hereditas, ita augeri eam vsuris, quas bonæ fidei possessor nūquam perceperit. Nam si percepisset vtique non dubitaremus, quin eas quoque restituere deberet tametsi vsuræ non tam natura quàm iure percipiātur, vt loquitur Papinianus noster in *l. si nauis 62. inf. De rei vindic.* id est ex possessoris negotiatione magis quàm ex hereditate ipsa aut ex rebus hereditatis. Etenim omne lucrum bonæ fidei possessori auferendum est post Senatusconsultum *l. post Senatusconsultum 28. supr.* Adeoque quod magis est vsurarum illarum vsuræ quoque aliæ fortassis deberentur post litem contestatam, quod ab eo tempore æquum sit possessorem quasi factum malæ fidei pręstare vsuras eorum omnium quæ veniūt in petitionem hereditatis, Nec possent videri hoc casu eiusmodi vsuræ accessiones esse quando & hereditatem & hereditatis petitionem auxissent. Exemplo fructuum, qui perinde atque vsuræ accessionum loco haberi solent, Non alia differentia nisi quòd fructus accessiones sunt naturales, Vsurę verò accessiones sunt ciuiles *d. l. si nauis.* Alioqui dicendum esset nec vsurarum quas possessor bonæ fidei ex pecunia hereditaria fœnerata ante litem contestatam perceperit, vsuras vllas ex contestationis die deberi, Quod sanè falsò diceretur cùm negari non possit quin iis vsuris licèt accessiones fuerint, aucta sit hereditas, cuius emolumentum totum quantum est petitori post litem contestatā restitui oporteat. Fuerunt enim accessiones quantum ad debitorem qui vsuras soluit, Sed non sunt accessiones quantum ad possessorem hereditatis qui eas percepit, quíque alio iure & ex propria persona hereditatis petitione postea conuenitur. Nec superioribus obstant quod scriptum est in *l. in fideicommissaria 18. inf. ad SC. Trebell.* In fideicommissaria hereditatis restitutione fructus non venire nisi ex die moræ propterea quod quoties rogatur quis hereditatem restituere, id tantùm videatur rogatus reddere quod fuit hereditatis: Fructus autem non hereditati, sed rebus hereditariis acceptò ferantur. Nam respondemus pertinere sententiam illam ad fructus ab herede rogato perceptos post aditam hereditatem, qui vtique partem hereditatis constituere ac hereditatem augere nō possunt, cùm hereditas desinat esse hereditas per aditionē fiatque patrimonium heredis *l. 1. infr. De separat.* At nos hîc tractamus de fructibus perceptis ab eo qui hereditatē vel nunquam adiit, vel adire saltem iure nunquam potuit, cùm verus heres nunquam fuerit, at nec delata ei nunquam sit hereditas quæ

proinde

proinde nunquam conuersa est in eius patrimonium, sed mălit semper hereditas, augmentum recipiens & diminutionem. Aliud igitur est tractare de fideicommissariæ hereditatis restitutione, Aliud verò de hereditatis petitione etiam fideicommissaria. De qua in *Tit. vlt. huius libri De fideic. hered. petit.* quæ vt in eo titulo scriptum est easdem omnino præstationes recipit quas & ciuilis & possessoria petitio hereditatis. Restitutio fit hereditatis iã aditæ per heredem rogatum contra quem restitutio ex SC. Trebelliano postulatur. Petitio autem fideicommissaria fit hereditatis & aditæ & restitutæ à vero herede, ideoque non instituitur nisi contra falsum heredem, qui heres neque vnquam fuit neque esse potuit. Et hæc quidem obtinent in persona bonæ fidei possessoris, de quo solo hæc lex loquitur, vt benè Accursius sentit: Non vt Cuiacius putat, de possessore simpliciter, vt etiam malæ fidei possessor in aliquibus comprehendatur. Nam in malæ fidei possessore omnia ferè sunt diuersa, Nisi in eo quod hic responderur contra bonæ fidei possessorem tanquam factum malæ fidei possessorem, vt scilicet ex die litis contestatæ ad vsuras teneatur fructuum antè litem contestatam perceptorum. Nam cùm non alia ratione id fiat quàm quòd is qui bonæ fidei possessor ab initio fuit ex eo tempore malæ fidei possessor effectus videatur. Nulla ratio est cur melior debeat esse causa prædonis quæ tamen esset melior si in hoc esset diuersa. Est sanè in eo quòd est deterior. Nam vsuras fructuum ante litem contestatam perceptorum debet prædo etiam ex die perceptionis, & pro toto eo tempore quod præcessit contestationem, quia non est expectandum vt contestatio in mala fide cõstituat eum, qui ab initio fuit prędo *l. eum qui 18. ff. De his quæ vt indign.* vbi Papinianus ita respondet ex iuris ratione generali, & quæ cõueniat omnibus prędonibus, & malę fidei possessoribus: Excipit tamen casum illum quo heres tacitam fidem in fraudem legum accommodauerit. Hic enim etsi prædonis loco est *l. prædonis 46. supr.* quia bonæ fidei possessor videri non potest qui possidet bona fisco vindicanda, non magis quàm si iam vindicata essent *d. l. eum qui* in illis verbis *exemplo bonorum fisco vindicatorũ.* Vt & ille qui testatoris sui necem inultam reliquit, de quo in *l. 1. C. eod. tit. De his quib. vt indign.* Attamen ex rescripto Seueri non tenetur ad vsuras preciorum redactorum ex fructibus ante litem contestatam perceptis, At neque quod magis est ad vsuras fructuum post contestationem perceptorum, & venditorum, ad quas tamen teneretur etiam is qui bonę fidei possessor ab initio fuisset, Sed ad ipsos fructus duntaxat, id est ad veram fructuum quos vendidit æstimationem non ad precium quod ex eorum venditione redegit. In quo deterior quidem est condicio huius heredis quàm si bonæ fidei possessor ab initio fuisset, quoniam eo casu fructus, quos ante litem contestatam percepisset ac vendidisset bona fide non cogeretur reddere, sed tantùm illa ipsa præcia quæ redegisset si modò illud etiam concurreret vt ex iis locupletior factus esset. Melior tamen est in eo quod nec post litem contestatam tenetur ad vsuras illorum fructuum ante contestationem perceptorum. Id enim est quod Papin. ait in *dict. l. eum qui, sine distinctione temporis.* Nec enim distinctio temporis in eo esse potest an fructus percepti sint ante litem contestatam an post cùm nec malæ fidei possessor alius quilibet teneatur ad vsuras fructuum post litem contestatam perceptorum & vẽditorum, Ne accessionis accessio detur vt diximus. Sed est distinctio temporis quantum ad cæteros in eo, quod alii etiam bonæ fidei possessores tenentur ex die contestationis ad vsuras fructuum ante litem contestatam perceptorum quasi malæ fidei exinde possessores. Hic verò quamuis ab initio malæ fidei possessor, ad eas vsuras non tenetur, ne quidem post litem contestatam. Quod Papinianus à Seuero ita decretũ fuisse ait *benignè*, id est ex mera æquitate contra meram iuris communis rationem. Sed cur benignè? An quia odium fisco hoc ius ab optimo Imperatore nõ tam extorsisse, quàm impetrasse videatur? Ita putat Cuiacius, solent enim & debent Principes optimi longè minùs fauere fisco suo, quàm priuato cuilibet ne auaritiæ notam incurrant, quam incurrere pudet etiam illos, qui auaritiam colunt, Sed si melior alia ratio adferri nulla posset, sequeretur idem ius obseruari debere in eo quoque qui testatoris sui necem vltus non fuisset, nam & hic perinde malæ fidei possessor est, nec bonæ fidei possessoris defensionem habet si non ignoratione facti deceptus sit, vt idem Papin. loquitur in *dict. l. heredẽ:* quia nõ videtur etiam ante illatam controuersiam bonæ fidei possessor fuisse is qui debitum officium pietatis sciens omisit *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* Et tamen hunc quoque teneri ex die motæ litis ad vsuras non tantùm preciorum ex bonis venditis redactorum, sed etiam fructuum aut in hereditate inuentorũ, aut exinde perceptorũ ante litẽ scilicet contestatam si venditi proponantur, rescripsit idẽ Imp. Seuerus cum Antonio in *d. l. 1.* Non igitur odio fisci solo aliud constituisse videtur in eo qui tacitam fidem accommodauit, sed alia quadam ratione, cùm & huic tanquam indigno hereditas auferatur, & fisco perinde vindicetur. Mihi probabilius aliquando videbatur separandum esse illum qui tacitam fidem in fraudem legum accommodauit, à prædonibus hactenus saltem vt melioris sit condicionis nec ad vsuras vllas fructuum vllo tempore condemnetur, Non solùm quia prædo non est, sed tantùm prædonis loco *d. l. prædonis sup.* quod diuersum & longè minus est, sicut & minus est heredis loco esse quàm heredem esse *§. restituta Inst. de action.* Verùm etiam quia hic qui tacitam fidem accommodauit defuncto vt ei qui ex legibus capere non poterat hereditatem restitueret, tantũ abest vt prædo sit vt imò verò sit plus quàm bonæ fidei possessor qui etiam dominus est cùm sit verè heres, quo nomine nihil nisi dominum significamus *§. vl. Inst. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. pater. ff. De castrens. pecul.* Nec enim posset ei hereditas auferri, quam non ipse priùs sibi acquisiuisset. Qui autem semel heres fuit posteà desinere heres esse nunquam potest *l. ei qui soluendo 88. ff. De hered. instit. l. ex facto. 43. §. vlt. ff. De vulg. & pupil. subst.* vbi additur ob hanc causam hunc ipsum de quo nunc agimus heredem manere tum quoque cùm iam ablata ei est per fiscum hereditas. Cùm itaque per aditionem fiat heres & dominus, Negari non potest quin fructus quos percipit ex hereditate suos faciat etiam quos percipit post litem contestatam tãquam quos percipiat iure non modò seminis sed etiam soli & domini *l. qui scit 25. §.*

1.*inf.de vsur.* quod in prædonibus diuersũ est *l.illud* 40. §. *prædo supr. hoc tit.* adeòque in bonę fidei possessoribus à quibus peti hereditas potest cùm titulum possessionis suæ verum nullum habeant, sed nudam bonam fidem ex eo natam quòd se heredes existimant cùm non sint, Alioqui si possessionis suæ titulum vel minimum haberent conueniri hereditatis petitione non possent *l. regulariter* 9. *& seqq. sup. hoc tit.* Minor igitur ratio est vt ad fructuũ quos suos fecerint vsuras teneantur, quàm si ex aliena hereditate percepissent. Tantaque mouenti sanè hæc ratio est vt neque ex rigore iuris vsurarũ condemnatio huic irroganda vlla videretur, nisi fraus quam aduersus leges commentus est hanc pœnam à legibus mereretur qui fraudem legibus facere voluit: Cæterùm neque bonæ fidei neque malæ fidei possessor dici propriè potest, qui plus quàm bonæ fidei possessor est cùm interim sit verè dominus quamuisque bona ipsi ablata sint, Atque ita iã scripsimus ad *l.itẽ veniũt* 20. §. *hac aduersus sup. hoc tit.* Sed ille mihi adhuc scrupulus superest quod video eadem omnia tractari posse in eo qui defuncti vindictam sciens insuper habuit & neglexit de quo in *d.l.heredẽ & d.l.1.* Is enim perinde & heres fit per aditionẽ, & heres manet postquàm bona etiam fisco vindicata sunt. Quò respicere videtur Papinianus noster in *d.l.heredẽ* in illis verbis *Decepiũ autẽ ignoratione facti bonæ fidei possessoris defensionẽ habiturũ.* Non ait heredẽ huiuc deceptũ ignoratione facti futurum bonæ fidei possessorem, quia bonæ fidei possessor dici nemo potest, nisi qui possessor tantùm est, & quidem bona fide, non is qui etiam verus heres & dominus est, solemúsque bonæ fidei possessorem eum dicere qui possessor tantùm est, non autem dominus & ad differentiam domini, licèt eum qui dominus est possessorem quoque esse nihil prohibeat. Sed ait *habiturum eum defensionem possessoris bonæ fidei*, vt significet eleganter suo more, Aliud esse Bonæ fidei possessorem esse aut dominum, Aliud verò bonæ fidei possessoris defensionem habere: Prior locutio exprimit ius tantùm possessoris Posterior verò effectum iuris: Nec nouum est vt ei quoque qui ius aliquod habeat, effectus tamen iuris ex iusta aliqua causa denegetur: Iusta verò causa in proposito illa est propter quam heres qui in vlciscenda defuncti nece fuit negligens, quamuis dominus sit, bonæ tamen fidei possessoris defensionem habere non debeat quia debitum pietatis officium sciens omisit, exindéque sciuit aut scire debuit possidere se hereditatem suam quidem, sed quam tamen fiscus ei auferre quandocunque possit, & quam ideò habere debeat pro iam ablata & vindicata cùm ipse in mora sit qui seipsum deferre vltrò deberet, vt fraudis suę pœnam aliqua ex parte euitaret, essetque ei tanti medicina confessio, Imò verò haberet præmium, quod ex edicto Diui Traiani datum est omnibus qui vel se, vel alium deferunt *l.1.l.edicto* 13. *& pass. ff. De iur. fisc.* Atque quod dicimus Heredem qui in vlciscenda defuncti nece cessauit bonæ fidei possessorem non esse; nec bonæ fidei possessoris defensionem habere, Idem scriptum est à Papiniano in *d.l.cum qui* de herede qui tacitam fidem defuncto accommodauit, Non esse illum bonæ fidei possessorem, Cùm tamen sit perinde verus heres & dominus. Quænam igitur diuersitatis ratio reddi potest, Cur hic non debeat à die litis contestatæ vsuras fructuum ante litem contestatam perceptorum, ille verò debeat? Hoc enim est quod explicandum fuit, & quod tamen nemo explicat. Puto dissimilitudinis rationem illam adferri posse, quod lõgè odiosior videatur is qui negligẽs est in vindicanda defuncti nece, quia sciens omittit debitum officium pietatis, quàm qui tacitam fidem defuncto accommodat de restituenda hereditate ei qui capere non potest, cùm hic fidem suam tacitam præstando pietatis, & charitatis officium quoddam potiùs impleat, & commiserationis, licèt malo illo consilio, vt fraudem legibus faciat quarum salua & sancta semper authoritas esse debet. Dignior igitur est hic cui contra fiscum faueatur ne ad fructuum vsuras teneatur, quàm qui defuncti necem non vindicauit. Is enim & leges ostendit, & prętereà pietatem. Addi etiam potest, quod imputandum ei est qui necem defuncti vltus non fuit, atque ita fisco locum aperuit cur nõ seipsum prior detulerit vt & fisco consuleret & sibi, quemadmodum diximus ex *d.l.1. & d.l. edicto de iur. fisc.* quod tamen non perindè imputari potest ei qui tacitum fideicommissum alij restituendum suscepit. Delationis namque præmium edicto Diui Traiani datum iis est qui aut seipsos aut alios deferunt. Hic verò nec seipsum defert, nec alium. Non seipsum, quia nunciat se non capere, non autem quod faciunt alii, se capere non posse *d.l.1. & d.l.edicto in princip. & pass.* atque ita de suo iure confitetur tantùm. Nec rursus videri potest alium deferre qui potiùs id tantùm agit, vt de iure suo confiteatur, vt eleganter & subtiliter ratiocinatur Paulus in *d.l.edicto §.cum ante.* Quod tamen Accursius ad eũ locum non videtur bene percepisse, cùm ait ad consequendum delationis præmium nihil referre an qui rogatus est de tacito fideicommisso, an verò fideicommissarius ipse, an denique extraneus detulerit dummodo & prior, & post apertas demùm tabulas. Nam cùm tractet ibi Paulus eum casum quo is qui rogatus erat incapaci hereditatem restituere hoc ipsum fisco nunciauerat ante apertum testamentum, Ait tamen nullo præmio dignam esse ipsius delationem, Non illa solùm ratione quã solam ponderat Accursius, quòd ante apertas tabulas facta esset ac nimis præcipiti festinatione, Sed illâ etiã quæ ab Accursio pretermittitur, quòd qui nunciat se non capere potiùs de iure suo confiteri quàm alium deferre videatur. Is verò qui se capere nõ posse profitetur, & seipsum defert, quoniam alioqui caperet quod capere non posset, ac prætereà defert alium qui tacitam fidem accommodauit vt incapaci hereditatem restitueret. Proinde non videtur edicto Traiani comprehensus ille qui tacitum fideicommissum suscepit, vt suæ delationis præmium aliquod consequatur. Tantóque minùs imputari ei potest cur non detulerit, Et satis in eo quod contra leges fecit punitur, cùm ei tanquam indigno hereditas auffertur, quam alioqui ob id lucraretur quòd fideicommissarius illam ab eo petere nunquam posset, Nec prætereà in eo quoque plectendus est vt si quas res hereditarias aut earum fructus vendiderit, etiam preciorum vsuras cõuentus à fisco petitione hereditatis præstare teneatur, si benignitatis majorem quàm stricti iuris rationem habere cum Seuero quis velit. Nam stricti iuris ratio ei proculdubio nocet, non minùs quàm illi qui necem defuncti nõ vindicauit. Sed illud magis mirum est, quod Seuerus in illa epistola quæ extat in *d.l.1.C.de his quib. vt indign.* (epist. eã enim

Digitized by Google

enim vocat Vlpian. in *l. itē veniunt 10. §. hac aduersus supr.*) patem fecerit condicionem illius cui tanquam indigno auffertur hereditas quòd necem defuncti vltus non sit, & cuiuslibet bonæ fidei possessoris, vt Vlpianus obseruat in *d. §. hac aduersus*. Meliurem verò etiam quàm bonæ fidei possessoris condicionem illius fecerit qui fidem suam tacitam accommodauit. Adeò enim non modò mirum sed etiam absurdum Vlpiano videtur in *d. § hac aduersus*, vt coactus sit epistolā Seueri restringere ad eum casum quo malæ fidei possessor distraxerit ex hereditate res tantùm steriles & inutiles quæ magis hereditatem onerabant quàm vt ei prodessent. Quæ tamen interpretatio, pace Vlpiani dixerim, durior sēper mihi visa est, quàm vt admitti à quoquam possit, Non solùm quòd sit planè commentitia cùm in tota lege nullum de rebus sterilibus verbum extet, sed etiam quòd in contrarium vrgeant verba illa indefinita quæ vniuersalibus æquipollent *ex hereditate autem rerum distractarum* sine distinctione illa rerū sterilium à fructuosis. Deinde quòd sequitur *vel a debitoribus accepta pecunia*, poteśtne obsecro distinctionem illā recipere de pecunia sterili & fructuosa? An fortè aliqua potest esse pecunia à debitoribus hereditariis exacta quæ sit hereditati onerosa, & magis onerosa quàm vtilis? Erranch etiam pecuniæ à debitoribus accepiæ ani exactæ vsuras deberi nō vult Seuerus ab herede cui tanquam indigno hereditas ob innliam defuncti necem ablata est, nisi à tempore litis contestatæ: quod ius commune est omnium bonæ fidei possessorum. Idemque tractari potest de fructibus tam qui in hereditate inuenti quàm qui exinde percepti sunt quorum vsuras quoque præstari vult Seuerus ex die tantùm litis contestatæ. Nam neque fructus etiam in sterilibus & hereditati onerosis rebus collecti onerosi possunt esse hereditati sed habent suam propriam vtilitatem ab omnibus hereditariis oneribus separatam *l. si fundus 13. infr. De reb. eor. qui sub tutel.* Nec eo minùs tamen ad eiusmodi fructuum vsuras condemnandus est is qui necis defuncti vindictam prosecutus non est. Itaque probabilius arbitror vt dicamus Triboniani esse potiùs quàm Vlpiani totam illam adiectionem *dict. § hac aduersus* ab illis verbis *Sed Imperator Seuerus* vsque ad finem §. Solet enim Tribonianus rescripta Principum anteriorum ad certos & speciales casus restricta pro generalibus habere & ad alios omnes casus extendere: quod in proposita specie ab eo factum est. Nam cùm Seuerus illa ad Celerem epistola locutus esset de eo tantùm herede, cui tanquam indigno fiscus hereditatem abstulisset, sic accepit eam Tribonianus acsi de quolibet malæ fidei possessore locuta esset, Eo prætextu quod heres ille indignus bonæ fidei possessor dici non possit, Nec animaduertit multò minùs posse illum propriè dici malæ fidei possessorē cùm hoc plus iuris habeat quàm is etiam qui bonæ fidei possessor sit quod verus heres est & dominus qui proinde fructus omnes quos percepit suos fecerit iure dominii quod nec bonæ fidei possessoribus concessum est. Multò minùs possessoribus hereditatis à quibus hereditas petitur qui possessionis suæ titulum, vt diximus, nullum habent. Magisque comparandus videtur hic heredi rogato hereditatem restituere. qui tamen in restituenda ea moram fecerit & interim fructus perceperit. Nam neque is heres malæ fidei possessor dici potest vt neque bonæ fidei possessor cùm verus heres sit & dominus, Nec eo minùs tamen ad fructuum quos percepit restitutionem tenetur ex die moræ *l. in fideicommissaria 18. §. ad SC. Trebell.* Nempe quòd licet dominus fuerit, non alia tamen quàm mala fide potest videri percepisse fructus ex ea re, & hereditate quam sciebat alii se restituere debere, Vt solemus dicere in quolibet bonæ fidei possessore de fructibus post litem contestatam perceptis, quoniam in actione ex testamento qualis illa est per quam fide commissum petitur, tantùm potest mora ad inducēdam accessionum præstationem vt & in omnibus bonæ fidei iudiciis quantum litis contestatio in strict. s *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Vnde etiā est quod eorum fructuum vsuras nullas fideicommissario heres præstat, non magis quàm fructuum post litem de hereditate contestatam perceptorū, quia debentur illi fructus tanquam accessiones non tanquam pars aliqua fideicommissi. Ergo in alio quolibet malæ fidei possessore qui præterea dominus non fuerit nihil Seuerus innouauit, Nec minus post epistolam illam quam anteà obtinet vt deterioris condicionis sit quàm bonæ fidei possessor, in hoc etiam vt teneatur ad vsuras preciorum ex die non litis contestatæ, vt bonæ fidei possessor, sed venditionis rerum, aut fructuum si petitor precia malit eligere quàm res ipsas venditas & ipsos fructus venditos petere, tametsi ante litem contestatam facta venditio sit, Cùm tamen hoc casu bonæ fidei possessor, neque ad corpora ipsa rerum & fructuum præstanda conueniri vnquam possit quæ bona fide vendidit, neque ad vsuras preciorum ex die venditionis sed tantùm ex die contestationis. In quo ipso etsi eadem ipsius condicio est quæ heredis indigni qui necem defuncti vltus non fuit, deterior verò quàm illius qui tacitam fidem accommodauit, quem diximus vsuras preciorum nullas debere ne quidem ex die contestationis, Nihil tamen in hoc absurdi est, cùm in herede indigno cætera non sint paria, quoniam verus heres & dominus est. Hactenus tamen ei non parcimus vt emolumentum omne quod ex hereditate consecutus est ei auferatur & fisco præstetur *l. cum quidam 17. §. in tacito infr. De vsur.* sed non vt quicquam præterea de suo id est fructuum vsuras præstare teneatur, quas ipse priùs non perceperit: Quod igitur circa epistolam Seueri ad Celerem commentus est Tribonianus vt restringi debeat ad res steriles venditas, non similiter aptari potest ad aliud rescriptum Seueri cuius meminit Papin. in *d. l. cum quis*, Vt malè ad hunc locum scripsit Cuiacius: Nec tamen eo admisso fiet vt par sit ratio illius qui necem defuncti vltus non est, & eius qui tacitum fideicommissum suscepit. Fuerunt ista tam multis explicanda ad tam multos iuris locos alioqui perobscuros explicandos, in quorum interpretatione videbamus non multò feliciorem fuisse Cuiacium quàm vulgares interpretes. Sunt verò ista iungenda iis quæ scripsimus ad *d. l. item veniunt 20. §. hac aduersus supr. hoc tit.*

52. HERMOGENIANVS libro secundo Iuris Epitomarum.

SI possessor ex hereditate inhonestos habuerit quæstus, hos etiam restituere cogetur: ne

honesta interpretatio non honesto quæstui lucrum possessori faciat.

Ad l. Si possessor 52.

Ratio dubitandi. Iudicium bonæ fidei nullam potest recipere præstationem quę sit contra bonos mores *l. generaliter 5. infr. De vsur.* Atqui petitio hereditatis bonæ fidei est *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* Est autem inhonesta præstatio & contra bonos mores quicquid ex inhonesto quæstu pendet, puta si quid ex furto vel ex alio maleficio quæsitum est *l. quod autem 53. inf. pro socio*, vbi ob hanc causam dicitur si tale quid ab vno ex sociis quæsitum est id in societatem non venire, quia delictorum turpis atque fœda communio sit. Ergo nec in petitionem hereditatis huiusmodi quæstus inhonesti venire debent.

Dec. Post Senatusconsultum quod de hereditatum petitionibus factum est omne lucrum possessori quoque bonæ fidei non minùs quàm prædoni auferendum est *l. post Senatusconsultum 28. sup. l. vtilia 55. infr. hoc tit.* Ergo etiàm inhonestus quæstus quem bonæ fidei possessor aut ex hereditate, aut per occasionem hereditatis fecerit ei extorquendus est per hanc actionem, Ne alioqui honesta interpretatio ex non honesto quæstu possessori lucrum adferat, vt eleganter hîc Hermogenianus scribit. Idem ferè de procuratore scriptum est in *l. qui proprio 46. §. procurator supr. De procurat.* quia neque ex mandato lucrum vllum penes procuratorem manere debet *l. qui proprio 46. §. procurator.* vbi dixi *sup. De procurator.* Iunge *l. quoties 16. in fin. infr. De iur. dot.*

53. PAVLVS libro decimo ad Sabinum.

NOn solùm ad æs alienum hereditarium exsoluendum necessaria alienatio possessori est, sed & si impensæ necessariæ in rem hereditariam factæ sunt à possessore, vel si mora perituræ, deterioresve futuræ erant.

Ad l. Non solum 53.

Ratio dubitandi. Quale quid est cùm petitur id est tempore litis contestatæ tale dari debet *l. 2. §. de vsur.* nec in possessoris arbitrio & potestate exinde esse potest vt petitam rem diminuat, nec si vsucapionem rei petitæ compleat post litem contestatam *l. si post acceptum 18. inf. De rei vendicat.* Ergo hereditatem petitam talem reddere possessor debet, qualis fuit saltem tempore litis contestatæ, id est nullis alienationibus imminutam. Sed neque post motam controuersiam licèt ante litem inchoatam. Parum enim quantum ad hoc refert vtrum mota sit tantùm controuersia an etiam lis contestata *l. item veniunt 20. §. hæc adhuc sus aliàs §. cæterum in fin. l. sed et si 25. §. si ante iure supr. hoc tit.* Proinde non videtur permittendum esse possessori etiam qui ab initio bonæ fidei fuerit, vt quicquam ex hereditate alienet post motam controuersiam, Ne ex necessaria quidem causa cùm possit ei imputari cur ab eo tempore hereditatem quam scire incipit ad se non pertinere alteri non restituat, malitiáque in eam necessitatem se coniecere vt alienationes facere cogatur siue ad soluendum æs alienū siue ad necessarias impensas faciendas aut ad alimenta seruis hereditariis præstanda. Non enim succurri ei solet qui seipsum in necessitatem coniecit *l. 2. §. vim fluminis verf. si quis tamen sup. si quis cautian.* Deinde cùm alienatio fieri nulla possit nisi per translationem dominii *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. De verb. signific.* Quomodo fieri obsecro potest vt possessor etiam bonæ fidei alienando, etiam ex causa iusta & necessaria transferat dominium quod non habet *l. traditio 20. De acquir. rer. domin. l. si ego 9. §. si res infr. De iur. dot.*

Dec. Non debet possessor bonæ fidei prætextu motæ controuersiæ aut litis contestatæ cogi ius suum indefensum temerè relinquere *l. illud 40. supr.* cùm sola contestatio non possit facere vt se malam causam habere putet. Interim ergo si qua emergat causa alienationis necessariæ siue ad dimittendos creditores hereditarios qui fortè vrgeant aut quibus pecunia sub fœnore debeatur, aut si quæ impensa facienda sit in ædes hereditarias alioqui ruituras, aut ad alendos seruos hereditarios ne fame pereant & alia huiusmodi casibus si qui similes sunt, non est deneganda possessori bonæ fidei facultas alienandi. Cùm ea res non tam ad possessoris quàm ad ipsius hereditatis causam & vtilitatem spectet. Semper enim alienationes necessariæ excipiuntur cùm non possit non esse iustum quod est necessarium *l. alienationes 13. infr. Famil. ercisc. l. filiusfamilias 1. §. Diui 2. in fin. De legat. 1. l. peto 69. §. prædiū De leg. 2.* Sed Prætoris decreto in eam rem opus erit *l. Diuus 5. supr.* sicut & cùm heres institutus deliberat de adeunda hereditate necdum heres factus est per aditionem *l. aut Prætor 7. §. vlt. infr. De iur. delib.* Vt factum prætoris suppleat factum & voluntatem petitoris eiusdemque veri heredis, Quomodo aliàs plerumque accidit vt in vicè iustæ obligationis succedat authoritas iubentis *l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit l. si ob causam 13. C. de condict.* Adeoque vt factum hominis sola iuris & legis potestate repræsentetur *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.*

54. IVLIANVS libro sexto Digestorum.

EI, qui partes hereditarias, vel totam à fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam vniuersa bona persequatur: quemadmodum ei, cui ex Trebelliano senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.

Ad l. Ei, qui partes 54.

Ratio dubitandi. Qui à fisco siue totam hereditatem, siue partem hereditatis mercatus est, non ideò tamen heres est, vt nec alius quilibet emptor hereditatis. Nec fieri meritò à vero herede, quoniam hereditatem vendere nemo potest nisi quam sibi iam acquisiuerit. Quia autem semel heres est semper heres perseuerat *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. ex qui soluendo 88. de hered. instit.* Multò minùs dici heres potest is qui emit à fisco. Neque enim fiscus heres fit cùm auffert hereditatem indigno, sed vindicat tantùm bona *l. 1. & pass. de iur. fisc. l. hered. in 17.*

l. cum

l. cum qui 18. De his quæ vt indign. quandoquidem heres cui ablata sunt bona non eo minùs heres manet, *l. ex facto 43. §. vlt. infr. De vulg. & pupill. substit.* Ergo qui emit à fisco non potest habere petitionem hereditatis, quæ non alij quàm vero heredi competit: Et enim huius actionis hæc formula, *Hanc hereditatem meam esse aio* quam vsurpare non potest is qui iure ciuili heres non est. Et ideò in hac actione pronunciari solet Hereditatem petitoris esse vel non esse, *l. si inter 15. infr. De excep. rei iudic.*

Dec. Qui emit hereditatem à vero herede licèt non fiat heres, heredis tamen loco est, *leg. 2. § cum quis infr. De hered. vel act. vendit.* Qui autem emit à fisco quoniam fiscus ipse heres non est, neque heres, neque heredis loco esse potest. Fisci tamen loco est, sicut alius emptor quilibet succedit in locum venditoris, Et consequenter æquum est dari ei actionem per quam non tam hereditatem ipsam quàm bona hereditatis fisco vindicata persequatur, Non enim fiscus hereditatem aufert indigno vel vindicat sed bona tantùm, & quidem deducto ære alieno, *leg. 1. §. an bona l. non possunt 11. infr. De iur. fisc.* Cùm tamen in hereditate etiam æris alieni incommoda contineantur. Hinc igitur qui à fisco emit, non petitio hereditatis directa competere potest, sed vtilis tantum per quam emptor vniuersa bona persequatur. Sicut euenit cùm is cui ex Trebelliano restituta est hereditas petit hereditatem à possessoribus. Nam neque hic heres est sed tantùm heredis loco, *l. 1. & 2. infr. ad SC. Treb.* quia is qui hereditatem restituit heres manet post restitutionem *§. restituta. Inst. de fideic. hered.* Nec eo minùs tamen habet petitionem hereditatis non quidem directam, sed vtilem quæ speciali nomine fideicommissaria appellatur. De qua iu *Tit. De fideic. hered. petit. infr.* Ergo & ad illius exemplum dabitur & huic petitio hereditatis non fideicommissaria, sed vtilis, tamen per quam sicut per fideicommissariam actor persequitur non hereditatem, sed bona quæ fuerunt aliquando hereditatis, & quę per aditionem desierunt esse hereditas factáque sunt patrimonium heredis, & exinde vel fisci vel fideicommissarij *leg. in fideicommissaria 18. vers. quoties infr. ad SC. Trebell. l. 1. De separat.* In quam petitionem hereditatis vtilem siue fideicommissario detur, siue ei, qui à fisco emit, Ideò autem sic loquitur Iulianus, *non est iniquum dari actionem*, vt significet actionem hanc non competere ipso iure, sed dari ex æquitate quod commune est omnibus actionibus vtilibus, vt scilicet numquam competant, sed semper dentur ex æquitate, Et addit *per quam vniuersa bona persequatur*, vt intelligamus non esse hanc propriè petitionem hereditatis, sed potiùs persecutionem bonorum quæ proinde actionis nomen generale potiùs quàm speciale petitionis hereditatis nomen meretur. Habet tamen eundem effectum quandoquidem bonorum hereditariorum omnium vniuersitatem persequitur, *l. item videndum 18. §. vltim. & l. sequ. supr.* Neque verò vtiles actiones à directis differunt effectu & potestate, sed tantùm iuris ratione, *l. actio 47. supr. De negot. gest.* An verò is qui à fisco emit hereditatem perinde conueniri possit vtili petitione hereditatis, alia quæstio est de qua diximus in *l. nec vllam 13. aliàs l. etiam §. item si quis à fisco supr. hoc tit.*

1 § Heres debitoris id, quod defunctus pignori dederat, quin hereditatem petendo consequi possit, dubium non est.

Ad §. 1. Heres debitoris.

Ratio dubitandi. Hereditatis petitio non datur contra titulo possidentem sed contra eum duntaxat, qui vel pro herede possidet vel pro possessore, *l. regulariter 9. supr. hoc tit. l. cogi 16. C. eod.* Atqui creditor cui pignus datum est à defuncto nec pro herede nec pro possessore possidet, sed pro creditore qui iustus est titulus iustam præbens possidendi causam ita vt præterquam ad vsucapiendum creditor quod ad cætera omnia verè possidere intelligatur, *l. serui 16. inf. De vsucap.* ita vt etiam fructus suos faciat tanquam quos percipiat ex debitoris eiusdemque domini voluntate quamuis eos postea in sortem imputare cogatur si antichresis contracta non fit, *l. 1. 2. & pass. C. de pigner. act. l. si ea pactione 14. C. de vsur.* Ergo non potest pignoris nomine conueniri creditor petitione hereditatis.

Dec. Petitio hereditatis competit aduersus quemlibet possidentem aliquam rem hereditariam vel minimam si eam nullo titulo possideat, *l. licèt minimam 10. supr. hoc tit.* Atqui in hoc numero est creditor qui rem hereditariam possidet pignori datam sibi à defuncto, postquàm scilicet debitum ei omne solutum est siue à defuncto solutum fuerit siue ab herede. Exindéque competit pignoratitia tanquam soluto pignore per debiti solutionem, *l. si rem 9. §. omnis pecunia 3. De pignor. act.* Ergo & petitione hereditatis conueniri potest etiamsi heredem se non contendat, quia possidet si non pro herede tamen pro possessore. Nec quicquam vetat petitionem hereditatis contra eum dari contra quem etiam specialior alia actio competeret. Dummodò possessor qui conuenitur nullo titulo possessionem suam tueatur. Ergo quandiu debitum solutum non est, non poterit creditor pignoratitius petitione hereditatis conueniri.

2 § Cùm prædia vrbana, & rustica, negligentia possessorum, peiora sint facta, veluti quia vineæ, pomaria, horti extra consuetudinem patrisfamilias defuncti culta sunt: litis æstimationem earum rerum, quanto peiores sint factæ, possessores pati debent.

Ad §. 2. Cum prædia.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor qui rem hereditariam quasi suam neglexit, nulli querelæ subiectus est ante petitam hereditatem cùm se putet abuti re sua *l. si quid possessor 31. § sicut iunct. l.* sed etsi 25. § *consuluit supr. hoc tit.* Ergo siue prædia hereditaria inculta reliquerit siue malè & extra consuetudinem patrisfamilias defuncti coluerit, atque ita prædia peiora facta sint nullam eo nomine litis æstimationem pati debet.

Dec. In possessore quidem bonæ fidei id obtinet, At non etiã in prædonibus & malæ fidei possessoribus, Inter quos etiã bonæ fidei possessor est post litem contestatam, adeoque post motam de hereditate controuersiam, *dict. l. sed etsi 25. § si ante supr. l. si homo 45. infr. D. rei vindic.* Iulianus autem hoc loco non nisi de malæ fidei possessoribus loquitur, vt benè Accursius interpretatur: Idque ex verbis etiam quibus vtitur conijci subtiliter potest. Non enim de hereditatis possessore loquitur in numero singulari, sed de prædiorum hereditariorum possessoribus in plurali, Quæ locutio non aliis conuenire potest quàm iis qui possident pro possessore non etiam iis qui pro herede. Bonæ fidei namque possessor hereditatis dici non potest nisi qui possidet pro herede cùm putet se heredem licèt falsò: Vix autem est vt plures putent se falsò heredes, Nisi poneres in testamento inutili plures scriptos fuisse aut ab intestato plures eiusdem gradus agnatos, & æquè proximos. Quo tamen casu omnes pro vno habentur, adeóque pro vno quodammodo possessore, cùm vnam eandémque hereditatem possideant, quemadmodum è contrario plures petitores hereditatis etiam vnius loco habentur, vt singuli aduersus omnes possessores agere debeant, *leg. 1. § quinimo infr. tit. prox.* At plurium prædiorum possessores destinati esse non possunt qui conueniuntur petitione hereditatis quin pro possessore possideant. Cùm necessariò supponendum sit eos possessionis suæ titulum nullum habere, & interrogatos quare possideant nihil aliud respondere posse, quàm quia possident, *l. qui interrogatus 12. sup.* Alioquin si proprio aliquo possessionis suæ titulo munirentur, hereditatis petitione conueniri non possent. Quã igitur bonam fidem possunt obtendere qui nec se heredes esse existimant, & possessionis suæ titulum se nullum habere sciunt?

55. IVLIANVS libro sexagensimo Digestorum.

EVicta hereditate, bonæ fidei possessor, quod lege Aquilia exegisset, non simplum, sed duplum restituet, lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.

Ad l. Euicta hereditate 55.

Ratio dubitandi. Satis abundéque consulitur petitori præsertim contra bonæ fidei possessorem de quo hæc lex loquitur, si iubeatur possessor petitori reddere quicquid ex hereditate consecutus est, Nec præterea id agere petitor debet vt ex persona factóque possessoris locupletiorem hereditatem consequatur, *l. at vbi 24. supr. hoc titul.* Ergo si possessor bonæ fidei ob seruum hereditarium vulneratum aut occisum lege Aquilia egerit & duplum consecutus sufficere debet petitori vt simplum ei reddatur nec duplum ipsi præstari necesse est.

Dec. Lucrum omne post Senatusconsultum etiam bonæ fidei possessori auferendum est, *lege post Senatusconsultum 28. supr.* Satis enim ipsi esse debet vt in damno non versetur, nec illud etiam exigere debet vt ex aliena hereditate lucrum aliquod sentiat aut retineat, *lege si possessor 51. supr.* Lucrum, inquam, ex eo quod propter hereditatem accesserit, vt Iulianus hic loquitur. Tale autem est lucrum dupli quod possessor consecutus sit ab eo contra quem egit lege Aquilia, Cùm legi Aquiliæ locum illud fecerit quod seruus hereditarius aut vulneratus aut occisus fuit. Denique sufficit prouenisse lucrum occasione hereditatis. arg. *l. debitor 59. § vltim. infr. ad SC. Trebell.* Duplum igitur non simplum reddere petitori debet. Quidni verò cùm si nondum egisset Aquilia, ipsam legis Aquiliæ actionem præstare ac reddere deberet, *leg. illud 40. § actiones supr.* Cur non igitur etiam id quod ex actione illa consecutus est. Planè si quid lucratus sit non tam propter hereditatem quàm propter iniuriam aliquam quæ ipsius personæ irrogata fuerit non cogetur id reddere, vt in *dict. leg. at vbi supr.* vbi dixi Simile quiddam scriptum est de marito qui propter euictionem rei dotalis duplum consecutus est, Vt duplum reddere dotis actione vxori debeat non simplum quamuis rem illam æstimatam & quasi venditam sibi acceperit, quia non simplex venditio illa fuit, sed dotis causa, *leg. quoties 16. De iur. dotal.*

56. AFRICANVS libro quarto Quæstionum.

CVm hereditas petita sit: eos fructus, quos possessor percepit, omnimodo restituendos, & si petitor eos percepturus non fuerat.

Ad l. Cùm hereditas 56.

Ratio dubitandi. Quod dicimus Post litem contestatam restituendos esse actori fructus & omnem causam non tantùm si in rem, sed etiam si in personam actum sit, *leg. præterea 20. inf. De rei vindic. l. 2. infr. De vsur.* non aliam rationem habet, quàm quia id omne percepturus fuerat actor, si accepti iudicij tempore res ei restituta fuisset, vt loquitur Caius in *dict. l. præterea.* Ergo satis esse debet petitori quod fructus omnes à possessore præsertim bonæ fidei consequatur, quos percipere ipse potuisset si restituta ei hereditas fuisset, nec præterea illos petere debet quos percipere non potuisset. Cur enim conqueratur si non habeat quod æquè non fuerat habiturus? Neque verò etiam in malæ fidei possessore aliud inspicere solemus cùm de fructibus æstimandis quæritur, nisi an petitor frui potuerit si ei possidere licuisset, *leg. sinemus 62. § 1. infr. De rei vindicat.* Cur ergo etiam bonæ fidei possessorem condemnemus, vt eos quoque fructus restituat, quos petitor ipse non possedisset, quamuis licuisset ei possidere.

Dec. Totum hoc ius non tam ex iure aut fauore petito-

re petito-

re petitoris profectum est,quàm ex non iure possessoris. Quia cùm hereditatis petitio non aduersus alium dari possit quàm aduersus eum qui possessionis suæ nullam illum habeat, vt toties diximus,nullo certè fauore dignus potest esse possessor quantumuis bonam fidem habeat nisi hactenus vt nullum ex possessione sua damnum sentire possit. Non etiam lucrum aliquod retinere debeat, vt diximus ad legem præcedentem. Non igitur inspiciendum est an petitor fructus omnes percipere potuerit quos possessor percepit, sed illud tantùm an possessor eos perceperit aut percipere potuerit. Nec enim existimandum est ob id minùs teneri possessorem malæ fidei quod aut nullos aut minores percipere potuerit. In quo numero erit etiam bonæ fidei possessor post litem contestatam, *l. sed etsi 25. § si ante sup. l. si homo 45. ff. De rei vindic.* Extra hunc casum non ad alios fructus restituendos tenetur bonæ fidei possessor quàm quos perceperit licèt plures percipere potuerit. Cùm ne quidem de perceptis teneatur nisi quatenus locupletior factus est, *dict. l. sed etsi 25. §. consuluit supr. l. 1. C. eod.* Quis verò fieri locupletior possit ex his fructibus, quos numquam perceperit. At malæ fidei possessor hereditatis tenetur etiam de non perceptis si eos percipere potuerit, dummodò honestè. Hoc enim addendum est quia non nisi valdè inuerecundè posset petitor imputare prædoni, cur non etiam inhonestos fructus perceperit puta ex lupanaribus aut ex ancillarum hereditariarum prostitutione, Cùm ne quidem facere posse quisquam credendus sit quod honestè facere nequeat, *l. filius 15. infr. De condit. instit.* Quæ tamen distinctio non cadit in fructus perceptos, An scilicet honestè, an inhonestè percepti sint. Non enim quærendum est an percipi iure potuerint quando percepti sint. Perceptio siquidem facti est non iuris, Nec æquum est vt inhonestos fructus perceptos lucretur possessor qui nec lucrari posset eos quos honestè percepisset. Et hæc quidem in hereditatis petitione obtinent. At in rei vindicatione quæ datur etiam contra titulo possidentem, videtur esse aliquid diuersum, Etiam quod ad malæ fidei possessorem pertinet, qui certè nullo quidem fauore dignus est, ne tum quoque cùm titulum aliquem habet, (quid enim prodesse titulus potest ei qui malam fidem habeat, nisi vt in quibusdam faciat cōditionem eius deteriorem quàm prædonis, quemadmodùm ex iis quæ supra scripsimus De fructuum in alienam rem factorum repetitione intelligi potest) sed tamen non ad alios fructus teneri potest quàm quos petitor percipere potuisset, *dict. l. si nauis §. vlt.* quantum verò ad bonæ fidei possessorem, vt scilicet non alios fructus restituere teneatur etiam ex quibus locupletior factus sit & quos ante litem contestatam perceperit quàm quos petitor percipere potuisset si accepti iudicij tempore restituta ei res fuisset. In quo numero nunquam sunt qui honestè percipi non potuerunt, & quos nulla fronte possit petitor dicere se fuisse percepturum. Non enim possunt nisi turpiter peti, qui non nisi inhonestè potuerunt percipi, Et in pari causa turpitudinis potior debet esse condicio possidentis, *l. penult. inf. De condict. ob turp. caus.* Quæ ratio etiam facere proculdubio deberet, vt in petitione quoque hereditatis idem dicendum esset, nisi obstaret authoritas senatusconsulti quo factum est vt omne lucrum etiam inhonestum possessori cuilibet quantumuis bonæ fidei extorquendum sit, *l. post Senatusconsultum 28. l. si possessor 52. supr.* Ergo & de inhonestis fructibus à bonæ fidei possessore post litem quoque contestatam perceptis idem probandum erit, quia de specialibus in rem actionibus nullum Senatusconsultum extat quod lucrum omne auferat possessori. Aliud est in actione redhibitoria in qua id etiam reddendum est quod actor percipere & consequi non potuisset, *l. cùm autem 23. §. vltim. inf. De aedilit. edict.*

57. NERATIVS libro 7. Membranarum.

CVm idem eandem hereditatem aduersus duos defendit, & secundum alterum ex his iudicatum est, quæri solet, vtrum perinde ei hereditatem restitui oporteat, atque oporteret, si aduersus alium defensa non esset: vt scilicet, si mox & secundùm alium fuerit iudicatum absoluatur is, cum quo actum est, quia neque possideat, neque dolo malo fecerit, quo minùs possideret, quo iudicio reuictus restituerit: an, quia possit & secundum alium iudicari, non aliter restituere debeat, quàm si cautum ei fuerit, quòd aduersus alium eandem hereditatem defendit. Sed melius est, officio iudicis, cautione, vel satisdatione victo mederi: cùm & res salua sit ei, qui in exsecutione tardior venit, aduersus priorem victorem.

Ad l. Cùm idem 57.

Ratio dubitandi. Cùm quis petitione hereditatis conuenitur à duobus eiusdem hereditatis nomine & ab vno ex iis victus est ante sententiam pro alio vel contra alium dictam, nihil videtur possessoris interesse qualis aduersus alium feratur sententia. Nam vel alius ille succumbet, & ab hereditatis petitione summonebitur quod probabilius sperari potest, vt præsumatur pro sententia cùm non possit eadem hereditas ad duos in solidum pertinere, *l. si inter 12. infr. De except. rei iudic.* Vel obtinebit Priore casu nihil erit quod possessor posteriori actori restituere debeat, qui à petitione sua repulsus erit. Posteriore verò casu licet pronuncietur hereditatem secundi petitoris esse, nihil tamen erit quod restituere possessor debeat, aut propter quod non restitutum condemnandus sit, quia scilicet rei iudicandæ tempore neque possidere reperietur, neque dolo desisse possidere cùm ex sententia & authoritate iudicis priori victori hereditatem iam restituerit. Quis enim nescit Dolo non facere illum qui iussu iudicis facit cùm parere habeat necesse, *l. non videntur 167. §. 1. De regul. iur.* Et iniquum esse, impunè non soluere illum quem prætor aut iudex cogat ad solutionem, *lege quod autem 6. §. apud Labeonem.*

infr. quæ in fraud. credit. Constat autem petitione hereditatis non posse condemnari eum, qui rei iudicandæ tempore nihil possideat hereditarium tametsi possideret tempore litis contestatæ si non ab eo tempore dolo malo desierit possidere, *leg. si quo tempore* 41. vbi dixi *supr. hoc tit.* Nihil ergo causæ est cur debeat possessor hereditatem priori victori restituere nulla ab eo exacta siue satisdatione siue etiam nuda cautione, Cùm nemo supervacua cautione debeat onerari, *l. hæc stipulatio* 14. §. 1. *infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat l. non cogendum* 45. *in fin. supr. De procurat.*

Dec. Is qui hereditatem aduersus plures defendit, & litem cum pluribus de ea iam contestatus est (de hoc enim lex hæc loquitur, non de illo qui vni condemnatus sit antequam ab alio inquietaretur) nihil exinde facere potest aut debet quod alterutrius aduersarij ius possit lædere, quia per contestationem ius actoris in tuto collocatur, *leg. 1. supr. de fer. l. si post acceptum* 18. *inf. De rei vin. l. dolo* 41. *inf. ad leg. falc.* Ergo etiamsi maximè pronuncietur hereditatem eius esse qui prior & ad iudicium prouocauit, & ad sententiam peruenit, antequàm tamen eam restituat ius habet petendi à iudice qui iudicati executionem vrgebit, vt iubeat caueri tibi adeoq; satisdari per victorem de hereditate aduersus alium aduersarium defendenda, Non vt aduersario consulat quod malè putat Bartolus, sed potius vt sibi prospiciat aduersus incommoda peragendæ litis iam institutæ ob impensas & vexationes sine quibus expediri vel minima lis nulla potest. Itemq; ne quid dolo fecisse videatur, *d. l. dolo*, Scilicet cùm ante sententiã mota fuit etiam ab alio controuersia quæ species est huius legis. Nam si post sententiam latam superueniat nouus aduersarius difficilius est vt ob id executio differatur si non ille possideat. Vt tamen dicam quod sentio, mihi valde hic locus suspectus est videturq; sapere Tribonianum ab illis potissimùm verbis *sed melius est*. Nam & verba ipsa parum elegantia Triboniani manum hic ipsi produnt, & sententia non valde congruit cum ratione iuris, quia proculdubio securus esset possessor qui iubente iudice hereditatẽ priori victori restituisset. Saluo iure posterioris actoris aduersus priorem, si tamen exposuisset iudici motam sibi ab alio eiusdem hereditatis controuersiam, Alioqui dolo non carere videretur, vt bene hic ducet Bart. ex *d. l. dolo* 41. *inf. ad leg. falc.* iunct. *l. ait prætor.* 7. §. *permittitur sup. de minor.* Dũmodò sciamus non benè iudicem suo officio fungi si de hereditate à duobus simul quidem tempore, sed ex diuerso iure petita cum vno ex iis tantùm inaudito altero pronunciet. Debet enim vtraq; lis iungi, vt loquuntur pragmatici, eodémq; iudicio terminari ne vel præiudicium vni actioni fiat per sententiam cum alio redditam, vel contrarietas aliqua sequatur rerum iudicatarum quæ semper cauenda & fugienda est, *l. singulis* 6. *ĵ. de excep. rei iud.* iunct. *l. nulli* 10. *C. de iudic.* Nimirum cùm apud eundem iudicem vtraque lis tractatur, aut cùm apud duos quidem sed quorum vnus sit superior altero, Tunc enim lis ab inferiore euocanda est ad superiorem si modò ius euocandi habeat quod non nisi supremo magistratui apud nos licet. Et eo iure in praxi hodie vtimur, Melius enim est sustineri ac differri iudicium per aliquod tẽpus vt de vtriusq; actoris simul & possessoris iure pronũcietur. Simile quid scriptũ est in *l. si a quo* 57. *ĵ. de rei vind.* vbi dicemus.

58. SCAEVOLA libro tertio Digestorum.

FIlius à patre emancipatus, secundum condicionem testamenti matris adiit hereditatem: quam pater, antequam filium emanciparet, possedit, fructúsque ex ea possedit: sed erogationem in honorem filij, cùm esset senator, fecit ex ea. Quæsitum est, cùm paratus sit pater restituere hereditatem, habita ratione eorum, quæ in eum erogauit, an filius nihilo minùs perseuerans petere hereditatem, doli mali exceptione summoueri possit. Respondi, & si non exciperetur, satis per officium iudicis consuli.

Ad l. Filius vlt.

Ratio dubitandi. Quæ pater filio emancipato etiam studiorum causa peregrè agenti subministrauit, si non credendi animo pater misisse probetur, præsumendus est ex pietatis officio potiùs subministrasse, Ideóq; nec repetitionem vllam eorum habet, nec in eam portionem quam ex bonis paternis filius habere debet eos sumptus computari æquitatis ratio patitur, *l. quæ pater* 50. *inf. famil. ercisc. l. Nesennius* 34. *vers. præterea sup. De neg. gest. l. 1. C. eod.* Multò igitur minùs reperi poterit aut imputari filio quod pater in ipsius honorem & ob aliquam dignitatem erogauerit. Præcipuum enim id habere semper debet propter dignitatis onera quæ ad eum solum pertinent, vt eleganter Papin. tractat in *l. 1. §. sed nec castrense infr. de collat. bonor.*

Dec. Tum demum hoc verè dicitur cùm patrem de suo id erogasse constat. Sed si aliunde bona aliqua filius habeat, credendus in dubio est pater ex bonis filij potiùs quàm ex suis erogasse, *d. l. Nesennius*, Siue quòd præsumptio donationis odiosa sit & improbabilis, nisi cùm alia donatio præcedit quæ posterioris coniecturam aliquam possit inducere, vt in *l. si verò* 12. §. *vnde Papinianus quærit inf. mand. tit.* cùm nemo suum iactare & perdere velle videatur, *l. cùm de indebito* 25. *infr. De prob.* donare autem sit perdere, *l. filiusfamilias* 7. §. 1. *infr. De don.* siue quod de suo quisque sibi & alimenta & dignitates quærere debeat non de alieno, *l. vl. C. de alim. pup. præst.* Cùm igitur in huius legis specie pater in honorem filij erogasset, haberétque filius emancipatus bona matris quæ filium heredem instituerat sub illa vulgari condicione *si a patre emanciparetur*. Quidni credamus patrem ex bonis filij sui potiùs quàm ex suis proprijs erogasse quicquid impendit? Proinde si filio post emancipationem quandocunque maternam hereditatem petenti velit pater repudiare & imputare sumptus illos dignitatis, audiendus est, quos, & alius quilibet per negotiorum gestorum actionem repetere posset, *l. quæ vtiliter* 45. *in princip. supr. De neg. gest.* Nec tantùm si per exceptionem sibi prospiciat pater, sed etiam mero iudicis officio nulla quoque opposita exceptione, Cùm in omnibus bonæ fidei iudiciis quale est petitionis hereditatis, *l. vlt. in fin. C. hoc tit.* ad officium iudicis omnia pertineant, quæ sunt ex æquitate. Vnde est quod solemus dicere bonæ fidei iudiciis exceptiones doli & pacti,

& alias

& alias huiusmodi iure ipso inesse, *leg. sed si ideò 21. infr. solut. matrim. leg. huiusmodi 54. 9. quæ seruum De legat. 1. leg. plane 37.* in illis verbis *nam nec doli exceptio desideratur*, *supr. hoc titul.* Quod non satis animaduersum à nostris interpretibus videtur, qui tanta contentione disputant ad hanc legem Vtrum possit iudex supplere ex officio suo exceptionem reo competentem nec ab ipso oppositam, Et in varias distracti sententias non obseruant distinctionem illam quæ à prudentibus fieri solet iudiciorum bonæ fidei & stricti iuris eo arbitrariorum. Nam in strictis & arbitrariis necessariò est opponenda exceptio, & ponenda in formula, Alioqui non potest suppleri per iudicem qui addictus est formulæ tanquam glebæ, In iudiciis verò bonæ fidei secus est propter illa verba formulæ *ex fide bona* quæ sicut pro eo accipiebantur ac si scriptum esset *ex æquitate*. Ita exceptiones omnes vi & potestate sua continebant, cùm omnes ex æquitate proficiscuntur. Quod à nobis tam sæpe alibi inculcatum est, vt hîc repetere non sit necesse.

SI PARS HEREDITATIS PETATVR.

TITVLVS IIII.

VLPIANVS libro 5. ad Edictum.

POST actionem [a] quam proposuit prætor ei, qui ad se solum hereditatem pertinere contendit, consequens fuit & ei proponere, qui partem hereditatis petit.

Ad l. Post actionem 1.

a *Post actionem.* Ratio dubitandi. Petitio hereditatis de qua dictum est titulo præcedente ciuilis actio est non prætoria, cùm ex Senatusconsulto inducta videatur, de quo in *leg. item veniunt 20. §. præter hæc supr. tit. prox.* Quid ergo est quod hîc dicitur, propositam esse à prætore actionem ei qui ad se solum hereditatem pertinere contendit?

Dec. Prætoris est dare actiones omnes tam ciuiles, quàm prætorias, ob eámque causam dicitur esse viua vox iuris ciuilis, *l. nam & ipsum 8. De iustit. & iur.* déque omnibus illis actionibus tam ciuilibus, quàm prætoriis edictum perpetuum conscriptum est à Iuliano cuius interpretationem ex ordine peregerunt Iureconsulti qui ad Edictum scripserunt inter quos præcipui Vlpianus & Paulus. Inter cæteras igitur actiones proposuit prætor petitionem hereditatis ordinariam & ciuilem, & quidem post propositam actionem De inofficioso, quæ ipsa etiam ciuilis actio est, Quemadmodum & post propositas omnes petitiones hereditatis ordinariam scilicet ac ciuilem de qua in præcedente & hoc titulo itémque possessoriam & fideicommissariam de quibus in titulis sequentibus quæ omnes petitiones sunt vniuersales, & in ipsam hereditatem, vt loquitur *l. pater 10. insti. De captiu. & postlim.* Subiicier in libro sequenti specialem actionem in rem & vindicationem, de qua petinde nemo dubitat quin sit etiam ciuilis. Noli tamen existimare cum Accursio inductá esse hanc actionem ciuilem petitionis hereditatis per illud Senatusconsultum, cuius meminit Vlpianus in *d. §. præter hæc.* Est enim actio longè antiquior & circa quam plura iam dicta & tractata fuerant à prudentibus antequàm fieret illud Senatusconsultum, vt in eo §. refert Vlpianus, vt ait non alia de causa factum fuisse Senatusconsultum, quàm vt formam daret iis quæ tractabantur de distractis rebus hereditariis. De dolo prætetito, & de fructibus. Illud benè Accursius, Petitionem hereditatis de qua in hoc titulo agitur, & per quam hereditatis pars petitur eandem esse actionem de qua superiore titulo dictum fuit, id est ciuilem & ordinariam. Quid enim refert an hereditas tota petatur, an pars hereditatis. Solet enim dici & verum est eandem rationem esse partis quæ est totius vulg. *l. quæ de tota 76. infr. De rei vind. d. l. item veniunt §. ait Senatus l. ei qui partes 54. in princ. sup.* Plus dico Esse hanc quoque vniuersalem quoniam pars vnaquæque pars hereditatis est hereditas, vt diximus ad *l. hereditas 50. supr. tit. prox.* Vniuersalem inquam si cum speciali actione in rem conferatur, Non etiam si cum ea hereditatis petitione per quam tota hereditas peritur: quo respectu posset certè dici meliùs *particularis.* Eo namque verbo partem etiam vniuersitatis significamus, quomodo heredem particularem dicimus & dicere debemus eum qui ex aliqua hereditatis parte heres scriptus est, Non etiam quomodo interpretes vocant eum qui ex re aliqua singulari institutus fuit dato coherede, de quo in *l. quoties 13. C. de hered. instit.* quem rectiùs singularem successorem dicere debuerunt, vt alibi scripsimus. Quid ergo attinebat, inquies, specialem hunc tractatum si pars hereditatis petatur, à superiore distinguere? Nimirum quia cùm pars tantùm aliqua hereditatis petitur plures interdum difficultates occurrunt quàm si hereditas tota peteretur, siue quod aliquando incerta sit pars quæ competit, & peti potest, vt in *l. antiqui 3. hoc titul.* Siue quòd propter coheredis personam interdum difficilior sit petitio partis quàm sit totius hereditatis, Aliquando enim coheres facit controuersiam hereditatis, aliquando non facit 5. proinde *in si hac lege.* Idque ex omnibus huius tituli legibus clariùs apparebit.

1 ¶ Qui hereditatem, vel partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor occupauit, sed ex suo iure. & ideo, siue ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licèt tu vnam rem possideas: siue ex parte, partem, licèt tu totam hereditatem possideas.

Ad §.1. is qui hereditatem.

Ratio dubitandi. Petitio hereditatis est actio in rem *l. sed etsi 25. ante p. sup. tit. proxim.* id est in ipsam hereditatem, vt loquitur Papinianus in *l. pater 10. in fin. infr. De captiu. & postlim.* Ergo non competit nisi contra possidentem quod proprium est omnium in rem actionum *§. 1. Inst. de action.* Ergo non nisi quatenus reus possidet, Cùm sit liberum cuilibet actionem in rem euitare, dicendo se non possidere *l. vlt. ff. De rei vindic.* Ergo is qui hereditatem vel hereditatis partem petit non tam ex suo iure metiri ius debet quàm ex eo quod possessor occupauit.

Dec. Differentia hæc inter cæteras an vniuersali an verò speciali actione in rem quis experiatur, Nam specialis in rem actio quam specialiore nomine vindicationem appellamus non potest egredi fines & terminos possessionis, quæ penes reum inuenitur, quia nec aliud quicquam vindicare ab ipso potest quàm quod ipse possidet, ideòque ante omnia inquirere diligenter debet quid & quantum reus possideat ne alioqui frustra experiatur, *l. qui petitorio 36. inf. De rei vind.* Debet enim per hanc vindicationis formulam *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, eam ipsam rē digito demonstrare quam petit & quæ ab alio possidetur. At petitionis hereditatis formula illa est *Hanc tibi hereditatem meam esse aio*, Cùmque hereditas quę incorporalis est & nomen iuris neque oculis cerni, neque digito monstrari possit, necessaria est indicatio alicuius rei hereditariæ quæ à reo possideatur, Vt appareat eam peti tanquam hereditariam & eo planè iure quo hereditas ipsa tota peteretur si eam reus totam possideret aut si hereditas oculis cerni & digito demonstrari tota posset. Itaque non eo minus intendet petitor totam hereditatem suam esse quòd possessor non nisi rem vnam hereditariam eámque minimam possideat, *l. licèt minimam 10. supr. tit. l. 1.* Vel ob id maximè vt appareat totam illam rem restitui debere petitori quamuis non sit tota hereditas, sicut è contrario si pars tantùm hereditatis ei competat, debet dicere partem hereditatis duntaxat suam esse, vt reus intelligat partem tantùm à se peti eius rei quam possidet licèt pars quæ petitor longè pluris sit, quàm quanti res illa tota est. Qui ergo totam hereditatem petit, totam quoque rem hereditariam vindicat quæ à reo possidetur. Qui verò partem duntaxat hereditatis petit, partem quoque duntaxat rei occupatæ vindicat.

2 ¶ Quinimmo, si duo possideant hereditatem, & duo sint, qui ad se partes pertinere dicunt: non singuli à singulis petere contenti esse debent, puta primus à primo, vel secundus à secundo, sed ambo à primo, & ambo à secundo. neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo, vtriusque pro herede. Et si possessor a, & petitor possideant hereditatem, cùm vnusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi adserat, inuicem petere debebunt, vt partes rerum consequantur: aut, si controuersiam sibi non faciunt hereditatis, familiæ herciscundæ experiri eos oportebit.

Ad §.2. Quinimmo.

Ratio dubitandi. Cùm pro iisdem partibus siue æqualibus, siue inæqualibus hereditas aliqua à duobus possidetur pro quibus à duobus petitur, expeditior videtur futurus exitus litis & commodior si singuli à singulis petant, Nec videtur quicquam interesse aut actorum aut reorum dummodo non plus petatur ab vno ex reis quàm possit præstare, nec plus petat actor quàm ad eum pro sua parte pertineat. Quid enim aliud agit quilibet ex actoribus nisi vt suā partem cōsequatur? At verò vt ambo petant à primo, & ambo à secundo durius certè est. Ita enim fit vt in plures aduersarios singuli adstringantur atque ita maioribus & sumptibus & vexationibus fatigentur, quod planè iniquum est si aliter & commodiùs seruari res possit *l. & ancillarum 27. §. vlt. inf. De procul.* Id autem semper agere bonus iudex debet quantum potest, vt lites si non tollere & excidere in totum possit saltē diminuat *l. quidā 21. ff. De reb. cred.* & faciliorē earum exitum faciat *l. singulis 6. ff. De excep. rei iud.*

Dec. Cùm hereditatem vnam duo possident siue pro diuiso, siue pro indiuiso (placet enim quod aduersus Azonem notat Accursius nihil hac parte interesse) eámq; hereditatem duo etiam per partes ad se pertinere dicunt, non alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo vtriusque, vt hic Vlpianus ait. Ergo cùm & eam quisque partem petere debeat quam intendit ad se pertinere, & eam quisque partem defendere quam possidet, Consequens omnino est vt aduersus ambos petitores debeat vnusquisque possessorum partem suam defendere & vnusquisque ex actoribus totam portionem suam à singulis possessoribus petere. Fit enim hoc ex necessitate iuris & actionis, pendétque partim ex eo quod superiore §. dictum est ius actionis huius ex iure petitoris metiendum esse, non ex occupatione possessoris.

a *Et si possessor*. Partum refert an iuxta vulgarem editionem legamus, *Proinde & si possessor*, an verò vt in Pand. Florent. *pro herede* post illa verba *sed ambo vtriusque*. Bonus enim sensus vterque est. Ratio dubitandi. Difficile est vt quis in eodem iudicio duorum partes sustineat, *l. si plures 9. vers. difficile sup. De pact.* Nimirum actoris & rei quorum vtique distinctæ personæ esse debent, præterquam in tribus illis iudiciis quæ ob eam causam mixta & duplicia appellantur Familię erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum, *l. in tribus 13. supr. de iudic. l. 2. §. 1. inf. Commun. diui. l. iudicium 10. inf. Fin. regund. l. actionis 37. §. 1. infr. De oblig. & action.* In quo numero hereditatis petitio non habetur. Ergo si possessor & petitor simul possideant hereditatem cuius partem dimidiam vnusquisque sibi afferat

non

non possunt inuicem petere hereditatem vt singuli partes singularum rerum consequantur. Sed iudicio Familiæ erciscundæ experiri eos oportet ad faciendam singularum rerum diuisionem. Præsertim cùm per hereditatis petitionem non aliud cõsequi possint, quàm vt pronuncietur ad singulos partem hereditatis pertinere *l. non possumus 7. infr.* Quod ipsum tamen in confesso esse videtur cùm is qui partem duntaxat hereditatis sibi adserit non reluctetur quominus alia pars aduersario adiudicetur.

Dec. Potest fieri facilè & fit plerumque vt qui se non nisi pro parte heredem dicit non ideò tamen fateri velit aduersarium sibi esse pro alia parte coheredem. Quod cùm euenit non potest inter eos accipi iudicium Familiæ erciscundæ, quod vtique accipi non potest qui se inuicem coheredes fateantur. Nam cùm per diuisionem rerum hereditariarum necesse sit transferri dominium hinc inde vt quod erat commune pro parte fiat alterutrius in solidum necesse omnino est vt qui hereditatem diuidunt veri sint coheredes. Alioqui quomodo transferret vnus in alium dominium quod ipse non haberet? Id enim est quod dici solet Diuisionem obtinere vicem emptionis *l. 1. C. commun. vtr. iudic.* & esse speciem alienationis *l. si pupillorum 7. infr. De reb. eor. qui sub tutel.* Interim ergo hereditatis petitio instituenda est per quam disceptetur ad quos hereditas pertineat, vt ita sciri possit qui sint veri coheredes, inter quos postea familiæ erciscundæ iudicium accipiatur *l. 1. §. 1. l. cum putarem 43. ff. Famil. ercisc. l. in familia 20. C. eod.* Hoc verò non aliter fieri potest quàm si inuicem petant hereditatem vt eorum quisque consequatur partem rerum hereditariarum quas aduersarius possideat qui se coheredem dicit, nec vult vicissim aduersarium coheredem admittere. Planè si fateantur se inuicem coheredes non aliud iudicium accipere possunt, quàm Familiæ erciscundæ, cùm petitio hereditatis contra eum dari nunquam possit contra eum qui verus heres est pro ea parte quam defendit, sed contra eum duntaxat, qui vel pro herede possidet cùm heres non sit vel pro possessore *l. regulariter 9. & 11. & 12. & pass. sup. tit. prox.* Nec verendum est vt accepto iudicio Familiæ erciscundæ fiat præiudicium hereditati de qua inter eos qui se coheredes fatentur nulla est, neque potest esse cõtrouersia *d. l. 1. Famil. ercisc.* Quòd si propter controuersiam quæ fit de hereditate instituenda sit petitio hereditatis inter petitorem & possessorem inuicem agentes. Non ideò tamen poterit hæc actio dici duplex aut mixta eo sensu quo tres illæ actiones quas suprà retulimus, & mixtæ & duplices dicuntur, Nempe quia non pro eadem re & parte competunt, sed pro diuersis, Vnoquoque partẽ hereditatis vnicam, & alio aliam sibi adserente. Erunt igitur hoc casu duæ actiones, non vna actio, quæ sit duplex. Nam quæ duplex est datur etiam possidenti. Petitio autem hereditatis nunquam possidenti datur. Vnde est quod pro ea parte quã quis possidet quamuis negetur coheres iudicium tamen familiæ erciscundæ potest accipere, in quo iudicio erit disceptandum necessariò an coheres ille sit necne, quia petere hereditatem non posset etiamsi maximè vellet cùm possideat *d. l. 1. l. fundus qui 31. §. 1. ff. Famil. ercisc.* Cæterùm non videtur quisque ex litigatoribus partẽ suã habere quousque partem illã habeat in qualibet re hereditaria licèt aliud sit in pecunia hereditaria cuius is qui pro parte coheres est, partem acceperit, vt in *l. Titius cum quo 62. infr. pro socio.* Ideò fortasse quoniam pecunia ex vnaquaque re potest redigi, res exre non potest *l. cum pater 77. in princip. De legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis ff. ad SC. Trebell.* Et pecunia recipit functionem in suo genere, species verò non itẽ *l. 2. §. mutuum infr. De reb. credit.* Aliud quoque est si agatur de re quæ pro diuiso possideatur, Quod in re singulari immobili euenire facilè potest, At in hereditate nunquam vt nec in re mobili, Et ob id aliud in hereditatis petitione obtinet hac parte, Aliud verò in rei vindicatione *l. Pomponius 8. infr. De rei vindic.* Sola namque in diuiso illa est, quæ hanc mutuæ petitionis hereditatis necessitatem inducit inter eos quorum vnusquisque non nisi dimidiam partem hereditatis suam esse contendat. Idem iuris est in pignore rei communis pro indiuiso licèt postea sit diuisa *l. si consenserit 7. §. vlt. inf. Quib. mod. pig. vel hypoth. solu.* & in vsufructu communiter legato pluribus à pluribus *l. si mihi & tibi 49. infr. De vsufr.* Simile quiddam est in *l. 1. §. filio infr. De conunct. cum emancip. liber. eius.* Interdum tamen etiam in hereditate & hereditatis petitione fit compensatio partis ad partem. Vt in specie §. *item si cum infr.* vbi dicimus, Nec quisquam putet parum referre an Familiæ erciscundæ agatur an petitione hereditatis. Habent enim illa iudicia sicuti diuersas litigatorum intentiones, ita & alias atque alias præstationes *d. l. fundus qui 31. §. 1. in fin. ff. famil. ercisc.*

3 ¶ Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, eum non plus coheres haberet sua parte: vtrum à solo extraneo, an verò & à coherede deberem petere hereditatem, quæritur. Et Pegasus fertur existimasse, à solo extraneo me petere debere: eùmque restiturum, quidquid possidet. & fortassis hoc officio iudicis debeat fieri. cæterùm ratio facit. vt à duobus petam hereditatem, hoc est à coherede meo: & ille quoque dirigat actionem aduersus exterum possessorem, sed Pegasi sententia vtilior est.

Ad §. 3. Si ergo.

Ratio dubitandi. Cùm ergo ex parte me dico heredem, coheres autem meus possidet hereditatem cum extraneo, & quidem pro indiuiso vt bene nostri interpretantur, non pro diuiso, ita tamen vt appareat coheredem meum non plus habere sua parte, quia scilicet suam tantùm partem sibi adserat, ratio sanè iuris faciat vt ab vtroque petere debeam hereditatẽ, id est & à coherede meo & ab extraneo, & rursum vt coheres meus etiam aduersus extraneum petitionem pro sua parte dirigere debeat. Quoniam non solus extraneus partem meam possidet, sed vterque nec rursum extraneus meam duntaxat partem possidet sed etiam coheredis. Ergo non potest defendi quod dicebat Pegasus à solo extraneo hereditatem petere me de-

bere. Secundum ea quæ diximus ad initium §. præcedentis.

Dec. Pro Pegaso faciat ratio illa æquitatis, quod perinde possim ius meum consequi, & partem totam quæ ad me pertinet agendo contra extraneum solum atque si agerem simul etiam contra coheredem: Quid enim consecuturus essem agendo contra vtrumque? Nimirum partem meam solam, non etiam partem mei coheredis, qui nihil amplius sua parte possidet. Cur ergo mihi liceat coheredem inquietare? Aut quid prodest circuitū hunc inducere cùm breuiùs res expediri possit? arg. *l. dominus* 55. ff. *De condict. indeb. l. si post mortem* 10. §. *vlt.* ff. *De bonor. poss. contr. tabul.* Quod enim solent philosophi dicere, Non esse faciendum per plura quod æquè commodè aut etiam interdum commodiùs fieri possit per pauciora, Id prudentes quoque nostri facilè admittunt, adeò vt celeritate cõiungendarum actionū vnam interdum occultari patiantur *l. 3. §. sed si debitorem* ff. *De donat. int. vir. & vxor. l. singularia* 15. ff. *De reb. credit.* quod breui manu fieri dicunt *l. licet* 43. §. 1. *De iur. dot.* Est igitur Pegasi sententia vtilior, id est æquior, Æquitatem enim ciuilis legislator æstimare solet ex vtilitate publica propter legem illam duodecim tabularum *salus populi suprema lex esto*, vt sæpius monuimus. Petam itaque à solo extraneo partem illam hereditatis quam ad me pertinere dico, Nec inquietabo coheredem meum qui nihil nisi partem suam possidet. Ex quo magis intelligimus debere hanc legem accipi de coherede qui cum extraneo hereditatē totam pro indiuiso possideat. Nam si pro diuiso possideret, nulla esset ratio æquitatis, quæ faceret vt à coherede nihil petere deberem. Alioqui earum rerum quas ipse pro diuiso possideret, nulla pars ad me pertinere posset, quod absurdum planè ac iniquum esset. Ita enim fieret, vt inuitus cogeter stare diuisioni quam ipse cum extraneo fecisset. Cæterùm officio iudicis hoc faciendum est, vt Vlpianus hîc ait non vi actionis cùm fiat cõtra stricti iuris rationem. Aliud est in iudicio Familiæ erciscundæ, quippe quod contra solum coheredem datur, non vt petitio hereditatis etiam contra extraneum licèt coheres nihil amplius sua parte habeat *l. item Labeo* 22. *in princip. infr. famil. erciscund.* Item in actionibus personalibus, qui ex coheredibus partem duntaxat suam à debitore hereditario accepit, conueniri eo nomine à suis coheredibus non magis summo iure, quàm ex æquitate potest *l. Lucius* 38. *eod. l. vlt. C. de pact. l. filio* 15. *l. mater decedens* 19. *vers. præterea supr. De inoff. testam.* Personales enim actiones ipso iure per legem 12. tabul. inter coheredes diuiduntur.

4 ¶ Item si, cùm me ex parte dimidia heredem dicerem, trientem hereditatis possiderem, deinde residuum sextantem velim persequi qualiter agam, videamus. Et Labeo scribit, vtique partem dimidiam me petere debere à singulis: sic fieri, vt à singulis sextantem consequar: & habeo bessem, quod verum puto: sed ipse tenebor ad restitutionem sextantis ex triente, quem possidebam. & ideò officio iudicis inuicem compensatio erit admittenda eius, quod possideo, si fortè coheredes sint, à quibus hereditatem peto.

Ad §. 4. Item si, cùm.

Ratio dubitandi. Sumenda est ex iis quæ ad §. proximum scripsimus pro ratione decidendi. Nam siue ponas cum Accursio, Bartolo, & aliis fuisse communem hereditatem inter duos ita vt ad vnūquemque ipsorum dimidia pars hereditatis pertineret, nec tamen possedisse eos singulos nisi trientem, Reliquum verò trientem possessum fuisse ab extraneo. Dicendum erit secundum Pegasi sententiam quam Vlpianus vt æquiorem & vtiliorem probauit, à solo extraneo nō etiam à coherede petitorem qui se ex dimidia parte heredem dicit, debere sextantem reliquum petere cùm coheres non solùm nihil amplius parte sua possideat vt in præcedente §. sed ne quidem partem suam integram quia trientem tantùm habet qui semissem habere deberet. Siue ponas fuisse ambos possessores coheredes sed singulos ex quadrantibus cùm se dicerent heredes ex trientibus (Quod certè postremis illis Vlpiani verbis conuenientius est *si forte coheredes sint a quibus hereditatem peto*, nec in toto §. vllū de extraneo possidente verbum est) longè maior ratio est quam in specie §. præcedentis, vt non debeat petere actor à singulis sextantem, sed vnciam duntaxat, cùm alioqui quantum ab ipsis supra vnciam ex cuiusque portione consecuturus est tantùm ex sua portione quam iam possidet sit eis redditurus. Alioqui bessem haberet qui non nisi semissem habere se contendit. Neque verò æquitatis tantùm, sed etiam iuris ratio repugnare videtur quominùs ei qui semissem tantùm petit permittamus consequi bessem, Præsertim cùm videri possit etiam dolo malo facere quod iisdem restituturus est statim, Ex vulgata iuris regula *l. dolo facit* 8. ff. *De doli mal. except. l. in condemnatione* 173. §. *vlt. De regul. iur.* In summa quæ ratio æquitatis facit vt coheres qui nihil amplius sua parte possidet conueniri nullomodo possit secundum supradictam Pegasi sententiam conueniri nullomodo possit, Ita & cùm aliquid ampliùs sua parte possidet, vt in specie huius §. non videtur permittendum vt vltra id quod supra suam partem possidet conueniatur. Ergo non nisi pro vncia singuli non etiam pro sextante.

Dec. Is qui partem hereditatis petit ius suæ petitionis non ex eo metitur quod possessores occupāt sed ex suo iure §. *supr.* Atquin hic petitor dicit se heredem ex semisse, Ergo licèt coheredes qui singuli occupant trientes sint heredes singuli ex quadrantibus, Attamen vt petitor sextantem qui ei abest consequatur, debet necessariò tanquam heres pro semisse, cuiusque trientis semissem vindicare. Esset enim perabsurdum vt qui se pro dimidia parte heredem diceret vnciam duntaxat in cuiusque triente vindicaret. At quoniam ita fiet vt qui non nisi ex semisse heredem se dicit, bessem consequatur, tenetur vtique vt coheredibus suis restituat pro æquis portionibus sextantem ex triēte quem possidebat. Cùm sicuti vult & debet habere semissem in coheredum portionibus, ita nec eius portionis quam possidet nisi semissem habere debeat, sic eueniet vt totius hereditatis semissem habere inueniatur, singuli verò coheredes suum

quisque

quisque quadrantem. Et hoc sanè iuris ratio euincit omnino & necessariò, sed quia iuris huius executio nihil nisi circuitum haberet ac sine effectu esset quantum ad eam partem quam petitor hic à coheredibus peteret, tantundem illis ex eo quod possidet redditurus, Bene Vlpianus subiungit, officio iudicis qui de hereditate cognoscit, contineri vt inuicem admittat compensationem eius quod iam petitor possidet cum eo quod petit supra sextantem. Etsi enim compensatio ista iure Pandectarum opponi non poterat iure exceptionis in actionibus in rem, quod primũ inductum est Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de compens.* officio tamen iudicis potuit habere locum iam olim in actionibus bonæ fidei qualis est fuitque semper petitio hereditatis *l. vlt. versi. C. de petit. hered. § actionum & § in bonæ fidei. Instit. de actionib.* Neque tamẽ existimandum est compensationem hic fieri speciei ad speciem, & corporis ad corpus, quod sanè durius esset nisi partibus consentientibus, quomodo hunc locum videtur intellexisse Bartolus post Accursiũ quod planè commentitiũ est, sed partium inuicem hereditariarum, Quæ cùm omnes in iure consistant, facilè recipiunt functionem in suo genere, & ideò commodissimè admittunt compensationem. Quod nec Bartolus negat cùm partes sunt cõmunes pro indiuiso, Ex *l. deducta 18. § acceptis alias § nummos. j. ad SC. Trebell. l. vnum ex fami. 167. § sed si vno. de legat. 2. l. filiũ quẽ 24. C. famil. ercisc.* Sed negat Bartolus, & rectè posse huiusmodi compensationem habere locum in partibus communibus pro diuiso, quia fieret compensatio corporum ad corpora, quæ tamen fictionem in suo genere non recipiunt *l. 2. § mutui. infr. de reb. credit.* Et deò tandem eò recidit Bartolus, vt dicat in specie huius §. compensationem fieri, vel partibus volentibus, vel mero iudicis officio, quomodo, inquit, adiudicationes fieri solent in iudicio diuisorio, non per modum compensationis. Quod vtrumque commentitium est & alienum à verbis huius §. nisi in eo quod ait fieri compensationem hanc officio iudicis, In quo ipso tamen non animaduertit ita loqui Vlpianum, vt dicat *offi. io iudicis admittendã compensationem.* Illis enim verbis exprimit satis loqui se de compensatione opposita petenti & quidem per modum compensationis. Quid ergo est quod Accursium & Bartolum hic inuoluit vt se euoluere non potuerint? Nimirum quod ponunt partes fuisse communes pro diuiso, quas ponere debuerunt communes pro diuiso. Ne autem pro indiuiso commũnes dicere voluerint aliud in causa fuit quod putarunt ita futurum vt hic §. pugnaret cum præcedente, in quo dictum est non posse petitorem agere cum coherede qui nihil amplius sua parte possideat, sed tãtùm cum extraneo quem ponit hic interuenisse & trientẽ hereditatis possedisse. Quod certè non ita est. Ambo enim possessores erant coheredes, sed pro quadrantib. & trientẽ singuli possidebant vt ex ipsis §. verbis ꝓbauimus. In eoque differt species huius §. à specie superioris.

5 § Interdum prætor incertæ partis hereditatis petitionem indulget, idoneis causis interuenientibus, vt puta est defuncti fratris filius, sunt & vxores defunctorum fratrũ prægnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertum est: quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Æquissimum igitur est, incertæ partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, vbicũque meritò quis incertus est quam partem vindicet, debere ei incertæ partis vindicationem concedi.

Ad §. vlt. Interdum.

Ratio dubitandi. Non est admittenda petitio incerta nec libellus incertus, vt interpretes loquuntur, aut obscurus, siue quòd actor de iure suo certus esse debeat antequàm aduersarium vocet in ius, & ad iudicium prouocet, siue quod cùm libellus actoris aut incertus sit aut obscurus non facilè possit reus deliberare an debeat contendere vel cedere *l. 1. sup. De edend. Auth. offeratur C. de lit. cõtest.* Ergo qui partem hereditatis petit debet exprimere certam partem quam petat. Cùm fieri possit vt si petatur maior pars velit reus contendere qui cederet statim ac libenter si minor peteretur. Vnde & natæ sunt exceptiones illæ quas pragmatici vulgo apellant *plurispetitionis* quoties quis siue in reali actione, siue in personali maiorem partem petit quàm quæ competit. Eaque res plerumque materiam præbet condemnationis aut saltem compensationis expensarum litis pro casuum diuersitate, vt in Codice nostro scripsimus sub *tit. De fructib. & lit. expens.*

Dec. Ex causa idonea plerumque accidit vt permittenda sint multa quæ alioqui non permitterentur. Fit enim semper iustè quicquid fit ob aliquam causam idoneam. Causa verò iusta vel idonea magis esse nulla potest quàm quæ ex mera siue facti siue iuris necessitate proficiscitur. Siquidem semper iustum est quod est necessarium. Id enim est quod iactari vulgo solet, & nos sæpius vsurpauimus, Necessitatem facere licitum quod alioquin esset illicitũ *l. 3. C. de locat. cap. quod non est De regul. iur. in 6. l. quæ propter 162. j. eod. tit. l. 2. C. de patrib. qui filios distrax.* Impossibilitas etiã iustissima causa est propter quam nemo sit arctandus vt id faciat quod facere non possit, cùm vt habet iuris regula impossibilium nulla sit obligatio, & quod fieri impossibile est id non fieri sit necessarium, ita enim necessarium & impossibile apud Logicos conuertuntur, Atqui interdum talis casus euenit vt quãuis certum sit partem aliquam hereditatis actori competere, dici tamen certò non possit quanta & quota pars illa sit. Vt puta si frater decesserit præmortuis iam fratribus (alioqui fratres soli superstites tanquam agnati proximi iure Pandectarum succederent exclusis fratrum filiis vtpote vno gradu remotioribus *l. 2. § hac hereditas j. De suis & legit.*) sed superstite vnius fratris filio iam nato, & vxoribus prædefunctorum aliorum fratrum prægnantibus. Certum est fratris filio iam nato partem aliquam hereditatis competere cùm à nullo proximiore agnato anteuertatur aut anteuerti possit. Sed quota pars illa sit planè incertum est, cùm incertum sit quot edentur fratrum defunctorum filii cum quibus ipse in capita vtique successurus est *d. § hac hereditas*, quamuis hoc apud Deum sit certum vt benè hic Accursius loquitur, & melius quàm Paulus noster in *l. sed et si 12. § vlt. s. eod. tit.* vbi ait in rerum natura esse certa omnia cùm futura

vtique id est omnimodo & necessario fierent: Respiciens scilicet ad nescio cuius fati necessitatem quam neque vera Philosophia, neque religionis nostræ veritas admittit, vt ibidem scripsimus. Æquissimum igitur imò necessarium est incertæ partis vindicationem ei concedi. Et generaliter nec nimis audenter dici potest, Vbicumque meritò quis incertus est, id est non tam suo quàm ipsius naturæ facto quam partem vindicet debere ei incertæ partis vindicationem concedi. Quamquam absurdi huius euitandi gratia, & ne incertæ partis vindicatio contra vulgarem iuris regulam admitteretur, placuit tandem prudentibus vt inspecto eo quod fieri non admodum tarò potest quartam partem interim petere debeat is qui iam natus est, quoniam fieri non raò solet vt Trigemini nascantur, Vt vero plures nascantur, licet interdum fieri possit, rarius tamen est, quàm vt ex eo ius constitui debeat *l. 3. 4. & 5. sup. De leg.* Et ita scriptum est in *l. antiqui 3. infr. hoc tit.* Secundum quam sententiam in proposita specie dicendum esset plurium fratrum prædefunctorum vxoribus prægnantibus relictis non nisi octauam totius hereditatis partem alterius fratris filio superstiti assignandam esse. Sed ea res non facit quin semper verum sit quod hîc dicitur partis incertæ vindicationem dari, quoniam hæc quarta vel octaua pars quæ interim assignatur non absolutè vindicatur, sed interim, ac proinde vt Accursius benè interpretatur cum adiectione incertæ partis, cùm pro numero liberorum quos postea contingeret nasci vel plures vel pauciores residuum ei pro rata vel adcrescere debeat vel decrescere, quomodo subuenitur ad *d. l. antiquis* ex eodem nostro Vlpiano in *l. & si pauciores 4. §. eod.* Sed hoc temperamento vtimur vt aliquam partem interim habere possit & possidere filius iam natus, quem iniquum esset interim nihil habere. Hodie tamen aliud probandum esset post quā Iustiniano placuit *Nouell. 118. De hered. ab intest. venient.* vnde sumpta est Auth. *post fratres C. de leg. hered.* vt fratrum filii succedant patruo non in capita vt olim, sed in stirpes, sue succedant cum patruo, qui casus nullam habet dubitationem, sine soli si Accursii & Bartoli sententiam sequi malis quàm Azonis qui hoc posteriore casu hereditatem etiam hodie in capita diuidendam esse existimabat. Nos Accursii opinionem, licet iam ab omnibus ferè tribunalibus explosam secuti sumus & pluribus rationibus comprobauimus in ea Disputatione forensi quam ante multos annos edidimus post Tractatū nostrū De nominaris solutionibus, vt exemplo esset & argumēto qua methodo plures alias forenses disputationes scribere ac persequi vellemus in libris quos tum meditabamur, priusquam Chiliadis nostræ De erroribus pragmaticorum & interpretum iuris conscribendæ institutum quod fauente Deo iam peregimus, cepissemus. Quod verò hîc rursum Azonem & Ioannem pugnare video an hic §. de aui aut alterius ascendentis hereditate intelligi debeat, an potius de successione patrui aut alterius cuiusli bet [illegible] alienū satis est à verbis huius §. in quibus euidentissimum est tractari de patrui successione in qua nullo casu per capita sed semper in stirpes eo iure succedebatur. Sed non eo minus verum est in ascendentium quoque successionibus tale quid tractari iam olim potuisse, quod neque Accursius, neque Bartolus aut alius quisquam interpretum videtur obseruasse. Nam vt olim nepotes & pronepotes haberent ius repræsentationis in infinitum in successione ascendentium, ideoque semper in stirpes succederent, nunquam verò in capita, non erat ius commune omnibus descendentibus, sed propriuin suorum heredū, de quibus solis lex Voilea locuta fuerat vt in parentum suorum locum succederent *l. Gaius 29. §. vid. ndum 7. De liber. & post.* Itaque ad solos nepotes & pronepotes ex masculis iisdemque suis heredibus illud ius pertinebat non etiam ad nepotes aut pronepotes ex filiabus in quibus hoc idem ipsum Iustinianus primus constituit, eisque ius & priuileg um repræsentationis concessit ea constitutione quam ipse refert, & confirmat in *§. vlt. Instit. de her. eau. quæ ab intest. defer.* Ex qua loco apparet manifestè quod generaliter scriptum antea fuerat in *§. cum filius vers. & quia placuit cod. tit.* de nepotibus & pronepotibus indistinctè ad eos solos nepotes & pronepotes restringendum esse qui in locum parentum succedendo sui heredes fieri possent: Vt pluribus à nobis traditum est *Decad. 51. De error. pragmat.*

2. GAIVS libro sexto ad Edictum Prouinciale.

SI ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent: eos, qui adierint, si petant hereditatem, non maiorem partem petere debere, quàm habituri essent ceteris adeuntibus nec eis proderit, si ceteri non adierint. Non adeuntibus autem ceteris, poterunt tunc partes eorum petere, si modò ad eos pertinerent.

Ad l. Si ex pluribus 2.

Ratio dubitandi. Cùm ex pluribus ad quos eadem hereditas pertinet, id est quibus delata fuit siue ex testamento siue ab intestato vnus tantùm adiit hereditatem cæteris adhuc deliberātibus, aut adire impeditis propter adiectam institutioni condicionem quæ nondum extiterit, sed adhuc in suspenso sit, verum est interim solum heredem illum esse qui adiit. Ergo interim admittendus est ad petendam totam hereditatem. Exemplo eius quod scriptum est in *l. sub condicione 10. §. 1. infr. De adsignand. libert.* de liberto pluribus adsignato vni purè alii sub condicione interim esse illum totum eius cui adsignatus fuit. Itemque de vsufructu qui legatus sit vni purè, alteri sub condicione, interim totum ad eum solum cui purè legatus est pertinere *l. idem esse 6. §. simili 7. De vsufr. adcresc.* Denique de fideicommissaria hereditate pluribus restituenda, Vni similiter, purè, alteri verò sub condicione, Esse interim totam illam restituendam ei qui purè fideicommissarius est, in eumque solum transire ex Trebelliano actiones posteà transituras in aliū adeoque ipso iure si condicio extiterit, & is fideicommissum suscipere voluerit *l. 1. §. sed & quoties infr. ad SC. Trebell.*

Dec. Ea demùm hereditas peti potest quæ delata

lata fuit cùm nec alia possit acquiri per aditionem quàm quæ delata est per legem siue ex testamento siue ab intestato *l.1.2.& 3.supr.tit.prox.l.delata 151.ff. De verb.signific.* Cùm autem plures sint in eodem gradu succedendi siue ex testamento siue ab intestato lex aut defert hereditatem omnibus simul si nihil sit quod in aliquorum persona delationem impediat, aut delationem suspẽdit si quid sit quod eam remoretur puta si condicionis euentus expectandus sit, & interim pro ea parte quæ sub condicione data est delationem suspendit, Non tantùm quod ad eum pertinet cui condicio adscripta fuit sed etiam quantum ad ipsius coheredes purè institutos. Nimirum quia si pro ea parte condicionali lex deferret hereditatem, sequeretur adiri posse partem illam & per aditionem acquiri, Quæ porrò vbi esset acquisita faceret acquisitorem heredem etiam pro illa parte *d. l.delata.* Qui autem semel pro illa parte heres factus esset, posteà heres nunquam desineret ne quidem existente partis illius cõdicione *l.aut Prætor.7.§.sed quod Papinianus sup. De minor.l.ei qui soluendo 89. infr.De hered.instit.* atque ita fieret vt nihil prodesset existere posteà cõdicionem, & quod esset iniquissimum hereditatem ad alium pertinere pro illa parte quàm ad eum quem testator heredem instituisset, Cùm existens quandoque condicio perinde habenda sit & in testamentis & in contractibus acsi adiecta ab initio nulla fuisset *l.potior 11.§.1.ff.qui potior vel pignor.habeb.l.si cui via 11.§.1.ff.quemadm.seruit.amitt.l.& post litem 12.§.1.ff.Famil.ercisc.* Ne igitur hoc absurdum sequatur necesse est in suspenso manere delationem partis cõdicionalis vt neque ei qui adiit, neque aliis qui adire nondum possint ea pars deferatur. Atqui prius est vt delata sit quàm vt acquiratur, & rursum vt sit acquisita quàm vt peti possit. Interim igitur ea tantùm pars petetur quæ fuit adita, non autem hereditas tota, Ne alioqui secundum iuris veteris rigorem causa cadat petitor si re plus petat. In eoque dissimilis ratio est hereditatis, & adsignationis liberti, itemque vsusfructus legati, & fideicommissi etiam in hereditate relicti. Nam & adsignatio liberti & acquisitio vsusfructus & quod ad rem nostram propiùs accedit, hereditatis quoque fideicommissariæ finiri tempore potest cùm in eo nihil fiat contra iuris regulas. Adsignatio siquidem liberti, neque iure hereditatis, neque quasi legatum aut quasi fideicommissum percipitur *l.adsignare 7. De adsign. libert.* Vsusfructus verò quotidie vt eleganter Celsus dicebat, & cõstituitur & amittitur *l.1.§.interdũ ff. De vsufr.adcresc.* Hereditas quoque fideicõmissaria & ex tempore & ad tempus dari potest *l.si heres institutus 70. inf. ad SC.Trebell.* Quæ omnia & in hereditatibus & in legatis quoque cæterarum rerum extra vsumfructũ diuersa sunt *l. hereditas 34.ff. D. hered.instit. l.nemo 55.De legat.1.* Obiter tamen vt hoc obiter & extra rem moneam, in responso primo *dicta l. sub condicione*, vbi dicitur, Si vni ex liberis sub cõdicione vel in diem libertus adsignatus sit, interim pendente die vel condicione sic omnia obseruari acsi adsignatus non esset, Itaque mortuo eo interim, & hereditatem ipsius & bonorum possessionem ad omnes liberos pertinere, Non ita intelligi, Iureconsultum debere quasi ea hereditas & bonorum possessio ad omnes liberos non nisi interim pertineat, postmodum restituẽda ei cui libertus adsignatus fuerat, si quando dies vel condicio venerit. Nam imo verò sensus & mortuo interim liberto qui fuerat adsignatus perinde acquiri liberis omnibus hereditatẽ ipsius & bonorum possessionem absolutè ac in perpetuum acsi nulla adsignatio esset, Serius enim nimis est euentus diei vel condicionis postquàm libertus iam decessit, nec hereditas aut bonorum possessio edictalis quæ ad exemplum hereditatis defertur, ad tempus acquiri vnquam potest. Etsi verò Caius in hac lege non de coheredibus sub condicione institutis loquitur, Sed tantùm de coheredibus deliberantibus, quorum in eo diuersa ratio est, quod deliberatio præsupponit delationem quam condicio impedit. Placuit tamen de coheredibus etiam sub condicione institutis tractare, Vt ostenderem nihil hac parte interesse an coheredum portiones nondum sint aditæ quòd ipsi adhuc deliberent de iis vel adeundis, vel repudiandis, an quia condicio sub qua instituti fuerant nondum exstiterit. Et omni casu verum esse quod lex ait, Non posse interim à coherede qui adiit aliam partẽ peti quàm ex qua fuit institutus. Quod & iam olim bene Ioannes sensit. Nec tantùm in heredibus sed etiam in legatariis quos necesse est expectare euentum ac defectum condicionis priusquàm adcrescendi iure possint eam partem quæ sub condicione alii data fuerat *l.hac scriptura 26.§.1.l.si separatim 30.ff. De cõdic. & demõstr.l.planè 34.§.si coniunctim De leg.1.l.ex parte 25.ff.De solut.l.vnic.§.sin autem sub condicione C.de caduc.tollend.* Miror que Pyleo in mentem venisse contrariam sententiam, Sed enim supradicti iuris loci, quos explicauimus proculdubio fefellerunt, Sed magis miror Accursium distinguentem an testator scripserit, *Titius heres esto, Et si nauis ex Asia venerit, tunc etiam Seius heres esto.* An verò Titii institutioni partem aliquam adiecerit, puta *ex semisse* quasi priore demũm casu Pylei sententia recipi possit tanquam solo Titio interim instituto: quod euidenter falsum est. Existens enim quandocunque condicio institutionis Seij facere debebit vt Seius quoque ab initio purè institutus videatur. Nec repugnat *l.cum solus 68.inf.de acquir.hered.* qua sola mouetur Accursius. Confirmat enim potiùs mirum in modum omnia quæ nos in contrarium suprà scripsimus. Itemque quod scriptũ est in *l.cum solus 68.eod.tit.* in illis verbis *ne alterius festinatione alterius ius lædatur.*

a *Nec eis proderit si cæteri non adierint.* Intelligẽ cum Accursio *non adhuc* id est nondum quod in libris nostris & apud bonos quoscumque latinitatis autores satis frequens est. Quod autem sequitur *non adeuntibus autem cæteris* intellige absoluta negatione acsi scriptum esset *nunquam adeuntibus*, scilicet à iure adeundi exclusis aut per repudiationem: quia semel repudiata à maiore hereditas adiri postea nunquam potest *l. sicut 4. C.de repud.vel abstin. hered.* Aut per mortem quoniam hereditas non adita extra certos casus non transmittitur *l. vnic. §. in nouissimo C.de caduc.tollẽd.* aut denique alio quouis modo. Exclusis igitur cæteris coheredibus cæteras quoque partes petere poterit is qui partis suam tantùm petierat tanquam sibi acquisitas iure adcrescendi *Tot.tit. C.quand.non petent.part.petent. adcresc.* Nec indigebit noua aditione cùm deficientium portiones adcrescant ei etiã inuito *l.si duo 38. l.cum hered.52.§.1.& l.seq.§.1.d.l.si solus 80.§.1.& vlt. infr. De acquir. hered.* quia portio adcrescit portioni sicut alluuio *l.si Titio 33.§.1.infr. De vsufr.* Sed

indigebit noua petitione *l. non potest. 23. sup. de indic.* Quemadmodum & cùm fideicommissarius particularis coegit heredem adire & hereditatis partem restituere non indiget alia coactione pro portionibus adcrescentibus sed tantùm alia restitutione *l. Papinianus 43. inf. ad SC. Trebell.* vbi ob hanc causam pro *actione* malo legere *coactione* quàm cum Cuiacio *aditione*. Est enim probabilior emendatio licèt in eundem sensum recidat quia non fit coactio nisi ad adeundum.

3. PAVLVS libro septimodecimo ad Plautium.

ANtiqui libero ventri ita prospexerunt, vt in tẽpus nascendi omnia ei iura integra reseruarent: sicut apparet in iure hereditatium: in quibus, qui post eum gradum sunt adgnationis, quo est id, quòd in vtero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit: vbi autẽ eodem gradu sunt ceteri, quod & venter, tunc, quæ portio in suspenso esse debeat, quæsierunt ideo quia non poterant scire, quot nasci possunt, ideò nam multa de huiusmodi re tam varia, & incredibilia creduntur vt fabulis adnumerentur. nam traditum est, & quatuor pariter puellas à matrefamilias natas esse, alioquin tradidere non leues auctores, quinquies quaternos enixã Peloponensi, multas Ægypti vno vtero septenos. Sed & tregeminos senatores cinctos vidimus Horatios. Sed & Lælius scribit, se vidisse in palatio mulierẽ liberã, quæ ab Alexandria perducta est, vt Hadriano ostẽderetur, cum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tẽpore enixa (inquit) dicebatur, quintum post diem quadragesimum. Quid est ergo? prudentissimè iuris auctores medietatem quandam secuti sunt, vt, quod fieri non rarum admodum potest, intuerentur: id est, quia fieri poterat, vt tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio adsignauerint. τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς, *id est, quod enim semel, aut bis existit,* (vt ait Theophrastus) παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, *id est, prætereunt legislatores.* Ideóque, & si vnum paritura sit, non ex parte dimidia [a], sed ex quarta interim heres erit.

Ad l. Antiqui 3.

Ratio dubitandi. Qui nundum est editus nondum est homo *l. in lege 6. §. 1. ꝟ. ad leg. falcid.* Qui autem nondum est homo nec suus nec agnatus dici potest *l. lege Cornelia 12. in fin. ꝟ. qui testam. facer. poss. l. vlt. inf. de collat.* Atqui lex ab intestato defert hereditatem *si suus heres non erit* soli agnato proximo iis verbis *si paterfamilias intestato moritur, nec suus heres illius erit, agnatus proximus familiam habeto.* Ergo is qui in vtero est, etiamsi esset in priorio gradu si natus esset, sequentis tamen gradus agnatum excludere non potest, nec impedire, quin remotior ille agnatus tanquã proximus succedat: Præsertim cùm in lege 12. tabul. *Proximus* ille intelligatur qui mortis tempore proximus reperitur, aut tunc saltem cùm patremfamilias intestatum decessisse certum est *l. 2. §. proximum ꝟ. de suis & legit. hered.* Dec. Qui in vtero est habetur pro nato in iis omnibus quæ ad ipsius commodũ spectãt *l. qui in vtero 7. & l. qui in vtero 26. ꝟ. de stat. homin.* Nec sine ratione propter spem nascendi, vt Vlpianus loquitur in *l. 1. in princ. ꝟ. De ventr. in poss. mitt.* Ne alioqui partus miser fiat antequàm sit natus, quem tamen ciuilis legislator sperat & nasciturum, & si nascatur etiam vtilissimum reipublicæ aliquando futurum, vt solet ille semper de ciuibus suis quantum facere potest bene sperare. Vnde etiam est quod nec impunitum relinquit eum qui animantis spem occiderit *l. 2. inf. De mort. infer.* Ergo quisquis in vtero est perinde obstat sequentis gradus agnato licèt iam nato, atque obstaret si ipse iam natus esset. Cùm proximus ille sit quẽ nemo antecedit *d. l. 2. §. hac hereditas inf. De suis & legit. l. proximus est 92. De reg. iur.* Hic autẽ qui est in vtero hoc ipso quo habetur pro iam nato antecedit alium quemlibet sequentis gradus agnatum quem vtique antecederet si iam natus esset. Neque alia fictione meliore aut commodiore potuit ventri consuli, cuius tamen summam rationem habere antiqui & voluerunt & debuerunt vt hæc lex ait. Nec tantùm in legitimis hereditatibus hoc obtinet, sed etiam in testamentariis, quippe quæ nõ minùs quàm aliæ etiam per legem confirmantur *l. lege obuenire 130. De verb. signific.* Nã posteaquàm placuit eum qui in vtero esset habẽdum pro nato quantum ad legitimas hereditates illud quoque induci necesse fuit vt quamuis incerta esset persona, quæ alioquin iure vetere instituì non poterat quod certum iudicium in personam incertam conferri non posse videretur, institui tamen non modò posset verùm etiam deberet aut exheredari si modò is esset posthumus qui si viuo testatore natus esset suus heres fuisset *l. placet 4. ꝟ. De liber. & posthum. §. posthumo quoque Inst. de legat. l. cùm quidã 30. §. 1. vers. siue igitur ꝟ. De acquir. hered.* Ne scilicet præteritus rumperet testamentum, & rumpendo succederet ab intestato. Vnde est quod ventre præterito quandiu testamentum agnatione posthumi rumpi potest ipso iure (hoc enim addendũ est vt excludamus casum quo rescindi possit testamentum non ipso iure sed facto hominis & per sententiam iudicis cùm proponitur querela inofficiosi testamenti quæ nec datur nisi contra heredem & post aditam hereditatem *l. Papinianus 8. §. si conditioni ꝟ. de inoff. testam.*) non defertur hereditas ex testamento *l. ventre 84. ꝟ. De acquir. hered.* quemadmodum nec defertur ab intestato, quamdiu ex testamento succedi potest. *l. quandiu. 39. eod.* Denique inter legitimam & testamentariam hereditatem nulla hac parte differẽtia est *l. cùm quidam 30. §. 1. eod. l. 1. § si quis proximior ꝟ. vnd. cognat.* Et qua ratione is qui in vtero est obstat sequentibus in gradu ita & partem facit iis qui in pari gradu sunt *l. 3. §. vtique ꝟ. De suis & legit. l. quod dicimus 231. De verb. signific.* Idque est, quod Paulus hîc scribit, Antiquos ita libero ventri prospexisse (seruo enim vẽtri qui seruum pariturus esset cur prospexissent.) Vt in tempus nascendi omnia ei iura integra reseruauerint, Maximè in iure hereditarum vt qui post eum agnationis gradum sunt quo est is qui in vtero est, non admittantur quandiu incertum est an nasci possit, Vbi autem eodem gradu sunt cæteri quo & venter tunc inspici & dubitari oporteat [illegible] quænam

quænam portio in suspenso esse debeat. Totam enim hereditatem in suspenso manere æquum non esset ne dum id agimus vt nascituro consulamus, iam natis noceamus, qui si interim morerentur delatam sibi hereditatem nec dum aditam transmittere sibi heredes non potuissent ne quidem ad descendentes, *l. vnic. §. in nouissimis. C. de caduc. tollend. l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Interim igitur admittendi sunt iam nati ad hereditatem non modò adeundam pro ea parte quam ex postfacto & ex euentu iam tum delatam fuisse apparebit (est enim hæc res ex earum numero in quibus euentus quid antea fuerit declarat, de quibus in *l. quadam 15. iunct. l. quidam 5. in fin. eum duab. seqq. infr. de reb. dub. l. qui res 98. in princip. & §. 1. iunct. l. si puer 36. infr. De solut.*) sed etiam petendam, sed cum hac differentia inter petitionem & acquisitionem quod per aditionem tota portio delata quanta vel quantulacunque illa sit acquisita intelligitur, quoniam delatio fit à lege, totaque iuris non facti est, ideoque effectum ab euentu sumere facilè potest per retroactionem à iure factam. Petitio verò tota est facti & ob id fictionem nullam potest admittere vt quæ pro certa quota, & parte facta est, pro maiore vel minore parte facta videatur: quandoquidem ad ea quæ facti sunt, fictiones iuris extendi non possunt, *l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior. l. insibello 12. §. facti De captiu. & postlim.* Certam igitur portionem hereditatis petii ac designari necesse est, sed sub adiectione partis incertæ, non vt maior alia pars vel minor quandoque petita intelligatur, sed vt maiori vel minori parti quæ ex euentu delata reperietur, præiudicium nullum fiat, quemadmodum explicauimus ad *§. vltim. d. l. supr.* Quænam verò pars certa designari potest in re tam incerta? Nimirum quarta, Propterea quòd non admodum rarò eueniat vt vno partu trigemini nascantur, *l. Arescusa 3. supr. De stat. homin.* Si quando verò plures quàm tres nascantur, portentosum id existimatur, ex quo ius proinde constitui non potest nec debet, *leg. 3. 4. & 3. supr. de legibus*, vbi eadem Theophrasti authoritas, quæ hic adducitur.

a *Non ex parte dimidia.* Ratio dubitandi. Cùm nesciatur an venter sit plenus necne qui est re vera vacuus, non eo minùs verum est suum heredem interim verè heredem esse siue ex testamento si fuerit institutus, vt in *dict. l. ventre 84. De acquirend. heredit.* siue ab intestato. Non solùm si ignoret an venter sit plenus, sed quod magis est, etiamsi putet plenum esse, *dict. l. cum quidam §. suum heredem infr. De acquirend. hered.* Nimirum quia lex suo heredi defert hereditatem. Certa autem est lex ventrem esse vacuum, siquidem ea omnia scit lex quæ scit & natura. Non potest autem natura ignorare ventrem esse vacuum qui re vera vacuus est. Ergo & eadem ratione dicendum est, si venter sit plenus nec postea nisi vnus edatur filius, intelligendum esse fratrem qui iam natus est heredem esse pro dimidia parte non pro quarta tantùm etiam ignorantem, quod Pomponius sensisse Tertyllianus refert ab Vlpiano relatus in *dict. l. cum quidam §. quid si vnum*, vbi nominatim Iulianus notatur qui non nisi quartam partem filio superstiti interim dabat cum Paulo nostro in hac lege. Quid enim verò? cùm eadem lex viuenti filio deferat hereditatem cum venter est plenus quam defert, cùm venter est vacuus. At non enim & natura & lex æquè certa est vnum tantum esse in vtero pleno, atque certa est nullum esse in ventre vacuo? Sic enim Pomponius argumentatus videtur. Nec dissimulari potest quod euidenter locus ille probet dissensisse in hac quæstione prudentes veteres. Nominatim verò Pomponium à Iuliano. Quæstio in eo fuisse videtur, An rei veritas spectanda esset, & naturæ legisque scientia, an verò ignorantia & inscientia nostra, vt idem Paulus noster loquitur in *leg. sed etsi 16. §. vltim. supr. De iudic.* Pomponius enim ipsam rei veritatem spectari volebat & naturæ legisque scientiam, non autem nostram ignorantiam. Iulianus verò cuius sententiam Paulus non tantùm probat hic & in *dict. §. vltim.* sed à cæteris quoque prudentibus magis communiter probatam fuisse in hac lege testatur laudatque quasi prudentissimam. Decidendi ratio igitur pro Iuliano & cæteris adferri illa potest quod non entium & non apparentium, vt loquuntur idem sit iudicium, *§. si aduersus Inst. de nup. l. duo sunt Titij 30. inf. De testam.* Proinde parum est quod in ipsa rerum natura & apud legem certum sit vnum duntaxat posthumum editum iri cùm id ab hominibus ignoretur, & verò fieri præterea possit vt qui in vtero est nunquam nascatur, muliere forsitan abortum faciente. Quod an futurum sit neque lex scire potest neque natura cùm ex futuro euentu pendeat, futura autem neque natura, neque lex scire possit sed præterita tantum & præsentia, Nisi ad illam fati necessitatem confugiamus quam Paulus admittit in *dict. §. vltim.* sed quæ admittenda non est, & qua non admissa multò certior & probabilior videri debeat sententia Iuliani. Quid enim si posthumus numquam nasceretur? Cur dimidiam duntaxat partem filio iam nato adsignaremus qui totam hereditatem habere deberet. Fateor cùm vnus tantùm est in vtero certum esse per rerum naturam non posse plures nasci. Perinde atque certum est ventre vacuo neminem nasciturum nec nasci posse, *l. illud §. inf. hoc tit. & d. §. quid si vnum.* Sed nego inde fieri vt filius iam natus pro dimidia interim heres esse debeat, quoniam nihil interest an falsa sit hæc propositio, *Vnum duntaxat filium venter editurus est*, an sit ita vera vt veram eam esse nemo possit affirmare, Quemadmodum nihil refert et an venter esset omnino vacuus, an ita plenus vt plenum esse nemo sciret, vt scripsimus in conciliatione, *dict. l. ventre cum l. si filium 16. De liber. & posthum. lib. 1. Conciliat. cap. 1.* Nec tursus omnino similes sunt ibi casus, Ventris vacui & ventris pleni vnum duntaxat filium gestantis. Nam licet natura perinde sciat posteriore casu vnum duntaxat filium edi posse atque scit in priore nullum editum iri, nec magis fieri possit vt plures nascantur vno tantùm existente in vtero, quàm vt ventre vacuo quisquam nascatur, Differentia tamen in eo est quod ventre vacuo nihil est incertum, neque apud naturam, neque apud legem, neque apud homines; Nisi hoc ipsum fortasse an venter vacuus sit an plenus quod apud naturam quidem & legem incertum esse non potest, sed apud homines potest. Verùm hæc incertitudo & inscientia hominum nihil ponit in re nec potest effectum aliquem habere quia versatur circa id quod non est. Vacuum enim ventrem esse naturale est, & cùm meram negationem contineat pleni ventris, ambiguitatem

nullam potest inducere quandoquidem venter re vera vacuus aliter atque aliter habere se non potest, nec verendum est vt venter reuera vacuus habeatur vnquam pro pleno. At cùm venter plenus est præter id quod interdum haberi potest etiam pro eo qui vacuus semper fuerit, puta si fortè quod euenit non semel tam citò abortum faciat mulier vt plenum ventrem fuisse nemo vnquam sciat ne ipsa mulier quidem, Possunt etiam varij euentus circa plenum ventrem emergere quorum incertitudo non sine aliquo effectu esse possit, Fortassis vt qui in vtero est nunquam nascatur. Item vt vnus tantùm sit in vtero, vt duo, vt tres, pluresve, quorum alij fortè nascantur, alij non nascantur. Rursum vt nascatur partus imperfectus, & eo tempore vt viuere non possit: Propter quæ omnia nemo non videt etiam admissa Stoicorum de facto sententia, tùm quoque cùm certum est ventrem esse plenum, tantam manere incertitudinem, vt non abs re Iulianus cæterique prudentes frequentiores dixerint non nisi quartam interim ad filium iam natum pertinere. Nec ab hac sententia recessit Vlpianus in *dict. §. quid si vnum*, vbi contrariam Pomponij opinionem ita refert vt improbare illam potiùs quàm probare videatur: Quod & apparet euidentius ex *l. prox. seq.* quæ eiusdem Vlpiani est, & tamen Iuliani Paulique sententiam supponit pro vera. Sed & quamuis Pomponij opinionem sequi quis mallet vt tam verè heres sit pro dimidia filius iam natus, cùm vnus tantùm est in vtero, quàm verum est heredem illum esse ex asse cùm venter est vacuus. Illud tamen fatendum semper esset, Non nisi pro quarta parte peti posse hereditatem. Vt in hoc saltem diuersa ratio sit delationis & petitionis, vt diximus in præcedentibus, quia delatio iuris est, petitio autem facti, Delatio fit à lege, petitio ab homine, & consequenter quoties de petitione quæritur, inscientiam hominis spectari oportet necessariò: neque nouum est vt alia portio petatur quàm quæ reuera competit, Cùm petitio & formari possit sæpius & reformari. Non item delatio, quia semel tantùm fit à lege quæ nec nisi semel loquitur.

4. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

ET, si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata adcrescere: si plures quàm tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.

Ad l. et si pauciores 4.

Ratio dubitandi. Nihil quidem absurdi est paucioribus natis quàm tribus residuum filio iam nato pro rata adcrescere, cùm is qui ex vna parte iam heres esse possit iure adcrescendi cæteras etiam omnes consequi *l. 2. vbi dixi supr.* At vt si plures nascantur quàm tres, decrescat aliquid de quarta illa parte ex qua ponimus filium iam natum heredem fuisse. Hoc verò difficilius videtur & ei contrarium, quod toties diximus, Eum qui semel heres fuit semper heredem manere, *leg. aut prætor 7. §. sed quid Papinianus supr. De minor. l. ex qui soluendo 88. inf. De hered. instit.* Tam enim absurdum & impossibile est vt ex aliqua hereditatis parte quis heres esse desinat, quàm vt ex toto asse.

Dec. Quandiu incertum est quot nascituri sint, tandiu lex suam delationem in suspenso retinet non minus quantum ad filium iam natum, quàm quod ad nascituros, non quidem ratione ipsius delationis sed ratione quotæ delatæ. Qui enim iam natus est, vtique capax est vt ei portio aliqua hereditatis deferatur, non etiam ille, qui adhuc in vtero est. At quænam quota ei deferri possit tandiu incertum est quandiu ignoratur quot nasciturі sint, quoniam non potest quota vna certa constitui nisi ex alterius æquè certæ comparatione: Certa autem esse non potest antequàm sciatur, quot sint editi, quia non ventri portio defertur, sed iis qui in ventre sunt, & pro eorum numero qui erunt editi possuntque succedere, *l. 1. §.* ... *furiosi De success. edict. infr. l. 1. C. eod. l. 1. infr. de bonor. poss. ff. furios. tunct.* Non potest igitur certa eorum portio esse qui nascentur propter incertitudinem & nascendi & numeri nasciturorum, Ergo nec certa esse portio filij iam nati sed quæ tanquam incerta possit crescere & decrescere pro numero liberorum qui nascentur. Cùm ergo dicimus eum qui iam natus est heredem esse pro quarta, non sic intelligimus vt absolutè pro ea parte heres sit, sed vt interim pro ea parte hereditatem & petere & possidere possit quousque omnibus editis appareat certius ex qua parte hoc est an ex quarta vel ex maiore vel ex minore heres fuisse intelligatur. Ex quo probari potest verum esse quod supra diximus Vlpianum licèt Pomponij sententiam referrat in *d. l. cum quidam 10. §. quid si vnum.* Eam tamen quæ Iuliani & aliorum prudentium in contrarium fuit magis probasse. Nam secundum Pomponium nihil est quod ex parte quam lex defert possit crescere aut decrescere si ab initio non ex alia parte heres fit qui iam natus est, quàm ex qua esset, si nasciturorum & natorum numerus idem & certus ab initio fuisset. Nec aliter possunt hæ sententiæ inuicem pugnantes conciliari, quàm vt dicamus supposita secundum Pauli opinionem fati necessitate & quòd natura sciat etiam futura ac proinde lex, Certam quidem esse partem quam lex defert priusquàm sciri etiam possit quot nascituri sint, sed hoc ipsum tamen apud homines incertum esse quousque ex euentu natorum appareuerit, quot fuerint nascituri.

5. PAVLVS libro septimodecimo ad Plautium.

ILlud sciendum est: si mulier prægnans non sit: existimetur autem prægnans esse, interim filium heredem esse ex asse, quamquam ignoret se ex asse heredem esse.

Ad l. Illud 5.

Ratio dubitandi. In his quæstionibus quæ pendent ex futuro euentu qui semper apud homines incertus est tùm quoque cùm apud naturam est certus

Digitized by Google

est certus non tam rei veritas & certitudo inspicienda est quàm inscientia nostra, vt suprà diximus ex Paulo in *leg. sed etsi 26. §. vltim. supr. de iudic.* Ergo etiamsi mulier prægnans non sit si tamen prægnans esse existimetur, aut quod ipsa sic adfirmet aut quòd obstetrices dicant, vt in *leg. cùm quidam 30. §. quod dicitur si puetur infr. De acquirend. heredit.* non potest tamen filius [a] interim heres esse, quandiu nescit mulierem prægnantem non esse.

Dec. Inscientia nostra inspicienda est in iis demùm rebus quæ aliter atque aliter possunt se habere, vt accidit cùm venter est plenus: quo casu potest fieri vt posthumus nascatur vel non nascatur. Item vt vel vnus nascatur vel plures. At cùm venter vacuus est, nullo casu fieri potest vt habeatur pro pleno, & vnus tantùm casus est isque negatiuus Ventris non pleni, Quemadmodum tractans Paulus de codicillis ab intestato factis in *l. ab intestato 16. infr. De iur. codic.* aut ab intestato vnum tantùm esse casum, cùm ex testamento sint plures. Nihil ergo refert an sciatur ventrem esse vacuum, Dummodò per rerum naturam & apud legem certum sit vacuum esse. Maximè verò hoc in suo herede obtinet de quo solo huius legis initium loquitur. Is enim ipso iure statim heres est, citra vllam aditionem, *l. in suis 14. infr. De suis & legit.* adeóque iam viuo adhuc patre, heres ac dominus bonorum paternorum quodammodo fuisse intelligitur, *l. in suis 11. infr. De liber. & posthum.* Fit enim heres per solam potestatem legis quæ porrò certa est ventrem esse vacuum, etiam reiecta & explosa fati necessitate cùm non ex futuro euentu id pendeat sed à præsenti naturæ statu & inuariabili, quem neque natura neque lex ignorare potest. Vnde fit vt etiamsi venter sit præteritus, & suus heres prius decesserit quàm sciretur an venter esset vacuus an plenus, non eo minùs ex testamento heres fuisse intelligatur si reuera vacuus venter fuit, *l. ventre 84. iunct. d. l. cùm quidam 30. §. suum heredem infr. De acquir. hered.* Proinde transmittit paternam hereditatem etiam ignorans ad heredes quoscunque etiam extraneos, *l. apud hostes 9. Cod. de suis & legit. hered.*

1 ¶ Idem est in extraneo [a], si ex certa portione heres institutus sit, ex reliqua posthumi. Quòd si fortè [b] ita institutio facta est, *Quotcunque mihi nati erunt, & Lucius Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto:* habebit hæsitationem, numquid adire non possit, atque qui in testamento portionem suam nescit. Sed vtilius est posse eum adire, qui nescit portionem, si certa, quæ oportet eum scire, non ignoret.

Ad §. 1. Idem.

a *Idem est in extraneo.* Ratio dubitandi. Differentia illa est euidens inter suum heredem & emancipatum aut extraneum institutum quod suus heres, vt modò diximus statim & ipso iure heres est sola legis potestate, & consequenter quamuis existimet prægnantem esse mulierem quæ re vera prægnans non est. At emancipatus aut extraneus qui aditione indigent ad acquirendam hereditatem, nec prius sunt heredes, quàm fiant, non aliter possunt hereditatem acquirere quàm si mulierem prægnantem non esse sciant, vt Papinianus noster disertè scribit in *dict. l. ventre 84. De acquiren. hered.* Ideóque de suo herede solo Vlpianus etiam loquitur in *d. l. cùm quidam 30. § suum heredem eod. tit.* ad differentiam scilicet emancipati & extranei. Ergo quod initio legis dictum est de suo herede non idem est in filio emancipato, nec proinde in herede prorsus extraneo.

Dec. Multum refert an filius emancipatus aut extraneus heres institutus sit in eo testamento in quo præteritus venter fuerit, an in eo testamento quo etiam venter institutus sit aut saltem exheredatus. Priore casu obtinet illa differentia quam modò diximus, & hic casus est quem Papinianus tractat in *d. l. ventre præterito.* At posteriore casu quem hîc Paulus tractat, nulla inter suum heredem & emancipatum aut extraneum differentia est, quia cùm testamentum valeat nec in eo sit vt agnatione sui heredis rumpi possit, nihil vetat quominus & emancipatus & extraneus hereditatem adire possint. Et ratio diuersitatis est quòd priore casu dubitatio est de viribus testamenti, cùm si venter plenus esset, vtique testamentum in eo esset vt posthumi agnatione rumpi posset, Ex eo autem testamento quod aliquo casu rumpi ipso iure potest, numquam defertur interim hereditas, vt ratiocinatur Papinianus in *dict. l. ventre.* Qui autem dubitat de viribus testamenti, hereditatem ex eo interim adire non potest, *l. nec is 17. l. eum qui duobus 51. iunct. l. cùm falsum 46. infr. De acquir. hered.* Atqui emancipatus filius & extraneus indigent aditione ad acquirendam hereditatem, ideóque nec ignorantes, nec inuiti heredes fiunt, quæ omnia in suis heredibus sunt diuersa, *dict. leg. ventre dict. l. apud hostes 9. Cod. de suis & legit.* Posteriore autem casu cùm venter non præteritus est, vt in *dict. l. ventre*, sed vel institutus vel exheredatus, vt in *dict. l. cùm quidam §. 1. vers. siue igitur eod. titul. De acquirend. hered.* certum est valere testamentum, nec vllo casu posthumi agnatione rumpi posse. Nihil ergo vetat, quominùs possint & emancipatus & extraneus hereditatem ex testamento acquirere per aditionem. Sic enim debet intelligi quod hîc Paulus scribit, Idem esse in extraneo quod in filio, eodémque suo herede, vt scilicet tam hic quàm ille si institutus sit in testamento in quo præteritus venter non fuerit, heres ex asse æquè esse possit, at non æquè ipso iure, sed cum hac differentia vt suus heres sit heres ipso iure. Extraneus autem vel emancipatus possit heres fieri per aditionem. Sed & obseruandum est non sic loqui Paulum vt dicat simpliciter *idem esse in extraneo instituto quod in suo herede*, sed cum hac adiectione *si ex certa parte institutus sit, ex reliqua posthumi*, vt significet differentiam quæ est inter suum heredem, & emancipatum non tantùm eo casu quo pater testamentum nullum fecerit, quam tamen solam notat Accursius, sed illo etiam quo testamentum factum quidem sit, sed ita tamen vt in eo venter fuerit præteritus. Nam vt emancipatus quoque & extraneus fieri possint heredes ex asse per aditionem, illud etiam requiritur vt venter quoque

vel institutus fuerit, vel exheredatus, *d. leg. cum quidam §. 1. sub ignitur.* Quod tamen nec Accursius ignorauit.

b *Quod si forte.* Ratio dubitandi. Viriles partes non fiunt nisi per concursum, *l. si duobus 16. §. vltim. infr. De legat. 1.* Ideò namque viriles appellantur quod tot sint partes quot sunt capita virorum qui faciunt partes, Vnde est quod virilis appellatione interdum etiam totum continetur, nempe cùm alius nemo est qui concurrat, *leg. virilis appellatione 145. De verb. sign.* Atqui nesciri potest quod futuri sint qui concurrent quandiu nescitur quot nascituri sunt. Videtur ergo hoc casu siue filius siue extraneus institutus esse ex parte omnino incerta, ita vt nec ex quarta quidem portione possit se heredem dicere. In quo hic casus differt à superioribus, maiorémque habet dubitationem. Nam in cæteris quarta pars adsignatur licèt cum adiectione incertæ partis, Ne alioqui omnino sit incerta petitio quod difficiliùs admitti posset. Hîc autem neque quarta, neque alia vlla certa portio est quæ aut à lege delata dici, aut peti possit.

Dec. Etsi futurus euentus incertus est ex parte ventris quia nescitur quot nascituri sint, certum tamen est eum qui iam natus & institutus proponitur, siue filius sit, siue extraneus, omnimodo concursurum & partem suam habiturum pro numero eorum qui nascentur adeóque habiturum etiam totum nec tam iure adcrescendi quàm ex prima & propria institutione & ex germana significatione virilis portionis ex qua fuit institutus, *d. leg. virilis.* Absurdum igitur est dicere deterioris condicionis esse illum debere ob id quod ex virili parte institutus sit quàm si ex nulla esset. Ac proinde credendus est ex ea parte institutus quæ posthumis editis portio virilis apparebit. Ergo & permittendum ei etiam, si sit extraneus, vt hereditatem adeat pro virili sua parte. Et quamuis mera iuris ratio & subtilitas nonnihil refragari videatur, vtilitas tamen, id est æquitas magna quæ ex publica vtilitate semper æstimanda est, suadet facitque vt hæc sententia admitti debeat, quia generaliter verum est semper succurrendum ei esse qui aliqua ratione prohibetur ne interim adire possit dummodo in omnem casum sit successurus, Adeò vt si iuris ciuilis æquitas deficeret, æquitas prætoria in eam rem imploranda esset, ac decretum interponendum, *d. l. ventre in fin. l. 4. §. vlt. & l. 3. infr. De bonor. poss. contr. tabul.* Neque verò comparandus est hic institutus ei, qui cùm esset ex semisse institutus adiit per errorem ex quadrante, quo casu constat per eiusmodi aditionem nihil agi ac ne quadrantem quidem acquiri siue iuris rigorem inspicias siue æquitatem, *l. ex semisse 76. infr. de acquir. hered.* nec rursus ei qui dubitat de iure suo, cùm sciat se heredem institutum pro virili parte, Aut de iure testamenti quod scit valere, & ita valere vt rumpi numquam possit, sed ei potius qui ignorat ex qua parte scriptus sit, Cui vtique non nocet hæc ignorantia non solùm si purè sit institutus, sed etiam si sub condicione quam ignoret extitisse dummodo extiterit, vt hoc casu plus sit in veritate quàm in opinione, *leg. si quis extraneus 21. § vltim. eod.* quantum ad ea scilicet quæ fundamentum habent in re non in opinione. In eóque obseruandum est meliorem condicionem esse ignorantis, quàm vel errantis, vel dubitantis. Qui enim ignorat neque errat, neque dubitat, neque aliud denique quicquam facit quod acquisitioni adferre impedimentum possit Illud sanè ignorari non debet an purè institutus sit, an sub condicione, & cùm sub condicione quænam illa sit, *d. l. si quis § vlt.* id est an iuris an facti quoniam inter huiusmodi condiciones differentia quædam est ad impediendam aut non impediendam aditionem quandiu ignoratur eas impletas esse, *leg. multum 21. iunct. l. 2. inf. De cond. & demonst.* Cætera etiam pleraque scire debet quæ hîc Accursius ferè omnia congerit, Defunctum scilicet testatorem, Condicionem testatoris non suam, Validitatem testamenti apud se indubitatam, Et an testatus decesserit paterfamilias an intestatus, *l. heres institutus 32. cum dub. seqq. l. si is ad quem 22. infr. De acquir. hered.*

6. VLPIANVS libro 6. Opinionum.

SOrori, quam coheredem fratribus quattuor in bonis matris esse placuit, quinta portio pro portionibus, quæ ad eos pertinuit, cedet: ita vt singuli in quarta, quam antehac habere credebantur, non amplius ei quintam conferant.

Ad l. Sorori 6.

Ratio dubitandi. Vel fuerunt quattuor fratres heredes patris pro quadrantibus, vel non fuerunt, si fuerunt, non possunt ex postfacto propter sororem desinere heredes esse ex iuris illa regula quam in præcedentibus toties inculcauimus, *l. ex qui solvendo 88. De hered. inst.* si non fuerunt nisi pro quarta parte inter eos diuidenda secundum ea quæ diximus ad *l. 3. 4. & 5. supr.* nihil est quod ab eis petere soror possit aut debeat cùm non plus habeant sua parte, *l. 2. §. si ego supr.*

Dec. Potest aliquo casu euenire vt quattuor illi fratres fuerint heredes patris ex toto asse, singuli verò ex quadrantibus, Exclusa sorore per exheredationem siue testamenti tempore iam nata fuerat, siue nondum nata. Quo casu si postea egerit illa de inofficioso, & obtinuerit atque ita fecerit matrem intestatam, dubitandum non est quin concurrat cum fratribus eísque euincat hereditatem ab intestato pro quarta parte, faciat autem vt in totum desinant esse heredes ex testamento, *leg. circa 24. l. filio 16. & pass. supr. De inoffic. testam.* Est enim hic vnus casus ex illis in quibus is qui semel heres fuit heres esse desinit ipso iure, *leg. in substitutione 36. infr. De vulg. & pupill. substit. & dict. l. circa.* Quandoquidem querela inofficiosi non nisi post aditam hereditatem potest competere, *l. Papinianus 8. §. si condicioni eod. titul.* Nec rursus aliud effectum habere quàm vt patremfamilias ex testato faciat intestatum, *dict. l. circa l. mater decedens 19 eod.* Idémque est si hæc soror de qua tractamus non fuerit exheredata sed præterita, verùm ita vt possit haberi pro instituta, vt in eleganti specie *leg. 3. Cod. eodem titul.* vbi mortua in puerperio matre quæ duos tantùm filios instituerat, filiam verò præterierat, & in puerperio decesserat, Imperatores ex summa æquitate rescribunt repentini casus iniquitatem emendandam esse

per

per coniecturam maternæ pietatis, & hactenus succurrendum filiæ non vt tanquam exhæredata impugnet rescindatque testamentum per querelam inofficiosi, sed tanquam instituta succedat cum fratribus in virilem ex testamento. Quòd credibile sit matrem fuisse instituturam cum filiis filiam si de ea testamenti tempore cogitasset. Nec alia inter hunc casum & superiorem differentia est nisi quod priore casu succedit soror cum fratribus ab intestato. In hoc verò succedit ex testamento. Sed tamen neuter horum casuum fatis videtur conuenire verbis legis huius quę ponit sororem euincere à fratribus partem quam haberre antea credebantur, vt Vlpianus loquitur, non eam igitur quam verè vnquam habuerint: Habuissent autem verè illam quam soror per inofficiosi querelam euicisset. Cùm verò soror succedit tanquam instituta cum fratribus tam citò lex ei defert hereditatem quàm fratribus. Neque rursus credibile est casum hunc tractari ab Vlpiano cuius temporibus etsi iam erat auditum ius illud nouum quod Imperatores Seuerus & Antoninus ea primùm constitutione induxerant, Adeò tamen nouum & singulare erat ius illius Constitutionis vt ad illum casum se restringere Vlpianus non debuerit. Malo igitur hanc legem intelligere de sorore posthuma, quæ in vtero fuerit tempore mortis, & deinde nata sit possessa iam & occupata per quatuor fratres hereditate quasi soli essent ipsi heredes nec in materna hereditate sororem haberent coheredem: Potest etiam casus ille aptari huic legi quo soror antea abfuisset tempore fortè mortis matris, & iam tum decessisse aut ab hostibus capta esse crederetur. Quibus casibus dubitari non oportet quin ei siue natæ, siue in ciuitatem reuersæ petitio hereditatis dari debeat pro quinta parte à singulis fratribus ex æquis partibus restituenda. Nec sanè de alia actione quàm de hereditatis petitione intelligi hæc lex potest. Vt tantò magis appareat non esse hanc legem intelligendam ex *dict. leg. 3. Cod. de inoffic. testam.* In cuius specie non petitio hereditatis competit siue ex testamento, siue ab intestato, sed tantùm condictio ex illa lege, si Accursio ipsi & interpretibus credimus.

1 ¶ Sumptus, qui propter onera totius hereditatis iusti fiunt, ei, qui patroni iure portionem euicerit, pro rata computentur.

Ad §. 1. Sumptus.

Ratio dubitandi. Qui à falso herede sumptus fiunt in hereditatem alienam, non fiunt animo repetendi præsertim à bonæ fidei possessore qui tanquam in rem suam impendit & eo animo vt sibi consulat non vt alium sibi obliget, *leg. in hoc iudicium 14. §. 1. leg. si quis cum 29. infr. commun. diuid.* Qui verò fiunt à malæ fidei possessore sciente in rem alienam impendente etiam donati videtur, *§. ex diuerso vers. certè Institut. de rer. diuis. l. 2. Cod. de rei vindic.* Ergo nullo casu possunt repeti nec computari.

Dec. Non debet petitor ex aliena iactura locupletari contra naturalem æquitatem, *l. nam hoc natura 14. infr. De condict. indeb. leg. iure natura 206. De regul. iur.* Ergo æquum est vt sumptus in rem hereditariam facti siue necessariè siue vtiliter reticeantur an per doli exceptionem aut saltem per officium iudicis secundum eas distinctiones quas attulimus & latiùs prosecuti sumus ad *leg. planè 37. & sequ. supr. tit. 1.* Alioqui locupletaretur verus heres ex iactura possessoris cuius impensa locupletiorem & pretiosiorem factam hereditatem consequeretur. Etsi autem hic §. loquitur tantùm de liberti hereditate quam patronus euicerit, nihil tamen habet speciale in patrono sed eius sententia generalis est ad omnes hereditatis petitiones & petitores pertinens.

7. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

NOn possumus consequi per hereditatis petitionem id, quod familiæ herciscundæ iudicio consequimur, vt à communione discedamus: cùm ad officium iudicis nihil amplius pertineat, quàm vt partem hereditatis pro instituto restitui mihi iubeat.

Ad l. Non possumus 7.

Ratio dubitandi. Per hereditatis petitionem cùm pars tantùm petitur, nemo alienam partem petit, sed suam, & quidem indiuisam, cùm non poterit vtiliter & iure diuidi hereditas ignorante eo qui verus coheres fuit. Nihil ergo repugnat, possit petitor etiam per hereditatis petitionem consequi vt à communione discedatur, Officio saltem iudicis ad quod maximè pertinet vt incidentes omnes quæstiones dirimat quæ in iudicio versantur, præsertim quod sit bonę fidei quale est petitionis hereditatis, *l. vltim. in fi. Cod. de pet. hered. iunct. leg. 1. Cod. de ord. iudic.* Nam post acceptum iudicium tota causa quæ ad hereditatem restituendam pertinet in iudicio versatur, Iudici autem bonę fidei postquàm index factus omnium rerum officium incumbit quæ in iudicio versantur, *l. A Edilis 25. §. idem sciendū est. infr. de edil. edict.* Et verò, qui fieri potest vt hereditas restitui videatur quæ non nisi indiuisa restituitur? Cùm in re communi quilibet sociorum habeat partem glebæ, ita vt nec minimam partem possit dicere ita suam esse quin sit etiam alterius, *l. illud 46. infr. De rei. nup.* Vnde fit vt in pari iure potior sit causa prohibentis, *l. Sabinus 28. infr. Commun. diuid.* quæ res ingentem materiam litium & discordiarum præbere solet, *l. in re communi 26. inf. vrban. præd. l. cùm pater. 77. §. dulcissimis De leg. 2.* quas tamē boni etiam iudicis est quàm primùm & quantum facere potest radicitùs euellere aut saltem diminuere, *l. quidam existimauerunt 21. infr. De reb. cred.* Nihil igitur causæ est cur non permittendum sit iudici qui de hereditate cognoscit inter petitorem, & cū quem petitor fatetur esse coheredem vt postquàm de hereditatis iure cognouit & partem hereditatis ad petitorem pertinere pronunciauit, etiam de ea diuidenda pronunciet tanquam de incidenti quæstione, *dict. l. 1. C. de ordin. iudic.* neque litigatores ad

nouam instantiam remittat, & ad Familiæ erciscundæ iudicium ex integro instituendum, Cùm vtriusque litigatorum valde intersit non tam multis vexari litibus & sumptibus, *l. 1. C. de admin. tutor. l. 1. sup. De inoff. testam. l. minorib. 6. l. minor annis 40. in pr. 5. De minor.* Nam & perindè interdum accidit vt iudex Familiæ erciscundæ etiam de hereditatis petitione cognoscat incidenter, *l. 1. vers. quod si possideat l. fundus qui dotis 51. § si ego infr. Famil. ercisc.*

Dec. Singulis controuersiis singulæ actiones propositæ & constitutæ sunt ne confusio & multiplicitas negotiorum & actionum pareret confusionem, Ne alioqui modus litium multiplicatus summas atque inexplicabiles faceret difficultates, *l. singulis 6. infr. De except. rei iudic.* Atqui alia controuersia est quæ fit de ipsa hereditate, alia quæ de hereditatis diuisione cùm nihil vetet plures esse coheredes, qui in communione sint, & in ea permanere velint, Nec nisi præpostera potest videri petitio diuidendæ hereditatis antequàm de hereditate cognitum & pronunciatum sit, Singulis ergo istis controuersiis singulas actiones ex lege 12. tabul. proponi necesse fuit, Petitionem hereditatis ei qui hereditatem ab alio possessam petere vellet, Iudicium verò Familiæ erciscundæ, ei qui hoc tantùm allequi vellet vt hereditas diuideretur. Suntque hæc iudicia licèt finitima, sic tamen separata, vt alias longè atque alias habeant præstationes multaq; veniant in petitionem hereditatis quæ in iudicium Familiæ erciscundæ venire non possunt & contra. *d. § si ego.* Denique ad officium iudicis qui de hereditatis petitione cognoscit, nihil amplius pertinet quàm vt partem hereditatis pro indiuiso iubeat restitui petitori, vt ex Iuliano hîc scribitur non etiam vt à communione discedatur, Nec tamen inde sequitur, quod Accursius infert, vt in hoc petitæ hereditatis iudicio incerta feratur sententia, cùm partis petitæ indiuisio non faciat partem incertam quæ modò certam quotam habeat. Certum enim est partem hereditatis quam ego à te peto & meam esse contendo tuam non esse: quemadmodum & eam quæ tua est non esse meam, Et quamuis partes istæ dignosci non possint diuisione corporum, intellectu tamen iuris non modò subsistere sed etiam separatæ esse intelliguntur, *leg. Meuium 66. § duorum infr. De leg. 2.* Quanquã nec nouum est vt incerta quoque sententia interdum feratur. Etsi enim curare bonus iudex debet quantum potest vt sententiam certam ferat, *§ curare De action.* Si tamen res de qua lis est adeò incerta sit vt certa sententia ferri non possit, permittendum ei est vt ferat incertam sufficitque in executione iudicati certum posse fieri quod in sententia incertum fuit, vt in exemplis quę Accursius adfert De noxalibus actionibus, De alternatiua obligatione quæ non nisi alternatiuam potest parere condemnationem. Item quando pronunciatur legatum deberi deducta falcidia, vt in *l. etsi non 8. § 1. infr. Commun. diuid.* Quamuis non videatur verum quod de noxalibus actionibus addit Accursius. Nam in iis certissima fit condemnatio nimirum ad litis æstimationem quæ semper certa pecuniæ quantitate æstimatur, Neque noxæ deditio in condemnatione est. vt neque in petitione, sed tantùm in præstatione ex lege duodecim tabularum, *l. miles 6. § 1. infr. De re iudic.*

8. IVLIANVS libro 48. Digestorum.

PErmittendum erit possessori hereditatis, partem quidem hereditatis defendere, partem verò cedere. nec enim prohibet, aliquem totam hereditatem possidere, & partem scire dimidiam ad se pertinere, de altera parte controuersiam non facere.

Ad l. Permittendum 8.

Ratio dubitandi. Hereditas videtur esse indiuisibilis, *l. Pomponius 8. infr. De rei vindic.* cùm sit nomen iuris & in iure consistat, *l. hereditas 50. sup. tit. prox.* In iis autem quæ sunt indiuisibilia non potest quis partem defendere & partem indefensam relinquere, *l. si cum vno 4. supr. si ex noxal. caus. agat. l. 4. in fin. l. in executione 85. § in solidum l. cùm ex causa 139. inf. de verb. obl.* Sicut neque potest debitor à solutione vsurarum pro parte se liberare offerendo solutionem sortis pro parte si non ab initio conuenerit, vt solui per partes posset, *l. tutor 41. § Lucius infr. De vsur.* Nec pignus lui pro parte cùm sit indiuisibile, *l. heredes 16.* idem obseruatur & *§ praeced. inf. famil. ercisc. d. l. in executione 85. § pen. inf. De verbor. oblig.* Ergo non est permittendum possessori hereditatis à quo petitur hereditas vt partem quidem hereditatis defendat, parte verò cedat. Præsertim cùm petitio hereditatis non detur nisi contra eum qui nullum habeat titulum suæ possessionis, sed possideat pro herede tantùm vel pro possessore, *leg. regulariter 9. cum seqq. supr. tit. prox.* quod cùm euenit non magis pro parte ius vllum habere possessor potest quàm pro tota hereditate.

Dec. Nihil prohibet aliquem totam hereditatem possidere, & partem scire aut potiùs putare ad se pertinere dimidiam, Pro altera verò parte nolle controuersiam facere, Et quemadmodum esset absurdum prætextu dimidiæ partis quam ad se pertinere crederet cogi eum de illa etiam parte litigare in qua nihil sibi iuris adscriberet. Ita nec prætextu eius partis quam fatetur ad se non pertinere cogendus est pro alia parte quam suam esse contendit indefensum ius suum, *l. illud 40. sup. tit. prox.* Nec enim hereditas est res adeò indiuisibilis vt non facilè & commodè recipere diuisionem, non quidem corporalem, vt solent substantiæ corporeæ, sed incorporalem & quæ iuris intellectu fiat, quemadmodum hereditas non nisi iuris intellectu subsistit, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. Meuium 66. § duorum De legat. 2.* Hereditas enim diuiditur in duodecim vncias, & in alias partes quę singulæ separatum nomen habent, *l. seruum meum 50. § vlt. infr. De hered. instit.* Habent tamen hoc simile quod conueniant omnes in nomine totius. Sunt enim partes homogeneæ nec potest vlla esse pars hereditatis, quæ non sit hereditas, vt scripsi ad *d. l. hereditas 50. supr. tit. prox.* Denique pertinet ad boni iudicis adeoque ad Prætoris officium lites saltem diminuere quas in totum tollere non possit, *l. quidam existimauerunt 21. inf. De reb. cred.* Et sicuti pars hereditatis peti potest *tot. hoc tit.* ita & possessor hereditatis totius à quo tota hereditas petitur partem eius offerre potest.

9. PAVLVS

9. PAVLVS libro tertio Epitomarum Alfeni Digestorum.

CVm multi heredes instituti essent, ex his vnus in Asia erat. eius procurator venditionem fecit, & pecuniam pro parte eius abstulerat. postea apparuerit, eum, qui in Asia erat, antea decess. sic instituto ex parte dimidia herede procuratore suo & ex parte alia. Quæsitum est, quemadmodum pecunia ex hereditate petenda esset. Respõsum est, ab eo qui procurator eius fuisset, totam hereditatem, quia ex hereditate ea pecunia fuisset quę ad procuratorem ex venditione peruenisset, petere eos oportere, & nihilo minùs partem dimidiam petiturum à coheredibus [a] eius ita fore, siue omnis ea pecunia penes eum, qui procurator fuisset, resideret, vt omnem per iudicem ab eodem recuperarent, siue is partem dimidiam coheredi suo reddidisset, ipsum ex dimidia parte, & ex dimidia coheredes eius condemnarent.

Ad l. Cùm multi 9.

Ratio dubitandi. ex *l. prox. seq.* quod hic quem lex ait conueniri posse petitione hereditatis neque pro herede, neque pro possessore possidet precia quæ accepit ex distractione rerum hereditariarum, sed tanquam procurator vnius ex heredibus institoris quem putabat viuere in Asia cùm is iam viuo adhuc testatore decessisset. Quòd si respondeas cum Accursio intelligendam esse hanc legem de eo qui contendat se heredem, atque ita incipiat ea precia possidere pro herede, Replicabo non esse illi permittendum vt mutet sibi causam possessionis, quam nec alius quisquam mutare sibi potest *l. 3. §. illud quoque ff. de acquir. poss. l. cùm nemo. C. eod. l. 2. §. quod vulgo infr. pro hered.* Ergo nec hereditatis petitione conueniri potest.

Dec. Quisquis possidet aliquid hereditarium aut quod in locum rei hereditariæ subrogatum videri possit, si contendat se heredem, & moueat hereditatis controuersiam, tenetur hereditatis petitione adeoque debitor hereditarius tanquam iuris possessor *l. nec vllam* 13. aliàs *l. etia §. vlt. & l. seq. l. quod in diem* 16. *§. non solum l. si debitor.* 42. vbi dixi *supr. tit. prox.* Ergo & hic procurator conueniri eâdem actione poterit cùm ex causa gestionis quam susceperat tanquam procurator factus sit debitor hereditarios, nunc verò se dicat heredem, Existimans fortasse per errorem facti heredem institutum & à quo fuerit ipse institutus decessisse post acquisitam hereditatem, Aut per errorem iuris hereditatem acquiri per procuratorem potuisse, Aut etiam non aditam ad heredem transmitti contrà quàm ratio iuris ferat *l. per procuratorem 90. infr. De acquir. hered. l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. tollend.* Nam nec bonorum possessio non agnita transmittitur, nec si ab alio petita sit nostro nomine nisi eam petitionem ratam habuerimus & quidem intra idipsum tempus intra quod peti potuisset *l. 3. §. acquirere ff. de bonor. poss. l. Pannonius 86. ff. De acquir. hered. l. vlt. infr. Rat. rem haber.* Atque ita concludit etiam Papinianus in *l. prox. seq.* vbi eadem ferè species proponitur nisi qood hîc tractatur de procuratore, Ibi de filio aut instituto aut exheredato. Nec est quod quis obiciat procuratorem hunc nõ posse mutare sibi causam possessionis, Non tam enim mutat quàm mutatur ei vt Accursius loquitur, ex causa scilicet extrinseca superueniente vt in *l. non solum 33. §. quod vulgo infr. De vsucap.*

a *Ex nihilominus partem dimidiam petiturum à coheredibus*, Legendum est *à coherede.* Sequitur enim *coheredi suo reddidisset* & posteà *coheredem eius.* Idque ipsa etiam dimidiæ partis expressio demonstrat, Duos scilicet tantùm fuisse coheredes, quod & præcedentia illa clariùs demonstrant *instituto ex parte dimidia herede procuratore suo ex parte alio.* Ratio dubitandi. Non potest fieri vt quis totam hereditatem ab vno petat & eiusdem hereditatis partẽ ab alio. Ita enim fieret vt diceret se bis idem consequi velle, Præter id quod implicat contradictionem vt extra totam hereditatem pars vlla sit hereditatis. Absurdum igitur est vt quis totam hereditatem petat ab vno coherede & partem hereditatis ab alio.

Dec. Is qui hereditatem vel hereditatis partem petit, ius actionis metitur, non ex eo quod possessor occupauit, sed ex proprio suo iure *l. 1. §. 1. supr. hoc tit.* Atqui hîc ius habent petendæ totius hereditatis actores qui fuerãt instituti coheredes simul cum eo cuius procurator heres pro parte fuit. Iure scilicet adcrescẽdi. Neqoe enim hîc de fisco quicquam tractandum est, cùm potuerit absens ille mori, quomodo ponendum est mortuum cum esse post apertas tabulas & ante aditam hereditatẽ. Quo casu neque caduca eius pars dici poterat, neque quasi caduca vel in causa caduci *l. vnic. §. & cùm triplices C. de caduc. tollend.* Possunt ergo totam hereditatem petere à procuratore solo licèt non possideat totam hereditatem adeoque nec tota precia rerum venditarum, Præsertim cùm dolo malo videatur desiisse possidere partem illam preciorũ quam coheredi suo reddidit, quandoquidem sciebat aut scire debebat neque ad se neq; ad coheredem suum pertinere eam hereditatem quæ defuncto acquisita numquam fuisset. Rursus à coherede cui pars illa pecuniæ reddita est possunt iidem actores etiã partem hereditatis petere non vt bis idẽ consequantur, sed quia potest idẽ nobis deberi à pluribus aut etiam ab vno ex pluribus causis licèt meum esse ex pluribus causis nõ possit *l. non vt ex pluribus 159. De regul. iur.* Nec dubitari potest quin habeant ius petendæ partis hereditatis ꝗ qui etiam totam hereditatem petere possent si vellent à coherede procuratoris. Nam à quo peti potest pars hereditatis, potest etiam peti tota hereditas, nisi possessor pro alia parte heres sit. At hîc rursum illa incurrit hæsitatio, si verũ est vt est quod diximus, in hac actione ius esse metiẽdũ ex iure actoris non ex eo ꝙ possessor occupat. Cur non igitur hereditas tota petatur etiã à coherede cui partẽ pecuniæ procurator idemq; coheres contulit? An nõ enim possunt petitores in hac specie iure cõtendere hereditatem totam suam esse? Accursius videtur hãc dubitationem præsensisse, Cùm id quod lex ait, actores totam hereditatẽ ab eo qui procurator fuit petere oportere ita explicat, vt totam pecuniã quæ ex distractione ad procuratorem peruenit possint ab eo petere per hereditatis petitionẽ. Quasi verò

non hereditas tota hoc casu petenda sit, sed pars tãtùm hereditatis, Eo saltem casu quo procurator pecuniam ex venditione redactam cum coherede diuiserit. Quod tamẽ verbis Pauli omnino repugnat. Malo dicere, Totam hereditatem peti à coherede, tùm quoque quando pecuniam diuisit cum coherede, quia & ipse est qui vendidit in solidum, & ad ipsum tota pecunia peruenit quam licèt postea cũ coherede diuisit actionem, tamẽ quæ semel aduersus eum competere cœpit, diminuere non potuit facto suo, Non solùm si dolo malo id fecerit, quo casu adhuc totũ possidere videtur cùm dolus pro possessione sit, sed etiamsi per errorem iuris qui excusare solet à dulo *l. sed etsi 25. §. scire*. *s. tit. 1.* Sèmel enim quæsitam alteri actionem aut exceptionem nemo tollere facto suo potest ex *reg. l. id quod nostrũ 11. De regul. iur. l. vlt. sup. de pact. l. si ego 9. si res sup. De iur. dot. l. si seruum 91. §. videamus. j. de verbor. obligat.* A coherede verò qui non nisi partem pecuniæ possidet, etiam partem dũtaxat hereditatis peti oportere. Non quòd ex eo quod ipse possidet ius petitorum metiendũ sit, Sed quia huius quoque partis nomine tota hereditas petitur à procuratore. Et satis supérque petitoribus consulitur, cùm iis permittitur partem hereditatis petere ab eo à quo nec si totam hereditatem peterent, quicquam tamen supra dimidiam consequerentur, Cùm non ad aliud condemnari possit coheres quàm ad restitutionem eius quod habet, Habet verò partem duntaxat dimidiam, Verùm hîc adhuc ille scrupulus superest quod qui partẽ duntaxat hereditatis petit à possessore non nisi partem consequi potest eius rei aut quãtitatis quæ est penes possessorem *dict. l. 1. §. 1. & seqq. supr.* Ergo si non nisi partem hereditatis actores isti petant à coherede qui non nisi dimidiã preciorum partem possidet, quomodo fieri poterit vt per eam petitionem totam illam dimidiam consequatur? Et tamen ita esse Paulus scribit, Agentes hoc modo petitores consecuturos, vt siue omnis ea pecunia penes eum qui procurator fuisset resideret, eam totam per iudicem ab eodem recuperarent, siue is partem dimidiam coheredi suo reddidisset, ipsum ex dimidia parte, & ex dimidia coheredem eius condemnarent. Quæ me ratio cogit, vt facilè mihi persuadeam locũ hunc esse mendosum tollendáque verba illa *partem dimidiam hereditatis* tanquam quæ ex imperiti alicuius interpretis glossa in textum irrepserint, Quibus circũscriptis sensus erit apertus & verus, Posse in proposita specie actores totam quidem hereditatẽ petere à procuratore ad quem tota pecunia ex venditione peruenisset, sed nihilominùs à coherede quoque eius, suppleo quod ex præcedentibus necessariò suplendum est, perinde illos petere posse totam hereditatem, Non tantùm in illo casu quem Accursius supplet ex sequentibus, & de quo nihil adhuc expressit Paolus, si eius pecuniæ partem procurator coheredi suo reddiderit, sed etiamsi tota ea pecunia penes procuratorem remanserit, & in omnem euentum, quia tùm quoque cùm nihil habuit coheres ex ea pecunia, iuris tamen hereditarij quasi possessor est, tùm habeat actionẽ aduersus procuratorem eundémque coheredem ad eam pecuniam diuidendã. Possunt igitur actores etiam ab eo petere hereditatem, & quidem totam, quia sunt ex asse heredes, licèt is non nisi dimidiam partem possideat precij rerum hereditariatum. Nec aliter locum hunc explicari posse arbitramur.

10. PAPINIANVS libro sexto Quæstionum.

CVm heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat viuo testatore decessisse [a], partem hereditatis nomine patris, vt absẽtis, administrauerit, & pecunias, distractis rebus, acceperit: hereditas ab eo peti non potest [b]: quia neque pro possessore pretia possidet, sed, vt filius, patris negotium curauit [c]. Negotiorum autem gestorũ actio [d] cæteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim vtique non est metuendum [e], ne etiam patris à quo fortè exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit: cùm id, quod administrauit, non fuerit paternæ hereditatis. Nã & si negotiorum gestorum actio sit ei, cuius nomine perceptum est: ei, cuius nomine, restitui æquum est. Sed in proposito neque patris negotia successerunt, qui esse desierat: neque paternæ successionis, quæ fuerunt alterius hereditatis. Quòd si filius iste [f] patri suo heres extitit, & mouet controuersiam, quòd pater eius, postquam heres extitit mortem obierit: ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. quoniam tamen [g] qui negotia hereditaria gessit, & debitor esse cœpit, posteà faciẽs controuersiam hereditatis, vt iuris possessor, conuenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

Ad l. vlt. Cùm heredis.

Hæc lex eandem ferè sententiam habet easdémque penè dubitandi & decidendi rationes. Sed quemadmodum plures & minutiores habet particulas, sigillatim eas nos persequemur, & explicabimus.

a *Qui patrem suum ignorabat viuo testatore decessisse.* Ratio dubitandi. Cùm heres siue ex asse, siue ex parte scriptus moritur viuo testatore. Hereditas aut hereditatis pars illa fit in causa caduci *l. vnic. §. & cũ triplici, & §. pro secundo. Cod. de caduc. tollend.* & cõsequenter vadit ad fiscũ si interpretibus credimus qui id probari putãt ex supradictis locis, & ex *l. itẽ veniunt 20. § ait Senatus s. tit. prox.* Maximè verò ex *d. §. pro secundo.* vbi Iustinianus ait se corrigentem ius vetus sancire, vt quæ sunt in causa caduci maneant penes eos à quibus derelicta sunt, sed cum suo onere. Hoc verò si ita est non potest locus esse quæstioni à Papiniano propositæ, An patris coheredibus, an potiùs ipsius heredibus teneatur petitione hereditatis filius qui negotia hereditaria nomine patris tanquam absentis curauit.

Dec. Vel hic maximè locus probat errare in eo nostros interpretes quod putant quasi caduca olim ad fiscũ pertinuisse. Nam imò verò lex Iulia Papia de caducis tantùm locuta fuerat nõ de quasi caducis & caducá sola introduxerat quæ Iustinianus sustulit non quasi caduca, quod & Vlpianus noster in *Instit. Tit. 47. de caducis* satis ostendit, vbi vllũ verbum de quasi caducis. Idémque probari etiam potest ex

test ex *sponte d.* vbi quod ponitur vnum ex institutis heredibus antea decessisse eũ intelligi nõ posse sit de eo, qui post mortem testatoris decesserit ante apertas tabulas (ea namque res fisco viam aperuisset) non de alio intelligi potest quàm qui viuo testatore decesserit, Ergo non minùs is post testamentum, quàm si ante. Esse enim durum cum Accursio & Cuiacio, & si Græcos omnes adiungas hoc restringere ad eum casum quo mors ante testamentum contigisset vt pro non scripto potiùs quàm quasi caduca hereditas videatur. Non enim satis propriè dici posset ante gestionem ab heredis procuratore factam decessisse is qui iam ipso testamenti tempore defunctus fuisset, nec rursus viuo testatore mortuus esse is, qui antè decessisset, quàm paterfamilias testatus esset. Aliud enim est dicere formaliter loquendo *viuo patrefamilias*, Aliud autẽ *viuo testatore*, licèt Cuiacius noster ad Papin. in hunc locum aliter sentiat, communẽ interpretum errorem secutus. Moritur enim viuo patrefamilias etiam is qui moritur ante testamentum. At viuo testatore moritur is demùm qui post testamentum ante quod scilicet nec testator quisquam dici potest. Soleo etiam probare hanc eandem sententiã ex *l. pater meus 29. De legat. 2.* vbi miror virum doctissimum Iulium Pacium apud Gothofredum adnotasse nescio quid de caducis, cùm ea lex loquatur de legato quasi caduco quod viuo testatore defecerat, non autem de caduco. Quid ergo est, inquies quod hac parte Iustinianus ex iure vetere correxerit in *d. §. pro secunda*? Non illud sanè meo iudicio quod putant interpretes vt quasi caduca non transeunt hodie ad fiscum quæ nec olim transibant, Sed vt hodie non remaneant sine onere, quomodo, ni fallor, olim remanebãt, Extra casum *d. l. pater meus*, qui videbatur specialem habere rationem in adfectione testatoris erga concubinam, quam prudentes nostri dicunt ab vxore differre honore tantùm & dignitate non etiam adfectione *l. Titĭo legato 4. §. parui autẽ refert De legat. 3.* Obseruandum etiam est, ideò dicta fuisse quasi caduca & *in causa caduci* non tanquam eorum causa & ratio eadem esset quæ caducorum, sed potiùs vt appareret non esse caduca quæ tamen propè accederent ad caduca. Incipiebant enim caduca ex die mortis testatoris in diem vsque aperturæ tabularum: Quasi caduca verò à die testamenti in diem vsque mortis. Cùm ergo lex Iulia Papia de caducis tantùm locuta esset, vt Iustinianus initio illius constitutionis præfatur, ad quasi caduca pertinere & extendi certè nec potuit ex vi verborum nec debuit per interpretationem tanquam odiosa *l. hoc modo 64. in fin. De condic. & d. monstr. iunct. l. cum quidam 19. De liber. & post. cap. odia De regul. iur. in 6.*

b *Hereditas ab eo peti non potest.* Ratio dubitandi. Hic filius licèt tanquam absentis patris bona administrauerit, cùm tamen reuera pater heres cum aliis institutis iã viuo testatore decessisset, non alterius quàm ipsius hereditatis negotia gessisse videri potest, cùm reuera fuerint negotia hereditaria. Ponimus enim quod necessariò ponendum est vt & Cuiacius docet fuisse bona à filio administrata nomine patris absentis antequàm adita esset hereditas à coheredibus patris, Alioqui non hereditarium, sed heredum negotium gestum videretur *l. quod si in diem 16. §. non solum § tit. prox.* & iacentis hereditatis negotia gesta esse oportet vt qui gessit obligetur hereditati & hereditatem sibi obliget eumque qui posteà heres extiterit, *l. nam & Seruius 21. §. qui negotia sup. De negot. gest.* Ergo in hac specie filius fuit debitor hereditarius, quia nõ tam inspiciendum est cuius negotia gerere se putauerit, quàm cuius reuera gesserit ad inducendam vltrò citroque obligationem & actionẽ Negotiorum gestoro *l. 5. §. 1. & l. 6. § sed quæritur l. quæ vtiliter 45. vlt. supr. eod. tit. l. an hoc iudicium 14. §. 1. j. commun. diuid.* Ita fit vt quasi possessor iuris hereditarii existimari debeat qui est debitor hereditarius, & consequenter vt hereditatis petitione conueniri possit *l. nec vllam 13. §. vlt. d. l. quod si in diem 16. §. non solum sup. tit. prox.*

Dec. Is demùm tenetur petitione hereditatis qui sibi possidet non qui alii, quique, nõ quoquomodo possidet sed vel pro herede vel pro possessore *l. regulariter 9. & seqq. eod. tit.* adeoque qui controuersiam facit hereditatis, Nam & hoc maximè requiritur *l. si debitor 42. sup. eod.* vt diximus etiã ad legem præcedentem. Atqui filius hic de quo tractamus neque possedit hereditatem sibi sed patri, neque pro herede aut pro possessore precia quæ ex venditis rebus hereditatis redegit possidet, sed patris negotia curauit, neque rursum contendit se heredem mouétve petitoribus vllam de hereditate controuersiam, Vt apparet ex alia specie quam subiungit & tractat idem Papinianus noster in fine huius legis in *vers. quod filius.* Ergo hereditatis petitione conueniri nullomodo potest licèt reuera sit debitor hereditarius.

c *Sed vt filius patris negotium curauit.* Ratio dubitandi. Etiam is qui absentis negotium gessit potest hereditatis petitione cõueniri, Non equidẽ quandiu absens ille potest ratum habere quod suo nomine gestum est, quia eo casu verum est, Non videri pro herede vel pro possessore possidere illum qui contemplatione alterius possidet, Sed tũc saltem cùm absens ille cuius nomine fuit gestum negotium aut ratum habere noluit aut desiit ratum habere posse. Quo casu videtur iã prædo esse ac suo nomine teneri posse *l. nec vllam 13. §. si quis absentis sup. tit. prox.* Atqui in proposita specie, pater cuius tanquam absentis negotia filius curauit cùm iam esset mortuus, nec ratum habuit vnquam, nec ratum habere amplius potest cùm sit mortuus, nec rursus ratum habere ipsius heredes possunt nec si defuncti nomine petita esset bonorum possessio, quoniam neque hereditas non adita neque bonorum possessio non agnita licèt ab alio petita transmitti ad heredẽ potest *l. vnic. §. in nouissimo C. de caduc. toll. l. 3. §. acquirere j. De bonor. poss. l. Papinianus 86. j. De acquir. hered.* Ergo videtur iam esse prædo filius qui ea negotia patris velut absentis nomine gesserat cùm ipse suo nomine incipiat esse debitor hereditarius, ideoque & hereditatis petitione conueniri potest.

Dec. Vt quis petitione hereditatis conueniri possit, non sufficit vt incipiat suo nomine & quasi prædo possidere, sed illud præterea omnino requiritur vt hereditatis controuersiam faciat petitori. Alioquin tametsi sit debitor hereditarius, & quasi possessor iuris hereditarii, hac tamen actione conueniri nõ potest, vt iam diximus ex *d. l. si debitor 42. sup. tit. prox. l. 1. § quinimò vers. proinde & l. per miniterendũ 8. sup. hoc tit.* In eo autem casu quem tractamus

filius non faciebat controuersiam hereditatis, vt constat ex *vers. quod si filius*, ad finem huius legis. Aliud porrò est controuersiam facere hereditatis, aliud verò possidere pro herede, Cùm possit etiam is qui pro possessore possidet, nec adserit se heredem, neget tamen petitorem heredem esse, quomodo intelligi debet quod scriptum est in *d. §. si quis absentis*.

d *Negotiorum autem gestorum actio*. Ratio dubitandi. Non potest dari actio negotiorum gestorum ei cuius nomine gestum non fuit negotium si non saltem per ratihabitionem is negotium suum fecerit, vt in *l. si pupilli 6. §. item quæritur supr. De negot. gest.* Atqui filius hic neque gessit negotium pro coheredibus patris & eorum contemplatione, cùm gesserit nomine patris tanquam absentis quem putabat adhuc viuere cùm esset iam mortuus, Neque coheredes illi patris ratum habuerūt adeoque nec ratum habere potuerunt negotium quod non ipsorum nomine gestum erat *d. §. item quæritur*, Non igitur potest hic filius teneri coheredibus patris actione negotiorum gestorum.

Dec. In actione negotiorum gestorum danda vel deneganda non tam inspicimus cuius nomine gestum sit negotium quàm cuius negotium reuera fuerit, vt iam diximus ex *l. 5. & l. seq. §. item quæritur l. quæ vtiliter 45. §. vlt. sup. de negot. gest. l. in hac actione 14. §. 1. j. Commun. diuid.* Ne alioqui eueniat vt ob erroneam opinionē gerentis locupletetur dominus ex ipsius iactura contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. inf. De condict. ind.* b. Porrò gessit hic filius negotium coheredum patris hoc ipso quo gessit negotia hereditatium cùm portio patris hereditaria iure adcrescendi ad coheredes peruenerit, Nam & contra illos posset perinde agere si qua in re suo sumptu hereditatem auxisset.

e *Illud etiam non est metuendum*. Ratio dubitandi. Filius gessit negotia hereditatis tanquam negotia patris qui erat vnus ex heredibus institutis & quem putabat adhuc viuere, Ergo si non sit ipse heres patris sed exheredatus poterit ab heredibus patris actione negotiorū gestorum conueniri.

Dec. Gessit quidem hic negotia hereditaria sed quæ nunquam fuerunt paternæ hereditatis, quia portio quæ patri ipsius delata fuerat nūquam fuit ei acquisita, neque verò acquiri ei potuit cùm iam viuo adhuc patre decessisset. Proinde cùm neque patris vnquam interfuerit qui heres nunquā fuit, neque heredum ipsius ad quos nihil omnino iuris ex hereditate non adita transmittere potuerit, Consequens est vt metuere nō debeat ne à patris heredibus actione negotiorum gestorum conueniatur. Nec pro heredibus patris replicari potest, Actionem negotiorum gestorum ei dari solere cuius nomine debitum exactum fuit quamuis reuera nihil ei debitū fuerit, vt in *d. l. 6. §. item quæritur, & seq. sup. de negot. gest.* Id enim ita intelligendum est si modò is, cuius nomine debitum exactū est postea ratam habuerit exactionem, vt omnes interpretes consentiunt: Hìc autem neque ratihabitio vlla patris secuta est neque sequi potuit. Ideoque nec æquum est patris heredibus restitui quod ipsius patris nomine perceptum est. Nimirum quia vt subiicit Papinianus, in proposito neque negotia patris fuerunt qui esse desierat, neque paternæ successionis quæ fuerunt alterius hereditatis. Et hic certè non obscurus Papiniani sensus est in *vers. nam etsi negotiorum*. Sed obscuriorem locum facit mutilus contextus verborum. Nam in Pand. Florent. sic legitur *nam etsi negotiorū gestorum actio sit ei cuius nomine perceptū est ei cuius nomine restitui æquum est*, quæ nullius omnino sensus lectio est. Vulgo autem sic loquitur. *Nam etsi negotiorum gestorū actio sit ei cuius nomine debitū exactum est hoc tamen quod alieno nomine perceptum est restitui æquum est.* Vbi noster Accursius articulum illum *hoc* sic explicat vt suppleat *casu*. Cuiacius verò paullo dissimiliter sic locū emendat vt pro *hoc* legat *hic* eo sensu ac si scriptum esset in hoc casu. Quod etsi probabilius est quàm vt putemus Papinianū scripsisse simpliciter *hoc* pro eo quod scribere voluit *hoc casu*, mihi tamen nec emendatio ista probabilis videtur. Nihil enim de proposito casu in hoc versic. Papin. sentit, vt apparet manifestissimè ex eo quod statim sequitur *sed in proposito* quæ essent omnino absurdè posita & inculcata si proximè præcedentia ad casum propositum pertinuissent. Quid ergo est? Puto ab illis verbis *nam etsi* vsque ad illa *sed in proposito* contineri obiectionem, & simul responsionem ex ratione iuris ad obiectionem. Applicationem verò responsionis in illis verbis *sed in proposito*. Obiectio illa est, quod negotiorum gestorum actio ei competat cuius nomine gestum fuit negotium & exactum debitum licèt nihil ipsi deberetur Responsio autem hæc vt id procedat *si tamen hoc quod alieno nomine perceptū est, restitui æquum est*. Actio namque negotiorum gestorum sicut est prætoria ita tota est ex æquitate, nec proinde vnquam datur ei cui id quod exactum & perceptum est ipsius nomine restitui æquum non sit. Atqui in proposita specie non est æquum vt quod filius exheredatus ex aliena hereditate percepit, patris sui nomine ipsius heredibus restituat quorum scilicet nihil interest, cum neque patris negotia fuerint qui iam decesserat, neque paternæ hereditatis. Legendum igitur vt dixi *si tamen* ac si pluribus scriptum esset *hoc tamen obtinet si quod perceptum est*, &c. Nemo enim hoc mirabitur qui in Papinianeę breuitatis elegātia vel minimùm versatus erit. Probabilem verò emendationem facit quod in Pand. Flor. scriptū est *ei* vbi nos duas easdem literas reponimus mutata duntaxar altera quæ est *e* in *s*. Item quod articulus ille *si* non valde distet â litera *h* quā paululū retracta studiores librarii vtebātur, vt nūc dictionē *hic* nunc illam *hoc* significarent, Nisi quis malit retenta dictione *hoc* ita legere addita dictione *si*, *Hoc tamē si quod perceptū est* quod fortasse probabilius fuerit. Non ergo is sensus est, quem Accursius, Cuiacius, & alii omnes putant vt æquū sit restitui coheredibus patris quod filius exegit, sed hoc agit Papinianus vt doceat æquum non esse restitui quicquam heredibus patris. Nam de ipsius coheredibus iam dictum fuerat in superioribus.

f *Quod si filius iste*. Ratio dubitandi. Nemo potest mutare sibi causam possessionis *l. 3. §. illud. j. de acquir. poss. l. cùm nemo 5. C. eod. l. 2. §. quod vulgò j. pro hered.* Atqui filius hic initio gestionis non possidebat precia rerum â se venditarum pro herede vel pro possessore, sed tanquam patris velut absentis negotium curans. Ergo non potest ex postfacto sibi mutare causam possessionis, & dicendo patrem fuisse heredem testatoris & se patris incipere pro herede possidere.

Dec

Deo potest mutari causa possessionis ex nouo titulo superueniente, quia hoc casu non tam sibi possessor eam mutat quàm mutatur ipsi, vt diximus ad legem præcedentē ex *l. non solum 33. §. quod vulgo.* In proposito autem noua causa mutandæ possessionis superuenit ex eo non quòd filius mortem patris cognouerit, quam nec ignorare poterat in priore legis huius specie cùm hereditatis petitione conueniretur, in quo miror errare Cuiacium, sed ex eo potiùs quòd cognouerat vel saltem audiuerat decessisse patrem post aditam hereditatem quam ipsius nomine filius curauerat. Nam si ita esset, dubitari non oporteret quin non tantùm noua causa sed etiam nouus titulus superuenisset, titulus scilicet hereditatis, qui faceret vt non tantùm conueniri posset hic filius petitione hereditatis tanquam possidens pro herede, sed etiam vt conuentus vincere deberet, tanquam qui verè heres esset. Nam & in petitione hereditatis licèt non detur illa nisi contra eum qui vel pro herede vel pro possessore possidet, nec titulum illum specialem habet suæ possessionis, nihil tamen vetat possessorem vincere, & summoueri petitorem, Sed cum hæc differentia inter eum qui possidet pro herede, & eum qui pro possessore quòd hic nunquam potest vincere nisi per non ius actoris, hoc est, negando actorem heredem esse si actor heredem se probare non possit: Ille verò qui pro herede possidet vincere potest etiam proprio suo iure, probato scilicet quòd sit heres verus. Nam qui scit hereditatem, siue totam, siue pro parte ad se pertinere tātò magis pro herede possidet *l. permittendum 8. sup. hoc tit.* At si saltum esset quod filius hic contenderet obiisse patrem postquàm heres extitisset, nullus quidem titulus superuenisse dici posset ad mutandam causam possessionis, sed tamen non eo minùs verum esset incipere hunc filium pro herede possidere ac sibi ipsi qui anteà non sibi sed patri possidebat, Nempe quia vt quis incipiat possidere pro herede sufficit vt se nunc primùm dicat heredem siue iure siue iniuria, Quod ex opinione & animi sui destinatione sola facere quilibet potest. Dico amplius, Nec ita fieri vt causam possessionis mutare sibi quis videatur. Qui enim antea possidebat patri non pro herede si posteà constituat apud se possidere pro herede, cùm tamen hereditatis titulus nullus superuenerit, perinde atque antea iniustus possessor est & sine titulo. Mutare autem sibi causam possessionis nihil aliud est quàm velle incipere possidere cum aliquo titulo, quod antea sine vllo possidebatur, aut quod ex vno titulo possidebatur, ex alio possidere velle *d. l. non solum §. quod vulgo De vsucap. l. quod meo 18. in princip. & l. seq. §. vlt. j. De acquir. poss.* Potest autem quis possidere pro herede, quantum ad hoc scilicet vt petitione hereditatis conueniri possit etiamsi nullum titulum habeat. In eoque errant vulgo permulti qui putant in hoc tractatu De petitione hereditatis, Possessorem pro herede dici eodem sensu & modo quo in tractatu De vsucapionibus *Tit. Pro herede:* Quod certè falsum est. Titulus enim Pro herede qui ad vsucapionem prodest ille est cùm quis verè heres est sed possidet rem aliquam quasi hereditariam quæ tamen ex illa hereditate non est, sed aliena, Nam ad vsucapionem verum titulum esse oportet, non opinatum aut omnino commentitium *l. Celsus 27. De vsucap.*

Nec prodesse quicquam potest ei qui cùm non sit heres, contendit tamen se heredem siue bona fide siue per mendacium vt vsucapiat pro herede sed vt possideat quis pro herede nō ad causam vsucapionis, sed ad effectum suscipiendæ petitionis hereditatis sufficit, vt dicat se heredem esse, vel per mendacium. Cur enim requireremus titulum verum in eo qui se dicit possidere, Pro herede, cùm nullum possit obtendere is qui possidet, Pro possessore, quē tamen certum est tantò magis petitione hereditatis conueniri posse. Idque est quod videtur Papinianus noster sentire cùm ait *ille tractatus incurrit an ipse causam possessionis mutare videatur*, Vt scilicet innuat nec eū mutare sibi causam possessionis, nec ei mutari, sed hoc tātùm noui accidere vt iam possit hereditatis petitione conueniri: qui anteà non poterat, Idque ob hoc solū si quòd negat aduersarium heredem, facitque ei controuersiā hereditatis. Nec hoc tantùm, sed prætereà dicit se heredem quamuis nullo iure. Hoc verò nec Accursius, nec Cuiacius, aut cæteri interpretes perceperunt qui locum hunc accipiunt, vt fateātur filium in hoc posteriore casu mutare causam possessionis, sed id absurdū nō esse Papinianus velit quasi quod ex superueniēte noua causa accidat, Licèt in causa illius mutationis dissentiant. Neque rursum defendi potest quod vult Cuiacius in *l. nec vllā 13. § si quis absentis. sup. tit. proxim.* æquè mutari causam possessionis in eo qui cùm absentis negotia gessisset, quæ is rata habere noluisset, posteà suo nomine & pro possessore inceperat possidere. Nam nec is mutat sibi vllomodo causam possessionis, nec ei mutatur. Sed quod anteà non possidebat, nisi alij posteà incipit ille sibi possidere, at vitiosè nullóque titulo. Tantùm abest vt verum sit quod vult Cuiacius solā cognitionem mortis patris, aut solam non ratihabitionem eius, cuius nomine gestū est negotiū posse vim habere noui tituli, & nouæ causæ ad mutādā possessionē.

g *Quoniam tamen.* Concludit tandem Papinianus in hac posteriore specie filium, qui sit heres patris cuius velut absentis negotia curauerat si cōtendat patrem quoque heredem fuisse & post aditam hereditatem decessisse, atque ita faciat cōtrouersiam patris hereditatibus coheredibus patris posse conueniri petitione hereditatis tanquam iuris possessorem. Exemplo scilicet alterius cuiuslibet iuris hereditarij quasi possessoris.

Ratio dubitandi iam satis expressa est in præcedentibus, quod ab initio hic filius neque pro herede, neque pro possessore precia rerum hereditariarum à se venditarum possederit, sed tāquam patris negotia curauerit. Posteà verò possessionis causam mutare sibi non potuerit. Quod vtrunque verum sanè est. Sed decidendi ratio illa est fortior quod quisquis hereditaria gessit negotia, ex eáque causa factus est debitor hereditarius, vtique iuris possessor est, nec quoquomodo, sed pro herede cùm facit controuersiam hereditatis. Nec ideò mutat sibi causam possessionis, cùm perinde atque anteà nullum habeat titulum, nec iustam vllam possessionem, sed tantùm incipiat possidere suo nomine quod anteà nullomodo possidebat, sed patri, vt explicauimus in superioribus: Concurrunt ergo hîc omnia quæ facere debent vt hereditatis petitione conueniri possit tanquam iuris quasi possessor *d. l. nec vllam 13. §. vlt. l. si debitor 42. supr. tit. prox.* Atque ex his tota hæc lex feliciter explicata sit.

DE POSSES. HERED. PETIT.

TITVLVS V.

1. VLPIANVS libro 15. ad Edictum.

ORDINARIVM fuit, post ciuiles actiones [a] heredibus propositas, rationem habere prætorem etiam eorum, quos ipse velut heredes [b] facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

Ad l. Ordinarium fuit.1.

Ordinarium dicit hîc Vlpianus pro eo quod dicit in *l.1. Titul. seq. Ex ordine* significans scilicet ordinem edicti perpetui, eiusque ordinis rationem reddens.

a *Ciuiles actiones heredibus propositas.* Intelligit haud dubiè actiones Petitionis hereditatis competentes ei qui iure ciuili heres est, siue ex asse in solidum, siue pro parte: quas constat esse ciuiles non prætorias, cùm ex eodẽ iure sint quo & hereditates ipsæ id est, ex lege duodecim tabularum *l. lege obuenire 130 de verb. signific.* Ex qua etiam est iudicium Familiæ erciscundæ inter coheredes *l.1.ff. Famil. ercis.* Proponuntur tamen & dantur à Prætore, cuius nimirum est dare actiones omnes, nec minùs ciuiles, quàm prætorias, vt diximus ad *l.1. Tit. prox. praeced.* Loquitur autem de ciuilibus actionibus petitionis hereditatis in plurali numero, Non tam quòd alia sit petitio hereditatis quæ mihi, alia quæ tibi competit, vt putat Accursius, quàm quod alia sit petitio per quam tota hereditas petitur. Alia verò, per quam pars hereditatis, Non quasi hereditatem nõ petat is, qui partem hereditatis petit, cùm quælibet pars hereditatis sit hereditas. Sed quoniam in petitione partis hereditatis multa sunt singularia & singulari iure recepta quæ non obtinent cùm tota hereditas petitur, vt ex iis quæ ad superiorem titulum scripsimus intelligi facilè potest: Maximè autẽ ex eo quod incerta pars hereditatis peti interdum potest, aut certa pars cum adiectione incertæ partis. Quod in petitione, per quam tota hereditas petitur nunquam contingit.

b *Velut heredes.* Ratio dubitandi. Prætor nõ potest facere heredem *§. quos autẽ. Instit. de bonor. poss.* quia cùm dicimus heredem significamus dominum *§. ult. Instit. de acquir. hered. qualit. & differ.* Prætor autẽ non potest facere dominũ scilicet Quiritiarium, quoniam dominium ex iure Quiritium non transfertur nisi per legem quæ est vnus ex modis sex acquirendi dominii quos recenset Vlp. in *Fragment. Tit. 19. De acquisit. rer.* Prætor verò non potuit facere legẽ sed populus solus *§. lex est Inst. de iur. natur. gent. & ciuil. l.1. & tot. tit. ff. de legib.* Lex proinde sola est, quę & hereditatem, & heredem facere potest *l. filiusfamilias 18. ff. ad leg. falcid. l. lex Cornelia 28. De vulg. & pupill. subst.* Ergo quãtumuis prætor det bonorum possessionem per quam bonorum possessor fiat loco heredis, & velut heres, quomodo hîc loquitur Vlpianus, non potest tamen prætor tribuere ei hereditatem, & consequẽter nec ei dare petitionem hereditatis vllam siue possessoriam siue aliam quamlibet. Nam & possessoria hereditatis petitio, tamen petitio hereditatis est. Itaque si cum Accursio, lubeat huius Tituli inscriptionem emendare, dicendum erit inscribi Titulum debuisse non quomodo putat Accursius *De bonorum possessoria hereditatis petitione.* Quis enim sensus erit si & bonorũ & hereditatis mentio fiat? Sed sic potiùs *De possessoria bonorum petitione,* Vt quemadmodum heredi datur petitio hereditatis, ita & bonorum possessori detur possessoria bonorum petitio.

Dec. Etsi prætor heredem facere non potest, attamen cùm dat alicui bonorum possessionem siue edictalem siue decretalẽ cõstituit bonorum possessorem loco heredis in omnibus & per omnia *l. Prætor 117. De regul. iur.* Vnde est quod inspecto rei effectu licèt repugnante verborum proprietate hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur *l. hereditatis 138. De verb. signific.* Quidni ergo etiam liceat eam actionẽ quæ bonorum possessori danda est cõtra extraneos bonorum possessores siue pro herede siue pro possessore possideant possessoriam hereditatis petitionẽ appellare? Ideò autem *hereditatis* vt appareat actionem hanc easdẽ præstationes habere quas habet ciuilis petitio hereditatis, vt scriptum est in *l. seq.* Competit autẽ hęc actio iis omnibus quibus prætor ita tribuit bonorũ possessionem vt eos loco heredum constituat. Nõ adhibita illa distinctione quam noster adhibet Accursius an bonorum possessio data sit à prætore viuo an à mortuo, id est vt idẽ ille explicat an edictalis sit an decretalis, Nulla siquidem est quæ detur à mortuo, neque edictalis magis quàm decretalis. Sed dantur omnes à prætore viuo cùm prætor adeòque ius ipsum prætoriũ nihil aliud sit quàm viua vox iuris ciuilis *l. nam & ipsum 8. De iust. & iur.* Fatent edictalem bonorum possessionem illam esse quæ promittitur edicto perpetuo, quod vocãt Prętoris mortui. Sed nego dari eam à prætore mortuo cùm petenda sit & danda à Prætore viuo, Hac differentia si edictali opponas decretalem, quod edictalis etiã de plano datur, & sine causæ cognitione. Decretalis verò nõ nisi causa cognita & pro tribunali. *l.3. §. si causa cognita ff. de bonor. poss. ff. l.2. §. diet ff. quis ord. in poss. ff. seruet. l. sed et si 5. De bonor. possess. contr. tab.* Cæterum Titulus hic ad edictales bonorum possessiones pertinet non minùs quàm ad decretales quoties, vt dixi, per bonorum possessionem quis constituitur loco heredis. Quod addo, quoniam bonorum possessiones non omnes sunt cum re & cum effectu. Sunt etiam quędam sine re vt Bonorũ possessio secundum tabulas in quibusdã casibus, vt refert Vlp. in *Tit. De bonor. poss. ff.* quæ tamen semper est edictalis. Item Carboniana quæ semper est decretalis *l. 1. ff. de Carbon. edict.* Quod autem addit Accursius Decretales bonorum possessiones hodie sublatas esse ex lege Constantiniana quæ extat in *l. vlt. C. qui admitt. ad bonor. poss.* & à

Iustiniano

Iustiniano comprobata est in *l. vltim. §. nos autem Cod. de cura* ... quae defendi non potest. Sublata enim fuit verus petitionis solemnitas non autem bonorum possessionis petendae necessitas, id est decretũ hodie nullũ interponitur sed tamen exemplo decreti bonorũ possessio etiam hodie datur à praetore vt ... vt Accursius loquitur, Ideo ... effectus est petitionis, *d. c. l. vlt. C. qui admit. ad bonor. poss.*

2. GAIVS libro sexto ad Edictum Prouinciale.

PEr quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus ciuilibus actionibus heres consequi potest.

Ad l. Per quam 2.

Ratio dubitandi. Senatusconsultum quod de hereditatum petitionibus factum est Hadriani temporibus relatum ab Vlpiano in *l. item veniunt 20. §. praeter haec supr. De petit. hered.* de hereditatibus tantùm loquutum est, & de heredibus, non autem de bonorum possessionibus nec de bonorum possessoribus. Ergo neque ad bonorum possessores porrigi Senatusconsultum debet, neque potest haec possessoria hereditatis petitio tam amplas habere praestationes quàm habet ciuilis petitio hereditatis.

Dec. Praetor eos quibus dedit bonorum possessionem cùm re habet loco heredum in omnibus & per omnia usque tribuit dominium non possessionis tantùm, vt credidit Cuiacius, sed etiam proprietatis non quidem quiritarium sed bonitarium. Quomodo accipi debet quod scriptum est in *l. 1. iunct. l. 2. & 3. De bonor. poss.* Fiunt enim res omnes in bonis eius cui bonorum possessio data est statim atque fuit agnita bonorum possessio, licèt corporalis possessio nondum sit adprehensa, Vt de fideicommissaria hereditatis restitutione scriptum est in *l. facta 3. infr. ad SC. Trebell.* Bonorum enim possessionem cùm dicimus ius ipsum successionis significamus non corporalem ipsam rerum singularum possessionem, *l. bonorum appellatio 208. iunct. l. hereditatis appellatione 119. D. verb. signif.* Nec tamen distinctionem illam admittimus quam interpretes nostri probant vt aliud sit bonorum possessio, aliud verò possessio bonorum quod illa iuris haec facti. Quasi verò sola nominum transpositio possit tantam rei diuersitatem inducere: quod certè nec philosophi, nec prudentes vnquam admitterent. Ergo cùm in effectu bonorum possessor nil distet ab herede, quidni admittamus tantundem eum consequi per possessoriam hanc hereditatis petitionem, quantum verus heres per eamdem petitionem consequeretur? An ergo etiam ciuiles actiones exercere poterit cùm non sit heres iure ciuili? Poterit vtique. Nihil enim vetat Praetorem etiam honorario successori ciuiles actiones dare, dummodo sint hereditariae. Quia personam defuncti non minùs repraesentat bonorum possessor iure praetorio quàm heres iure ciuili, habétque perinde actiones directas, & easdem illas quas defunctus habebat, Nisi cùm eiusdem hominis non reperitur heres ipso iure, sed nudo nomine vt filius qui se paternis bonis abstinuit aut minor restitutus in integrum ad repudiandam hereditatem damnosam quam inconsultò adierat. Alius verò bonorũ possessor est. Hoc enim casu cùm actiones directae maneant necessariò penes eum qui heres remanet non potest bonorum possessor alias habere quàm vtiles *l. aut praetor 7. §. sed quod Papinianus infr. De minor. l. a. l. si heres 70. & pass. infr. ad SC. Trebell.* Sed cùm hoc accidit non eo minùs efficaces sunt ad agendum quàm si essent directae. Ideircò enim vtiles appellantur non solùm quod ex aequitate omnes inductae sint quam legislator ciuilis semper aestimare solet ex vtilitate publica, sed etiã quod suam semper vtilitatem secum trahant, nec vnquam inutiles sint & inefficaces. Denique eiusdem potestatis sunt ciuiles & directae eundémq; habent effectũ, *l. actio 47. vbi dixi supr. De neg. gest.* Caeterùm an actio aliqua sit ciuilis & directa, an vtilis & praetoria (sic enim directae opponitur praetoria in *leg. electio 26. §. item si ex pluribus. De noxal. action.*) non ex qualitate agentis proficiscitur, id est an sit ille successor ciuilis an honorarius, sed ex natura negotij quod actioné parit, *l. iurisgentium 7. §. 1. sup. De pact.*

DE FIDEICOMMISSARIA HEREDITATIS PETITIONE.

TITVLVS VI.

1. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

EX ordine occurrit actio quae proponitur his quibus restituta est hereditas.[a] Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione vti poterit.

Ad l. Ex ordine 1.

a *Quibus restituta est hereditas.* Ratio dubitandi. His quibus restituta est fideicommissaria hereditas ex Senatusconsulto Trebelliano, heredes tamen non fiunt, Non ratione illa quam in bonorum possessoribus vsurpauimus, quòd Senatus non magis heredem facere possit quàm Praetor (Senatus enim heredem facere potest, vt constat ex Senatusconsultis Tertylliano & Orphitiano, quae matribus deferunt hereditates liberorum, & libe-

ris hereditates matrum, Prætor autem non potuit *§. quos autem Institut. de bonorum poss.* Sed quia fideicommissaria hereditas non ab alio restitui potest quàm ab eo qui iam sit heres, Qui autem semel heres fuit semper heres manet, *§. restituta Inst. D. fideic. hered. l. si heres 70. infr. ad SC. Treb.* Porrò non potuit Senatus facere vt vni duo essent in solidum heredes contra iuris regulam, *l. g. quod contra 141. §. vni duo De regul. iur.* non magis quàm vt duo domini in solidum eiusdem rei aut in solidum possessores, *l. si vt certo 5. §. vltim. infr. commod. l. duo in solidum 19. in fr. de precar.* quandoquidem non posset ea res fieri citra penetrationem dimensionum, *l. 3. §. ex contrario infr. De acquir. poss.* Cùm igitur is cui restituta est per fideicommissum hereditas non eo magis heres fiat, consequens est vt petitionem hereditatis quæ soli heredi competit exercere non possit. Præsertim cùm nec petitum hereditatis vlla esse possit, vbi non est hereditas. Quæ autem ex fideicommisso restituta est hereditas iam non est hereditas, sed patrimonium fideicommissarij in cuius bonis fiunt res omnes hereditariæ statim & prius quàm corporalis earum possessio adprehensa sit, *l. facta 63. in princip. infr. ad SC. Trebell.* Nam & post aditam hereditatem desinit esse hereditas fitque patrimonium heredis *l. 1. §. 2 teres infr. De acquir. poss. l. 1 infr. De separat. l. per curatorem 90. De acquir. vel. hered.* Et quoties quis rogatur hereditatem restituere non tam hereditatem quæ adhuc hereditas sit, videtur rogatus reddere quàm id quod fuit hereditatis, vt loquitur Vlpianus in *l. in fideicommissaria 18. vers. infr. ad SC. Trebell.* Quomodo igitur fieri potest vt hereditatis petitionem habeat?

Dic. Fideicommissarius cui fuit restituta ex Trebelliano hereditas licèt heres non sit, heredis tamen loco est, *§. r. stituta Inst. de fideicom. hered. l. 2. infr. ad SC. Treb. ll.* quia et & in eum dantur actiones omnes quæ competebant heredi & in heredē, *l. illa tamen 27. §. qui ex Treb. iliano eod.* Non quidem directæ quoniam manent penes heredem sed vtiles, *d. l. si heres 70. eod.* In quo licèt deterioris sit conditionis quàm bonorum possessor qui habet etiam directas, vt superiore titulo scripsimus, in hoc tamen æquo iure censeri debet quod quemadmodum ille possessoriam habet hereditatis petitionem, ita hic fideicommissariam aduersus eos omnes qui aliquid hereditarium vel minimum aut pro herede aut pro possessore possideant. Dices, Fieri non posse vt hereditatē iure petatis, cui ponimus iam fuisse illam restitutam. Sed facilis responsio est, Restitutionem hereditatis fideicommissariæ non tantùm re fieri posse sed etiam verbo, *l. restituta eod. tit. ad SC. Treb. ll.* idque sufficere vt statim res omnes hereditariæ fiant in bonis eius cui facta est restitutio, *dict. l. facta 63. eod.* Cùm enim fideicommissarius ea ratione fiat dominus bonitarios, ex eo de incipit habere actiones omnes in rem quæ domino non tantùm quiritario competont, sed etiam bonitario siue speciales sint, *l. in rem 23. in prin. infr. tit. l. l. doce 9. Cod. vnde. l. quamuis 7c. inf. de iur. dot.* Siue vniuersales qualis est petitio hereditatis, *l. sed etsi 25. §. antepenultima supr. De here. petit.* Nec maior ratio est vt ei qui sine vllo titulo possidet Pro herede vel pro possessore faueatur contra fideicommissarium cui restituta est hereditas quàm contra heredem. Quid ergo si fideicommissario nondum sit restituta hereditas ab herede qui adiit, nec velit ipse eam restituere? Non competet hæc petitio hereditatis fideicommissaria, quæ scilicet cùm sit in rem actio non alij potest competere quàm domino, Fideicommissarius autem, vt dixi, dominus non est nisi facta demùm restitutione: sed competeret in eam tem actio ex testamento, per quam heres cogetur à prætore fideicommissum non tantùm restituere hereditatem iam aditam, sed etiam adire hereditatem si fortè adire illam nolit, & suspectam dicat, *l. g. 4. & seqq. l. illa a quo 13. §. vlt. & seqq. & pass. ad SC. Trebell.* Nec solùm si heres nihil velit restituere, sed etsi partem hereditatis restituerit, aliquid tamen ex hereditate retineat quod nolit restituere. Nam & hoc casu totum fideicommissum perinde peti poterit & debebit acsi nulla penitus ex parte restitutum esset, *l. d. biter 59. in illis verbis, Neque fideicommissum quasi minus restitutum sit, repeti potest eod. titul.* quemadmodum è contra qui plus quàm in fideicommisso esset, soluit totum fideicommissum conditione incerti repetit, quia plus debito dedit, *l. qui exceptionem 40. §. si pars inr. De cond. indeb.* Nullo autem penitus casu potest hereditatis petitio dari fideicommissario contra heredem, Quippe cùm is habeat verum titulum heredis, & verè sit heres, Absurdum autem sit petitionem hereditatis dari ei qui heres non est contra verum heredem quæ nec vnquam datur contra titulo possidentem, *d. l. regulariter 9.* vbi dixi, & alibi tam sæpe ad *Tit. De h. r. d. petit.* In eòque tenuis nescio an dicere debeam, an ridiculus potiùs noster Accursius cùm a t titulum hunc veri heredis pro non titulo habendum esse. Quid certè falsissimum est cùm adeò verè maneat heres etiam post restitutionem te quoque factam, vt ipso iure possit & agere & conueniri actionibus directis atque necessaria ei & contra eum exceptio restitutæ hereditatis, *dict. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano ad SC. Treb.* Itémque vt si heres institutus rogatus fuerit Titio hereditatem restituere, & Titius eidem heredi post tempus sufficiant directæ actiones heredi nec vlla opus sit actionum translatione, *dict. leg. si heres 70. eod.* Denique vt possit heres etiam post restitutam totam hereditatem repetere aliquo casu possessionem rerum hereditariarum & denunciare debitoribus hereditatis ne soluant fideicommissario, vt in specie, *l. heres 75. eod. tit.* Sed illud multò absurdius est quod volt Accursius & post eum Bartolus, Posse verum heredem conueniri petitione hereditatis non quasi possideat pro herede. Cùm inquit transtulerit hereditatem in fideicommissarium, sed quia possidet pro possessore. Nonquam enim possidet pro herede is qui verus heres est nec si hereditatem nondum restituerit: quantum ad hoc scilicet vt hereditatis petitione conueniri possit (nam quid ad vsucapionem ex *Tit. pro herede*, aliunde est vt docui ad *Tit. precedentem*) Pro possessore verò multò minùs nec post restitutam hereditatem cùm nihilominus heres verè & in plerisque causis cum effectu remaneat. Ergo quamuis ex parte fideicommissarij non semper illa ratio impediat ne petitione hereditatis agere contra verum heredem possit quòd non sit dominus (est enim dominus bonitarius rerum omnium hereditariarum post factam non etiam verbo restitutionem licèt pleræque res nondum corporaliter restitutæ fuerint, *dict. leg. facta*, quia restitutio fideicom-

fideicommissi sicut & hereditas & bonorum possessio iuris est, nec tam solutio debiti quàm successio cùm ex ea fideicommissarius obligetur, *leg. non enim 38.eod.)* Attamen ex parte veri heredis illa ratio perpetua est, & immutabilis, ne vllo casu petitione hereditatis teneri possit, quod omni casu verus heres est. Et ita generaliter & indistinctè intelligi debet quod generaliter quoque & indistinctè scriptum est in *l.3.§.penult.infr.* hanc actionem aduersus eum qui restituit hereditatem non competere, id est numquam competere. Nec proinde distinguendum est cum Accursio, an restitutio facta sit verbo tantùm, an etiam re. Nihil enim refert. Nisi quod cùm re quoque facta restitutio est, neque petitio hereditatis, neque alia vlla siue in rem siue in personam actio competere potest pro rebus iam restitutis, sed pro rebus singularibus non restitutis dico periode competere vindicationem fideicommissario tanquam domino bonitario, itémque petitionem hanc hereditatis fideicommissariam aduersus quoscunque Pro herede, vel Pro possessore possidentes, atque si omnium rerum facta esset restitutio aut verbo tantùm, vt ponit Accursius, aut verbo & re simul. Nã quod addit Accursius & probat Bartolus, Fideicommissarium cui semel restituta fuit tota hereditas, si eam postea perdiderit non posse hãc fideicommissaria petitione hereditatis experiri, sed tãtùm rei vindicatione pro rebus singulis, adhuc absurdius est. Nam imò verò hic propriè casus est quo hæc actio competit, scilicet cùm is cui restitutra est hereditas siue re siue verbo videt res aliquas hereditarias siue ex iis ipsis quę restitutę sunt siue ex aliis ab eo occupatas qui non nisi pro herede vel pro possessore eas possideat, Quemadmodum aduersus eos qui titulum aliquem proferunt suæ possessionis non nisi speciali in rem actione agere potest, vt nimirum eadem omnia obseruentur in persona fideicommissarij post restitutionem hereditatis, quæ seruarentur in persona heredis ante restitutionem, *l.2.C.de petit.hered.* Ratio autem quam adfert Bartolus subtiliter, vt ipsi quidem videtur, nihil minùs quàm subtilis est, Ait enim, Non aliàs res venire in petitionem hereditatis quàm quæ sunt hereditariæ. Desinere autem esse hereditarias post adprehensam hereditatem fierique res heredis ex *l.1.§.veteres inf. De acquir poss.l.quod si in diem 16 sunori solum* [illegible] *sed si heredis supr. De hered.petit.* Quæ ratio si bona esset sequeretur nullo vnquam casu competituram eo quidem vero heredi petitionem hereditatis cùm ea actio numquam competat vero heredi nisi postquàm heres factus est siue ipso iure vt suus heres, siue per aditionem ac proinde eo tempore quo res iam desierint esse hereditariæ tanquam factæ ipsius heredis. Ergo quemadmodum acquisitio illa rerum hereditariarum quamuis faciat vt res desinant esse hereditariæ non impedit quominus is qui iure ciuili heres est eiusdem quoque habeat petitionem hereditatis. Ita neque impedire potest, quominùs fideicommissarius cui restituta est fideicommissaria hereditas, quique per eam restitutionem factus est dominus bonitarius, fideicommissariam hereditatis petitionem exercere possit. Sufficit enim vt per eam actionem perat eas res quæ aliquando fuerunt hereditariæ quamuis nunc non sint, & quæ etiamnum essent hereditariæ si adita hereditas non fuisset. Sunt enim satis hereditariæ quantum ad eum qui conuenitur, quiq; cùm pro herede tantùm vel pro possessore possideat, nec adiit adhuc hereditatem, nec adire vnquam poterit, & qui rursus cùm hereditatis cõtrouersiam faciat petitori, negat adiri ab eo hereditatem potuisse. Et hoc est quod supra dixímus ex Vlpiano in *dict.l.in fideicommissaria 18.ad SC.Treb.* quoties quis rogatus est hereditatem restituere id videri rogatum reddere, non quod sit hodie, sed quod antea fuit hereditatis. Itaque cùm quatuor sint tempora quæ Accursius distinguit ad *l. 2.infr.* Vnũ hereditatis nõdum aditæ nec repudiatæ, Secundum hereditatis iam repudiatæ sed adeũdę per coactionem Prætoris, Tertium hereditatis aditæ quidem sed nondum restitutę. Quartum hereditatis & aditę & restitutę verbo non etiã re, aut re quidem, sed non in totum. Quo in hoc postremo casu fideicommissarius hereditatẽ petere possit ab herede. Ego contrà defendo, nullo istorum casuum posse locũ esse huic actioni, Sed aut nullam prorsus competere fideicommissario contra heredem, aut non aliã quàm ex testamẽto ad consequendum scilicet fideicommissum totum quousque restitutum sit tutũ, Nempe cuius restituendi potestatem heres habet. Nam quod ab alio quocunque possidetur siue titulo siue pro herede possideatur siue pro possessore neque ab herede petendum est ex testamẽto, cùm neque possideat, neque dolo fecerit quominùs possideret neq; hereditatis petitione & quia non possidet, & quia verus heres est. Sed peti debet ab extraneo possessore aut speciali in rem actione si possideat cum titulo aut petitione hereditatis si pro herede vel pro possessore possideat. Nimirũ post restitutã fideicõmissario hereditatẽ quoquomodo, siquidẽ ante restitutionẽ hæc actio competere fideicõmissario non magis potest quàm ciuilis petitio hereditatis heredi ipsi ante aditionem, vt Accursius hic ratiocinatur, Nec malè nisi in eo quod hic tractat de restitutione hereditatis quasi restitutio sit singularum rerum non ipsius iuris hereditatis, in quo certè fallitur. Tota enim hereditas restituta intelligitur etiam cùm verbo tantùm restituta est, licèt nullam rem singularem corporaliter transtulerit heres in fideicõmissariũ. Quanto magis si & verbo totam hereditatem heres restituent, & corpore res aliquas hereditarias licet non omnes, *d.l.restituta & d.l.facta.* Cæterùm contra heredem ipsum qui hereditatem totam restituit non tamen res omnes hereditarias competere hæc actio, vt dixi nũmquã potest. Imò si verum amamus, hæc fideicommissaria petitio hereditatis licèt fideicommissario competat ex propria persona & quatenus fideicommissarius est non alio tamen iure competere ipsi videtur, quàm quia competeret heredi si hereditatẽ non restituisset. Quin etiam si iam cõpetebat heredi tẽpore restitutæ hereditatis, fortè quòd iam tum res aliqua hereditaria ab extraneo aliquo pro herede vel pro possessore possideretur, Posset tentari cogendũ heredem in facienda restitutione hereditatis, ea actione cedere, vt dici solet de cæteris actionibus quæ non sunt quidem hereditariæ, sed heredi primum & ex propria persona acquisitæ per occasionem eius hereditatis quam restituere debeat, vt in *l. si heres pecuniam 73.in prin.ad SC.Trebell.* Petitio enim hereditatis licèt pro hereditate detor non tamen est

hereditatis cùm defuncto quandiu vixit neque competierit, neque competere vnquam potuerit, nec ipsi etiam heredi, nascaturque vt omnes cæteræ in rem actiones, ex præsenti possessione illius qui conuenitur, *l. non alias 24. § sed si postulatur supr. De iudic.* ideóque non potest dici ex earum esse numero quæ ab herede transeunt ex Senatusconsulto Trebelliano in fideicommissarium, *l. 1. § 2. & pass. sub. tit. ad SC. Trebell.* in quo errauit etiam Bartolus existimans petitionem hereditatis quæ heredi competebat transferri ex SC. in fideicommissarium, vt possit etiam sine alia cessione vtilem intentare, quod tamen neque probat, neque vlla vel ratione vel lege probari possit. Vnde factum proculdubio est vt specialem hanc petitionem hereditatis quam fideicommissariam appellamus, Prætor proposuerit, vt eam haberet fideicommissarius ex propria persona. Non solùm ne vlla cessione indigeret, quæ vix vnquam nisi remedij subsidiarij locu adhibetur, *l. rem hereditariam 55. infr. De euict.* Sed etiã quia fieri & euenire facilè potest vt restituta iam hereditate inciperet quis rem aliquam hereditariam pro herede vel pro possessore possidere, quo casu non possidet fideicommissario consuli per cessionem actionis quæ nunquam heredi competisset, si non eam suo iure, & ex propria persona fideicommissarius haberet. At verò vt possit eam contra heredem ipsum vllo casu exercere neque iuris ratio vlla patitur, neque alicuius æquitatis necessitas inducit, *vt constat ex d. l. 3. § penult. inf. hoc titul.* Cùm in eam rem alia comparata sit actio, scilicet ex testamento quæ licèt stricti iuris sit, *l. alias 6. infr. de in lit. iur.* easdem tamen habet præstationes quas habent actiones bonæ fidei quantum ad fructus & ad vsuras, *l. in minorum 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Minùs tamen plenas quàm petitio hereditatis quoniam datur contra heredem qui habet titulum. Petitio autem hereditatis qui nullum titulum habet, sed tantum pro herede cùm non sit heres vel pro possessore possidet. Atqui ita omnino accipi debet quod in hac lege scriptum est, Quisquis suscepit hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano ex quo actiones transeunt in fideicommissarium, fideicommissaria hereditatis petitione vti posse, Nõ quasi translata per hereditatis restitutionem vt putat Bartolus, sed ex propria ipsius fideicommissarij persona, propter translatas tamen actiones, quoniam translatio illa sola est quæ facit vt fideicommissarius post restitutionem hereditatis loco heredis habeatur. Proinde si quo casu actionum translatio impediatur, vt in specie, *l. si mulier 59. § ex asse, j. De iur. dot. l. sed etsi 9. § vlt. & l. seq. infr. ad SC. Trebell.* & alijs quibusdam casibus iuris veteris de quibus in *l. penul. C. eod.* non competet fideicommissario hæc actio non quasi non translata, sed quasi nec danda nec edicto Prætoris talis fideicommissario proposita.

2. PAVLVS libro vicensimo ad Edictum.

QVæ actio eadem recipit, quæ hereditatis petitio ciuilis.

Ad l. Quæ actio 2.

Ratio dubitandi. In petitione hereditatis veniunt fructus omnes etiam percepti ante litẽ contestatam adeoq; eorum fructuum vsuræ quia augent hereditatem, *l. item veniunt 20. § item non solum l. sed etsi 25. § vlt. & l. seq. l. heres furiosi 51. § 1 sup. de hered. petit.* At in fideicommissaria hereditatis restitutione constat nõ venire fructus nisi vel mora facta sit, vel specialiter rogatus sit heres etiam fructus restituere, *l. in fideicommissaria 18. inf. ad SC. Trebell.* Ergo fideicommissaria hæc petitio hereditatis non recipit easdem præstationes quas hereditatis petitio ciuilis.

Dec. Separanda est restitutio hereditatis fideicommissariæ ab hac fideicommissaria hereditatis petitione. Restitutio fit ab herede per actionem ex testamento non per petitionem vllam hereditatis. At fideicommissaria hereditatis petitio instituitur non contra heredem sed contra extraneũ quemlibet pro herede vel pro possessore possidentẽ. Itaque non fideicommissariæ hereditatis petitio appellatur, sed fideicommissaria quia competit non ad fideicommissum restituendum sed ob fideicõmissum restitutum, vt docuimus ad *l. præced.* Mitius agitur cum herede qui fructus percepit suo iure, ac tanquã heres & dominus quàm cũ eo qui nullum habet titulum sed possidet tantùm pro herede vel pro possessore. Ex quo intelligimus non esse otiosam quæstionem illam quam ad legem præcedentem tam diligenter exactèq; agitauimus, An heres rogatus de restituenda hereditate conueniri possit post restitutam verbo hereditatem hac petitione hereditatis fideicommissaria, vt volunt Accursius, Bartolus cæteriq; interpretes, An verò actione sola ex testamento non tam diuersæ sint vtriusq; actionis præstationes. Neq; rursum illa Bartoli responsio & distinctio admitti potest, An fructus percepti sint ante an post factam restitutionem, Nam ea distinctio in actione quidem ex testamẽto quæ contra heredem datur vera esse potest, sed in fideicõmissaria hereditatis petitione quæ cõtra extraneũ nullo titulo possidentẽ cõpetit euidenter falsa est. Nam quemadmodum in ciuili petitione hereditatis possessor cõdemnãdus est ad fructuũ omnium quos percepit non alio titulo quàm pro herede, vel pro possessore. Prædo quidẽ omnimodo, Possessor autẽ bonæ fidei quatenus ex iis fructibus locupletior factus est, vt diximus ad *l. sed etsi 25. § consuluit,* & alijs plerisq; locis *sup. De her. pet. l. 1. C. eo.* Ita & in fideicõmissaria hac petitione hereditatis, dubitãdũ non est, quin is qui pro herede vel pro possessore possidet teneatur ad omniũ fructuũ restitutionẽ, etiam eorũ quos perceperit ante restitutam fideicõmissario hereditatẽ. Cur enim illos lucretur à fideicõmissario cõuentus, quàm si ab herede ipso cõueniretur, cùm fideicommissarius sit loco heredis? Alioqui nõ esset verũ quod hæc lex ait Actionem hãc easdem recipere præstationes quas habet hereditatis petitio ciuilis, Et verò restitutionẽ quidem hereditatis fideicommissariæ factã esse oportet, vt huic petitioni locus sit, sed quando facta sit restitutio, nihil refert cùm agitur contra tertiũ & iniustũ possessorẽ, sed eo tãtùm casu quo inter heredẽ ipsum & fideicommissariũ contenditur: quia fructus ante restitutionẽ percepti siue iudicio testatoris siue per negligẽtiã fideicõmissarij non petentis nõ veniũt in restitutionem, Nisi vel mora facta sit vel heres specialiter fuerit rogatus de fructibus

quoque

quoque restituendis, *d. l. in fideicommissaria 18. l. mulier 22. §. si heres ad SC. Trebell.* aut in speciali casu, *l. 3. §. cum Pollidius infr. De vsur.* iunct. *leg. si ita scriptum 41. §. Pegasus De legat. 2.* Adeò vt nec vlli fructus debeantur, ne quidem ij qui post litem contestatam percepti sunt, si quando contingat vt per contestationem ad sententiam perueniatur citra moram. Quod erit rarò, interdum tamen accidit, vt in *dict. l. 3. in princip. De vsur.* Nam & quod vix fit tamen fit, Ideóque solent pragmatici nostri passim condemnare heredem qui de restituenda hereditate rogatus est ad fructus omnes quos perceperit aut percipere potuerit ex die tantùm litis contestatæ, ex *tit. Cod. de vsur. & fructib. legat.* quod saltem ab eo tempore certum sit regulariter moram contrahi si non iam priùs contracta fuerit, quæ sanè contracta intelligi debet ex die moræ controuersiæ, cùm ab eo die non minùs quàm à tempore litis contestatæ omnes possessores fiant pares, id est prædones, *dict. l. sed et si 25. §. si ante supr. De pet. her.* Propter quam causam semper mihi magis placuit quod aliàs Bartolus respondit *consil. 53. incip. Picardus*, Fideicommissario agenti ex testamento ad restitutionem fideicommissi fructus omnes restitui debere ex die oblationis libelli. Quasi contracta saltem ab eo die mora, Nisi quod mallem generaliùs dicere cum prudentibus nostris, Deberi fructus in fideicommissis siue vniuersalibus, siue singularibus ex die moræ, *dict. leg. in fideicommissaria leg. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras De legat. 2. l. g. si cui legatum 91. in fin. De condict. & demonstr. dict. l. in minorum 3. Cod. in quib. caus. non est necess. in integ. restit.* Sicque intelligendum esse quod in *dict. titul. C. de vsur. & fructib. legat.* fructus & vsuras legatorum & fideicommissorum deberi à die litis contestatæ, Nimirum si alia mora nullam contestationem præcesserit vt Accursius quoque interpretatur. Sed cùm de fructibus loquimur qui veniunt in fideicommissariam hereditatis petitionem, alius tractatus est in quo sine vlla distinctione temporis, quo vel restituta sit hereditas à fideicommissario, vel per fideicommissarium petita ab extraneo dicendum est omnes fructus petitori restitui oportere, A prædone quidem sine vlla distinctione, A possessore verò bonæ fidei quatenus locupletior ex iis factus sit. Porrò ex eo quod Paulus hîc separat fideicommissariam hereditatis petitionem à ciuili, Intelligimus non esse hanc ciuilem sed prætoriam tanquam quæ ex Prætoris illius qui olim fideicommissarius dicebatur iurisdictione profecta esse videbatur. Nam quod Accursius hîc scribit inductam esse ex Senatusconsulto Trebelliano certè ridiculum est, sicut & quod subiicit, de ciuili petitione hereditatis, inductam eam esse alio illo Senatusconsulto, quod Vlpianus retulit in *l. item veniant 20. §. præter hæc supr. De hered. petit.* æquè falsum est. Nam ciuilis petitio hereditatis multò antiquior est eo Senatusconsulto, traxitque originem à lege duodecim tabularum à qua & actio Familiæ erciscundæ, *l. 1. infr. Famil. ercisc.* vt ad superiorem legem docuimus, aut saltem ex prudentum interpretatione ad legem 12. tabul. quorum scilicet præcipuum munus fuit actiones adinuenire ac earum formulas componere, *l. 2. §. deinde ex his legibus supr. De orig. iur.* Hæc vera fideicommissaria petitio, de qua nunc agimus non Senatusconsulto Trebelliano inducta est quo nihil cautum fuit nisi de transferendis in fideicommissarium actionibus hereditariis omnibus, *l. 1. & pass. ad SC. Trebell.* in quo numero vtique petitio hereditatis præsertim fideicommissaria non continetur, vt diximus, sed ex Prætoris quisquis ille fuit iurisdictione tota est, & consequenter tota prætoria. Quod nec Bartolus diffitetur, licèt distinguat ille duplicem hereditatis petitionem fideicommissario competentem, vnam ciuilem quam vocat vtilem ex persona heredis quam ponit transire in fideicommissarium ex Trebelliano cum actionibus cæteris. Alteram quam habeat ex propria persona, & hanc solam fatetur esse prætoriam, Quæ tamen distinctio quod ad primam ipsius partem attinet, commentitia planè est & à nobis ad legem præcedentem satis superque confutata.[a]

3. PAVLVS libro 16. ad Edictum.

NEc interest, mihi quis rogatus fuerit restituere, an heres cui extitisset. Et si bonorum possessor [a] sim eius cui fideicommissaria hereditas relicta est, vel alius successor [b], per hanc actionem experiri poterim.

Ad l. Nec interest 3.

Ratio dubitandi. Hæc actio, quam fideicommissariam hereditatis petitionem vocamus, non alij proposita est quàm qui restituta fuit hereditas *l. 1. supr.* Atqui non fuit restituta heredi fideicommissarij, sed ipsi fideicommissario, quia nec fideicommissarij heres fideicommissarius est, nec actiones ex Trebelliano aliter transire possunt quàm si restituatur hereditas ex testamento, *l. 1. ad SC. Trebell.* id est sicuti testator voluit, *l. sed et si 9. §. vlt. & l. seq. eod.* & consequenter illi ipsi cui testator voluit, non alij *l. si mulier 59. §. ex asse inf. De iur. dot.* adeóque nec heredi fideicommissarij, *l. apud Iulianum 11. §. vtrum infr. ad SC. Trebell.* Ergo heredi fideicommissarij competere hæc actio non potest.

Dec. Heres quilibet succedit in vniuersum ius quod defunctus habuit, *l. nihil est aliud 24. De verb. signific. l. cùm heredes 23. infr. De acquir. poss. l. cùm heres 11. De diuers. temp. præscript.* Vnde est quod dicimus heredem heredis esse heredem primi testatoris, *l. vlt. C. de hered. instit. l. si quis filiumfamilias 7. §. vltim. infr. De acquirend. hered.* Potest igitur heres fideicommissarij non quidem tanquam fideicommissarius, sed tanquam fideicommissarij successor vniuersalis actiones omnes exercere quas defunctus potuerat *l. vltim. & pass. C. de hered. act.* Ergo & fideicommissariam hereditatis petitionem quæ fideicommissario cœperat competere ex die susceptæ ab eo hereditatis. Quemadmodum si heres heredis esset ciuilem quoque petitionem hereditatis instituere potest quam defunctus potuisset, *l. 3. supr. De hered. petit.*

a *Et si bonorum possessor.* Ratio dubitandi. Bonorum possessor non est heres cùm non potuerit Prætor facere heredem, *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* Ergo ei aptari non potest regula illa, quam proximè di-

ximus quæ habet Heredem heredis heredem esse testatoris.

Dec. Bonorum possessor quamuis heres non sit heredis tamen loco est apud Prætorem cuius est actiones omnes & ciuiles & prætorias vel date vel denegare, vt diximus ad *Tit. praeced. ex l. 1. 2. & 3. De bonor. possess.*

b *Vel alius successor*. Intellige non de iis qui ex nouo iure sunt heredes quomodo malè interpretatur Accursius ex *l. 3. sup. de hered. petit.* nam de heredibus & bonorum possessoribus iam diximus. Sed de eo cui libertatis causa bona addicuntur ex constitutione Diui Marci, de quo apud Iustin. in *Tit. De eo cui libertat. caus. bon. addic.* Aut de eo cui primus fideicommissarius hereditatem suam ex alio fideicommisso restitui iusserit: Nam per fideicommissum non heredi rogato succeditur sed testatori, *l. coherede 41. §. cum filia infr. De vulg. & pupill. subst. l. sequens quæstio 67. De legat. 2. l. 1. & 2. & pass. infr. ad SC. Trebell.*

1 ¶ Hanc actionem sciendum est aduersus eum, qui restituit hereditatem, non competere.

Ad §. 1. Hanc actionem.

Ratio dubitandi. Heres rogatus de restituenda hereditate tenetur ad eam non solùm restituendam sed etiam adeundam vt possit restituere, Potéstq; ad vtrumque cogi per Prætorem fideicommissarium ne alioqui fideicommissum intercidat *l. 4. l. ille a quo 13. §. vlt. cum legib. seqq. & pass. infr. ad SC. Trebell.* Ergo petitione hereditatis conueniri potest postquam hereditatem adiit, vt nimirum eam restituat.

Dec. Fideicommissaria hereditatis petitio præsupponit hereditatem & aditam esse & restitutam, *l. 1. supr.* Nam vt hereditas adeatur ab inuito herede qui eam fortasse repudiauerit aut suspectam velit dicere, vel vt aditam restituat si nolit restituere actio ex testamento est non fideicommissaria hereditatis petitio vt contra Accursium & Bartolum disputauimus fusissimè ad *l. 1. sup.* pro huius §. & versiculi defensione, veráque interpretatione.

2 ¶ Hæ autem actiones mihi dantur, quæ heredi, & in heredem competunt.

Ad §. 2. Hæ autem actiones.

Ratio dubitandi. Ciuilis petitio hereditatis competebat heredi ante restitutam hereditatem aduersus quemcunque rei hereditariæ possessorem qui modò pro herede possideat, vel pro possessore, *Tot. tit. De petit. hered. supr.* Et tamen actio non competit fideicommissario ne quidem post restitutam hereditatem, Ideóque necessaria fuit hæc fideicommissaria hereditatis petitio quam Prætor fideicommissario proponeret, *leg. 1. supr.* vt contra Accursium & Bartolum suprà disputauimus. Ergo non omnes actiones quæ competunt heredi & in heredem dandæ sont etiam fideicommissario, & in fideicommissarium.

Dec. Ex SC. Trebelliano transeunt actiones omnes hereditariæ in fideicommissarium quæcunque heredi, & in heredē competebant, *l. 1. supr. hoc tit. l. 1. & pass. inf. ad SC. Trebell.* quæ res facit vt post restitutionem hereditatis legitimè factam fideicommissarius sit loco heredis, *l. 2. l. facta 63. & pass. eod. l. si mulier 59. §. ex ass. infr. De iur. dot.* Ergo post restitutam hereditatem actiones omnes hereditariæ quæ iure hereditario competebant heredi & in heredem, competent etiam fideicommissario, & in fideicommissarium. Sed hoc de hereditariis tantùm actionibus intelligi debet de quibus solis locutum est Senatusconsultum, non etiam de aliis quæ heredi competebant ex propria persona & iure proprio non ex persona defuncti & iure hereditario, *l. si heres pecuniam 7. infr. ad SC. Trebell.* Inter quas ponenda est petitio hereditatis quæ defuncto nec competiit vnquam nec competere potuit, nec proinde ex Senatusconsulto transire potuit in fideicommissarium, vt latè docuimus ad *l. 1. supr.* Apparet igitur ex iis quæ ad hunc titulum scripsimus, quàm malè is ab Accursio, Bartolo, cæterisq; interpretibus acceptus sit & explicatus.

Finis Rationalium, Ad librum quintum Pandectarum.

ANTONII FABRI I. C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIAE SENATV Præsidis Primarij.

RATIONALIA

Ad libr. 6. Pandectarum.

TITVLVS I.

De rei vindicatione.

1. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

POST actiones [a], quæ de vniuersitate [b] propositæ sunt, subiicitur actio singularum rerum petitionis [c];

Ad l. 1. Post actiones.

a *Post actiones.* Ratio dubitandi. Vniuersalia abstrahuntur à singularibus secundum philosophos. Ergo de singularibus actionibus tractari prius debuit quàm de vniuersalibus.

Ratio decidendi. Vniuersales actiones alio sensu apud nos dicuntur, quàm vniuersales notiones apud philosophos. Non enim vniuersales actiones dicimus, quòd abstrahantur à singularibus actionibus, sed quia dantur de vniuersitate in qua res omnes singulæ continentur, & quæ ideò sunt rebus singulis & actionibus singularibus multo digniores. Sed & vniuersalia illa philosophica quæ fiunt per operationem intellectus, & per abstractionem, sunt longè digniora singularibus, ideóque priùs etiam tractanda, quia nec singularia bene possunt cognosci nisi priùs cognitis vniuersalibus, quorum duntaxat est scientia, non singulorum.

b *De vniuersitate.* Id est de hereditate, de qua actū est libro præcedente. Variæ namque de ea propositæ sunt actiones, Et primum quidem de hereditate quæ petitur ex iure ciuili, De qua est titulus *De hered. petit.* siue actione directa petatur, siue vtili, quæ in multis casibus necessaria est *l. n. c. vl. 4. 13. §. si quis sciens. ƺ. eod. tit.* Deinde de hereditate quæ petitur ex iure prætorio, De qua in titulis *De possess. hered. pet.* Et *De fid. ic. hered. petit.* quæ sunt prætoriæ quidem actiones, at non vtiles, vt putat Accurs. sed directæ cùm proponantur ex edicto. Nam nec prętoriæ omnes actiones sunt vtiles, nec vtiles omnes prætoriæ. An verò in earum actionū numero quæ de vniuersitate propositæ sūt, etiam actio aut querela inofficiosi testamenti continebitur? Minimè, quia per eam non petitur hereditas, sed rescissio testamenti, nec quisquis in querela obtinuit, ideò petit semper hereditatem *l. posthumus 6. §. si quis ex his. l. Papinianus 8. §. pen. de inoff. test.*

c *Singularum rerum petitionis.* Intelligit rei vindicationem ciuilem, siue directam, siue vtilem, de qua agitur in hoc tit. Nam de aliis petitionibus singularum rerum quæ vtiles sunt vel prætoriæ, agetur in *tit. seqq. De public. in rem act. & si ager vectig. vel emphyt. ess. dicat.*

1 ¶ Quæ specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus [a], quàm his, quæ anima carent, & an his quæ solo continentur [b].

Ad §. 1. Quæ specialis.

a *Animalibus.* Sunt enim animalia quoque in bonis mobilibus, licèt magis propriè dicantur se mouentia *l. mouentium 93. de verbor. significat.* vbi manifestum est legendum esse *si non apparet* quomodo & Græci legunt.

b *Quæ solo continentur.* Ratio dubitandi. Res quæ vindicabatur ducenda vel ferenda erat in ius ad

Prætorem, vt posset petitor vulgarem illam vindicationis formulam in lite contestanda vsurpare *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, de qua Cicero in Oratione pro Muræna, & Gellius *lib. 20. c. 9. l. vnic. §. 1. sup. si quis ius dicent. non obtemp.* Atqui res immobilis nec duci nec ferri in ius potest.

Ratio decidendi. Solebat olim ob eam caussam in ius ferri gleba aliqua terræ aut pars glebæ si quando fundus erat vindicatus, quia idem iuris est de qualibet gleba fundi quæ de toto fundo *l. certo generi 13. §. 1. insr. rustic. præd.*

2 § Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt iuris nostri, vt puta liberi, qui sunt in potestate, non petuntur[a]. Petuntur igitur aut præiudiciis[b], aut interdictis[c], aut cognitione prætoria[d]. & ita Pomponius libro trigensimoseptimo. Nisi fortè, inquit[e], adiecta causa[f], quis vindicet. Si quis ita[g] petit filium suum vel in potestate[h], *ex iure Romano* videtur mihi & Pomponius consentire, rectè eum egisse[i]. ait enim, adiecta causa *ex lege Quiritium*, vindicare posse[k].

Ad §. 2. Per hanc autem.

a *Non petuntur.* Ratio dubitandi. Liberi nostri in potestate nostra sunt non minùs quàm serui adeò vt perinde manumittendi sint ac serui ad hoc vt exeant de potestate *l. 1. & tot. tit. D. si a parent. quis manum. sit.* Cur non ergo & vindicari perinde poterunt ac serui? Ratio decidendi. Vtraque potestas quidē est quam habemus in liberos nostros, & in seruos, sed lōgè dissimilis illa patria est, hæc dominica. Serui sunt in commercio sicut & quadrupedes, At non etiam liberæ personæ, nec potest pater dicere se dominum liberorum suorum, siue iure gentium, siue iure ciuili, quorum alterutrum tamen necessarium est, vt competat vindicatio *l. in rem 23. insr. eod.*

b *Aut præiudiciis.* Nuli intelligere cum Irnerio de præiudicialibus exceptionibus, de quibus in *tit. De excep. præscr. & præiud.* sic dictis quòd excludant actionem per quem præiudicium fieret grauiori actioni *l. 12. 14. 16. 18. & 21. ill. tit.* Sed cum Accurs. de actionibus præiudicialibus in *§. præiudiciales. Instit. de action.* quæ sic dictæ sunt, non quia præiudicant, vt putat Accurs. sed quia per iudicem datum, ordinantur priusquàm de ea re, de qua iudex datus est sententia ferri possit, Denique quia iudicium futurum præcedūt necessariò, & vt ita dixerim, quòd præiudicentur non quòd præiudicēt *tot. tit. Cod. de ordin. cognit.* Sanè non impediunt contestationem *l. ordinata 24. insr. de liber. caus.* quia & contestatio iudicium præcedit nō supponit. In summa sunt quædam antecognitiones, sed quæ fiunt à iudice dato & per viam actionis, ob idque soleo in *l. 3. §. planè si dubitet. vers. cæterùm*, in illis postremis verbis *altera cognitione* in quibus euidens mendum subest, legere *illi antè cognitione*. Quid enim differt *præ* ab *antè* & consequenter præiudicium ab antecognitione. Etsi locus ille non de præiudiciali actione est, sed de antecognitione prætoria, de qua mox dicemus. Probabilius tamen fortasse fuerit legere *plena cognitione*. Nam in causa interdicti non adhibetur plena cognitio, sed summaria.

c *Aut interdictis.* Intellige interdictum De liberis exhibendis, cuius duo fuerunt capita, Primum exhibitorium, vt exhibeantur, Secundum prohibitorium ne exhibiti duci vetentur *l. 1. & 3. insr. ill. tit. De lib. exhib.*

d *Aut cognitione prætoria.* Id est, Prætore ipso cognoscēte & pronunciante an liberi nostri in potestate nostra sint necne. Est enim hæc quæstio status de qua soli prætores, maioresque Iudices cognoscere & pronunciare olim potuerūt *l. non distinguemus 32. §. de liberali. D. de recept. l. vlt. Cod. qui & apud quos in integrum restitui possunt.* Nempe cùm de eo principaliter agebatur. Nā si alia principalis quæstio verteretur de qua dādus esset iudex, & in quā status quæstio incideret, nō erat hæc cognitio prætoria, sed iudicis dati, eoque casu necessarius erat in eam rem vsus præiudicialis actionis, ita tamen vt nihil de eo iudex datus pronunciaret, sed tātùm de principali quæstione, puta de hereditate, vt in *l. 1. C. de ordin. iudic. l. 2. & 6. C. de ordin. cognit. l. 3. C. de iudic. l. si putas 6. C. de petit. hered.* Opponitur actioni, siue præiudiciali, siue alii cuilibet cognitio prætoria, quia de quibus rebus prætor ipse cognoscebat nō dabat iudicē, Et contrà dabat Iudicem, de quibus causis cognoscere non poterat *l. in causa 13. §. 1. l. quod si minor 24. §. vl. D. de minor. l. 2. C. de pedan. iudic.* Porrò sunt ista synonima Dari iudicem, dari formulam, Dari actionem *tit. C. de formul. & impetr. act. sublat.* Inde est quod actiones præiudiciales appellantur, quia priùs expediendæ sunt per iudicem datū super alia quæstione principali; dum ne quid super iis pronuncietur. At cùm expediuntur per prætorem si per se ac simpliciter, dicuntur cognitiones, vt hic & Prætoris vel Præsidis pronūciationem exigunt, si verò propter aliam rē, de qua eundem prætorem cognoscere oporteat puta ob caussam interdicti Dicēdæ sunt *præcognitiones*, vt in *dict. l. 3. §. planè. de lib. hom. exhib.* Nā de interdictis solus prætor cognoscebat, nec dabat iudicem *l. 2. & 3. C. de liber. exhib.* Itaque si filius qui à nemine detinetur sui controuersiam faciat, & se patremfamilias dicat cognitioni prætoriæ locus erit *l. si filius 8. D. de probat. l. 1. C. de ordin. cognit.* sed nō actioni præiudiciali cùm inter patrem & filium nulla lis esse possit, nec vlla actio *l. 4. §. de iudic. l. 3. § hoc autem. de liber. exhib.* nisi de aliqua re alia quæstio sit puta de hereditate, vt in specie *l. 4. de liber. exhib.* Vbi tamē additur etiam ad interdictum de filio ducendo iri hoc casu debere: quod non puto verum, vt constat ex *d. §. hoc autē.* Dicerémque potiùs tollendum articulum *tam* quo sublato sensus erit, De hereditate agi in illa specie magis quàm ad interdictum iri oportere. Græcismo Iureconsultis satis familiari quē non obseruans imperitus interpres putauit locum esse mutilum si non adderetur in præcedentibus dictio *tam* atque ita ex vera Africani sententia falsam effecit. Qua etiam ratione puto in *l. 1. C. de liber. exhib.* verba illa *interdicto in ea rē proposito* abundāre & irrepsisse ex glossa imperiti interpretis existimantis titulum sub quo ea lex posita est, hanc requirere interpretationem, nec animaduertentis legem illam suo titulo non conuenire, cùm in ea specie non possit locus esse interdicto, sed tantùm cognitioni prætoriæ *d. l. 3. § hoc autem.* Et verò cùm lex illa directa sit ad eum qui filius dicebatur, ap-

patet non potuisse ab eo proponi interdictum, cùm ipse conueniretur. Nam nec ipsi patri daretur interdictum si non aliquis filij defensor esset, qui tamen in ea specie nullus erat. Nec probabile est quod Africani interpres ait, Etiamsi nullus sit qui interdicto filium defendat, tamen propter hereditatis quæstionem apud eum qui de hereditate cognoscit etiam interdicto agi de filio ducēdo. Nam præterid quod in *d.l.1.* non quærebatur de hereditate, cùm iam filius aduersus possessores bonorum maternorum obtinuisset, quis vnquam audiit proponi interdictum apud iudicem datum, & apud alium quàm prætorem? Interdicta enim omnia reddebat olim prætor extra ordinē *§. vlt. Inst. de interdict. l.3. C. eod.* & ipse cognoscebat Ergo vel probanda est coniectura nostra, vel pro *interdicto* legēdum *remedio* quod est probabilius. Remedium autem in eam rem propositum in ea specie filio qui Imp. adierat, non interdictum est, vt putauit malus interpres quem titulus decepit, sed cognitio prætoria *d.l.8. D. de prob.* Fuit que dandum & indicandum filio qui consulebat Imp. non patri qui nondum apud Imper. conquerebatur. Porrò non potuit indicari filio remedium, vt interdicto vteretur, cùm etiamsi locum habuisset interdictum, eo tamen conueniri tantùm filius, non etiam experiri potuisset. Sic remedium eleganter dixit Papin in *l. rem hereditariam 63. D. de euict.* & Vlp. in *l.1. de ventr. inspic.* Adde quod secundum vulgatam editionem debuerat comma poni post verbum *proposito*, non post *contendit* quomodo positum est. Posset etiam fortasse legi *ex edicto*. Edicti enim nomen latius patet quàm interdicti, vt etiam notionem prætoris comprehendat eo casu quo interdictum habere locum non possit *d.l.3. §. hoc autem, & §. Iulianus. j. eod. tit.* Idem est si filius apud alium quidem sit, sed sua sponte *l. vlt. eod.* Nec vindicetur his casibus potest filius ne quidem adiecta causa *ex iure Quiritium*, quia non potest vindicatio filij contra filium ipsum exerceri non magis quàm interdictum, sed contra eum ipsum à quo filius detinetur & defenditur *l. qui petitorio 36. infr. hoc tit.* At eo casu quo filius ab alio detineatur, nec nisi de statu filij controuersia sit, quam non filius, sed alius ille faciat, Cessat cognitio prætoria, & recurrendum est ad interdictum, siue alius ille patrem se dicat, siue non *d.l. vlt. l.: & d.l.3. § hoc autem.* Sed nō cessabit ante cognitio prætoria si ambo se dicant patres, quia necessariò sciendum est vter pater sit, vt sciri possit vter debeat interdicto vincere *d.l.3. §. plane. in fin. de liber. homin. exhib.* Sed & poterit filius hic à patre vindicari dummodò adiecta causa *ex iure Quiritiū*, vt sequitur in hac lege. Accursius magna ex parte hæc omnia malè explicat, qui confundit cognitionem prætoriam cum officio iudicis, & præcognitionem prætoriam cum actione præiudiciali, Quæ sunt diligenter distinguenda.

e *Nisi fortè, inquit.* Ratio dubitandi. Præiudiciales actiones sunt in rem, & competunt ei qui alium dicit, vel filiū suum, vel in potestate *§ præiudiciales Inst. de action.* Ergo vindicatio quæ nihil nisi in rem actio est hoc etiam casu competet, licèt non adiecta causa. Ratio decidendi. Vindicatio ei tantum competit qui dominus sit, vel gentium iure, vel ciuili *l. in rem 23. j. eod.* quorum neutrum dici potest cùm agitur de libera persona, quippe quæ non potest esse in bonis cùm non sit in cōmercio *l. inter 83. §. sacram. de verb. oblig. l. sed Celsus 6. cū praeced. D. de contr. empt.* Cæterùm, Omnes quidem vindicationes, sunt actiones in rem, Sed non vicissim omnes actiones in rem sunt vindicationes.

f *Adiecta causa.* Fortasse legendum est *clausula*, Illa scilicet quæ mox subiicitur *ex iure Romano*, vel quod idem est *ex lege Quiritium*. Nisi dicas ea clausula causam quoque vindicationis contineri. Et hoc ita est, Ne alioqui sequentia corrigenda sint, in quibus hæc ipsa verba repetuntur.

g *Si quis ita.* Ratio hæc & explicatio præcedentium, Nec improbarem ita legi *nam si quis ita.* Fuisset enim perdifficile intelligere quid sibi vellent verba illa præcedentia, nisi versic. hic subiectus fuisset. Non debuit itaque vereri Accurs. ne superfluus esset.

h *Filium suum vel in potestate.* Debuerant hæc verbá scribi maiusculis literis, vt & sequentia illa *ex iure Romano.* Sunt enim omnia eiusdem formulæ vsurpanda quoties vindicatur filius adiecta causa; Dicit enim pater qui petit, Esse filium suum eum quem petit, vel Esse in sua potestate, Esse quidem suum si negetur pater, Esse verò in potestate si aduersarius fateatur hunc qui petitur esse filium; sed contendat esse emancipatum, Cæterùm vtroque casu addendum est *ex iure Romano*, & ponendum controuersiam fieri patri ab alio quàm ab ipso filio. Alioqui non erit locus vindicationi, vt neque actioni præiudiciali, sed tantùm cognitioni prætoriæ, vt suprà diximus. Finge detineri filium ab eo qui dicat sibi datum fuisse in adoptionem, vel à se adrogatum. Quod nō intelligens Azo putat loqui Vlpianum de filio qui ipse contradicat, negétque se in patris sui esse potestate, Item de filio qui sit exhibendus ab aliquo. Cùm tamen omnis vindicatio præsupponat rem esse præsentem, iámque exhibitam *l.1. in f. ad exhib.* hémque alium aduersarium quàm rem ipsam quæ vindicatur *l. vltim. infra hoc tit.*

i *Rectè eum egisse.* Ratio dubitandi. Adiecta clausula illa *ex iure Romano* aut quod idē est *ex lege Quiritium* non facit vt eò magis filiusfamilias sit in dominio patris, vel gentium iure, vel ciuili. Nam imò verò ius Romanum separat patriam potestatem à dominica potestate, nec patitur vt pater filio possit adimere libertatem cui posset vitam adimere *l. vlt. C. de patr. potest.* Ergo nec facere poterit, vt eo magis vindicari filius à patre possit, *d.l. in rem 23. j. hoc tit.*

Ratio decidendi. Verba illa *ex iure Romano* vindicationi addita faciūt, vt appareat patrem cùm in iure dicit filium suum esse quæ sollennis erat formula vindicationis, vt suprà diximus, non de filij dominio sentire, sed de filiatione sola, ac si diceret filium hunc esse suum filium, Et similiter cùm dicit filium esse in sua potestate. Potestatis enim nomen æquiuocum est, nec minùs dominicam quàm patriam comprehēdit *l.1. § in potestate 2. de exercit. act. l. potestatis 215. de verb. signific.* Et itá locus hic accipiendus est non vt vi patriæ potestatis quæ ex Romano iure competit pater filium vindicare possit, quomodo nonnulli interpretantur.

k *Vindicare posse*, Similia pleraque congerit Accurs. nec malè de Abbate vindicante monachum, De prælato vindicante clericum, De magistratu vindicante ciuē *l. pen. in princ. ad municip.* Item de colonis Palæstinis *l.1. eod. tit. de colon. Palæst. lib. 11. tit. 50.* de Illyricianis *l.1. eod. tit. 52. eod. lib. de patrimonial. vel fiscal.* & *C. de fugit. colon. patrim. eod. lib. tit. 63.* De colonis cuiuslibet priuati, de quibus in *l. quisquis 3. & tot. tit. C.*

de agric. & cēsit. lib. 11. titul. 47. & nouell. 17. de mandat. Princip. cap. 14. §. sed etiā suscipiētes. Denique de cohortali vel Curiali *l. 1. C. vbi quis decur. vel cohort. aliáve cōdic. conuen.* Hi enim omnes possūt vindicari, sed adiecta causa & claus. *ex iure Romano* si excipias duos primos casus, in quib faciēda vindicatio est adiecta causa *ex iure canonic.* At bene Accurs. Adde etiā de marito vindicante vxorē arg. *l. 2. de lib. exh.*

3 ¶ Per hanc autem actionem non solùm singulæ res vidicabuntur: sed posse etiam gregem [a] vindicari, Pomponius libro lectionum vicensimoquinto scribit. idem & de armento [b], & de equitio, cæterisque, quæ gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licèt singula capita nostra non sint [c]. grex enim [d], non singula corpora vindicabuntur.

Ad §. 3. per hanc autem.

a *Etiam gregem.* Ratio dubitandi. Vindicatio dicitur specialis actio in rem, vt scriptum est initio huius legis, quia singularum rerum petitionis actio est. Atqui grex vniuersum quid est quod recipit augmentum & diminutionem *l. grege 21. & §. q. de leg. 1. l. grege 13. de pignor.* Ergo non potest grex hac speciali actione vindicari, sed singula ipsa capita, quæ in grege sunt, vt dici solet peculio legato *l. vindicatio 56. ff. hoc tit.*

Ratio decidendi. Est quidem grex quid vniuersum plura sub se corpora continens, sed ita tamen vt non tam iuris nomen sit quàm corporum plurium vni nomini subiectorum, vt loquitur *l. rerum mixtura 30. ff. de vsucap.* In quo differt grex à peculio & ab hereditate quæ sunt iuris nomina, quia sine corpore vllo possunt subsistere non etiam grex *d. l. vindicatio. l. hereditas 50. ff. de hered. petit.* Et hoc est quod ait Accurs. gregem esse quidem vniuersitatem quandam, sed facti non iuris. Non potest igitur grex peti aliqua vniuersali actione, sed tantū speciali, quia vniuersales actiones non sunt propositæ, nisi de vniuersalibus iuris.

b *De armento.* Eadem dubitandi & decidendi ratio est de armento & equitio quæ de grege. Non enim differunt, nisi in eo quod grex propriè est ouium. Armentum boum, & equitium equorum *l. 1. §. 1. l. vlt. inf. de abig.* Est tamen gregis nomen commune omnibus pecoribus quæ gregatim habentur, de quibus omnibus loquitur hic locus.

c *Nostra non sint.* Ratio dubitandi. Gregem faciunt capita singula quę in grege sunt, cùm grex non sit tale quid vniuersum quod sine corporibus possit subsistere, vt diximus. Ergo non possumus dicere gregem nostrum si singula corpora nostra nō sint.

Ratio decidendi. Nostrum id esse sufficit quod vindicatur *l. Quintus 25. §. argento. ff. de aur. & argēt. leg. l. doce 9. C. de rei vindic.* Atqui grex vindicatur non singula capita. Sufficit igitur gregem nostrum esse licèt singula capita nostra non sint. Aliud enim est dicere gregem, aliud verò singula capita gregis, tantùmque hæc distant inter se, quantùm vniuersale à suis singularibus. Itaque nō potest hic obiici quod aliàs dici solet. Id demùm totum nostrum esse cuius partem vllam nemo possit suam dicere *l. recte 25. de verb. signific.* Non enim qui potest dicere aliqua gregis capita sua esse, idem statim dicere potest gregis partem aliquam suam esse.

d *Grex enim.* Ratio dubitandi. Id vindicari demum potest quod vindicanti qui se dominum probauerit restituendum tantùm erit officio & arbitrio iudicis *l. officium 9. l. qui restituere 68. inf. hoc tit.* Atqui aliena corpora quæ sunt in grege non possunt venire in restitutionem *l. prox. in fin.* Ergo neque vindicationem.

Ratio decidendi. Separata est causa vindicationis à causa restitutionis. Vindicatio iuris est Restitutio facti, Et ideò facilius est vt aliena pecora gregi meo immixta vindicem quàm vt mihi restituantur. Vindicatio enim fit non singulorū corporum, sed gregis vniuersi, In qua vniuersitate etiam singula capita continentur. At restitutio fit non gregis, sed singulorum capitum quæ sunt in grege *l. in rem 23. §. item quæcunque. vers. at in his. ff. eod.* Æquum autem non est nec iuri congruum vt restituantur mihi capita aliena, licèt gregi meo immixta sint.

2. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SEd si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem [a], sed ne partem dimidiam totius eius vindicabit [b]. Sed si maiorem numerum alter habeat, vt detracto alieno, nihil minùs gregem [c] vindicaturus [d] sit, in restitutionem non veniunt aliena capita [e].

Ad l. sed si par 2.

a *Neuter solidum gregem.* Ratio dubitādi. Cùm par numerus est duorum quorum singuli habent in grege tot capita, vt suum quisque gregem constituere possit, videntur singuli gregem habere. Nec quod duo sint quodammodo permixti greges facere debet vt nec vnus grex esse videatur. Ergo singuli solidum gregem vindicare possunt, perinde acsi alter maiorem numerum haberet, & alter minorem, de quo statim subiicitur.

Ratio decidendi Non possunt duo esse eiusdem rei in solidum domini *l. 5. §. si duobus vehiculum. infr. cōmod. l. de hereditate 19. §. pater. de castr. pecul.* Atqui cùm par duorum numerus est, non potest dici vter potiùs sit dominus, quia par vtriusque causa est. Ergo neuter solidum gregem vindicare potest, ne fides vni vindicationem cogatis dari vtrique. Vnus siquidem grex est, vnumque corpus ex disiunctis constans *d. l. rerū 30. de vsucap. dict. l. in rem 23. §. item quæcunque. vers. at in his. ff. hoc tit.* licet tot sint vniuscuiusque domini corpora in grege, vt possit quisque ex suis separatim gregem constituere: quod si factum esset, suum quisque gregem haberet ac vindicare posset. Nihil ergo refert an potuerit quisque ex suis ouibus constituere gregem an non, Nisi quod posterior casus minorem habet dubitandi rationem.

b *Vindicabit.* Ratio dubitandi. Quoties duorum par numerus est videtur grex esse communis. Ergo vindicatio partis vnicuique competit, siue pro diuiso, siue pro indiuiso. Quemadmodum si totus grex vnius esset ab eo solo vindicaretur. Eadem enim debet esse ratio partis quæ totius, cùm agitur præsertim de vindicatione *l. quæ de tota 76. infr.* Nec

vide-

videtur posse negari quin vnusquisque, sit dominus partis gregis. Cur non ergo habebunt singuli partis vindicationem?

Ratio decidendi. Mixtura & confusio fortuita non facit rem communem, sed ea demum in qua fit hac mente vt res sit communis. *§. quod si frumentū vers. sed nec magis. Inst. de rer. diui.* Ponimus autem fortuitò non ex proposito pecora tua meis esse immixta. Neuter igitur dominus gregis est, ne quidem pro parte. Ergo neutri partis vindicatio danda est. Quid ergo si vnus totum gregem retineat? Dandáne erit alteri actio in rem pro modo & numero pecorum quæ probabit sua esse, quomodo de frumento scriptum est in *d. §. quod si frumentum.* Minimè. Hoc enim esset dare illi partis vindicationem quam dandam negauimus. Sed permittetur ei vindicare singula capita quæ sua esse probabit si dignosci poterunt, si non poterunt agetur communi diuidundo, quamuis communio nulla fuerit, idque propter incertitudinem natam ex confusione, & quia nihil est quod melius dici possit, vt in *l. 4. infr.*

c *Nihilominus gregem.* Sensus est distinguendum esse an is qui maiorem partem habet in grege tam multa habeat in eo capita, vt detractis quoque alienis tot superfutura sint capita, quot superesse necesse est ad constituendum gregem. Nec enim pauciores quàm decem oues gregem possunt constituere *dict. l. vlt. de leg.* Nam si detractis alienis ouibus non supersint decem, nullus erit grex qui vindicari possit. Erit verò si decem supererunt.

d *Vindicaturus sit.* Ratio dubitandi. Licèt singula gregis capita nostra non sint, tamen non eò minùs grex noster est, ideoque & vindicari à nobis potest, vt dictum est in *fine l. proxim.* Ergo non est necessaria supradicta distinctio, potestque sufficere vt grex sit, alienis quoque ouibus computatis.

Ratio decidendi. Potest quidem gregis dominus suum gregem dicere & vindicare, etiamsi aliena capita sint immixta, Sed ita demùm si de suo habeat, tot capita quot sufficiant ad constituendum gregem. Alioqui non potest gregem sibi facere ex capitibus alienis.

e *Aliena capita.* Ratio dubitandi. Id venire debet in restitutionem quod venit in vindicationem *d. l. officium 9. dict. l. qui restitu re 6. & pass. hoc tit.* Atqui etiam aliena capita veniunt in vindicationem gregis, vt iam dictum est. Ergo & in restitutionem.

Ratio decidendi. Quod dicimus aliena capita venire in vindicationem, non sic accipiendū est vt ipsa vindicentur, sed vt non impediant ne grex totus vindicetur, qui constare posset etiam alienis illis capitibus detractis. Grex enim totus vnum corpus est ex distantibus corporibus, sicut ædium vnum corpus est ex cohærentibus lapidibus. *§ si grex Inst. de legat.* At restituitur non sic vnius corporis, sed singulorum capitum, quia ita facti est, vt supra diximus. Itaque non distinguemus an vindicatio exerceatur contra tertium, an contra eum ipsum cuius sunt immixta gregi capita. Tantundem enim iuris habet extraneus quilibet quantum dominus ad hoc ne alienam rem vindicanti non domino restituere teneatur *l. vltim. C. hoc titulo.*

3. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

MArcellus libro quarto Digestorum scribit: Qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum redemit totidem capita aliena ab eo, qui dominium eorum habebat, vel alia ab eo, qui bona fide ea possidebat [a]. & hæc vtique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed & si ea sola supersint capita, quæ redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare [b].

Ad l. Marcellus 3.

a *Qui bona fide possidebat.* Ratio dubitandi. Qui bonæ fidei tantùm possessor fuit centum illorum capitum quæ ponimus à domino gregis redempta fuisse vt ea in amissorum locum substitueret, non potuit dominium eorum transferre, Ex *reg. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur. l. traditio 20. de acq. rer. domin.* Ergo neque ius vindicationis quod præsupponit acquisitionem dominij, sed tantùm exercendæ Publicianæ quæ solet esse subsidiaria vindicationis, & in eius defectum dari *l. minor 3. §. 1. infr. de euict.* At neque Publicianam videtur hic emptor exercere posse. Non enim datur illa nisi pro rebus, quæ possunt vsucapi *§. namque. Inst. de action. l. si in autem 9. §. hac actio. j. tit. prox.* Gregem verò constat vsucapi nō posse, quia nec possideri in vniuersum potest *l. rerum mixtura 30. in fi. j. de vsucap.* Ergo in gregis vindicatione centum hæc capita ab eo vendita qui bonæ fidei tantùm possessor fuit minimè continebuntur. Ratio decidendi. Mutatio singulorum capitum gregis quæ modò fiat per partes substitutis quibusdam in locum demortuorum non facit vt alius grex esse existimetur *l. proponebatur 76. de iudic.* Maximè verò si maior pars veterum capitum duret, vt in hac specie. Et consequenter cùm substitutis quoque alienis capitibus, idem tamen grex esse videatur, qui anteà fuerat necesse est vt perinde vindicari possit ab eo qui fuit antè dominus gregis, Non enim corpora singula vindicantur, quæ pro parte sunt aliena, sed grex ipse totus qui nulla ex parte alienus est quatenus grex est, & vt philosophi loquuntur, formaliter non materialiter. Itaque nihil causæ est cur in hac specie recurramus ad Publicianam omissa directa vindicatione. Nam nec Publiciana hoc casu potest vlla competere, quæ scilicet domino nunquam datur, Tantùm abest vt qui vindicationem directam proposuit, Publicianam quoque proposuisse existimetur, vt malè quidam apud Accursium.

b *Vindicare.* Ratio dubitandi. Grex licèt sit quid vniuersale, non tamen est ex eorum numero quæ in iure consistunt, possuntque sine corpore subsistere, Est enim potiùs quiddam corporale, adeoque corpus vnum constans ex distantibus *§. si grex. Inst. de legat.* Ergo fieri nequit vt non amittatur dominium totius gregis, mortuis capitibus omnibus ex quibus constabat, Nec proinde vt superis gregis vindicatio. Atque ita videtur sensisse Accurs.

Ratio decidendi. Meum est quod ex re mea superest, eiúsque vindicandi ius habeo *l. si ex lana 4. §. 1. j. eod.* Atqui capita ista licèt aliena, fuerunt tamen pars illius gregis qui totus erat meus, Ergo quamuis cætera omnia capita demortua sint quæ erant mea, non eò minùs tamen gregis vindicatio super-

est, quia idem grex manet, & pars gregis grex est, dum is numerus capitum superest qui ad constituendum gregem sufficiat. Sanè corpora ipsa singula vindicare non potero quia non sunt mea nisi postquàm fuerint vsucapta. Alioqui Publiciana erit necessaria, si ea vindicare velim singula, non etiam si gregem ipsum. Denique grex cùm sit nomen vniuersitatis recipit augmentum, diminutionem, & vicissitudinem, ita vt nihilominus idem remaneat mutatis per partes corporibus omnibus, qui antea fuit d. l. proponebatur 76. sup. de iudic. l. si ei argentū 21. §. 1. de excep. rei iudic. l. grege 21. & sequ. de legat. 1. Vbi additur quod magis est si adeò diminutum ex eo grege pecus esset vt vel bos vnus superesset, vindicari eum posse quamuis grex esse desiisset. Verùm id ita debet intelligi si corpora singula gregis legati fuerint propria testatoris. Alioqui neque grex vindicari poterit à legatario, quia grex esse desiit, neque hic bos qui superest, quoniam alienus est. Eritque hoc casu necessaria legatario Publiciana, cùm is bos alienus non sit in dominio, sit tamen in legato. Nam & pro legato competit Publiciana l. 1. in fin. & l. . de public. in re act. At quid si in casu nostro centum illa capita redempta & substituta in locum demortuorum empta essent mala fide, & ab eo qui sciret aliena Innuit Vlp. noster ex Marcello non posse hoc casu ea contineri in gregis vindicatione: quod tamen apertè falsum est. Nam etsi furtiua essent, non eò minùs tamen gregis forent d. l. iterum. in fin. Cur non ergo etiam gregis vindicatione continebuntur? Quamuis non idcirco vsucapi possint d. l. iterum. in fin. Itaque vt dicam quod sentio, probabilius arbitror, delenda omnino esse verba illa ab eo qui dominium eorū habebat, vel aliena, ab eo qui bona fide ea possidebat tāquā quæ ex imperitia interpretis glossa irrepserint interpretantis duobus modis dictionem illam aliena quam & alij malè sumunt pro alia cùm hoc tātùm sign ficet ex alieno grege. Non adhibita distinctione an qui redemit ea capita redemerit à domino an à bonæ fidei possessore, cùm nec si furtiua fuerint aliud tamen iuris sit.

1 ¶ Armamenta nauis singula erunt vindicanda [a]. scapha quoque [b] separatim vindicabitur.

Ad §. 1. armamenta.

a *Singula erunt vindicanda.* Sēsus est in vindicatione nauis non contineri singula armamenta, quib. nauis instructa est, sed ea separatim esse vindicāda.

Ratio dubitandi. Nauis est corpus quoddam vniuersale constans ex pluribus singularibus, sicuti de grege diximus proximè. Inter quæ videntur etiam armamenta esse quibus instructā nauim esse oportet, vt visui esse possit, ita vt ideò pars quædā nauis esse videantur. Ergo quemadmodum in vindicatione gregis singula capita etiam aliena & furtiua continentur, ita & armamenta nauis simul cum naui ipsa vindicari posse videntur.

Ratio decidendi. Armamenta nauis neque partem nauis faciunt, neque vnquam naui cohærent, sed ab ea semper sūt separata. Proinde sicut appellatione ità vindicatione nauis non continentur. Aliud enim est dicere *nauim* simpliciter, aliud verò *nauim armatam & instructa*. Eaque differentia euidens est inter nauim & gregem. Nam qui dicit gregem simpliciter dicit omnia & singula corpora quæ sunt ex illo grege, sed sub vno nomine, ac sub ratione vniuersi: quod de naui non similiter tractari potest. Itaque non est distinguendum cum Martino & Azone an armamenta ita sint separata an coniuncta, quasi de coniunctis agi debeat ad exhibēdum ex *l. in rem 23. §. item quacunque. infr.* Semper enim, vt dixi, sunt separata. Nec actio ad exhibendum quæ datur in *dict. §. it. m*, datur ad aliud quàm vt quod alicuius est separetur, vt postea separatim possit vindicari. Armamenta autem nauis si naui cohærerent nec ab ea essent separata, tantò facilius venirent in vindicationem, nec prodesset actio ad exhibendum, nisi vt separentur, & ob id tardiùs vindicarentur. Quare & inaudium est dari actionem illam Ad exhibendum, ad separanda ea quæ coniuncta possit actor suo iure vindicare. At hic porrò locus decenest qui dominus sit nauis & armamentorum. Aliud ergo est in iis quæ naui coniuncta sunt, veluti gubernaculum, antennæ, malus, velum. Sunt enim ista omnia veluti membra nauis *l. c. iphum 45. infr. de euict.*

b *Scapha quoque.* Ratio dubitandi. Accessiones omnes sequuntur naturam & conditionem eius rei cuius sunt accessiones, & veniunt in vindicatione corporis cui accedūt *d. l. in rem 23. § item quæcunque. infr.* Atqui scapha etsi propriè neque pars neque instrumentum aut membrum nauis est, tamen accessio quædam est sequela sine qua longè minor & incommodior nauis esset. Ideóque vix vlla nauis est sine scapha. Ergo qui vindicat nauim hoc ipso scapham quoque vindicare intelligitur.

Ratio decidendi. Accessiones quæ principali rei cedunt, in eandem vindicationem veniunt *d. §. item*: at non accessoria quæ sunt separata nec rei cohærent. In quo numero est scapha. Potest enim & sine ea esse nauis, & scapha sine naui, cuius illa nec pars nec instrumentum nec membrum est *d. l. Scapham 44. De euict. l. vlt. ff. de instruct. & instrum. legat.*

2 ¶ Pomponius scribit, si quid, quod eiusdem naturæ est, ita confusum est, atque commixtum, vt deduci, & separari non possint, non totū, sed pro parte esse vindicandum [a]. vt puta meum, & tuum argentum in massam redactum est: erit nobis commune: & vnusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus: etsi incertum sit [b], quantum quisque ponderis in massa habet.

Ad §. 2. Pomponius.

a *Esse vindicandum.* Ratio dubitādi. Quisquis rem vindicat debet eam designare ita vt certam faciat *l. si in rem 6. inf.* Alioqui quomodo formulam illam vindicationis vsurpabit *Hanc rem ex iure Quiritiū meam esse aio.* Atqui designatio hæc fieri non potest, neque in totum, neque pro parte, quoties id quod eiusdem naturæ est ita confusum est, vt deduci & separari non possit. Ergo neque vindicatio hoc casu locum habere poterit, siue in totū, siue pro parte.

Ratio decidendi. Quod commune est, vindicari ab vnoquoque pro pa te potest *l. serui 6. §. 1. & 2. de legat. 1.* Atqui confusio e uum rerum quæ sint eiusdem naturæ, ita vt deduci & separari non possint facit

facit rem confusam inter dominos cõmunem, cuius partes antea propriæ erant singulorum. Quantum enim decedit de doinio vnius, tantundem adijcit de dominio alterius, Nec dominiorum cõfusio aufert dominium, sed permiscet ita vt nemo partem suam pro diuiso possit ostendere. Ergo si forte argentum tuum & meum in massam vnam redactum sit, Vnusquisque nostrum pro rata ponderis quod in massa habuimus massam vindicabimus, tanquã quæ hoc ipso facta sit inter nos communis. Nec verò quicquam est quod melius dici possit. Esset enim longè absurdius si vtrique actionem in rem denegaremus. Quis enim dominus esset huius massæ si neuter istorum esset? *arg. l. ita vulneratus 51 vers. quod si quis absurdè ad leg. Aquil.* b *Etsi incertum sit.* Ratio dubitandi. Qui rem vindicat non tantùm rem designare debet, sed etiã vtrum totam petat an partem, & si partem, quotam petat. *d. l. si in rem §. 1. inf.* Quomodo enim posset fieri certa cõdemnatio super petitione incerta? *l. siadem Pomponius 5. §. vlt. inf.* Nam & ratione incertitudinis vitiatur legatũ libertatis *l. si quis 27. de reb. dub.* Atqui quoties est incertum quantum ponderis in massa cõmuni habere quisque debeat non potest quota para designari, quia non aliã partem habere quisque potest quàm pro rata ponderis quod habet in massa communi, Ergo neque partis vindicatio dari hoc casu potest. Ratio decidendi. Etiam incertæ partis vindicatio permittenda est ex causa, id est, cùm necessitas nos cogit ita dicere nec melius quicquam est quod dici possit *l. 1. §. vlt. supr. si pars her. pet. l. quæ de tota 76. §. incerta. inf. hoc tit.* Putat tamen Accurs. certificandam esse postea hanc incertitudinem, id est, post litem contestatam, sed antè sententiam, vt possit sequi condemnatio ex *l. 1. § si quis argentum 40. inf. depos.* vbi ait Vlp. succurrendum esse iuranti qui pondus argenti vel auri quod deposuit probare non potest. Sed ibi neque de confusione agitur, neque de vindicatione partis, siue certæ, siue incertæ, sed de personali actione depositi in qua iuratur in litem contra depositarium dolosum, quia nec nisi de dolo tenetur depositarius. Nos verò hîc agimus de vindicatione partis incertæ, quæ certa fieri nec per iusiurãdum potest. Nec ponimus dolum vllius ex dominis interuenisse. Etsi eo quoque casu idem esset.

4. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

QVo quidem casu etiam communi diuidundo [a] agi poterit. Sed & furti [b], & ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curauit: ita vt in ad exhibendum [c] actione pretij ratio haberi debeat [d]: in vindicatione, vel communi diuidundo actione hoc amplius ferat [e], cuius argentum pretiosius fuerat.

Ad l. quo quidem casu 4.

a *Etiam communi diuidundo.* Ratio dubitandi. Iudicium communi diuidundo non habet locum, nisi cùm res est communis *l. 1. & tot. tit. C. commun. diui.* Atqui communio non fit sine voluntate dominorum, Nec aliòquin accidat vt ignorans inuitus aliquis compellatur ad communionem contra *leg. si non sortem 26. §. si centum. de cond. indeb.* Ergo si non ex voluntate nostra meũ argentũ & tuum in massam redactum sit, iudicium communi diuidundo inter nos eo nomine locum habere non potest.

Ratio decidendi. Quoquomodo res fiat communis de ea potest agi communi diuidundo vt diuidatur, Neque enim inuitus quisquam in communione manere cogitur *l. vlt. C. commun. diui.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. §. dulcissimis. de leg. 2.* Atqui massa, de qua tractamus cõmunis est, quamuis sine voluntate nostra confusæ sint materiæ *l. adeo 7. §. voluntas. inf. de acqui. rer. domin. §. si duorum in fi. Inst. de rer. diuis.* Ne aliter posito iure dicendũ sit neutrius esse massam quæ non sit vtriusque. Ponimus enim ita cõfusas esse materias vt separari non possint, vt scriptum est in § *vlt. leg. præced.* Alioqui non posset agi communi diuidundo *l. prox. §. 1. j.* Ergo & in hac specie iudicium communi diuidundo inter nos locum habebit. Quod Accurs. sic intelligit si sine dolo malo commixtio facta sit. Sed idem est etiã si dolus malus interuenerit, vt sequentia ostendũt. At quomodo fiet diuisio si ignoretur quotam quisque partẽ in massa habeat? Fiet necessariò in viriles, cùm nihil sit quod meliùs dici possit. Etsi tùm quoq; cùm incertæ sunt portiones Cõmuni diuidundo agi potest non minus quàm rei vindicatione *l. etsi non omnes 8. §. 1. j. commun. diuid.*

b *Sed & furti.* Ratio dubitandi. Furtũ nõ fit sine animo furandi *l. 1. inst. l. si quid fur. 22. & pass. de furt.* Atqui potest quis etiam dolo malo confudisse argentum meum, nec tamen furãdi animum habuisse. Ergo non omnimodo furti ex hac causa potest agi, Præsertim cùm mea parum interesse videatur qui dominium meum retineo meãmque partem licèt incertam in massa communi.

Ratio decidendi. Furtum non dominij interuersio est, sed possessionis, cùm æstimetur ex contrectatione quæ fiat rei alienæ inuito domino & intercipiẽdæ rei gratia *d. l. 1. de furt.* Atqui in hac specie interuersa est possessio mea per eum qui argentum meum quod erat maioris ponderis confundit cum suo, & quidem dolo malo vt faceret massam communem, mihíque vindicandæ materiæ meæ difficiliorem faceret rationem. Ergo etiam furti teneri debet: Ex qua ratione intelligimus agi hoc loco de eo qui argentum meum cum meo cõfuderit & quidem dolo malo, non etiam de tertio. Is enim quantumuis dolo malo fecerit, non potest tamen furandi & intercipiẽdi animo fecisse cùm nullam dominij partem in massa habeat, quod & sequentia clariùs ostendunt.

c *Et ad exhibendum.* Ratio dubitandi. Exhibere est quasi extra secretum habere *l. 3. §. ait prætor de hom. liber exhib.* Atqui fieri non potest vt extra secretum habeatur, & in publicum producatur ea pars argenti quam habeo in massa communi, quoties meũ argentum cum tuo ita confusum est, vt deduci & separari non possit. Ergo frustrà ad exhibendum agatur pro ea re quam impossibile sit exhiberi.

Ratio decidendi. Actio ad exhibendum competit non tantùm contra eum qui possidet, ac exhibendi potestatem habet, sed etiam contra eum qui dolo malo desijt possidere, atque ita fecit ne exhibendi habeat hodie facultatem *l. Iulianus 9. in princip. infr. ad exhibend.* quia ex huiusmodi actione cum sit arbitraria condemnatio fit non ad exhibitionem, sed ad id quod interest, si

non arbitrio iudicis res exhibeatur §.*praeterea. Inst. de action.* Ergo & in hac specie tenetur, Ad exhibendum is cuius dolo malo factum est vt argentum meum ita confusum sit vt deduci hodie & separari non possit: quia dolus pro possessione est, & is per quem stat ne possit facere videtur facere posse, ex iuris regulis.

d *Precij ratio haberi debeat.* Taxandi scilic. per iusiurandum in litem *l. in actionibus* §. *De in lit. iur.* vbi dicitur, iurari in actione quoque ad exhibendum. Nescio tamen cur hinc Accurs. inferat, Non esse igitur necessariò actionem ad exhibendum praeparatoriam alterius actionis, quomodo aliàs esse solet *l. iusf. ad exhib.* Nam mihi verò in hac ipsa specie est praeparatoria vindicationis, & Communi diuidundo, vt sequentia probant si bene legantur & intelligantur. Legendum enim est vnico contextu addita coniunctione *vt* in hunc modum *ita vt in ad exhibendum actione precij ratio haberi debeat, Vt in vindicatione, &c.* Sensus autem est apertissimus, Actione ad exhibendum priùs agendum esse, & in ea actione habendam precij rationem, quanti scilic. actor in litem iurauerit, Vt in vindicatione vel Cómuni diuidendo actione quae posteà proponetur, hoc amplius ferat actor cuius argentum preciosius fuisset ex iureiurando eius apparuerit. Sic fiet certum per actionem ad exhibendum, quod anteà incertum erat, Non vt precium de quo iuratum fuerit praestetur, sed vt pro quantitate eius precij certa pars massae vindicetur, vel per actionem Communi diuidundo petatur. Planè si postquàm actor in actione Ad exhibendum iurauerit de precio rei suae malit actor habere pecuniam quàm rem suam, non erit quod de vindicatione vel actione Communi diuidundo posteà tractetur. Estque actio Ad exhibendum illo casu non praeparatoria alterius actionis, sed per se instituta. Nec enim semper praeparatoriam eam esse necesse est.

e *Hoc amplius ferat.* Ratio dubitandi. In actione ad exhibendum de precio rei iuratum est, non de re ipsa. Ergo non potest iusiurandum illud facere, vt eo plus ferat actor in iudicio vindicationis, vel Communi diuidundo, in quibus non de precio rei, sed de re ipsa eiusque dominio agitur.

Ratio decidendi. Ratio precij facit, vt possit apparere quantò preciosius sit argentum quod habet actor in massa communi, & cuius argenti pondus alioqui esset incertum. Et consequenter pro rata precij habebitur ratio ponderis, & pro rata ponderis fiet vindicatio, vel agetur Communi diuidundo. Dices, Etiam in vindicatione cùm sit arbitraria iurari in litem, Et similiter in actione Communi diuidundo cùm sit bonae fidei *l. in actionibus §. inf. de in lit. iur.* Ergo non est necesse institui actionem Ad exhibendum quasi praeparatoriam, vt precij ratio haberi possit. Respondeo, Ita esse si actor malit habere precium rei suae quàm rem suam, sed si malit rem habere, necessariò inuestigandum esse precium per actionem ad exhibendum vt sciri possit quid veniat in vindicationem, aut in actionem Communi diuidundo, Nimirum si socius qui partem in massa communi habet, ille sit contra quem agitur & qui argentum suum cum meo confuderit. Nam contra tertium cuius dolo malo id factum sit nihil tale tractari potest, Neque ex eius dolo vel ex eo quod contra ipsum iuratum sit durior fieri debet condicio socij cui nihil potest imputari.

5. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

IDem Pomponius scribit: Si frumentum duorum non voluntate eorum [a], confusum sit: competit singulis in rem actio in id, in quantum paret, in illo aceruo suum cuiusque esse. quòd si voluntate eorum commixta sunt: tunc communicata videbuntur [b], & erit communi diuidundo actio.

Ad l. idem Pomponius 5.

a *Non voluntate eorum.* Ratio dubitandi. Confuso duorum frumento etiam citra eorum voluntatem nesciri potest quaenam cuiusq; grana sint, nec proinde fieri eorum designatio quae certa fieri debet ab eo qui agit in rem *l. si in rem 6. infr. hoc tit.* Ergo non potest superesse vindicatio, sed necessariò recurrendum est ad actionem Communi diuidundo, quia commixtio rerum quae separari non possunt inducit necessariò comunionem, etiamsi voluntas dominorum non interuenerit, vt in *l. prox. supr. l. adeo 7. §. sed etsi fine §. inf. de acquir. rer. domin.* vbi malè Hotom. 4. Obser. cap. 11. addidit negationem in illis verbis *illum iturus esse*. Adde *l. arbor 19. vers. quare infr. commun. diuid.* vbi non distinguitur an dominorum voluntate facta sit cófusio, necne. Iunge §. *si duorum. Inst. de rer. diuis.* Ratio decidendi. Confusio ista frumenti nō facit quin grana singula durent in sua substantia Ergo nō facit rem cómunem §. *quod si frumentum. Inst. de rer. diuis.* In quo differt hic casus ab eo de quo in *l. prox. praeced.* & in §. seq. Et quãuis post confusionem nesciri possit cuius sint grana, sufficit tamen sciri quantitatē & quotã quã in aceruo quisq; habeat. Nam nec hoc casu vindicantur grana, vt malè videtur putasse Accurs. Esset enim hoc si non prorsus impossibile saltem nimis difficile *l. vsusfru. iuris 69. §. 1. de vsufr.* Nam & confundi frumentum dicitur, quo ddisceni & separari nequit *leg. in nauem 31. §. locat.* sed frumenti quantitas. Idque est quod sequitur *in quantum paret in illo aceruo suum cuiusque esse.*

b *Communicata videbuntur.* Ratio dubitandi. Etiamsi voluntas dominorum interuenerit grana tamen ipsa in sua substantia durant. Ergo neque hoc casu communio vlla inducetur. d. §. *quod si frumentum.*

Ratio decidendi. Voluntas dominorum de rebus cōmunicandis inducit communionē. *d. l. adeo §. voluntas de acqu. rer. dom.* Communicare porrò noluerunt qui eam confusionem fecerunt postquam discretio & separatio fieri nulla posset. Ergo hoc casu non modò aceruũ frumenti communem fieri necesse est, sed singula etiam grana ipsa. In quo differt cōmunio quae inducitur ex voluntate ab ea quae nō nisi ex necessitate. Nã alia videtur esse sententia & ratio *d. l. si aliena*, vt scripsi in Fabro meo ad §. *quod si frumentum 26. Inst. de rer. diuis.* Nimirũ alia ratio est. Nam qui vel inscio vel inuito domino permixti sunt ita vt discerni non possint fiunt accipientis, nec aceruum communem pro rata faciunt *l. si alieni 78. de solution.* Ideò fortasse quòd nummi qui sunt eiusdem generis materiae & formae, nullo prorsus modo differant inter se, & ideò facilius habeantur pro consumptis. Quod in frumento dissimile est, caeterisque rebus quae licèt recipiant aequè functionem in suo genere, non tamen aequè in sua specie aut indiuiduo. Frumento enim

bono

bono datur melius *l. vbi ante 75. §. 1. vers. vsque adeò. de verb. oblig.* Proinde nihil refert quòd singula nū morū corpora in substātia sua durēt. Nec de num- mis dici potest quod de frumento scriptum est in *d. §. quod si frumentum in fi.* arbitrio iudicis cōtineri vt ipse æstimet quales cuiusque nummi fuerint.

1 ¶ Idem scribit: si ex melle meo, vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse, id quoque communicari, sed puto verius, vt & ipse significat, eius potius esse, qui fecit [a]: quoniā suam speciem pristinam nō continet. Sed si plumbum cum argento mixtum sit: quia deduci possit nec communicabitur [b], nec communi diuidūdo agetur: quia separari potest: agetur autem in rem actio. Sed si deduci, inquit, non possit: vtputa si æs, & aurum mixtum fuerit [c]: pro parte esse vindicandum [d]. Nec quaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia vtraque materia, etsi confusa, manet tamen.

Ad §. 1. Idem scribit.

a *Qui fecit.* Ratio dubitandi. Mulsum factū ex melle meo & vino tuo constat ex materia partim tua partim mea. Ergo est commune, cùm post eā commixtionem separatio fieri nulla possit *l. 3. §. vlt. & l. 4. s.* Quod enim ex re nostra fit nostrum esse verius est, *l. de eo 12. §. si quis 3. infr. ad exhib.*

Ratio decidendi. Mulsum neque mel est, neque vinum, sed quid tertium ex vtroque conflatum & quod non speciem suam pristinam retinet, sed nouam continet. Ergo non alterius esse potest quàm eius qui fecit, etiam si nulla ex parte fuerit ille dominus materiæ. Multò magis si pro parte fuerit materiæ dominus. Ea nāque demū materiæ potentia vincuntur vt vires eius effugere nequeant, quę ad sua initia redigi sæpius possunt *l. quæsitum 78. §. illud fortasse. d. leg. 1. l. in omnibus 24.* vbi rectè Haloan. sustulit negationē *de acq. rer. domin.* in quo numero neque mel est, neque vinum *l. quicquid 27. §. vbi simul. eod. §. cum quis ex aliena. Inst. de rer. diuis.* Denique qui nouam speciem facit, rē ipsam quodam modo creat, ob idque fit ipse dominus, iure cuiusdā, vt nostri loquūtur, specificationis. Scilicet si suo nomine fecerit, vt scriptū est in *d. l. adeò 7. §. cùm quis. de acqu. rer. domin.* Spectandum enim potissimùm est cuius nomine id factùm sit *d. §. vbi simul in fi. & l. nisi cuius 26. eo.* An & hoc requiremus vt fecerit bona fide? Minimè. Nec enim mala fides impedit quominùs noua fiat species. Sed faciet ea res, vt & furti & actione ad exhibendum conueniri possit is qui dolo malo miscuit quòd & mala fide contrectauerit, & dolo malo fecerit ne possit hodie exhibere *l. prox. sup.* Atque ita intelligo quod scribitur in *d. l. de eo §. si quis*, ne pugnet is locus cū cæteris, siue intelligatur, vt eo casu actio ad exhibendum sit pręparatoria vindicationis, Quāquam ratio subiecta, *quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est*, demonstrat satis ita sensisse Paulū, quem cùm fuerit Sabinianus mirum non est à Proculianis & ab Ercíscundis in hac quæstione, vt & sæpe aliàs dissensisse *dict. §. cùm quis.* Sanè quod scriptū est in *l. solum 49. §. 1. infr. hoc tit.* Meum esse quod ex re mea superestalium sensum habet. Non enim superest ex re mea quod factum fuit, ex materia mea quæ perierit, & in aliam speciem transierit. Facit *l. si quis l. 2. §. si quis massam. de furt.*

b *Nec communicabitur.* Ratio dubitandi. Si plumbum tuum cum argento meo mixtum sit, totius massæ materia est communis, Ergo & massa ipsa tanquam victa per potentiam materiæ quæ in sua initia redigi sæpius potest, *d. l. quæsitum 78. §. aud. de leg. 3.* Ratio decidendi. Plumbum separari facilè potest ab argento. Ergo nulla necessitas est inducendæ communionis, sicut neque voluntas dominorum in eam rem interuenerit. Proinde nec Communi diuidundo agi poterit, pro re non communi. Quid igitur? Agendum erit in rem, & vindicabo argentum quod in illa massa meum est, tu plumbum quod in ea tuum. Quòd si volūtate nostra confusæ sint materiæ, Erit haud dubiè massa inter nos communis. *§. si duorum 27. Instit. de rer. diuis.* vbi quod additur idem esse, tametsi fortuitò non voluntate dominorum ea confusio facta sit. Intellige si talis confusio sit, quæ impediat ne materiæ separari possint.

c *Si æs & aurum mixtum fuerit.* Cùm nondum inuenta esset ars quæ hodie inuenta est, qua Chrysulcæ aquæ vi aurum à quocunque metallo separari potest De quo Alciat. lib. 6. *parerg.* cap. 1. Non idem est si argentum mixtum sit cum ære. Separari enim facile ab artificibus potest *l. lacus 12. §. 1. de acquir. rer. domin.* quod Accurs. noster non intellexit.

d *Pro parte esse vindicandum.* Ratio dubitādi. Cùm ita confusæ sunt materiæ vt deduci & separari non possint quod ex iis constitutum est, eius est qui fecit, quemadmodum euenit in mulso facto ex melle tuo, & vino meo, vt proximè diximus. Ergo & in hac specie dicendum est massam quæ non sit communis totam eius esse qui confuderit.

Ratio decidendi. Cùm prior materia manet, neque transit in aliam speciem, sola confusio numquam adimit dominium *d. §. cùm quis. Institu. de rer. diuis.* Atqui confuso ære cum auro, eadem tamen materia manet, Ergo & dominium. Igitur & vindicatio, sed pro parte, Id est domino auri pro qua parte massa constat ex auro, Argenti autem domino pro qua parte constat ex argento. Nō est igitur bona comparatio mulsi & huius massæ. Sicut nec simile est quod supra dictum fuit de vindicatione partis incertæ. Pars enim hìc certa est, cùm totum aurum sit vnius, & totum æs alterius. Ideoque nec massa erit communis nec agemus Communi diuidundo. Hæc verò Accurs. non intellexit qui quasi diuersa distinguit *confundi materias & misceri* quæ tamen pro synonimis ponuntur in *l. 3. §. vlt. l. 4. sup. & hac ipsa l. in princip.* & in hoc §. vbi dicitur manere materiam etiam quæ sit confusa contrà quàm putet Accurs.

2 ¶ Idem scribit: si equam meam equus tuus prægnatem fecerit: non esse tuum, sed meum, quod natum est [a].

Ad §. 2. Idem scribit.

a *Quod natum est.* Ratio dubitādi. Generationi, cuilibet plus cōfert sexus masculinus q̃ femininus secundum Aristotelem, sicut & masculinus etiam

in belluis prænaler dignitate *l. qui duos 62. l. seruus 81. de leg. 3.* Debet igitur & partus & fœtus sequi condicionem patris potius quàm matris.

Ratio decidēdi. Mater & in hominib. & in belluis semper certa est nō etiā pater *l. 5. supr. de in ius voc.* Ergo & partus & fœtus cōdicionem matris nō patris sequi debet *l. lex natura 24. iunct. l. 5. §. ingenuus supr. de stat. hom. l. partum 7. C. h. tit.* Quidni verò? Cùm etiam inanimatos fructus dicamus percipi non iure seminis, sed iure soli *l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* Masculus semen præbet, Fœmina veluti solum.

3 ¶ De arbore: quæ in alienum agrum translata coaluit, & radices immisit; Varus, & Nerua vtilem in rem actionem dabant [a]. nam si nondum coaluit, mea esse non desinet [b].

Ad §. 3. De arbore.

a *Vtilem in rem actionē dabant.* Ratio dubitādi. Fieri non potest vt eius nō sit arbor in cuius fundum radices egit, nec vt arbor non cedat solo ex cuius humore alitur *l. adeò 7. §. vlt. l. sed si 26. §. arbor. ff. de acqu. rer. domin.* Ergo nō potest à te vindicari arbor quæ in agrum meum translata cum terra mea coaluit *l. hoc amplius 9. §. Alfenus. inf. de damn. infect.* Et sanè ita esse fatēdū est, referrique hoc loco Vari & Neruæ sententiam quasi explosam qui priori arboris domino actionem in rem vtilem dabant. Sic enim plerumq; explosas aliorum sententias ab aliis referri video, vt illā Papiniani, de qua in *l. Papinianus putabat 23. de don. int. vir. & vxo. l. lecta 41. ibi vt ille putabat. ff. de reb. cred.* Ratio tamen istorum illa fuisse videtur quòd priori domino non potuerit auferri dominiū arboris sine facto eius *vulg. l. id quod nostrum*, cùm eadē sit arbor quæ fuerat priùs. Sed respōdebāt alij subtilius, Imò aliam videri factā arborē ex alio alterius terræ alimento *d. l. sed si 26. §. arbor.* Vbi hanc ob causā dicitur, Etiā si eiusdem sit hæc arbor ex eo fundo in quo cū terra coaluerat, eam tamen ad priorem dominum non redire. Non obstat *l. vtilem 30. cum §. vlt. l. prox. de don. inter vir. & vxor.* Etsi enim nō de vtili vindicatione intelligi debet, sed de condictione quę datur marito in eas res quas mulieri contra bonos mores donauit. Illud etiam apparet illam esse ratione arboris de qua tractamus, aliam verò vestimentorum quæ mulier ex lana sibi à marito donata sibi cōfecerit, Non quasi vestimēta ipsa vxori donata videantur, competeret enim illo casu directa condictio, Sed quia negari nō potest quin ex occasione donationis ad mulierem peruenerint. Nam & si mulier ex pecunia donata emptum seruum vendidisset, & aliū emisset, posteriori periculo mulieris esset quāuis non posset dici emptus ex re mariti nisi mediatè. Sic enim ex Falcinio scripsit Pōpon. in *l. si mulier 30. in princip. eod.* vbi malus interpres rationem huius rei non intelligens adiecit de suo verba illa *quod non est verum* quæ nos tollēda existimamus, ex *l. si pars res 18. supr. quod met. caus.* licèt eam nonnulli quasi contrariam opponant. Placet tamen quod addit Accursius dandam actionem in factum priori domino arboris contra eum qui transtulit ad consequendam indemnitatem ex *l. in rem 23. §. item quacunque. vers. adeòque. infr. hoc tit.*

b *Mea esse non desinet.* Ratio dubitandi. Etiam priusquàm arbor coalescat cum terra tua, & statim atq; in fundum tuum translata est, abiicitur ex humore tui soli. Ergo statim tua fit. Ratio decidendi. Ita demum arbor cedit solo si eius pars quædā sit, quod non aliter contingit quàm si coaluerit, & alio terræ alimento alia facta sit *d. l. 7. §. vlt. d. l. 26. §. arbor. de acqu. rer. domin.* Et hoc demùm casu verè locum habet ratio suprà allata ex *dict. l. id quod nostrum 11. de regul. iuris.* Ergo & vindicatio directa hoc casu superest.

4 ¶ Cùm in rem agatur, si de corpore non conueniat, error autem sit in vocabulo, rectè actum esse videtur [a].

Ad §. 4. cùm in rem.

a *Rectè actum videtur.* Ratio dubitandi. Quisquis vel hominem vel fundum petit, non tantùm designare rē debet, ita vt sciatur de quo fundo vel homine sentiat, sed etiam exprimere nomen, adeoque locum in quo sit *l. prox. vers. sed et in petendo, & in fin. inf.* Ergo etiamsi de corpore conueniat, error tamen sit in vocabulo & nomine, non potest videri rectè actum. Ratio decidendi. Error in nomine numquam nocet quoties constat de corpore *l. si in iudicio 80. supr. de iud. l. 4. de leg. 1. l. si me in vacuam 34. ff. De acq. poss. l. 3. C. de testam.* Ad quid enim nomina nisi vt per ea significentur res de quibus sentiunt qui loquuntur *l. Labeo 7. de supell. legat.* Intellige tamen de fundi vel hominis nomine imposito non naturali. Nam naturalia rerum nomina sunt immutabilia, nec impunè vnquam in iis erratur, puta si quis pro homine quem vindicare vult dicat se fundum vindicare, vel contrà Hominem pro fundo *d. l. 4. de leg. 1.*

5 ¶ Si plures sint eiusdem nominis serui, puta plures Erotes; nec appareat [a], de quo actum sit: Pomponius dicit, nullam fieri condemnationem [b].

Ad §. 5. si plures.

a *Nec appareat.* Ratio dubitandi. Non potest nō apparere de quo actor senserit, cùm ei credatur licet reus neget se de eodem corpore sensisse, In eoque differentia, & differentiæ ratio elegans est inter iudicia & stipulationes *l. inter stipulantem 83. §. si Stichū. insr. de ver. obl.* Ratio decidendi. Potest fieri vt actor vel nolit vel nō possit declarare, de quo senserit fortè si antè defunctus sit, vt Accurs. explicat. Nec enim facultas id declarandi transit ad heredem, vt ad Accurs. Baldus notat, cùm sit quid merè personale quod pendet ab actoris voluntate, quæ morte extinguitur.

b *Nullam fieri condemnationem.* Ratio dubitandi. Quo plures sunt eiusdem nominis serui & maior & amplior subest materia ferendæ condemnationis, quam sequi tandem necesse est ne aliōqui finis nullus sit litis *l. 1. ff. de re iud.* Nec debet frustra facta esse contestatio ne illusum videatur Prætori quod tamen cōtingeret si nulla condēnatio sequeretur. Ratio decid. Condemnatio vt valere possit certa esse debet *l. 1. & tot. t. C. de sēt. quæ sin. cer. quār. profer.* alioqui non posset mādari executioni quod præcipuum est ad finiendas lites *l. pen. C. de exec. rei iudic.*

indic. Debétque sibi actor imputare cur non apertius expressérit rem de qua voluit agere cùm ipse iudiciũ dictaueri reo, vt loquitur *l. vlt. de separat.* Proinde non de alio quàm de se conqueri debet *l. veteribus 39. sup. de pact.* cùm nõ possit iudex aliã rẽ deducere in condemnationem quàm illud ipsum quod litigatores in iudicium deduxerunt *l. non potest 23. sup. de iud.* Denique cùm ius sit certũ & finitum *l. 2. de iur. & fact. ignor.* nunquam admittit istas incertitudines facti, quæ ius quoque ipsum quod ex facto oritur, faciũt incertum *l. si quis de pluribus 27. de reb. dub.* cõgerit tamen Accurs. plures casus in quibus facti incertitudo nõ impedit iuris potestatem ex *l. si in emptione 34. in pr. de contr. empt. l. 1. in fi. j. de his qui eiec. vel effud. l. ita vulneratus 51. §. rursus l. itẽ Mela 11. §. sed si plures ad leg. Aqu. l. 3. §. vlt. supr.* Sed habent omnes ij loci specialem rationem. Iunge *l. duo sunt Titij 30. de testam. tutel.*

6. PAVLVS libro sexto ad Edictum.

SI in rem aliquis agat: debet designare rem [a] & vtrùm totam, an partem [b], & quotam petat. appellatio enim rei non genus, sed speciem significat [c]. Octauenus ita definit: quòd infectæ quidẽ materiæ [d] pondus, signatæ verò numerũ, factæ autẽ speciẽ dici oportet. Sed & mẽsura dicẽda erit; cùm res mẽsura continebitur [e]. Et, si vestimenta nostra esse, vel dari oportere [ee] nobis petamus: vtrùm numerũ eorũ dicere debebimus, an & colorem: & magis est, & vtrumque [f]: nã illud inhumanum est [g], cogi nos dicere, trita sint an noua Quãuis & in vasis occurrat difficultas [h], vtrùm lancem duntaxat dici oporteat: an etiam quadrata, vel rotunda: vel pura, an cælata sint. quæ ipsa in petitionibus quoque adiicere, difficile est: nec ita coarranda res est: licèt in petendo homine nomen eius dici debeat [i]: & vtrùm puer, an adolescens [k] sit. vtique si plures sint: sed, si nomen eius ignorem, demonstratione eius [l] vtendum erit: veluti, *qui ex illa hereditate est: qui ex illa natus est.* Item fundum petiturus [m], nomen eius, & quo loci sit [n], dicere debebit.

Ad l. si in rem 6.

a *Debet designare rem.* Ratio dubitandi. Vindicatio fit rei præsentis, vt apparet ex veteri vindicationis formula quę illa fuit *hanc rẽ ex iure Quiritiũ meam esse aio.* Ergo nulla designatione alia opus est, vt sciatur de qua re agatur. Ratio decidendi. Potest ex causa fieri vindicatio etiam rei absentis siue mobilis, siue immobilis *l. hæc si res 47. j. hoc tit.* & ad illũ demùm casum hæc lex pertinet, Sic in *l. 1. §. si quis argentum 40 & seq. j. depos. l. in actione 19. l. si quis vxori 52. §. si linea 25. j. de furt.* Ne qua sc. incertitudo interueniat possit quæ impediat cõdemnationem *§. vlt. l. prox. sup.* Interdum tamen incertæ quoque partis vindicatio datur *l. 3. §. vlt. supr. l. quæ de tota 76. §. vlt. inf. eod. l. 1. §. vlt. sup. si pars hered. pet.*

b *Vtrum totam an partem.* Ratio dubitandi. Qui rẽ simpliciter petit hoc ipso totã petere intelligitur, & qui partem simpliciter petit, dimidiam petit *l. si fine 9. aliàs l. si defensor. § qui interrogatus infr. de interrog. act. l. nomen 164. § portionis de verb. sign.* Ergo non est necesse vt qui vindicat exprimat an totum petat dum ne petat partem Nec rursum quã partẽ petat, si modò partem petat, nec aliam quàm dimidiam velit intelligi. Ratio decidendi. Certa quantũ fieri potest, esse debet petitio, vt certa possit sequi condemnatio *§. vlt. l. prox. sup.* Esset autẽ incerta si dubitari posset an tota res, an pars tantùm & quænam pars peteretur, Præsertim quoties ea res petitur quæ habet partes homogeneas, vt fundus. Nam quęlibet pars fundi est fundus Et fieri potest vt litem contestetur possessor super tota re qui super parte nollet litigare aut vt contestetur pro maiore portione qui contestaturus non esset pro minore. *l. permittendum 8 sup. si pars hered. pet.*

c *Sed speciem significat.* Ratio dubitandi. Rei appellatio generalis est *l. 1. j. de reb. cred.* Ratio decidẽdi. Potest esse generalis, sed potest etiam esse specialis. Est autem tùm maximè cùm tractamus de rei vindicatione, quæ & specialis singulatum rerũ petitio dicitur *l. 1. sup.* Quãquã in actionib. quoque in personam in quibus de certa aliqua re agitur, idem est quod in hac lege scribitur de re designanda, vt Accurs. probat exemplo actionis De dolo, quanquam parum accõmodato, ex *l. sed & ex dolo 15. §. vlt. & l. seq. sup. de dolo.* Item iniuriarum *l. Prætor 7. in princ. de iniur.* Et in quantitate etiam petita ex *§. ad excludendas Nouell. 112. de litigios.*

d *Infectæ quidem materiæ.* Notandæ sunt tres istæ differẽtes cõdiciones materiæ, Infectæ, factæ & signatæ, In materia infecta spectatur potissimũ pondus, In signata numerus, In facta species. Et ex his circumstantiis fieri designatio debet vt sit incerta.

e *Mensura continebitur.* Res enim quę recipiũt functionem in suo genere sunt in triplici differentia. Nam aut pondere, aut numero, aut mensura consistunt *l. 2. §. 1. j. de reb. cred.* Huius posterioris generis frumẽtum est, vinum, oleum & cætera huiusmodi.

ee *Vel dari oportere.* His verbis significãtur actiones in personam & condictiones quibus intendimus aduersarium dare nobis vel facere aliquid oportere *§. appellamus. Inst. de act.* Nam cùm nec in personam actio vlla sit nisi de re aliqua, quæ vt plurimũ certa sit, certam quoq; eius rei designationem fieri oportet, vel ad hoc vt tantò meliùs sciat reus vtrum contendere debeat an cedere. *d. l. 1. § si quis argentum 40. & seq deposit. l. in actione 19. l. si quis vxori 52. §. si linea 25. inf. de furt.*

f *Et vtrumque.* Ratio dubitãdi Non est adeò coarctãda res vt superflua designatione actor oneretur vt sequitur in hac lege. Iunct. *l. hæc stipulatio 14. in fi. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Atqui necessitas exprimendi coloris nulla est, Et ideò facilè remittitur actori iurãri se nescire *d. l. in actione. & dict. §. si quis argentum.* Ergo nec ab initio actor onerãdus est, vt colorẽ exprimat. Ratio decidẽdi. Coloris expressio plerunq; necessaria est ad species, quę alioqui eiusdẽ materiæ, & formæ sint, distinguendas. Et ideò nec remittẽda vnquã est nisi iurãti se non posse exprimere, Ne alioqui ob nõ expressum colorem actor re sua carendum habeat quod ne vnquam accidat diligenter inspiciendum est *l. in fundo 38. infr. hoc tit. l. si seruos 25. de pignor. act.*

g *Inhumanum est* Sed hoc cur ita? Nimirũ quia vix de eo adfirmari certò quicquã potest sine periculo mẽdacij, cùm vestimẽta plerumq; talia sint vt neq; omnino trita, neq; omnino noua dici verè possint.

h *Et in vasis occurrat difficultas.* Sensus est nõ tãtùm in vestimentis, de quibus proximè dictum est,

Digitized by Google

sed etiam in vasis occurrere difficultatem ne possit facilè exprimi an quadrata sint an rotunda, & an pura an cælata. Et ideò non esse onerandum actorem vt ista exprimat quæ in petitionibus addere difficile est. Licèt eorum adiectio prosit non tantùm ad rem designandam, sed etiam ad valorem rei demonstrandum.

i *Nomen eius dici debeat.* Ratio dubitandi. Certum est cuius speciei etiam tacito nomine qualis quantaque sit ex aliqua demonstratione quæ nominis vice fungatur, ostenditur *l. certum 6. inf. de reb. cred.* Ergo nominis expressio necessaria non est.

Ratio decidendi. Nulla expeditior ratio est certæ rei designandæ quàm si proprium ipsius nomen exprimatur. Cùm indiuidua eiusdem speciei proprio potissimùm nomine distinguantur, Aliæ verò demonstrationes non nisi per verborum ambages fieri possint.

k *An adolescens.* Ratio dubitandi. Ætatis distinctio non est necessaria, vt sciatur an Stichus ille sit qui vindicatur an Pamphilus, an Eros.

Ratio decidendi. Necessaria est eo demùm casu quo plures sint eiusdem nominis serui, qui tamen diuersæ sint ætatis. Alioqui fieri facile potest vt nomine magis quàm ætate distinguantur, Et hoc est quod sequitur *vtique si plures sint*, scilicet penes reum qui conuenitur, vt bene Accurs. explicat, Vt intelligamus non esse adiectiones istas necessarias si vnus tantùm sit arg. *l. 2. inf. de liber. & posth.*

l *Demonstratione eius.* Hoc enim est, quod iam diximus, Certam demonstrationem vice nominis fungi ad certam rẽ exprimendam *d. l. certum 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. & demonst. l. nominatim 90. de leg. 3. d. l. 2. de liber. & posthum.*

m *Fundum petiturus.* Ex hoc verbo appatet has designationes non tam in ipsa petitione fieri quàm ante petitionem. Nondum enim petit qui petiturus est *l. amplius 15. inf. rat. rem haber.* An ergo fiũt in ipsa edenda actione, vt sciat actor an contendere debeat an cedere? Ita putat Accurs. ex *l. 1. supr. de edend.* Ego non puto. Nã in solis actionibus personalibus id olim obtinebat, vt præcederẽt denũciationes, propter quod conditiones vocabantur *d. §. appellamus. Inst. de act.* Non etiam in actionibus in rem in quibus nec aduersarius quisquam est quĩ deduci possit ad album prętoris, cùm nemo cogatur pati actionem in rem, nisi qui eam velit vltrò defendere *l. vlt. infr. hoc tit. & l. prox. seq.* Quare nec in actionibus in rem vocatio in ius locum habere poterat per quam aduersarius rapiebatur obtorto collo, Et ideò non actiones dicuntur propriè, de quibus in *§. omnium. Inst. de pœn. temer. litig.* & in *d. l. 1. de edend.* sed petitiones *l. pecunia 176. §. actionis. inf. de verb. sign.* Sunt ergo hæ designationes faciendæ ante litem contestatam, sed apud prætorem, vt sciatur de qua re contestatio futura sit.

n *Et quo loci sit.* Sunt enim plerumque fundi plures eiusdẽ nominis qui loco potissimũ distinguuntur.

7. PAVLVS libro vndecimo ad Edictum.

SI is qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est [a]: nihilominùs à possessore rectè petitur [b], sicut Pedius ait.

Ad l. si is qui 7.

a *Damnatus est.* Ratio dubitandi. Condemnatio non fit sine litis contestatione præcedente, Contestatio autem vim delegationis obtinet, *l. si delegare 11. §. 1. infr. de nouat.* Ergo is qui litẽ contestatus est contra eum qui se liti obtulit non potest eandem rem postea petere à possessore, Quasi nouatione facta sine qua nõ fit delegatio neq; cõtestatio *l. aliã. 29. eo.* Adeò vt si is qui se pro alio liti obtulit tanquã defensor, vt onus satisdationis euitaret, posteà diceret se possessorẽ, & cõdẽnandus sit, nec tamen soluendo reperiatur, necesse sit prius iudicium rescindi vt contra alium agi possit qui re vera sit possessor, arg. *l. qui ex parte 18. De interrog. in iur. fac.* Ergo non est verũ quod Pedius dicebat, si is qui se obtulit fundi vindicationi siue tanquã possessor, siue tanquam possessoris defensor condemnatus sit, Nihilominùs à possessore rem peti rectè posse. Sibi enim debet imputare actor cur hunc elegerit, arg. *l. si seruus depositus 23. §. vlt. & l. electio 26. in princ. inf. de noxal. action.*

Ratio decidendi. Nihil potest imputari actorĩ qui litem contestatus est cum eo qui cùm nõ possideret vltrò se liti obtulit tanquam possessor, de quo solo hæc lex loquitur, quia in eum incidit, non eum elegit, arg. *l. vlt. inf. rem pupill. salu. for.* Nec potest recusare is qui rem agit quominùs litem contestetur cum eo qui tanquam possessor velit rem defendere, *l. vlt. infr.* Nam & qui non possidet perinde condemnatur hoc casu ac si possideret, *l. sin autem 27. infr. hoc tit.* Non ergo potest sola condemnatio huius non possessoris facere vt possessor liberetur, *l. nec vllam 13.* aliàs *l. etiam si. §. penult. in fi. supr. de hered. petit.* Nempe si malit actor rem suam habere quàm eam precio etiam instituto vendere. Nam si à condẽnato consecutus sit æstimationem taxatam per iusiurandum in litem, non est ei permittendum vt rem suam iterum petat à possessore, cùm iam consecutus eam videatur. Improbus enim est qui eandem rem vult bis consequi etiam ab alio, *l. si quis do'o 51. §. 1. De re iudic. & l. bona fides 57. De reg. iur.* Aliud est c.lm id quod quis prius cõsecutus fuit nihil nisi pœna est Nõ enim ideò prohibetur actor rem suam petere etiam ab eodem, vt in interdicto De tabulis exhibendis, *l. 3. §. condemnatio De tab. exhib.* Nec hoc casu locum habet ratio quæ ponitur in *l. qui seruũ 34. vers. quoniã desiit. inf. de obl. & act.* Itaque errant Accursiani qui hanc legem intelligunt de solutione facta per dolosum, cùm tamen nõ loquatur, nisi de condemnatione, vt & *d. l. nec vllam. §. pen. in fin. de pet. hered.* Nec verum est quod ait Accurs. in hac specie non idem peti ab vtroque sed rem ab vno, pecuniam ab alio. Nam qui rei æstimationem consecutus est rem quoque ipsam, vt dixi, consecutus videtur. Aut saltem videtur eo precio rem suam vendidisse cùm litis æstimatio similis sit emptioni, *l. 3. inf. pro empt.* Adeò vt etiam dominium ex hac causa transtulisse videri possit, si litis æstimationem acceperit à possessore, & res præsens fuerit, *l. eius rei 46. & seq. infr. hoc tit.* Quod tamen in proposito dici nequit, quoniam ponimus secundum Accursium solutam fuisse litis æstimationem non à possessore: sed ab eo qui se liti obtulit tanquam possessor cùm non esset. Numquam enim sine possessione transfertur dominium, siue ex contractu aliquo, siue ex

eo actu qui contractus vice fungi possit, *l. traditionibus 20. C. de pact. l. per procuratorem 8. C. de acq. poss.*
b *A possessore recte petitur.* Tractamus enim de eo qui se liti obtulit tanquam possessor cùm non esset, vt actorem deciperet, vt in *d. l. sin autem 27. in prin. cum duab. praeced. j.* An etiam de eo qui se liti tulerit tanquam defensor possessoris: Condemnato siquidem defensore, possessor conuenti non ideò posset ex iudicato, tanquam qui in persona sui defensoris iam condemnatus esset, nisi pecuniam præstare mallet quàm rem à se possessam restituere. Non enim datur actio iudicati cótra eum qui defensus fuit, quamuis defensor fuerit condemnatus, *l. in causæ 28 in fin. supr. de procurat.* Ergo & ab eo rectè res petetur, si defensor condemnatus tantùm fuerit, necdum tamen precium soluerit. Est ergo duplex error Accursij in huius legis interpretatione, Vnus quod non distinguit An condénatus æstimationem soluerit necne. Alter quod distinguit eum qui se liti obtulit tanquam possessor cùm non esset, ab eo qui se obtulit tanquam defensor possessoris.

8. PAVLVS libro 12. ad Edictum.

POmponius libro trigensimosexto probat: si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, & Lucius Titius possideatis [a]: non ab vtrisque [b] quadrantes petere me debere, sed à Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus [c] possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio & à te, & à Titio partes fundi petere me debere. quotiens enim certa loca possidebuntur necessariò in his aliquam partem meam esse. & ideo te quoque à Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili [d], neque in hereditatis petitione [e] locum habet, numquam enim pro diuiso possideri potest.

Ad l. Pomponius 8.

a *Possideatis.* Benè Accurs. pro indiuiso, Nam si pro diuiso aliud est, vt sequitur.
b *Non ab vtrisque quadrantes.* Ratio dubitandi. Totius fundi semis tantùm ad te pro tuo iure pertinet. Ergo si totum fundum qui pro alio semisse meus est, tu & Titius possideatis, non alius rem meam detinere videri potest quàm tu pro quadránte. & Titius pro alio quadrante. Non enim Titius solus meum semissem detinet cùm ambo simul totum possideatis. Ergo à vobis vtrisque quadrantes petere debeo, tu verò quadrantem similiter à Titio, vt ita suum quisque ex nobis semissem consequatur, *l. 1. §. si ego supr. si pars hered. pet.* vbi scriptum est rationem iuris hoc facere, iunge §. *quinimo eod.*
Ratio decidendi. Cùm fundus qui ex æquis partibus mihi tecum communis est, & à te & à Titio simul pro indiuiso possidetur, Tu non nisi semissem eius possides, Titius verò alium semissem. Atqui semis ille qui à te possidetur totus ad te pro tuo iure pertinet. Nullam ergo eius partem à te petere debeo, sed totum semissem à Titio quia totus ille semis meus est, nec vlla ex parte à te possidetur. Et hæc sententia sanè benignior & vtilior est vt circuitus & multiplicatio litium euitetur. Alioqui duplex danda erit vindicatio cuius vtriusque periculum in effectu tandem in Titium rec dere necesse est. Cæterùm ratio iuris facit sanè pro sententia contraria, quia in rem actio contra omnes eos instituenda est qui rem actoris possident, *d. §. si ego & sequ.* Etsi enim iis locis agitur de petitione hereditatis, nulla tamen hac parte inter petitioné hereditatis & specialem rei vindicationem differentia est. Nulla certè differentiæ ratio, cùm fundus pro indiuiso possidetur. Sed eo tantùm casu quo possideatur pro diuiso, quia ea distinctio in fundum non in hereditatem cadit, quæ certis locis & regionibus diuidi non potest, sed tantùm in partes & quotas iuris quæ similiter sunt incorporales.
c *Aliter atque si certis regionibus.* Etiamsi certis regionibus fundú qui ex æquis partibus mihi tecum communis est tu & Titius possideatis, Semper tamen verum est te non nisi semissem totius fundi habere, qui totus semis ad te pro tuo iure pertinet, Titium verò qui alium semissem possidet nullam eius fundi retinere partem debere, nec posse euitare quominùs totum illum semissem si non mihi soli saltem mihi & tibi reddere cogendus sit. Ergo vt & circuitus & multiplicatio litium euitetur, perinde hoc casu atque superiore dicendum est ex æquitate totum semissem petere me à Titio debere. Ratio decidendi. Quoties certis locis & regionibus possidetur à te & Titio fundus qui inter nos diuisus est cùm inter te & me communis esset, necessariò fatendum est aliquam cuiusque loci & regionis partem meam esse, Nec minùs in ea portione quam tu pro semisse tuo possides, quàm in ea quæ à Titio pro alio semisse possidetur. Atqui non possum nec debeo vindicare nisi quod meum est, & pro qua parte meum est. Cogendus ergo sum à te petere quadranté, à Titio verò alium quadrantem. Quod videtur dissimile cùm à te & Titio fundus pro indiuiso possidetur, qui inter te & me pro indiuiso communis est. Partem enim quisque nostram hoc casu iuris intellectu non diuisione corporis obtinere intelligimur *l. Meuius 66. §. duorum. de leg. 2.* Itaque cùm non possideas nisi semissem, nullam videor semissis tui partem vindicare posse, quia semissis tui nulla pars ad me pertinet. Ita fiet vt te quoque à Titio quadrantem petere necesse sit. Et hæc quidem ex Pomponij & Pauli, itémque Pegasi sententia rectè disputantur, sed non ex sententia Labeonis & Vlpian quæ extat in *d. l. 1. § si ego & praecd. & seq. sup. si pars hered. pet.*
d *Neque in re mobili.* Nam res mobilis diuidi non potest nec proinde possideri pró diuiso Et ideò solent res mobiles diuidi numero tantùm & quantitate discreta nó continua. Possunt tamen quædam mobilia esse quę commodam diuisionem recipiát, Ea scilicet quorum partes & homogeneæ sunt, & vsui esse possunt, vt ligna *l. ligni 55. de leg. 3.* Sicut & immobilia pleraque sunt, quorum diuisio tam difficilis est vt penè impossibilis esse videatur *l. si familiæ 55. fam. ercisc.* Obseruandú tamen est Nos cùm dicimus mobilia diuidi non posse, non de dominio intelligere, sed de sola possessione. Vide *l. arbor*

19. *in princip. infr. commun. diuid. l. pen. pro socio. l. binas 36. vrban. præd.*

d *Neque in hereditatis petitione.* Ratio dubitandi. Etiam pars hereditatis peti potest *tot. tit. sup. si pars hered. petat.* Ergo & possideri & quidem pro diuiso. In id enim comparatum est iudicium familiæ erciscundæ, vt hereditas diuidatur *l. 2. & pass. infr. famil. ercisc.* Ratio decidendi. Hereditas consistit in iure non in corpore *l. hereditas 50. de petit. hered. sup.* & ideò indiuidua est sicut cætera iura omnia *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis.* Non potest igitur pro diuiso possideri certis regionibus & locis, sed tantùm res ipsæ hereditariæ *l. 1. in princip. famil. ercisc. l. 4. infr. commun. diuid.* Et ideò in hereditatem non cadit distinctio Pomponij, quomodo è contrario sententia Vlp. & Pegasi & Labeonis in *d. l. 1. §. quintum & sequentibus. si pars hered. pet.* etiam in fundum cadit.

9. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

OFficium autem iudicis [a] in hac actione in hoc erit: vt iudex inspiciat [b], an reus possideat [c], nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat [d]. vbi enim probaui rem meam esse, necesse habebit possessor restituere [e], qui non obiecit aliquam exceptionem [f]. Quidam tamen, vt Pegasus, eam solam possessionem putauerunt [g] hanc actionem complecti, quæ locum habet [h] in interdicto *Vti possidetis*, vel *vtrubi*. Denique ait, ab eo, apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum seruandorum causa, vel dotis, ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cauebatur, quia hi omnes non possident [i], vindicari non posse. Puto autem, ab omnibus, qui tenent [k], & habent restituendi facultatem, peti posse.

Ad l. Officium 9.

a *Iudicis* dati scilicet à prætore vt de actione ista cognoscat. Ergo post litem contestatam non antè vt malè Accurs. Nec enim dabantur iudices nisi post litem contestatam.

b *Iudex inspiciat.* An interrogando reum? Ità Accurs. ex *l. qui seruũ 20. §. in iure. j. de interrog. act.* Ergo non probo. Nam eo loci vt & in toto illo tit. agitur de interrogatione facta in iure, id est apud prætorem, non in iudicio apud iudicem datum. Debet igitur hoc inspicere iudex datus ex probationibus non ex confessione rei, ne frustra & inutiliter actum sit si post sententiam reperiatur non possidere is qui rem petitam restituere debeat, *l. qui petitorio 36. j.* vbi dicitur hanc rem pertinere ad curam actoris, sed non eo minùs verum est pertinere etiam ad curam iudicis dati, ad quam maximè spectat prospicere ne illusoriam ferat sententiam. Itaque non sufficit vt aduersarius fateatur se possidere si non re vera possideat. Sufficiet tamen eum negare, vt ei possessio auferatur, *l. vlt. infr.*

c *An reus possideat.* Etiam qui non possidet condemnari per hanc actionem potest sine dolo malo se obtulerit liti tanquam possessor cùm non esset siue tanquam defensor possessoris, *l. si is 7. supr. l. is qui se obtulit 25. & seqq. infr. hoc tit.* siue etiam dolo malo desierit possidere, *l. qui petitorio 36. infr.* Ergo non valde refert inspicere an reus possideat.

Ratio decidendi. Hæc actio licèt dominium vindicet non possessionem, non tamen ad aliud competit quàm ad hoc vt rei possessio actori restituatur, *l. qui restituere 68 & pass. infr.* Porrò fieri nequit vt possessionem restituat is, qui non habet *d. l. qui petitorio.* Pro possessore tamen habetur, & qui dolo malo desiit possidere quia dolus pro possessione est, *l. qui dolo 131. l. parem 150. de reg. iur.* Et qui se liti obtulit tanquam possessor, ideoque condemnatur non vt rem restituat, sed quia non restituit præstet actori quantum is in litem iurauerit. Est enim actio hæc arbitraria, vt dicemus ad *d. l. qui restituere. d. l. 7. supr. § præterea Inst. de action.*

d *Ex qua causa possideas.* Hoc additum est ad differentiam petitionis hereditatis qua non tenetur quisquis possidet sed is demùm qui vel pro herede vel pro possessore, *l. regulariter 9. & seqq. l. nec vllam 13. §. si quis absentis sup. de hered. pet.*

e *Necesse habebit possessor restituere.* Intellige nisi malit condemnari quanti actor in litem iurauerit. Ex natura actionis cuiuslibet arbitrariæ, *d. §. præterea de action.* Hunc tamẽ à Triboniano immutatum est, *d. l. qui restituere*, vbi dicemus.

f *Aliquam exceptionem.* Nulla enim exceptione indiget reus si actor suam intentionem non impleuerit, *l. vlt. C. hoc tit. l. 4. C. de edend.* Sed probata intentione actoris succumbit reus si nullam habeat exceptionem, aut si eam quã habet non probauerit. Probare autem debet vel confessione partis, vel instrumentis, vel denique testibus, non tamen auditis post didiscita testificata, Nec putes cum Accursio obstare, *Nouell. De testib. §. quia verò.* Etsi non erat vetus ille mos iudiciorum, vt testes secretò audirentur, sed publicè & præsentibus in iudicio partibus: quod postea corrigi debere visum est metu corruptionis & subornationis testium. Sunt autem exceptiones variæ quæ opponi possunt vindicanti, sed potissimùm exceptio doli, de qua in *l. vindicantem 17. & l. penultim. infr. de euict. l. 3. C. de action. empt.*

g *Putauerunt* & malè inquit Accursius. Nam hæc Pegasi sententia statim reprehenditur.

h *Quæ locum habet*, id est quæ sit vera possessio. Nõ enim aliis dantur hæc interdicta vti possidetis vel vtrubi, quàm iis qui verè possident, id est qui sibi habent & animo domini, sic enim definit Theophilus *Possidere est sibi habere.*

i *Quia hi omnes non possident.* Ratio dubitandi. Possessio facti magis est quàm iuris, *l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir vxori De acq. poss. l. §. Scæuola j. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ergo hi omnes, id est depositarius, cõmodatarius, conductor, & qui custodiæ causa in possessionem missi sunt cùm facto ipso rem teneant, possidere dicendi sunt saltem naturaliter, *l. communis 7. §. neque colonis j. commu. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4. j. ad exhib. l. videamus 38. §. si possessionem de vsur.*

Ratio decidendi. Possessio duplex est naturalis & ciuilis, Naturalis quam quis sibi quidẽ habet sed iniustè, qualis ea est quam habet fur & prædo, Ciuilis verò quæ & animo domini habetur & iustè. Sed impropriè tamen dicuntur aliquando possidere

dere naturaliter etiam ij omnes qui facto ipso rem tenent, licèt non animo domini vt supradictis locis. Cæterùm si propriè loquamur non tam possident quàm sunt in possessione, *l.3.§.vlt.l.si quis ante 10.§.1.infr.de acquir.poss.l.cum legatorum 11.j.quib.ex caus. in poss. eat.* Possidere non tantùm corporis sed etiam iuris est, quia plurimum ex iure mutuatur *l. possessio 49. in princip. & §.1.eod.* At in possessione esse meri facti est, eaque dici solet corporalis & affinima detentatio, *l.stipulatio 38.§.hac quoque de verbor.obligat.*

k *Ab omnibus qui tenent.* Ratio dubitandi. Per vindicationem auocatur possessio eaque non nuda sed vacua adeoque per Publicianam quæ non nisi vtilis vindicatio est, & subsidiaria vindicationis, *l.si cum vëdstor 66.iunct.l.minor.39.§ si seruus De euict.* Arqui non omnes qui tenent possident, licèt è contrario omnes qui possident teneant vel per se vel per aliū, *d.l.stipulatio ista 38.§.hac quoque & sequ. De verborum obligat.*

Ratio decidendi. Tam habent facultatem restituendi qui rem petitam tenent licet alieno nomine, quàm qui possident verè, cùm rei restitutio sit meri facti non iuris. Ergo perinde vindicari ab iis res potest. Nec enim in vindicatione agitur de possessione vt in interdictis sed tantùm de dominio. Qui tamen alieno nomine rem tenet cogendus est dominū in iudicio nominare vt possit vocari ad litem, & interrumpi præscriptio etiamsi cõtumax ille sit nec venire ad litem contestandam velit, *l.2.C.vbi in rem act.* Quod videtur Iustinianus porrexisse latiùs ad omnes res etiā mobiles, & ad omnes actiones, *Nouell. 69. vt omn. iud. obed.iudic. cap. 1.§.hac considerantes.* Malè verò huic legi opponit Accurs. quod de depositario scriptū & constitutum est, *Nouell.88. de depos.& denunc.§.1.* per quam non vindicatio sed denunciatio, non dominus sed creditor repellitur, vt benè illic Cuiacius.

10. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SI res mobilis[a] petita sit, vbi restitui debeat, scilicet si præsens non sit:[b]: & non malum est, (si) bonæ fidei possessor[c] fit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, vbi res sit, aut vbi agitur[d], sed sumptibus petitoris[e], qui extra cibaria[f] in iter, vel nauigationem faciendi sunt.

Ad l.si res mobilis 10.

a *Mobilis.* Nam immobilis non alibi præstari potest quàm vbi sita est, *l.1.C.quand.& quib.quart.pars lib.11.*

b *Si præsens non sit.* Si enim præsens sit, ibi præstanda est vbi petitur, quod & vtrique commodius est.

c *Si bonæ fidei possessor.* Non minus competit vindicatio contra bonæ fidei possessorem quam contra prædonem, quia bona fides nō excludit intentionem domini nisi secuta & completa sit vsucapio. Ergo non est adhibenda hæc distinctio.

Ratio decidendi. Dignior est bonæ fidei possessor cui faueatur non quidem in eo ne res ei auferatur sed in præstationibus, puta cùm quæritur, vbi restituenda res sit. Itemque de fructibus & de sumptibus, *l.si a bona 21.l.Iulianus 37.& seq.l.sumptus 48. l.si nauis 62.l.emptor 65.& pass.j.hoc tit.l.domum 5.l. certum 22. C. eod.* Nihil enim est quod bonæ fidei possessori imputetur. Dices Restitutionem rei non fieri nisi post arbitrium de restituendo redditum nec arbitrium reddi, nisi post litem contestatam, Ex die autem litis contestatæ omnes possessores esse pares, id est prædones, *l.sed si lege 25.§.si ante sup. de hered.petit d.l.certū.* Ergo cùm quæritur vbi res debeat restitui nullum esse distinctioni locum. Et hæc sanè accommodatior dubitandi ratio est. Respondeo ex contestatione induci malā fidem quod ad fructus exinde perceptos, Sed non ad delendam memoriam bonæ fidei quæ contestationem præcessit & ratione eorum in quibus nihil noui accidit post contestationem, vbi dicemus ad *leg. 12. infr.*

d *Aut vbi res sit aut vbi agitur.* Prout scilicet bonæ fidei possessor elegerit. Nam eum debitor sit, restitutionis electionem habere debet, Nisi præstetur indemnis à petitore. Semper enim præstandus est indemnis tùm quoque cùm eligit.

e *Sed sumptibus petitoris.* Ratio dubitandi. Vix est vt perueniatur ad sententiam citra moram, *l.3.de vsur.* Ergo debet hæc restitutio fieri sumptibus possessoris qui est in mora.

Ratio decidendi. Non est in potestate possessoris vbi aut quando conueniatur, *l.5.§.vlt.j. de doli except.l.petenda 6.C.de tempor.in integr.restit.* Ergo si nihil sit quod ei possit imputari puta si non aliò rem trāstulerit post litem contestatam, vt in *l.si verò 12.j.* sumptibus petitoris fieri debet restitutio sicut si facta fuisset tempore litis contestatæ, Ad quā omnia referenda sunt quia quale quid est cùm petitur tale dari debet, *l.2.de vsur.* Ergo & in eo ipso loco in quo erat cùm petita fuit.

f *Extra cibaria.* Scilicet serui qui mittendus est in eum locum vbi res est ad eam restituendam. Cibaria ergo præstanda sunt à possessore. Sed hoc cum distractione, de qua in *l.sed & si 11.§.quo autem loco j.ad exhib.* Adde *l.si in Asia 12.§.1.j.deposi.l.præter ait 4.§.vltim.& l.seq.supr. de edend.l.cum res 49.§.sed si alibi de legat.1.*

11. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

NIsi ma'it[a] petitor suis impensis, & periculo ibi, vbi iudicatur, rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisdatione cauebitur[b].

Ad l.Nisi si malit 11.

a *Nisi si malit.* Exceptio est ad id quod in lege præcedente dictum fuerat, Esse in potestate possessoris bonæ fidei vtrum rem petitam restituat in eo loco vbi est, an in eo vbi petitur. Ratio dubitandi. Non est permittendum petitori vt superuacuo incommodo possessorem oneret, nec si nullum ex eo incommodo damnum sensurus sit possessor. Incommodum autem possessoris nec paruum est vt è longinqua fortè prouincia cutet Romam aduehi eam rem quæ restituenda est licèt id fiat sumptibus & periculo petitoris, Etsi enim omnimodo cogebatur possessor seruum suum mittere in eum locum vbi res erat, ad eam scilicet eo ipso in loco restituendam, Poterat tamen fieri vt eius interesset manere ibi seruum ad expedienda negotia quæ

possessor habebat in illa prouincia, nec redire Romam.

Ratio decidendi. Quod sine dispendio rei futurum est facilè actori conceditur, *l. an creditore 38. in fin. de euict. l. 2. §. item Varus in fin. De aqua & aquæ pluu. arcend.* Non ergo recusare possessor potest quomin is res petita quæ trans mare sit restituatur Romæ si id petitor malit, dummodò sumptibus & periculo petitoris hoc fiat, *d. l. 11. §. 1. infr. ad exhib. d. l. si in Asia 12. §. 1. infr. depos.* Ergo si quid aliunde quàm ob sumptus interesse possessoris, eo quoque nomine indemnis ille à petitore præstandus erit.

b *Cauebitur.* Id est liberabitur reus satisdando & cauendo cum fideiussore de re suo loco & tempore restituenda, sumptibus tamen & periculo petitoris, *§. 1. Inst. de offic. iudic.* Ratio dubitandi. Condemnatus restituere idipsum præstare omnimodo debet ad quod fuit condemnatus. Idenim postulat authoritas rerum iudicatarum. Atqui aliud est rem restituere, Aliud verò cauere etiam satisdato de ea restituenda, *l. si à bonæ fidei 21. infr. l. item si cum. §. quatenus supr. quod met. caus.*

Ratio decidendi. Cautio necessaria est, & æquipollet restitutioni quoties præsens res non est vt restitui statim possit, nihilque imputari reo potest, *d. §. 1. de offic. iudic.* Est enim hoc frequentissimum in iure nostro remedium vt interpositis cautionibus expediantur ea omnia quæ aliter expediri meliùs non possent. Cæterùm noli intelligere vt satisdatio hæc ab ipso petitore præstetur, quem necesse est sumptus omnes de suo protogare si velit vrgere restitutionem suis sumptibus suóque periculo faciendam.

12. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SI verò malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet[a]. Si vero ab eo loco, vbi lis contestata est, eam subtractam[b] alio transtulerit[c]: illic restituere debet, vnde subtraxit[d], sumptibus suis[e].

Ad l. Si verò 12.

a *Idem statui debet.* Vt scilicet malæ fidei possessor qui rem petitam in alio loco nactus est quàm vbi ea petitur, non sit cogendus eam reddere nisi vbi res illa est vel vbi petitur, prout ipse non vt petitor elegerit: Nec rursum nisi sumptibus petitoris, periculo tamen suo: Nisi petitor malit vt & suis sumptibus ex suo periculo ibi restitutio fiat, vbi res iudicatur. Quemadmodum proximis legibus dictum est de bonæ fidei possessore. Ratio dubitandi. Distinctio adhibenda est An bonæ fidei possessor sit an prædo is qui conuenitur, *l. 10. supr.* Ergo non idem ius in vtroque statui debet, cùm melior debeat esse conditio bonæ fidei possessoris.

Ratio decidendi Vbi eadem ratio est idem quoque ius esse oportet vulg. *l. illud 32. ad leg. Aquil.* Absurdum igitur non est eandem esse rationē bonæ fidei possessoris & prædonis in iis in quibus eadem vtriusque ratio est. Eadem porrò est cùm agitur de rei restituendæ loco si nihil sit quod prædoni possit imputari, Quomodo nihil imputari potest ei qui rem quam scit esse alienam nactus est in alio loco quàm vbi petitur. Ad quid ergo, inquies, proderit adhibita distinctio? Nimirum vt sumptibus malæ fidei possessoris fiat restitutio saltem eo casu quo rem nactus ibi sit vbi nunc agitur. Credendus enim est aliò transtulisse mala fide vt tantò difficiliorem faceret eius exhibitionem & vindicationem. vt in *d. l. sed et si 11. §. 1. ad exhib.* quod de bonæ fidei possessore non sim liter credi potest qui putat rem quam aliò transfert suam esse. Itaque tota differentia continetur in illis verbis huius legis *qui in alio loco* sed latiùs explicatur in vers. *si vero.*

b *Eam subtractam.* Tractat ergo de eo qui non solùm malæ fidei possessor sed etiam fur sit, qui sanè plus quàm malæ fidei possessor est Sed tamen non aliud iuris est in simplici malæ fidei possessore qui sciat se rem alienam detinere.

c *Alio transtulerit.* Intellige *ante litem contestatam.* Non quod aliud iuris constituendum sit in malæ fidei possessore si post litem contestatam in alium locum rem transtulerit, Tantò magis enim potest ei imputari, Sed quia eo casu quò res translata sit in alium locum post litem contestatam non sit separandus bonæ fidei possessor à malæ fidei possessore. Cùm vterque perinde possit imputari cur post litem contestatam id fecerit Et hoc est quod supra diximus, Ex die litis contestatæ possessores omnes esse pares, id est malæ fidei & prædones, *d. l. sed et si lege 25. §. si ante de petit. hered.*

d *Vnde subtraxit.* Noli dicere cum Accursio *vel dicito vel sine dolo.* Non enim subtrahitur res sine furto, nec furtum sit sine dolo, vt neque mala fides sine dolo contrahitur. Denique tota lex hæc est de malæ fidei possessore. Sed error Accursij fuit quod hunc vers. accepit de re aliò translata post litem contestatam.

e *Sumptibus suis*, scilicet malæ fidei possessoris, siue simpliciter malæ fidei possessor ille sit, siue etiam fur, vel prædo. Quamquam prædo propriè est rei immobilis, fur verò non nisi mobilis. Falsum igitur est, quod vult Bartolus malæ fidei possessorem cogi omnimodo rem restituere vel vbi inuenitur, vel vbi agitur, suis sumptibus. Id enim tum demum obtinet cùm ab eo loco vbi lis contestata est possessor eam rem aliò transtulit siue ante siue post litem contestatam, Non etiam si nullum alium in locum transtulerit.

13. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

NOn solùm autem rem restitui; verum & si deterior res sit facta[a], rationē iudex habere debebit, finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui. vtique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam & legis Aquiliæ actione conueniri possessor possit[b]. Vnde quæritur, an non aliàs iudex æstimare damnum debeat, quàm si remittatur actio legis Aquiliæ. Et Labeo putat, cauere petitorem[c] oportere, lege Aquilia non acturum, quæ sententia vera est.

Ad l. non

Ad l. Non solum 13.

a *Deterior res facta.* Ratio dubitandi. Per vindicationem nihil nisi ipsa res restituit. rei petitur, *l. officium 9. supr. l. qui restituere 68. §. hoc tit.* Non ergo curare iudex debet an deterior facta res sit, necne.

Ratio decidendi. Non videtur restitui res quæ deterior restituitur, nisi id quod interest præstetur *l. 3. §. 1. infr. commod.* quia quod deterius factum est, ex parte periisse intelligitur cùm tantò minoris sit æstimationis. Intellige autem si res facta sit deterior post litem contestatam. A quo tempore certum est possessorem non solùm doli sed etiam culpæ rationem reddere debere, *l. qui petitorio 36. §. 1. infr.* Aliuqui distinguendum erit inter bonæ & malæ fidei possessorem. Cur enim bonæ fidei possessor ob rem deteriorem factam teneatur, qui nec si ea periisset ante litem contestatam, tamen teneretur? Aut cur ei imputetur si rem quasi suam neglexerit, *l. si quid possessor 31. §. sicut autem supr. de hered. pet.* Imò nec post litem contestatam nisi ad preteium si res periisset sine dolo vel culpa possessoris, *Item si verberatum 15. §. vlt.* Denique nihil aliud exigi potest à bonæ fidei possessore nisi vt talem rem præstet qualis est cùm petitur, *l. 2. infr. de vsur.* licet ea lex loquatur de actionibus quoque iis quæ sunt in personam, sed multò magis de iis quæ in rem sunt. Nihil tamen simile est in legibus quas adducit Accursius vt probet damni rationem habendam esse ex *l. liber homo 13. l. si seruus 27. §. ad leg. Aquil. & si quid 5. C. de seruit. & aqua.* Sanè malæ fidei possessor damni cuiuslibet rationem reddere debet etiam quod contigerit ante litem contestatam quia eius periculo & res perit & deterior fit, *l. dominum 5. C. hoc tit. l. 1. C. de his quæ vi metusue causa fiunt.* non etiam periculo bonæ fidei possessoris si neque dolum admiserit ante litem contestatam, neque culpam postea, *l. si homo 45. infr.* Erit igitur hæc lex intelligenda de quolibet possessore siue bonæ fidei siue malæ fidei, Vt & *l. officium 9. supr.* quam cum hac coniungendam esse vtriusque inscriptio demonstrat, Sed non de qualibet deterioratione, at de illa tantùm quæ contigerit post litem contestatam, & quidem culpa possessoris si bonæ fidei possessor fuit, vt in exemplis hac lege allatis. In malæ verò fidei possessore tametsi culpa eius nulla interuenerit, *dict. l. qui petitorio 36. §. 1. & d. l. si homo 45. infr.*

b *Conueniri possessor potest.* Ob seruum scilicet debilitatum aut clausatum aut vulneratum *§. 1. & pen. & tertio. Inst. de leg. Aquil.*

c *Cauere petitorem.* Ratio dubitandi. Non cogitur petitor cauere malæ fidei possessori, *l. si quis dolo 69. infr. hoc tit.* Atqui lex hæc loquitur etiam de malæ fidei possessore, vt suprà diximus. Ergo non est verum saltem indistinctè quod hîc dicitur cauere petitorem oportere se lege Aquilia non acturum.

Ratio decidendi. Improbus est qui vult idem bis consequi, præsertim ab eodem, *l. si quis dolo 51. §. 1. infr. de re iudic.* Atqui tam in actione ista vindicationis, quàm in lege Aquilia damni æstimatio fit. Ergo æquum est vnam per aliam consumi, *l. qui seruum. 34. §. de oblig. & act.* Nec quicquam vetat caueri etiam malæ fidei possessori adeoque furi & prædoni, *l. si à domino 36. § si possessor 5. d. hered. petit. l. ei qui 9. § 1 infr. de furt.* Dummodò non caueatur de cedendis actionibus, *d. l. si qui dolo.* Numquam enim cedendæ sunt malæ fidei possessori ad indemnitatem ei præstandam cùm nihil [illegible] sit si moretur in damno *l. mulier 19. inf qui potior in pign. hab.* quia nec damnû sentire videtur quod ex culpa sua sentit vulg. iuris regulâ. Hæc autem cautio De non agendo ex lege Aquilia non ideò interponitur ne damno afficiatur malæ fidei possessor, sed ne petitor improbum lucrum capiet si bis idem consequatur, *d. l. qui seruum.* Sed quæro cùm Accursio quid prosit hanc interponi cautionem, cùm ea quoque non interposita perinde futurum sit vt actor lege Aquilia agere prohibeatur. Respondet Accurs. & rectè, vt possit committi stipulatio etiamsi de facto tantùm, licèt nullo iure agatur, & propter sumptus, Addo vt minor aut potiùs nullus dubitationi locus supersit, An vtraque actione agi possit, vt in *dict. l. qui seruum.* Et quamuis officio iudicis possit consuli actori ratione sumptuum, est tamen ei commodius vt actione munitus sit quàm vt officio tantùm iudicis, Quia, inquit Accurs. actio durat etiam post sententiam non etiam officium iudicis, *l. 4. C. de pos l. qui per collusionem 49. §. 1. De action. emp.* Simile quiddam est in *l. si pupillus 9. in princip. infr. De nouat.*

14. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

Quod si malit actor potiùs legis Aquiliæ actione vti, absoluendus est possessor[a]. Itaque electio actori danda est[b]: non vt triplum[c], sed duplum consequatur.

Ad l. Quod si malit 14.

a *Absoluendus est possessor.* Ratio dubitandi. Quoties concurrunt plures actiones, quarum vna datur ad rem altera verò ad pœnam, vna aliam non consumit, *l. si pignore 54. §. cùm furtis §. de furt. l. si pro fure 7. §. 1. De condict. furt.* Atqui legis Aquiliæ actio est pœnalis, cùm per infitiationem crescat ad duplum, Ergo non est absoluendus possessor à rei vindicatione licèt velit petitor agere lege Aquilia.

Ratio decidendi. Actio legis Aquiliæ non tantùm pœnam, sed primò & præcipuè damni æstimationem continet, quam superiore lege diximus etiam in vindicationem venire. Ergo non potest vtraque locum habere, Ne alioquin actor bis idem consequatur, Quod non euenit in specie, *d. l. si pro fure 5. 1. & d. §. cùm furtis,* quia nulla pars pœnæ venit in condictionem furtiuam. Absoluendus igitur est hoc casu possessor non à rei restitutione, sed à damni æstimatione. Nec verendum est vt ea absolutio paritura sit reo exceptionem rei iudicatæ si posteà in iudicio vindicationis de damno conueniatur. Non enim eo colore fuit absolutus quod de damno non teneretur, sed ne bis teneretur. Aliud esset si absolutus proponeretur ideò quod nullum damnum dedisset. Tunc enim agenti lege Aquilia obstaret exceptio rei iudicatæ, vt benè Accurs. notat ex *l. 3. l. de eadem 5. De except. rei iud. l. sin autem 8. §. de quocunque supr. de neg. gest.* sed quod addit idem Accurs. ex *l. sed si pupillus 11. §. si instituto ia De inst. act.* minùs ad rem pertinet.

b *Electio actori danda est.* Ratio dubitandi. Non debet esse in actoris potestate vt rei conditionem faciat duriorem augeatque eius obligationem, *l. secundum 8. de eo quod cert. loc.* Sufficit quod vt iudicis actor

seruetur. Atqui potest indemnit seruari si simplum illati damni per rei vindicationem consequatur, *l. prox. supr.* Ergo non est permittendum actori vt eligat legem Aquiliam per quam futurum sit vt duplum consequatur.

Ratio decidendi. Legis Aquiliæ actio sui natura datur tantùm ad simplum non etiam ad duplũ nisi cùm lis per inficiationem crescit. Itaque non tam actioni proponitæ quàm sibi & suæ inficiationi imputare reus debet si quando in duplum condemnetur, vt de quadruplo quod præstatur in actione *Quod met. caus.* scriptum est in *l. item si cum 14. §. in hac actione in fin. sup. quod met. caus.*

c *Non vt triplum.* Melius scriptum esset *vt non triplum sed duplum consequatur.* Sensus enim est, Nullo casu eum posse triplum consequi, quomodo consequeretur si & lege Aquilia & vindicatione de damno dato ei agere permitteretur. Posse tamen consequi duplum Agendo scilicet lege Aquilia, sed non omnimodo, & ita si possessor inficietur, quomodo passim solent inficiari possessores vt condemnationem euitẽt quæ alioqui parata esset.

15. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

ITem, si verberatum tradidit, Labeo ait etiam iniuriarum [a] competere actionem petitori.

Ad l. Item, si verberatum 15.

a *Etiam iniuriarum.* Id est non tantùm actionem in rem de qua in *l. 13. sup.* itémque legis Aquiliæ, vt proximè dictum est, Sed etiam iniuriarum per quã tamen non tam damnum iniuria datum æstimatur, quod proprium est legis Aquiliæ quàm contumelia per iniuriam irrogata, damni tamen habita etiam ratione, *Tot. tit. de iniur.* ⌐j. & apud Iustin. In eoque potissimùm vtilis est hæc actio petitori quia neque per vindicationem, neque per legem Aquiliam contumelia vindicatur, sed damnum duntaxat sarcitur. Itaque qui vindicatione aget vel lege Aquilia non cogetur cauere se non acturum iniuriarum, dum ne actionem illam pro damno exerceat sed tantùm pro contumelia. Ratio dubitandi. Etiam in actione iniuriarum damni ratio habetur, *l. damnum 8. C. de iniur.* Ergo non potest actio iniuriarum cum vindicatione, & legis Aquiliæ actione concurrere ne duplicem damni æstimationem actor consequatur, *l. prox. supr. l. qui seruum 34. De oblig. & act.*

Ratio decidendi. Aliud est iniuriarum agere, Aliud verò damni iniuriæ, quoniam altera actio pertinet ad damnum culpa datum, altera verò ad contumeliam, *l. item apud Labonem 15. § si quis seruo verberato 46. De iniur.* ⌐j. Ponendum tamen est cum Accurs. Seruum hunc qui petebatur fuisse verberatum in contumeliam petitoris eiusdemque domini: Alioqui pro iniuria seruo irrogata dominus agere non posset, *§. seruus autem Inst. eod.*

1 ¶ Si quis rem ex necessitate distraxit [a], fortassis huic officio iudicis [b] succurretur [c], vt pretium duntaxat debeat restituere [d]. Nam & si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur [e], æquè non ampliùs quàm pretium præstabit.

Ad §. 1. Si quis rem.

a *Ex necessitate distraxit.* Intellige post litem contestatam, Alioqui nõ posset res peti ab eo qui iam eam distraxisset ac sine dolo malo habere desiisset cùm loquamur de distractione facta ex necessitate. Itaque non est distinguendus hac parte bonæ fidei possessor à malæ fidei possessore, Cùm post litem contestatam omnes sint pares, *l. si quid possessor 51. § ficus supr. de hered. petit. l. si homo 45.* ⌐j. *hoc tit.*

Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor, imò & is qui in mora tantùm fuit tenetur ad verum rei precium etiamsi nihil habuerit. Multò magis si quid habuerit vt Azo apud Accurs. ratiocinatur.

Ratio decidendi. Succurrendum semper est ei qui aliquid fecit ex necessitate cùm nihil eo nomine possit ipsi imputari, nec si malæ fidei possessor fuit. Nam nec alia ratio est propter quam perempta post litem contestatam ea re quæ petebatur, nihilominus teneatur possessor ad precium quàm quia si restituta ei res fuisset, potuisset eam distrahere & precium saluum facere, § *. vltim. infr.* Cogetur ergo actor contentus esse accepto precio, nec habebit electionem veri precij petendi.

b *Officio iudicis.* Ratio dubitandi. Officio iudicis solet potissimùm locus esse in iudiciis bonæ fidei, non etiam in strictis quæ ideò stricta appellantur, neque in arbitrariis quæ ad strictorum naturam propiùs accedunt, quale est iudicium vindicationis, *§. præterea & §. in bonæ fidei Inst. de act. l. qui per collusionem 49. §. 1.* ⌐j. *De action. empt. l. 4. C. depos.*

Ratio decidendi. Etiam in strictis iudiciis officium iudicis locum habet, multò magis in arbitrariis, Scilicet ratione eorum quæ post, non quæ ante litem contestatam contigerunt, *l. videamus 38. § si actionem* ⌐j. *de vsur.*

c *Succurretur.* Nam summo iure condemnari deberet ad verum iustumq; precium cùm fuerit malæ fidei possessor post litem contestatam qualiscunque fuerit antea.

d *Debeat restituere.* Per hanc scilicet actionem in rem, non per actionem negotiorum gestorum, vt malè Accurs. interpretatur ex *l. vlt. sup. de negot. gest.* Cùm loquatur hîc Vlpianus de distractione facta vt diximus post litem cõtestatam, & de officio iudicis dati in hac actione vindicationis. Ex quo apparet nihil ad hanc speciem pertinere quod scriptum est in *d. l. vlt. De negot. gest.*

e *Ne corrumpantur.* Est enim hæc vna ex iis causis propter quas necesse est rem distrahi etiam quæ iam petita sit, *l. Dinus 5. sup. De hered. petit.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad priorem huius §. speciem allata fuit.

2 ¶ Item, si fortè æger fuit, qui petitus est, & militibus adsignatus [a] est, modico honoris gratia [b] possessori dato: an hoc restituere debeat [c], & puto præstaturum.

Ad §. 2. Item

Ad §. 2. Item si fortè.

a *Qui petitus est & militibus adsignatus.* Ergo qui assignatus fuerit post petitionem & litis contestationem. Ex quo intelligimus totum hunc §. accipiendum esse de distractione quæ facta sit ex necessitate post litem contestatam. Quamquam differt hic casus à præcedente. Non enim ponimus distractum agrum sed assignatum militibus veteranis in præmium militiæ vt in *leg. Lucius* 11. *infr. de euict.* Quod non fit nisi vi maiore & voluntate principis cui resisti non potest.

b *Honoris gratia*, id est non tam pro precio, quàm pro honorario, ne quid per vim & iniuriam ab inuito extortum videatur, quod à Principis maiestate alienum esset.

c *An hoc restituere debeat.* Ratio dubitandi Nõ pro precio datum est hoc modo cum pecuniæ, sed honoris tantùm gratia. Ergo non est restituendum petitori Ratio decidendi. Datum est honoris quidem gratia, sed per occasionem rei petitæ quam si restituisset possessor tempore litis contestatæ, non ipse sed dominus honorarium hoc habuisset Ergo saltem hoc reddere debet ne prosit ei mala sua fides, inducta saltem ex litis contestatione. An verò plus quàm accepit restituere debeat non quærit Vlpianus, In quo errat Accursius Erat enim certissimum nihil posse huic imputari qui præcepto Principis parendum habuit. Atqui, d cat al. quis, si fundus ei restitutus fuisset, fortassis eum distraxisset atque ita precium lucratus esset, vt in § *proxim.* Nam periculum assignationis quod post venditionem contigisset, ad emptorem pertinuisset, *dict. leg. Lucius* Respondeo casum hunc neque præuideri, neque impediri potuisse. Nec tam facilè capi præsumptionem quòd dominus fuerit fundum tam citò venditurus, Quàm si ageretur de re mobili, vt in *§. prox. infr.*

3 ¶ Si seruus petitus, vel animal aliud demortuum sit [a] sine dolo malo, & culpa possessoris [b]: pretium non esse præstandum plerique aiunt [c]. sed est verius, si fortè distracturus erat petitor [d], si accepisset moram passo [e] debere præstari [f], nam si ei restituisset [g], distraxisset, & pretium esset lucratus [h].

Ad §. 3. Si seruus petitus.

a *Demortuum sit.* Benè Accursius, scilicet post litem contestatam cùm loquatur Vlpianus de seruo iam petito. Sed malè idem Accurs. hunc §. restringit ad eum qui cœperit postea esse malæ fidei possessor ex alia causa quàm litis contestatæ, Quasi ad illum qui semper durauerit bonæ fidei possessor & iustam litigandi causam habuerit redeat Iurecons. in *l. proxim. sequ. vers. non enim* Nam imò verò totus hic locus est de bonæ fidei possessore, sed qui tamen omnimodo factus sit malæ fidei possessor per litis contestationem. Quique iustam habuerit causam litigandi non ad rem sibi defendendam, sed ad sententiam expectandam propter stipulationem de euictione, vt scriptum est in *leg. sequ.* & *leg. atquin* 19. *§. cum me absente supr. de negot. gest.*

b *Sine dolo malo & culpa possessoris.* Nam & doli mali & culpæ rationem reddere post litem contestatam debet possessor quilibet, id est etiam qui bonæ fidei possessor fuit, *leg. qui petitorio* 36. §. 1. *infr.*

c *Plerique aiunt*, scilicet non adhibita distinctione illa, An rem petitam distracturus fuerit petitor si ei restituta fuisset, necne. Fuit enim hæc sententia Cassianorum. Ratione illa quòd non debeat bonæ fidei possessor mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temerè ius suum indefensum relinquere, *l. illud* 40 *supr. De h. red. petit.* Ex quo loco apparet, in malæ fidei possessore contrariam Proculi sententiam esse verissimam, vt mortalitatem omnimodo præstare is debeat, etiamsi non fuerat petitor eam rem distracturus. Nulla enim distinctio adhibenda est in malæ fidei possessore, *leg. item si cum* 14. §. *quatenus vers. quid si homo supr. quod met. caus. l.* 1. *C. eod. l. pen. infr. De vi & vi armat.*

d *Si fortè distracturus erat petitor.* Obserua conditionem hanc esse non rationem. Sequitur enim ratio in vers. *nam si* Volo dicere Vlpiani sententiam hanc esse vt bonæ fidei possessor debeat precium animalis post litem contestatam demortui præstare petitori, non omnimodò & indistinctè, Præterea illud quòd si rem restituisset, eam distrahere petitor potuisset (quæ tamen ratio in malæ fidei possessore bona esset, *d. l. illud.*) Sed ita demum præcisè si possit actor probare se fuisse distracturum rem si habuisset. Non ergo sufficiet vt probet quod potuerit distrahere, nisi probetur etiam quòd fuerit distracturus. In quo melior est conditio bonæ fidei possessoris, etiam qui per contestationem malæ fidei possessor factus sit, quam alterius cuiuslibet, ob rationem quam proximè attulimus ex *d. l. illud vers. nec enim debet.* Quæ ratio cessat non solùm in fure & prædone, sed etiam in debitore quolibet qui ex proprio contractu teneatur, & qui moram contraxerit in ea re soluenda, Mirum non est teneri hos omnes etiam de casu fortuito, & de interitu post eam rem moram contingente, Non adhibita distinctione An fuerit res æquè peritura penes actorem, & an distracturus eam fuerit actor, necne. Sufficit enim ratio illa quòd potuisset distrahere si habuisset, quamuis non constet quòd fuerit distracturus, *l. cum res* 47. *in fi. l. si seruus legatus* 108. §. *si seruus legatus de leg.* 1. *dict. l. item si cum* 14. §. *quatenus in fi. sup. quod met. caus. leg. si in Asia* 1. §. *vltim. inf. deposit. leg. quod te* [illegible] *inf. de rebus creditis, leg. nemo* 82. §. . *De verborum obligationib. l. si homo. infr. De re iudicat.* Quamquam contra debitorem illa etiam ratio facit quæ non faceret contra malæ fidei possessorem quod ipse dominus est rei debitæ, Ad quem enim alium pertinere interitum æquius est, quàm ad dominum? *leg. quæ fortuitis* 6. *Cod. de pignor. act. leg. contractus* 23. *de regul. iur.* Et quamuis interdum qui debitor est non sit etiam dominus, Illud tamen certum est numquam posse dominum esse illum cui res debetur. Nemini enim res sua deberi potest, *§. sic itaque Inst. de action.* si tamen contingat actione personali eum agere qui sit dominus, vt contingit in actione, Depositi, Commodati & similibus, An erit locus sententiæ Cassij, vt periculũ ad actorem pertineat si res quæ naturaliter periit etiã post litem cõtestatã æquè fuerat penes eum interitura?

Digitized by Google

Sic putat Caius qui Cassianus fuit in *l. si plures* 14. §.1. *deposit.* Ego contrariam Proculi sententiam veriorem esse putarem, Etiam admissa Pauli distinctione De bonæ & malæ fidei possessore, *dict. l. illud.* Magis enim comparandus est malæ fidei possessori depositarius qui scit se ex contractu obligatum ad rem reddendam quàm bonæ fidei possessori. Ergo non debet ei prodesse quòd non ipse sed actor sit dominus, cùm tantò maiorem iniuriam faciat actori cui rem suam non restituit. Neque in depositario locum habet ratio qua mouetur Paulus vt Cassij sententiam probet in bonæ fidei possessore, quòd inquit non debeat bonæ fidei possessor ob metum huius periculi mortalitatis præstandæ, ius suum temerè indefensum relinquere. Quod enim ius potest esse depositarij, aut quis color iuris vt depositi restitutionem deneget domino qui ipse deposuit? Si ergo Cassij sententiam qui non distinguebat inter bonæ fidei possessorem & prædonem, non potuit Paulus quamuis & ipse Cassianus probare in malę fidei possessore, Multò minùs vtique probasset in depositario qui cùm in dolo sit denegans restitutionem depositi, multò deterior est malæ fidei possessore.

e *Moram passo* per litis contestationem. Moram enim facit qui litigare mauult quàm restituere, *d. l. nemo* 82. §.1. *De verb. obl.* Contestatio itaque nō modò malam fidem inducit sed etiam moram, quæ minus est quàm mala fides. Non enim mala fides potest esse sine mora. At mora esse potest sine mala fide, *l. in re furtiua* 8. §.1. *inf. De cond. furt. l. vlt. eod. l. ad diem* 77. *De verb obl.* Et ideò dicimus vix posse perueniri ad sententiam citra moram, *l. 3. in princ. de vsur.* quia nec perueniri ad eam potest sine contestatione vel vera vel ficta.

f *Debere præstari.* Ratio dubitandi. Non debet bonæ fidei possessor mortalitatem præstare aut eius periculi metu ius suum temerè indefensum relinquere, *d. l. illud* 40. *sup. de hered. petit.*

Ratio decidendi. Ideò nimirum excusatur bonæ fidei possessor ne etiam post litem contestatam & factus iam prædo, fatum tamen præstare omni casu debeat, quomodo malæ fidei possessor præstare indistinctè deberet, sed ita demùm si probetur fuisse distracturus petitor si rem suam accepisset. Illo enim casu apertè noceret damnúmque afferret petitori cui nihil imputari potest, bona fides possessoris, quæ nec vlla amplius est post litem contestatam. Cúmque alterutrum, id est vel petitorem vel reum in damno morari hoc casu necesse sit, æquius est faueri actori quàm reo. Cessat enim hîc ratio illa qua Cassius mouebatur quod æquè res fuerat naturaliter apud actorem interitura, eíque tanquam domino peritura. Cùm ponamus actorem si rem suam accepisset fuisse illam distracturum, atque ita precium habiturum.

g *Nam si ei restituisset distraxisset.* Non ait Vlpianus *distrahere potuisset*, vt in *l. cùm res* 47. *in fi. de leg.* 1. sed *distraxisset*, quia nec aliter vult teneri bonæ fidei possessorem ad precium rei post contestationem peremptæ restituendum quàm si actor non modò potuerit rem illam distrahere sed etiam fuerit distracturus. Proinde optimum consilium est vt quisquis animal vindicat protestetur se rem illam statim atque acceperit venditurum, nominetque etiam si possit & subiiciat personam quæ dicat se empturam. Nec enim dolo malo facta ea subiectio videbitur, sed potiùs Ne possessor ea re postcà demortua possit obiicere fuisse illam æquè perituram penes actorem, arg. *dict. l. atquin* 19. §. *cum me absente supr. de negot. gest.* Quamquam videtur Paulus hoc etiam casu bonæ fidei possessoris causam contra Vlpianum tuitus, Ratione illa ipsa quam adfert in *d. leg. illud vers. nec enim*, Dissensisse namque Iureconsultos in hac quæstione constat euidentissimè ex *dict. l. illud & dict. leg. si plures* 14. §. 1. *deposit.* Nec obstat interpretationi nostræ quod Vlpianus ipse in præcedentibus sic loquitur, *si forte distracturus erat petitor.* Nam de re quæ in futuro euentu posita erat non aliter loqui potuit, cùm futura omnia sint contingentia & incerta, sed tamen non eo minùs ponendum est fuisse petitorem ea mente, vt rem illam distraheret statim atque eam accepisset, Quod quamquam in futuro euentu positum, certum tamen fieri potest si probetur paratum emptorem iam eo tempore habuisse.

h *Et precium esset lucratus*, Id est precium non amisisset quomodo amissum est animal per mortem. Precium enim consistit in pecunia, Pecunia verò in genere, quæ ideò perire non potest, *l. incendium* 11. *C. si cert. petat.*

16. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

VTique autem [a], etiam mortuó homine [b], necessaria est sententia propter fructus [c], & partus [d], & stipulationem de euictione [e]. non enim post litem contestatam [f] vtique & factum [g] possessor præstare debet.

Ad l. Vtique autem 16.

a *Vtique autem*, Noli cum Accursio sic intelligere acsi scriptum esset, *sed certè*, At potiùs cum prudētibus nostris, *Omnimodo & indistincte.* Vtique enim fieri dicunt quod fit omnimodo & sine distinctione, *l. frater a fratre* 38. *infr. de cond. ind. b. & alias pass.* Sensus igitur est, si Paulum cum Vlpiano connectere velimus sicuti à Triboniano factum est, Multum interesse An quæramus, Vtrum rei post litem contestatam peremptæ periculum ad actorem pertineat necne, An verò vtrum re post contestationem perempta, adhuc necessaria sit sententia, an non. Ad priorem quæstionem sine distinctione responderi non posse. Illam enim adhibendam distinctionem quam Vlpianus posuit in §. *vlt. l. præced.* An actor eam rem fuerit distracturus si accepisset necne, vt priore casu precium ei restitui oporteat posteriore non item. Ad posteriorem verò indistinctè respondendum, Necessariam esse sententiam in iudicio vindicationis, quamuis re iam perempta, Adeóque illo etiam casu quò nec precium à bonæ fidei possessore debeatur, Nimirum propter fructus, & partus & stipulationem de euictione, vt hæc lex ait.

b *Etiam mortuo homine.* Ratio dubitandi. Mortuo homine qui petebatur nulla amplius res est de qua lis esse possit. Ergo nec vlla lis, Nec proinde potest necessaria esse sententia cuius præcipuus effectus est vt liti finem imponat, *l. vlt. ff. De re iudi.*

Ratio decidendi. Etiā homine mortuo superest petitio,

petitio fructuum post litem contestatam perceptorum, itemque partuum si qui sint editi. Item neccessitas conseruandæ actionis de euictione. Propter quæ omnia proinde necessaria est sententia, *l. si seruus, infr. Iudic. solui.*

c *Propter fructus.* Ratio dubitandi. Fructus & partus non veniunt in hanc actionem nisi officio iudicis tanquam accessiones rei petitæ, *l. quæ per collusionem 4. §. 1. de act. empt. l. 4. C. depos.* Atqui officium iudicis non potest subsistere sublata principali actione, vt ex his ipsis locis constat, Et ex *reg. l. cum principalis 178. de regul. iur.* Ergo cùm mortuo homine non sit necessaria sententia propter hominem, neque propter partus necessaria erit.

Ratio decidendi. Alia ratio est rei petitæ, alia fructuum ex ea perceptorum. Quod attinet ad rem petitam & peremptam ideò nulla fertur sententia, quòd alioqui reus damnum incurreret & quidem sine causa, secundum Pauli sententiam cuius est hæc lex, & quæ latiùs extat in *l. illud 40. supr. de hered. petit.* At ratione fructuum quos percepit post litem contestatam moraretur in lucro si non ad eorum restitutionem condemnaretur, scilicet si extent, aut si sic consumpti sint, vt tamen non sit ille factus ex his locupletior. Quid ergo si consumpserit nec locupletior factus sit? Adhuc tenetur tanquam malæ fidei possessor factus ex die litis contestatæ. Nec tantùm quod ad fructus quos perceperit, sed etiã quod ad eos quos potuit percipere & quos percipere potuisset actor si res fuisset ei restituta, *l. certum 22. Cod. de rei vind.* Sed hoc alia ratione, Nempe quoniam alioqui moraretur in damno actor, quod non similiter dici potest ratione rei petitæ & peremptæ quæ penes actorem ipsum æquè fuerat suo fato peritura. Secundum Sabini & Cassij sententiam quam Paulus probauit, *dict. l. illud & l. si plures §. 1. infr. De pos.* Nec rursus verum est fructus venire in rei vindicatione officio iudicis, vt Accursius supponit. Id enim tùm verè dicitur, cùm quis agit in personam ad consequendum id quod suum non fuit, *l. 2. l. vid. anim. 35. §. si actionem de vsur.* At is qui vindicat petit quod suum est. Et fructus ipsos non tanquam sibi debitos, sed tanquam suos & eodem ipso iure dominij, *l. & ex diuerso 35. §. 1. infr. hoc titul.* quia scilicet non iure seminis percipiuntur, sed iure soli, *l. qui scit. 25. §. 1. de vsur.*

d *Et partus.* Obserua in toto hoc tractatu & in iure passim nostro separari partus à fructibus, Nempe quia partus non est in fructu cùm natura fructus omnes hominum gratia comparauerit *lege vetus quæstio 68. infr. de vsufruct. l. in pecudum 28. De vsur.* Adde cum Accurs. & propter peculium si quod seruus habuit.

e *Et stipulationem de euictione.* Ratio dubitandi. Si seruus venditus antequàm euincatur decesserit stipulatio non committitur, quia nemo eum euincit, sed fatum humanæ sortis: Nisi quod de dolo potest agi si dolus interuenerit, *l. si seruus 21. in princ. infr. de euict. l. si quis sibi 26. C. eod.* Ergo mortuo homine petito non potest dici necessaria sententia propter stipulationem de euictione.

Ratio decidendi. Multùm interest an homo venditus vixerit tempore litis contestatæ quomodo necesse est illum vixisse vt possit peti & vindicari, an verò iam tum decesserit, si decesserat, obtinet id quod modò diximus. Sin vixit, nascitur exinde actio de euictione, quia ab eo tempore potest & debet authori suo denunciare emptor controuersiam, vt secuta tandem euictione regressum habere possit, *l. 1. C. vbi in rem act. exerc. deb. l. emptor 8. & seq. C. eod. tit. de euict. l. Herennius 63. in pr. & §. 1. D. eod.* Euicti usque tunc videtur fundus cùm spes habendi ferè abscissa est, *l. emptor 35. eod.* cùm exinde emptor fiat malæ fidei possessor. Ergo quamuis nõ aliter cõmittatur stipulatio de euictione quàm si res euicta verè sit non modò per sententiam, sed etiam per realem sententiæ executionem, *l. habere licere 57. eod.* Ob hoc ipsum tamen etiam homine mortuo necessaria est sententia, vt actio de euictione conseruetur quomodo scriptum est in *dict. l. si seruus 21. infr. solut.* Pronunciando scilicet, fuisse petitoris seruum eum qui petebatur, ac proinde alienum seruum venditum fuisse. Quid enim vetat homine quoque mortuo ita pronunciari, Cùm necesse sit, vt iam diximus ferri sententiam propter fructus, de quibus tamen nihil pronunciari potest quin pronuncietur de iure dominij, Sufficitque vt etiam post mortem appareat fuisse venditum seruum alienum, *l. vltim. in fin. C. de adsert. toll. l. nd.* Quod si neque fructus neque partus vlli sint, neque peculium propter quod ferenda sit sententia, Adhuc tamen sententia ferri potest ab eo ipso iudice propter causam euictionis quæ scilicet tractanda est ab eo ipso iudice qui datus fuerat inter petitorem & emptorem, *dict. l. 1. in fin. C. vbi in rem act. l. venditor 49. sup. de eod.* Non potest autem ferri sententia de euictione, quin ferri eam necesse sit super dominio. Nec est contrarium quod idem Paulus noster scribit in *l. sin autem 27. § si homo infr. hoc tit.* si homo petitus dolo malò possessoris deterior factus sit, deinde sine culpa eius ex alia causa mortuus sit, æstimationem fieri non debere eius quod deteriorem eum fecerit, quia, inquit, nihil interest petitoris. Aliud enim est de æstimanda serui deterioratione tractare, Aliud verò de causa euictionis. Nihil quidem interest petitoris mortuo homine qui deterior factus fuerat, qui etiamsi deterior factus non fuisset non eo minùs periisset ex alia causa, Et quidem domino suo secundum sententiam Cassij à Paulo semper constanterque probatam in bonæ fidei possessore, quoties peremptæ res æquè peritura erat fato suo penes actorem. Sed interest tamen possessoris pronunciari de iure dominij etiam rei peremptæ, vt simul & semel pronuncietur de iure euictionis.

f *Non enim post litem contestatam.* Sensus est non esse necessariam sententiam propter rem ipsam quæ petebatur & periit quamuis post litem contestatam perierit, Sed tantùm propter partus & fructus & stipulationem de euictione, Quia fructus quidem & partus & euictionem præstare debet possessor etiam re perempta, Sed fatum præstare non debet, id est interitum naturalem qui apud actorem æquè contigisset, Nimirum cùm bonæ fidei possessor fuit, de quo solo agitur in hac *leg. & praeced.* Ne alioqui tandem illud inducimus, vt huius periculi metu cogendus sit bonæ fidei possessor ius suum indefensum relinquere, Quare Pauli sententia & ratio est in *dict. leg. illud 40. suprà de hereditatis petitione, & in dicta lege sin autem 27. §. si homo, infra hoc titul.*

g *Vtique & fatum*. Id est omnimodo & indistinctè vt in.tiu leg s interpretati fumus. Multum tamen refert ad Paulum nc intelligas vt bonæ fidei possessor vtrique non debeat fatum præstare, hoc est interitum naturalem sua sponte contingentem. An ita vt non vtique illud præstare debeat. Prioris propositionis sensus erit nullomodo teneri bonæ fidei possessorem re peremptа, Sed omnimodo & indistinctè liberari quod ad rem ipsam eiusve precium attinet. Posterioris verò non omnimodo teneri sed cum distinctione illa quam ex Vlpiano adhibuimus in *§. vltim. l. prox sup.* An fuerit petitor eam rem distracturus necne. Prior sensus dissentientem facit Vlpianum à Paulo, quos nec dubito dissensisse in hac quæstione vt in multis alijs. Et ideò videtur mihi is sensus conuenientior menti Pauli. Posterior verò facit vt conciliari commodè possint eo quo diximus modo. Magisque conuenit verbis huius legis quia negatio præcedit dictionem *vtique* & aliud est dicere *vtique non* quod significat *nullomodo*. Aliud verò dicere *non vtique*, quod significat *non omnimodo & indistinctè sed cum aliqua distinctione*, sicut & aliud est dicere *nonomnino quid esse*, Aliud verò *omnino non esse*. Prior locutio vniuersaliter negat. Posterior distinctioni locum relinquit, *l. græcè 8. §. illud De fideiussor*. Potest tamen Paulus etiam sic intelligi, vt non omnimodo quidem fatum præstare debeat possessor post litem contestatam, sed tamen debeat aliquo casu, Nempe si qua ei culpa imputari possit, *l. qui petitorio 36. §. 1 infr. hoc titul.* Et huic interpretationi maximè conuenit sententia *§. sequen.* Atque ita certè locus hic intelligendus est, vt scilicet Paulus locum relinquat distinctioni illi non quam Vlpianus ponit in *§. vltim. dict. l. proxim.* sed illi quam Caius in *dict. leg. qui petitorio*. Acsi Paulus scriberet, Non vtique post litem contestatam imputari fatum bonæ fidei possessori, sed ita demum si culpa eius aliqua interuenerit, *lege si seruum 91. in princ. de verborum obligationib.* Accursius verò & cæteri locum hunc non perceperunt. Qui putant distinguendum an bonæ fidei possessor durauerit talis etiam post litem contestatam, An verò factus sit malæ fidei possessor. Et rursus an habuerit iustam litigandi causam an non. Quod est absurdum, Nec enim fieri potest vt bonæ fidei possessor non fiat malæ fidei per contestationem, Nec rursus vt non habeat iustam litigandi causam, vel ad hoc vt possit agere de euictione. Sed quemadmodum mala fides quæ per contestationem inducitur non vsque adeò ei nocere debet vt fatum quoque præstare cogatur, si Paulo magis quàm Vlpiano credimus. Ita neque quod iustam haber litigandi causam propter euictionem prodesse illi debet aduersus petitorem quominùs condemnetur ei ad sumptus litis. Nisi fortè ex parte ipsius petitoris dubia lis fuerit, quod tamen vix est vt eueniat cùm non aliter pro petitore iudicari possit quàm si is intentionem suam impleuerit, id est plenè probauerit, *l. vltim. Cod. hoc titul.* Itaque non habet hic locum quod ait *l. si quis solutioni 24. infr. de vsur.*

§. 1 ¶ Culpa non intelligitur [a], si nauem petitam tempore nauigationis [b] trans mare misit, licèt ea perierit [c]: nisi si minùs idoneis [d] hominibus eam commisit.

Ad §. 1 Culpa.

a *Culpa non intelligitur.* Ratio dubitandi. Non tenetur bonæ fidei possessor de interitu rei etiam post litem contestatam contingente ne alioqui cogatur temerè ius suum indefensum relinquere, vt proximè diximus ex Cassij sententia à Paulo probata, in *l. illud 40 supr. De heredit. petition.* Quid ergo attinet tractare de culpa? Nam & si homo petitus, non tantùm culpa, sed etiam dolo possessoris mortuus fuisset, superueniens tamen interitus naturalis faceret vt nulla eius culpæ ratio haberi deberet, *leg. sin autem 27. §. si homo infr.* vbi notat Bartolus casum superuenientem excusare possessorem à culpa præcedente. Atqui quod nauis pereat naufragio sit naturaliter, & vi maiore maris cui resisti non potest, Non ergo teneri potest actor qui nauim misit nauigatum licèt naufragij periculum immineat, adeoque nauis pettetur, quia nauis ad hoc paratur vt nauiget, *l. arboribus 12. §. 1. inf. de vsufr.*

Ratio decidendi. Culpa quæ præcedit casum, nec ei causam dat, non æstimatur, *dict. §. si homo*, sed ea demùm quæ causam dat casui, De qua agitur in hoc §. & in *leg. qui petitorio 36. §. 1. infr. hoc titul.* Cæterùm obserua distinctionem hanc, An possessoris culpa aliqua post litem contestatam interuenerit necne, ab ijs tantùm Iurisconsultis adhiberi qui sententiam Cassij secuti sunt in bonæ fidei possessore, In quo numero præcipuè Paulus & Caius fuerunt, *dict. leg. illud, & leg. si pignus 14. §. 1. d posit.* Nam secundum Vlpianum & alios, qui contrariam sententiam probabant, non est necessaria hæc distinctio cùm velint illi possessorem etiam bonæ fidei teneri post rem peremptam lite contestata, tametsi naturaliter & citra culpam eius vllam res perierit, dummodo petitor fuerit eam distracturus. Nisi quod culpam possessoris allegari probarique semper vtilius est petitori, vt eo probato possessor quantumuis bonæ fidei indistinctè teneatur, Id est tametsi nec allegetur præterea nec probetur quod petitor eam rem fuerit distracturus.

b *Tempore nauigationis*, id est nauigationi commodo non periculoso, Alioqui culpa est si quis nauim mittat nauigatum aduerso tempore, *d. l. qui petitorio 36. infra.*

c *Licèt ea perierit*, quia nec ad aliud paratur nauis nisi vt nauiget, & consequenter periculis maris obnoxia est, *dict. l. arboribus 12. §. 1. De vsufr.* Dum ne quid imputari possit ei qui nauigatum misit.

d *Si minùs idoneis.* Culpa enim est, minùs idoneis nautis nauim regendam committere, *l. quod si nolit. 31. §. si mancipium infr. de adil. edict.* vbi etiam additur quod ad rem nostram valde pertinet, pro viuo habendum eum qui culpa possessoris mortuus est.

17. VLPIANVS

17. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

Iulianus libro sexto Digestorum scribit: si hominem, qui Mæuij erat, emero à Titio: deinde, cùm eum Mæuius [a] à me peteret, eundem vendidero: eumque emptor occiderit [b]: æquum esse [c], me pretium Mæuio restituere [d].

Ad l. Iulianus 17.

a *Cùm eum Mæuius à me peteret.* Intellige de petitione vera facta per litis contestationem, vt appareat venditum à me hominem fuisse postquam mecum litem est contestatus Mæuius qui eum petebat.

b *Eumq; emptor occiderit*, tanquam suum & suo iure, quamuis ex ea causa possit teneri domino & ab eo conueniri lege Aquilia.

c *Æquum esse.* Fit ergo hoc ex æquitate potiùs quàm ex mera iuris ratione. Cui æquitati causam illud dat, quod seruum qui à me petebatur vendiderim alij, iam factus malæ fidei possessor per litis contestationem, & sciens ad alium pertinere: Vt quia non possum restituere seruum quem non habeo nec is rursum cui eum vendidi, restituam saltem precium quod ex eius venditione accepi.

d *Mæuio restituere* Ratio dubitandi. Precium quod percepi ex vẽditione hominis qui erat Mæuij non ideò est Mæuij, neque verò perceptũ ex re ipsius; cùm non tam ex re, quàm ex negotiatione percipiatur, *l. venditor 21. inf. De her. vel act. vend.* Ergo non potest in rei vindicationem venire, cùm vindicare nemo possit nisi id quod suum est aut quod ex eius re superest, *l. si num 49. § 1. inf.*

Ratio decidendi. Qui post litem contestatam hominem vendidit non tã dolo malo videtur desiisse eum possidere quàm adhuc ipsum possidere, cùm pro ipso homine precium eius habeat, *l. non videtur 8. & 31. q. inf. de vsufr.* Ergo quamuis precium nõ sit illud ipsum quod Mæuius petebat, quia seruum tanquam suum petebat tamen æquum est vt emptor qui post litem contestatam eum vendidit, saltem precium quod accepit, restituat, non quasi precium illud sit Mæuij, cuius seruus erat, sed quia in actione ista quæ est arbitraria bonus iudex arbitrari debeat id ipsũ omne quod vir bonus quilibet arbitraretur. Vir autem bonus arbitrabitur sine dubio eum qui conuentus fuerat tanquam possessor debere saltem id restituere quod acceperit, Tanquam hactenus locupletior factus ex re Mæuij, vt in *l. si eum seruũ 23. de reb. cred. inf.* Et quia dolo facit qui saltẽ id quod ad eum peruenerit, nõ vult reddere, *l. 1. § vlt. inf. depos.* Itaque non est quod cum Accursio recurramus ad actionem negotiorum gestorum. cùm æquitas arbitrij possit sufficere. Planè si possessor ante litem cum domino contestatam accepiúmque de hoc homine iud cium hominem vendidisset, nulla contra eum alia competere actio posset, quàm negotiorum gestorum, *l. mater 3. C. hoc tit. l. vlt. supr. de negot. gest.* Nimirum si hominem ipsum vindicare dominus non posset, siue propter secutam vsucapionem, vt in *l. 1. in fin. C. de reb. alien. non alienand.* siue quòd dominus venditioni consensisset, aut quo alio modo proprietatem eius amisisset, vt loquitur *d. l. mater.* Amittitur autem proprietas serui tùm quoque cùm occiditur, Nec proinde interest à quo occidatur an ab emptore an ab alio. Vtroque enim casu impeditur dominus ne vindicare seruum suum possit à possessore qui iã nullus est, Et ideò necessaria est actio negotiorum gestorum si fuit homo venditus ante acceptum iudicium vindicationis, non etiam si postcà. Quare neutra interpretatio vera est ex iis quas Accurs. & Bartol. adferunt Quarum prima est Possessorem teneri de facto eius cui vendidit tanquam de suo facto, Altera verò, Re perempta teneri possessorem in subsidium actione negotiorum gestorum ad precium eius, licèt non habuerit titulum, si ei contra petimentem possit esse consultũ. Nam neq; de alieno facto tenetur hic possessor, sed de suo, quia rem petitam vendidit post litem contestatam, Neq; actione negotiorum sed rei vindicatione qua teneri cœpit antequàm venderet. Nemo enim vendendo post litem contestatã, liberat se à iudicio iã accepto. Ideoq; puto teneri hoc casu possessorẽ vt restituat nõ modò prec ũ quod accepit sed verã æstimationem, si pluris nõ item si minoris res fuit. Tunc enim liberatur possessor reddendo preciũ quod accepit, nec quicquã præterea cùm nihil potest ei imputari, puta quòd ex necessitate vendiderit, vt in *l. item si 15. § 1. supr.*

1 ¶ Idem Iulianus eodem libro scribit: si moram fecerit in homine reddẽdo possessor, & homo mortuus sit: & fructuum rationem vsq; ad rei iudicatæ tempus [a] spectãdam esse.

Ad § 1. idem Iulianus.

a *Rei iudicatæ tempus.* Ratio dubitandi. Rei peremptæ fructus nulli esse possunt. Ergo nullos ex quo die perẽpta est restituere possessor debet. Nam nec alios tenetur reddere, quàm quos vel percepit vel percipere potuit, & quos percipere petitor potuisset. *l. si nauis 62. in fi. ĩ hoc tit.* Atqui nec percepti vlli sunt nec percipi potuerunt nisi vsq; ad diẽ mortis. Ergo nõ vsq; ad tempus rei iudicatæ præstãdi sunt. Ratio decidendi Quoties petita res perit siue post morã siue per dolũ & culpam possessoris, eousque fructuũ ratio habẽda est, quousq; haberetur si nõ periisset, Ergo ad rei vsq; iudicãdæ tẽpus, *l. fructus 33. ĩ.* Nam de omnibus ad eũ vsque sententiæ diem perceptis aut percipiẽdis pronũciare iudex debet, Non etiã de cæteris post sententiã percipiẽdis, quia ad eius officiũ nil pertinet futuri tẽporis tractatus, *l. 1. § 1. ĩ. De vsur.* Obseruandũ autẽ est in hac quoq; lege & in *d. l. fructus*, vestigium nõ obscurũ veteris illius dissensionis. de qua scripsimus ad leges præcedentes, Nam Vlpianus qui credidit bonæ fidei quoq; possessorẽ teneri præstare fatũ quod contigerit post litẽ contestatam, loquitur hîc de homine perempto post moram. Paulus verò qui in contraria fuit sentẽtia exigit in *d. l. fructus*, vt vel dolo vel saltẽ culpa possessoris homo petitus perierit. Quod & Accurs. noster hîc exigit, In quo sanè facit vim Vlpiano. Aliud enim est requirere tãtùm moram possessoris. Aliud verò exigere vt sit ille in dolo vel in culpa. Malè etiã idẽ Accurs. rationẽ dubitãdi ad hũc locũ petit ex eo quod Pap. ait in *l. 3. in pr. & § 1. de vsur.* intercapedinẽ illã quæ datur iudicatis ad satisfaciendũ iudicato, dilationem tantùm iis dare non etiã lucrum fructuum adferre debere. Quasi

verò loquatur eo loco Papin de re perempta ante rem iudicatam de qua hic locus est. Imò verò loquitur ibi de re extante ex qua percepti sint fructus etiam post litem finitam per sententiam, Qui fructus cederent lucro condemnari si non eos restituere cogeretur, quod absurdum fore Papinianus ait. Id verò ne eueniat perempta re ante sententiam verendum non est. Alioqui eadem ratione dicendum esset fructus rei peremptæ in perpetuum & infinitum præstandos esse si eorum præstandorum obligatio posset excedere tempus rei iudicatæ aut iudicandæ. Vbi enim posset dari terminus finiendæ eius obligationis? Vide quæ in hunc locum scripsi lib. Coniect. cap. 6.

2 ¶ Idem Iulianus ait non solùm fructus, sed etiam omnem causam [a] præstandam, & ideo & partum [b] venire in restitutionem, & partuum fructus. Vsque adeo autem & causæ veniunt, vt Iulianus libro septimo scribit, si per eum seruum possessor adquisierit actionem legis Aquiliæ [c], restituere cogendum [d]. Quòd si dolo malo ipse possessor desierit possedisse & aliquis hominem iniuria occiderit, aut pretium hominis [e], aut actiones suas præstare cogetur: vtrum eorum voluerit actor [f]. Sed & fructus, quos ab alio possessore percepit [g], restituere eum oportet. lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse cœperit, facere non debet. Sed fructus eius temporis, quo tempore possessus est ab eo, qui euicerit [h], restituere non debet. Sed quod dicit de actione legis Aquiliæ, procedit, si post litem contestatam [i] vsucepit possessio: quia plenum ius incipit habere [k].

Ad §. 2. Idem Iulianus ait.

a *Sed etiam omnem causam* Ratio dubitandi. Id demùm restituendum est vindicationis iudicio, quod venit in vindicationem, Atqui res ipsa quæ petita est vindicata fuit, non etiam eius causa, id est fructus & partus. Ergo nec aliud venire potest in restitutionem quàm res ipsa, Videturque noua interpellatione opus esse propter fructus & partus qui post litem contestatam aduenerunt, arg. *l. non potest 23. supr. de iud.* Nec verendum est ne in eo vlla fiat iniuria petitori qui fructus ipsos & partus postea vindicare possit tanquam suos, vt dixi ad initium *l. praeced.*

Ratio decidendi. Quale quid est cùm petitur tale dari debet, *l. 2. inf. de vsur.* Ergo post litem contestatam omnis causa præstanda est, id est omne illud quod habiturus fuerat actor si eo tempore reddita illi res fuisset, Adeóque licèt actum sit in personam, vt Pap. ait in *d. l. 2.* Quanto igitur magis cùm in rem actum est à domino qui in fructibus illis & partubus habet ius dominij, Nam in actionibus illis in personam non possunt venire fructus post litem contestatam percepti nisi ex æquitate & officio iudicis, *d. l. 2. & l. videamus 38. §. si actionem eod. tit.* At in rei vindicatione veniunt ex natura actionis & rei petitæ, vt dixi ad *l. praeced. glos. 3.* Iunge *l. domum 5. l. si fundum 17. l. certum 22. C. eod. l. praeterea 20. infr. eod.* Malè tamen Accurs. adfert quasi simile quod scriptum est in *l. sed etsi 25. §. vlt. cum quinque ll. seq. supr. de pet. her.* circa petitionem hereditatis. Fructus enim augent hereditatem non tanquam accessiones ipsius, sed tanquam constituentes partẽ hereditatis, Nisi cùm percepti sunt post litem contestatam, *l. heres 51. §. 1. eod. tit.* An in vindicatione speciali fructus & partus rei petitæ veniunt tanquam accessiones naturales licèt veniant iure dominij.

b *Et ideò & partum.* Bona est illatio quia partus non continentur appellatione fructuum sed appellatione causæ, vt dixi ad *l. praeced. glos. 4. ex l. vetus 63. inf. de vsufr. l. in pecudum 28. infr. de vsur.* Itaque in sequentibus illis *& partuum fructus* melius scripsisset Vlpianus *& partuum partus*, vt in *l. mulier 22. §. sed enim vers. præterea infr. ad Trebell.*

c *Actionem legis Aquiliæ.* Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non potest per seruum acquiri alij quàm domino, *l. item Mela 11. §. legis autem infr. ad leg. Aqu.* Atqui tractamus de possessore qui non sit ipse dominus sed à domino conueniatur directa rei vindicatione.

Ratio decidendi. Intelligendus est hic locus de eo possessore qui post litem contestatam vsuceperit & plenum ius dominij incepit habere, vt Vlpianus noster *in fin. huius l.* explicat, Et dicemus ad *l. sequent.*

d *Restituere cogendum* Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non potest dici fructus, neque accessio naturalis eius serui qui petitus fuit Ergo non potest in hoc iudicio vindicationis venire in restitutionem. Ratio decidendi. Causæ appellatione continetur id omne quod habiturus foret actor si eo tempore quo homo petebatur restitutus illi fuisset, *l. præterea 20. inf.* Atqui habiturus fuisset actionem legis Aquiliæ quia tunc erat dominus, & talis mansisset si ei restitutio facta fuisset quia sine possessione compleri non potuisset vsucapio, *leg. sine possessione 2. infr. de vsucap.* Ergo quamuis ea legis Aquiliæ actio non contineatur appellatione fructuum, causæ tamen appellatione continetur, & proinde restituenda est.

e *Aut pretium hominis.* Ratio dubitandi Qui dolo malo desiit possidere perinde condemnandus est quanti actor in litem iurauerit acsi adhuc possideret, iussúsque restituere parere noluisset, *l. qui restituere 68. infr.* quia dolus pro possessione est, *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Ergo non potest liberari restituendo verum precium aut præstando actiones.

Ratio decidendi. Dolus quidem pro possessione est, sed quandiu tantùm res ipsa possideri potest. Atqui res perempta possideri nequit verè, Ergo nec fictè. Hîc autem tractamus de homine occiso, & quidem iniuria. Nam si iure occisus esset nihil eo nomine deberetur, Neque precium quod scilicet non debetur præcisè, sed ita demum si nolit actiones suas quas contra occisorem habet præstare; Neque actiones, quia nullas habet contra eum qui iure occidit.

f *Vtrum eorum voluerit actor.* Ratio dubitandi. In alternatiuis electio est debitoris, *l. plerumque 10. §. vlt. inf. de iur. dot.* Atqui possessor in hac specie debitor est aut precij aut actionum, Ergo electionem habere debet vtrum præstare malit.

Ratio decidendi. Nunquam fauendum est dolo, nec debet is impunitus remanere, *l. procurator 11. §. 1. inf.*

§.1.infr.de doli mal. except. Hîc autem tractamus de possessore qui dolo malo desiit possidere. Ex côque respondendum est ad illud etiam quod fortè obiicere quis posset. Eum qui ob id tantùm tenetur quòd actiones tantùm aliquas habeat, non ad aliud teneri posse quàm vt eas præstet *l. quod debetur 51.in fin. d. peculi.l. quod si in diem 16. §. vlt. l. item veniunt 20. §. aut Senatus 17. d. her. d. pet.* Non enim hic tenetur, quòd habeat actionem, sed quod dolo desierit possidere, Quamquam præstare actiones non posset si eas non haberet.

g *Quos ab alio possessore percepit.* Ratio dubitandi. Nullũ ius habuit hic malæ fidei possessor qui dolo desiit possidere percipiendi fructus ab alio, cùm neque dominus fuerit, neque possessor. Fructus enim non possunt percipi nisi iure vel dominij vel possessionis *l. qui scit 25. §. 1. de vsur. l. bonæ fid. 148. De acquir. rer. domin. l. Titia 48. de solut.* Ergo quãuis eos perceperit non debet eos petitori reddere, tanquã perceptos ex stultitia emptoris potiùs quã ex re petitoris, vt in *l. 3. in princ. & §. 1. l. Alfenus 61. ad leg. falc.*

Ratio decidendi. Non debet possessor quisquis ille sit lucrum facere ex homine qui in lite esse cœperit, cùm ex die litis contestatæ factus sit malæ fidei possessor. Alioqui mala fides ei prodesset, ac nimis honesta interpretatio nõ honesto quæstu lucrum possessori adferret, quod ferendum non est *l. si possessor 52. de petit. her. sup.* Hic autem possessor, de quo agimus plus quàm malæ fidei possessor est, cùm ponamus esse illum in dolo, & dolo desiisse possidere. Facto scilicet alio possessore, vt per suppositam eius personam fructus ipse vel solus perciperet, vel cum vero eodémque iniusto possessore diuideret. Id enim demum est dolo desinere possidere.

h *Ab eo qui euicerit.* Noli cum Accursio intelligere *à vero domino.* Quomodo enim potest hic seruus dici possessus à domino qui eum nunc primum petat vt incipiat illum possidere? Aut quónam colore peteret dominus à possessore restitutionem fructuum quos ipse petitor percepisset? Itaque intellige de non domino qui suppositus sit à possessore, vt tanquam verus dominus rem vindicaret & euinceret, Ei cui tamen consenserit possessor dolo malo, vt per eiusmodi euictionem secutam desineret possidere, tantoque difficiliorem faceret vero domino vindicationem eius rei quæ tam alij tanquam vero domino esset adiudicata.

Ratio dubitandi. Hos quoque fructus possessor percepisset si non dolo malo desiisset possidere. Ergo & ab eo ipso possessore restituendi sunt tametsi non ipse, sed alius propter collusionem inter ipsos factam eos perceperit. Ne alioqui duplicis litis incommodo adficiatur si pro parte fructuum cogatur litigare cum priore possessore, pro alia verò cum posteriore qui hominem euicit.

Ratio decidendi. Satis punitur malæ fidei possessor in eo quòd fructus omnes restituit quos percepit aut percipere potuit, nec vllum ex homine petito lucrum facere aut retinere potest. Sed non est æquum reddere illum fructus quos constet ab alio perceptos esse quasi eos ipse perceperit. Cùm fieri non potuerit vt iidem fructus perciperentur ab vtroque. Planè si is qui nullo iure euicit, & hominem possedit, soluendo non esset, dicerem in subsidium condemnari debere priorẽ possessorem quem ponimus post litem secum contestatam desiisse dolo possidere. quàm ferendum vt in damno moretur actor qui fructus illos vtique percepisset si litis contestatæ tempore restituta ei res fuisset. Duo enim hîc perpetuò cauenda & obseruanda sunt. Primum est ne possessor ex die litis contestatæ lucrum vllum sentiat, Alterum ne actor vllum damnum.

i *Si post litẽ contestatam.* Ratio dubitandi. Litis cõtestatio inducit malam fidẽ *l. sed et si 2. §. si ante. sup. de hered. petit. l. si homo 4. j. hoc tit.* Atqui non potest vsucapio esse sine bona fide *l. si alienã 10. l. vbi lex 24. j. de vsucap.* Ergo fieri nequit vt litis contestatio non interrumpat vsucapionem, Nec proinde vt vsucapio compleatur post litem contestatam.

Ratio decidendi Requiritur quidem bona fides ab initio vt incipiat vsucapio currere. Sed vbi cœpit, nihil nocet superueniens mala fides. Idque hodie obtinet etiam in longi temporis possessione cùm olim non obtineret, quia plenius erat & fauorabilius ius vsucapionis *l. vnic. §. hoc tantummodo C. de vsucap. transform.*

k *Quia plenum ius incipit habere* Id est, non tantùm possessionis, sed etiam dominij, quia bonæ fidei possessor quandiu est in cursu vsucapiẽdi necdum vsucepit, non est plenè dominus, sed penè dominus, & domini loco *d. l. bonæ fidei 4. de acquir. rer. dom.* At per vsucapionem fit dominus, & quidem iure Quiritiũ, cùm vsucapio sit vnus ex modis trãsferendi, aut potiùs acquirendi dominij iure Quiritium, vt docet Vlp. *titul. 19. de acquisit. rer.* Ad differentiam scilicet dominij bonitarij, ex quo quis dicitur habere rem in bonis *l. 5. l. si finita 15. §. Iulianus. j. de damn. infect.* Accursius verò hæc verba refert ad distinctionem illam duplicis dominij directi & vtilis quam nos plerisque locis refutauimus.

18. GAIVS libro septimo ad Edictum Prouinciale.

SI post acceptum iudicium possessor vsu hominem cepit [a], debet eum tradere [b], eóque nomine de dolo cauere [c]. periculum est enim ne eum vel pignorauerit [d], vel manumiserit.

Ad l. si post acceptum 18.

a *Vsu hominem cepit.* Ratio dubitandi & decid. eadem est quæ ad §. *vlt. l. praeced.* in illis verbis *si post litem contestatam.* Iunge *l. 2. §. vlt. j. pro empt.*

b *Debet eum tradere.* Ratio dubitandi Vindicatio rei numquam datur non domino contra dominũ, sed semper domino contra non dominum *l. in rem 23. infr.* Atqui in hac specie possessor factus est dominus per vsucapionem Et consequenter is qui erat dominus, desiit esse cùm non possint eodem tempore duo esse domini in solidum eiusdem rei & eodem dominij genere *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum. j. commod. l. de hereditate 19. §. pater. j. de castr. pecul.* Ergo non potest cogi possessor tradere rem quam ab eo petit is qui amplius dominus nõ est, & cuius ipse sit nunc dominus. Quid? enim actio intercidat quæ peruenit ad eum casum à quo incipere non potuit *l. quia 16. j. ad leg. Aquil.*

Ratio decidendi. Sufficit litis cõtestatæ tempore dominum fuisse actorem qui egit vindicatione, vt vindicatio rectè instituta dici possit, Quoniam ab

eo tempore, licèt possit compleri vsucapio quàm superueniens mala fides non interrumpit, vt suprà diximus, non potest tamen ius actionis corrumpi & fieri vllomodo deterius per possessorem, qui exinde malę fidei possessor factus fuit, nec tantùm de dominij, sed etiam de possessionis iure vacillare & dubitare cœpit *l. nemo ambigit 10. in fin. C. de acq. poss.* cùm actori nihil possit imputari qui debito tépore litem contestatus est, Vt proinde ex eo die litis contestatæ haberi debeat res pro iudicata quod attinet ad personas petitoris & possessoris, Nealioqui mala fides possessori prosit, per quem stetit ne petitæ rei possessio statim restituta sit. Quod si factum fuisset, neque compleri vsucapio potuisset, neque fieri locus quæstioni An vindicatio intercidisset. Quare nec dicendum est cum Accurs. & Bulgaro Vindicationé quæ fuerat directa fieri ex postfacto vtilem, Nec esse nouum vt vtilis vindicatio detur contra dominum ex *l. 1. infr. si ager vectig. vel emphyt. ess. dicat.* Multò minùs cum aliis, Esse singulare hoc casu vt detur vindicatio directa nó domino cótra dominum. Nam imò verò directa hæc vindicatio est, & talis manet, quia talis fuit tempore litis cótestatæ, Et quemadmodum dicimus quale quid est cùm petitur tale dari debere *l. 2. ff. de vsur.* Ita qualis actio est tempore litis contestatæ, talis manet quousque super ea iudicetur. Cur enim ex postfacto fieret melior condicio malę fidei possessoris quàm futura erat si statim rem restituisset *l. & ex diuerso 38. §. 1. ff. hoc tit.* Nisi fortè vno illo casu quo ponas eum qui tempore litis cótestatæ possidebat desiisse posteà possidere, & quidé sine dolo malo, & nulla culpa sua. Is enim absoluendus esset. Quemadmodum è contrario condemnari deberet si rei iudicatæ tempore possessor inueniretur, quia anteà non fuisset *l. sin autem 27. §. 1. ff. hoc ti.* Nam & augeri ius petitoris per cótestationem nihil prohibet, quod tamen imminui absurdum esset *l. aliam 29. ff. de nouat.* Denique ius quod actor amisit post litem cótestatam, vtique restituendum est arbitrio iudicis qui actione rectè instituta cognoscit *l. sicut 8. §. & si quidem. vers. planè si non vtendo. ff. si seruit. vindic.* Facilius enim est vt actor post litem contestatam amittat dominium quàm vt amittat actionem, quæ licèt ex dominij causa pendeat, ex quo tamen cótestata fuit intercidere numquàm potest. Nam etsi temporalis sui natura fuisset, tamen contestatio eam perpetuasset *l. 1. §. vlt l. 3. ff. de ferus.* Itaque ad rem non faciunt quæ tractat hîc Accurs. de vindicatione perpetranda, cùm vindicatio omnis sui naturá sit perpetua. Nec rursus quæ addit ille de interrumpenda vsucapione ex *l. 2. C. de annal. except.* Certum enim est vsucapionem non interrumpi per contestationem, Nec solùm si agatur de re mobili, vt malè putat Accurs. quia rationem differentiæ sumit ex eo quod rerum mobilium vilis & abiecta possessio est, ex *l. si rem mobilem 47. de acquirend. poss.* Quasi verò vsucapio nó sit etiam rerum immobilium, aut quasi non idipsum proditum sit in vsucapione rei cuiuslibet generaliter & indistinctè in *l. 2. § vlt. ff. pro emptor.* Sanè in longi temporis possessione & præscriptione aliud olim fuit *l. mora litis 26. C. hoc tit.* quòd esset illa minùs fauorabilis hac parte, vt & in multis aliis minorisque potestatis quàm vsucapio. Hodie tamen idem iuris est post *l. vnic. C. de vsucap. transform.* Cæterùm idé iuris esse in re immobili apparet ex *l. sequen.* Illud sanè nó potest negari mirum esse quod melior sit códicio eius qui neque dominus neque possessor est quàm veri possessoris, verique domini. Sed id fit odio malæ fidei quæ inducitur ex litis contestatione, & iure actionis bene institutæ ab eo qui verus dominus fuit tempore litis contestatæ.

c *De dolo cauere.* Addebat Azo, & de culpa, ex *l. sin autem 27. §. si homo. ff.* Sed malè. Nam distinctio illa An culpa possessoris post litem contestatam aliqua interuenerit, nécne tunc necessaria est cùm res petita perit post contestationem *l. qui petitorio 36. §. 1. ff.* & ex eorum tantùm sententia qui putarunt bonæ fidei possessorem non teneri præstare fatum quod contigerit etiam post litem contestatam, Tametsi petitor eam rem fuerat distracturus si restituta ei fuisset, vt scripsimus ad *l. 16. & ad l. 17. §. 1. ff.* At nos tractamus hîc eum casum quo res petita non perient, sed tradi possit.

d *Ne eum vel pigneraueris.* Ratio dubitandi. Quarũ rerum venditio prohibita est, earum nec oppigneratio permissa est, Et contra quod vendi potest etiam oppignerari potest *l. sed & quod 9. §. 1. ff. de pignor.* Atqui res litigiosa vendi non potest *l. 2. & tot. tit. C. de litigios.* Ergo neque oppignerari *l. 1. §. eam rem. ff. quæ res pignor. oblig. poss.* Nullum igitur in hac specie periculum est, ne possessor rem petitam oppignerauerit, ideòque nec cautio de dolo interponenda est quæ non nisi superuacua esse posset *l. hæc stipulatio 14. in fin. ff. vt legat. seruand. caus. caueat.*

Ratio decidendi. Vitium litigiosi iure Pandectarum non ita rem afficiebat vt impediret rei alienationem, vel oppignerationem, sed tantùm tribuebat exceptionem possessori si conueniretur ab eo cui actor lite pendente vendidisset, vt potentiori aduersario eum traderet *l. vlt. in fin. & tot. tit. De litigios. & d. §. eam rem.* Quanquã hodie ius hoc valde immutatũ & auctum est per eas constitutiones quæ sunt in *tit. C. eod.* At nos hîc tractamus de oppigneratione quæ facta sit per possessorem, eundémque factum dominum per vsucapionem post litem contestatam, ac proinde ei cui non possit obiici exceptio per actorem qui possessor non est. Nam sicut litis contestatio non impedit vsucapionem & acquisitionem dominij in persona possessoris, Ita neque oppignerationem quam possessor fecerit tanquam dominus, siuę antè, siue post acquisitum dominium, Parum enim refert *l. rem alienam 41. ff. de pignor. act.* Nisi quod si non esset ei acquisitum ex postfacto dominium non posset oppigneratio nocere vero domino cui nec Publiciana noceret *l. si ab eo 18. infr. de pignor.* iunct. *l. pen. & vlt. infr. tit. proxim.* Maximè verò si creditor qui accepit pignori litem ignorauerit. Nam neque exceptio alij olim nocebat, quàm scienti *l. 2. ff. de litigios.* quousque Iustinianus hoc immutauit adhibita nihilominùs distinctione inter scientem emptorem & ignorantem in *l. vlt. C. eod.* Sicut & illud obseruatione dignum est, quod non habebat locum ea exceptio litigiosi, nisi pro rebus mobilibus vel se mouentibus, vt cóstat tam ex *dict. § eam rem,* licèt Accursius aliter & malè locum illum interpretetur, Quàm ex Iustiniani *Nouell. 112. De litig. cap. 1. in princip.* Ideò fortasse quòd rerum mobilium persecutio longè durior fieri possit ex qualitate & condicione aduersarij, quàm rerum immobilium. Est igitur in hac lege cautio necessaria non propter sumptus litis aut alia huiusmodi, quæ prima Accursij interpretatio est, sed propter periculum quod subest ne posses-

possessor idémq; nouus dominus hominē petitum aut pignorauerit aut manumiserit. Efficitur id tractum esset post litem contestatam, iam ē mala fides possessoris quæ ex cōtestatione inducitur soli possessori nocere potest, non etiam cæteris qui exinde ab eo tanquam à domino ius habuerunt *l. pr. a. credo 20. in fin. j. l. creditor cum pignus 25. j. de pignor. act. l. pen. §. penult. j. si vsusfr. pet.*

19. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

IPsi quoque reo [a] cauendum esse Labeo dicit, *his rebus rectè præstari* [b]: si fortè fundi nomine [c] damni infecti cauit.

Ad l. ipsi quoque reo 19.

a *Ipsi quoque reo.* Sensus est nō tantùm actori cauere reum debere, vt proxima lege dictum est, sed etiam reo actorem, Vt scilicet neutra ex parte captio sit. Ratio dubitandi. Imputari potest possessori quisquis ille fuerit ante litem cōtestatam cùm ex die litis contestatæ factus sit malæ fidei possessor, Ergo ei cauendum non est, *arg. l. si qui dolo 69. j. hoc tit.* Ratio decidendi. Tractamus hoc loco de eo qui non solùm bonæ fidei possessor fuit ante litem contestatam, sed etiam post contestationem dominus factus est per vsucapionem exinde completam, ac proinde cui non potest imputari quòd ius suum temerè indefensum non reliquerit *l. illud 40. §. de petit. hered.* Neque cur dãni infecti cauerit ædium nomine in quarum possessionem alioqui vicinus mitti, deinde sibi eas possidere, postremò etiam vsucapere potuisset *l. 5. l. si finita 15. §. Iulianus. D. de damn. infect.* Ergo ipsi quoque caueri æquū est.

b *His rebus rectè præstari.* Vetus formula est qua significatur ne quid periculum vel damnum ex ea re stipulator sentiat *l. aliud est capere 71. §. 1. de verb. signific. l. redhib. re 21. § idem Pomponius. j. de ædil. edict.* Verbum enim *rectè* pro viri boni arbitrio est *l. hæc verba 73. de verb. signific.* Vir autem bonus non arbitrabitur in damno debere morari eum qui ex necessitate fecerit, quod in fundi vtilitatem facere debuit, quale illud est si quis de damno infecto cauerit *l. illud 40. §. pen. sup. d. hered. petit.*

c *Fundi nomine.* Bene Accurs. siue vrbani, siue rustici. Nam & pro agro interdum cauendum est, de damno infecto, licèt alter, quàm pro ædibus *l. emptor 38. §. si agri. j. de damn. infect. l. fundi 21. de verb. sign.* Sed malè idem Accurs. notat vsucapionem rei immobilis interrumpi per contestationem quasi quod dictum est in *l. præced.* de homine non habeat locum in fundo: quod huius legis coniunctio conuincit.

20. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

PRæterea restituere debet possessor, & quæ post acceptum iudiciū per eum non ex re sua [a] adquisiuit. in quo hereditates quoque [b], legatáque, quæ per eum seruū obuenerunt, continentur. nec enim sufficit, corpus ipsum restitui sed opus est, vt & causa ei restituatur [c]: id est, vt omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillæ [d] restitui debet: quamuis posteà editus sit, quam matrem eius, post acceptum scilic. iudicium, possessor vsuceperit. quo casu etiam de partu, sicut de matre, & traditio, & cautio de dolo [e] necessaria est.

Ad l. præterea 20.

a *Non ex re sua.* Ergo quod possessor per seruum petitum acquisiuit ex re sua non restituit domino vindicanti, licet acquisiuerit post acceptum iudicium, si modò bonæ fidei possessor proponatur. Nam in malæ fidei possessore aliud est, Vt scil. per eum seruum nihil omnino possit sibi acquirere, Ne quidem ex re sua, Non magis quàm ex eius operis, quoniam ista pari iure procedunt *l. 1. C. hoc t. iunct. l. quæsitum 40. in fin. j. de acquirend. rer. domin. iunct. l qui bona 23. in princip. eod.*

Ratio dubitandi. Etiam bonæ fidei possessor fit malæ fidei per contestationem, vt suprà toties diximus ex *l. sed et si 25. §. si ante. de pet. hered. l. si homo 45. j. hoc tit.* Atqui malæ fidei possessor nihil sibi per hūc seruum acquireret ne quidem ex re sua *d. l. 1. C. hoc t.*

Ratio decidendi. Mala fides quæ superuenit per contestationem non facit quin fauorabilior sit is qui aliquādo bonæ fidei possessor fuit, quia ignoscendum ei est, quod noluerit ius suum temerè indefensum relinquere *l. illud 40. vers. nec enim debet. sup. de hered. petit.* Sufficitque indemnem seruari actorem, quod sit restituto ei omni eo quod habuisset si homo restitutus fuisset. Atqui non habuisset, quod seruus hic quæsiit ex re bonæ fidei possessoris, Ergo nec ei debet illud restitui. Aliud ergo est si quid seruus hic quæsierit ex operis suis aliunde tamen quàm ex re sui possessoris. Dices, Etiam bonæ fidei possessorem nullum debere lucrum sentire ex eo homine qui in lite esse cœperit *l. Iulianus 17. §. vlt. supr.* Respondendum est possessorem lucrum hoc sentire videri nō tam ex homine petito, quàm ex re sua. Ideoque nihil absurdi esse non solùm, vt possessori huic acquiratur per seruum qui nihil posset acquirere malæ fidei possessori, sed etiam ve non cogatur bonæ fidei possessor hoc restituere quamuis cætera restituat. In quoque Accurs. errauit. Sed in eo maximè, quod non videt, loqui hîc Caiū de eo qui sit plus quàm possessor, & qui dominus factus sit per vsucapionem completam post litem contestatam, vt probant verba huius legis in *versic. quamuis postea.* Ac proinde cui acquiri per seruum omnia potuerunt, & quem tamen non ideò restituere omnia necesse est, sed ea tantùm quæ causæ appellatione contineri possunt, vt hæc lex ait.

b *Hereditates quoque.* Ratio dubitādi. Si quis mihi bona fide seruiat cùm sit seruus alienus, & is iussu meo hereditatem adeat, nihil tamen agit nec acquirit mihi, Ne quidem fructuarius seruus *l. si quis mihi 25. de acquir. hered.* Ratio decidēdi. Tractamus hîc de eo qui bonæ fidei possessor fuerit, ante litem contestatam, Postea verò cœperit esse dominus completa vsucapione, de quo in *l. 17. in fin. & duab. prox. sup. l. per seruum 32. & seq. sup. de hered. petit.* Accursius neq; hoc intellexit, qui an loqui Caium de bonæ fidei possessore qui habeat titulum & Pu-

blicianam, Quasi possit hic iubere adiri hereditatem. Quod tamen falsum est *d. l. si quis*. Nam cõtemplatione bonæ fidei possessoris seruus institutus proponatur *l. aditio 45. in fin. eod. ill. tit.*

c *Vt & causa ei restituatur*. Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. Iulianus 17. §. ad. in Iulianus 23. eod.* Iunge *l. restituere 75. de verbor. signific. l. in condenatione 173. §. 1. de regul. iur. l. videamus 38. §. in Fauiana de vsur. l. illud 40. in princip. l. ancillarum 27. & sequ. supr. de hered. petit.*

d *Partus ancillæ*. Ratio dubitandi. Non quemadmodum fundi emuntur ad hoc vt aliquis ex iis fructus colligatur, Ita & ancillas dici potest ideò emi vt pariant. Emuntur enim potiùs vt seruiant *dict. l. ancillarum 27. ī. de hered. petit.* Ergo separãdus est hac parte fructus à partu. Ratio decidendi. Facit ratio illa vt partus non possit dici fructus, sed nõ etiam, vt causæ appellatione non contineantur, Nec proinde vt restitui nõ debeat, quia lucrum omne possessori cuilibet aufferendum est quod perceperit ex die litis contestatæ *l. 17. §. vlt. supr. l. post senatusconsultum 28. sup. de hered. petit.*

e *Et cautio de dolo* quæ solet concipi verbis generalibus. Ita tamen vt non pertineat ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cauetur *l. doli 119. de verbor. obligat.*

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. si post acceptum 18. supr.*

21. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SI à bonæ fidei possessore fugerit seruus [a]: requiremus, an talis fuerit, vt & custodiri debuerit. nam si integræ opinionis videbatur, vt non debuerit custodiri, absoluendus est possessor: vt tamen, si interea eum vsuceperat [b], actionibus suis cedat [c] petitori, & fructus eius temporis, quo possedit [d], præstet. quòd si nondum eum vsucepit, absoluendũ eum sine cautionibus [e], vt nihil caueat petitori de persequẽda ea re. quo minùs enim petitor [f] eã rẽ persequi potest [g]: quamuis interim, dum in fuga sit, vsucapiat [h]: nec iniquum id esse [i], Pomponius libro trigensimonono ad edictũ scribit. Si verò custodiendus fuit, etiã ipsius nomine damnari debebit [k]: vt tamen, si vsu eũ non cepit, actor ei actionibus suis cedat [l]. Iulianus autem [m] in his casibus, vbi propter fugam serui possessor absoluitur, & si non cogitur cauere de persequenda re, tamen cauere debere possessorem, si rem nactus fuerit, vt eam restituat [n]. idque Pomponius libro trigensimo quarto variarum lectionum probat, quod verius est.

Ad l. si à bonæ fidei 21.

a *Fugerit seruus* post litem cõtestatam, vt rectè Accurs. cùm hæc lex loquatur de bonæ fidei possessore cui certè nihil imputari potest eorum quæ vel fecerit, vel omiserit ante litem contestatam, dum putat se vti vel abuti re sua. *l. si quid possessor 31. §. sicut autem sup. de hered. petit.* At post litẽ cõtestatam, perpetua dubitandi ratio illa est, quod bonæ fidei possessor exinde factus sit malæ fidei *l. si homo 45. ī. hoc tit.* quodque prospicere debuerit fieri posse, vt & seruus fugeret, & tamen restituendus quoque esset *arg. l. si quis domũ 9. §. hic subiungi. ī. locat.* in illis verbis, *quia hoc euenire posse prospicere debuit*, sed & imputari ei potest cur non restituerit tempore litis contestatæ, cùm restituendo potuisset se ab illo fugæ periculo eximere, Denique cur litigare maluerit quàm restituere *l. nemo 82. §. 1. ī. de verb. oblig.*

Ratio decidendi Nihil est quod imputetur possessori si talis seruus fuit vt custodiri non debuerit, putà si integræ opinionis videbatur. Nec enim litis contestatio grauiore custodia eum onerare debuit, vt in gratiam petitoris diligentior esse debuerit, quàm pro se ipso futurus esset, dum ne fuerit negligentior quàm prudens paterfamilias esse debuerit. Non solent autem prudentes patresfamilias custodire seruos, nisi eos qui tales sunt vt custodia indigeant *l. si vt certo 5. §. custodiam, & seq. l. in rebus 18. l. argentum 20. ī. commod.*

b *Si interea eum vsuceperat*. Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad *§. vlt. l. 17. & ad l. 18 supr.*

c *Actionibus suis cedat*. Potest enim varias habere actiones, Puta vindicationem tanquam dominus factus per vsucapionem, Quam actionem non haberet prior dominus qui talis esse desiit. Item actionem de seruo corrupto si fortè corruptus ab aliquo fuerit seruus vt fugeret *l. 1. §. sed vtrum. de seru. corrupt.*

d *Eius temporis quo possedit*. Scilicet post litem contestatam, loquit Accursius. Nam fructus antea percepti non restituuntur tanquam bona fide percepti.

e *Sine cautionibus*. Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor cogitur cauere de persequendo homine qui fugit, Vt euenit in edicto quod metus causa *l. ait si cum 14. §. quatenus. vers. quod si homo. supr. quod met. caus.* Atqui hic malæ fidei possessor est post litẽ cõtestatam, vt suprà dictũ est. Ratio decidendi. Cautio necessaria est in persona eius qui ab initio malæ fidei possessor fuit, qualis est ille qui metum intulit *dict. §. quatenus. l. 2. C. eod.* At non in persona bonæ fidei possessoris, cui licèt contestatus sit litem, nihil tamen imputari potest, neque cur ius suum indefensum non reliquerit *l. illud 40. §. nec enim debet. sup. de hered. petit.* neque cur non custodierit seruum qui non debuit custodiri. Sequitur tamen in hac lege, Ex sententia Iuliani Cauere hunc possessorem debere de re si eam nactus fuerit restituenda, quoniam ea cautio licet aliquomodo sit onerosa, nullius tamen præiudicij aut periculi est.

f *Quominùs enim petitor*. Rectè Haloander legit *cõminus*, id est statim, Et hoc quoque Cuiac. probat *lib. 11. Obseru. cap. 39.*

g *Persequi potest*. Non suo iure cùm non sit dominus, sed cessis ei actionibus à possessore qui dominus factus est per vsucapionem.

h *Vsucapiat*. Ratio dubitandi. Sine possessione nulla est vsucapio *l. sine possessione 25. ī. de vsucap.* Atqui seruus qui in fuga est non videtur possideri cùm non sit in domini potestate, vt eius possessionem nanciscatur quando velit, quod in retinenda possessione rerum omnium præsertim mobilium videtur necessarium *l. 3. §. Nerua filius. infr. de acq. poss.*

Ratio decidendi. Vtilitatis causa receptum est vt seruus etiam qui in fuga est videatur possideri à domino,

domino, quandiu ab alio non possidetur, adeóque tametsi proclamet in libertatem, non diu moratus sit in libertate, & donec liber pronunciatus sit *l.1.§.per seruum qui in fuga.dict.l.4.§.si seruum eod.* Nam quemadmodum aliarum rerum possessionem interuertere non potest, ita ne suam quidem potest *l.rem.quæ nobis 15.in fin.eod.* quamuis dicatur sui furtum facere *l.1.C.de seru.fug.& l.ancilla 60.de furt.infr.* Et ideò perinde viuesp.o eius cõtinuatur & completur ac si in fuga non esset, adeóque aliarum etiam rerum possessio per eum acquiritur *l. per eum 50.§.1.de acq.poss.*

i *Nec iniquum id esse.* Fit ergo hoc ex æquitate, quia summo iure teneri deberet possessor quantumuis bonæ fidei de iis quæ contigerunt post litem contestatam *arg.l.2.infr.de vsur.*

k *Ipsius nomine damnari debebit.* Ratio dubitandi. Nõ potest imputari huic bonæ fidei possessori cur seruum hunc quem suũ putabat neglexerit *l.si quid possessor 31.§.sicut.5.de hered.petit.* Ratio decidendi. Imputatur ei culpa quam admiserit post litem cõtestatam *l.sin autem 27.§.si homo.l.qui petitorio 36.§.1.l.si homo 45.l.si culpa 63.j.hoc tit.* Cùm ab eo tẽpore debuerit de iure possessionis suæ vacillare ac dubitare *l.nemo ambiguo 10.in fin.C.de acquir.poss.* adeóque malæ fidei possessor factus sit, Propter quã causam de casu etiam quolibet teneri debet si non ei subueniretur ex æquitate ratione illa quod nun debuit huius periculi metu ius suum temerè indefensum relinquere, vt diximus ad *l.1. vsque 16.§.1.supr.* Porrò culpa est non custodire seruum qui custodiri debuerit. Sanè culpa quæ contestationem præcessit impunita est. Dolus verò in bonæ fidei possessore nullus interuenire potuit. Iunge *l. si seruum vendit 21.§.vlt.j.de euict. l. quæsitum 8.§.& generaliter.j.de precar.* in cuius fine legendum est *restituere non constituere.*

l *Actionibus suis cedat.* Ratio dubitandi. Qua frõte potest desiderare possessor, vt sibi actiones cedãtur, cùm ex propria culpa conueniatur? *l.si plures 38. in fin.j.de admin.tutor.* Ratio decidendi. Æquum est hoc saltem consequi possessorem quod sine dispẽdio actoris futurum est *l.su er. dicte [illegible] de euict.* Nullum autem in vindicationis cessione damnum est eius qui hominis quem petebat æstimationem consequitur, atque ita rem suã quodammodo vendit possessori *d. l. si seruum.§.vlt.de euict.l.2.§.vlt.& l.3.pro empter.* Aliud sanè est si dolo possessoris fugerit seruus *l.prox.l.is qui dolo 69.j.de.d.l.si plures. in fin.* quæ loquitur de contumacia, & proinde de dolo potiùs quàm de culpa.

m *Iulianus autem.* Hoc versic. corrigitur, aut saltem temperatur quod priùs dictum fuit absoluendum esse possessorem sine cautionibus, quoties sine eius culpa seruus fugit, Ea namque Pomponij sententia fuit. At Iulianus putauit præstandam à possessore cautionem non quidem de seruo persequendo, sed tamen de eo restituendo si in rei potestatẽ redierit. Absoluẽdus ergo reus est sine cautionibus eo casu quo nulla ipsius culpa sit, sed non sine cautione. Vnam enim cautionem prẽstare debet non duas. Quod & à Pomponio probatum fuisse Paulus refert, verùsque esse ait.

n *Vt eam restituat.* Ratio decidendi. Is demùm qui dolo malo rem amisit cogendus sit cauere de illa re si deprehenderit reddenda *l. si sine dolo 20. j. depos.* vbi hoc ipsum de depositario scriptum est. Atqui tractamus de bonæ fidei possessore cui nullus dolus imputari possit, sed tantùm culpa.

Ratio decidendi. Quisquis de culpa tenetur cauere omnino debet de restituenda re quam culpa sua amisit si quando eam deprehenderit. Ideóque nimirum depositarius non tenetur in specie *d. l. si sine dolo*, quia non tenetur de culpa, sed tantùm de dolo, quem porrò in ea specie lex ponit nullum interuenisse. Atqui bonæ fidei possessor tenetur de culpa quoque si quam admiserit post litem contestatam. Porrò tractamus de seruõ qui fugerit lite iam contestata. Alioqui esset omnino absoluendus reus.

22. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

QVòd si dolo possessoris fugerit: damnandum eum, quasi possideret [a].

Ad l. quòd si dolo 22.

a *Quasi possideret.* Ratio dubitandi. Fictiones iuris non possunt se extendere ad ea quæ sunt facti *l. denique 16.ex quibus cauf.maior.sup.l.in bello 12. §.facti j.de capt.& postlim.* Atqui fictio illa est vt qui dolo desiit possidere habeatur pro possessore cùm te vera non possideat. Possessio autẽ est facti *d.l.denique.l.1.§.Scæuola.j.si is qui testam.lib. esse.iuss.est.* Ergo qui dolo desiit possidere non potest tanquam possessor condemnari. Ratio decidendi. Dolus pro possessione est, Ne alioqui sit in potestate possessoris illudere actori & iudici, atque effugere condemnationem quæ alioqui ei tanquam possessori esset irroganda *l.qui dolo 131.de regul iuris.l.si bona fide 12.j.de noxal.act.* Nunquam enim dolus impunitus manere debet *l.procurator 11.in fin.j. de dol. mal. except.* Æquum igitur est vt qui dolo desiit possidere perinde condemnetur ac si possideret. Adeò vt ob eam causam perindè iuretur contra eum in litem ac si possideret, nec vellet restituere *l. qui restituere 68.j.hoc tit.* Nam nec possessio adeò facti est quin plurimum etiam iuris habeat *l. possessio 49. in princip.& §.1.de acquir.poss.* Sed & dolus istius punitur in eo quod actor ei cauere nunquam cogitur *l. is qui dolo 69.* Cur enim caueatur ei pro illa re quam ipse adhuc possidere intelligatur?

23. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

IN rem actio [a] competit ei, qui aut iure gentium [b], aut iure ciuili [c], dominium adquisiuit.

Ad l.in rem actio 23.

a *In rem actio.* Intellige de directa & strictè sumpta ad exclusionem vindicationis pignoris quæ similiter in rem actio est, dicitúrque hypothecaria *l. si fundus 16.§.in vindicatione,& l.seq.j.de pignor. l. pignoris 15.C.eod.* Itẽ ad exclusionẽ Publicianæ quę vtilis vindicatio est dominij *l.1.& tot.tit.prox.l.si cũ venditor 66.j.de euict.* Itẽm actionis quæ cõperit de fũdo vectigali, de qua *in tit.si ager.vectig.pet.* Aliarum denique actionum omnium in rem vtilium

Digitized by Google

quæ diuersi sunt generis, & aliæ quidem ciuiles, aliæ prætoriæ. At in toto hoc tit. agitur de actione in rem quæ directa dominij vindicatio est; & ciuilis.

b *Aut iure gentiũ.* Ratio dubitandi. Directa, & strictè sumpta in rem actio, id est vindicatio dominij semper ciuilis est, nec nisi domino competit *l. nulla 24. l. vlt. & pass. C. hoc tit.* Ergo non videtur sufficere vt quis sit dominus iure gentium, nisi sit etiam dominus iure ciuili vt habeat hanc actionem, vt eiusdem speciei aut saltem generis sit effectus cuius & causa. Ratio decidendi. Omnes actiones sunt iuris ciuilis etiam ex quæ nascuntur ex contractibus iuris gentium *l. 2. §. deinde sup. de orig. iur.* cùm nõ sint comparatæ nisi aduersus perfidos aut alienarum rerum inuasores, eosdémque proinde violatores iuris gentium, vt Theophilus scribit initio tit. *de action.* Nec eò magis tamen dicimus obligationes illas ex quibus personales actiones nascuntur esse iuris ciuilis cùm sint ferè omnes iuris gentium *l. ex hoc iure 5. sup. de iust. & iur.* iunct. *l. licet 42. §. ea oblig. de proc.* Ergo quamuis in rem actio sit ciuilis, non eò minùs tamen danda est ei qui sit tantùm dominus iure gentium. Dominium autem iuris gẽtium intelligere debemus eũ qui nactus sit dominium aliquo ex iis modis qui iure gentium comparati sunt, inter quos etiam traditio est *§. per traditionem, & tot. tit. Inst. de rer. diu.* Ergo & eum qui sit dominus bonitarius, de quo Vlp. in *fragm. tit. 16. de acqu. rer.* Nec enim dominium bonitarium prætor vnquam tribuit nisi per mediam traditionem & possessionem *l. 2. §. vlt. sup. si ex noxal. caus. agat. l. si finita 13. §. Iulianus. ⁊. de dam. infec.* Talis etiã est maritus in re dotali *l. quamuis 75. inf. de iur. dot.* quamuis non Prætor; sed traditio dotis marito facta dominiũ faciat cum bonitarium *l. 1. eo. tit.* Ideóque mirum non est quod non solùm vindicare possit rem dotalem, sed etiam præferendus ille sit vxori si ipsa quoque vindicare velit *l. doce 9. C. h. tit.* Quoties enim dominus bonitarius cum Quiritiario concurrit præfertur bonitarius, vt supradicto loco Vlp. ait, sicut & qui vtiles tantùm actiones habet præferendus est habẽti directas *l. procuratore 55.* vbi dixi *sup. de proc.* Quanquam videtur hoc Iustinianus immutasse in *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* vbi contra iuris veteris rationem constituit, vt dominium dotis bonitarium sit vxoris, quiritiatium verò mariti. Hoc verò nec Martinus nec Accurs. intellexerunt, contra quos videnda sunt, quæ hac de re scripsimus *lib. Coniect.*

c *Aut iure ciuili* puta per vsucapionem. Est enim vsucapio adeptio aut si mauis adiectio dominij & est modus introductus lege 12. tab. bono publico, Ne rerum dominia manerent semper in incerto *l. 1. & 3. & pass. ⁊. de vsuc.* An & per lõgi temporis possessionem? Minimè. Nã ea res præscriptionem tantùm tribuit, id est, exceptionem, quę longi temporis præscriptio dicitur, de qua in *tit. de long. temp. præsc.* Non autem dominium *l. pen.* iunct. *l. 1. infr. de mort. infer. & l. sunt personæ 43. de relig. & sumpt. fun.* Nec proinde directam in rem actionem, de qua hic agimus *l. si duo 13. §. Iulianus ait, ⁊. de iureiur.* Licèt eo loco detur vtilis actio, scil. in rẽ ei qui iurauit, scilicet propter authoritatem iurisiurandi, vt puto, potiùs quàm propter possessionem. Tametsi videatur Iustinianus aliter eum locum accepisse in *l. si quis emptionis 8. in prin. C. de præsc. 30. vel 40. annor.* vbi ait etiam veteres leges si quis eas bene inspexerit dedisse possessori longi temporis actionem ad rem vindicandam, Scilicet cuius possessionem ille fortuitò amisisset, nec alio prætereà vllo casu.

1 ¶ Loca sacra, item religiosa, quasi nostra a, in rem actione peti non possunt b.

Ad §. 1. loca sacra.

a *Quasi nostra.* Nam quasi sacra & religiosa vindicari possunt & in rem actione peti per Oeconomos ecclesiarum, vel per Episcopos, vel per custodes *l. sancimus nemini 21. C. de sacr. eccles.* Adiecta scilicet causa, vt in *l. 1. § 1. sup. hoc tit.* Sed tanquam nostra non possunt, quia nec nostra sunt cùm in hominum dominio & commercio, nec sint, nec esse possint, Vnde est quod in nullius bonis esse dicuntur *l. 1. § 1. supr. de rer. diuis.*

b *Non possunt.* Ratio dubitandi. Actiones tam in personam, quàm in rem comparatæ necessariò sunt ex iure ciuili contra violatores iuris gentium, vt suprà diximus ex Theophilo initio *tit. Inst. de action.* Cur non ergo etiam contra violatores iuris diuini? Ratio decidendi. Non desunt pœnales actiones contra sacrilegos, & violatores iuris diuini, Sed non ideò fieri potest vt res sacras, & religiosas vindicare quis possit tanquam suas, siquidem in nullius sunt bonis *dict. l. 1. § 1. de rer. diuis.* Fieri enim nequit, vt vindicatio alij detur, quàm ei qui dominus sit iure aliquo, vel gentium, vel ciuili, aut qui saltem in bonis rem habeat, vt diximus ad initium huius legis. Interdum tamen actio in factum pro huiusmodi rebus competit, vt in *l. quæ religiosis 43. inf. hoc tit.* quæ subsidiaria plerumque est vindicationis *l. cùm autem 52. infr.* Sacra verò & religiosa quænam sint dictum est ad *tit. de rer. diuis.* Illud sanè constat sacra & religiosa intelligi etiam ea quæ sacris & religiosis adhærent *d. l. quæ religiosis.* Itemque pro sacris & religiosis locis etiam interdicta competere *l. 1. in pr. de mort. infer. & tot. tit. ⁊. Ne quid in loc. sacr.* Et similiter actiones in factum, vt in *l. 2. §. prætor ait. ⁊. de relig. & sumpt. funer.* Nempe quia tam in interdictis, quàm in actionibus istis in factum, neque de dominio, neque de possessione rei sacræ quæritur, aut religiosæ, sed tantùm de nõ iure illius qui in loco sacro vel religioso id faciat quod ei facere non liceat. Sunt enim omnia illa interdicta prohibitoria, Actiones verò in factum nõ nisi personales, Cùm tamen si vindicatio rei sacræ vel religiosæ competeret, de iure quod in ea re actor haberet quærendum esset, adeóque de iure dominij quod esse nullum potest. Nam nec in stipulationem deduci hæ res possunt, Ne quidem in eum casum quo sacræ vel religiosæ esse desinant *l. inter stipulantem 83. §. sacram. infr. de verbor. oblig. leg. ede sacra 73. de contr. empt.* quamuis rei sacræ & religiosæ venditio sicut & liberi hominis obliget venditorem, vt teneatur emptori qui rem eam esse ignorauit *leg. & liberi hominis 4. cum seqq. eod. tit.*

2 ¶ Si quis rei suæ alienam rem ita adiecerit, vt pars eius fieret: veluti si quis statuæ suæ brachium, aut pedem alienum adiecerit: aut scypho ansam, vel fundum, vel candelabro sigillum aut mensæ pedem: dominum eius totius a rei effici, veréque statuam suam dictum b, & scyphi, plerique rectè dicunt.

Ad §. si

Ad §. 2. si quis rei suæ.

a *Dominum eius totius rei effici.* Ratio dubitandi. Id quod nostrum est sine facto nostro à nobis auferri non potest *l. id quod nostrum 11. de regul. iur.* Ergo si rei tuæ rem meam adieceris me ignorante, quamuis ita vt res mea fieret pars tuæ, Veluti si statuæ tuæ pedem aut brachium ex meo adieceris, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, Non potest dici te dominum effici totius rei, Nec aliòqui eueniat vt me ignorante & inuito rei meæ dominium facto tuo mihi auferatur.

Ratio decidendi. Quicquid fit pars alterius rei, id omnino necesse est vt totius sui naturam induat & dominium sequatur. Cuius enim totum est eius quoque partes omnes esse necesse est, Et eam rem quæ alteri accessionis loco est ei quoque cedere oportet *l. quicquid 27. §. vlt. inf. de acqu. rer. domin. §. si tamen alienam 26. Inst. de rer. diuis.* Atqui ponimus rem meam ita adiectam esse tuæ vt eius pars facta sit. Ergo necesse est eam tuæ accedere, ac proinde cedere. Aliud est si infecto argento alieni argenti quid addideris. Fatendum est enim totum argentum hoc casu tuum dici non posse *dict. l. quicquid in princ.* quia infectum argentum nullam certam formam habet quæ totum aliquid faciat quod possis vel statuam, vel scyphum appellare: & cuius pars fieri possit argentum illud quod addis ex alieno. An ergo fiet massa communis saltem pro rata argenti & ponderis? Ita putat Accursius ex *l. 5. §. vlt. supr. hoc tit.* Scilicet si vtriusque materiæ confusæ sint. Sed si cohæreant tantùm, siue plumbatura, siue ferruminatione aliud est. Remanet enim vniuscuiusque ea pars argenti quam priùs habuit *d. l. quicquid. §. vl.* ac proinde non fit massa communis licèt Accurs. noster locum illum aliter interpretetur. Non animaduertens tractari hoc loco, & in *d. l. quicquid*, vt & in §. *item quæcunque. infr. hac l.* de cohærentibus non de confusis materiis, de quibus in *d. l. 5. §. vlt. supr.* Quid autem intersit inter plumbaturam, & ferruminationem, dicemus ad §. *item quæcunque. infr.* Porrò in hac specie cùm tuum scyphum meo plumbo plumbaueris, aut meo argento ferruminaueris, nihil refert, & vtroque casu idem iuris est, vt totus scyphus sit tuus *d. l. quicquid.* *versat contrà* Scilicet quandiu argentum meum siue factum, siue infectum scypho tuo cohæret siue per plumbaturam, siue per ferruminationem. Quia nimirum vtroque casu maior haberi debet ratio totius, quàm partis, & vnitate maioris partis minor consumitur. At si ponas ansam quæ ex meo argento addita scypho tuo fuerat inde abruptam esse, multùm interest an per plumbaturam res mea tuæ cohæserit an per ferruminationem. Priore casu potero rem meam à tua separatam vindicare. At posteriore non item *dict. §. item quæcumque.* Hoc verò Accurs. non intellexit, quia cohærentem adhuc materiam non distinxit à separata.

b *Veréque statuam suam dicturum.* Ratio dubitandi. Id demùm rectè dicimus nostrum esse cuius nulla pars dici potest esse alterius *l. rectè dicimus 25. infr. de verb. sign.* Atqui ponimus statuæ tuæ argenteæ adiectum esse brachium ex argento meo conflatum. Ergo non potes dicere tuam esse totam statuam.

Ratio decidendi. Nō ideò quod ex argento meo adieceris brachium tuæ statuæ possum dicere aliquam partem statuæ meam esse, quia argentum quod fuit meum desiit meū esse adiectione, Non per confusionem, sed quasi consumptum vnitate maioris partis *d. §. item quæcumque. inf.* & per præualentiam, quia res quæ præualet trahit ad se alienam cohærentem etiam quæ alioquin separari possit *§. in omnibus infr.* vbi tamen dicitur quod hic non est prætermittendum. In omnibus his casibus in quibus res mea per præualentiam trahit ad se rem alienam, meámque efficit, si eam vindicem cogi me per exceptionem doli precium eius quod accesserit dare, Vt scilicet indemnis seruetur prior dominus cui nihil potest imputari, nec locupletetur posterior ex ipsius iactura. Dixit *cui nihil imputari potest*, quia si quis mala fide adiecerit de suo argento brachium statuæ alienæ quam sciebat alienam, nihil petere potest neque per actionem, neque per exceptionem cùm donasse videatur, vt bene Accurs. notat, ex §. *ex diuerso Instit. de rer. diuis.*

b *Plerique rectè dicunt.* Non enim omnes veteres Iureconsulti in omnibus his quæstionibus, idem senserunt, vt vel ex hoc loco apparet, & ex iis quæ diximus ad *l. 4. & 5. supr.* Et apertiùs ex §. *proximo.*

3 ¶ Sed & id, quod in charta[a] mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit. licet de pictura quidam contra senserint[b], propter pretium picturæ, sed necesse est, ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.

Ad §. 3. Sed & id quod.

a *Sed & id quod in charta.* Ratio dubitandi. Scriptura est longè preciosior quàm charta, quæ vt plurimum vilis est, nulliúsque propemodum precij, cùm literæ possint esse aureæ, Rursum quæ pictura est multò preciosior quàm tabula. Finge picturam Apellis esse aut Protogenis. Ergo non potest pictura cedere tabulæ, nec scriptura chartæ: quia rem precij minoris semper necesse est cedere preciosiori, argum. *l. quicquid 27. §. vltim. infr. de acquiren. rerum domin.*

Ratio decidendi. Necesse est alij rei cedere id omne quod sine illa re esse non potest, id est quod accidit subiecto. Neque enim accidens sine subiecto esse potest. Proinde subiectum semper dignius est cuius substantia non pendet ab accidente. Atqui neque literæ stare possunt sine chartis, neque pictura sine tabula. Ergo & literas licèt aureas necesse est chartæ cedere & picturam, licèt Apellis sit cedere tabulæ. Atque ita sanè ex mera tectáque iuris ratione sentiendum est. Nec enim puto ad hanc Pauli rationem responderi posse ab iis, qui hac parte scripturam à pictura distinxerunt, vt sequitur in hoc §.

b *Licèt de pictura quidā contrà senserint.* Inter quos Caius in *l. qua ratione 9. §. litera. & seq. inf. de acquir. rer. domin.* Cuius tamen sententiā probauit Iustin. in §. *si quis in aliena. Instit. de rer. diuis.* Reiecta Pauli sententia quæ extat in hoc § Non alia tamen allata ratione quàm quòd ridiculum sit picturam Apellis vel Parrhasij in accessionē vilissimæ tabulæ

cedere. Quæ ratio non diluit rationem qua Paulus hic mouetur sumptam à necessitate naturæ, Possitque eadem ratione dicere, Ridiculum esse literas aureas cedere chartæ vilissimæ, quod & Accursius noster ad hunc §. malè concludit. Frustra ergo labores in conciliandis istis qui vltrò nec sine magnis vtrimque rationibus dissenserunt.

4 ¶ In omnibus igitur istis [a], in quibus mea res, per præualentiam [b] alienam rem trahit [c], meámque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali [d] cogat pretium eius quod accesserit, dare.

Ad §. 4. In omnibus.

a *In omnibus igitur istis.* Intellige casus omnes, de quibus dictum est in duobus §§. præcedentib. licèt glossatores aliter sentiant.

b *Per præualentiam.* Bene Accursius, siue maioris partis, siue maioris precij, vt constat ex §. *prox. infr.* & ex *l. quicquid 23. inf. de acqu. rer. domin. §. vlt.* Quid si gemma annulo iuncta sit? Semper id præualet cuius ornandi gratia aliud iungitur *l. rerum mixtura, 7. vers. quid ergo in his. de vsucap. l. gemma 6. ff. ad exhib. l. cum aurum 19. aliàs l. etsi non sint. §. peruenimus. inf. de aur. & argent. legat.*

c *Alienam rem trahit*, siue quòd sit maior pars eiusdem speciei, vt in §. *prox. infr.* siue quòd sit maior species vt in *dict. §. peruenimus*, siue quòd sit quid principale & sine quo id quod adiunctum est non posset subsistere, vt in §. *proxim. supr.* Qui omnes casus pertinent ad res factas quibus aliquid, siue factum, siue infectum adiungitur. Sed quid si massam argenti infecti quis adiecerit alteri massæ æquè infectæ? Putat Accursius, & rectè neutram alteri accedere, sed vtramque prioris domini manere, & totius massæ pro sua quemque parte dominum esse. Quid ergo, inquit ille, si meam factam tuæ factæ adiudero, ita quòd non sit pars alterius (sic enim legendum est addita negatione, quoniam alioqui partem cedere ac totum præualere necesse esset §. *si quis res sua. supr.*) nulla maiore altera, & ita speciem fecerim, quam tamen nolim petere iure specificationis. Quod vtique pro meo iure facere possem *l. adeò 7. § cum quis. De acquir. rerum dominio.* Negat Accursius alteram cedere alteri, licèt vna sit longè maioris precij. Et vtrumque dominum esse speciei pro rata si facta fuerit ferruminatio, secus si plumbatura duntaxat. Tunc enim neutrum intelligi dominũ speciei, nec rem fieri communem pro diuiso argum. *l. 2. supr.* Satis probabiliter, vt puto, secundum ea quæ tractantur in §. *sequent.* licèt quidam putauerint id quod sit minoris precij alteri cedere semper debere, argum. *dict. l. quicquid. §. vltim.* vbi latius hoc tractandum erit.

d *Per exceptionem doli mali.* Ratio dubitandi. Non facit dolo malo qui iure suo & communi vtitur *l. fiduciarum 52. infr. de action. empt.* Atqui iure suo vtitur & iure communi, quisquis rem suam vindicat hac ipsa leg *in princip.* nec iuris executio potest videri habere iniuriam aut dolum *l. iniuriarum 13. §. 1. infra de iniur.* Ergo non potest repelli exceptione doli.

Ratio decidendi. Exceptio doli nocet omnibus iis qui id agunt vt per occasionem iuris ciuilis cõtra naturalem æquitatem dolus ipsis prosit *leg. 1. §. ideo autem, & pass. inf de doli mali except.* Atqui prodesset mihi dolus meus, & quidem per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem si liceret mihi speciem illam totam vindicare quæ facta esset partim ex re aliena non reddito precio eius quod in illa specie alienum esset, quoniam ita fieret, vt locupletarer ex aliena iactura quod esset iniquissimum *l. nam hoc natura 14. de condict. indeb. l. iure natura 206. De reg. iur.* Ergo æquum est nocere mihi exceptionem doli, nisi velim precium dare eius rei quæ meæ accesserit *l. adeò 7. §. pe-mit. l. qua ratione 9. §. sed non vti litera. inf. De acqui. rerum dominio.* Quòd si precium reddere paratus sim, cum non noceat mihi exceptio doli. Ita nec quicquam impediet quominus, totam rem vindicare possim, Nec tantùm si bona fide rem alienam meæ adiecerim, vt putat Accursius, sed etsi mala fide, id est, sciens eam rem alienam esse. Non enim mala fides potest facere quin totum præualeat parti, & maior species minori, & subiectum accidenti. Nec quod mala fides eius qui conuenitur impedit ne possit ille doli exceptionem opponere etiamsi precium ei non offeratur, perinde nocere potest actori ne vindicationem totius speciei possit exercere dummodò precium offerat, quandoquidem habet rectam vindicationem suo iure tanquam dominus rei totius cuius alius possessor est. Nec eget actione illa in factum, de qua in §. *prox.* quam cùm non detur nisi ex æquitate & in subsidium directæ vindicationis, fateor numquam dari debere ei qui sit in mala fide arg. *l. penult. in fin. ad SC. Trebell.*

5 ¶ Item quæcunque aliis iuncta, siue adiecta [a], accessionis loco cedunt ea quãdiu cohærent, dominus vindicare nõ potest [b]: sed ad exhibendum agere potest [c], vt separentur, & tunc vindicentur: scilicet excepto eo [d], quod Cassius de ferruminatione [e] scribit. Dicit enim si statuæ suæ ferruminationi iũctum brachium sit, vnitate maioris partis [f] cõsumi: &, quod semel alienum [g] factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse [h]. Non idem in eo, quod adplumbatum sit, quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem [i]: plumbatura non idem efficit. Ideóque in omnibus his casibus [k], in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria [l] est. At in his corporibus, quæ ex distantibus [m] corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem [n], vt singuli homines, singulæ oues. ideóque posse me gregem vindicare [o], quamuis aries tuus sit immixtus: sed & te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohærentibus corporibus eueniret. nã, si statuæ

meæ

meæ brachium alienæ statuæ addideris [p], non posse dici brachium tuum esse [q]: quia tota statua vno spiritu [r] continetur.

Ad §. 5. item quæcunque.

a *Iuncta siue adiecta.* Est enim aliud iungi quid, aliud adiici, Plus est adiici quàm iungi. Omnia quæ iunguntur adiiciuntur, sed non vicissim omnia quæ adiiciuntur iunguntur. De iunctis dictum est in §. *si quis rei sua*. De adiectis verò in §. *sed & id quod.*

b *Dominus vindicare non potest.* Id est is qui prius fuit dominus rei iunctæ vel adiectæ, sed qui hodie tamen dominus non est cùm res adiecta accedat rei principali, & consequenter dominio eius qui rei principalis dominus est, vt constat ex fine huius §. in iis verbis, *non poss. dici brachium tuum esse.* Alioquì si dominus prior manetet, vt vult Accursius, posset vtique vindicare rem suam prius etiam quàm esset separata, quemadmodum & posset vindicari tignum alienis ædibus iunctum ii [illegible] 12. tabul. non prohiberet *l. ad 01. §. cùm quis in suo. de acq rer. dom.* Nempe quia interim dominus materiæ manet, vt [illegible] scriptum est. Malè [illegible] idem Accursius hanc [illegible] restringit ad applumbata. Generalis enim est ad omnia quæcunque & quomodocunque iuncta vel adiecta sunt ita vt accessionis loco cedant. Et distinctio applumbatorum & ferruminatorum tunc tâtùm incipit locum habere cùm id quod iunctum fuerat cœpit esse separatum. Denique [illegible] est quod addit Accursius, si ego rem tuam meæ adiecerim mala fide posse te nihilominùs rem tuam vindicare. Cùm enim hæc dominij acquisitio & accessio fiat ex natura rei, non potest impediri ex mala fide adiicientis. Ideóque nec distinguit hic §. nec alia lex vlla. Soláque superest priori domino actio ad exhibendum, cui locus est non tantùm si bona fide, sed etiam multò magis si mala fide adiunctio facta fit, cùm adiunctio facta est per adplumbaturam. Si verò facta sit per ferruminationem sola superest actio in factum, de qua sequitur in hoc §.

c *Sed ad exhibendum agere potest.* Ratio dubitandi. Is demum agere ad exhibendum potest qui rem exhibitã vindicare potest cùm sit actio illa vt plurimùm præparatoria vindicationis *l. 1. §. ad exhib.* Atqui dominus partis adiectæ non potest eam quamuis præsentem & exhibitam vindicare. Ergo neque eius nomine ad exhibendum agere.

Ratio decidendi. Actio ad exhibendum datur hoc casu non simpliciter vt adiecta pars exhibeatur, sed vt separetur, atque ita postea vindicetur. Quandiu enim separata non est vindicari non potest, tanquam quæ sit consumpta vnitate maioris partis, vt sequitur in hoc §. vt proinde videatur desisse extare. Est igitur etiam hoc casu actio ad exhibendum præparatoria vindicationis, vt & in *l. 3. §. est autem l. gemma 6. & l. seq. 6t. §. ad exhib.*

d *Scilicet excepto eo*, id est, præterquàm in eo casu quem Cassius excepit, si adiectio per ferruminationem facta sit. Est autem exceptio hæc non ad id quod dictum est rem adiectam quandiu cohæret vindicari non posse, sed ad id quod postremo loco, Vindicari eam posse cùm fuerit separata.

e *De ferruminatione.* Est autem ferruminatio cùm aliqua materia simili materiæ iungitur per similem materiam, puta ferrum ferro per ferrum, Argentum argento per argentum. Quæ si omnia non concurrant adplumbatura non ferruminatio est, vt bene Accursius. Vnde verò hæc nomina? Ex eo fortasse quod primis temporibus cùm argentum minus in vsu esset, tantò frequentior ferri vsus erat *l. 3. §. vlt. de supell. leg.* Plumbum verò aptius est ad materias dissimilis speciei inter se iungendas. Ergo quod hucusque dictum est locum habet duntaxat in adiunctis per adplumbaturum.

f *Vnitate maioris partis.* Id est, quoniam vna tãtùm res est & vna statua quæ vno spiritu continetur, vt scriptum est in fine huius §. Itaque cùm sit tantùm vna res, necesse est minorem partem consumi per maiorem. Aliud ergo est si qua res tua meæ cohæreat in corpore quod non fit ex genere vnitorum, sed ex genere connexorum, quoniam illa non simul vno spiritu continentur. Non autem sufficit aliquam esse maiorem partem vt minor consumatur, sed etiam oportet adesse vnitatem, id est, eam rem quæ accedit maiori parti accedere in eo corpore quod fit de genere vnitorum. Cætera corpora sunt quidem vna sed non vnita.

g *Quod sim! alienum factum sit* per adiectionem, siue bona, siue mala fide factam, licet Accursius distinguat. Nam & idem Accursius postmodum Azonis sententiam probat, concludentis & rectè si proprietati meæ aliena proprietas iure ferruminationis cedat, siue meo, siue tertij alterius facto, non esse mihi necessariam bonam fidem. Si verò facto prioris domini distinctionem adhibendam, propterea quòd si mala fide id fecerit, rem suam donasse videatur *l. ad eò 7. §. ex diuerso & l. qua ratione 9. § litera. versic. sed non. ff. de acquirend. rerum dom.* Nec proinde precium rei suæ illo casu repetere possit quod omni alio casu repetit. Idémque est non tantùm in sato & plantato, vt fatetur Accurs. sed etiam in adplumbato quandiu cohæret. Adeóque in specificato licèt Accurs. repugnet, vt constat ex *d. l. ad eò §. cùm quis*, vbi nulla bonæ vel malæ fidei distinctio fit.

h *Redire ad priorem dominum non posse.* Ratio dubitandi. Res adiecta perierat domino per adiectionem. Ergo ad eundem redire potest & debet per separationem. Ex regula *l. nihil tam naturale 36. de regula iuris.*

Ratio decidendi. Dominium sicut non nisi certis & legitimis modis acquiritur, ita vbi semel acquisitum est absolutè & irreuocabiliter non nisi certis & legitimis modis amitti potest. Inter quos non est separatio materiæ, Præsertim si separatio illa in totum fieri non possit quomodo fieri nequit in ferruminatis quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem, vt sequitur in hoc §. Dices pro Accursio, Apparere ex hac ratione brachium materiæ tuæ iunctum statuæ meæ per adplumbaturam non fieri meum, Alioqui etiam post separationem non posset redire ad priorem dominum, Aut nulla erit differentia, quæ tamen in hoc §. apertissima ponitur inter ferruminationẽ & plumbaturam. Respondendum est Rem alienam meæ adiunctam per plumbaturam fieri quidem meam, sed non absolutè & irreuocabiliter, At interim duntaxat, id est, quandiu rei meæ cohæret, quia nec iuncta est, nisi interim, cùm possit commodè separari quod in adiectione & adiuno-

ctione per ferruminationem facta diuersum est. Idque aperte scriptum est in fine huius §. in illis verbis *non posse dici brachium tuum esse.* Sic dicimus bonæ fidei possessorem eos fructus quos ex re aliena percipit suos facere non simpliciter, & absolutè, sed interim *l. bona fidei* 48. ff. *de acquir. rer. domin.* Idque est quod ait Paulus initio huius §. *quandiu cohærent*. Nam cùm sola cohærẽtia faciat, vt minor pars cedat maiori, consequens est, vt non duret acquisitio dominij, Nisi quandiu cohærentia durat, Quæ porrò in ferruminatis perpetua est, in adplũbatis verò non nisi temporalis. Itaque differentia ferruminationis & plumbaturæ non in eo est vt dominum rei quę accedit amittatur vno casu potiùs quàm alio, sed in eo tantùm vt vno casu redeat ad dominum, non etiam alio, Eo scilicet casu quo fieri separatio in totum potest. Nec simile est, quod adfert Accurs. de arbore quæ in alieno fundo coaluit, quam licèt radicitus eruta sit, constat tamen ad priorem dominum non redire *l. sed si meis* 26. §. *arbor.* ff. *de acq. rer. dom.* Habet enim id propriam rationẽ quòd credibile sit alio terræ alimento aliam factam, vt lex ait, Ita innuens aliud respondendum fuisse si eadem arbor mansisset: quomodo eadẽ manet materia quæ non nisi per plumbaturam iuncta fuit. Aliud exemplum æquè dissimile adfert Accurs. de seruo Titij damnato in metallum & posteà ex indulgentia Principis restituto qui ad priorem dominum non reuertitur *l. aut damnum* 8. *ad fin.* ff. *de pœn.* Hic enim non ad tempus, sed in perpetuum factus erat seruus pœnæ, Et post restitutionem nouus homo esse videtur *arg. l. seruus legatus* 27. ff. *de adim. legat.* At res tua meę iuncta per plumbaturam non in perpetuum iuncta est, sed ad tempus, cùm & separari commodè possit & actionem habeas ad exhibendum per quam me cogas pati eam separationem: Qua facta non ideò alia res vel materia fuisse videbitur, quàm quæ erat quo tempore cohærebat. Magis pro Accurs. facit quod scriptũ est in *l. adeò* 7. §. *cum quis in suo. de acquirend. rer. domin.* Materiam ex qua quis ædificauit in suo solo cedere quidem ædificio, Neque tamen ideò dominum materiæ desinere dominũ esse, sed tantisper neque vindicare eam posse, neque ad exhibendum agere. Sed respondendum est diuersam esse hac pattoratione corporum vnitorum quæ vno spiritu continentur, Et eorum quæ connexa vocantur *dict. l. rerum mixtura.* Dominium enim earum rerum quæ partem faciunt corporis vniti facilius perit quam dominium earum quæ partem faciant corporis connexi. Prioris generis est statua, posterioris ædificiũ *dict. l. rerum mixtura.* Denique posset vindicari tignum ædibus iunctum si lex 12. tabul. non repugnaret.

i *Facit confusionem.* Ne ita intelligas vt ferruminatio faciat confusionem vtriusque materiæ in totum, Confundit enim duntaxat extrema vt ea perfectè iungat. Hoc verò sufficit vt absolutè ac in totum separatio fieri non possit, Quomodo fit cùm per plumbaturam facta adiunctio est. Tunc enim nulla penitus ex parte fit confusio materiæ, nec proinde quicquam est quod difficilem faciat nedum impossibilem separationem.

k *In omnibus his casibus.* Sequentia explicant, qui sint hi casus, In quibus scilicet neque ad exhibendum, neque in rem actio locum habere potest, id est, vt Accurs. interpretatur, non solùm si de ferruminatis agatur, sed etiam si de satis, & plantatis, & naturali alitis alimẽto, & specificatis. Horum enim omnium eadem ratio est, quia de iis neque ad exhibendum, neque in rem agi potest. Quanquam videtur Paulus hoc loco de solis ferruminatis sensisse, Et tamen plures casus comprehendisse, quia vnicum duntaxat exemplum attulerat de brachio tuo iuncto meæ statuæ, Cùm tamen alia plura in præcedẽtibus attulisset in §. *si quis rei sua*, iis verbis *veluti si quis statua sua brachium aut pedem alienũ adiecerit, aut scypho ansam vel fundum vel candelabro sigillum, aut mensa pedem.* Et hæc sanè interpretatio conuenientior est cùm neque de satis, neque de plantatis, neque de alitis, nec denique de specificatis quicquam à Paulo hucusque dictum sit.

l *In factum actio necessaria est* quæ subsidiaria quidem sit vindicationis, sed tamen in personam non in rem. Omnes enim actiones in factum sunt personales, dantúrque plurimùm ex æquitate siue sint ciuiles, siue prętorię, sed eæ prę sertim quę subsidiariæ sunt. In proposito autem æquitas illa hanc in factum actionem inducit, quod alioquin is qui rem alienam suæ adiecit locupletaretur ex aliena iactura, quod æquum non est, siue bonæ, siue malæ fidei fuisse proponatur *l. iure natura* 206. *de regul. iur.* Non esset autem necessaria hæc in factum actio si saltem vtilis in rem habere locũ posset, vt in *dict. l. qua ratione* 9. §. *sed non vti litera, vers. vsque tamen.* ff. *de acquirend. rer. domin.* De huiusmodi actione in factum textus est in *l. sancimus* 21. *versic. sin autem vel conflata. C. de sacrosan. eccles. l. vtilem* 30. *de donat. inter virum & vxorem l. 1. in princip.* ff. *de obligat. & action.* Sed aptior & apertior in *l. cùm autem* 53. ff. *hoc titulo.*

m *Quæ ex distantibus corporibus.* Ratio dubitandi. Etiam ex corporibus distantibus corpus vnum fit perinde atque ex cohærentibus & vnitis *l. rerum mixtura* 30. ff. *de vsucap. l. proponebatur* 76. ff. *de indic.* Ergo nihil refert an de corpore agamus, quod constet ex cohærentibus an de eo quod ex distantibus. Ratio decidendi. Conueniunt quidem omnia ista corpora in eo quod vnum corpus efficiunt. Sed dissimilia valde sunt, ob naturam dissimilem eorum ex quibus constant, vt sequitur in hoc §.

n *Retinent suam propriam speciem*, id est, ita vt nulla species consumatur, neque vnitate maioris partis, neque tanquam accessio cedens principali. Sed & si quis seruus ex aliena familia in meam translatus sit, aut quis aries ex alieno grege in meum ex causa furti, perinde remanet furtiuus nec vsucapi potest, Adeò suam retinet non modò speciem, sed etiam condicionem *dict. l. rerum mixtura. in fin.*

o *Posse me gregem vindicare* in qua vindicatione etiam tuus aries veniet, tanquam qui sit ex meo grege, licèt non sit meus, Dummodo gregem ipsum vindicem non arietem *l. 1. § vltim.* vbi scripsi *supr. eod.*

p *Addideris.* Legendum est *addiderim*, vt constat ex præcedente dictione *aliena.* Ridiculum enim esset quærere an brachium esset tuum quod ex aliena statua meæ adiecisses. Et hunc casum tractauit Paulus in *paragrapho si quis rei sua*, quo quis suæ statuæ brachium alienum adiecerit, non quo quis brachium suum statuæ alienæ.

Sed &

Sed & mihi valde suspecta sont verba illa *aliena statue* pro quibus non dubito quin legendum sit *tua*, atque ita Paulus scripserit. Cur enim dixisset *aliena* pro *tua* cùm tecum loqueretur? Natus error est ex eo quod imperitus librarius cùm putaret dictionem *tua* nullius sensus esse tanquam imperfectam, & ei aliquid deesset, maluit scribere *statua* quo facto necesse fuit adici *aliena* quanquam e: at adhuc convenientius reponere *tue* vt vicium esset in cacophonia potius quàm in dictione.

q *Non posse dici brachium tuum. ff.* Ergo verum est quod supra contra Accursium disputauimus non manere dominiũ materiæ illius qui prius fuerat, Ideoque denegari ei vindicationem quæ alioqui sanè competeret cùm nulla lege prohibita sit, quomodo competeret tigni vindicatio si non prohibita esset per legem 12. tabul. Est enim generalis hæc sententia pertinens ad omnia cohærentia, siue per ferruminationem inhæreant, siue per plumbaturam, Nam & ratio illa sequens generalis est, *quia tota statua vno spiritu continetur.* Facit *l. si statuam 14. infra, de auro & argent. legat.* Licèt Accursius vt errorem suum tueatur aliter interpretetur.

r *Vno spiritu.* Id est, inquit Accurs. vna elementatione: quod non probo. Ponimus enim brachium tuæ statuæ additum esse meæ, siue per ferruminationem, siue per plumbaturam, atque ita non vna elementatione conflatam esse statuam. Deinde quid si brachium statuæ tuæ fuit plumbeum & adfectum statuæ meæ argenteæ? Non potest videri tota statua contineri vnica elementatione. Et tamen perinde continebitur vno spiritu. sic enim loquimur etiam de rebus inanimatis *dict. l. rerum mixtura 30. in princip. de vsucap.* Intellige igitur vnica specie, vnica forma, Totius enim statuæ corpus vnam tantùm formam habet quamuis constet ex diuersis partibus integralibus diuersam inter se non modò formam, sed etiam si voles materiam habentibus.

6 ¶ Tignum alienum ædibus iunctum nec vindicari potest [a] propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi [b], nisi aduersus eum, qui sciens [c] alienum iunxit ædibus: sed est actio antiqua de tigno iuncto, quæ in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.

Ad §. 6. Tignum alienum.

a *Nec vindicari potest.* Ratio dubitãdi. Ex lege duodecim tabularum perpetua est authoritas rei furtiuæ, id est, eius dominium amitti non potest, ne quidem per vsucapionem, quæ ideò expressim prohibita est, tamque per legem Atiliam *§ furtiue quoque rs. Inst. de vsucap.* Atqui tractamus hic de tigno alieno per furtum subtracto. Ergo quamuis iunctum sit alienis ædibus, non tamen potest acquiri domino ædium, neque iure accessionis, neque alio vllo, Et consequenter vindicari à domino potest eo iure quo quisquis rei suæ dominus manet vindicare illam à quocunque potest.

Ratio decidendi. Eadem lex duodecim tabularum prohibuit non solùm ne tignum vindicari posset, quod ædibus vel vineis iunctum esset, verùm etiam ne solui posset, Idque summa prouidentia, inquit Vlpian. *l. 1. inf. de tign. iunct.* Ne vel ædificia sub hoc prætextu diruantur, vel vineatum cultura turbetur. Quòd si lex duodecim tabularum de hoc nominatim non cauisset, vtrique vindicari tignum furtiuum quandocunque posset, eóque nomine agi ad exhibendum saltem ad hoc vt separaretur, atque ita postea vindicaretur, Ex propositione generali posita in tit. *§. praeced.*

b *Nec eo nomine ad exhibendum agi.* Ratio dubitandi. Etiam qui vindicare non potest, agere tamé interdum ad exhibendum potest ad hoc saltem, vt res separetur si talis sit quæ separata vindicari possit *§. proxim. praeced. supr. l. gemma 6. D. ad exhibend.* Atqui tignum quod fuit ædibus iunctum si separatum esset, vindicari posset: Nihil enim prohiberet, cùm lex duodecim tabularum non nisi iuncti tigni prohibuerit vindicationem, Ergo & agi ad exhibendum eo nomine potest.

Ratio decidendi. Lex 12. tabul. non tantùm vindicari prohibuit, sed etiam solui tignum quod ædibus aut vineis iunctum esset. Non ergo patitur vt eo nomine agi possit ad exhibendum vt tignum soluatur. Sed sufficere domino debet quod ex eadem lege habet in duplum actionem *de tigno iuncto d. l. gẽma 6. vers. alter atque & l. seq. infr. ad exhib.*

c *Nisi aduersus eum qui sciens.* Ratio dubitandi. Lex 12. tabul. non tantùm vindicari tignum iunctum prohibuit, sed etiam solui. Ergo nec ad exhibendum eo nomine agi potest ne quidem contra furem *dict. l. gemma 6. & l. seq. infr. ad exhib.*

Ratio decidendi. Actio ad exhibendum duplex est, aut saltem dupliciter exerceri potest, Vno modo, ita vt sit præparatoria vindicationis, & hoc sensu non competit, quia competeret ad hoc vt tignum solueretur, quod lex fieri vetat. Altero modo ita vt per se stet, deturque ad pretium, & quidem tanti taxandum quanti actor in litem iurauerit, non quasi possideat, sed quasi dolo malo desierit possidere qui tignum alienum sciens iunxit *d. l. 1. §. vl. de tign. iunct. l. res 98. inf. de ieo. n. l. adeo 7. §. cùm in suo. inf. de acq. rer. domin.* Itaque quod valde notandum est, dolus in hoc casu non est pro possessione, nec punitur quasi possessio, sed quasi dolus. Et hoc posteriore sensu competit actio ad exhibendum, quia non debet parcere qui sciens alienum tignum ædibus vineisve suis iunxit, vt scriptum est in *dict. l. §. vlt.* Nam & in alio fure quodlibet ita receptum est eius odio, vt pluribus actionibus adeòque furtiua etiam condictione teneatur *§. sic itaque. Instit. de act.* Vnde Accursius notat contra hunc qui alienum tignum sciens iunxit, quinque actiones competere Vindicationem, Actionem ad exhibendum. De tigno iuncto ad duplum, condictionem furtiuam, & Furti. Sed malè. Vindicatio enim non competit nec contra furem ipsum qui suis ædibus tignum iunxerit, nisi soluto demùm ædificio *l. 1. & 2. de tign. iunct. §. cùm in suo in fin. Inst. de rerum diuis. l. de eo 63. De donationibus inter virum & vxorem.* Multò minus competere condictio furtiua quæ contra iuris regulas etiam aduersus furem datur *dict. §. sic itaque*, & difficiliùs quàm vindicationes, quia etiam rem persequitur, denique actio furti pro qua substituta est specialis actio De tigno iuncto sicut & pro

cæteris omnibus, vt sola illa teneretur quandiu tignum iunctum esset, Nisi quod etiam ad exhibendum actio competit contra furem aliumve malæ fidei poss. florem qui alienum tignum sciens iunxit d. l. 1 §. vl. Malè rursum idem Accurs. addit duas priores contra eum dari quasi dolo desierit possidere. Nam in actione quidem ad exhibendum ita est, vt diximus ex d. §. vlt. l. 1 de tign. iunct. Sed in vindicatione ita esse non potest quæ licèt perinde atque actio ad exhibendum soleat dari contra eū, qui dolo malo desiit possidere, non tamē alio colore datur, quàm quòd dolus pro possessione sit. Non enim alius tenetur vindicatione nisi est quàm qui possidet. Lex autem 12. tabul hoc ipso quod tignum iūctum solui vetat, facit ne possit dominus ædium tanquam tigni poss. illos conueniri d. l. 1. §. vlt. Et in hoc quoque errauit Accurs. qui credidit tigni iuncti nomine & antequàm exemptum sit & solutum ædificium perinde competere vindicationem atque actionem ad exhibendum, quod sanè non ita est. Ex tamen quæ rei persecutionem continent tollunt se inuicem, Scilicet vindicatio, & Ad exhibendum. Sicut & actio De tigno iuncto quæ datur ad duplum tolleret haud dubiè actionē furti si qua competeret, sed facit potiùs vt nulla furti actio alia hoc nomine detur quàm illa De tigno iūcto quæ non est nisi de tigno furtiuo dict. l. d. co 63. Nec sanè vllo iuris loco repertus fieri mentionem aliquam actionis furti quę hoc casu competat. Sed & quod magis est actio illa de tigno iuncto si per eam dominus duplum consecutus sit, tollit vindicationem, quæ aliòqui soluto ędificio competeret dict. §. cum in suo, in fi. Ratio est quia lex 12. tab. expressim cauet, vt duplum illud pro tigno iuncto præstaretur: Nam ergo voluit lex 12. tab. & pœnam peti posse & tignum solutum vindicari. Malè item Accurs. negat bonæ fidei possessorem teneri in duplum actione De tigno iuncto, sed ad simplum duntaxat ex dict. l. d. co. Actio enim quæ in duplū descendit ex lege 12. tab. non distinguit cum qui alienum tignum ædibus suis ignorans iunxit ab eo qui sciens, vt constat ex hoc ipso §. sed tantùm tignum furtiuum à non furtiuo. Nam lex 12. tabul. de solo tigno furtiuo locuta est d. l. 1. l. & 2. de tign. iunct. Neque contrà scriptum est in dict. l. de co, sed hoc solum, non seu esse Dunmuiros de eo tigno quod bona fide & ex domini voluntate innctum esset. Non quòd eo magis vindicari possit tignum quod furtiuum non est. (Si enim etia n furtiuum vindicari nō potest, quantò min is non furtiuum?) Sed vt intelligamus dupli actionem De tigno iuncto habere locum hoc casu non posse, se i solam, vt lex ait, vindicationem Vide tamen longè aliam illius loci sententiam & emendationem in Fabro nostro ad §. cum in suo Inst. de rerum diuis. An quia tignum bona fide iunctum erat? Minimè. Hoc enim non sufficeret, sed quia non esset furtiuū etiam ex domini voluntate iunctū esset. Furtiuum enim tignum esse necesse est, vt locus esse possit actioni in Duplum de tigno iuncto, siue contra furem, siue cōtra bonæ fidei possessorem: Et quia lex 12 tabul. nō fuerat locuta nisi de tigno furtiuo, Eadem verò vtilitas publica suadebat, vt idem iuris esset in tigno nō furtiuo quod ædibus iunctum esset, Augeri ius hoc necesse fuit eo senatusc ōsulto, de quo in l. cætera 41. §. 1. & per tot. de leg. 1. vbi multa in hac rem, Et illud inter cætera, quod non distinguuntur hac parte ædificia rustica ab vrbanis §. sed si quis, in illis verbis ædibus suis vrbanis atque rusticis, vt neq; vrbs Roma à cæteris ciuitatibus §. hoc senatusconsultum ead. leg. Illud etiam malè Accurs. ait dedum bonæ fidei possessorem si velit eximere tignum vt se liberet ab actione De tigno iuncto. Nullum enim hac parte priuilegii est bonæ fidei possessoris, nisi hactenus ne teneatur actione ad exhibendum qua malæ fidei possessor tenetetur vt scripsi est in hoc §. & in d. l. §. vlt. d. tign. iunct. Respexit enim lex 12. tab hac parte, vt & in cæteris ferè omnibus ad fauorem reipublicæ dūtaxat, qui semper idem est, siue bonæ, siue malæ fidei possessor proponatur. Quid si quis non tignū ipse iunxerit, sed iunctum habeat? Accurs. putat idem esse ex l. si verò §. 5. positum. de his qui effud. vel deiec. & l. 1. §. vl inf. de flumin. Malè. Nam actione De tigno iuncto nō alius tenetur quàm qui iunxisse conuictus est. Idémque mihi videtur in tignum furtiuum fuit. Nam quemadmodum posset vindicari tignum tāquam furtiuum, etiā si possessor neque furatus esset, neque iūxisset, nisi lex 12. tab. prohiberet, Ita & actione de tigno iuncto teneretur æquum est quam lex illa 12. tab. quasi pro vindicatione dedit. Nec enim oportuit dominum cogi rem suam iusto pretio vendere l. nemo enim §. ver. amot. l. n cum quis 70. inf. hoc tit. Cæterùm si tignum furtiuum non fuit, sed bona fide iunctum, neque actio de tigno iuncto locum habebit, Falsum in specie d. l. de eo, vt scripsi ad dict. §. cum in suo, neque alia vlla, sed sola vindicatio ædificio dirutum dissoluto d. l. de eo 63. de do. inter viru m & vxor. Illud sanè verū est quod idem Accurs. addit, fabrum qui mandante domino ædificij alienum tignum eum sciens iunxit, non teneri de tigno iuncto, Nec tantùm si fateatur dominus mandante se d factum esse, sed etiam si neget, quia non alius ait one ista teneri potest quàm qui vindicatione teneretur inter communi si lex non prohiberet, In quo numero non esset faber, sed tantùm dominus ædium. Facit l. 1. §. d. stetisse. inf. de vi & vi armat.

7 ¶ Item si quis ex alienis cementis in solo suo ædificauerit: domum quidem vindicare poterit [a]. cementa autem resoluta [b] prior dominus vindicabit [c]: etiam si, post tempus [d] vsucapionis [e] dissolutum sit ædificium, postquam à bonæ fidei emptore [f] possessum sit. nec enim singula cementa vsucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.

Ad §. vlt. Item si quis.

a *Domū quidem vindicare poterit.* Ratio dubitandi. Vindicatio nō competit nisi domino, vt scriptum est initio huius legis. Atqui ponimus extructam domum ex cæmentis quæ omnia sint aliena. Ergo non possunt vindicari à domino ædificij, nec proinde ipsum ædificium quod totum ex iis constat: Id enim esse videtur, quod Sabinus & Cassius dicebant naturalem rationem efficere vt qui materiæ fuerit dominus, idem eius quoque quod ex ea materia factum est dominus sit: quia nulla species sine materia effici potest, l. adeo 7. §. cum quis ex aliena infr. de acquir. rer. domin.

Ratio decidendi. Multum interest ande ædibus loqua-

loquamur an de cæmentis ex quibus ædes constãt, Nec quicquam vetat dominum ædium esse illum qui tamen non sit dominus cæmentorum, cùm nec cæmenta ipsa possidere intelligatur qui ædes possidet *l. cum qui ædes 30. ff. de vsucap.* Atqui dominus est ædium quisquis est dominus soli cui ædes inhærent quia & naturali & ciuili ratione superficies cedit solo, *l. 2. infr. De superfic.* Ergo vindicare potest ædes, licèt non sit dominus cæmentorum.

b *Resoluta.* Nam quandiu resoluta non sunt vindicari non possunt, tanquam quæ non vt cæmenta considerari possint, sed quasi vniuersitas quædam ædificij quæ non ad alium pertinere potest quàm ad dominum soli. Ergo nec ab alio vindicari interim possunt.

c *Prior dominus vindicabit.* Ratio dubitãdi. Quod alienum semel factum est, ad priorem dominum redire postea non potest etiamsi inde abruptum sit *§ item quacunque, sup.* Atqui domus ex his cæmentis constructa tota fuit eius cuius & solum, ideoq; & tota potuit ab eo vindicari, vt proximè diximus. Ergo etiamsi resoluta sint, ea tamẽ vindicare prior dominus non potest, tanquam qui dominus esse desierit.

Ratio decidendi. Qui vniuersarum ædium siue dominus siue possessor est non ideò singularum rerum ex quibus ædes constant aut dominus aut possessor esse intelligitur, *d. l. cum qui ædes & l. quũ vniuersa 30. ff. de acquir. poss.* quamuis nõ ideò prior dominus vindicare materiam suam possit, quia ædificium solo cedit & quoad in eadem causa manet ad soli dominum pertinet, Sed dissoluto ædificio materia ad pristinum dominum redire dicitur *l. 2. C. hoc tit.* Non quasi eius dominium aliquando amissum fuerit, sed quoniam ita remanebat prioris domini vt tamen vindicari ab eo non posset. Itaque cessare dominium potius quàm extinctum esse, & cessare item vindicatio potius quàm extincta videbatur, arg. *l. qui res 98. § aream. ff. De solut.* Intellige tamen competere vindicationem priori domino cæmentorum ita demù nisi bona fide ædificauerat. Nam si mala fide, videtur donasse, *d. d. l. adeo § cum in suo & §. ex diuer. so ff. De acquir. rer. domin.* Proinde valde mihi suspectum est quod in *d. l. 2.* scriptũ video, *siue bona fide siue mala ædificium extructum sit*, præsertim cùm sequatur statim *si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.* Nisi ita intelligas quomodo interpretati sumus in *Error. pragmatic.* id est vt qui mala fide ædificauit hoc ipso videtur donasse nisi probet se animo non donãdi ædificasse. Aut nisi cum Accurs. ad *l. in fundo 38. ff.* malis intelligere legem illam de eo qui mala fide ædificauit ex aliena materia in alieno solo Exceptionem verò de eo qui ex sua. Priore casu redit dominium ad pristinum dominum, Posteriore verò non item, quasi donatum. quod omnino probandum est.

d *Vindicabit.* Nisi iam duplom æstimationis materiæ consecutus sit per actionem de tigno iuncto, Inquit Accurs. & benè ex *d. §. cum in suo in fin. Instit. de rerum diuis.* Nam cùm duplum illud præstetur pro tigno iuncto, videtur possessor ædium siue bonæ, siue malæ fidei possessor fuit eo veluti pretio tignum emisse, nec audiendus est dominus qui velit bis idem consequi *l. si quis dolo 31. in fin. De re vindic.* Et hic sensus est *l. 1. de tign. iunct.* vbi quidã *fecerit* emendauerũt *extincta* pro eo quod scriptum est *extrinsecus.* Tigni ergo nomine etiam cæmenta intelligimus & omnem materiam ex qua ædificiũ cõtractum est, *l. 1. § 1. eod. & tit. de tign. iunct. & l. 11. in 7. ff. ad exhib.* Sed non ideò tamen tigni iuncti nomine continebitur materia ex qua in solo alieno sit ædificatum. Tignum enim iunctum de quo solo lex 12. tabul. locuta fuit, illud est quod alienis ædibus iunctum est, non ex quo ædes ipsæ totæ constant. Ideoque in hoc §. & *prox. praeced.* separatur is qui alienum tignum suis ædibus iunxit ab eo qui ex alienis cæmentis in suo solo ædificauit.

e *Post tempus vsucapionis.* Ratio dubitandi. Vna eademque res diuersò iure censeri non debet, *d. l. cum qui ædes 30. De vsucap.* Ergo vsucaptis ædibus ab eo qui bonæ fidei possessor earum fuit, cæmenta quoque omnia ex quibus ædes constant vsucapta intelliguntur.

Ratio decidendi. Non eadem res est Ædificium & singulæ res ex quibus ædificium constructum est si singulatim & separatim accipiantur, quia cùm ædificium dicimus non singulas res sed vniuersitatem ipsarum ædium intelligimus *d. l. cum quis ædes & l. rerum mixtura 30. eod.* Ideoque verum est eum qui vniuersas ædes possidet non idcirco singulas res possidere *d. l. qui vniuersas* Atqui sine possessione nulla est vsucapio, *l. sine possessione 25. ff. De vsucap.* Ergo vsucaptis à bonæ fidei possessore ædibus non ideò vsucapta cæmenta intelliguntur, vel ob hoc ipsum ne alioqui necesse sit vnam & eandem rem diuersò iure censeri, & vsucapionem cõpleri tanquam rei mobilis simul & tanquam immobilis, vt subtiliter ratiocinatur Iauolenus in *d. l. cum quis ædes.*

f *A bonæ fidei emptore.* Malè hîc Accursius notat aliud esse in bonæ fidei, aliud verò in malæ fidei possessore, Quòd inquit, si per triginta annos tignum bona fide iunctum manserit non ideò vsucapitur, secus verò si mala fide, quia malæ fidei possessor præscribat. Et rationem diuersitatis adfert, quia contra malæ fidei possessorem potuit agi vindicatione etiam durante ædificio, non etiam contra bonæ fidei possessorem, Cui proinde non debet prodesse quod is nõn egerit qui agere non potuit, *l. 1. §. vlt. C. de annal. except.* Ita facit Accurs. quod nec ipse dissimulat, vt melior conditio sit malæ fidei possessoris, quàm bonæ fidei, quod nullo penitus casu ferendum est, *l. sed a domino 31. §. si prædo ff. de hered. petit.* Neque rursus illud verũ est posse vindicari tignum contra malæ fidei possessorem ædificio durante vt contra eundem Accursium suprà disputauimus ad § præcedentem.

g *Nostra fiat.* Nescio cur Accursius Interpretetur *quasi nostra* aut cur disputet hîc An verum dominium acquiratur per præscriptionem longi temporis. cùm hic locus non de præscriptione sit, sed de vsucapione, per quam nemo vnquam dubitauit quin dominium acquiratur, *l. 3. & tot. tit. ff. de vsucap. l. traditionibus 20. C. de pact.*

24. GAIVS libro septimo ad Edictum Prouinciale.

IS, qui destinauit rem petere, animaduertere debet[a], an alio interdicto[b] possit nancisci

possessionem: quia longè commodius est, ipsum possidere [c], & aduersarium ad onera petitoris compellere [d], quàm alio possidente petere [e].

Ad l. si qui destinauit. 24.

a *Animaduertere debet.* Benè Accurs. notat esse hoc consilium, potiùs quàm præceptum iuris, vt & in *l. pacto 15. sup. De transact.* Etsi hæc lex sumpta non est ex Caij libris De Eurematicis in quibus pleraque huiusmodi consilia proponit, sed ex libris ad Edictum prouinciale.

b *An aliquo interdicto*, siue adipiscendæ, siue retinendæ, siue recuperandæ poss. ssionis. His enim tribus causis & cõtrouersiis De possessione interdicta omnia cõtinentur, *§. sequens diuisio, Inst. de interd.* Plerumque enim alius possessor est, alius dominus, quia separata est causa possessionis à causa proprietatis, *l. 1. §. huius autem. j. vti possid. l. naturaliter 13. §. nihil commune infr. de acquir. poss.* Ex quo intelligimus, quàm falsum sit quod pragmatici nostri volunt, Interdictum adipiscendæ possessionis sapere naturam petitorij, & videri quem exercere directam rei vindicationem hoc ipso quod petit mitti se in rei possessionem. Quod si ita esset vtique dominium probare cogendus esset is, qui ageret interdictu adipiscendæ possessionis, quod euidenter absurdum est.

c *Commodius est ipsum possidere.* Ne scilicet cogatur agere. Non enim regulariter agit is qui possidet, *§. æque Inst. de action.*

d *Ad onera petitoris compellere.* Id est probandam suam intentionem. Id enim demum est onera petitoris sustinere, De iure suo necesse habere probare, *l. si priusquam 15. in fin. De oper. noui nunciat.*

Ratio dubitandi. Etiam qui agit interdicto Vti possidetis cogitur probare cùm sit actor, si quidem hoc interdictum duplex est, Ideo sic dictum quòd vterque litigatorum in eo actor sit & reus, & actoris nõ minùs quàm rei partes sustineat, *§. pen. vers. duplicia Inst. de interd.* Ergo parum prodest ei qui destinauit rem petere quod agat interdicto etiam retinendæ possessionis, vt aduersarium compellat ad onera petitoris. Idemque multò magis obtineret si quis velit agere interdicto adipiscendæ, aut recuperandæ. Is enim & actor est, & actoris partes multò apertiùs sustinet.

Ratio decidendi. Dominij probatio difficillima est adeòque penè impossibilis, cùm tamen possessionis probatio sit facillima, *§. commodum Inst. de Interd.* Quisquis autem agit directa rei vindicatione dominiũ probare cogitur, *l. in rem prox. sup.* Nõ etiam reus qui licèt nihil probet nihilque præstet, vincit tamen hoc ipso quo possidet, *l. 2. j. vti possid. l. 4. C. de eden.* nec aliter rẽ restituere cogitur, quàm si actor intentionem suam impleat, *l. vlt. C. hoc tit.* Qui verò agit interdicto nihil nisi possessionem probare cogitur, In quo nihil difficile est. Denique exitus controuersiæ possessionis hic tantùm est ve [...] prius pronunciet iudex vter possideat. Ita enim fit [...] is qui victus est de possessione partibus petitoris fungatur in quæstione dominij quæ tũm demum agitanda est, *l. exitus 35. de acquir. poss. infr.*

e *Quam alio possidente petere.* Ratio dubitandi. Etiã is qui fundum vindicauit ab eo, cum quo potuit interdicto experiri, pendente iudicio vindicationis nihilominùs interdicto rectè experiri potest, *l. cum fundum 18. in fin. j. vnde vi.* Non enim possessioni statim renunciasse videtur qui vindicare cœpit, *l. naturaliter 12. §. nihil commune infr. De acquir. poss.* Nihil ergo interest an interdicto quis priùs agat, an vindicatione.

Ratio decidendi. Non quidem interest quantùm ad hoc vt possit agere posteà interdicto is qui vindicare cœpit aut contra. Sed interest tamen quod ad hoc vt petitoris partes in dominio probando sustineat, vel non sustineat is qui agit. *l. 1. §. inter litigatores. j. vti possid.* Ergo etiamsi non interdictum competat, sed actio aliqua ciuilis ad possessionem recuperandã, vt in specie *l. indebiti 15. vers. sed & si nummi. j. De cond. indeb.* consultius facit is qui in rem agere destinauerat si actione illa personali vtatur potiùs quàm rei vindicatione, vt se liberet à probandi dominij necessitate, Quod & Accurs. noster bene notat.

25. VLPIANVS libro 70. ad Edictum.

IS, qui se obtulit rei defensioni sine causa [a], cùm non possideret, nec dolo fecisset, [b] quominus possideret: si actor ignoret [c], nõ est absoluendus [d], vt Marcellus ait: quæ sententia vera est. sed hoc post litem contestatam [e]. ceterùm ante iudicium acceptum [f] non decepit actorem, qui se negat possidere [g] cùm verè non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui discessit [h].

Ad l. Is qui se obtulit 25.

a *Sine causa.* Nemo enim actionem in rem pati cogitur cùm liberum sit cuilibet dicere se non possidere, *l. vlt. j. hoc tit.*

b *Nec dolo fecisset.* Nam & is qui dolo fecit quominùs possideret licèt non possideat, petinde tamen conueniri potest rei vindicatione & condemnandus est acsi possideret quia dolus pro possessione est, vt sæpiùs supra diximus, Ex *l. qui restituere 69. j. & l. qui dolo 131. j. De reg. iur.*

c *Si actor ignoret*, reum scilicet nõ possidere, qui tamen liti se offert tanquam possessor, & accipit iudicium quod alius accipere non potest quàm qui vel possidet, vel dolo malo desiit possidere. Ideò autem Vlpianus hîc loquitur de ignorante actore, quoniam actor qui scit eum non possidere cum quo agit vindicatione is nõ tam ab alio quàm à se decipitur, & ideò reus omnino absoluendus est, vt sequitur in *l. prox.* Cæterùm si actor ignoret omnimodo condemnandus est reus, etiamsi non possideat, Non solùm si expressim dixerit se possidere siue vltrò, siue de hoc ipso interrogatus, Sed etiamsi nulla præcedente interogatione liti se obtulerit tanquam possessor & sine causa, cùm scire deberet neque se possidere, neque alium quàm possessorem eiusmodi actione teneri. Adcò vt prodesse illi non debeat quod putauerit se possidere, vt in *l. si à te 9. §. 1. j. De excep. rei iud.* C[...] multò minùs imputari possit actori quod pro possessore habuerit illum qui se liti tanquam possessor siue

bona

bona siue mala fide obtulisset. Et in hoc Accursius noster meo iudicio errauit.

d *Non est absoluendus.* Intellige etiamsi neget se possidere. Seta enim ista negatio est postquam, vel dixit sua adfirmatione se possessorem esse, vel talem finxit offerendo se liti. Et hoc est quod sequitur ita demum id verè dici si post litem contestatam reus neget se possidere vt absoluatur cùm decepit actorem iudicium accipiendo. Damnandus igitur est perinde acsi possessor esset, *l. vlt. infr. si vsusfr. pet.* Nec ideò tamen verus possessor liberabitur, quominùs vindicatione conueniri possit, vt euenit in petitione hereditatis, *l. nec vllam* 13. alias *l. etiamsi §. penult. in fin. ff. de hered. pet.* iunct. *l. si in autem* 27. *§. sed & is ff. hoc tit.* Ratio dubitandi. Is demùm vindicatione tenetur, qui vel possidet, vel dolo desiit possidere, vt iam toties diximus. Ergo qui neque possidet, neque dolo desiit possidere, non potest condemnari licèt dicat aut fingat se possidere. Nam cùm finis huius actionis sit vt possessio actori restituatur, *l. officium* 9. *l. qui restituere* 68. *ff. hoc tit.* non nisi frustrà experiri potest quisquis agit contra eum qui neque possidet, neq; dolo desiit possidere, *l. qui petitorio* 36. *ff. eod.*

Ratio decidendi. Dolus semper pro possessione est, non solùm si quis dolo malo desierit possidere, sed etiamsi se liti obtulerit tanquam possessor cùm non esset vt deciperet actorem, *dict. l. vlt. ff. si vsusfr. pet.* Hactenus autem condemnatur non vt rem restituat, quam non habet, sed vt perinde cogatur præstare quanti actor in litem iurauerit, acsi possideret, nec vellet restituere. Nec eo magis tamen verus possessor liberatur quia non pro alio sed pro se soluit æstimationem is qui dolo malo mentitus est se possessorem. Quod autem quis propter factum suum soluit, nunquam alium liberat, *l. Papinianus* 28. *ff. mandati.* Planè si ponas aliquem se liti obtulisse bona fide cùm putaret se possidere, vt in *d. l. si ante* 9. *§. de except. rei iudic.* hactenus cum eo mitiùs agendum erit, vt non damnetur quanti actor in litem iurauerit, quamuis non careat culpa qui se vltrò liti obtulit antequàm explorasset diligentiùs an possessor esset, necne (solus enim dolus non etiam culpa inducit iusiurandum in litem, *l. in actionibus* 5. *ff. de in lit. iur.*) Sed tamen culpæ nomine, ni fallor, damnabitur non ad rem aut rei æstimationem restituendam, nisi postea factus sit possessor, vt in *d. l. si ante §.* 1. sed ad omne id quod actoris interest deceptum eum non esse, arg. *l. qui se liti* 45. *sup. de hered. petit.* Decepit enim hic actorem, licèt eius decipiendi animum non habuerit, Maximè verò si ponas in eo fuisse actorem vt ab alio quem sciebat possessorem petere rem vellet, vt in *d. l. si in autem* 27. *in princip. ff.* Itaque benè Accursius distinguit, An actor sciat possessorem non esse illum qui se liti obtulit an ignoret. Priore casu non est reus condemnandus cùm actor non tam ab eo, quàm à seipso decipiatur, *d. l. prox. infr. d. l. qui se liti* 45. *supr. de hered. petit.* Posteriore autem casu subdistinguendum est, an reum pœnituerit sui mendacij ante litem contestatam, acceptumque iudicium, an post: si post, nullomodo audiendus est. Si verò antè rursum subdistinguit Accurs. an ab alia certa persona volebat actor petere an verò agere simpliciter in rem vt posteriore tantùm casu admittatur pœnitentia non etiam priore, sed malè hac parte vt opinor. Verius enim est & Vlpiani nostri verbis conuenientius vt omni casu admittenda sit pœnitentia ante litem contestatam: Cùm vt sequitur in hac lege non decipiat actorem is qui ante iudicium acceptum negat se possidere, licet anteà dixerit aut finxerit se possessorem: nec videtur se liti obtulisse qui à lite discessit. Cur enim cogatur in lite improba perseuerare? *l. destitisse* 10. *supr. de iudic.* Nec pugnat quod scriptum est in *dict. l. si in autem in princip.* Debet enim omnino accipi de eo qui se liti obtulerit tanquam possessor, nec vnquam negauerit se possessorem ante acceptum iudicium, quique decepit actorem ab alio petere volentem.

e *Sed hoc post litem contestatam.* Nimirum quia per litis contestationem quasi contrahitur inter litigatores, *l. 3. §. idem scribit ff. De pecul. l. delegare* 11. *§. 1. ff. de nouat. & deleg.*

f *Ante iudicium acceptum,* id est ante litem contestatam. Idem enim erat olim tempus litis contestatæ, & iudicij accepti, vel accipiendi.

g *Qui se negat possidere.* Intellige quamuis antea vel dixerit vel finxerit se possidere, vt hic casus opponatur superiori. Sanè si hic se liti obtulerit dolo malo ad hoc vt alius interim vsucapiat, dubitandum non est quin ob hoc ipsum teneri debeat, Verùm non rei vindicatione, sed actione De dolo, *l. pen. supr. De dolo.*

h *Qui discessit,* à lite. Nam quemadmodum actor non petit ante litem contestatam sed tantùm petere vult, *l. amplius* 15. *infr. rat. rem haber.* Ita neque adhuc se liti offert qui se dicit possessorem ante litem contestatam, sed vult tantùm se offerre, cùm nulla sit lis nisi ex die contestationis, *l. sed etsi* 25. *§. si ante supr. de heredit. petit.* Ergo tempus litis contestatæ spectandum est vt pœnitentia impediatur, quod benè Accursius notat, probátque ex *l. si non tenuerit* 18. *supr. de iurisd. l. si cum dotem* 22. *§. eo autem tempore infr. solut. matr. l. si quis stipulatus* 57. *De solut. l. electio* 26. *§. neque infr. de noxal. l. liberum* 16. *Cod. de fideiuss.*

26. PAVLVS libro 2. ad Plautium.

NAm, si actor scit, tunc is non ab alio [a], sed à se decipitur: & ideo reus absoluitur.

Ad l. Nam si actor 26.

a *Non ab alio.* Ratio dubitandi. Fieri potest vt qui se offert liti tanquam possessor cùm non possideat, animum habeat decipiendi actoris quem fortasse putat ignorare quis possessor sit. Ergo non eo minùs decipit actorem, licèt sciat actor eum non possidere. Dolus enim quem ex proposito appellamus in dolosi animo est, potiùs quàm in re ipsa, *l. dolum* 6. *C. de dolo.* Et consequenter non debet dolus ille esse impunitus, quamuis non noceat actori, quia nec impunitus esse deberet licèt doloso ipsi noceret, *l. procurator* 11. *§. in perpetuum De dolo mal. excep.*

Ratio decidendi. Non ideò dolus puniendus est, quod quis habuerit animum decipiendi si nemo deceptus sit. Alioqui cogitationis pœnam de-

lesus pateretur contra, *l. cogitationis 18. ff. De pœn.* Nec ob id potissimum comparata est actio De dolo vt dolus vindicetur, sed vt deceptis subueniatur per speciem in integrum restitutionis, *l. 1. & tot. tit. De dolo supr.* Atqui non ab alio sed à seipso decipitur is qui scit ea quæ dolosus putat ab ipso ignorari. Neque enim volenti dolus infertur, *l. cùm donationis 34. C. de transact. l. 3. §. si quis volente ff. De liber. hom. exhib.* neque certiorari debuit, qui non ignorauit, *l. 1. in fin. De act. empt.* Non ergo habet quod conqueratur nisi de seipso, Ideoque reus omnimodo absoluendus est, cùm neque possessionem habeat, neque aliud quicquam quod vice possessionis esse possit.

27. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SIn autem, cùm à Titio petere vellem [a], aliquis dixerit, se possidere [b], & ideo liti se obtulerit [c]: & hoc ipsum in re agenda testatione [d] probauero: omnimodo [e] condemnandus [f] est.

Ad l. Sin autem 27.

a *Cum à Titio petere vellem*, quem putabam possidere & qui re vera possidebat. Cæterùm si certò sciebam Titium possidere, ac proinde non posse te esse possessorem cùm per rerum naturam fieri nequeat vt duo simul in solidum eiusdem rei sint possessores, *l. 3. §. ex contrario ff. De acquir. poss. l. duo in solidum 19. ff. De precar.* non debebit nocere reo qui tanquam possessor se liti obtulit, quòd se dixerit possidere, quia non iam ab eo quàm à meipso deceptus hoc casu videor, vt dictum est *l. prox. praeced.*

b *Aliquis dixerit se possidere.* Siue vltrò id dixerit siue interrogatus. Nihil enim refert, cùm vterque mentiatur, & mentiendo id agat vt decipiat actorem.

c *Et ideo liti se obtulerit.* Adde, in eoq; mendacio perstiterit vsque ad litem contestatam, & quidem ignorante actore, vt hæc lex conueniat cum iis quæ suprà proximè dicta sunt ex Vlpiano & eodem Paulo.

d *Testatione*, id est non per testes vt interpretatur Accursius, sed per denunciationem & protestationem factam testatò hoc est adhibitis testibus, vt in *l. vlt. ff. D. leg. commiss. l. qui Romæ 122. in princip. & §. coheredes ff. De verb. oblig.* Cur verò hoc casu testatio ista requiritur? Nempe quia si post rem actam vellem dicere quòd fueram à Titio petiturus nisi alius se liti obtulisset quasi possessor, non essem audiendus cùm id consistat in animo. Et idcirco benè Paulus addit testationem hanc in re ipsa agenda fieri debere Ne alioqui sera sit allegatio & in fraudem aduersarij excogitata vt is omnimodo damnaretur.

e *Omnimodo*, id est nulla distinctione adhibita, An perseueret reus etiam post litem contestatam dicere se possidere, an verò neget, seque fateatur nō possidere. Sera nimirum est pœnitentia post contestationem, vt diximus ad *l. is qui 25. sup.* Aliæ namque distinctiones illæ, An actor sciuerit an ignorauerit, Et an post vel antè litem contestatam is qui se priùs obtulerat liti negauerit se possidere, necessariæ sunt, vt iam diximus, quamuis Accurs. & alij glossatores contradicant. Nihilne igitur interest an quis se liti obtulerit cùm à Titio petere vellem, an cùm à nullo? Hoc enim est quod Accursium fefellit. Nihil, inquam, penitus, sicut nec an testatio aliqua interuenerit, an nulla, Quantum scilicet ad hoc vt qui se liti obtulit condemnetur, vel absoluatur. Sed interest tamen hactenus, vt dubitari minùs possit, quin actor ignorauerit rem à se petitam à reo isto possideri. Nam cùm non appareat actorem voluisse rem ab alio petere, facilius credi potest deceptum eum fuisse à seipso, cùm debuerit ante petitionem diligentiùs inquirere quis possideret, *l. qui petitorio 36. infr. hoc tit.* Et verò cùm hæc lex sit Pauli, cuius & ea quę proximè præcedit, Apparet sic esse vtramque legem coniungendam, vt in superiore agatur de actore qui scit rem non possideri ab eo qui se liti obtulit. In hac verò de illo qui ignorauit, adeoque de quo dubitari non possit quin ignorauerit, ita vt facti quæstio nulla interueniat, An deceptus sit à seipso, an ab alio. Non enim potest dici à seipso deceptus qui contra alium fuerat acturus, si non hic reus se liti obtulisset.

f *Condemnandus est.* Ratio dubitandi. Quisquis petitorio iudicio vti vult, ne frustra experiatur requirere, & inquirere ante omnia debet an is cum quo instituit actionem possideat, vel dolo desierit possidere, *d. l. qui petitorio 36. infr. hoc tit.* Ergo fieri non potest quin actor decipiatur à seipso, siue minus diligens fuerit in perquirendo possessore, siue nimis credulus ei qui tanquam possessor se liti obtulit cùm non possideret.

Ratio decidendi. Non est audiendus dolosus culpam credulitatis nimiæ obiiciens ei qui decepit, *l. 1. §. 1. in fin. supr. De eo per quem fact. erit.* Neque enim compensatio benè fit doli cum culpa, vt ibi notat Accurs. Et credendus est actor, diligentius fuisse inquisiturus de vero possessore si dolosus hic se liti non obtulisset. Quid ergo si is qui se obtulit, nihil dolo malo fecit, sed putauit se possidere? vt in *d. l. si a te 9. §. 1. De except. rei iudic.* Iam diximus, nō posse hunc condemnari rei vindicatione ad restitutionem possessionis, Condemnandum tamen esse culpæ saltem nomine in id quod interest petitoris, arg. *d. l. qui se liti 45. in fin. ff. de hered. petit.* licèt eo loco non de culpa agatur, sed de dolo, & de doli clausula, quæ pars erat stipulationis Iudicatum solui, *l. 6. ff. iudic. solui.* In summa nunquam debet impunitum esse mendacium, nec si careat dolo, dummodò habeat culpam ex qua damnum alioquin aduersarius sentiret, arg. *l. vlt. infr. hoc tit. cum similib.*

1 ¶ Possidere autem aliquis debet vtique & litis contestatæ tempore [a], & quo res iudicatur [b]. Quod si litis contestationis tempore possedit: cum autem res iudicatur, sine dolo malo [c] amisit possessionē: absoluendus est possessor [d]. Item si litis contestatæ tempore non

possedit

possedit: quo autem iudicatur, possidet: probanda est Proculi sententia, vt omnimodo condemnetur[e]. Ergo & fructuum nomine, ex quo cœpit possidere[f], damnabitur[g].

Ad §. 1. possidere.

a *Et litis contestatæ tempore.* Ratio dubitandi. Sufficit eum qui tanquam possessor conuenitur inueniri possessorem eo tempore quo res iudicatur, vt scriptum est in hoc ipso §. & in *l. si quo tempore 41. supr. De hered. petit.* Ergo nō debet possidere etiam tempore litis contestatæ. Quia nec restitutio possessionis fieri aut iuberi potest antequàm sit cognitum de iure petitoris, & super eo iudicatum. Hæc autem actio non ad aliud datur, nisi vt possessio restituatur, *l. officium 9. supr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Sensus huius versiculi non ille est vt possessorem necesse sit possidere duobus téporibus scilicet litis contestatæ & rei iudicatæ, alioqui pugnaret cum eo quod scriptum est in *vers. seq.* Sed hic potiùs vt parum sit reum possidere tépore litis contestatæ si non possideat eo quoque tempore quo res iudicatur, Nisi ponas dolo desiisse illum possidere.

b *Et quo res iudicatur.* Ratio dubitandi. Sufficit actorem posse probare, quod aduersarius liti se obtulerit dixeritque se possidere vsque ad litem contestatam, adeóque licet postea negauerit se possidere, *l. is qui 26. supr.* Ergo non est necesse vt reus possideat siue litis contestatæ tempore siue tunc cùm res iudicatur.

Ratio decidendi. Cùm dolus pro possessione est, non distinguimus quo tempore interuenerit, quia omnimodo puniendus est. Sed cùm vera possessio facit locum huic actioni, distinguendum necessariò est an reus possideat tempore rei iudicatæ an non, vt si eo tempore possideat, omnimodo cōdemnetur, si non possideat absoluatur, licèt possederit tempore litis cōtestatæ, Nisi exinde dolo malo desierit possidere. vt proximè dictum est. Dices Quale quid est cùm petitur tale dari debere, *l. 4. ff. de vsur.* Ergo spectandum potiùs esse tempus litis contestatæ quàm rei iudicatæ. Sed aliud est quærere quid dari debeat, Aliud verò, quale. Id enim tantùm restituendum est quod possidetur & potest restitui tempore iudicati, sed tamé quale fuit tempore litis contestatę, *d. l. si quo tempore 41 supr. Dę hered. petit.*

c *Sine dolo malo.* Nam qui dolo malo amisit possessionem, adhuc possidere videtur cùm dolus pro possessione sit *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Sed etsi culpa sua citra dolum possessionem amiserit. idem est quia post litem cōtestatam nil distat hac parte dolus à culpa, *l. qui petitorio 36. §. . l. si homo 45. l. si in rem 51. l. si culpa 63. ff. hoc tit. l. vtique 16. §. 1. supr.* vbi vide quæ scripsimus. Iunge *d. l. si quo tempore 41. supr. de hered. petit.*

d *Absoluendus est possessor.* Ratio dubitandi. Dolus contrahitur per contestationem cùm ab eo tempore omnes possessores sint prædones, *l. sed etsi 25. §. si ante de hered. pet. d. l. si homo 45. ff.* Atqui sufficit dolum semel admissum esse, vt quis perpetuò de dolo teneatur, *l. 1. §. si rem depositam. ff. Depos.* Ergo nullomodo absoluendus est promissor qui rem amisit post litem contestatam etiamsi sine dolo nouo amiserit.

Ratio decidendi. Dolus qui per contestationem contingit præsumptus tantùm est, nec nocet possessori bonæ fidei nisi quod ad fructus & causam præstandam, Ne alioqui cogatur temerè ius suum indefensum relinquere, *l. illud 40. vers. nec enim debet ff. De hered. petit.* Ergo si post litem contestatam amiserit rei petitæ possessionem sine dolo culpáve vlla noua quæ superuenerit, perinde absoluendus est acsi possessionem illam ante contestationem amisisset. Scilicet secundum eam sententiā quam Paulus noster cuius hæc lex est probauit non secūdum eam quæ Vlpiani fuit in *l. item si verberatum 15. §. vlt. sup.* vbi dixi: Alia ratio est expressi & realiter admissi doli de quo in *d. §. si rem depositam.* Sicut & diuersa ratio est actionis personalis de qua colloco, quæ vbi semel competere cœpit, non nisi certis modis intercidit, inter quos non est possessionis amissio quæ cum ea nihil commune habet. Et actionis in rem, quæ sicuti non competit nisi ad possessionem, ita nec aduersus eum durare potest qui sine culpa sua vlla possessionem amisit etiamsi lite iam contestata, Nempe si bonæ fidei possessor ab initio fuit. Nam in malæ fidei possessore, admittenda est indistinctè sententia Proculi, vt omnimodo teneatur de casu superueniente, quia potuisset rem distrahere petitor ante casum si ei restituta res fuisset, *arg. l. illud* Hoc verò Accursius fortasse quidem sensit, sed minùs clarè explicauit.

e *Vt omnimodo condemnetur.* Ratio dubitandi Non potest videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidisset, ideoque alia interpellatione opus est, *l. non potest 23. supr. de iudic.* Ergo is qui non possedit tempore litis contestatæ, licèt postea cœperit possidere nihilomagis condemnādus est, Nisi ponas eum liti se obtulisse quod eo tempore diceret se possessorem, Quo casu certum est ex superioribus condemnari cum debere tametsi non possideat ne quidem eo tempore quo res iudicatur, Adeóque licèt ante rem iudicatam negauerit se possidere dum ne ante iudicium acceptum, *l. is qui 27. in fin. supr.*

Ratio decidendi. In iudicium vindicationis sicut venit dominium ex parte actoris, ita ex parte rei nihil nisi possessio, vt ea scilicet actori restituatur. Sufficit itaque vt possessionē habeat reus eo tempore quo de ipsius restitutione facienda tractari debet, id est quo res iudicatur. Nec aliud videri potest hoc casu in iudicium ex postfacto deduci, quàm quod eo tempore deductum fuit quo acceptum est scilicet petitæ rei possessio. Sed hoc intelligendum est de possessore non qui se vltrò liti obtulit dolo malo quasi possessore cùm non possideret, At à quo tanquam à possessore actor petiit ob factam minùs diligentem possessoris perquisitionem. Alioqui in eo qui se liti obtulisset, ea obtinerent quæ in superioribus proximè diximus.

f *Ex quo cœpit possidere.* Ratio dubitandi. In iudicio vindicationis fructus omnimodo veniunt ex die litis contestatæ, tum quoque cùm res amissa est & ab eius restituendæ necessitate liberatus reus, *l. vtique 16. ff. hoc tit.* cùm imputare sibi debeat quisquis iudicium hoc accipit, maximè verò si non possideat, quandoquidem liberum ei erat negare se possidere *l. vlt. infr.*

Ratio decidendi. Fructus non alij possunt veni-

Digitized by Google

re in restitutionem, quàm qui à reo vel percepti sunt vel percipi potuerunt, *l. fructus 33. ff.* Atqui nullos potuit reus percipere antequàm possideret, quia fructuum perceptio ex possessione est, *lege 3 rem 48. ff. De solut.* licèt fructuum acquisitio non possessioni, sed domino fundi imputetur, *l. quasitu 25. §. 1. ff. De usur.* Fieri ergo nequit vt aliorum fructuum omnino reus condemnetur quàm quos perceperit aut percipere potuerit, ex quo duntaxat cœpit possidere. Quandiu enim non possedit, litis contestatio eum malæ fidei possessorem facere non potuit.

g *Damnabitur.* Ratio dubitandi. Non alia de causa condemnatur possessor ad restitutionem fructuum post litem côtestatam percepturum, quàm quòd ex die contestationis factus sit malæ fidei possessor & prædo, *dict. l. si homo 40. ff. l. sed etsi lege 25. §. si ante sup. De hered. petit.* Atqui non potuit contestatio facere malæ fidei possessorem illum, qui eo tempore nullomodo possidebat.

Ratio decidendi. Litis contestatio malam fidem ideò inducit, quia scientiam inducit rei alienæ. *lege nemo ambigit 10. C. de acquir. poss. l. qui fundum 7. §. qui bona fide ff. pro emptor.* Atqui tam scit reus alienam esse is à quo res petita est antequàm possideret, quàm si iam tùm possedisset. Non enim ex possessione nascitur scientia, sed ex actoris petitione. Ergo perinde litis contestatio afficit futuram atque præsentem possessionem, vt eam efficiat malæ fidei.

2 ¶ Si homo petitus [a], dolo possessoris deterior factus sit: deinde [b], sine culpa eius ex alia causa [c] mortuus sit: æstimatio non fiet eius [d], quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest petitoris [e] sed hæc, quantum ad in rem actionem. legis autem Aquiliæ actio durat [f].

Ad §. 2. si homo.

a *Petitus.* Non extra iudicium, vt interpretatur Accursius, sed apud Prætorem & per litis contestationem. Alioqui non petit sed petere vult qui petit extra iudicium, *l. amplius 15. ff. Rat. rem haber.* Et ideò benè subiicit Paulus hominem hunc petitum deteriorem factũ esse dolo malo possessoris. Nam cùm loquatur de eo qui bonæ fidei possessor fuit ante litem contestatã, vt sequentia ostendunt, quomodo posset factus esse homo deterior dolo possessoris, si non litis contestatio eum malæ fidei possessorem reddidisset?

b *Deinde,* id est post petitionem in iure factam, litemque apud Prætorem contestatam, vt proinde malè idem Accursius ponat hominem hunc mortuum etiam esse ante litis contestationem vt effugiat obiectionem ex *l. vtique 16. supr. eod. in §. 1.* vbi dicitur non modò dolum sed etiam culpam possessoris quæ post litem contestatã interuenit transferre periculum rei in possessorem quod & scriptũ est in *l. qui petitorio 36. §. 1.* & aliis plerisque locis *supr. hoc tit.* Nec animaduertit Accursius tractari omnibus iis locis de culpa quæ causam dederit casui superuenienti ex quo res periit vel deterior facta est. In hoc autem §. agi de re quæ deterior quidem facta sit ob dolum post litem contestatã admissum, sed quæ tamen subinde perierit nullo dolo, nullaque culpa possessoris interuenientes, vt [illegible] diximus ad *d. l. vtique §. 1.*

c *Ex alia causa,* siue naturali siue fortuita cui tamen neque dolus neque culpa possessoris causam vllomodo dederit.

d *Æstimatio non fiet eius.* Ratio dubitandi. Semel teneri cœpit possessor qui dolo suo iam petitum hominem fecit deteriorem. Nec enim dubitandum est quin doli huius æstimatio fieri deberet si homo mortuus non esset, quia nec videretur restitui qui deterior restitueretur, *l. 3. §. 1. ff. commod. l. 1. §. si res deposita 16. ff. depos.* Ergo non ob id liberari debet quod idem homo ille postea sine dolo vel culpa ipsius decesserit, arg. *d. l. 1. § si rem depositam 25. eod.* Præsertim cùm si eum possessor statim restituisset, id est tempore ipso litis contestatæ, petitor eum distrahere atque ita futuri casus periculum effugere potuisset, *l. item si verberatum 15. §. vlt. sup. hoc tit.*

Ratio decidendi. Actiones omnes sicut & obligationes ad hoc tantùm comparatæ sunt vt vnusquisque acquirat quod sua interest, *l. stipulatio ista 38. §. alteri ff. De verb. oblig. l. nihil aliud 5. ff. De oblig. & action.* Atqui nihil interest petitoris quòd petitus homo deterior factus sit dolo possessoris etiam post litem contestatam, Cùm etiam si deterior factus non fuisset, perinde tamen sine fato suo siue casu fortuito periisset. Quo casu secundum Pauli sententiam absolui reus debuisset. Non ergo facienda est vlla deteriorationis æstimatio. Adieci *secundum Pauli sententiam,* quia non idem est si Proculo credimus & Vlpiano in *d. l. item si verberatum §. vlt.* qui putarunt etiam bonæ fidei possessorem teneri de naturali quoque interitu post morã contingente. Ideò quòd potuisset petitor rem distrahere si moram passus non fuisset, *l. illud 40. supr. De hered. petit.* Quæ ratio conuinceret sanè illam qua Paulus hîc nititur, quòd nihil intersit petitoris, Nisi pro Paulo illa vigeret replicatio quæ posita est in *d. l. illud vers. nec enim debet,* quòd non debeat bonæ fidei possessor eius periculi metu temere ius suum indefensum relinquere. Aliud iuris esset in actione personali, cui dolus causam dedisset. Nec enim superueniens casus extingueret dolum præteritum neque actionem ex eo natam *d. §. si rem depositam,* & constat ex eo quod sequitur in hoc §. de lege Aquilia. At neque verum est quod Bartolus ad hunc §. notat, Casum superuenientem excusare possessorem à præcedente culpa. Non enim casus superueniens ille est qui excusat possessorem, sed quia desinit interesse petitoris vt Paulus ait.

e *Nihil interest petitoris.* Ratio dubitandi. Potuisset petitor hunc hominem distrahere & quidem pluris si non deterior factus, & restitutus fuisset, *dict. l. item si verberatum 15. §. vlt. supr.* Ergo negari non potest, quin petitoris intersit.

Ratio decidendi. Interest quidem petitoris, at non quòd deterior homo factus sit, qui æquè mortuus fuisset atque ita nullius precij futurus, etiamsi nulla deterioratio præcessisset, sed quia non fuit restitutus eo tempore quo petitus est, Idque secundum Vlpiani & Proculi sententiam, vt proximè diximus, nõ secundum eam quæ Cassij primùm fuit, & quam Paulus noster perpetuò probauit, quæ nõ vult duriorem fieri condicionem possessoris bonæ fidei quod ad hoc vt rei petitæ fatum præstare

teneatur

Digitized by Google

teneatur, si neque dolus, neque culpa ipsius vlla post litem contestatam interuenerit. Malè verò Accursius rationem huius §. petit ex eo, quòd cùm re perempta non compeat vindicatio, neque officium iudicis de damno subducta principali obligatione potest subsistere ex *lege 4. Cod. depos. l. qui per collusionem 49. §. 1. De act. empt.* Vnde inferat aliud dicendum esse mortuo homine post litem contestatam, quasi tunc officio iudicis corroborato. Nam quis cum Vlpiano sentiat, is negabit extingui vindicationem etiam re perempta siue ante siue post litem contestatam, dummodò post moram, neque officium iudicis in eam rem exiget. Si verò cum Paulo, is defendet neque ex vindicatione, neque ex officio iudicis condemnari debere bonę fidei possessorem etiam si contigerit interitus post contestationem. Itaque Accursianorum opinio, siue Vlpianum siue Paulum sequare, falsa est. Sicut & illorum qui distinguunt an iustam litigandi causam possessor habuerit necne. Semper enim iustam habet qui bonæ fidei possessor fuit, *dict. leg. illud 40. versic. nec enim debet, supr. De hered. petit.* Quamquam hunc de quo Paulus agit, desiisse iustam habere litigandi causam priusquàm homo moreretur, ex eo apparet quòd Paulus ponit dolo ipsius factum esse deteriorem seruum post litem contestatam.

f *Legis autem Aquiliæ actio durat.* Ratio dubitandi. Neque legis Aquiliæ actio, neque alia vlla vnquam datur ei cuius nihil interest. Nemo enim siue agendo, siue excipiendo debet audiri si nihil eius intersit, *lege 5. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri infr. De verbor. oblig. l. ille a quo 13. §. si de testamento infr. ad SC. Trebellian.* Atqui nihil interest petitoris quod homo petitus deterior factus sit etiam dolo possessoris si postea sine dolo vel culpa ipsius decesserit, vt in hoc ipso §. Paulus ait, Ergo non magis Aquiliæ legis actio durare potest perempto homine qui deterior factus fuerat dolo possessoris, quàm directa vindicatio.

Ratio decidendi. Nihil interest petitoris quantum ad actionem in rem, quia cùm actio illa non detur nisi ad possessionem, Hominis autem mortui æquè nulla siue possessio, siue vtilitas sit siue ante mortem deterior factus esset dolo possessoris, siue non esset, non potest dici ad quid vindicatio vtilis esse possit re perempta. At interest sanè quantum ad actionem legis Aquiliæ, Non ob id tantùm quod cùm sit actio personalis nihil commune habet cum homine facto deteriore vt eius morte mori debeat, *leg. 1. §. si rem depositam 25. infr. depos.* Verùm etiam quòd legis Aquiliæ actio damni præteriti rationem habeat non præsentis aut futuri, Cùm in actionem illam veniat quanti plurimi eo anno fuit homo, anno retrorsum computato, *l. ita vulneratus 51. & passim infr. ad leg. Aquil. l. dolo 5. §. vltim. & l. sequent. infr. De seru. corrupt. l. quacumque actiones 16. infr. De oblig. & action.* Denique actiones personales non nisi certis & legitimis modis pereunt, inter quos non est interitus rei de qua agitur, vt suprà diximus.

3 § Sed & is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione ᵃ. idque ex senatusconsulto ᵇ colligi potest, quo cautum est (vt diximus) vt dolus præteritus in hereditatis petitionem veniat, cùm enim in hereditatis petitione: quæ & ipsa in rem est, dolus præteritus fertur: non est absurdum, per consequentias, & in speciali in rem actione dolum præteritum deduci.

Ad §. 3. Sed & is, qui.

a *Tenetur in rem actione.* Ratio dubitandi. Vt quis actione in rem teneatur, possidere vtique debeat & litis contestatæ tempore & quo res iudicatur, aut saltem tempore rei iudicandæ, *§. 1 supr. hac lege.* Atqui neutrum horum de eo dici potest qui ante litem contestatam possidere desiit dolo malo.

Ratio decidendi. Dolus pro possessione est adeóque pro continua possessione sicut & ipse dolus perpetuò durat quousque purgatus sit, *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Proinde qui ante litem contestatam dolo malo desiit possidere habetur pro possessore & litis contestatæ tempore, & tunc cùm iudicatur. Quidni ergo etiam in rem actione tenebitur, vt condemnetur non quidem ad restituendam possessionem quam non habet, sed quanti actor in litem iurauerit, *l. qui restituere 68. infr. l. si bona fidei infr. De noxal. act. l. 1. § hoc autem interdictum infr. ne quid in loc. public.*

b *Idque ex Senatusconsulto.* quod scilicet factum est circa petitionem hereditatis, De quo in *l. item veniunt 9. præter hæc & pass. supr. De heredit. petit.* Mihi tamen videtur ab his verbis totus hic textus esse Triboniani potius quàm Pauli, cùm sit totus inelegans si verba inspicias, si verò sensum, ineptus. Quid enim attinebat probari tam apertam iuris ciuilis sententiam ex eo Senatusconsulto quod sit longè posterius, cùm lex duodecim tabularum quæ omnium antiquissima est, illa sit quæ directam & ciuilem rei vindicationem induxit? An fortè aliud ius erat ante senatusconsultum, vt vindicatione conueniri non posset is qui dolo malo desiisset ante litem contestatam possidere? vt ita dolus præteritus qui litem contestatam præcessisset, maneret impunitus? Rursum quænam obsecro consecutio ista est vt dolus præteritus etiam in specialem actionem in rem venire debeat, ideo quòd veniat in hereditatis quoque petitionem? Nam quis nescit tam multas differentias quæ sunt inter petitionem hereditatis & specialem vindicationem? Non tantùm si fructibus vel impensis agatur, si modò Accursio credimus ad *leg. item veniunt 20. §. fructus & ad l. plane 37. supr. De heredit. petit.* sed & quod ad alia quàm plurima quæ idem Accursius congerit ad hunc locum, Quarum differentiarum summa hæc est, quod petitio hereditatis bonæ fidei est, *leg. vltim. in fin. Codice eod. & §. actionum Institut. de action.* Vindicatio autem non quidem stricti iuris, vt malè vult Accursius, sed arbitraria, *§. præterea eodem titul. iunct. lege 3. §. in his quoque iudiciis inf. De vsur.* Hæc pro vna te singula-

ti, illa pro vniuersitate *l.1. supr. hoc titul.* Hæc etiam contra titulo possidentem, Illa nequaquam nisi in casibus de quibus diximus ad *l. regulariter 9. & seqq. supr. de hered. petit. & l. si post. in pr. C. eod.* Hæc in rem tantum est. Illa etiam in personam. Vnde & perpetua est, & personalia debita in eam veniunt, & precia rerum venditarum, *leg. hereditatis 7. eodem titul. Cod. l. nec vllam 53. aliàs l. etiam §. si. supr. eod. ill. titul. & l. quod si in diem 16. §. sed et is eo.* Denique quod in petitione hereditatis sola denunciatio facit malæ fidei possessorem, *dict. l. item veniunt §. petitam & l. sed et si lege 25. §. si ante eod. titul.* In vindicatione verò non nisi litis contestatio, *l. si homo 45. infr. hoc titul.* Quis ergo probet argumentum quo hîc Tribonianus vtitur tractum à petitione hereditatis ad vindicationem? Aut, quid absurdius, quàm quod ille ait non esse absurdum per consequentias dolum præteritum in vindicationem deduci, quia & ex senatusconsulto in petitione hereditatis deducitur? Aut si bona est consecutio, quidni dicimus etiam fructus præteritos & ante litem contestatam perceptos venire in vindicationem, quemadmodum & veniunt in hereditatis petitione? *dict. leg. item veniunt §. fructus.* iunct. *leg. certum 22. Cod. hoc titul.* Quænam rursum ratio illa est, quòd petitio hereditatis sit actio in rem sicuti vindicatio, cùm sit etiam in personam? In summa cùm rei vindicatio sit antiquior senatusconsulto de quo in hoc § agitur, dubitandum non est quin ius quod Senatus induxit in petitione hereditatis, De dolo præterito sumptum ex eo sit quod iam anteà in vindicatione obtinebat, sicuti de fructibus scribit Iustin. in §. *& si in rem Inst. de offic. iudic.* Est igitur tota hæc Triboniani ratiocinatio insulsa & reiicienda.

4 § Si per filium, aut per seruum [a]. pater, vel dominus possideat. & is sine culpa patris, dominiue, rei iudicandæ tempore [b] abfuit: vel tempus dandum [c], vel cauendum est [d] [e] de possessione restituenda [f].

Ad §. 4. si per filium.

a *Per filium aut seruum.* Ratio dubitandi. Quæ sunt facti non transeunt à filio ad patrem, nèc à seruo ad dominum, *leg. qui heredi 44. infr. de condict. & demonstr.* Atqui possessio facti est, *leg. denique 19. sup. ex quib. caus. maior. l. 1. §. si vir vxori infr. De acquirend. possess. leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss. est.* Ergo non potest pater per filium nec dominus per seruum possidere, quia fictio & potestas iuris non potest vsque ad ea, quæ facti sunt pertingere, *dict. leg. denique l. in bello 12. §. facti de capt. & postlim.*

Ratio decidendi. Possessio licèt potissimùm facti sit, plurimùm tamen iuris habet & ex iure mutuatur, *leg. possessio 49. in princip. & §. 1. inf. de acquirend. possess.* Facti est quatenus corporalis detentio est, Iuris verò quatenus possessio vera nec nuda detentio est. Aliud enim est possidere, Aliud verò tenere, *leg. stipulatio ista 38. §. hæc quoque stipulatio de verbor. obligat.* Nihil ergo vetat quominùs possessio ciuilis quatenus possessio est, acquiratur patri per filium, & domino per seruum, licèt corporalis ipsa & naturalis possessio quæ tota meri facti est, non acquiratur, *leg. quod seruus 24.* vbi est text. elegans *infr. de acquir. poss.*

a *Rei iudicandæ tempore.* Rectiùs hoc, quàm quod Haloander emendauit *vindicandæ.* Rei enim iudicandæ tempus dicimus pro eo tempore quo res iudicatur: quo potissimùm tempore inspiciendum est an reus possideat, & restituendæ rei habeat facultatem, *§. possidere supr. hac lege.* Neque verò necessaria est præsentia filij vel serui, adeóque nec rei quam vindicare actor vult, si paratus sit pater vel dominus iudicium accipere pro ea re quam per filium, vel per seruum possideat, *leg. hæc si res præsens 47. infr. hoc titul.*

c *Vel tempus dandum vel cauendum est.* Alterutrum ergo sufficit, neque vtrumque faciendum est. quamuis contrà putet Accursius qui notat disiunctiuas istas pro coniunctiuis accipiendas esse. Ex *l. Celsus 5. §. vlt. inf. ad exhib.* vbi tamen non de certo tempore dando agitur, sed tantùm dicitur, si in fuga sit seruus qui exhibendus est, cauere reum debere de illo exhibendo sub illa conditione, si in potestatem suam peruenerit. Et additur, si missus sit peregrè seruus vel in domini prædiis moretur, non ad aliud teneri dominum quàm vt caueat. Quamquam dubitandum non est ita concipiendam hanc cautionem, vt certum tempus in ea contineatur, intra quod restitutio fieri debeat, quoties sciri potest, aut probabiliter coniici intra quod tempus possit haberi facultas exhibendæ rei, & restituendæ. Nam si in fuga sit seruus, certum tempus præscribi non potest: Et ita hic locus accipi debet, vt si reus non frustrationis causa certum tempus sibi indulgeri petat intra quod restituat, dandum ei sit, nec eo minùs tamen cauere debeat se restiturum, *§. si ad exhibendum Institut. de offic. iudic.* aut saltem de litis æstimatione si, intra tempus quod ei datum est, non restituerit, *dict. §. & si in rem eod.* Si verò nesciri possit, quo demum tempore rediturus sit filius vel seruus, fortè quòd nesciatur vbi sit, præsertim verò si in fuga sit seruus, sola cautio præstanda est, de possessione quandocunque nactus eam reus fuerit, restituenda. Nec tempus vllum certum hoc casu dandum est, quod sine captione minóque periculo dari non posset, *dicta lege Celsus §. vltim. leg. item si cùm 14. §. quatenus vers. ergo si in fuga supr. quod met. caus.* Sed & interdum fieri potest vt cautio non sit necessaria, sufficiátque certum tempus reo indulgeri. Quid enim si triduum dumtaxat aut ad summum, non nisi decendium petat ad rem restituendam? Cur superuacua cautione oneremus reum, cùm nullum possit actor damnum pati in mora tam modici temporis? *leg. etsi post tres 8. supr. si quis caution.* iunct. *leg. hæc stipulatio 14. in fi. inf. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.* Benè igitur Paulus sententiam hanc sub disiunctione cõcepit, cùm tractet generaliter casum illum quo filius vel seruus abfit, non expressis aliis facti circunstantiis quæ iudicis arbitrium inducere possint

& de-

& debeant vt hoc vel illud statuat pro causarum & rerum diuersitate. Pendet enim totum hoc ex arbitrio iudicis, ex quo restitutionem rei fieri oportet, *dict. §. quatenus. versic. hac si post condemnationem.*

d *Vel tempus dandum* Ratio dubitandi. Publicè interest mandari statim res iudicatas executioni cùm ex sola executione vigorem & effectum accipiant, *l. pen. C. de execut. rei iudic. l. seruo 65. §. cum prætor. ff. ad SC. Trebel.* Ergo post rem iudicatam nō est danda longior dilatio intra quam satisfiat iudicato.

Ratio decidendi. Statim mandanda est executioni sententiæ si fieri possit, sed si tam citò fieri nequeat propter præcisam facti impossibilitatem, & appareat non frustrationis causa tantum tempus desiderari, quantum dari debere necessarium vel æquum videatur, vt iudicato satisfiat, non debet iudex id denegare, ne reum cui nihil imputari potest arctare videatur ad rem impossibilem. In eo namque maximè officium & arbitrium iudicis elucet, *dict. §. 1. & 3. Inst. de offic. iudic.* Quidni verò tempus hoc ex necessitate indulgeatur reo, qui actione in rem conuentus est, cùm etiam illi qui personali actione condemnatus fuit, humanitatis intuitu indulgeatur? *l. cum militi 16. §. 1. infr. De compensat. l. vltim. Cod. de vsur. rei iudic.* Cùm tamen vt plurimùm ex personali condemnatione debeatur pecunia, cuius deinde difficultas plerunque magna est, impossibilitas autem vix vlla esse potest, *l. continuus 1. 7. §. illud inf. De ver. obl.*

e *Vel cauendum est.* Ratio dubitandi. Noluit Prætor in executione iudicati obligationes ex obligationibus fieri, ne fierent de lite lites, *leg. 4. §. ait Prætor inf. De re iudic.* Atqui per cautiones in iudicati executione interpositas id euenit vt parta ex causa iudicati persecutio nouo contractu ad alterius petitionis initium redigatur, *l. minor annis 40. in princ. supr. De minor.*

Ratio decidendi. Remedij veluti loco inducuntur huiusmodi cautiones, eo tantùm casu, quo res aliter expediri non potest, nec aliud quicquam est quod melius dici aut fieri possit, *l. penult. sup. De hæredit. petit. l. postquam 5. §. 1. vt leg. seu fideic. caus. caueat. l. imperator 50. infr. ad SC. Treb.ll.*

f *De possessione restituenda.* Fertur ergo, inquit Accursius, sententia condemnatoria, sed non adstringitur reus, Patum subtiliter. Nam cùm hæc actio sit arbitraria non potest in ea ferri condemnatio quousque reus contumax fuerit in parendo arbitrio iudicis, *§. præterea. Inst. de act.* Ergo arbitrium præcedere necesse est, quod porrò non aliud esse potest, quàm vt res petita intra certum tempus restituatur, déque eo idoneè caueatur. Quod si neque intra præstitutum tempus rem restituere, neque eo nomine cauere reus volet, tum demum verò condemnandus est ex bono & æquo in id omne, quod interest petitoris restitutam sibi fuisse possessionem, vt scriptum est in *d. §. si ad exhibendum 3. in fin. Inst. de offic. iudic.* sed Accursij nostri ceterorumque veterum interpretum de arbitrariis actionibus tractantium perpetuus error ille fuit quod arbitrium iudicis pro sententia & condemnatione acceperunt, duasq; in iis iudiciis sententias ferri crediderunt: quod nos in Coniecturis nostris refutauimus.

5 ¶ In rem petitam si possessor [a] ante litem contestatam [b] sumptus fecit per doli mali exceptionem [c] ratio eorum haberi debet, si perseueret actor petere rem suam, non redditis sumptibus [d]. Idem est etiam, si noxali iudicio seruum defendit, & damnatus præstitit pecuniam [e]: aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem [f] insulam ædificauit [g]: nisi tamen paratus sit petitor pati [h], tollere eum ædificium. Quod & in area vxori donata [i], per iudicem, qui de dote cognoscit [k]: faciendum dixerunt.

Ad §. 5. in rem petitam.

a *Si possessor* bonæ fidei. De hoc enim solo lex loquitur qui bonam fidem habuerit vsque in tempus litis contestatæ, & eo maximè tempore quo sumptus fecit. Nam malæ fidei possessori non potest dari exceptio doli, quæ scilicet non datur nisi ex æquitate, *l. sumptus 48. infr.* At æquitas autem deficit in persona eius qui sumptus fecit in rem quam sciebat alienam, *l. penult. infr. ad SC Trebell.* De quo plura scripsimus ad *l. planè 38. supr. De hered. petit. & lib. 2. Coniect. cap. 2.* Sanè in bonæ quoque fidei possessore distinctiones quædam adhibendæ sunt, de quibus in *leg. in fundo 38. & dict. leg. sumptus 48. infr.*

b *Ante litem contestatam.* Qui enim post litem contestatam sumptus facti sunt, non nisi mala fide facti esse possunt, ab eo scilicet qui sciuit rem esse alienam, *l. si homo 45. infr.* aut saltem de iure suo vacillare & titubare cœpit, *leg. nemo ambigit 10. in fi. Cod. de acquirend. poss.* Et ideò neque per doli exceptionem retinebuntur neque officio iudicis, Cui licet fieri locus soleat ratione eorum quæ post acceptum iudicium contigerunt, vt scriptum est in *l. Ædiles 25. §. item sciendum infr. De ædilit. edict.* Id tamen ita accipiendum est, si æquitas suggerat, cui nimirum iudicis officium inniti semper debet. Quamquam facilius est vt officium iudicis quàm vt doli exceptio malæ fidei poss. floti patrocinetur, *dict. l. planè 38. supr. de hered. petit.*

c *Per doli mali exceptionem*, cui nempe locus sit quoties quis per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem lucrum captare vult ex damno alieno, *l. 1. §. 1. infr. De doli mal. & except.* Ratio dubitandi. Non facit dolo malo qui iure suo vtitur, *l. si duorum 51. De act. empt.* Atqui iure suo vtitur qui vindicat fundum suum etiam non redditis sumptibus, qui in eum fundum facti sint quamuis à bonæ fidei possessore, quia quicquid superædificatur aut in ædificium impenditur cedit solo, *l. 2. infr. De superfic. l. adeo 7. §. cum in suo infr. De acquir. rer. domin.* Non ergo repellendus est exceptione doli.

Ratio decidendi. Summi & stricti iuris ratio illa est, Sed æquitatis ista, quòd non debeat actor ex alterius iactura locupletari. Eius præsertim cui nihil imputari potest, *leg. nam hoc natura 14 de condict. indeb. l. iure natu 206. de regul. iur.* Nihil autem potest imputari ei qui bona fide sumptus fecit in rem alienam quidem, sed quam tamen putabat esse suam. Danda igitur est

Digitized by Google

hoc casu exceptio doli per quam petitor summoneatur, quia licèt ab initio nihil dolo malo fecerit cùm rem suam vindicare cœpit, nunc tamen dolo malo facit cùm perseuerat petere nō redditis sumptibus. Quomodo & in specie, *l. 2. §. circa infr. De doli mal. except.* Hoc enim est quod sequitur, *si perseueret actor petere rem suam non redditis sumptibus.*
d *Non redditis sumptibus.* Cum distinctione tamen quam Papinianus ponit in *dict. leg. sumptus 48. infr.* si sumptus isti excedant summam fructuum ante litem contestatam perceptorum. De quo ibi dicemus, & in *l. emptor 65. eod.* Item intellige de sumptibus factis ad rem meliorandam non ad fructus ipsos percipiendos. Hi enim cum fructibus compensantur & ex fructibus ipsis deducuntur, *leg. si a domino 36. §. vltim. supr. De petit. heredit. leg. 3. §. 1. De compensat. in reb. dotal. fact.* Nec vllus casus interuenire potest qui hoc genus deductionis impediat, *leg. fundus qui 52. infr. famil. ercisc.* Itaque non possunt hi sumptos seruari per doli exceptionem oppositam aduersus vindicationem.
e *Et damnatus præstitit pecuniam* Ratio dubitandi. Non cogebatur bonæ fidei possessor præstare pecuniam ad quam ex dolo serui fuerat condemnatus, cùm posset se liberare dedendo seruum noxæ, *l. miles 6. §. 1. infr. De re iudic.* Ergo non est danda ei exceptio doli aduersus dominum vindicantem, sed debet sibi imputare cur non dederit seruum pro noxa.

Ratio decidendi. Vtilius plerumque est litis æstimationem pro seruo solui quàm seruum ipsum noxæ dedi, *l. vtiles 39. sup. de hered. petit.* Quo casu dolo sanè facit dominus si seruum suum perseueret petere non oblata indemnitate possessori bonæ fidei, qui tanquam pro seruo suo merendo fecit, quod alius quilibet prudens pater familias facere debuisset, & ex cuius facto lucrum hoc sentit actor quod seruum habet, quem si noxæ deditus fuisset amisisset. Ergo vel per exceptionem doli, vel saltem per officium iudicis subueniendum est bonæ fidei possessori vt indemnitatem consequatur, *l. bona fide 11. infr. De noxal. act.*
f *Per errorem,* scilicet facti, cùm aream in qua ædificabat suam esse putaret. Vt intelligamus hîc agi de eo, qui bona fide in aliena area ædificauerit, Et aliud esse in malæ fidei possessore, cui nimirum potest imputari cur sciens in alieno solo ædificium posuerit, *l. ad. o 7. §. ex diuerso in fin. De acquirend. rer. domin. §. ex diuerso. versicul. certè. Institut. de rer. diuis.*
g *Insulam ædificauerit.* Ratio dubitandii. Qui per errorem ædificat in area aliena, quam tamen suam esse putat, non habet animum sibi quemquam obligandi, sed rem suam agendi. Ergo neque actionem neque exceptionem eo nomine habere debet, Ne alioqui actus operetur vltra intentionem agentis contra *leg. non omnis 19. infr. De rebus cred.*

Ratio decidendi. Ea nimirum ratio facit vt bonæ fidei possessor sumptus istos per actionem petere non possit neque aduersus eum à quo ipse ius habet, neque aduersus dominum, *d. l. sumptus 48. infr. hoc tit.* sed non impedit ius retentionis, *l. in hoc iudicium 14. §. 1. versic. hoc enim casu. inf. commu. diuid.* quia licèt bonæ fidei possessor cùm sumptus hos fecit non habuerit animum sibi quemquam obligandi, multò minùs tamen habuit animum donandi, *d. §. ex diuerso. & l. 2. C. hoc tit. l. si in area p. infr. De condict. indeb.*
h *Nisi tamen paratus sit petitor pati.* Ratio dubitandi. Hoc etiam malæ fidei possessori conceditur vt possit tollere ædificium quod posuit in alieno solo. *l. vtiles 39. in fin. supr. de hered. petit.* Ergo cùm bonæ fidei possessoris condicio melior esse debeat, non sufficiet quòd petitor paratus sit pati vt ædificium tollatur, sed impensas reddere omnimodo debet.

Ratio decidendi. Differentia est inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem, quod malæ fidei possessori nihil amplius vnquā permittitur, quàm vt tollere possit ea quæ sine rei detrimento tolli possunt, *d. l. vtiles in fin. l. Iulianus 37. infr. hoc tit.* Nec vnquam datur ei deductio impensarum licèt contrà sentiat Cuiac. *lib. 9. cap. 38. & lib. 10. cap. 1.* Et nos dicemus latiùs ad *d. l. 37. & seq. infr.* At bonæ fidei possessori sumptus omnes regulariter reddendi sunt etiam voluptarij, siue eas impensas de suo facturus dominus fuit, siue eum fundum statim atque acceperit alteri venditurus sit. Vno tantùm casu liberatur ne impensas cogi possit reddere si modò paratus sit pati vt tollantur quæ sine detrimento rei tolli possunt, Is est si pauper sit neque rem receptam venditurus sit, neque tantas impensas de suo facturus fuerit, Ita vt eas reddere nō possit quin laribus & sepulchris auitis carendum habeat, *l. in fundo 38. infr.* vbi Celsus ait bonum iudicem in hac quæstione variè ex personis causisque constituere debere. Numquam enim æquū est cogi actorem distrahere id quod receptum velit aut penuria coactum rem suam aduersario derelinquere, vt scriptum est in *l. vtilium 8. de impens. in reb. dotal. fact. l. si seruos 25. inf. de pign. act.* Etsi locus hic proximè citatus loquitur de sumptibus factis non à bonæ fidei possessore qui rem suam esse putat sed à creditore qui sciens alienam, fecit tamen rem debitoris meliorem vt difficiliorem faceret luitionem, In quo sanè est quod imputetur ei plus quàm bonæ fidei possessori, quod tamē nemo obseruat Sensus ergo huius versiculi est, Ad hoc saltem condemnandum aut potiùs adigendum petitorem, qui sumptus à bonæ fidei possessore factos non vult reddere, vt patiatur ædificium tolli quatenus scilicet sine pristinæ rei detrimento tolli potest. Sed ita demum si causa aliqua sit propter quā æquū videatur remitti ei necessitatem sumptuum reddendorum. Quænam ergo differentia erit inter bonæ fidei possessorem qui ædificauit in area aliena, & eum qui puerum alienum artificiis instruxit? Differentiam enim aliquam esse subiicit Paulus in *§. seq.* nec tamen Accursius eam explicare potest. Dicendum est nullam differentiam esse eo casu quo petitor sit diues, vel venalem habeat rem quam petit, *l. nisi venalem 29. infr* Sed illo tantùm casu quo petitor sit pauper quem necesse sit re sua carere si adigatur ad sumptus reddendos. Hoc enim casu recurrendum est ad remedium illud quod vnicum superest vt permittatur possessori tollere quod sine detrimento tolli potest, Cui remedio facilè locus est in area ædificata, sed non in puero instructo vt scriptum est in *d. §. vlt.*
i *In area vxori donata.* Ratio dubitandi Si vir vxori aream donauerit, & vxor in ea insulam ædificauerit, insula quidem sine dubio mariti est, sed eam tamen impensam mulierem seruaturam placet. Ita vt si maritus vindicet insulam retentionem facere

facere mulier debeat, *l. sed si vir 31. §. si vir vxori aream infr. De donat. int. vir. & vxor.* Ergo non idem est hoc casu quod in superiore in quo ad aliud non tenetur petitor nisi vt patiatur tolli ædificium.

Ratio decidendi. Seruare quidem impensam debet mulier, sed ita demum si maritus habeat vnde reddat. Non enim si sit adeò pauper vt ob non redditam impensam re sua sit alioquin cariturus. Qui solus casus est in quo admittimus non ad aliud teneri petitorem quàm vt impensam tollat, Et quidem ita si hoc etiam concurrat vt non velit rem suam alij vendere. Nam si vendere volet, quantumuis pauper impensam quoque omnem reddere omnimodo debebit, *d. l. infr. si venalem 29. infr. d. l. in fundo 38. in fin.* Tantò magis in area vxori donata, quòd cùm donatio illa sit legibus & moribus improbata, videtur vxor comparanda malæ fidei possessori potiùs quàm bonæ fidei possessori, *l. 1. §. si vir vxori inf. De acq. poss.* Sed tamen verius est comparandam eam bonæ fidei possessori, *l. fructus 45. infr. De vsur.* quia quod sibi donatũ est habet ex volũtate mariti, *l. de eo 63. inf. De don. int. vir. & uxor.*

k *Per iudicem qui de dote cognoscit.* Nam in iudicio De dote quærendum olim erat de rebus donatis vxori, ob quas scilicet retentio dotis permissa esset iure vetere, quousque ius illud à Iustiniano sublatum est fauore dotium in *l. vnic. §. taceat Cod. de rei vxor. act.*

6 ¶ Sed si puerum meum cùm possideres, erudisses [a]: non idem obseruandum [b] *Proculus* existimat: quia neque carere seruo meo debeam [c]: nec potest remedium idem adhiberi [d], quod in area diximus.

Ad §. vlt. sed si puerum.

a *Erudisses*, siue doctrina siue artificio aliquo. Nihil enim refert vtrum vel vtrum ex *l. seq. & l. 1. C. de infan. expos.*

b *Non idem obseruandum.* Ratio dubitandi. Non minùs fauorabilis est bonæ fidei possessor qui seruum alienum quem suum esse putat, erudit, quàm qui in aliena area suam esse putans ædificat. Imò tantò fauorabilior quantò præclarior & dignior res est eruditio quàm ædificatio, & artificium, quàm ædificium. Ergo non aliud obseruandum est in puero bona fide erudito, quàm in ædificio bona fide extructo.

Ratio decidendi. Idem iuris est vtroque casu cùm petitor est diues, potéstque sumptus reddere de suo, *d. l. 1. C. de infant. expos.* Sed si tam pauper sit vt non habeat vnde reddat, & ita futurum sit, vt si eruditionis impensam reddere cogatur, cariturus sit re sua, Quam scilicet cogetur eo casu vel alteri vendere, vel possessori derelinquere, Non potest idem iuris esse, Non quia minùs fauorabilis ille sit qui alienum seruum bona fide erudit, sed quia rei natura repugnat ne possit tolli eruditio à puero, quomodo posset tolli ædificium ab area. Quamquam etsi qua arte tolli eruditio à puero posset: non ideò tamen permittendum esset possessori eiúsque malitiæ adeò indulgendum vt eam tolleret, quæ sublata non idcirco sibi esset profutura, *l. in fundo 38. vers. neque malitiis inf. hoc tit. l. pro voluptariis 9. in fin. inf. De impens. in reb. dotal. fact.* Et ita hic locus conciliandus est cum *d. l. 1.* non quomodo ab Accursio. Nec aliter intelligi meo iudicio debet quod scriptum est in *l. 4. §. si minor infr. De doli mal. except.* si minor infantem mihi donauerit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendum eum esse nisi alimenta reddat, & si quis alius in eum probabilis sumptus factus est, Nimirũ vt hoc obtineat si minor habeat de suo vnde possit reddere. Alioqui non magis æquum est carere illum seruo suo quàm si alius nun dominus quasi dominus donasset bona fide accipienti. Præsertim cùm per eiusmodi donationem minor dominium serui non amiserit, Propter quod & vindicatio ei competit, quia minori non permittitur rem suã donare cùm donare sit perdere, *l. filiusfamilias 7. in princip. infr. De donat.* Ne quidem cum decreto *l. vlt. vers. cum autem C. si maior. fact. alien. fact. sine decret. rat. hab.* Excepta sola donatione propter nuptias vt ibidem scriptum est, & in *l. 1. C. si aduers. donat.* Quem titulum obseruandum ideò est nõ posse locũ habere aduersus aliã donationẽ quàm quæ à minore immoderata facta sit propter nuptias, vt in *d. l. 1.* aut quæ inducatur ex cõsensu quẽ minor accommodauerit patri aut alij rem minoris donanti vt in *l. 2. eo. tit.* Nam aduersus alias donationes à minore factas & quæ ipso iure non valeant restitutio inepta esset cùm minor sit ipso iure munitus, *l. in causæ 6. §. 1. sup. De minor.* Non ergo distinguendum est cum Accursio an possessor causã habeat à vindicante an nõ, sed an petitor tam diues sit vt sumptus possit reddere. Nam si potest, debet indistinctè. Si non potest, attamen interdum adhuc debet, Scilicet duobus illis casibus qui ponuntur in *legib. seqq.* si petitor eum seruum venalem habeat. Aut si ante iudicium acceptum denũciatum sit ei vt solueret, ille autem dissimulauerit. Nulla igitur differentia est inter puerum alienum bona fide eruditum, & aream alienam bona fide ædificatam, si petitor sit diues. Nec rursum si pauper quidem sit, sed tamen venalem habeat rem quam petit, aut ante litem contestatã denunciatum ei fuerit. Extra hos duos casus sicuti melioris conditionis est pauper quàm diues petitor, Ita & deterioris possessor qui seruũ alienũ bona fide erudit quàm qui in aliena area bona fide ædificauit quia hic habet quod possit ex area tollere. Ille nihil quod ex seruo.

c *Neque carere seruo meo debeam.* Ex his verbis apparet tractare hîc Paulum de petitore inope, qui si sumptus in puerum factos per oppositam doli exceptionem reddere deberet aut seruo ipsi carendum haberet aut laribus & sepulchris auitis, vt loquitur *d. l. in fundo 38. infr. iunct. l. si seruos 25. inf. De pignor. act. l. impensæ 79. §. 1. De verb. signific.*

d *Nec potest remediũ idem adhiberi.* Ratio dubitãdi. Quoties nihil sine captione inuestigari potest id eligendum est quod minimum habeat iniquitatis, *l. quoties nihil 200. de reg. iur.* Atqui minùs iniquũ est fauere bonæ fidei possessori qui seruo erudiendo impendit, cùm nihil prorsus imputari ei possit, quàm domino cui hoc saltem potest imputari cur non diligentior fuerit in seruo suo perquirendo & vindicando. Ergo quod dicimus nõ posse adhiberi remediũ vt scientia puero auferatur facere potiùs debet vt omnino summouendus sit petitor qui præ inopia impẽsam nõ potest reddere, quàm vt eo

prætextu impensæ iacturam bonæ fidei possessor patiatur, & ex eius iactura petitor locupletetur, *leg. plane 38. supr. de hered. petit. l. nam hoc natura 14. infr. De condict. indeb.*

Ratio decidendi. Longè durius & iniquius est dominum ob impensam ab alio licet bona fide factam amittere dominium rei suæ, quàm iacturam impensæ illum facere qui pecuniam tantùm suam in rem alienam impendit. Cùm non sit hic modus vnus ex iis ex quibus rerum dominia vel acquiruntur vel amittuntur. Ergo quamuis iniquum sit locupletari petitorem ex iactura bonæ fidei possessoris, quia tamen iniquius esset cogi dominū inopem ob eiusmodi impensam re sua carere, cogimur vel ex ipsa supradicta regula facere petitori potiùs quàm possessori, maioris iniquitatis vitandæ gratia. Nec enim fauorabiliores semper sunt rei quàm actores, sed eo tantùm casu quo cætera sint paria. Neque rursus potest quicquam imputari domino cur non egerit citiùs, dummodò agat ante vsucapionem completam, quia ex alia iuris regula nemo inuitus agere cogitur, quandiu scit ius suum durare, *tit. C. vt nem. inuit. ager. vel accus. cogat.* Nisi quid ab eo factum probetur dolo malo, decipiendi possessoris gratia. Non enim careret dolo qui agere distulisset ob hoc ipsum vt bonæ fidei possessorem quem videbat in seruum erudiendum impendere damno impensæ adficeret.

28. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

FOrtè quod pictorem aut librarium [a] docueris: dicitur non aliter [b] officio iudicis æstimationem haberi posse.

Ad l. Fortè quòd pictorem 28.

a *Pictorem aut librarium.* Exempla sunt pueri eruditi non doctrina & scientia, sed artificio, Nisi largiùs sumpto doctrinæ & scientiæ nomine. Nihil tamen hac parte inter hæc interest.

b *Non aliter,* Adde *quàm si venalem,* &c. quomodo sequitur in *l. proxim.* Non enim habet hæc lex sensum perfectum nisi iungatur cum sequentibus, in quibus rationem dubitandi & decidendi adferemus.

29. POMPONIVS libro vicensimo primo ad Quintum Mucium.

NIsi si venalem eum habeas [a], & plus ex pretio eius [b] consecuturus sis [c] propter artificium.

Ad l. Nisi si venalem 29.

a *Si venalem eum habeas.* Mutat personas, inquit Irnerius, de reo ad actorem, Et verè. Nam de actore locutus fuerat Paulus in prima persona, de possessore verò in secunda. Hîc contrà de actore in secunda. Sed id Triboniano excidisse hoc loco mirandum non est cùm centones istos componeret ex variis variorum Iureconsultorum libris. Nam & idem incautò ei plerumque excidit in eodem §. vt alibi non semel ostendimus.

b *Et plus ex pretio eius.* Ratio dubitandi. Nemo ideò obligatur quia accepturus sit ab alio, quod ipse præstiterit, *l. nemo ideò 171. de reg. iur.* Ergo nō debet petitor qui venalem seruum habuit, ob id magis teneri bonæ fidei possessori quod seruum vendendo eruditum, plus ex eius pretio sit consecuturus.

Ratio decidendi. Quod plus consecuturus sit petitor ex pretio serui eruditi non obligat eum ad impensam bonæ fidei possessori restituendam, sed æquitas illa naturalis, quæ neminem patitur locupletari ex iactura alterius, Maximè verò eius, qui bonæ fidei possessor fuerit, & cui nihil imputari possit, *l. iure naturæ 206. eod. tit. De reg. iur.* Quę tamē æquitas, licèt naturalis, contraria æquitate maiore tollitur quæ non vult cogi dominum inopem re sua carere, ob id solùm quod sumptum in eam bona fide factum restituere non possit. At hæc contraria æquitas quam maiorem dicimus incipit cessare, si petitor seruum hunc venalem habeat, & velit vendere vbi eum acceperit. Hoc ipso enim vult seruo carere. Nulla ergo iniuria ei fit, etiamsi eo careat, quia volenti non fit iniuria, *l. in diem 9. §. 1. inf. de aqua & aquæ plu. arc.* Nec rursus in hoc, quod impensam præstat, quam ex venditione serui consequitur, cùm tantò pluris esset venditurus sit quantò pretiosior is factus est ex impensa bonæ fidei possessoris. Nec parum fauetur petitori, quod etiamsi plus sit in pretio serui ob eruditionem quàm impensum fuerit ad eum erudiendum, non lucrum omne petitor possessori reddere cogitur, sed eatenus tantùm quatenus est impensum, *d. l. in fundo 38. vers. & si plus.* Iunge *d. l. in fundo in fi. l. quod si hæc 10. inf. De impens. in rebus dotal. fact.* vbi elegāter dicitur impensas voluptarias fieri ex voluptariis vtiles cùm factæ sunt in rem promercalem & venalem quia scilicet tantò pluris illa venditur. Adde *d. l. si seruos 25. inf. De pignor. act.*

c *Consecuturus sis.* Addit Accursius, aut si alia similis æquitas sit, vt inquit, in *d. l. in fundo.* Quasi eo loco duplex casus proponatur in quo petitor etiam inops summouendus sit exceptione doli si seruum suum vindicare velit nō redditis sumptibus. Quod tamen non ita est. Vnus enim ibi tantùm casus proponitur & quidem in fine legis. Ille ipse scilicet qui in hac lege si petitor inops, rem à se petitam venditurus sit. Proponitur quidem initio illius legis alius casus, si petitor eandem impensam facturus fuerat: quod vtique non ad alium petitorem referri potest quàm ad diuitem. Sed error Accursij & cæterorum hac parte ille est, quod tres hos casus distinguit tanquam pares & æquales, si petitor non sit rem suam venditurus, si non fuit eas facturus impensas quas possessor fecit, si sit pauper. Quasi his tribus casibus petitor non debeat sumptus restituere bonæ fidei possessori, Cùm è contrario debuerit Accurs. dicere, Regulam iuris illam esse vt sumptus omnes bonæ fidei possessori restituendi sint à petitore, Exceptionem verò hanc vnicam, Nisi petitor tam pauper sit vt eos reddere non possit quin re sua carere cogatur: subexceptiones verò ad hanc exceptionem duas, quarum prior sola ponitur in *dict. l. in fundo in fin.*

Digitized by Google

fin. Posterior autem in *l. prox. seq.* Prior est si petitor pauper rem petitã venalem habeat, vt & in hac lege, Posterior, si actori denunciatum sit ante litem contestatam vt solueret, eóque dissimulante posita sit doli mali exceptio. Alius casus si easdem impensas petitor facturus fuit, neque ad exceptionem, neque ad subexceptiones pertinet, sed petitori diuiti soli conuenit, quem teneri iustum est non ob id quòd eas impensas æquè facturus fuerit, sed quia diues est, & vtilium quoque impẽsarum restituendarum facultatem habet. Quanquam euidentior iuris & æquitatis ratio est in persona petitoris qui non solùm diues sit, sed etiam easdem impensas facturus fuit. Ideóque Celsus in *d. l. in fundo* exemplum de hoc posuit, cùm exempla vndique conquireret, in quibus euidentior æquitas suaderet bonum iudicem variè ex personis causisque constituere debere, sicut lex illa initio præfatur. Nam & ideò non contentus ille tractare de inope petitore ponit tam inopem esse illum, vt laribus & sepulchris auitis carendum habeat si obligetur ad sumptuum restitutionem.

30. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

AVt si antè [a] denunciatum sit actori, vt impensam solueret: & eo dissimulante, posita sit doli mali exceptio.

Ad l. aut si ante 30.

a *Si ante.* Intellige, Ante acceptum iudicium, litémque contestatam, quæ prior Accursij interpretatio est. Nam posterior, in qua tamen perstat, & à qua non valde abhorret Iacob. Cuiacius *lib. 9. Obseru. 38.* omnino inepta est, quæ ponit factam denũciationem actori, antequàm impensa facta esset, eoque pertinuisse denunciationem vt actor peteret seruum si suum esse putaret, aut si non peteret, sciret imminere sibi necessitatem reddendorum sumptuum quicunque posteà fierent, Idque in pœnã dissimulationis, vt in *l. 2. C. si alien. res pignor. dat. sit.* Quasi ad eam denunciationem petitor dissimulauerit seruum suum esse, atque ita se obstrinxerit exceptioni doli pro sumptibus post denunciationem factis, Aut quasi imputandum sit petitori cui ante impensam factam denunciatum est, vt si suum seruum existimaret impensam solueret, cur non ipse soluerit, aut saltẽm prohibuerit quominùs à possessore solueretur. Quæ Cuiacij interpretatio est. Nam imò verò Caij sensus est, Hunc esse casum vnum in quo ne quidem inopi petitori parcitur, si ante litem contestatam sed tamen post motam controuersiam quæ possessorem de iure suo vacillantem & titubantem fecerit *l. nemo ambigit 10. C. de acquir. poss. l. sed et si lege 25. §. si ante. sup. de petit. hered.* possessor denunciauerit petitori non vt ageret (ponimus enim iã cœpisse illum agere) sed vt solueret impensam, quę nimirum iam facta esset & ante denunciationem. Alioqui quomodo posset fieri denunciatio ad extorquendam solutionem eius summæ quæ nondum impensa esset? Si ergo ita facta denunciatione actor dissimulet, non quidem seruum suum esse quem iam petere incipit ab hoc ipso possessore, sed quia neque paupertatem suam allegat, neque aliud quicquam propter quod aduersus eum vindicantem doli exceptio dari nõ debeat, si sumptus iam factos non offerat, Ideoque Prætor dictando iudicium directæ vindicationis, & in concipienda iudicij formula, ponat exceptionem doli, qui vetus iudiciorum ritus erat, Erit omnimodò petitor summouẽdus per illam exceptionem, Nec ei quicquam proderit allegare apud iudicem paupertatem, aut aliquam si aliã habuit non reddendorum sumptuum rationem, quam dissimulauit apud Prætorem. Est enim exceptio hæc non peremptoria, sed dilatoria, vt cæteræ omnes quæ paupertatis fauorem habent, quas omnes cessare æquum est si posteà superueniant facultates *Auth. hoc si debitor. C. de pig. l. cura 4. §. deficientiũ. j. de muner. & honor. l. ab his 10. § nullus de vacat. & excus. muner.* Proindę ante litem contestatam opponi eam necesse est quamuis posteà probari sufficiat *l. exceptionem 19. C. de probat. l. vlt. C. de except.* iunct. *l. præscriptionem 8. eod.* Itaque hic petitor dissimulãdo videtur remittere non quidem exceptioné propriè sumptam quæ soli reo non actori competit sed replicationem quæ & ipsa exceptio est & iisdem regulis cõtinetur *l. 1. 2. & 3. D. eod.* Nec enim quemadmodum Prætor dat actionem huic petitori sub exceptione doli posita in fauorem bonæ fidei possessoris, Ita & dare potest exceptionem possessori sub replicatione in fauorem actoris, si actor apud Prætorem dissimulauerit id ex quo & propter quod replicationem ei dare ac in eadem formula ponere Prætor debuisset si idipsum allegasset apud eum actor quod nunc allegat apud iudicem datum. Denique cùm iudex datus sit adstrictus formulæ, vt glebę, facere non potest quin pronunciet summouendum esse petitorem, non propter dissimulationem si causam proximam & immediatam respicias, sed propter appositam in formula exceptionem doli, pro possessore, nulla in contrarium replicatione debilitatam. Quanquam obseruandum est aduersus exceptionem doli nullam solere aut posse dari replicationem quòd nulla ratio æquitatis possit tueri eum qui est in dolo, sed si quid est ex parte actoris, quod alioquin ęquitatem replicationis posset inducere, id ipsum impedit ne reo vlla doli exceptio accommodetur, sed aliqua verbis aliis concepta quæ replicationem possit admittere. Indę fit vt certus sit de litis victoria reus si Prætor in formula iudicij posuerit exceptionem doli, dummodo nec materia desit, nec probatio materiæ illius exceptionis. Et ideò eleganter Caius noster sic loquitur *posita sit doli mali exceptio.* Aliud enim est poni exceptionem doli mali, Aliud opponi. Ponitur à prætore, id est, apponitur, scil. in formula: Opponitur verò à reo, Ponitur post litem contestatam, quia nec ante dictatur formula, Opponitur verò vt plurimùm ante litem contestatam, quamuis & posteà opponi possit vsque ad sententiam, tanquam quæ peremptoria sit. Cæterùm extra ius aut iudicium opponi nunquam potest, vt nec sine actione & per modum querelæ, vt loquitur Cuiacius, quia nullus ante institutam actionem locus exceptioni esse potest. Et querela omnis quæ sine actione proponitur, actio ipsa est potiùs quàm exceptio, vt cernere est in querela inofficiosi testamenti, inofficiosæ donationis, adeoque in querela non numeratæ pecuniæ, quamuis huius nominis exceptio sit vulgaris & vsitata. Nec quoties à reo

opponitur doli exceptio apud Prætorem, statim Prætor eam ponit in formula, sed ita demum si nulla æquitate contraria debilitetur, quæ replicationi materiam dare possit. Quod cùm euenit vt replicationis dandæ æquitas non desit, dat quidem prætor reo exceptionem, sed non sub nomine doli vt replicationi locum relinquat, quam doli mētio prorsus excluderet, Vt ecce in casu nostro si post motam controuersiam reo denunciante actori vt impensam factam solueret actor non dissimularet, sed paupertatem suam allegaret, propter quam cogeretur re sua carere, quam tamen receptam vellet, Prætor vtique daret ei formulam sub exceptione illa, si bona fide factos sumptus possessori redderet, sed huic exceptioni subiiceret replicationem, Nisi actor sua paupertate nimia sumptus illos reddere impediretur, Quam replicationem illa quoque pro reo duplicatio elidere deberet si actor eam rem quam nullis sumptibus redditis vult sibi restitui statim alteri venditurus probaretur. Sed si possessore bonam fidem suam sumptúsque à se factos allegante actor dissimulet, nullæ aliæ Prætoris partes esse possunt, quàm vt det quidem actori actionem in rem, sed sub exceptione doli quòd in dolo euidenter actor sit qui nulla allata causa vult locupletari ex iactura alterius, & quidem bonæ fidei possessoris. Et hic germanus huius legis sensus est quem nec ab Accursio, nec ab aliis perceptum esse non mirabitur quisquis videbit pendere ista ex vetere rerum iudiciorum quem ex antiquitatis & Romanæ historiæ memoria repetendum veteres illi glossatores omnes ignorarunt, sed neque à Cuiacio perceptum fuisse magis miror. Ergo Ratio dubitandi ad hanc legem illa fuit quòd neque denunciatio possessoris, neque dissimulatio actoris paupertatem suam non allegantis actorem in dolo constituere potest, cùm nullum ex ea dissimulatione damnum reus sentiat. Non potest igitur ea res præbere reo exceptionem doli. Ratio decidendi. Neque denunciatio, neque dissimulatio dat materiam eius exceptionis, sed æquitas illa naturalis quæ non patitur locupletari actorem ex iactura bonæ fidei possessoris. Et quam æquitatem nihil impedit, nec proinde exceptionem doli cùm paupertas nulla allegatur. Denunciatio igitur & exceptio necessaria est, vt extorqueat à reo replicationem, Quam si nullam adferat, sed dissimulet, nihil aliud facere Prætor potest, quàm vt in formula ponat exceptionem doli.

31. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

CÆterùm, cùm de fructibus [a] serui petiti quæritur, nō tantùm pubertas [b] eius spectanda est: quia etiam impuberis aliquæ operæ esse possunt. Improbè tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt [c], quod artificium sumptibus possessoris didicit.

Ad l. Cæterùm 31.

a *Cùm de fructibus.* Alius hic tractatus est de fructibus, Alius verò de impensis, de quibus hucusque dictum est. Impensæ reddendæ sunt præsertim bonæ fidei possessori. Fructus verò restituuntur potissimùm à malæ fidei possessore. Et ideò legem hanc intelligit Accursius de eo tantùm qui malæ fidei possessor sit, quasi legis sensus sit, Teneri hunc de fructibus perceptis & percipiendis, vt in *l. fructus 33. inf.* At non etiam de bonæ fidei possessore qui scilicet non tenetur de fructibus nisi extantibus, *l. certum 22. C. hoc tit.* Sed malè, meo iudicio. Non enim hîc agitur de fructibus restituendis à possessore, sed de iis qui compensari possunt & debēt cum sumptibus in rem petitam factis, Quod potissimùm euenit in persona bonæ fidei possessoris pro quo debet haberi ratio expensarum. Idque constat tam ex hac ipsa lege, *versic. improbè tamē* & ex *l. seq.* quam ex *l. sumptus 48.]. eod.* Est igitur totus hic tractatus De fructibus; de solo bonæ fidei possessore.

b *Non tantùm pubertas.* Sensus est non esse computandos fructus ex puero alieno bona fide perceptos ab illo tantùm tempore quo is pubes factus sit, si eius licèt adhuc impuberis operæ aliquæ esse potuerunt, puta si nomenclator sit, vel histrio, *l. vl. in fin.]. De liber. caus.* Ratio dubitandi. Impuberis si quæ sunt operæ non possunt esse tantæ vt alimentis quæ impuberi præstanda sunt, sufficiant. Nam infantis nullæ penitus esse possunt, *l. arboribus 12. §. de illo 3.]. De vsufr.* aut saltē eius qui minor sit quinque annis, vt scriptum est in *l. vlt. §. 1. inf. de oper. seruor.* Post infantiam verò, quænam possunt esse operæ cùm ætas illa pupillaris ad pubertatem vsque, etiam ea quæ videt, ignorare existimetur? *l. 3. ante fin. C. de fals. monet.* Nec enim multum distant impuberes à furiosis, *l. Fulcinius 7. §. planè infr. quib. ex caus. in poss. eat.*

Ratio decidendi. Impuberis qui modò infantiam excesserit operæ aliquæ esse possunt; *d. l. vlt. in fin. de lib. cau.* vbi exempla adferuntur nomencalatoris (sic enim malo legere quàm vt vulgo, *nomenculatoris* cùm à calando sic dicatur) & histrionis. Ex quibus operis redigi sanè plus potest quàm necesse sit impendi in alimenta, Ideòque harum etiam operarum tanquam fructuum rationem haberi oportet, vt cum impensis in puerum factis compensentur. Exemplo impensarum factarum in solum alienum, *d. l. sumptus 38. inf. hoc tit.*

c *Qui ex artificio eius percipi potuerunt.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non cogitur cum sumptibus quos in rem alienam bona fide fecit, alios fructus compensare, quàm quos ipse percepit non etiam illos quos percipere potuit. In solo namque malæ fidei possessore id obtinet vt eos quoque fructus reddere teneatur quos non percepit si modò percipere potuit, adeóque si eos percepturus fuerat petitor: *l. si nauis 62. in fin.]. hoc tit.* Atqui loquitur hæc lex de bonæ fidei possessore, vt supra diximus. Ergo nihil attinet hîc quærere de fructibus qui percipi potuerunt etiamsi aliunde percipi potuissent, quàm ex artificio quod ille sumptibus possessoris didicisset.

Ratio decidendi. Differentia illa inter bonæ fidei possessorem & malæ fidei possessorē obtinet quod ad fructus perceptos ante litem contestatam, Sed non quod ad ceteros qui post contestationem percepti sunt, aut percipi potuerunt; De quibus etiam tamen hoc loco agitur, & in quatuor legibus sequentibus. Hoc ergo sibi vult Paulus, Etiamsi ex die litis contestatæ nulla sit differentia inter bonæ fidei

fidei possessorem de quo solo agit & prædonem quod ad fructus attinet, vt omnes restitui debeant, & qui percepti sunt & qui percipi honestè potuerunt *l. si homo 45. inf. hoc tit.* Improbè tamen petitorem desideraturum, vt contra bonæ fidei possessorem æstimentur fructus pueri petiti qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium didicit sumptibus possessoris. An ergo idem dicemus in quolibet malæ fidei possessore, vt putat Accursius? Nec enim tam fauorabili interpretatione dignus est is qui ab initio malæ fidei possessor fuit, quique in eum puerum erudiendum impendit quem sciebat alienum esse, quo casu est sanè quod ei imputetur non cur erudierit, sed vt eam impensam donasse videatur. Et hic sanè casus valde singularis & notandus est in quo melior sit conditio bonæ fidei possessoris, quàm malæ fidei possessoris, quod ad fructus, Cùm tamen dici soleat post litem contestatam omnes possessores esse pares hac parte, *d. l. si homo, & l. sed etsi 25. §. si ante. ꝟ. de hered. petit.* Neque pro Accursio quicquam facit quod ipse allegat ex *l. 3. vers. similiter. C. de alluuion. & palud.* Non enim ibi agitur de malæ fidei possessore, sed de illo potiùs, qui bona fide rem publicè vtilem fecit, & incultas paludes ad frugum vtilitatem transtulit, in quo ne statim tributis onerandus sit, ratio illa æquitatis facit quam adferunt Imperatores ne doleant diligentes operam suam agri dedisse culturæ, & vt diligentiam suam sibi damnosam non esse intelligant. Quæ ratio ad bonæ fidei possessorem tantùm accommodari potest, qui in puerum erudiendum impendit bona fide, quique si teneretur etiam ad eos fructus quos non percepit ex artificio serui, sed quos tamen percipere potuit post litem contestatam, vtique damnum ex diligentia sua sentiret, cùm tamen satis sit lucrum ei eripi, quod fit compensatis fructibus iis solis quos ex contestationis die percepit. At malæ fidei possessori non modò lucrum eripi, sed etiam damnum fructuum infligi non est iniquum in pœnam malæ fidei, vt non modò eos æstimari oporteat, quos ipse culpa sua non percepit, sed illos etiam quos percipere petitor potuisset si rem suam habuisset *d. l. si nauis. in fi.* Fructus tamen in operis seruorum sicut in cæteris reb. intelligi oportet deductis impensis necessarius, puta alimentorum *l. fructus 4. ꝟ. de oper. seruor.*

32. MODESTINVS libro 8. Differentiarum.

QVòd si artificem fecerit [a]: post vicensimum quintum annum [b] eius, qui artificium consecutus est impensæ factæ poterunt pensari [c].

Ad l. quòd si artificem 32.

a *Fecerit.* Scilicet bonæ fidei possessor, Nempe de hoc solo lex loquitur, vt & superiores proximæ, & sequentes. Nam in malæ fidei possessore nihil tale tractari potest, In cuius nimirum persona nulla penitus habetur ratio impensarum, neque vt deducantur, neque vt cum fructibus compensentur, quos omnes omnimodo & sine vlla distinctione restituere malæ fidei possessor cogitur, etiam quos percepit vel percipere honestè potuit ante litem contestatam, Adeò vt nec compensare eos possit cum impensis à se factis, præsertim si tales sint, quæ tolli sine rei detrimento nequeant, quod vnum ei fauorabiliores leges præstant *l. vtiles 39 in fin. sup. de hered. petit.* At quoniam in persona bonæ fidei possessoris è contrario habetur ratio impensarum omnium vt per doli exceptionem seruentur, si habeat petitor vnde illas restituat, & ita tamẽ vt compensandæ sint pro rata cum fructibus ab eo non solùm post litem contestatam, sed etiam anteà perceptis, ideò tractandum necessariò est de fructibus & qui percepti sunt & qui percipi honestè potuerunt quoties quæritur de impensis etiam à bonæ fidei possessore factis, Ad effectum scilicet non restitutionis, sed compensationis. De qua cùm hæc lex loquatur proinde fatẽdum est non nisi de bonæ fidei possessore intelligi debere, contrà quàm Accursius noster senserit.

b *Post vicesimum quintum annum.* Omnimodo legendum est *post quintum annum*. Nam ab eo tempore operæ hominis aliquæ esse incipiunt *l. vlt. vers. si minor. ꝟ. de oper. seruor.* Atque ita post obseruatum vulgatis lectionis mendum, etiam Cuiacio placere comperi lib. 9. *Obseru. c. 28.* vbi ait definitionem huius tẽporis sumptam fuisse ex lege Iulia per quã libertus operarum obligatione soluitur si filium vnũ quinquennem habuerit *l. qui libertinus 37. De oper. libert.* Nam si in operis æstimandis nec pubertas spectãda est, vt scriptum est in *l. proxim. præced.* quantò minùs spectanda erit iuuentus? vt bene supradicto loco Cuiacius argumentatur. Cur non ergo earum operarum ratio habebitur, vt compensentur cum impensis etiam priusquàm seruus vicesimum quintum annum impleuerit?

Ratio dubitandi. Infantis operæ nullæ esse possunt *l. arboribus 12. §. de illo inf. de vsufr.* Atqui infans dicitur qui minor est septennio *l. si infanti 18. Cod. de iur. delib. l. in sponsalibus 14. ꝟ. de sponsal.* Ergo non à quinque, sed à septem annis computandæ & æstimandæ sunt operæ.

Ratio decidendi. Infantem accipere debemus in hoc tractatu non impropriè puerum certæ ætatis, sed propriè illum qui fari non possit, vt in *l. 3. C. qui admitt. ad bonor. possess. poss. l. 1. §. sufficit. ꝟ. de admin. tutor. & tit. de bonor. poss. furioso, infanti.* Talis enim infantis nullæ certè possunt esse operæ, sed post quintum annum, quo tempore vix est vt impubes fari non possit, aliquæ esse possunt *d. l. vlt. de oper. seruor. & d. l. qui libertinus. de oper. libert.*

c *Impensæ factæ poterunt pensari.* Scilicet cum fructibus perceptis, à quo tẽpore puer quinquennis fuit Non autem vt Accurs. interpretatur cum fructibus perceptis ante 25. annum. Quidni enim cõpensabuntur cum fructibus etiam post vigesimum quintum perceptis si priorum annorum fructus compẽsationi non sufficiant? Aut si fructuum præcedentis temporis maior æstimatio est quàm impensarum, Quidni restituentur etiam qui percepti sunt ante vicesimum quintum annum, quamuis à bonæ fidei possessore si modò sint percepti post litem contestatam? Alioqui certum est compensari tantùm eos posse, restitui verò non debere. Denique non loquitur Modestinus in hac lege de impensarum compensatione cum fructibus facienda post vicesimum quintum annum, sed de impensis compensandis cum fructibus perceptis post eam ætatem, vt probant verba illa *post vicesimũ quintum annum.* Quæ res manifestè detegit vitium rece-

ptæ lectionis. Quid enim fiet de fructibus antè vicesimum quintum annum perceptis? Nullane illorum ratio habebitur? Atqui æquum est haberi iam inde ab elapso quinquennio, vt probauimus. Ergo de quinto anno non de vicesimoquinto Modestinum scripsisse fatendum est. Ex hoc verò Accursij errore ille etiam nascitur, quod putat compensationem hanc non ab homine fieri, sed à lege impensarum omnium quæ in puerum factæ sunt, & fructuum ex puero perceptorum, siue impensæ illę sint ęquales, inquit, fructibus, siue inęquales. Quod non ita est. Nam si impensarum quantitati modus fructuum non omnino respondeat, dubitandum non est quin superfluum, id est, quod plus est in sumptibus quàm in fructibus debeat petitor restituere bonæ fidei possessori. Sicut eueniret in fructibus fundi compensandis cum impensis in eum fundum factis d. l. sumptus an fin. Quamuis è contrario non debeat bonæ fidei possessor reddere quod plus percepit fructuum nomine quàm impenderit, quia omnes fructus lucratur si sint consumpti nec alios restituit quàm qui vel adhuc extant tempore litis côtestatæ, vel post litem contestatam percepti sunt. Cæteros omnes retinet quamuis perceptos post annum pueri vicesimumquintum, & quidem ita vt eos habeat in lucro, nisi quatenus eum impensis bona fide factis compensare cogitur, vt diximus. Ideoque nimirum tractat Modestinus nó in quod vsque tempus, sed à quo demum tempore percepti fructus ex operis serui compensandi sint cum sumptibus in puerum erudiêdum factis. Hæc verò aliter & malè ab Accursio explicata esse mirandum non est quem vulgatæ lectionis mendum haud dubiè saltem ex parte fefellit. Quanquã in eo errauit vltrò & sine causa quod legem hanc de solo malæ fidei possessore intelligit, quæ vt probauimus, loquitur de solo bonæ fidei possessore. Quid ergo si nullos ex puero fructus possessor hic perceperit? Nocebit ei, inquit Accursius, quia nihil erit quod possit tollere, vt diximus in l. fin ante 27. §. vlt. supr. Rectè si eum casum tractemus quo petitor sit adeò pauper, vt non possit cogi hos sumptus in puerum factos reddere quin puero ipso carendum habeat: Aut si poneres cum Accursio non tractari hoc loco, nisi de malæ fidei possessore, quem nos negamus posse vllas inpensas deducere, sed tantùm tollere quas fecit si absque rei detrimento id fieri possit. At cùm loquatur hîc Modestinus de solo bonæ fidei possessore, nec distingat diuitem petitorem à paupere, debuit Accursius ad propositam quæstionem respondere cum distinctione. Vt si quidem pauper sit petitor noceat possessori quòd nullos fructus perceperit, si verò petitor sit diues, tantò plus impensarum nomine reddere possessori debeat quantò minores fructus possessor perceperit.

33. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

FRuctus non modò percepti, sed & qui percipi potuerunt [a] honestè [b] æstimãdi sunt, & ideò, si dolo & culpa possessoris [c], res petita perierit: veriorem putat Pomponius Trebatij opinionem putantis, eousque fructuum rationem habendam quousque haberetur, si non perisset: id est, ad rei iudicandæ tempus [d], & Iuliano placet. Hac ratione: si nudæ proprietatis dominus perierit [e], & inter moras vsusfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem vsusfructus reuersus est: ratio fructuum habebitur [f].

Ad l. fructus 33.

a *Sed & qui percipi potuerunt.* Ex his nimirum verbis infert Accurs. & cum eo cæteri legem hanc loqui de solo malæ fidei possessore, cuius odio receptum est, vt non tantùm perceptos fructus restituere teneatur, sed etiam omnes eos qui ab ipso adeoque qui à domino percipi potuerunt *l. si nauis 62. §. vlt. infr.* Sed malè. Nam imò verò de solo bonæ fidei possessore Paulus hoc loco tractat, sed de fructibus post litê contestatã perceptis aut percipiendis in quibus nullum bonæ fidei possessor habet priuilegium tanquam qui ex die litis contestatæ cœperit esse in mala fide, *l. si homo 45. ÿ. l. sed et si 25. §. si ante sup. de hered. petit.* Idq; apparet tam ex eo quod Paulus ponit rem petitam periisse dolo aut culpa possessoris, quæ distinctio non nisi in bonæ fidei possessorem cadere potest, cùm malæ fidei possessor indistinctè teneatur de interitu rei etiam extra culpam suam contingente, vt dixi ad *l. item si verberatum 15. §. vlt. & l. seq. sup. ex l. illud. 40. sup. De hered. petit.* Quàm ex illo etiam quod tractat Paulus de habenda ratione fructuum in rei vsque iudicandæ tempus. Nec enim res iudicari potest nisi post litem contestatam. Denique tota hæc lex est de re petita, quæ porrò non dicitur peti nisi per contestationem, *l. amplius 15. inf. rat. rem haber.* Agit ergo de fructibus post litem contestatem perceptis, vt & *l. & ex diuerso 55. inf.* vbi apertius hoc est ex illis verbis *si petitor lite contestata vsumfructum legauerit.*

b *Honeste.* Ratio dubitandi. Non debet honesta interpretatio lucrum inhonesti quæstus adferre malæ fidei possessori. *l. si possessor 52. ÿ. de hered. petit.* Atqui tractamus de fructibus perceptis post litem contestatam, vt proximè diximus. Ergo à malæ fidei possessore, licèt bonæ fidei possessor anteà fuisset. Ratio decidendi. Primum iuris præceptum est honestè viuere, *l. antepen. §. 1. sup. de iustit. & iur.* Proinde nemo credendus est posse id facere quod honestè non possit, *l. filius 15. ÿ. De condic. instit.* Ergo nec potuisse fructus alios percipere, quàm quos honestè percipere potuisset. Verùm ad percipiendos tantùm fructus hoc pertinet, non etiam ad perceptos. Percepti enim quamuis inhonestè omnes restituendi sunt, *l. ancillarum 27. §. vlt. sup. de hered. petit.* Ex illa scilicet ratione, quam attulimus ex *d. l. si possessor 52. eod. tit.*

c *Si dolo aut culpa possessoris.* Requirit semper Paulus dolum & culpam possessoris vt teneatur de rei petitæ interitu naturali etiam post litem contestatam contingente. Nimirum cùm tractat de bonæ fidei possessore quem alioqui non putaret teneri contra Proculi, Vlpiani & aliorum sententiam, vt suprà diximus. Cæterùm non tantùm possessoris ipsius culpa & dolus in hoc iudicium venit, sed etiam heredis, *l. si in rem 42. iunct. l. qui petitorio 36. §. 1. si homo 45. infr. eod.*

d *Ad rei iudicandæ tempus.* Noli intelligere cũ Accursio ex tẽpore moræ. Significatur enim his verbis terminus

Digitized by Google

terminus ad quem non terminus à quo. Nec tamen is veniet fructus in hoc iudicio vnquam debeat ex die moræ. Nam si bonæ fidei possessor fuit reddere debet extantes omnes etiam qui ante motam percepti sunt; consumptos verò nullos nisi ex die litis contestatæ. Sin malæ fidei possessor, omnes restituere cogitur sine vlla temporis distinctione, quia ex die possessionis quo mala fides cœpit, semper motam facere intelligitur. Sensus ergo huius loci est Erianî bonæ fidei possessorem debere fructus restituere quæ dolo culpâve ipsius perit, non tantùm in diem vsque quo petiit, sed etiam in rei vsque indicandæ tempus.

Ratio dubitandi. Nec malæ fidei possessor ad alios fructus tenetur quàm qui vel percepti ab eo sunt, vel percipi honestè potuerunt *l. finali 62. §. 1. infr.* Atqui mortui hominis fructus nulli sunt, nec esse possunt, Imò nec vlla hominis æstimatio si reducatur ad id instans quo mortuus, licèt eo instanti adhuc viuat *l. pen. ʒ. de condict. triti.* Ergo fieri non potest, vt ex die quo perijt homo mortuus est, licèt dolo vel culpa possessoris, & post litem contestatam, vlli tamen fructus debeantur in diem vsque rei iudicatæ. Ratio decidendi. Res quæ post litem contestatam perijt dolo vel culpa possessoris perinde habetur ac si adhuc extaret, & hominem etiam ex stipulatu debitus & post moram mortuus adhuc creditur viuere *l. si seruum 91. §. sequitur. & §. vlt. inf. de verbor. oblig.* Ergo ipsius quoque fructus æstimari possunt quales quantique æstimarentur si non perijsset in tempus vsq; quo res iud catur. Cùm hoc casu etiam post rem peremptam necessaria sit sententia nō modò propter fructus & partus, & stipulationem de euictione, sed etiam propter rem ipsam peremptam *l. vtique 16. in princip. & §. 1. sup. l. qui petitorio 36. §. 1. ʒ.* Planè si homo petitus in eam valetudinem inciderat, vt nullas operas præstare posset, multò minus æquum erit operas ipsius aliquas æstimari post ipsius mortem quas nec si vixisset, præstare tamen vllas potuisset *l. pen. ʒ. hoc tit.* Nec scilic. alioqui plus prosit fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero, contra regulam iuris. Sanè post rem iudicatā nulla ratio est vt fructus vlli æstimentur, quia nec in hoc iudicium venirent etiamsi res non perijsset; Alioqui eueniret necesse esset vt homo post litem contestatam mortuus qui pro adhuc viuo haberetur in perpetuum viuere crederetur, quia non posset dari minimum temporis à quo deberet incipere haberi pro mortuo, qui tamen iam semel re verâ mortuus mori amplius postea nunquam posset. Præterea quod tunc quoque cùm penitus homo viuit eo adhuc tempore quo res iudicatur, nihil tamen iudex pronūciare potest de fructibus posteà percipiendis, quia ad eum ius pertinere futuri temporis tractus *l. 1. §. 1. ʒ. de vsur.*

e *Sine de proprietatis dominio petatur.* Scilicet nudam proprietatē. A quo verò? An à fructuario, vel alio qui ab ipso causam habeat? Ita putat Azo, Nam etiam & ab eo qui sit prorsus extraneus. Quasi eo casu quo contra extraneum agatur habenda sit ratio fructuum prius etiā quàm vsusfructus amissus sit, quia nullam illi seruitutem debet dominus nudæ proprietatis, *arg. l. loci 4. §. competit. ʒ. si seruitut. vendic. & l. pen. vers. quod si forte. ʒ. si vsusfr. petet.* Sed malè, & parum accommodatè ad superiorem huius legis sententiam, cui hæc quoque connectitur. Vult enim Paulus dicere petitori nudæ proprietatis restituēdos esse à possessore fructus etiam quos non perceperit si modò eos percipere potuerit, Potuit autem ex quo die vsusfructus amissus est non anteà, Ergo & fructus æstimandi erunt in proposito ex die amissi vsusfructus, non ex veteris retrorsum tempus. Quòd si poneres actū fuisse vendicatione contra fructuarium, vel alium qui ab eo causam haberet, dubitandum non esset quin teneretur ille ad restituendos fructus perceptos ante amissum vsumfructum, quia eos percepisset. Non etiam ad cæteros exinde percipiendos, quia neosi voluisset percipere, tamen illos potuisset, finito nimirum vel amissu iam vsufructu. Est igitur hic locus intelligēdus de fundo fructuario quem dominus vindicet ab extraneo penitus possessore, non ab ipso vsufructuario.

f *Ratio fructuum habebitur*, quamuis possessor eos fructus non perceperit, sed fortè vel fructuarius ipse, vel fructuarij heres, vel alius quilibet nullo iure. Sufficit enim quod possessor eos percipere potuerit, quomodo certè potuit ex die amissi vel finiti vsusfructus. Anterioris ergo temporis fructus nulli debebuntur, cùm eos possessor honestè percipere non potuerit, quandiu durauit vsusfructus. Sic in *l. vsd. amus 19. ʒ. de vsur.* longè *l. prox. seq.*

34. IVLIANVS libro 7. Digestorum.

IDem est [a], & si per alluuionem [b] pars fundo accesserit.

Ad l. idem est 34.

a *Idem est*, vt scilicet possessor fundi hoc casu condemnandus sit ad fructus eius quoque portionis quæ per alluuionem accessit post litem contestatam, & inter moras iudicij, quamuis inspecto tempore litis contestatæ nulla huiusmodi fructuum ratio haberi possit.

Ratio dubitandi. Eadem est ad hanc legem, quæ ad versic. vlt. legis præcedentis. Illa nimirum, quòd tempore litis contestatæ & cùm petita res est, nulli fructus percipi aut peti poterant pro ea parte quæ posteà per alluuionem accessit, quia nondum illa accesserat, sicut & in specie vltima legis præcedentis nihil fuerat petitum præter nudam proprietatem, quæ fieri non potest vt fructus vllus ferat *l. videamus 19. ʒ. de vsur.* Ergo non possunt fructus vlli in hoc iudicium venire, tametsi posteà pars fundi per alluuionem accesserit parti petitæ, aut vsusfructus redierit ad proprietatem. Nec enim videtur Iudex datus de ea re quæ post iudicium acceptum accessit, sed potiùs noua interpellatione opus esse *l. non potest 23. supr. de iudic.*

Ratio decidendi. Id omne debet possessor reddere quod petitor habere potuisset in tempus vsque rei iudicatæ, si litis contestatæ tempore restituta ei res fuisset *l. præterea 20. sup. hoc tit. l. prox. §. 1. inf. eod.* Alioqui res non videretur restituta *dict. §. 1.* Atqui si res petita fuisset restituta petitori, potuisset ille percipere fructus eius quoque partis quæ post litem contestatam accessit fundo per alluuionem, quia ponimus eam accessisse inter moras iudicij & ante tempus rei iudicandæ, Sicut & in superiore specie potuisset percipere fructus qui per consolidationem vsusfructus cum nuda proprie-

tate ex fundo prouenerunt. Nam & consolidationem illam ponimus factam inter moras iudicij, vt Paulus loquitur, id est, post litem quidem contestatam, sed ante rem iudicatam. Ergo eos quoque fructus restituere possessor debebit, licèt nullos perceperit, quia sufficit percipi eos potuisse. Et hoc est quod ait Paulus in *l. præcedẽte* his verbis *hac ratione*, id est, quia diximus non tantùm perceptos fructus restitui, sed etiam eos omnes qui percipi honestè potuerunt in tempus vsque rei iudicandæ. Hoc enim necessariò addendum est vt bona fit illatio, & vt sequentia cungruant præcedentibus, quod tamen Accursius prætermisit, vt facilè quiuis intelligeret non esse illum assecutum sententiam legis.

b *Per alluuionem*. Nam portio quæ per alluuionem adcrescit, non personæ, sed portioni adcrescit *l. si Titio 33. §. 1. ꝭ. de vsufr*. Ergo habiturus eam quoque actor erat si alia portio quæ petebatur ei restituta fuisset tempore litis contestatæ. Et ideò mirum non est venire illam in iudicium quo alia portio vindicabatur, scilicet tanquam causa quædam rei petitæ, arg. *dict. l. præterea 20. supr. & l. prox. seq. §. 1.*

35. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

ET ex diuerso, si petitor [a], lite contestata vsumfructum legauerit [b], ex eo tempore, ex quo discessit à proprietate [c], fructuum rationem non habendam quidam rectè putant.

Ad l. & ex diuerso 35.

a *Si petitor* plenæ proprietatis, vt bene Accursius noster explicat.

b *Vsumfructum legauerit*. An ei ipsi à quo rem petebat, Quasi si extraneo legasset, habenda nihilominùs fructuum ratio esset ex quo etiam vsusfructus à proprietate discessisset? Ita putat Accursius, secutus illam Azonis sententiam & interpretationem quam nos refutauimus ad *fin. l. 33. supr.* Sed malè, vt puto. Nam cùm vsusfructus à petitore legatus est extraneo, apparet non fuisse petitorem aut ipsius heredem ab eo tẽpore fructus vllos percepturum ex fundo petito, tametsi litis contestatæ tempore restitutus fundus fuisset. Illos enim legatarius percepisset, non minùs quàm si fundus ei ipsi à quo petebatur legatus esset. Vtroque igitur casu verum est non esse habendam rationem fructuum vt ad eorum restitutionem possessor condemnetur, nisi in id vsque tempus quo vsusfructus à proprietate discesserit. Nec tantùm si ponas fructus illos à possessore perceptos non fuisse, qui casus minorem habet dubitationem, cùm eos neque perceperit, neque percipere iure potuerit, sed etiamsi eos perceperit. Vt enim fructuum ratio haberi nulla pro petitore debeat, non tam inspiciendum est an fructus nullos possessor perceperit, quàm vtrum aliquos vel nullos percepturus fuerit petitor si restituta ei res fuisset. Atque nullos percipere potuisset heres petitoris ex ea re cuius vsumfructum petitor alij legasset. Ergo nec ad vllos condemnandus est possessor quamuis omnes perceperit.

Ratio dubitandi. Legatum à petitore factũ post litem contestatam non purgat malam fidem possessoris quæ ex contestatione inducitur. Atqui mala fides illa est quæ obligat possessorem ad restitutionem fructuum omnium & perceptorum & percipiendorum, vt diximus ad *l. fructus 13. & alibi pass. sup. hoc tit.* Ergo nõ eò minùs teneri debet possessor ad restitutionem fructuũ saltem eorum quos percepit ne ei mala fides sua prodesse incipiat ob legatum quod alteri & in alterius fauorem factum sit, Præsertim verò si petitoris heres idemque petitor paratus sit ei cauere de ipso defendendo aduersus fructuarium, vt in *l. pen. sup. de hered. petit.*

Ratio decidendi. Nudæ proprietatis fructus nullus esse aut intelligi potest *l. videamus 19. ꝭ. de vsur.* Atqui nuda fuit proprietas ex quo tempore ab ea discessit vsusfructus. Ergo ab eo tempore nulla fructuum in fauorem petitoris haberi ratio potest, Non quasi ab eo tẽpore fauorabilior sit possessor, qui saltem per contestationem in mala fide constitutus est, Sed quia exinde nullũ ius superfuerit domino nudæ proprietatis ad repetendos fructus qui facto ipsius petitoris ad alium pertinere cœperunt. Itaque summouetur hoc casu petitor à petitione fructuum nõ iure aliquo vel fauore possessoris, sed ob non ius ipsius petitoris, vt euenit alijs plerisque casibus *l. dcci 4. §. competit. ꝭ. si seruit. vindic. l. vlt. C. hoc tit. l. vlt. de acquir. poss. ꝭ.*

c *Ex quo discessit a proprietate*, id est, à quo tempore adita est hereditas illius qui vsumfructum legauit. Ab eo enim duntaxat tempore legati vsusfructus diés cedit, & actio de vsufructu competere incipit, quia cùm vsusfructus ex fruendo consistat, tunc demùm constituitur vsusfructus, cùm quis iam frui potest, Nemo autem frui potest ante aditam hereditatem, non solùm quod tamdiu incertum sit an legatum præstandum sit, sed etiam quia nemo adhuc est qui vsumfructum tradere possit, & à proprietate separare *l. vnic. in princip. & §. dies autẽ. infr. Quando dies vsusfructus legat. ced.* In eoque differt hoc legatum à cæteris quorum dies cedit à morte testatoris, quoniã in iure non in facto consistunt, Vsusfructus verò licet ius sit & in iure consistat potiùs quàm in corpore *l. Mæuius 66. §. fundo l. cum filius 76. § dominus. de leg. 2.* tamen ex facto maximè æstimatur, id est, ex fruendo, *dict. l. vnic.*

Ratio dubitandi. Quamuis vsusfructus à proprietate discesserit, non ideò tamen fructuarius facit fructus suos priusquàm satisdederit de re restituẽda, & de vtendo fruendo arbitrio boni viri, Ex *tit. vsufr. quẽ caueat. Not. in l. 1. C. de vsufr. & in l. vxori fructu 24. ꝭ. de vsufr. legat.* Ergo non eò minùs fructuũ ratio habenda est contra possessorem etiam postquam vsusfructus à proprietate discessit, In id scil. vsque tempus quo satisdatio præstita sit.

Ratio decidendi. Statim atque vsusfructus à proprietate discessit, proprietas nuda remanet, Ergo nullum ius superest proprietario ratione fructuum vt eos petere possit à possessore cùm nudæ proprietatis fructus nullus intelligi possit, vt iam diximus ex *dict. l. videamus 19. de vsur.* Nec proinde quærendum est an fructuarius suos fructus facere potuerit, an non. Quanquam verius est fructuarium facere fructus suos omnes quos percepit, nulla etiam præstita satisdatione cùm imputari possit heredi aut alij qui vsumfructum tradidit cur tradiderit ante satisdationem. Nam nec satisdatio aliter debetur quàm si petatur. Nec repugnat quod scriptum est in *dict. l. vxori* iis verbis *post impletam ex se-*

natusc.

natura consulto cautionem. Non enim ad cautionem de vistructu quolibet daodam id pertinet, sed ad eam quæ necessaria omnino est, vt pecuniæ, & nominum, & cæterarum rerum quæ vsu consumuntur, & de quibus ibi agitur, quarum vsusfructus constitui possit *l. 1. & sequentibus, & toto titul. de vsufruct. earum rer. quæ vsu consum.* His adnectit Accursius quæstionem De fructibus à bonæ vel malæ fidei possessore perceptis, Cui tamen aptior locus erit ad *l. bonæ fidei 48. de acquirend. rer. domin.* Summa hæc est. Bonæ fidei possessorem facere omnes fructus suos nec minus naturales, quàm industriales, Non tamen absolutè, vt eos lucretur si non eos, vel vsuceperit, vel consumpserit, sed interim, id est, quamdiu res non euincitur per vindicationem *dict. l. bonæ fidei. iunct. §. sed non domino. Instit. de rerum diuis. qui fuit 35. §. vitim. infr. de vsur. l. 4. §. post litem finam reg. d. leg. 4. §. Iana De vsucap.* Nam cùm res euincitur & vindicatur, condemnandus est bonæ fidei possessor, vt fructus omnes qui extant, siue naturales, siue industriales sint, restituat, officio scilicet iudicis, eâdemque rei vindicatione qua rem ipsam vindicat non alia. Loquimur autem de perceptis ante litem contestatam, Nam qui posteà percepti sunt, omnes restitui debent tanquam à malæ fidei possessore percepti *leg. certum 22. C. hoc titul.* At malæ fidei possessor omnes omnino fructus simul cum ipsa re præstare debet, cum hac tantùm differentia quod extantes ab eo per vindicationem petendi sunt, consumpti verò per condictionem repetendi *l. mala fide 3. Cod. de condict. ex leg. & sin. caus.* Scripsi pluribus *lib 6. Conject. cap. 8.* vbi etiam de sententia & emendatione *leg. fructus 45. de vsur.* quæ sola totam hanc quæstionem difficilem & inexplicabilem incipientibus fecit.

1 § Vbi autem alienum fundum petij, & iudex sententia declarauit meum esse [a]: debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore [c], & de fructibus condemnaturum [d] non debere enim lucro possessoris cedere fructus. cùm victus sit, alioquin, vt Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui & quare habeat, quod non esse: habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?

Ad §. 1. Vbi autem.

a *Declarauit meum esse*, falsis nimirum allegationibus deceptus, & falsis probationibus. Nec enim sufficit ei qui agit directa rei vindicatione, vt dominium se alleget, si non etiam probet. & quidem plenissimè *l. unico 24. l. vltim. & pass. C. hoc titul. l. siue possidetis 16. leg. ad probation. in dominij 21. Cod. de probat.*

b *Etiam de fructibus.* Ratio dubitandi. Fructus non veniunt in vindicationem nisi iure dominij, quia scilicet non iure seminis, sed iure soli percipiuntur *l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Ergo non possunt deberi fructus ei, aut ad eum pertinere, qui fundum alienum petiit. Maximè verò si eius fundi dominium ad possessorem ipsum pertineat qui per errorem & iniuriam iudicis condemnatus fuit. Nec enim sententia potest constituere & acquirere alicui dominium, sed tantùm id quod est declarare *l. sicut autem 8. §. sed si quæritur. infr. si seruitu. vindic.* Ergo probato errore iudicis in adiudicatione petitori facta rei alienæ nulla fructuum condemnatio sequi potest.

Ratio decidendi. Res iudicata pro veritate habetur *l. res iudicata 207. De regulis iuris l. ingenuum 25. De statulib homin.* ne alioqui nullus futurus sit litium finis *l. 2. & 4. Cod. de re iudicat.* Et ad reipublicæ vtilitatem pertinent vt rerum iudicatarum præcipua sit authoritas, mandenturque executioni, etsi per errorem aut per sordes, vel gratiam iudicatum sit *l. si filio 5. §. 9. ait prætor. infr. ad Sen. consultum Trebellianum.* Ergo post sententiam pro non domino lata qui dominus pronunciatus fuit habendus ille est pro vero domino, & consequenter possessor pro non domino, etiamsi verè dominus antea fuisset. Ergo & de fructibus perinde condemnari possessor debet, atque condemnandus esset si dominium vere ad actorem pertineret. Non enim debent fructus cedere lucro possessoris qui victus est. Cederent autem si non eos restituere teneretur. Denique cùm iudex pronunciauit, licèt per errorem, fundum esse petitoris, hoc ipso cogitur arbitrari, eum restitui debere petitori. Atqui non videretur id arbitrari si non eodem errore possessorem de fructibus condemnaret, nec rursus videretur restitutus fundus qui plenissimè restitutus non esset, & cum omni sua causa *leg. præterea. supr. leg. videamus 38. §. in Fauiana infr. de vsur. l. 1. §. infr. commod.* licèt eo loco non agatur de re restituta sine fructibus, sed de re quæ detetior reddita est.

c *Eodem enim errore.* Ratio dubitandi. Quod non ratione, sed errore factum est numquam trahi debet ad consequentias *l. quod non ratione 39. supr. de legibus*, quia nec errantis voluntas vlla vel consensus esse intelligitur *leg. si per errorem 15. inf. de iurisdict.* Ideoque corrigendi sunt errores vbi deprehensi sunt, non multiplicandi. Ergo si appareat malè ac per errorem pronunciatum esse de fundo, nulla ratio est vt eodem errore de fructibus quoque contra possessorem pronuncietur, Ne alioqui duplex fiat iniuria possessori cui vnam factam esse satis sit.

Ratio decidendi. Causa fructuum ita est coniuncta cum causa dominij, vt ab ea separari non possit, cùm fructus non iure seminis percipiuntor, sed iure soli. Necessariò igitur facere iudex debet, vt fructuum restitutio concomitetur aut saltem sequatur rei restitutionem. Alioqui dum id ageret ne erraret in facto, erraret euidenter in iure quod esset multò absurdius. Error enim iuris intolerabilis est in iudice, facti verò tolerabilis etiamin eo qui alioquin prudentissimus sit, *leg. 2. de iur. & fact. ignor.* Eiusque hic casus elegantissimus inter eos qui adferri possunt, vt probetur exemplis, Multa in iure nostro admittenda esse quamuis absurda & iniqua, ob hoc solùm ne quid absurdius & iniquius emergat. Nam errorem errore cumulari à prudente & sciente iudice absurdum sanè est. Sed tamen esset absurdius

aliter ius constitui ob orationes illas quas suprà annotauimus, & quæ à Paulo hîc subiiciuntur. Facit *l. ita vulneratus 51. versic. quod si quis absurdè. infr. ad leg. Aquiliam.*

d *Condemnaturum.* An per eandem sententiam, aut saltem eodem die & partibus comminus adhuc constitutis, vt loquitur *l. terminato 3. Cod. de fructibus & lit. expens. l. Paulus respondit 42. infr. de re iudicat.* Ita Accursius. Nempe vt idem addidit si agatur de fructibus, non nisi iudicis officio debitis, quales sunt ij potissimùm qui ante litem contestatam percepti sunt. Iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit quæcumque in iudicio versantur. Ea autem quæ ante iudicium acceptum contigerunt non valdè ad eum pertinent *l. Ædiles 25. §. item sciendum est de ædilit. edict.* Porrò iudicis officium nullum superesse potest post terminatum processuale negotium per sententiam definitiuam *dict. l. terminato, l. qui per collusionem 40. §. 1. de actio. empt. leg. 4. Cod. de pos.* Aliud est in fructibus debitis iure actionis quales sunt ij qui ante litem contestatam percepti sunt etiam à bonæ fidei possessore si extent. Possunt enim vindicari *dict. l. certum 22. Cod. hoc titul.* Quemadmodum & malæ fidei possessori condicerentur *l. 3. C. de condict. ex l. g. & sin. caus.* Videtur autem mihi Paulus hoc loco de his fructibus sentire qui iure actionis peti possunt, & consequenter etiam post sententiam quantocumque temporis interuallo. Nec enim facilè potest euenire, vt eo ipso instanti quo fertur sententia, at ne quidem eo ipso die appareat sententiam per errorem prolatam esse. Quanquam nec aliud iuris esse puto in fructibus perceptis post litem contestatam, & qui non nisi officio iudicis veniunt in hanc actionem, de quibus sanè solis hæc lex loquitur, vt constat ex ratione illa quam Paulus adfert quòd non debeat possessor habere id quod non esset habiturus si statim mihi possessionem restituisset, vbi benè Azo *statim*, id est, inquit, lite contestata. Nempe quia veniant in necessariam consequentiam eius quod à iudice pronunciatum, & pronunciandum necessariò fuit restitui rem debere, siquidem, vt iam diximus, non videretur restitui res si non etiam fructus post litem contestatam percepti restituerentur. Ergo non minùs superest petitio fructuum etiam ex interuallo post sententiam, quàm vt res ipsa restituatur, Et hoc est quod ait *dict. l. certum,* fructus cum ipsa re præstari. Nec ad hunc casum pertinet lex *Terminato 3. Cod. de fructibus & lit. expens.* quæ de sumptibus tantùm loquitur non de fructibus rei per vindicationem petitæ. Idémque iuris est licèt non per vindicationem petita res sit, sed per actionem personalem quæ aut ex Prætoris edicto, aut ex sententia iudicis obliget reum ad rem restituendam, vt in *l. videamus, §. in princip. & pass. vsque ad §. si actionem. infr. de vsur.* Id enim facit verbum restituendi *l. restituere 75. l. vltim. in fin. de verborum significationib.* His itaque omnibus casibus veniunt fructus non solo iudicis officio, sed vi actionis. At si per actionem personalem petatur res quæ numquam fuerit actoris, fructus quidem perinde debentur post litem contestatam ex ratione posita in *l. ... de vsur.* sed ex æquitate duntaxat & officio iudicis *dict. l. §. si actionem.* Ideoque si nihil de iis dictum sit in sententia, non potest iudex postea & ex interuallo, nisi eodem saltem die pronunciare *dict. l. Paulus. dict. l. terminato. dict. l. qui ... §. ...* Ergo cùm loquatur hoc loco Paulus de fructibus rei per vindicationem petitæ, ridicula est & inepta Accursij nostri interpretatio & distinctio. Malè quoque idem Accursius ad hanc legem accommodat quod scriptum est in *l. eum ... 16. infr. de exception. r. iudic.* Exceptionem iniquum esse. Rei iudicatæ exceptionem ei prodesse contra quem iudicatum est. In hac enim specie quàm tractamus non tam exceptio rei iudicatæ videbatur nocere actori qui non agebat iterum, sed vt eiusdem actionis fructus petebat, quàm quod nullo iure fructus istos vindicationis iure peteret is, quem constabat dominum non esse, nec nisi per errorem pro domino habitum à iudice, talémque pronunciatum fuisse.

2 ¶ Petitor possessori de euictione cauere non cogitur [a] rei nomine, cuius æstimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem [b].

Ad §. 2. petitor.

a *Cauere non cogitur.* Ratio dubitandi, Litis æstimatio similis est emptioni *leg. 2. infr. pro emptor.* & qui litis æstimationem accepit, venditoris loco esse intelligitur *l. si seruum 10. eodem.* Atqui venditor non solùm tenetur de euictione ex natura contractus *l. si in venditione 60. & tot. titul. infr. de euiction.* sed etiam cauere debet eo nomine, id est emptori habere licere *l. ex empto 11. §. idem Neratius. de action. empt. leg. emptor duplam 37. de euict. l. ... 72. de contrahend. empt.* Ergo & qui litis æstimationem accepit tenetur de euictione *l. si propter res amotas 22. infr. rer. amotar.* & cauere cogendus est.

Ratio decidendi. Qui obtulit æstimationem litis cùm rem ipsam restituere posset, imputare sibi debet cur non potiùs rem restituerit, Ideóque quamuis aduersarium de euictione obligatum habeat, cautionem tamen ab eo petere non potest *l. ... l. si pignori 59. infr. famil. erciscund. l. si seruus furtiuus 12. §. ... D. condict. furtiu.* Nam si rem restituisset, habuisset actor quod petebat, nec cauere coactus fuisset. Absurdum verò est superuacua cautione quam onerari ex facto aduersarij cui possit imputari, argument. *leg. hac stipulatione ... in fin. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Vnus tamen casus excipiendus est, in quo etiam is qui litis æstimationem accepit, nihilominùs de euictione cauere cogitur. Casus ille est in *l. si donata 3. §. de donation. inter virum & vxorem.* Si res donatæ coniugià coniuge extent nec reddantur. Tunc enim æstimatio facienda est iusto precio, cauerique possidenti debet de euictione simpli quanti ea res sit, Et rationem Papinianus reddit, qui possidendi causam donario præstiterat, id est, vt Accur-

sius

Digitized by Google

fius hîc explicat, à donatore causam possessor habuerat.

b *Qui non restituit rem.* Ratio dubitandi. Ei cui potest imputari aliquid nō debēt cedi actiones puta si quis dolo malo desiit possidere *leg. 25 qui dolo 69. inf. l. mulier 19 ans. qui potior. in pign. hab.* Atqui hunc qui obtulit æstimationem litis cùm rem restituere posset actiones cedere petitor debet *leg. si culpa 63. infr. hoc tit.* Ergo nihil potest ei imputari.

Ratio decidendi. Nullum petitoris damnum aut incommodum est in cedendis actionibus, cùm ex ea cessione is qui cessit nullomodo obligetur, Quod diuersum est in præstanda cautione, tum quoque cùm sine fideiussoribus cauetur, cùm ea ratione actor in obligatione retineatur, atque ita tantò pauperior fieri videatur, sicut è contrario locupletior non dicitur qui ab obligatione liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solution. l. 3. §. ctes 1. De acceptilat.* Porrò qui non æquum vindicat vel hoc siliem consequi possessorem, quod sine dispendio actoris futurum est *l. in creditore 38. infr. de euict. l. 2. §. item Varius inf. De aqua & aqua pluuia arcend.* Obseruat amē si quæratur an possessor qui litis æstimationem præstitit hoc ipso fiat dominus rei petitæ. Distinguendum est an res præsens sit an absens, ex *l. hæc si res 45. infr.* vbi dicemus.

3 ¶ Eorum quoque, quæ sine interitu diuidi non possunt, partem petere posse [a] constat.

Ad §. vlt. eorum quoque.

a *Partem petere posse.* Ratio dubitandi. Rei quæ est communis pro indiuiso nulla pars est quæ ita sit vnius vt non sit etiam alterius *l. illud 40. infr. de ritu nuptiarum.* Et id demùm dicimus rectè nostrum esse cuius nulla pars ad alium pertineat *l. rectè dicimus 25. de verbor. significat.* Atqui is qui vindicat, dici & debet probare rem suam esse *leg. 1. l. in rem 23. sup. eod. l. Quintus. §. argento. de aur. & argent. legat.* Ergo eorum quæ communia sunt nec sine interitu diuidi possunt, nulla pars per vindicationem peti potest. Ratio decidendi Rei communis partes certa sunt & distinctæ inter condiuisores, saltem iuris intellectu non diuisione corporum, siue diuidi res possint, siue non possint *l. Mesius 66. § duorum. de lega. 2.* Nec pars vnius est pars alterius licèt nulla pars in corpore communi possit demonstrari aut etiam intellectu percipi quæ non sit communis pro indiuiso. Nihil ergo vetat quin possit quisque ex sociis partem suam vindicare pro indiuiso, Sed multò magis si res talis sit quæ diuidi nullomodo possit, puta si sit res mobilis *l. Pomponius 8. in fin sup.* vbi dixi *supr. hoc titul.* Nec proinde verendum est ne tam incerta sit hæc petitio, vt non possit eā sequi condemnatio, vt in *leg. idem Pomponius 5. §. vlt. sup.* Quanquam mihi yetiam etiam incertæ partis vindicationem dari si iusta causa interueniat *l. quæ de tota 77. §. 1. infr. eod.* Iunge *leg. non possumus 7. supr. si pars h. red. petat.*

36. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

QVi petitorio iudicio [a] vtitur [b], ne frustra experiatur, requirere [c] debet [d], an is, cum quo instituat actionem possessor sit, vel dolo desiit possidere [e].

Ad l. qui petitorio 36.

a *Petitorio iudicio*, id est, directa rei vindicatione per quam scilicet res petitur, Vnde & petitor dicitur qui vindicat veriùs quàm actor, & vindicatio ipsa petitio magis propriè quàm actio *l. actio in personam infr. de oblig. & act. l. pecunia 178. §. actionis. de verbor. signific.* Ad differentiam etiam possessorij iudicij per quod res non petitur, sed tantùm de rei possessione disputatur.

b *Vtitur*, id est, vti vult, vt bene Accursius interpretatur. Iudicium enim nullum est nisi post litem contestatam, & apud iudicem datum, Interrogatio autem facienda est in iure, id est, apud Prætorem ante litem contestatam virum reus possideat, necne. Et debet reus respondere an possideat, & pro qua parte *l. qui fcrunium ante 9. an iure. infr. de interrogat. in iur. fac.* An non verò etiam apud iudicem fieri hæc interrogatio potest? Vtique si ad necessarium petitor elegerit. At non etiam si quis tanquam possessor sit cùm non esset se liti obtulerit, cùm hic perinde condemnandus sit ac si possideret *l. sin autem 27. in prin. sup. eod.* Non sit autem hæc perquisitio, nisi ad eum finem ne frustrà actor experiatur si alius possessor sit quàm qui conuenitur, & is qui conuenitur in ea causa sit, vt quia non possidet condemnari non possit.

c *Requirere*, scilicet vel per interrogationem in iure faciendam, vel per diligentem aliam quamlibet inquisitionem.

d *Debet.* Ne scilicet alioqui facilè eueniat, vt frustrà in rem egerit contra non possidentem. Itaque consilium illud est, inquit Accursius, non præceptum. Ratio dubitandi. Etiamsi petitor non inquirat an reus possideat, néc ue, ad officium tamen iudicis dari maximè pertinet, vt de hoc ipso inquirat, vt & in vindicatione pignoris, & in qualibet alia in rem actione *l. si fundus 16. § in vindicatione. infr. de pign.* Ergo non necesse est vt de eo petitor inquirat ante litem contestatam.

Ratio decidendi. Actio in rem nō contra alium dari potest quàm contra eum qui rem possidet, eamque defendere paratus est. Frustra ergo instituitur contra non possidentem. Et ob id nimirum inquiri ex officio suo iudex an reus possideat si se neget possidere nec liti vltrò se obtulerit. Nimirum vt eo casu quo comperiat reum non possidere eum absoluat, & petitorem in sumptus litis temerariæ condemnet *dict. §. in vindicatione.* Planè si reus se liti obtulerit, id sufficere acturi, vt reus condemnetur etiamsi nec possideat, nec dolo desierit possidere, vt dixi ad *l. 25 qui se obtulit 25. supr. eod.*

e *Vel dolo desiit possidere.* Ratio dubitandi. Qui dolo desiit possidere non possidet. Ergo non nisi frustrà potest conueniri per actionem in rem ad restituendum id quod non habet, ad cuius resti-

tuendi non habeat facultatem, argum. *l. officium 9. supr. hoc titulo.* Ratio decidendi. Dolus pro possessione est *l. qui dolo 131. & l. parem 150 de regul. iur. l. si rem 17. de excep. rei iud. l. 2. § hoc interdictum.* Ne quid *in loc. public.* & *leg. electio 26. §. 1. de noxal. action.* Sufficit autem actori vt possit extorquere condemnationem pecuniariam, & litis æstimationem, quæ pro re sit.

1 ¶ Qui in rem conuenitur, etiam culpæ nomine [a] condemnatur. Culpæ autem reus est possessor, qui per insidiosa loca seruum misit [b]. si is periit, & qui seruum à se petitum, in harena esse concessit [c], & is mortuus sit: sed & qui fugitiuum à se petitum non custodit, si is fugit [d]: & qui nauem [e] à se petitam, aduerso tempore [f] nauigaturum misit, si ea naufragio perempta est.

Ad §. 1. qui in rem.

a *Etiam culpa nomine.* Ratio dubitandi. Possessor conuentus rei vindicatione tametsi in bona fide fuerit ante litem contestatam, tametsi ex die contestationis malæ fidei possessor factus tenetur de naturali interitu rei etiam citra moram contingente, quia iam cùm culpam admisisse intelligitur cùm litem contestari maluit quàm rem restituere *l. nemo 82. §. 1. infr. de verbor. obligat.* quandoquidem si rem eo tempore restituisset, potuisset petitor rem distrahere atque ita precium lucratus fuisset *l. item si verberatum 15. §. vltim. supr. hoc tit.* Ergo non est adhibenda distinctio quæ in hoc §. adhibetur, An possessoris culpa aliqua interuenerit post litem contestatam, an nulla.

Ratio decidendi. Fuit illa sententia Proculi à Paulo relata in *l. illud 40. sup. de hered. petit.* & ab Vlpiano probata in *dict. §. vlt. & in l. cùm res 47. §. vlt. de legat. 1.* & à Caio in *l. si plures 14. §. 1. inf. depos.* Sed quam tamen Paulus improbauit in bonæ fidei possessore, quippe qui non debeat huius periculi metu ius suum temerè indefensum relinquere *d. l. illud.* Eo igitur tantùm casu admittit Paulus teneri possessorem de interitu rei post moram contingente, adeoque post litem contestatam, si vel dolus, vel saltem culpa possessoris aliqua interuenerit quæ dederit causam morti. Non ergo requirit dolum, sed vult sufficere culpam, quam nec Proculus, nec Vlpianus requirebat. Et hoc sibi vult Paulus illa dictione *etiam* quæ est implicatiua, acsi diceret *non tantùm doli, sed etiam culpæ nomine* Non quomodo Accurs. explicat *non solum propter fructus*, Dixi ad *l. vtique 16. in princip. & §. 1. supr.* Iunge *l. si homo 45. inf. eod.*

b *Per insidiosa loca seruum misit.* Ratio dubitandi. Non debet bonæ fidei possessor ius suum indefensum relinquere metu periculi quod accidere potest post litem contestatam, nec eò minùs vti re petita tanquam sua quam suam esse putat, dum ne aliter vtatur quàm faciebat ante litem contestatam, & facturus esset etiam hodie si lis nondum contestata esset, argum. *dict. l. illud 40. vers. nec enim debet. supr. de hered. petit.* Ergo nulla culpa est possessoris qui seruum petitum misit per insidiosa loca, æquè missurus etiamsi contestatio nulla præcessisset. Quid enim si non aliter negotia sua per seruum illum expedire potuit?

Ratio decidendi. Litis contestatio facit vt ex eo saltem tempore cœperit possessor quantumuis anteà bonæ fidei de iure possessionis suæ vacillare ac titubare *l. nemo ambigit 10. C. de acquirend. poss.* Ex eo igitur tempore debuit tantò cautior esse, ne qua ei culpa imputari posset, ac eum seruum non iam quasi suum, sed quasi alienum tractare, cùm imprudentia & negligentia quæ in propriis seruis culpanda est, in alienis sit etiam coercenda *l. si constante 24. §. si maritus. inf. solu. matrim.* Non ergo debuit seruum hunc mittere per loca insidiosa, cùm prospicere posset euenturum facilè vt ex ea causa periret *l. si quis domum 9. §. idem quærit. inf. locat.* Iunge *l. item quæritur 12. § si quis seruum. eod.*

c *In harena esse concesserit.* Idem est si seruum infirmum neglexerit, & ideò seruus mortuus sit qui hodie viueret si diligentiùs habitus fuisset *l. si seruum 91. in princip. de verb. oblig.*

d *Si is fugit.* Ratio dubitandi. Videtur adhibenda distinctio an seruus hic qui fugit custodiri debuerit, an non. Nec enim omnimodo tenetur bonæ fidei possessor ob fugam serui *l. si a bona fidei 21. & sequent. sup. eod.* Ratio decidendi. Ea distinctio non cadit in seruum quem constat esse fugitiuum, de quo solo hic §. loquitur. Fugitiuus enim est non qui nunc fugit, sed qui fugere solitus est *l. quid sit fugitiuus 17 in princip. & § idem ait. infr. de ædilit. edict.* Iunge *leg. si pecuniam 5. §. penult. de condict. sin. caus.*

e *Et qui nauem.* Ratio dubitandi. Nauis non ad aliud paratur quàm vt nauiget *l. arboribus 12. §. 1. inf. de vsufruct.* vbi dicitur ob hanc causam, Nauis vsufructu legato posse eam nauigatum mitti à fructuario, licèt naufragij periculum immineat.

Ratio decidendi. Culpa est mittere nauem nauigatum aduerso tempore & periculoso, Sicut & si minùs idoneis hominibus bonæ fidei possessor eam commiserit *l. vtique 16. §. 1. sup.* Et multò magis si sine gubernatore nauem immiserit, & tempestate orta temperare non potuerit, atque ita nauem perdiderit *d. l. item quæritur. §. si magister nauis, & præced. infr. locat.* Nec enim naues in hoc parantur, vt temerè his periculis obiiciantur.

f *Aduerso tempore,* id est ab Octobri vsque ad Aprilem *l. 3. in fin. C. de naufrag.*

37. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

IVlianus libro octauo Digestorum scribit: Si in aliena area ædificassem, cuius bonæ fidei quidem emptor fui, verùm eo tempore ædificaui, quo iam sciebam alienam: videamus [a], an nihil mihi exceptio prosit: nisi fortè quis dicat [b], prodesse de damno sollicito. Puto autem huic exceptionem non prodesse [c]. nec enim debuit [d], iam alienam certus [e], ædificium ponere. Sed hoc ei concedendum est [f], & sine dispendio domini areæ tollat ædificium, quod posuit.

Digitized by Google

Ad l. Iulianus 37.

a *Videamus an nihil mihi exceptio prosit.* His verbis Iulianus modestè, vt solent Iureconsulti, sententiam suam exprimit, nõ dubitanter. Et concludit quod paullo post subiicit apertiùs; Nihil mihi exceptionem prodesse debere.

b *Nisi forte quis dicat.* Ratio dubitandi est quæ his verbis exprimitur, quod in dubio fauendum sit huic possessori qui certat de damno vitando potiùs quàm petitori qui certat de lucro captãdo ex iactura alterius contra naturalem æquitatem. Quæ res solet inducere exceptione doli *l. 1. & 2. & pass. inf. de dol. mal. excep.* iunct. *l. nam hoc natura 14. de cõdict. indeb. l. iure natura 206. de reg. iur. l. plane 37. sup. de her. pet.* Sed ratio decidendi est quæ in hac ipsa lege subiicitur, quod non debuerit hic possessor iam certus alienam esse aream in ea ædificium ponere, debetque sibi imputare, Nec proinde damnum vllum sentire intelligitur, cùm quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videatur *leg. quod quis 203. de reg. iur.* Nec debet ei prodesse quod ab initio bonæ fidei possessor fuerit. Certum enim est cùm de impensis deducẽdis quæritur non aliud tempus inspici debere quàm quo factæ sunt *l. adeo 7. §. pen.* in illis verbis *vtique si nesciat qui ædificauit*, & rursum *& tanquam in suo bona fide ædificauit. De acq. rer. dom. inf. & §. ex diuerso. Inst. de rer. diuis.* quamuis cùm de fructibus percipiendis agitur, bonæ fidei possessor intelligatur quandiu fundus euictus non fuerit, licèt ex postfacto cognoscat rẽ esse alienã *l. qui scit 25. §. vlt. inf. de vsur.* sicut & bonã fidem ab initio interuenisse sufficit vt vsucapio cõpleatur *l. vnic. C. de transform. vsucap.* In eoque videtur mihi errasse Accurs. quod distinguit ad hac legem, & alibi passim, An loquamur de eo qui iã inde ab initio & semper fuerit malæ fidei possessor, an verò de eo qui ab initio fuerit bonæ fidei, postea verò cœperit esse malæ fidei, de quo in hac lege. Quasi prior donare videatur. In posteriore verò media via eligatur quæ ponitur in hac lege, vt tali possessori exceptio quidẽ doli denegetur, sed tamẽ permittatur tollere ædificiũ quod posuit dũmodo id faciat sine dispendio domini. Nulla enim iuris ratio, aut æquitatis fauorabiliorẽ efficit eum qui paullo ante ædificationẽ malæ fidei possessor esse cœpit, quàm cũ qui ab initio possessionis suæ talis fuit. Quomodo igitur conciliabimus Iulianũ nostrum qui hoc loco permittit possessori tollere ædificium quod posuit in aream quam alienam esse iam tum sciebat, cum supradictis iuris locis qui negant posse illum vindicare materiam ædificij ne quidem diruto ædificio quasi ex voluntate ipsius alienatam. Nam cui non permittitur tollere materiam diruto etiam ædificio, quantò minùs permittendum est vt diruat ædificium? quod tamen fieri necesse est si potestas ei fiat tollendi ædificij. Præter id quod nec videtur hoc fieri posse, quin offendatur lex 12. tab. quæ parte iunctum tignum solui vetat, vt diximus ad *l. in rem 23. §. pen. & vlt. sup. hoc ti.* Est enim aliud est tignum alienum iungi ædibus, Aliud verò ex alieno tigno ædes constitui, vt diximus ad *l. in rem 23. §. vlt. sup.* Ego verò non dubito quin totum hoc temperamentũ *sed hoc ei concedendum est, vt sine dispendio domini area tollat ædificium quod posuit*, Triboniano adscribẽdũ sit potiùs quàm Iuliano vel Vlpiano. Sicut & quod scriptum est in *l. vtiles 39. in fi.* ab illis verbis *vt tamen*, & in *l. plane 38. eiusd. tit.* de exæquando bonæ fidei possessore & prædone in vtilium impensarum deductione, quemadmodum ad eas leges partim iam indicauimus. Pugnat enim hoc temperamentum cum lege 12. tab. si ponas fuisse aliquas prius ædes quibuscunque quibus alienum tignum iunctum sit per nouam ædificationem. Itẽ atque cum legibus & locis suprà citatis, adeoque quod magis mirandum est cum eo ipso quod Tribonianus immutauit in *dict. l. plane*, vbi ille sub Pauli nomine dat prædoni deductionem vtilium impensarum perinde ac bonæ fidei possessori, Hac sola differentia quod in bonæ fidei possessoris persona, expensarum ratio haberi non potest, nisi per exceptionem doli *l. sin autem 27. §. vlt. sup. l. sumptus 48. inf. hoc tit.* In persona verò prædonis vult Tribonianus hoc contineri officio iudicis, nec doli exceptionem desiderari, quam scilicet videt nullomodo accommodari posse prædoni, aut alij cuilibet malæ fidei possessori qui ipse in dolo est, In quo facit condicionem prædonis meliorem si potest ille vincere etiam non opposita doli exceptione quam bonæ fidei possessor opponere necessariò debet, Nisi quod addit ibidẽ Tribon. in eo esse differentiam inter possessores, quod bonæ fidei possessor omnimodò impensas deducit etiamsi res non extet in quam fecit. Prædo autem non aliter quàm si res extet ac melior sit. Monet etiam me vt Triboniani aut saltem mali alicuius interpretis manum agnoscam, quod video in fine huius legis ita scriptum esse *sine dispendio domini* pro eo quod scribi debuit *sine rei detrimento* quod longè diuersum est. Nam *sine dispendio* nihil ferè aliud est quàm *sine sumptu*. Quis verò suspicari poterat sumptibus domini ædificiũ quod à malæ fidei possessore cõstructum esset tolli debere? Sed neque facilè possum animaduertere, quodnam rei detrimentum esse possit, & areæ si ædificium ex area tollatur. Qui enim fieri potest vt non eadem sit & maneat area quæ antea fuerat? Fateor vix fieri extra hunc casum posse, vt tollantur impensæ vtiles, quin verendum sit ne quid damni rei fiat. Ideoque nec alio vllo iuris loco reperias permitti ei qui vtiles impensas, præsertim mala fide fecit in rem alienam, vt eas tollat, sed tantùm vt eas deducat, siue per doli exceptionem si bonæ fidei possessor fuit, siue per officium iudicis si malæ fidei, vt in *dict. l. plane*, excepto prædone qui rei vindicatione conuenitur. De quo in *l. domum 5. C. hoc tit.* & qui melioris condicionis ideò est quòd animum donandi numquam habet. Sed cùm ædificatum est in area, in qua nihil erat præter aream, vix vereri quis possit ne cum areæ detrimento id fiat. Loquor de impensis in rem alienam factis; quoniam aliud est si quis in rem suam impenderit, quæ posteà per restitutionem in integrum ei auferatur, vt in *l. sine herede 22. §. interposito. vers. item respondit. inf. de admin. tut.* qui vnus locus videtur mihi causã dedisse cæteris omnibus corrumpendis. Quasi verò non debeat esse deterior condicio malæ fidei possessoris qui sumptus quos in rem alienam sciens fecit donare intelligitur, quàm eius qui in rem suam impendit, & cui causam possidendi præstitit venditio vel donatio ab ipso actore facta, vt in *dict. §. interposito*, & in *l. si donata 36. l. do eo 63. infr. de donat. inter virum & vxor.* Nec obstat quod scriptũ est in *l. prox. seq. vers. sufficit tibi*, vt nos ad eũ locũ dicemus.

Denique nullus est iuris locus qui cum hoc consentiat. Nam cæteri omnes, vel negant habendam rationem vllam impensarum in persona malæ fidei possessoris, quasi qui eas impensas voluntate sua alienasse ac donasse videatur, vt *d. l. adeò 7. § pen. de acqu. rer. domin. & §. ex diuerso. Inst. de rer. diuis.* Vel dicunt habendam eam ex æquitate, vt possit eas deducere perinde ac bonæ fidei possessor si modò res extet, ne petitor ex ipsius iactura locupletetur, vt *d. l. planè.* At nulla lex est, præter hanc, quæ dicat permittendum esse malæ fidei possessori non prædoni, vt tollat ædificiū quod in aliena area posuit. Fefellit, vt puto, interpretem, si interpres potiùs aliquis quàm Tribonianus fuit qui hæc verba addidit, quod scriptum vidit in *dict. l. vtiles 39. in fin. sup. de her. pet. Vt tamen potestas ei fieret tollendorū eorum quæ sine detrimento ipsius rei tolli possunt:* Sed obseruare debuit, præter id quod is etiam locus æquè suspectus est, non nisi de voluptariis impensis ibi tractari, vt & in *d. §. interposito. vers. item respondit,* & in *l. pro voluptariis 9. de imp. in reb. dotal. fact.* & in *l. vnic. §. sed nec ob impensas. vers. quod si voluptaria. C. de rei vxor. action.* Hic verò de vtilibus quarum nō parem, sed meliorem esse condicionem oporteret, si qua impensarum ratio in persona malæ fidei possessoris haberi potest. Ideóque & meliorem facit Tribon. in *d. l. planè, & d. l. vtiles* data prædoni ob vtiles deductione & retentione, ob voluptarias verò sola eas tollendi potestate. Adde quòd voluptarias impensas tolli lex duudecim tabularū nō prohibet, quomodo vetat tignum solui, & ædificia diruí. Non ergo defendi hoc temperamentū potest, vt neque meo iudicio quod additū legimus in *d. l. domum 5. in fin. C. hoc tit.* ab iis verbis, *nisi necessarios.* Nam & illa exceptio pugnat cum reliqua lege, & contextus ipse verborum minùs elegans est. Quod si hæc tibi coniectura nostra non probabitur, nihil habeo quod meliùs possim dicere quàm quod pro confirmanda Accursij sententia scripsi ad *d. l. planè 38. supr. de hered. petit.* vbi totam hanc quæstionem latiùs sum prosecutus.

c *Huic exceptionē non prodesse.* Scilicet doli quę omnimodo necessaria est possessori, etiam bonæ fidei ad seruādos sūptus in alienā rē bona fide factos *d. l. sin autem 27. §. vlt. sup. & l. sumptus 48. infr. eod.* Nec obstat quod scriptum est in *d. l. planè 38. supr. de petit. hered.* non desiderari exceptionem doli, sed officio iudicis hoc ipsum contineri, vt sumptus vtiles deducat. Obseruandum enim est agi eo loco non de vindicatione quæ arbitraria actio est *§. præterea. Inst. de action.* sed de petitione hereditatis quam bonæ fidei esse iam olim plerique putabant, quorum sententiam Iustinianus confirmauit in *l. vlt. in fin. C. de pet. her. §. actionum. Inst. de act.* Porrò bonæ fidei iudiciis doli exceptiones ipso iure insunt *l. sed et si 21. sol. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum. de leg. 1.* Non etiam iudiciis arbitrariis quæ propiùs accedunt ad naturā strictorū, licèt verè nec stricta sint nec bonę fidei *l. 3. § in his quoque. ff. de vsur.* Nihil ergo vetat doli exceptionem etiam bonæ fidei possessori pro deducēdis sumptibus necessariam esse si rei vindicatione agatur, vtilem verò etiam in petitione hereditatis *d. l. vtiles 39. §. 1.* tametsi nō esset necessaria si hereditatis petitione ageretur. Quanquam & in petitione hereditatis absurdum est dicere, quod scriptum est in *d. l. planè,* Officio iudicis contineri deductionem impensarum, vt eatenus ratio habeatur etiam in persona prædonis, quia nec doli exceptio desideretur. Tunc enim officio iudicis, & æquitate iudicij bonæ fidei suppletur exceptio doli quasi implicitè comprehensa verbis illis formulæ *ex bono & æquo,* cùm expressim eam opponi à reo, & in formula apponi nihil prohiberet. Alioqui quod expressè non posset inesse, cur pro eo quod tacitè insit habeatur? Atqui non posset prædo qui in continuo & perpetuo dolo est obiicere doli exceptionem ne ex dolo suo lucraretur. Ergo nec in eius fauorem dici potest officio iudicis contineri, vt sola iudicij æquitate habeatur in eius persona ratio impensarum. Nulla enim æquitas fauere vnquam potest ei qui est in dolo *l. procurator 11. §. 1. de dol. excep. l. pen. in fin. D. ad SC. Trebell.* Nisi quod prædoni faciliùs permittitur, vt vtiles impensas tollat quæ sine ipsius rei detrimento tolli possunt *d. l. domum 5. in fi. C. hoc ti.* quia non potest videri habuisse animum donandi, vt suprà diximus quod in alio quolibet malę fidei possessore in alieno solo scienter ædificante diuersum est.

d *Nec enim debuit.* Ratio hæc non tantùm iuris est, sed etiam ęquitatis, & ideò probat optimè non solùm summo iure nullam malæ fidei possessori deductionem aut retentionem impensarum nomine competere posse, sed neque ex æquitate, cùm sibi propriam culpam debeat imputare. Nec minùs eadem hæc ratio probat non esse concedendum malæ fidei possessori vt sine dispendio domini areæ tollat ædificiū quod posuit. Cur enim hoc ei concedamus cùm possit culpa ipsi obiici cur temerè in alieno solo sciens ædificauerit, Adeò vt nec diruto ædificio permittatur ei materiam vindicare *d. l. 7. §. pen. de acquir. rer. domin. d. §. ex diuerso. Instit. de rer. diuis.*

e *Iam alienam certus.* Sic Florent. & elegātiùs quàm vulgo *iam in alienam aream certus.* Cæterùm ostendit hęc diuersitas lectionis non sibi temperasse interpretes, quin ad hanc legem manum apponerent, & Vlpiano vim adferrent.

f *Sed hoc ei concedendum est.* Hoc verò temperamentū est, quod suprà diximus & probauimus Triboniano, vel malo alicui interpreti potiùs quàm vel Iuliano, vel Paulo adscribendum esse. Extat enim eiusdem Iuliani alia sententia in *l. si in area 33. in fin. de condict. indeb.* Bonę fidei possessorem qui in aliena area ædificauit nullo alio modo quàm per retētionem impensas seruare posse: quod vtiq; falsum esset saltem ex parte si ei potestas fieri deberet tollendi ædificij, vt huc locu scriptum est. Iunge quæ dicemus ad *l. prox. seq. versic. sufficit tibi permitti.*

38. CELSVS libro tertio Digestorum.

IN fundo alieno quē imprudens emerat [a], ędificasti, aut conseruisti [b]. deinde euincitur. bonus iudex variè [c] ex personis causisque constituet [d]. finge & dominū eadē facturum fuisse [e]: reddat impēsam [f], vt fundū recipiat, vsq; eò dūtaxat quo preciosior factus est [g]. &, si plus pretio fundi accessit [h], solum quod impēsum est. finge pauperē [i]: qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris auitis [k] carēdū habeat [l]: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis [m]: dū ita, ne deterior sit fundus [n], quàm si initio nō foret ædificatum. Constituimus verò [o]; vt, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor

his re-

Digitized by Google

his rebus ablatis fiat ei potestas. neque malitiis indulgendum est[p]: si tectoriũ (puta) quod induxeris, picturásque corrádere velis, nihil laturus, nisi vt officias. Finge eam personam esse domini[q], quæ receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus: eo deducto, tu condemnandus es.

Ad l. in fundo 38.

a *Quem imprudens emeras.* Ex his verbis apparet totam legem hanc loqui de bonæ fidei possessore, vt & cæteras ferè omnes huius tituli quæ tractant de impensis in rem alienam factis. Cùm de iis, quas malæ fidei possessor fecisset, ius certissimum inter prudentes esset nullomodo seruari eas posse neq; per doli exceptionem, neque officio iudicis, neq; per retentionem, nec denique ita vt earum tollendarum potestas ipsi fieri deberet.

b *Conseruisti.* Sic Florent. At in aliis plerísque *consecutus* quam diuersitatem lectionis etiam Accursius obseruat. Florentina lectio rectior est. Non enim de seminatione hîc agitur sed de plantatione vt lex continuat tractatui De impensarum in rei vtilitatem factarum repetitione. Nam quæ fiũt ad percipiendos fructus illæ etiam malæ fidei possessori præstandæ sunt, non minùs quàm bonæ fidei possessori, *l. si a domino 36. §. vl. sup. De hered. pet.* In quibus tamen non continebuntur impensæ seminis tanquam vltro alienatæ & donatæ, *l. qui alienum 14. infr. De donat.* Vide Cuiacium *lib. 11. obseru. cap. 39.*

c *Bonus iudex varie* Sensus est si de impensis à bonæ fidei possessore factis quæratur nihil certi posse constitui, sed pro personarum causarumque varietate bonum iudicem aliter atque aliter constituere debere, vt scilicet aliquando & regulariter patiatur eas deduci per doli exceptionem. Nempe si petitor sit tam diues vt non ideò re sua cariturus sit, qui casus nullam omnino exceptionem & distinctionem admittit. Aliquando autem iubeat rem restitui petitori nullis redditis sumptibus, Nimirum si tam pauper sit petitor vt non habeat de suo vnde possit impensas soluere. Sed hæc pars distinctionis duas exceptiones habet, Vnam si pauper ille petitor habeat rem venalem, vt ponitur in fine huius legis, Alteram si petitori ante litem cõtestatam denunciatum sit vt solueret, isque dissimulauerit, vt in *l. aut siante 30.* vbi diximus *supr.* Extra hunc casum succuritur inopi petitori vt bonæ fidei possessor impensarum suarum iacturam facere potiùs quàm vt ille re sua carere cogitur. Nisi quod hactenus consulitur bonæ fidei possessori vt impensas tollat quæ tolli iure possunt (quid enim si tignum iunctum vellet soluere contrà legem 12. tabul.) sed hoc ipsum ita dum ne tamen deterior fiat fundus quàm si ab initio ædificatum non fuisset, Et ea quoque lege, vt quod bonæ fidei possessor volet tollere, ipsius effici possit & ei esse vsui, Ne alioqui malitiis indulgeri videatur. Et hic totius legis huius verus sensus est.

d *Ex personis causisque constituet.* Ratio dubitandi. Rei vindicatio non est actio bonæ fidei, sed arbitraria ac proinde quæ ad strictas & stricti iuris actiones propiùs accedit, *§. præterea Inst. de action.* Ergo non permittitur in ea iudici dato rem ex bono & æquo æstimare, quod proprium est iudiciorum bonæ fidei, *§ actionum. eod. tit.*

Ratio decidendi. In arbitrariis actionibus necessariò præcedit arbitrium iudicis de re restituenda, Ac ni arbitrio iudicis res restituatur, tum demum ex bono & æquo condemnatio fit, *dict. §. præterea.* Atqui arbitrium iudicis tale semper esse debet quale viri boni, cùm iudex quilibet sit & esse debeat vir bonus. Vir autem bonus in huiusmodi quæstione proculdubio aliter atque aliter constituere debet pro personarum & causarum varietate.

e *Finge dominũ eadem facturum fuisse.* Ratio dubitandi. Etiamsi non fuerat dominus easdem impensas facturus quas bonæ fidei possessor fecit, non eo minùs tamen danda esset bonæ fidei possessori exceptio doli ad eas deducendas, dummodò non esset dominus tam pauper vt re sua ideò carendum haberet. Vnica enim exceptio hæc est quæ ad propositionem illam sub ici possit & debeat, *l. sin autem 27. §. vl.* vbi dixi *sup. eod. l. vtilium 8. de impens. in reb. dot. fact.* Ergo frustra fingas dominum easdem impensas facturum fuisse, cùm distinctio neque hæc neque alia vlla in petitore diuite adhibenda sit.

Ratio decidendi. Non ille Celsi sensus est, vt bonæ fidei possessor impensas à se factas non aliter possit deducere quàm si dominus eas facturus fuit. sed hic potiùs vt eo saltem casu quo dominus easdem impensas facturus erat, non debeat bonus iudex hæsitare quin permittat bonæ fidei possessori deducere impensas per doli exceptionem, Cui cæteris etiam casibus locus esse debeat, licèt minùs euidenti ratione æquitatis, si alleget petitor se non easdem impensas facturum fuisse. Nam cùm ex cõtrario appareat fuisse illum facturum, qua fronte potest ille denegare earum restitutionem? Planè cùm facturus non fuit, videtur iuuari colore aliquo æquitatis, sed non tanto quin maior ratio faciat pro bonæ fidei possessore quin iniquissimum esset morari in damno cùm nihil ei possit imputari Petitorem verò locupletari ex aliena iactura, cui saltem imputari potest quod negligentior fuerit in iure suo persequendo.

f *Reddat impensam.* Verbum est imperatiuum acsi scriptum esset *iubeatur reddere,* scilicet à iudice qui de huiusmodi actione cognoscit. Malè vulgo *&* *reddat.*

Vt fundum recipiat, alioqui repellendus erit per doli mali exceptionem, *l. sin autem 27. §. vlt. supr.* Ratio dubitandi. Non facit dolo qui iure suo vtitur, *l. si duorum 52. de act. empt.* Atqui iure suo vtitur qui fundum vindicat à possessore quolibet etiam bonæ fidei, licèt non reddat impensas cùm superficies semper cedat solo nec tantùm iure ciuili, sed etiã naturali ratione, *l. 2. ff. De superfic.* Non ergo repellendus est exceptione doli etiamsi fundum petat, nec impensam reddat.

Ratio decidendi. Dolo facit qui per occasionem iuris ciuilis lucrum captare vult ex damno alterius contra naturalem æquitatem, *l. 1. §. 2. infr. De doli mal. except.* Atqui captat lucrum petitor ex damno bonæ fidei possessoris & quidem per occasionem iuris ciuilis, cùm impẽsas bona fide in rem suam factas non vult restituere, Eo prætextu quod superficies cedat solo. Ergo in hoc casu locus est exceptioni doli,

g *Vsque eo duntaxat quo preciosior factus est*, id est quantò pluris vendi nunc posset ob impensas in eum factas. Ita enim fit vt voluptariæ quoque impensæ veniant in deductionem tanquam quæ ex voluptariis fiant vtiles quoties venditur res in quam factę sunt: scilicet quia multò pluris res venditur, *l. quòd si hæres 10. ff. de impens. in reb. dotal. fact.* Ratio dubitandi. Etiam voluptariarum impensarum ratio habenda est in fauorem bonę fidei possessoris vt eas perinde atque necessarias & vtiles deducat per exceptionem doli, vt constat ex hac ipsa lege, & ex *l. vtiles 39. §. 1. sup. De hered. petit.* Atqui per voluptarias impensas non fit fundus melior aut vtilior. In eo namque differunt ab vtilibus quod vtiles aliquam vtilitatem adferunt. Voluptariæ verò non nisi ad voluptatem & ornatum fiunt, *l. quod dicitur 5. §. vlt. & seqq. ff. De impens. in reb. dotal. fact.* Ergo dicendum est omnes omnino impensas bonæ fidei possessori restituendas esse etiam voluptarias non eo vsque duntaxat quo preciosior factus est.

Ratio decidendi. Per voluptarias impensas non fit quidem fundus melior aut vtilior, sed tamen fit preciosior, id est maioris precij quia tantò pluris æstimaretur si venderetur. Ideoque apposite Celsus *preciosior* scripsit nō autem *melior* vel *vtilior* quia de precio tractari non potest, quin fiat relatio ad venditionem, vbicunque enim precium est, ibi & venditio est, Non etiam si de bonitate tantùm vel vtilitate agatur. Inde etiam est, quod tum etiam cùm petitor pauper est, nec habet vnde impensas possit reddere, voluptariarum quoque impensarum ratio habenda est, si modò petitor eam rem mox venditurus sit vt scribitur in fine huius legis, quia tanto plus ex precio consecuturus est, *l. nisi si venalem 29. sup. hoc tit.*

h *Et si plus precio fundi accessit.* Noli cum Azone interpretari *etsi* pro *quamuis*, sed ita potiùs ac si scriptum esset *quòd si propter impensas plus accesserit precio fundi quam impensum sit*, puta si quod plerunque euenit propter impensam quæ non sit nisi centum aureorum res aucta sit precio trecentorum aureorum. Hoc enim casu non trecentos aureos sed centum duntaxat petitor restituet bonæ fidei possessori. Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor impendit rem quidem alienam, sed tamen quasi in rem suam, & vt suum negotium gereret, non vt petitoris, ob idque nimirum nō actionem habet pro repetitione impensarum, sed tātùm retentionem quia neminem sibi obligare voluit. *l. an hoc iudicium 14. §. 1. vers. diuersum ff. Commun. diuid.* Ergo si plus accesserit precio fundi, quàm impensum sit, debet id cedere lucro possessoris non petitoris, ac proinde totum id debet possessor petitori reddere non illud solùm quod impensum fuit.

Ratio decidendi. Ratio quæ possessori fauet vt impensas omnes bona fide factas petitor ei restituere debeat, non tam iuris est, cùm ex summo iure permittendum ei esset rem suam vindicare nullis refusis sumptibus quia superficies solo cedit, vt diximus, quàm æquitatis, quòd non debeat bonę fidei possessor cui nihil imputari potest, morari in damno, neque ex ipsius iactura petitor locupletari. Sufficere igitur ei debet vt indemnitatem consequatur, nec illud etiam consequi debet vt lucrū sentiat. Nam nec doli exceptio eò vsque produci potest vt noceat petitori rem suam vindicanti si modò plenissimam indemnitatem bonæ fidei possessori offerat. Ergo satis est ei reddi quantum ab eo impensum est, licèt res longè pluris facta sit, *l. si fundum 12. in fin. ff. de in rem vers.* Non ergo semper eadem ratio est contrariorum, inquit Accurs. En *l. 1. § sicut ff. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Scilicet vbi non eadem ratio est in vtroque contrario, sed diuersa vt in hac specie.

i *Finge pauperem.* Hic verò casus est & quidem vnicus in quo excusatur petitor ne expensas etiam necessarias & vtiles in rem suam bona fide factas cogatur reddere possessori. Si pauper sit, At non vt quælibet paupertas sufficiat sed quæ sit tanta, vt si non audiatur petitor propter exceptionem doli, nisi redditis priùs sumptibus, necesse sit eum carere vel reipsa quam petit, vel sepulchris & laribus auitis.

k *Laribus sepulchrisque auitis.* Exaggeratio est ad summā paupertatē, & egestatē significandam, sicut & quod initio legis dixit Celsus *finge dominum eadem facturum fuisse* non nisi ad petitorem valde locupletem exprimendum pertinet. Nec enim alij quàm qui valde locupletes sunt tantas impensas præterim verò etiam voluptarias facere solent, & volunt; Quamuis non è contrario facilè accidat, vt eas facere velint omnes qui possent. Nec mirum cùm id tantùm ageret Celsus vt ostenderet de hac quæstione nihil certò ac generaliter definiri posse vt neque de cæteris quæ in sola æquitate consistunt & ex facti circumstantiis pendent *l. de accessionibus 14. De diuers. temp. præscript. l. mora 32. ff. de vsur. l. 3. §. 1. De restit. l. pen. in fin. de impens. in reb. dotal. fact.* Satis ei fuit illa conquirere & afferre exempla in quibus euidentior æquitas apertissimè ostenderet aliter atque aliter pro casuum varietate constitui ius debere.

l *Carendum habeat.* Ratio dubitandi. Non possunt sepulchra vendi, adeoque nec donari, sed monumentum purum vendi vel donari necesse est priusquàm locus religiosus fiat vt possit venditio valere vel donatio, *l. 5. & 6. in princ. & §. vlt. ff. De relig. & sumptib. funer. l. 5. § secundum hæc infr. De donat. int. vir. & vxor.* Ergo verendum non est ne laribus & sepulchris auitis carendum habeat hic petitor, etiamsi cogatur impensas omnes reddere, quæ in rē suam bona fide factæ sunt. Nec enim res sacræ, religiosæ, & sanctæ in hominum commercio esse possunt aut in cuiusquam bonis, *l. in tantum 6. §. sacrares & seqq. sup. de rer. diuis.*

Ratio decidendi. Quædam sunt quæ licet sola non possint alienari tamen per vniuersitatem trāseunt vt res dotalis ad heredem, & res cuius aliquis commercium non habet, *l. quædam 62. ff. de acquir. rer. domin.* In eo numero sunt iura sepulchrorum, Trāseunt enim cum vniuersitate bonorum, si fortè quis bona sua vniuersa vendat alteri, quamuis placeat restituta ex Trebelliana vniuersa hereditate iura sepulchrorum nihilominus remanere penes heredē, *l. quia perinde 42. §. 1. l. si patroni 55. § qui fideicommissam vers. nec ignoro ff. ad SC. Trebell.* in cuius versiculi verbis illis *qui iura sepulchrorum adquiri insequuntur*, vereor ne sit erratum, legendumque *adhuc* pro *acquiri* & fortassę *quę* pro *qui*. Nempe quia per restitutionem illam hereditatis vniuersæ heres nō desinit esse heres, *§. restituta Inst. de fideic. hered.* quomodo desinit totius patrimonij sui dominus esse is qui totum vendidit. Voluit ergo Celsus hac exaggeratione, eum significare, qui ad reddendas impensas vt fundum suum reciperet cogeretur bona sua vniuersa vendere ad peram

vsque

vsque & sacculum, vt interpretes nostri loqui solent, aut quomodo Celsus noster multo elegātiùs, Ad lares vsque & sepulchra maiorum, quæ etiamsi vendi possent nemo tamen quantocunque precio vellet vendere.

m *Sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis.* Non ergo tibi permittendū est omnia tollere quæ velis, quamuis nō ex eo futurum esset vt res petita deterior fieret, quàm si ædificatum ab initio non fuisset. Sed sufficit tibi permitti ea tollere quæ possis, id est non quæ facto ipso tolli possint, (quid enim non possent) sed quæ ius tolli patiatur. Nam nec facere posse credimur quod iure facere prohibemur, *l. conditiones 14. & sequ. ff. De condic. institut.* Proinde si in alieno solo quod tuis ædibus contiguum erat, ædificaueris vt nouas ædes prioribus iungeres, multò magis autem si ædificaueris in solo alienis ædibus contiguo, Aut si in alieno fundo jam ædificatu superædificaueris, qui proprius legis huius videtur casus esse, non permittetur tibi tollere, tignum iunctum, quia id lex duodecim tabularum nominatim vetat, *l. 1. de tign. iunct. l. in rem 23. §. pen. sup. hoc tit.* Vetat autem non solùm fauore illius cuius ædes sunt quibus tignum iunctum fuit (ita enim tibi liberum esset tignum soluere quod non alienis, sed tuis ædibus iunxisses,) sed fauore publico dituantur ædificia, & ruinis ædificiorum vrbs deformetur, *d. l. 1. de tign. iunct.* Porrò tam absurdum & iniquum esset atque ab vtilitate publica alienum, vt posses tu tignum soluere inuito domino ad quod iure soli pertinere cœpisset ædificium quod tu ex tignis & cæmentis tuis construxisses, quàm si velles tignū tuum furtiuum soluere, quod ædibus alienis alius iunxisset. Maximè verò cùm tu ipse tignum iunxeris licèt alia mente, & vt tibi nō etiam vt soli domino prodesses. Quid ergo si in area aliena nullis ędibus contigua ędificaueris bona fide? An permittetur tibi totum ędificium tollere, quod in area illa posuisti? Vtique, quia licèt ita futurum sit, vt ædificium dituatur, quod non facilè ferendum est, Nulla tamen lex est, quæ hoc prohibeat, cùm lex 12. tabul. locuta sit tantùm de tigno iuncto, & quidem ædibus alienis. Cæmenta autem ex quibus ædes constant licèt inter se iuncta sint, & tigni appellatione cōtineantur, *d. l. 1. de tign. iunct. l. tigni 7. ff. ad exhib.* non tamen continentur appellatione tigni iuncti ædibus de quo solo lex locuta fuit. Et ideò separatur is qui tignum iunxit alienū suis ædibus ab eo qui ex alienis cæmentis in suo solo ædificauit in *l. in rem 23. §. penult. & vl. s. hoc tit.* vt ad eum locum obseruauimus. Permittendum igitur est bonæ fidei possessori vt tollat ædificium quod in aliena posuit area, *l. sin autem 27. §. penult. s.* Sed illo tantùm casu, quo aliter futurum esset vt moraretur in damno, petitore propter summam egestatem suam ab impensarum restitutione liberato. Vt intelligamus sit agatur de malæ fidei possessore, in quo non distinguimus an petitor diues sit an pauper, nihil tale tractari posse, nec vnquam permittendum ei esse vt tollat ædificium quod in alieno solo mala fide ædificauit, Quamuis contra scriptum legamus in *l. prox. praeced.* quā vel hac sola ratione dubitare nemo debeat corruptum fuisse à Triboniano, vt ad eum diximus. Nam quod similiter scriptum videtur ad *l. domum C. hoc tit.* non ad malæ fidei possessorem pertinet, sed ad prædonem cuius alia ratio est, vt ibidem scripsimus. Itaque prudēter Celsus ita scripsit, *sufficit igitur permitti tibi tollere ex his rebus quæ possis* nō expresso eo quęnā illa sint quæ liceat tibi tollere vel non liceat, quoniam ex lege duodecim tabularum id pendebat, & ex senatusconsulto illo de quo Vlpianus in *l. cætera 41. §. 1. & pass. de legat. 1.* Satisque fuit monere, non esse tibi generaliter & indistinctè permittendum tollere omnia quæ velis, sed ea tantùm quæ possis. Præsertim cùm non eum casum tractaret quo in area aliena ædificatum esset, aut in alieno solo, sed in alieno fundo, quo nomine id significatur quod iam aliquomodo ædificatum sit, vt proinde quicquid superædificatum aut inædificatum erat nihil nisi tignum iunctum esset quod lex 12. tabul. solui prohibebat. Vnde fit vt totus hic versic. ad solas impensas voluptarias referri possit, vt sequentia legis ostendunt, & nos posteà dicemus. Sequitur

n *Dum ita ne deterior sit fundus.* Obserua esse hanc si non prorsus nouam clausulam, tamen nouam partem superioris clausulæ, Nec ita scribere Celsum, vt sufficiat permitti tibi tollere omnia quæ sine rei detrimento tolli possunt, quomodo paullò inconsideratius scriptum est in *l. vtiles 39. in fin. sup. de hered. petit.* sed ita vt sufficiat permitti tibi ea tollere quæ possis, id est quæ tibi per leges liceat tollere. Hoc ipsum tamen non simpliciter & indistinctè, sed ita demum si non ex eo deterior futurus sit fundus, quàm fuerat ab initio priusquàm in eo ædificaretur. Quod nostri non obseruant qui omnes locum hunc sic intelligunt acsi scriptum esset Permittendum tibi tollere omnia quæ velis dummodò sic tollas, vt nullum pristino statui rei detrimentum inferatur, Cùm tamen ante omnia inspiciendum sit an id quod vis tollere sine rei detrimento tale sit quod tollere possis. Quemadmodū enim prius est vt aliqua res sit mobilis quàm vt moueatur, Ita & prius est vt tolli iure possit, ne dicam cum barbaris vt sit iure tollibilis, quàm vt iure tollatur. Sed & obseruatione illud dignum est, qood quoties loquuntur Iureconsulti de facienda potestate tollendarum expensarum quæ in rem alienam factæ sint, præterquàm si in area aliena ædificatum sit, de solis voluptariis loquuntur, non etiam de necessariis aut de vtilibus, vt ad *leg. super. attigi ex l. sine herede 22. §. interposito vers. ut respondit ff. De admin. tutor. l. pro voluptariis 9. d. impensis in res dotal. fact. l. vtiles 39. in fi. sup. de hered. petit. l. vnic. §. sed nec ob impēsas vers. quod si voluptariæ Cod. de rei vxor. act.* Extra id quod scriptū est in *l. domum C. hoc tit.* Nimirum quia in tollendis voluptariis verendū non est, ne quid fiat contra legē 12. tab. quæ tignum solui vetat. Cùm tamen neque necessariæ, neque vtiles facilè tolli possint quin ea lex offendatur, Excepto fortassis vnico illo casu quo impensa facta, fit ad ædificandum in aliena area, quià tunc nihil est quod de tigno ædibus iuncto tractari possit nisi ponas aream in qua ædificatum est ædibus iam ædificatis contiguam fuisse, vt suprà posuimus. Sed non est is casus quem Celsus hic tractat. Ponit enim bonæ fidei emptorem ædificasse non in area aliena, sed in fundo alieno. Fundi autem appellatione omne ædificium vt & omnis ager continetur, quamuis in communi vsu loquendi vrbana ędificia ædes dicantur, rustica verò, villæ *l. fundi appellatione 211. de verb. signific.* In eoque maximè differt locus à fundo, quod locus nō fūdus sed portio

Digitized by Google

aliqua fundi est. Fundus autem integrum aliquid est, *l. locus 60. eod.* vbi addunt plerumque nos locum accipere illum qui sit sine villa. Qua adiectione significat Vlpianus fundum magis propriè dici locum in quo sit aliquod ædificium, & quidem rusticum potiùs quàm vrbanum. Et ita sane fert communis vsus loquendi. Ponit ergo Celsus noster eum qui bona fide alienum fundum comparauit, in quo iam ædificatum erat, in eo fundo superædificasse, Ergo & tignum suum alienis ædibus iunxisse: Quo admisso consequens est superioribus dicere, non esse illi permittendum vt quæ imposuit & inædificauit, tollat, quia id demum esse tignum suum alienis ædibus iunctum soluere quod lex 12. tabul. nominatim prohiberet. Ideoque obserua, quod nemo animaduertit, totum hoc quod Celsus ait, sufficere permitti tibi tollere ex his rebus ea quæ possis, at non absolutè, sed ita demum si illud etiam concurrat vt res petita non ex eo deterior futura sit, quàm si nihil superædificatum foret, Non nisi ad voluptarias impensas pertinere. Quod apparet manifestè ex sequentibus illis verbis *si paratus est dominus tantum dare quantum possessor habiturus est his rebus ablatis.* Ne dubitare possis de iis ipsis rebus ablatis loqui Celsum quas prius dixerat permittendum possessori vt tollat. Quænam autem res illæ sint subinde ac statim explicat apertiùs, cùm ait, *neque malitiis indulgendum est: si tectorium puta quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi vt officias.* Sunt verò ista exempla impensarum voluptariarum tantùm, non etiam necessariarum, aut vtilium. Ergo de solis voluptariis intelligi versiculus hic debet vt & cæteri omnes iuris loci qui potestatem faciunt possessori tollendorum sumptuum in rem alienam factorum. Excepto eo vt dixi, quod scriptum est in *l. prox. præced.* & in *d. l. dominum ¶ C. hoc titul.*

o *Constituimus vero.* Parum abest quin totum hunc versiculum suspicer esse Triboniani Imperatorem agentis, Non ob id solùm quod vix sit vt quisquam ex iureconsultis ita locutus fuerit, (etsi nõ ignoro prudentum veterum authoritatem tantam fuisse vt multa cõstituere ac decernere potuerint, sed omnes non singuli, vt in *l. illa institutio 2. De hered. instit. l. veteribus 39. de pact. & alibi pass.*) sed etiã quia non facilè credam ita responsuros fuisse Iureconsultos aut ita constituturos, vt si paratus esset dominus tantùm dare possessori voluptarias impensas tollere volenti quantum possessor ille his rebus ablatis habiturus esset, fieri potestas ei deberet impediendæ separationis. Nam præter id quod hæc sententia necessariò restringenda est ad eum casum quo dictum est permitti possessori tollere, vt & Accursius noster benè vidit, ac proinde quo petitor & dominus iam pauper sit vt si sumptus in rem suam factos reddere cogatur laribus & sepulchris auitis carendum habeat, ideoque vix probabile est fieri vnquam posse vt tam pauper dominus voluptarios sumptus restituere vlla ex parte vellet, aut valeret, Quis æquum putet permitti domino, vt æquitatem restitutionis sumptuum in rem suam bona fide factorum diuidat pro arbitrio, & partem quidem eorum sumptuum lucretur, partẽ verò emat inuito etiam possessore, ac nolente voluptarias illas impensas vendere, quas tollere mallet, inque alios vsus suos transferre? An non satis superque fauetur domino contra bonæ fidei possessorem in eo quòd si summa laboret egestate nullos omnino sumptus possessori restituere cogitur, quos licèt non summo iure, tamen ex summa æquitate omnes eum reddere oporteret? Cur præterea in eo quoque faueamus, vt cogamus bonæ fidei possessorem hoc ipsum, quod vellet & posset tollere, ipsi domino vendere? Quamquam minor videbitur subesse iniquitas si ponas hunc bonæ fidei possessorem, æquè alij voluptarias impensas istas vbi sustulerit fuisse vendituru. Sed præter id quod verba legis non ita ponunt, Hoc quoque supposito illa tamen adhuc iniquitas remanet, quod ipsi petitori & aduersario suo res ablatas potius quam alij amico fortassis aut agnato vendere compellatur: quod sanè à iuris ratione abhorret, *l. dudum 14. C. de contr. empt. l. cum in fundo 78. §. 1. quod si mulier vers. ipsius autem in fin. ff. De iur. dot.* Nisi de eo pactum aliquod intercesserit. Quo tamen etiam casu liberum est vendituro vendere cui velit nisi quod eo nomine tenetur vel actione ex stipulatu si stipulatio intercesserit, vel ex empto propter pactum quod in prima venditione adhibitum sit, vel in continenti, *l. si sterilis 21. §. penult. ff. De act. empt. l. qui fundum 75. De contr. empt. ff. l. qui Romæ 122. §. coheredes De verb. oblig.* Dices nocere petitori inopi qui impensas bona fide in rẽ suam factas non vult restituere si rem illam vbi receperit alteri venditurus sit, vt sequitur in hac ipsa lege, vbi dicitur cogi eum hoc casu omnes impensas reddere quod & scriptum est in *l. nisi si venalem 29. supr.* Quidni ergo similiter deteriorem facimus conditionem bonæ fidei possessoris impensas voluptarias à se factas ablaturi mox venditurì vt eas vel inuitus vendat petitori ante ablationem? Respondeo non esse ista similia. Nocet enim petitori nolenti impensas ob suam paupertatem reddere, quod fundum vbi receperit alteri venditurus sit, Non vt eum fundum possessori eodem precio vendere compellatur, quod tamen minùs iniquum videri posset, Sed vt cogatur omnes impensas reddere etiam voluptarias, quasi cessante hoc casu fauore paupertatis; cùm & re sua carere velit, quam vult vendere, & habiturus facilè sit vnde reddat, scilicet ex precio quod tantò maius ex re sua preciosiore facta consecuturus est, *d. l. nisi si venalem.* Concludamus igitur neque æquum esse vt bonæ fidei possessor impensas à se factas quas iure suo tollere potest, ac deinde pro arbitrio vel vendere vel sibi habere, cogatur petitori vendere; Neque vt liceat petitori æquitatem reddendarum impensarum diuidere, ita vt voluptarias quidem emat, necessarias verò & vtiles bonæ fidei possessoris damno relinquat quod certè absurdum esset, arg. *l. cùm quæritur 16. ff. de admin. tutor. l. nam absurdũ 7. de bon. libert. l. si sua 30. §. 1. De oper. libert.* Ac proinde totũ hunc versic. Triboniani esse agentis Imperatorem & id cõstituentis quod neque Celsus ex æquitate nec pro sua authoritate constituere potuisset. Iureconsulti enim priuati est de iure iam constituto vel recepto respondere, non autem ius nouum constituere. Sed & sequentia illa *potestas ei fiet.* quæ sunt verba imperatiua & nouum ius præ se ferentia indicant apertiùs continere hac clausula nouam constitutionem quam solus Tribonianus interserere potuerit; & cui nullus alius iuris locus respondeat. Putauit verò Tribon. nihil in eo absurdi fore postquàm placuit Iustiniano vt omnia prudentum responsa

Digitized by Google

sponsa perinde ... esset ... lege & praecedunt ... ita & per legem ... non patronus monet ... clausulae ... proximeque ... accedit ad malitiam vt bonae fidei possessor ... sas voluptatis quarum tollendarum potestatem habet, velit tollere cum rei detrimento, quam ve nolit eas vendere petitori, Tum quoque enim eas aliter esset vendituris.

p *Neque malitiis indulgendum est.* Repugnat enim primum iuris praeceptum quod est honeste viuere, itemque secundum Alterum non laedere, quod innititur primo illi praecepto iuris gentium, Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris. Denique totum ius ciuile non ... aduersus perfidos & malitiosos compara ... & vt hominum peruersorum fraudibus & malitiis obuiam eatur. Exemplum verò non aliud illustrius sententiae huius adferri possit quàm quod Celsus subiicit de bonae fidei possessore, qui tectorium quod parietibus induxit aut picturas corradere velit, nihil inde laturus nisi vt officiat. Mera enim malitia illa est ex qua neque ipse neque alius quisquam sperare lucrum aliquod possit. Quod dissimile est in ea specie quam Accursius quasi contrariam obiicit ex *l.cum in fundo 78. §.quod si mulier vers.ipsius aut.rio in fin.ff.de iur.dot.* vt constat ex illis verbis *aut precii ... consequi ... aut cuius magis gratiam praestare quam velit quaere apud ... ad se translatum licere ei ciuile est*; quorum omnium nihil in proposito casu dici ait fieri potest. Denique non videtur quicquam interesse probi hominis quod animo facientis ... vindictam meditantis satisfactum non sit, *l.si venditor 6.4. & l.si q. ff.de seru. export.* Etenim summa ita permittendum est bonae fidei possessori auferre ornatum quem posuit si futurum ei usui est quod abstulerit, inquit Vlpianus in *l.pro voluptariis ... in fin.de impens.in r. dotal.fact.* Alia exempla adfert Accursius ex *l.2.in princip.ff.solut. matr.l.1.§.illud.in fin. De aqua & aquae pluu. arc. l.si cui 9. infr. De seruitut. & l.quoties nec hominum 15. eod.*

q *Finge eam personam esse domini.* Tractat in hoc versiculo Celsus de domino paupere quem antea dixerat non esse cogendum impensas à bonae fidei possessore factas etiam necessarias reddere si alioquin futurum sit, vt re fua, vel laribus & sepulchris auitis carendum habeat. Et adhibet quandam veluti exceptionem, vt si dominus hic pauper talis persona sit quae fundum receptum mox venditurus sit. Hoc enim casu nulla aequitas facit vt ei succurri oporteat quominus is easdem omnino impensas reddere debeat quas in prima huius legis specie diximus reddi à domino debere, Nimirum omnes etiam voluptarias, scilicet eas dominus easdem impensas facturus erat. Quo casu apparet non posse illum imputare bonae fidei possessori cur eas impensas fecerit quas aeque facturus ipse fuit.

Ratio dubitandi. Non est bona consecutio si ex eo quod dominus receptum fundum mox venditurus sit, inferre quis velit. Ergo easdem impensas facturum illum fuisse, cùm tractemus de domino tam paupere vt eis impensis faciendis par esse non potuerit. Ergo non eadem vtriusque domini causa videri potest, cùm ex separatis separatam rationem habentibus nihil inferri possit, *l.Papinianus exul. 20.supr.de minor.* nec debeat idem ius constitui vbi ratio diuersitatis reddi potest, *l.5.andecem.infr. De minist.repl.* iunct. *l.aliud 32.ff.ad leg.Aquil.*

Dec. Nullo incommodo afficitur dominus quantumuis pauper cùm impensas omnes etiam voluptarias à bonae fidei possessore factas reddere cogitur eo casu quo rem illam receptam statim venditurus sit, cùm ex venditione redacturus sit precium, ex quo possit reddere, tantoque maius precium sit consecuturus quanto preciosior & ornatior per eas impensas res facta est, Propter quam causam dici solet Voluptarias quoque impensas hoc casu ex voluptariis fieri vtiles, *l.quod si ea res 12. ff.de impens.in res dotal.fact. & l.nisi venalem 10.* vbi dixi & alia quae ad huius potissimùm versiculi explicationem pertinent, *supr.hoc tit.* Nulla igitur aequitatis ratio excusare debet petitorem quominus has omnes impensas reddat bonae fidei possessori, cùm id absque suo vllo incommodo facere hoc casu possit, *l.in creditore 38.in fin. ff. De euict.* Satisque est ei debere, quod neque damnum, neque incommodum vllum sentiat, non etiam illud amplius exigendum habeat vt ex petitoris iactura locupletetur contra naturalem aequitatem, *l.quoties 6. in fin.infr. de iur.dot.* Accursius tractat hic quaestionem illam latissimam, De impensis in rem alienam siue à bonae fidei possessore, siue à praedone & malae fidei possessore factis Nos tractauimus variis operum nostrorum locis, sed maxime ac melius vt nobis videtur, quàm alio vllo loco ad *l.plane 38.sup. tit.prox* Est enim haec quaestio communis vtrique tractatui De petitione hereditatis, & De rei vindicatione licèt non iisdem conclusionibus & distinctionibus expedienda. Nos hîc non repetemus.

39. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

Redemptores qui suis caementis aedificant, statim caementa faciunt eorum: in quorum solo aedificant.

Ad l.Redemptores 39.

Ratio dubitandi. Non solet locatio dominium transferre, *l.non solet 38.inf. locat.* Atqui redemptores de quibus in hac lege agitur, si Accursio credimus, sunt illi qui domos alienas ex sua materia aedificandas conducunt, quod Bononienses, inquit, vocant, *conducere ad summam*, conuentione scilicet facta certae quantitatis pro mercede. Ergo non possunt ex hac causa transferre dominium caementorum suorum ex quibus in solo alieno aedificant.

Dec. Superficies & naturali & ciuili ratione cedit solo, *l.2.inf. De superfic.* Atqui redemptores aedificant in solo alieno & quidem scientes solum alienum & ad alienam vtilitatem. Nihil ergo causae est cur caementa sua non faciant eorum in quorum solo aedificant. Nam si hoc idem dicitur de quolibet malae fidei possessore aedificante in eo solo

quod scit alienum vt videatur impensam omnem donasse, *l. ad 07. §. ex diuerso vers. certe ff. De acquir. rer. domin. l. si seruum seruum 27. §. si olivam ff. ad leg. Aquil.* nisi in casu, *l. Iulianus 37 sup. hoc tit.* quanto magis idē obtinere debet in illis redemptoribus qui voluntatem habent alienandi omnia quæ in ædificium illud impendūt, *l. si seruus 61. § locaui ff. de furt.* Quid enim tam naturali æquitati conueniens est quam voluntatem domini rem suam in aliū transferre volentis ratā haberi? *l. quia ratione 9. § hæ quoque res De acquir. rer. domin.* Nam licèt voluntas domini sola nō sit sufficiens ad transferendum dominium, nec si traditiū sequatur nisi præcedat aliquis titulus & quidem non quilibet, sed qui sit iustus & habilis ad translationem dominij, *l. nunquam nuda 3. eod. l. 3. ff. si vsusfr. pet.* Locatio autem non fit ex eorum numero qui in eam rem habiles & idonei existimantur, *d. l. non solet.* In proposito tamen ea locatio facta intelligitur quæ tacitam in se venditionem includit omnium cæmentorum quæ ad ædificandum sunt necessaria, quia & eorum precium in illa quantitate quæ sub mercedis nomine conuenta est proculdubio continetur: neq; verò aliter videri possent redemptores quod promisissent præstitisse, quàm si ædificium quod extruunt suo sumptu, facerent alienum. Quomodo autem facerent si cæmenta sua & quicquid ad ædificādum impendunt non alienarent? Est autem alienatio nihil aliud quàm dominij translatio, *l. C. de fund. dotal. l. alienationis 28 ff. de verb. signif.* Quamquam in eo apertè errat Accursius quod redemptores istos vocat conductores. Locatores enim potiùs dicendi sunt, non materiæ ex qua ædificant, sed operarum suarum quas porrò tales futuras pollicentur, vt omnia ad ædificandum necessaria de suo cōferant, Non quidem certo precio sed certa mercede in qua tamen, vt dixi, etiam precium totius collatæ materiæ & maceriæ continetur, Vnde & redēptores fortassis appellantur, vt appareat talem esse hāc locationem vt emptionem quoque & consequenter venditionem quandam contineat. Non tamen nouum omnino est vt ex locationis quoque causa dominium transferatur, vt in exemplo quod affert Accursius ex *l. in naue Saufeij 31. ff. locat.*

1 ¶ Iulianus rectè scribit libro duodecimo Digestorum, mulierem, quæ intercedens fundum pignori dedit, quamuis a creditore distractum, posse in rem actione petere.

Ad §. 1. Iulianus.

Ratio dubitandi. Speciale est in creditore vt quamuis non sit dominus pignoris quia pignus rei propriæ non potest consistere *l. neque pignus 45. De reg. iur.* adeò vt nec pignus perseuerare possit creditore facto domino *l. post rat. §. 1. ad fin. ff. De except. rei iudic.* vendendo tamen pignus transferat dominiū rei obligatæ in emptorem, *Tot. tit. De distract. pig. D. & C.* & apud Iustinianū in *I. it quib. alien. licet vel non.* ita vt is qui à creditore emit, vinci de proprietate non possit, *l. qui a creditore 13. C. de distract. pig.* nempe quia vendit pignus ex domini voluntate siue expressa siue tacita, *l. si conuenerit 4. ff. de pignor. act.* quod sufficit vt dominium transferatur in emptorem cùm ab ipso domino pignus venditum videatur, *l. si seruus 61. § locaui ff. de furt.* Atqui vindicatio fundi non datur nisi domino, *l. in rem 23. in princip. sup. hoc tit.* Ergo fundum à muliere pignoratum creditori & à creditore postcà venditum non potest mulier ab emptore vindicare.

Dec. Cùm mulier pro aliquo intercedit contra SC. Vellcianum non tantùm principalis obligatio inefficax constituitur authoritate senatusconsulti, sed etiam pignorum si quæ dederit mulier aut fideiussorum pro ea intercessione acceptorum obligatio nulla est, quia totam obligationem Senatus improbat, *l. si mulier 16. in fin. ff. ad SC. Vell.* quotiescunque scilicet mulier pro alio intercedit, *l. 1. & pass. eod.* Porrò etiam dato pignoris intercessionem facit, *l. quamuis 8. in princip.* Ergo creditor qui à muliere pro alio intercedente pignus accepit & vendidit, nullum pignus accepisse, nullumq; vendidisse videtur propter senatusconsulti prohibitionem. Neque ergo pignoris dominium aliquod transtulisse videri potest *l. mulier 11. C. de distract. pig.* Cùm ex actu nullo & à legibus aut senatusconsultis prohibito dominium transferri non possit, *l. nō dubium 5. C. de legib.* Et iura quæ loquuntur de distractione pignorum intelligenda sunt de pignoribus ritè acceptis & ritè venditis, *l. 1. & tot. tit. C. si vendit. pign. agat.* Bona igitur ratio est quæ in *l. seq.* affertur ex Caio quòd nullum pignus hic creditor vendidisse videatur. Addenda tamen exceptio est ex *d. l. mulier.* Nisi mulier dissimulatione marito obligante res vxoris tanquam proprias ignorantiam creditoris circumscripserit. Neque enim Senatusconsultum subuenit callditati mulierum, sed infirmitati, & deceptis non decipientibus, *l. 2. § sed ita demum ff. ad Vellcian.*

40. Gaivs libro 7. ad Edictum Prouinciale.

Quia nullum pignus creditor vendidisse videtur.

Ad l. Quia nullum 40.

Ratio dubitandi. Pignus constituitur voluntate debitoris siue modò rem suam det pignori eamque tradat creditori. Est enim contractus pignoris ex eorum numero qui re contrahuntur, *l. 1. § creditor quoque ff. De oblig. & act. & § creditor Instit. quib. mod. re contr. oblig.* Quod si traditio nulla sequatur adhuc tamen sola conuentione hypotheca contrahitur, *l. 4. iunct. l. seq. §. 1. infr. de pignorib. l. si rem 9. § proprie ff. de pignorat. act.* Atqui ponimus mulierem de qua agimus & conuenisse de pignore & dominam fuisse rei quam pignoris nomine tradiderit creditori. Non ergo dici potest nullum eam pignus dedisse aut nullum pignus venditum à creditore fuisse.

Dec. Nihil potest facere conuentio neque traditio cui legis aut senatusconsulti prohibitio resistit, vt proximè diximus ex *l. no dubium 5. C. de legib.* vbi dicitur nec intuendum hoc casu quicquam prodesse quod & scriptum est in *l. si quis inquilinos* ... *§. vlt.*

112.§.vlt.de leg.1.licèt iure Canonico aliud sit propter religionem iurisiurandi quoties citra dispendium salutis æternæ seruari potest, *cap.cùm contingat. Extra. De iureiur.& c.quamuis pactum De pact. in 6.* In proposito autem Senatusconsultum Velleianum improbat omnem intercessionem mulieris & consequenter etiam pignoris dationem, *l.1.l.quamuis 8.in princ.& pass.infr.ad SC.Vellean.*

41. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

SI quis hac lege emerit,vt,si alius meliorem condicionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam condicionem iam non potest in rem actione vti. Sed & si cui in diem addictus sit fundus: antequàm adiectio sit facta, vti in rem actione potest:postea non poterit.

Ad l.Si quis hac lege 41.

Ratio dubitandi. Rei vindicatio competit domino,*l.1.l.in rem 23.sup.& pass.hoc tit.* Atqui is qui emit sub pacto addictionis in diem si res ei tradita sit factus est dominus, cùm titulus venditionis etiam factæ sub eo pacto sit habilis ad transferendum dominium,vt & alia quælibet vēditio *l.numquam nuda 31.De acqu.rer.domi.* Nec enim venditio quæ ita fit cēsetur condicionalis sed pura quæ tamen possit resolui sub condicione,*l.1.& 2.infr. De in diem addict.*vt appareat interim esse illum dominum,eumq; tanquam dominum rem illam pignori dare posse, *l.vbi autem 4.aliàs l.si ex duobus 4.§.d. & Marcellus eod.* Ergo quamuis postea melior condicio allata sit atque ita extiterit cōdicio pacti addictionis in diem,non eo minùs tamen potest emptor rem vindicare cùm ex vi solius pacti non possit dominium quod semel emptori quæsitum fuit ad venditorem recurrere sine noua retrotraditione. Non enim nudis pactis, id est traditione destitutis, sed tantùm traditionibus dominia rerum transferuntur,*l.traditionibus 20.C.de pact.* Nec rursus ideò minùs quid nostrum videri debet quod eius dominium aliquo casu à nobis abire possit,*l.non videtur 66.infr hoc tit.* Denique licèt res sub eo pacto vendita aut sub lege commissoria computetur in bonis venditoris quoties de ratione legis falcidiæ ineunda quæritur etiam priùs quàm condicio resoluendæ venditionis extiterit, *l.si autem liber 38.in fi.§.ad leg.falc.* non tamen potest venditor tanquam dominus eā vindicare ne quidē post euentum condicionis allatamq; meliorem cōdicionem, sed tantùm habet actionem ex vendito, *l.3.C.de pact.int. empt.& vendit.* Quid ergo prodest etiam allatā meliore condicione vindicationem emptori denegare quam nec venditori concedere possimus?

Dec. In traditionibus rerū quodcunque pactum appositum sit, valet *l.in traditionibus 44.sup.de pact.* Atqui si valet pactum appositum in traditione rei venditæ sub pacto addictionis in diem vt si intra certum tempus melior condicio aut quandoque allata sit nullo certo tempore præfinito quomodo hanc legem Azō intellexit, res inempta fiat, aut quod effectu idem est ad venditorem reuertatur, Cōsequens omnino est vt post allatam meliorem condicionem res sic vendita quamuis tradita incipiat esse penes emptorem sine titulo, cùm titulus qui præcesserat redactus sit ad non titulū potestate pacti Potestas enim cōditionis venditionem resoluentis tollit intellectum prioris vēditionis,arg. *l.si patrono 55.§.vlt.ad SC.Trebell.* Ita fit vt dominiū quod à venditore abscesserat & in emptorem transierat, non possit redire penes emptorem non magis quàm si emptio nulla præcessisset. Nihil enim refert an nulla vēditio præcesserit an quę præcessit finita adeoq; resoluta sit. Nec enim nuda traditio dominiū transferre potest quam non aliquis titulus idēmq; habilis præcedat, *d.l.numquam nuda.* Neque tamen illud etiam statim consequens est vt dominium quod non resedit penes emptorem recurrat ipso iure ad venditorem. Requiritur enim tractus retro similis, id est vt interueniat retrotraditio *l.1.C.quand.lic.ab empt.disc.l.ab emptione 58.supr.de pact.* vbi dixi & latius in vltima parte Cinliadis De error.pragmat. Ob eamq; causam necessaria est venditori actio personalis ex vendito, per quam cogat emptorē ad retrotraditionē, *d.l.3.C.de pact.int.emp. & vend.* In eoq; errat Accursius qui putat speciale esse in lege commissoria & in pacto addictionis in diem speciale esse vt ex his causis dominiū transferatur sine vlla traditione, & recurrat ad venditorē sola pacti potestate. Quod si ità esset vtique sequeretur dandā ei vindicationē etiam contra emptorem contrà quàm disertè scriptum sit in *d.l.3.* Neque rursum hanc Accursii sententiam aliter admittunt interpretes, quàm si pactio facta sit per verba merè directa vt vocant, puta inquiunt si conueneril vt in casum non soluti precij aut maioris oblati res inempta fiat, non etiam si per obliqua puta si conuenerit vt res vendita ad venditorem reuertatur, quomodo Bartolus ad hanc legem distinguit. Atqui in huius legis specie ponit Iureconsultus factam fuisse conuentionem per verba obliqua non per directa. Ergo nec si ea interpretum distinctio vera esset quæ certè falsa est cùm nullo casu possit dominium redire ad venditorem sine retrotraditione, Accursij tamen sententia probari posset. Quem illud sanè fefellit, quòd credidit legem hàc eo ipso quod denegat actionē in rem emptori tanquam qui desierit esse dominus, videri eam concedere venditori atque ita præsupponere in antecedens necessarium recurrere dominium ad venditorem. Nec animaduertit Accursius in hoc casu contingere nescio quid singulare, vt dominium rei vēditæ sub pacto, vt aiunt, resolutiuo, cuius cōdicio extitit neque venditoris sit neque emptoris. Non venditoris quia cùm per traditionem illud amiserit, non potest recuperare citra retrotraditionem. Non etiam emptoris quia licèt factus antea fuerit dominus per traditionem factam ex iusto titulo præcedente, desiit tamen esse dominus amisso titulo ex quo possidebat, incipitque res vendita & tradita penes eum esse sine causa, quasi numquam vendita, & quasi in eum casum deducto negotio à quo dominij translatio incipere non potuisset: Nuda scilicet facta traditione quæ nec vllam exceptionem parere posset. Est enim prodita quidem exceptio rei venditæ & traditæ contra venditorem etiam qui factus sit dominus eius rei quam prius cùm aliena esset vendiderat. Qui sensus est totius *Tit. De except.rei vendit.& tradit.* Sed exce-

ptio rei traditæ tantum nulla est sine res illa numquam vendita fuerit, siue quod effectu idem est, vendita quidem sit, sed ad eum casum peruenerit, vt numquam vendita fuisse videatur, saltem iuxta veterum illorum sententiam qui putabant irrita fieri omnia quæ ad eum casum peruenissent à quo incipere non potuissent, *l. quia in eum casum 16. inf. ad leg. falc. l. debitor 82. De leg. at. 2.* quamuis ea propositio non placuerit omnibus, vt constat ex *leg. 5. infr. ad leg. falc. l. creditore 98. infr. De verbor. oblig.* aut saltem non fuerit perpetua, *l. penultim. §. vlt. eod. titul. l. in ambiguis 85. §. 1. De reg. iur.* Nec pro Accursio facit quod obiicit ex *l. si quis 11. §. antepenult. infr. quod vi aut clam.* si postquàm melior condicio allata est aliquid operis vi aut clam factum sit interdictum competere venditori. Non est enim bona similitudo interdicti & vindicationis. Hæc enim competit ei tantùm qui est dominus, qualis non est venditor ante retrotraditionem, *d. l. 3. C. de pact. int. empt.* Interdictum auté etiā non domino si modò ipsius intersit, *d. §. antep.* Interest autem vēditoris propter actioné personalem quam habet ex vēdito cōtra emptoré vt res ei retrotradatur, *d. l. 3.* Neque rursum obstat quod idem obiicit pignus quod medio tempore fuerat constitutum ab emptore cui res vendita fuerat sub pacto addictionis in diem finiri statim atque allata melior condicio est ex *l. 3. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solut. l. 4. §. sed & Marcellus inf. De in diem addict.* Vt enim tale pignus finiatur sufficit emptorem desinere esse dominum quod nos ita esse fatemur, nec illud etiam requiritur vt venditor rursum dominus fiat, quem citra retrotraditionem dominum fieri negamus. Planè cùm de ponenda legis falcidiæ ratione quæritur, res sub hoc pacto vendita aut sub lege commissoria, interim computatur in bonis venditoris, id est prius etiam, quàm per retrotraditionem redierit in dominium venditoris, *l. statuliber 38. in fi. ad leg. falcid.* Quod tamen ita videtur accipiendum si condicio venditionem resoluens iam extiterit. Alioqui nihil causæ est cur res vendita quæ interim verè emptoris est ob id solùm computetur in bonis venditoris quod ad eum redire aliquo casu dominium possit, *leg. non ideò 66. inf. hoc titul. & dict. §. sed & Marcellus.* Nisi quis dicat singulari quodam iure ita comparatum esse in tractatu legis falcidiæ quòd ibi non tam de præciso rerum dominio cuius sit, quæri oporteat, quàm de ipsarum æstimatione: Certum autem est re aliqua vendita sub lege commissoria, vel sub pacto addictionis in diem, Debere venditorem omnimodo aut rem habere si fiat inempta aut rei precium, & quidem maius quàm quanti res per venditorem æstimata est, si fortè melior condicio aliqua offeratur. Videtur enim est, quod quamuis statuliber interim sit heredis pleno iure quousque libertatis condicio extiterit, *l. si debitor 45. §. vltim. inf. De fideicomm. libert.* ita vt à cæteris seruis nihilo ferè distare videatur, *l. statuliberi à cæteris 29. in prin. infr. De statulib.* Interim tamen familiā heredis non auget quantum ad ponendam rationem legis falcidiæ, *d. l. statuliber.* Nimirum propter incertū condicionis & spem discessuri ab eo quādoque dominij, aut potius propter implicitum casum libertatis, vt loquitur Paulus in *l. vlt. supr. si ex noxal. caus. agat.* Certè quando res inempta esse desiit aut propter non solutū sua die precium, aut ob meliorem allatam condicionem, apertior ratio est ob quam dici debeat computandam esse rem in bonis venditoris, licèt dominium rei nondum ad eum redierit, Nimirum quia iam habet actioné personalem ad rem recuperandam, Qui autē habet actionem, ipsam quoque rem habere videtur, *l. is qui actionem 15. De reg. iur.* Fefellit Accursiū, vt puto, quod scriptum vidit in *l. commissoria 4. C. de pact. int. empt. non vindicationē rei eligere,* quibus verbis innuitur, Esse igitur in potestate venditoris si precium venditionis sua die solutum non sit, eligere vindicationem quam porrò eligere nō posset si dominus eo tempore non inueniretur. Neque sanè aliquo casu id fieri posse negamus, sed eo tātùm admittimus quo per venditoré sub huiusmodi pactis distrahentem, precaria tātùm possessio emptori tradita sit, Quomodo tradi vt plurimùm solebat id maximè curātibus venditoribus, vt in casum resolutæ venditionis saluam haberent vindicationé nec eam cum actione personali ex vendito commutarét, vt inquit *d. l. 3. eod. t. & d. l. si quis 11. §. antep. ī. quod vi aut clam.* Hoc enim facit precarij rogatio vt vera possessio intelligitur esse penes cōcedétē nō penes rogantē, *l. certe 2. §. is qui rogauit l. & habet 16. §. cum quis ī. de precar.* Extra hunc casum cùm olim dubitaretur an venditori post commissam legem vēditionis saluā esset venditori vindicatio, an actio tantùm ex vendito, Decisa quæstio est rescripto Imperatorū Antonini & Seueri & cōstitutū vt sola ei competat ex vendito actio, vt refert Vlp. noster ita omnino intelligēdus in *l. 4. in prin. ī. De leg. commiss.* Sēcus autē *d. l. commissoria 4. C. de pact. int. empt. & vend.* hic est vt qui post diē solutioni precij præstitutū eūm posset eligere vindicationé, quia nimirū possessionem rei nō nisi precariā tradiderat, maluit preciū petere, & precij vsuras, nō iam postea audiēdus si commissoriam legem velit exercere, id est nec ei permittēdum sit vt agat ex vendito, quia scilicet cōmissoriæ legi renūciasse intelligitur *l. de lege 6. §. vlt. & l. seq. ī. eod. tit. tit. De leg. commissor.* Et hæc demùm distinctio adhibēda est in hac quæstione, Id est an res vēdita tradita sit emptori absolutè an precariò tantùm, Nō quā adhibet Bartolus & post eum cæteri, An lex commissoria vel pactio addictionis in diem cōcepta sit per verba directa, quomodo fingūt cōcepta fuisse in *d. l. commissoria,* an per obliqua, vt in *d. l. 3. eod* siue nāque cōuenerit vt res inēpta fiat vt in *l. 1. De leg. commiss.* aut vt sit empto nisi melior condicio intra certum tempus afferatur, vt in *l. 1. de in diem addict.* quę verba volunt nostri esse directa, Siue vt fundus ad venditorem reuertatur, vt in *d. l. 3. C. de pact. int. empt.* aut vt à venditione recedatur, sicut in hac lege, Quæ verba vocāt illi obliqua nihil omnino interest quantùm ad hoc vt eo magis vel minùs dominium recurrat ad venditorem, sed retrotraditio semper necessaria est, tùm quoque cùm disertis verbis conuenit vt post euētum condicionis dominium ad venditoré pertineat, vt in *l. 1. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Quia quod in ea lege scribitur contractus legem hoc casu seruandam esse, non ita debet accipi quasi dominium ipso iure ad venditorem reuertatur, sed vt actio ex contractu detur vt dominium restituatur, quemadmodū in *l. 2. eod. tit.* Itaq; fallitur & fallit Bart. cùm posterioré huius legis partē quę loquitur de addictione in diē intelligit de addictione facta verbis directis, Priorem verò de ea quę verbis obliquis, Quasi nō sit illa verè dicēda addictio cū cōuenit vt allata meliore cōdicione ab emptione discedatur q: est

vidi-

ridiculum, vt constat ex *l. 2. & pass. ill. tit. De in diem addict.* Quare nec potest se Bartolus euoluere ex ea difficultate quam statim ex sua illa distinctione nasci videt. Nam si conuentione sic concepta vt si quis alius meliorem condicionem adferat ab emptione discedatur, dominium ideò non potest ipso iure ad venditorem recurrere quod conuentio per obliqua verba facta sit. Ergo, inquit dominus emptor remanet, & cõsequenter actio in rem ei competit, quod tamen lex nostra negat. Hinc nimirum cogitur ille Vlpianum sic interpretari, vt huic emptori deneget actionem in rem aduersus venditorem tantùm aut alium, qui ab eo causam habeat, non etiam contra cæteros. Omnino malè. Quomodo enim fieri potest vt quantùm ad istos sit dominus, quantum verò ad illos non sit? Et quod ait Vlpianus non posse illum in rem agere sicut iudi- stinctè scriptum est, ita & generaliter intelligendum vt nullo casu possit in rem agere tanquam qui nullo casu possit se dominum aut emptorem dicere post allatam meliorem condicionem quandoquidem finita emptio est, vt idem Vlpianus noster docet in *d. l. 4. inf. De leg. commiss.* & finito titulo acquisitionis, ipsam quoque acquisitionem finiri necesse est, & traditionem ex non nuda fieri nudam, sicuti solemus dicere causam finitam recidere ad non causam, *l. 1. §. siue ab initio ff. De condict. sin. caus.* Sed primus hac in re Bartoli error ille est quod putat, si venditor non fiat ipso iure dominus per euentum condicionis, Emptorem igitur dominum remanere: quæ mala vtique consecutio est cùm inter hæc duo medium illud sit vt neuter dominum se possit dicere, Nec apertior alius textus quærendus est quo probemus contra Bartolum, Venditionem factam sub pacto addictionis in diem per verba etiam obliqua concepto non minùs resolui ipso iure ac finiri vt emptor desinat esse dominus Licèt non eo minùs verum sit neq; ad venditorem hoc casu dominium recurrere, At non ratione illa quam Bartolus comminiscitur quod pactio facta sit per obliqua verba, sed quia nec si per directa verba factam eam proponeres, posset tamen recurrere citra retrotraditionem, quæ ad hoc certè omnino necessaria est, Quæ cùm ita sint illud solùm in hac lege explicandum superest, Quid ergo inter priorem & posteriorem speciem intersit si in vtraq; & addictio in diem & iisdem verbis facta conuentio proponatur. Accursius respondet quod nec improbare audet Bartolus primam partem accipiendam esse de re mobili, Posteriore verò de immobili. Et ego probo. Ipsa enim verba ostendunt in secunda parte tractari de fundo. Ad quid verò si etiam in prima de fundo quoque Vlpianus tractasset? Et verò in hoc potissimùm tractato De rei vindicatione cùm de vindicanda re aliqua simpliciter loquuntur Iureconsulti de re mobili semper intelligunt, siue quòd res immobiles specialius nomen habeant etiam sui generis, (fundi enim dicuntur aut agri aut ædificia aut prædia, *l. locus 60. l. quæstio est 115. l. fundi 211. De verb. signif.*) quod in res mobiles non cadit, quæ nullum aliud generis nomen specialius habent, siue potiùs quod in res mobiles magis propriè cadebat illa vindicationis formula quæ in iure apud Prætorem vsurpanda erat, *Hanc rem ex iure quiritium meam esse aio*, vt diximus ad *legem primam supr.* cùm res mobiles faciliè in ius ad Prætorē duci vel ferri possent, quod innuit, *l. 1. supr. si quis ius dic. non obtemp.* vbi diximus, Immobiles verò non possent, sed tantùm pars aliqua glebæ vel cæmentorum quæ totum fundum aut totum ædificium repræsentaret, vnde nec in rem immobilem cadit illa distinctio, quę circa rem mobilem vindicatam adfert Paulus in *l. hæc si res 47. infr. eod.* an res præsens sit an absens Et ita certè omnimodo sentiendum est. Ideò autem subiectam ab Vlpiano mentionem fundi postquàm de re vendita in genere locutus fuit, quòd videri posset difficilius vt emptor fundi in diem addicti desineret esse dominus fundi post allatam meliorem condicionem, quàm emptor rei mobilis, solet enim faciliùs & dominium & possessio rerum immobilium amitti quàm immobilium, vt apparet ex eo quod multo breuiore tempore res mobiles & vsucapiebantur olim & hodie vsucapiuntur, Immobiles verò longiore, *leg. vnic. Cod. de vsucap. transform. & Instit. Tit. De vsucap.* Item ex eo quod Papinianus scribit in *l. si rem mobilem 47. iunct. l. peregrè 44. §. vltim. infr. De acquirend. possess.* Sed enim nulla in huius legis specie differentia est inter rem mobilem distractam sub pacto addictionis in diem & rem immobilem, quoniam eadem iuris ratio est cùm de dominio rei per conuentionem aut amittendo aut acquirendo tractatur. Et hoc est quod Vlpianus hîc docere voluit.

1 § Si seruus mihi, vel filiusfamilias fundum vendidit, & tradidit, habens liberam peculij administrationem: in rem actione vti potero. Sed & si domini voluntate [a], domini rem tradat: idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit, vel tradidit: in rem actionem mihi præstabit.

Ad §. 1. Si seruus mihi.

Ratio dubitandi. Traditio non plus iuris transferre in accipientem potest, quàm fuerit penes tradentem, *l. traditio 20. inf. De acquiren. rer. domin.* Atqui filiusfamilias vel seruus qui rem paternam aut dominicam vendidit & tradidit, non fuit eius rei dominus nec si liberam peculij administrationem habuerit, quia peculium licèt dicatur esse veluti patrimonium filij vel serui, *l. 5. §. penult. & vltim. l. bene quæritur 19. §. 1. inf. de pecul.* magis tamen est patris vel domini, *l. 3. §. sed verum l. patri 27. in princip. sup. De minor.* Ergo is qui à filiofamilias vel seruo rem aliquam peculiarem emit, & per traditionem accepit, non ideò videri potest factus dominus, nec proinde vindicationem habere quæ non datur nisi domino, *leg. in rem 23. supr.*

Dec. Nihil interest an quis rem suam tradat per seipsum an per alium, sufficitque adesse voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, *§. nihil autem interest 42. Inst. de rer. diuis. l. si seruus 61. §. locaui inf. De furt. l. si seruus 14. inf. De acqu. possess.* vbi additur ex hac etiam causa dari emptori accessionem possessionis ac si à patre ipso vel à domino emisset, Videtur enim pater vel dominus vendidisse cùm filiusfamilias vel seruus

vendiderit siue ex patris aut domini voluntate expressa vendiderint, puta patre vel domino mandante, vt in *versic. s. q.* subiicitur, siue ex tacita quæ satis interuenisse creditur hoc ipso quo pater vel dominus liberam filiofamilias vel seruo administrationem peculij permisit. Eadem enim hac parte vis est expressæ & tacitæ voluntatis, *dict. l. seruum 14. & dict. §. locaui.* vbi duo isti casus æquiparantur. Et ad vtramque voluntatem pertinet quod scriptum est in *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res inf. De acquir. rer. domin.* nihil esse tam conueniens æquitati naturali quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. 2. infr. si quis a parent. manum. sit.* Idémque est si ponas rem venditam esse & traditam à procuratore liberam negotiorum administrationem habentes, licèt mandato nihil expressum sit de venditione, quod tamen in alio procuratore cui totorum quidem bonorum administrationem, sed non libera data esset non similiter dici posset, *leg. procurator cui 58. & seq.* iunct. *l. procurator totorum 63. supr. de procurat.* Sic è contrario dicimus nihil referre quantum ad acquirendum dominium an alius rem sibi meo nomine traditam, meo quoque nomine ex mandato meo acceperit an ego ipse, *l. si procurator 13.* iunct. *leg. res ex mandatu 59. infr. De acquir. rer. domin. l. quæsitum 40. §. vlt. & l. sequ. infr. ad SC. Trebell.*

a *Sed etsi domini voluntate.* Rectè Accursius *expressa*, vt sit hic nouus casus & diuersus à superiore qui pertinet ad tacitam voluntatem. Inter quam tamen & expressam hac parte nihil interest vt modò diximus. Proinde eædem dubitandi & decidendi rationes aptandæ sunt ad hanc posteriorem partem quæ ad superiorem. Nisi quod cùm expressa voluntas est domini mandantis procuratori suo vt rem illam vendat & tradat, si longè minor dubitatio esse videtur. Quoniam expressa voluntas nullum interpretationi locum relinquit, Tacita relinquit. Procurator cui expressum mandatum est vt fundum Cornelianum vendat & tradat, habet expressam domini voluntatem. Is verò cui & generalis & libera bonorum administratio data est, habet tantùm tacitam. Inde est quod neque procurator hic, neque filiusfamilias aut seruus quantumuis liberam habens peculij administrationem, donare non potest quasi nec ea mandantis voluntas fuisse videatur cùm donare sit perdere, *leg. filiusfamilias 7. §. . . infr. de donat.* Cùm tamen dubitari non possit quin valitura esset donatio si ex domini vel patris voluntate expressa facta esset, *leg. tamets 25. §. 1. De don. causa mort.* Excipiendus tamen etiam alius casus est in quo nec is cui libera administratio concessa est alienare potest, Nimirum si quid fraudulenter & malafide alienare tentauerit, Verbis enim mandati bonam fidem semper inesse constat, *l. creditor 60. §. vltim. infr. mandat.* Vt de verbis fideicommissi quibus rogatus quis est restituere id quod ex hereditate superfuit, Papinianus scribit in *l. Titius 54. infr. ad SC. Trebell.* Verba enim generalia semper sunt restringenda ex eo quod iustum honestum & æquum est, *leg. 1. §. si t. cum & leg. penultim. infr. ad exhibend. cum inter, iur 11. cum anab. seqq. inf. De furt.* Nihil autem tam contrarium est bonæ fidei quàm dolus qui non solùm prodesse numquam debet, sed nec impunitus remanere, *l. procurator 11. §. 1. infr. De dolo mal. except.*

42. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

SI in rem actum sit: quamuis heres possessoris, si non possideat, absoluatur: tamen, si quid ex persona [a] defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

Ad l. Si in rem 42.

Ratio dubitandi. In omnibus actionibus etiam quæ in personam diriguntur, quale quid est cùm petitur, tale dari debet, *l. 2. infr. de vsur.* ideóque solemus ferè semper in omnibus inspicere tempus litis contestatæ, *l. 51. post acceptum 18. supr. hoc titul.* *leg. vinum 22. infr. de reb. credit.* Atqui tempore litis contestatæ ponimus defunctum possedisse rem quæ vindicabatur: Ergo etiamsi posteà absque dolo malo eam rem possidere desierit, non eo minùs condemnandus est is, qui tempore litis contestatæ possidebat. Quid enim potest imputari ei qui litem benè ac vtiliter contestatus est vt ius suum in tuto collocaret? Proinde nec ipsius heres absoluendus est etiamsi possideat, cùm in omne ius defuncti succedat, nec sua ignoratione vicia defuncti excludat, *l. cùm heres 11. infr. De diuers. tempor. præscript. l. vicia 11. C. de acquir. poss.* multóque minùs malam fidem defuncti quæ oritur ex contestatione, *l. sed etsi 25. §. si antè supr. de hered. pet. l. si homo 45. inf. hoc tit.*

Dec. Vindicationis iudicium tale est vt in eo condemnari nemo possit, nisi qui possideat tempore rei iudicandæ, quia sicuti non datur hæc actio nisi contra eum qui possidet tempore litis contestatæ *leg. qui petitoria 36. supr.* ita neque condemnatio fieri nisi contra eum qui possideat tempore condemnationis cùm non alia sit causa condemnandi rei quàm quia rem petitam non restituit, In quo tamen nulla ipsius culpa est si neque possideat eo tempore quo iubetur restituere, neque dolo malo desiit possidere, *leg. sin autem 27. §. possidere supr. l. qui restituere 68. infr. eod.* Ergo absoluendus est heres possessoris, si ipse non possideat rem quam defunctus possidebat dummodò nihil in ea re fecerit dolo malo. Ne alioqui deterioris conditionis sit quàm defunctus qui nec ipse condemnandus esset sed absoluendus si absque dolo possidere desisset. Est autem multò facilius, vt sine dolo vllo heres possessoris non possideat rem quam defunctus possidebat quia licèt omnia defuncti iura transeant in heredem, possessio tamen non transit nisi corporaliter fuerit adprehensa, *l. cùm heredes 23. infr. De acquirend. possess.* Nec enim potest hereditas transferre in heredem nisi quod ipsa habeat, Non habet autem hereditas possessionem, quia possessio tota facti est, hereditas autem iuris vt ratiocinatur Vlpianus ex Scæuola in *leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui testamento lib. esse iuss. iunct. leg. hereditas 50. supr. De heredit. petition. leg. denique 19. supra ex quibus caus. maior.*

maior. Quòd si lis non fuerit contestata cum defuncto non est quærendum de absolutione heredis. Cùm & absolutio & condemnatio quælibet præsupponat iudicium acceptum & cœptum. Finis enim iudicij & litis est sententia quæ vel absolutionem continet vel condemnationem, *l. 1. infr. De re iud.* Est igitur hæc lex restringenda ad casum litis contestatæ, In eoque errat Accursius qui ad verbum *absoluatur* notat *alias nisi lis esset contestata*, quia lite non contestata nihil est quod de absolutione tractari possit, & illa tantùm quæstio superesse potest, An ex propria sua persona conueniri possit possessoris heres qui non possidet. Quæ tamen quæstio propemodum inepta est cùm vindicationes & cæteræ in rem actiones non nisi ex præsenti possessione nascantur, *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur, sup. De iudic.* Sed aliud est Absolui debere, Aliud conueniri non posse.

a *Tamen si quid ex persona* Ratio dubitandi. Etiam cùm defunctus dolo malo desiit possidere post litem contestatam, non eo minùs tamen verum est heredem ipsius neque possidere, neque dolo malo desiisse possidere. Nec enim dolus defuncti dolus heredis est. Vnde fit vt neque ex dolo defuncti, heres teneatur nisi hactenus vt si quid ex eo dolo ad heredem peruenerit, id ei auferatur, *l. sicuti 38. de regul. iur. cum similib.* Ergo quamuis defunctus conueniri propter dolum suum potuerit, non est tamen bona consecutio vt heres quoque ipsius conueniri possit qui nullius doli conscius & particeps est, siue dolus defuncti post litem contestatam interuenerit, siue ante litem contestatam.

Dec. Multùm interest an defunctus actione in rem conuentus, qui possidebat temporè litis contestatæ desierit possidere ante litem contestatam, an post. Si antè, nulla certè causa est cur propter eum dolum heres conueniri possit rei vindicatione, quæ vt modò dicebamus nascitur ex præsenti possessione vel vera, vel ficta, Cùm hic heres neque possideat neque dolo malo desierit possidere, Soláque in factum actio superest contra heredem per quam dolus defuncti vindicetur, quatenus heres ex eo dolo locupletior factus est, *leg. cùm autem 52. vbi dicemus infr. eod.* At cùm post litem contestatam acceptúmque vindicationis iudicium intercessit dolus defuncti, qui dolo desiit possidere, transit illud ipsum vindicationis iudicium in heredē nō tam propter dolum quàm propter vim & potestatem accepti iudicij in quo defunctus quasi contraxisse intelligitur, *l. 3. § idem scribit infr. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. De nouat.* quemadmodum ex alio quolibet quasi contractu defuncti etiam heres conueniri posset. Nec quod lis super eo dolo non sit contestata cùm post contestationem acciderit, ad rem facit cùm ea omnia quæ post litem contestatam accidunt, circa restitutionem rei petitæ in iudicio versentur. *l. Ædiles 25. § item sciendum est infr. De ædilit. edict.* Idem iuris est si possessor fructus aliquos perceperat post litem contestatam de quibus restituendis condemnandus fuerat officio iudicis, *§. 1. Instit. de offic. iudic. l. certum 22. Cod. hoc tit.* Nam si ante condemnationem decesserit, perinde officio iudicis condemnandus erit heres eodem vindicationis iudicio quamuis rem ipsam neque possideat, neque dolo malo desierit possidere, quoniam post litem cum defuncto contestatam transit iudicium in heredem quale fuerat cum defuncto inchoatum. Et quod heres neque possidet neque dolo desiit possidere facit tantùm vt ex propria persona conueniri vindicationis iudicio nequeat, non etiam vt non possit tanquam heres illius qui eo nomine non tantùm conueniri poterat, sed etiam fuerat iam conuentus.

43. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

QVæ religiosis adhærent, religiosa sunt. & idcirco [a] nec lapides inædificati, postquàm remoti sunt vindicari possunt, in factum autem actione [b] petitur: extra ordinem [illegible] enitur: vt is, qui hoc fecit, restituere eos compellatur. Sed si alieni [c], sine voluntate domini inædificati fuerint, & nondum functo monumento, in hoc detracti erunt, vt alibi reponerentur: poterunt à domino vindicari. Quòd si in hoc detracti erunt, vt reponerentur: similiter dominum eos repetere posse constat.

Ad l. Quæ religiosis 43.

Ratio dubitandi. Religiosum quidem locum facit quilibet voluntate sua, sed mortuum inferēdo *l. sed tantum. 6. §. religiosum sup. de rer. diu.* Non igitur adiungendo tantùm rem aliquam profanam rei religiosæ, id est sepulchro & monumento in quo quis conditus sit. Nec enim quicquid circa sepulchrum est statim religiosum fit, *l. 4. vers. profana l. locum 9. C. de relig. & sumpt. funer.* Ergo quæ sui natura non erant religiosa non ob id religiosa fieri possunt, quòd religiosis adhæreant.

Dec. Ea quæ religiosis ita adhærent, vt eis inhæreant, eorum pars quædam fiunt propter inhærentiam cùm auelli & separari non possint quin id quod religiosum est nō modò tangatur, sed etiam lædatur & offendatur. Fiunt itaque religiosa, Nec nouum est vt quid ratione adiuncti nouam naturam induat, & nouo iure censeatur, *l. qui patri 59. infr. De acquir. hæred.* Et ideò benè infert Paulus lapides inædificatos etiamsi à sepulchro remoti sint per alium vindicari tamen à domino non posse cùm ea quæ sunt religiosa in nullius bonis sint, Vindicatio autem soli domino vel quiritario vel saltem bonitario competat, *leg. in rem 23. in princip. & §. 1. supr.*

a *Et idcirco.* Ratio dubitandi. Hi lapides non alia de causa erant religiosi quàm quia sepulchro adhærebant, & vt diximus propter adhærentiam. Ergo si remoti & separati sint à sepulchro desinēt esse religiosi vt cessante causa cesset effectus, ac proinde vindicare illos dominus poterit; Exemplo eius quod dici solet de tigno iuncto, quod licèt quandiu iunctum est vindicari non possit propter prohibitionem legis 12. tab. postquàm tamen iunctum esse desiit vindicari iam per pristinum dominum potest. *d. l. in rem § pen. & vlt. sup. iunct. l. 1. & 2. infr. De tign. iunct. l. 2. C. hoc tit.*

Dec. Quæ religiosa semel facta sunt, non nisi certis & religiosis modis religiosa esse desinunt, neq; ex cuiusquā voluntate pēdet ne quod fuit aliquan-

do religiosum postea profanum fiat, licet ab initio fuerit meræ voluntatis vt quod profanum erat fieret religiosum. Diuersitatis enim ratio euidens illa est, quod ea quæ semel religiosa quoquo modo facta sunt etiam per solam adhærentiam hoc ipso cœperunt non tantum in bonis nullius esse sed nec in cuiusquam bonis esse posse quia non sunt in commercio, cùm tamen cæteræ res quæ ita sunt in bonis nullius, vt nullo religionis aut sanctitatis vinculo teneantur, fiant primi occupantis ex iure gentium, quo primus hic acquirendi modus introductus fuit. Tigni iuncti alia ratio est quod tum quoque cùm iunctum manet prioris domini adhuc est si absq; eius volūtate iunctum fuerit, ideóque & vindicari posset nisi lex 12. tab. ob publicam vtilitatem inhiberet vindicationem non absolutè sed tantisper, id est quandiu iunctum manet.

b *Per in factum autem actionē.* Ratio dubitandi. Nō sunt comparatæ actiones neque concedendæ nisi de iis rebus quæ sunt in cōmercio, vt ex ipsa actionis definitione appareat, *l. nihil aliud 51. inf. de obl. & act.* Præsertim verò actiones in personam, quales sunt omnes quæ in factum appellantur. Nascuntur enim semper ex præcedente aliqua obligatione quæ ideò non infusè ab interpretibus dicitur mater actionis est *l. licet 42. §. ea obligatio supr. De procur.* Obligationes autem omnes non ad aliud comparatæ sunt, quàm vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest, *l. stipulatio ista 38. §. alteri inf. De verb. obl.* Nihil autem interesse potest nostra ratione earum rerum quæ non sunt in bonorum cōmercio, *l. inter stipulantem 83. §. sacram De verb. obl.* Ergo quemadmodum rei sacræ vel religiosæ vindicatio nulla potest competere, quia huiusmodi rerum nomine non possit actor illam formulam vsurpare, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, ita neque per actionem vllam in factum quæ petitionalis est petitori succurri hac parte potest.

Dec. Sepulchrum licèt in nullius bonis sit tanquam res religiosa, ad eum tamen pertinere dicitur qui habet iura sepulchri. Etsi enim sepulchri dominium nullum est, iura tamen sepulchrorum multa sunt quæ illæsa seruari sanè interest illius ad quem pertinent, *d. l. si sepulchrum l. ius familiarum 8. l. ius sepulchri 3. C. de religios. l. 2. §. prætor ait & pass.* *inf. eod. tit. tit.* Suntque in eam rem proditæ actiones, *d. §. prætor ait l. is qui 7. l. liberum 9. eod.* Igitur deficiente vindicatione æquum est dari actionem in factum aduersus eum qui lapides sepulchro inædificatos amouit, cùm rem illicitam fecerit. Nam & aliis plerisque casibus actio in factum vindicationis subsidiaria est, *dict. l. cùm autem 52. & pass. hoc titul.*

c *S. d & si alieni.* Ratio dubitandi. Quæ religiosis adhærent religiosa sunt, vt initio huius legis scriptum est Quod autem religiosum semel fuit, semper eiusdem iuris manet, vt modò diximus Ergo si lapides alieni etiam qui sine domini voluntate inædificati fuerant nondum destructo monumento detracti sint, siue in hoc vt ibidem reponerentur, siue vt alibi dicendum est non esse dandam domino vindicationem.

Dec. Lapides sine domini voluntate inædificati sepulchro relig osi fieri non potuerunt, quia rem alienam absque consensu domini religiosam facere nemo potest, *l. 2. §. si vsumfructum & §. vlt. cum l. sequ. & pass. inf. de relig. & sumpt. funer. l. sin tantum 6. §. religiosum sup. de rer. diu.* Ideoque possent etiam manente monumento vindicari nisi lex 12. tabul. de tigno iuncto prohiberet. Idque est quod hæc lex ait, *nondum destructo monumento*, vt intelligamus non esse monumentum ex hac causa, destruendum, Quo destructo dubitationem nullam res haberet quin horum lapidum vindicatio domino danda esset, Sed etsi nondum destructum sit monumentum si tamen lapides ex eo detracti sint, non quidem à domino lapidum qui eos detrahere iure non potuisset, sed ab eo cuius esset monumentum, possunt vtique à domino vindicari non tantùm si detracti fuerint ea mente, vt alibi reponerentur qui casus aut nullam aut sanè minorem habet dubitationem, sed etiamsi ea mente vt in eodem monumento reponerentur, Quo tamen casu poterant videri eodem iure censendi quo si numquam detracti fuissent, exemplo eius quod scriptum est in *l. quæ res 98. §. aream inf. de solut.* Eandem videri nauim quæ tota dissoluta est ea mente, vt ex iisdem tabulis reficeretur Sed aliud est de identitate, vt loquuntur nauis aut sepulchri, aliud verò de dominio disputare.

44. Gaivs libro 29. ad Edictum Prouinciale.

Fructus pendentes pars fundi videntur.

Ad l. Fructus 44.

Ratio dubitandi. Fructus pendentes, id est iam maturi (maturitas enim illa est quæ facit pendentes) sunt quid mobile cùm iamiam colligendi sunt & à fundo separandi, Fundus autem est quid immobile. Mobilia autem distant ab immobilibus toto genere nec eodem iure censeri possunt, *l. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* Ergo fieri non potest vt fructus etiam qui in fundo sunt, saltem pendentes videantur esse pars fundi. Alioqui ablatis fructibus etiam fundus pro parte ablatus videretur, quod esset ridiculum, cùm ablatis quoque fructibus idem fundus maneat qui anteà erat. Sed & si quis fructus in alieno fundo pendentes collegerit, ac deportauerit, constat eos in furtiuam causam incidere, *l. si seruus 61. §. locaui infr. de furt.* cùm tamen fundi tanquam rei immobilis furtum fieri non possit, *leg. quam rem 38. infr. de vsucap.*

Dec. Fundi est quicquid terra in se tenet, *leg. fundus 17. inf. De action. empt.* & sicuti religiosa sunt omnia quæ religiosis adhærent, vt diximus in *leg. præcedent.* ita & fundi sunt omnia quæ fundo inhærent & coalescunt. Atqui fructus etiam pendentes terra continentur, quandiu solo cohærent, & à terra recipiunt alimentum & incrementum & conseruationem vsque ad separationem. Sunt ergo pars fundi, *dict. §. locaui.* & cedunt fundo sine quo nec stare possent nec pendere. Ita enim naturaliter comparatum est, vt quicquid tale est, vt sine alio esse non possit, id alij cedere sit necesse, *leg. in rem 23. §. sed & id quod supr. hoc titul.* Nec quod fructus collecti sint mobiles facere potest, vt eo minùs videri

videri debeant immobiles & pars fundi quandiu fundo cohærent. Alia namque ratio constituenda est fructuum separabilium à solo, alia separatorum. Neque mirum videri hoc debet vt fructus pendentes fundi pars videantur, Cùm etiam tùm cùm percipiuntur non tam iure seminis dicantur percipi quàm iure soli *l. qui scit. 25. §. 1. infr. de vsur.* Hinc etiam est quòd si fructibus iam maturis & pendentibus ager distractus sit, ad emptorem pertinet, nisi aliud nominatim conuenerit *l. Iulianus 13. §. si fructibus 10. ff. de action. empt.* Malè tamen Accursius in eandem sententiam adfert quod scriptum est in *l. cum filius 76. §. dominus. ff. de legat. 2. fructum obtinere instar portionis.* Nō enim de fructibus corporalibus, & mobilibus is textus loquitur, sed de iure vsusfructus quod est incorporale; & in iure non in parte consistit, vt idem Papin. loquitur in *l. Maeuius 66. § fundo. eod. tit.* Quo modo intelligi etiā debent textus omnes qui de fructu in singulari numero loquuntur. Fructū enim pro vsufructu in singulari numero passim prudentes nostri dicunt *l. si Titio fructus 33. in princ. & §. 1. ff. de vsufr.* quia scil. vsusfructus in plurali numero nulli sūt cùm in vnaquaque persona vnus & idem sit vsusfructus, qui tamen quotidie constitui & quotidie amitti intelligitur *l. 1. § interdum. ff. de vsufr. adcresc.*

45. VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

SI homo sit, qui post conuentionem restituitur, si quidem à bonæ fidei possessore, puto cauendum esse de dolo solo, debere cæteros etiam de culpa sua [a] inter quos erit & bonæ fidei possessor post litem contestatam.

Ad l. si homo 45.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor ante litem contestatam non videtur posse dolum committere in ea re quam suam esse putat *l. si quid possessor 31. §. sicut. sup. de hered. petit.* Post litē verò contestatam iam desinit esse bonæ fidei possessor, & fit prædo, vt hæc ipsa lex ait, & *l. 4. §. post litem. ff. fin. regund.* adeoque post motam controuersiam *l. sed etsi 25. § si ante, & l. item veniunt 20. §. cæterum. in fin. sup. de hered. petit.* Ergo non potest verum esse quod Vlp. hîc scribit bonæ fidei possessorem si ante litem contestatam rem restituat, cauere de dolo præterito debere: Præsertim cùm tractet de homine post conuentionem restituto: Quo nomine cōuentionis significare solemus aut litem contestatam si facta sit apud Prætorem, aut saltem motam controuersiam *l. amplius 15. ff. rat. rem haber.* Et tamen siue hoc, siue illo modo hic locus intelligatur, pugnabit finis legis cum initio, & secum ipse Vlp. qui in *d. §. si antè*, scribit disertè hoc iure nos vti, vt post motam duntaxat controuersiam, & ante litem contestatam omnes possessores pares fiant, id est prædones.

[a] Dec. Dolus numquam impunitus manere debet, ne tùm quidem cùm illi ipsi qui dolum admisit damnosus est *l. procurator 11. §. ff. de dolo mali except.* Proinde non est viri boni vnquā recusare quominùs caueat se nihil in ea re dolo malo fecisse, vt se doceat innocentem, & carere dolo. Nec quicquam vetat manente bona fide in possessore qui se adhuc dominum credit, pleraque tamen ab eo fieri dolo malo in ea quoque ipsa re quam suam esse putat, vt in *l. etiam 18. § licet. ff. solut. matrim.* puta si hominem illum interficiat aut per nimiam sæuitiam debilitet eum & faciat deteriorem, aùt malis moribus imbuat & corrumpat. Nam & publicè interest neminem abuti re sua *l. 2. sup. De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Itaque distinguendus est dolus à mala fide. Etsi enim dolus plerumque plus est, quā mala fides, potest tamen dolus esse sine mala fide, non etiam mala fides sine dolo. Vicium malæ fidei afficit possessionem, & dicitur vicium possessionis & possessoris in *l. vicia 11. C. de acquir. poss. l. cū heres 11. De diuers. temp. præscr.* Dolus verò personā solam afficit eius qui dolum committit non rem ipsam in qua dolus committitur etiamsi dolus aliquando in re ipsa committi dicatur *l. si quis cum aliter 36. ff. de verb. oblig.* Bene tamen Accursius post Azonem notat legem hanc intelligendam esse de bonæ fidei possessore qui post conuentionē scire cœperit rem ad se non pertinere. Quomodo enim aut cur statim & non expectata litis contestatione restitueret hominem quem adhuc hodie suum esse putaret? Nisi fortè proponas tanti eum habuisse carere homine vt careret lite, vt in *l. 4. § 1 supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Sed malè idē Accursius hāc legem intelligit de conuentione in iudicio facta citra & ante contestationem. Nam cùm iudicium neque dictari neque accipi possit nisi lite demùm contestata, sequitur non posse fieri conuentionem in iudicio, nisi post litem contestatam: Cùm tamē apertè loquatur hîc Vlpianus de conuentione quę contestationem præcesserit, adeoque quam contestatio nulla secuta sit, quod nec Accursius diffitetur. Nec meliùs idem Accursius intelligit conuentionem hanc de tali conuentione, vt per eam mota dici possit controuersia. Siquidem post motam controuersiam bonæ fidei possessor tam malę fidei est, quàm post litem contestatam, vt diximus ex *d. §. si ante.* Intelligenda igitur lex est, de cōuentione simplici, vt Bartolus loquitur, quæ non magis faciat controuersiam, quàm contestationem, sed tantùm futuræ litis metum incutiat. Vrbanius enim videbatur & ciuilius ab eiusmodi conuentione incipere, eáque solebat fieri testatò, id est, vocatis in eam rem testibus, tùm quoque cùm id duntaxat agebatur vt aduersarius in mora constitueretur *l. mora 32. ff. de vsur. l. qui Romæ 122. in princ. & in §. cohæredes. ff. de verb. oblig.* Post eam verò conuentionem primam fiebat denunciatio, sed in actionibus tantùm personalibus quæ ideò *condictiones* appellatæ sunt quòd prisca lingua *cōdicere* nihil aliud esset quàm denunciare; vt Iustinianus docet in *§. appellamus. Instit. de action* Deinde post denunciationem sequebatur editio actionis quæ speciem futuræ litis demonstraret *l. edita 3. C. de edend.* vt nimirùm certius sciret actor an contendere deberet an cedere *l. 1. sup eod. tit.* Controuersia verò incipere videbatur à vocatione in ius *§. omnium. Instit. de pœn. temer. litig.* sicut lis à contestatione *d. § si antè & t. C de lit. contest. & d. l. amplius 15. rat. rem haber.*

a *Debere cæteros etiam de culpa sua.* Mallem legere in præcedentibus *puto cauere eū de dolo debere.* Deinde subficiendū *cæteros etiam de culpa sua.* Sensus est malæ fidei possessores in hoc vt in aliis ferè omnibus esse deterioris condicionis quàm bonæ fidei possessores quod non tantùm de dolo cauere debent

sed etiam de culpa sua si quam forte à quo die cõuenti sunt extra iudicium probentur posteà commisisse. Nã si qua ab iis admissa esse iam probatetur, eo tempore quo restitutus homo, non tam cautioni quàm condemnationi officio iudicis hoc nomine locus esse deberet, vt bene Bartolus post Accursium tractat, scilicet si restitutio fiat post litem contestatam, qui etiam casus in fine huius legis tractatur. Nam si post conuentionem extraiudicialem & ante acceptum iudicium, licèt post motam iam controuersiam restitutio fiat, non potest siue pro dolo præterito, siue pro culpa præterita fieri vlla condemnatio officio iudicis, qui adhoc nullus est, Nec proinde potest hoc casu locus esse sententiæ Vlpiani quæ extat in *l. non solum 13. sup. hoc tit.* quam Accursius quasi contrariam obiicit. Nullam autem hic versiculus dubitandi rationem recipere videtur cùm nullo fauore dignus sit malæ fidei possessor, quominùs de culpa teneri debeat, perinde atque de dolo, quippe qui in perpetuo dolo est hoc ipso quod est in mala fide *l. sed etsi 25. §. quod ais 2. 3. de h. red petit.* Malæ fidei verò possessorem intelligimos etiam illum qui anteà bonæ fidei possessor fuit si modò lis cum eo contestata sit aut mota fuerit ei controuersia. Nimirum ex die tantùm litis contestatæ aut motæ controuersiæ, vt contra Accursiũ docuimus ex *d. l. sed etsi 25. §. si ante. sup. de hered. p. tit. l. 4. §. post litē. ∫. fin. regund.* Extra hunc casum bonæ fidei possessor non tenetur cauere nisi de dolo præterito, sed an dolum præteritum intelligere debemus omnem qui præcesserit, non modò restitutionem hominis, sed etiam conuentionem illã extraiudicialem, de qua diximus prima huius legis verba intelligi debere. Ita sanè videtur, ne vllo casu dolus remaneat impunitus. Neque enim circa dolum distinctio temporis admitti vnquam debet. Cùm dolus omnis à Republica quantum fieri potest profligandus sit & vindicandus.

46. Pavlvs libro 10. ad Sabinum.

Eius rei: quæ per in rem actionem petita, tanti æstimata est, quanti in litem actor iurauerit: dominium statim ad possessorem pertinet. transegisse enim * cum eo & decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.

Ad l. Eius qui 46.

Ratio dubitandi. Rerum dominia non nisi traditionibus & vsucapionibus acquiruntur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Hic autem neque traditio, neque vsucapio vlla intercessit quæ dominium rei alienæ & ad petitorem pertinentis transferre in possessorem potuerit. Etsi autem constat litis æstimationem emptionis loco & iure censeri *l. 1. & 3. ∫. Pro emptor. l. sed etsi 7. §. 1. ∫. tit. prox.* Cùm tamen solus emptionis titulus non sufficiat ad dominium transferendum aut acquirendum, nisi traditione secuta *dict. l. traditionibus l. quoties 15. C. hoc tit.* consequens est vt nec satis sit æstimationem litis obtulisse & præstitisse, vt qui dominus non erat fiat dominus.

Dec. Interdum etiam sine traditione, nuda voluntas domini sufficit ad dominiũ transferendum, Vt puta si rem alienam quæ iam penes te sit siue ex nulla causa, siue ex aliqua quidem, sed minùs habili, fortassis depositi aut commodati, aut pignoris, aut locati patiatur, dominus penes te manere ex superueniente aliqua noua causa, ex qua si traditio nunc fieret dominium transferretur. Exempli gratia si eam rem tibi vendiderit aut donauerit, aut in dotem, aut ex permutatione, aut in solutum dederit. Quamuis enim ex ea causa tibi eam rem non tradiderit, eo tamen ipso quod patitur eam tuam esse statim acquiritur tibi proprietas perinde acsi eo nomine tibi tradita fuisset. Verba sunt Iustiniani in *§. interdum Inst. de rer. diuis.* In proposito autem nouus titulus superuenit, Præstatio nimirum æstimationis litis quæ pro venditione est ex parte accipientis, & pro emptione ex parte offerentis *d. l. 1. & 3. ∫. pro emptor.* Nihil ergo impedit quominùs dominium ex hac causa in possessorem transferatur, Vt tacitæ cuiusdam traditionis quæ interuenisse intelligitur ad vitãdum circuitum quem alioqui necesse esset fieri si à possessore tradenda esset res petitori, vt ab eodem petitore statim possessori redderetur. Nam quemadmodum plerumque accidit, vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, vt in *l. 3. § sed si debitorem ∫. de donat. int. vir. & uxor. l. singularia 15. inst. de reb. credit.* ita & traditiones duas interdũ occultari non est nouum, vt superuacuus circuitus euitetur, qui semper euitandus est *l. dominus 55. ∫. de condict. ind. eb.* Cæterùm vt traditio tacita interuenisse videatur, omnia cõcurrere oportet, quæ ad dominium per veram traditionem transferendum requirerentur: scilicet vt res sit præsens (neque enim absens res tradi potest cùm vel tactu, vel saltem oculis possessionem adprehendi necesse sit, quorum neutrum in rem absentem cadit *l. 1. §. penult. l. quod meo 18. §. si venditorē. ∫. de acquir. poss.*) Deinde vt dominus ille sit qui æstimationem litis accipit, & patitur manere rem penes possessorem. Alioqui nec si traditio vera intercederet quæ à non domino facta esset, dominium tamen transferre posset *l. traditio 20. ∫. de acquiren. rer. domin.* neque plus valere potest nuda voluntas, etiam quæ traditionis loco est, quàm quæ traditionem adiunctam habet. Ne plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, vt est in brocardico Doctorum. Competeret tamen hoc casu Publiciana *dict. l. sed etsi 7. §. 1. ∫. tit. 1.* Porrò nihil interest superioribus concurrentibus an quis æstimationem litis soluerit, an ipsius fideiussor, vt dominium in eum translatum intelligatur *l. si fideiussor 30. ∫. deposit.*

a *Transegisse enim.* Sensus est videri hoc casu dominum conuenisse & decidisse cum possessore, vt eo precio rem illam quasi sibi venditam retineret, non autem quasi pactum aliquod transactionis, vt vocant factum intelligatur. Stulta igitur est obiectio Bartoli. Quòd transactio non sit titulus habilis ad dominium transferendum ex *l. si pro fundo 33. C. de transact.* Quanquam hoc ipsum falsum est, cùm transactio non fiat nisi aliquo dato vel retento *l. transactio 38. cod. t.* Dare autem non dicitur nisi qui dominium transfert *l. vbi autem 75. §. vlt. inf. de verb. oblig. § sic itaque Inst. de action.* Neque contrarium probatur ex *dict. l. si pro fundo*, vt ex iis constat quæ circa illius legis interpretationem scripsimus in *Error. penult. Decad. vlt. De error. pragmatic.* Eodē sensu

sensu idem verbum transigendi pereleganter sumitur in *l. quid ergo 13. §. pen. sup. de his qui not. infam.* Ergo in proposita specie dominium quod sine aliquo iusto titulo acquiri non potest, non ex transactione acquisitum intelligitur, sed ex emptione; id est, ex litis æstimatione, vt loquitur *l. si seruus 21. §. 1. versic. & ideo. j. de condict. l. si propter 22. inf. rerum amotarum.*

47. PAVLVS libro 17. ad Plautium.

HÆc, si res præsens sit; si absens, tunc, cùm possessionem eius possessor nanctus sit ex voluntate actoris: & ideo non est alienum non aliter litem æstimari à iudice, quam si cauerit [a] actor, quòd per se non fiat, possessionem eius rei non traditu iri.

Ad l. hæc si res præsens sit 47.

Ratio dubitandi. Etiam absentis rei possessionem potest quis acquirere animo solo, & per possessionem dominium quoties ea res iam penes nos est, quoniam sola domini patientia eo casu pro traditione est *§. nihil autẽ interest. Instit. de rer. diuis. l. certi condictio 9. §. vlt. j. De reb. credit.* Ergo nihil interest an hoc casu res præsens sit an absens. Atque ita locum hunc interpretatur Accursius, vt præsentem rem intelligere debeamus non quæ sit in præsentia & ante oculos, sed quæ sit in manu & potestate possessoris, ita vt eius restituendæ habeat facultatem. Vnde est quod subiicit ita verum esse quod in hac lege scribitur Dominium rei præsentis transferri in possessorem, si modò petitor non ignoret reum possidere, Alioqui, inquit, deciperetur petitor, & esset occasio cuilibet rapiendi rem alienam inuito domino *l. nec quasi 70. cum l. præced. j. hoc tit.* vbi dicitur eum qui dolo malo desiit possidere non posse in rem agere, quamuis æstimationem litis obtulerit, adeoque nec Publicianam habere debere, nec cogendum petitorem ei cauere de præstandis actionibus quas eius rei nomine haberet, Ne, inquit Pomponius, in potestate cuiusque sit inuito domino rem alienam iusto, aut etiam si voles iniusto precio comparare.

Dec. Cùm traditio aliqua præcessit quæ à domino facta est, licèt ex alia causa minùs habili ad trãsferendum dominium, puta ex causa depositi, vel commodati, vel locati, sola voluntas & patientia domini pro traditione esse potest, etiamsi res non sit præsens quia non tam requiritur hoc casu noua traditio quam ponimus iam antè domino factam re vera fuisse, quàm noua causa traditionis, quæ porrò noua causa superuenit superueniente nouo titulo qui vtique per absentiam rei non impeditur. Et ita loquuntur textus supradicti qui Accursium fefellerunt. At nos eum casum tractamus in quo nulla traditio à domino facta præcesserit, & quam proinde fieri hodie saltem necesse est, vt dominium transferri possit, quæ porrò nec fieri verè potest, nec fingi facta esse si res non sit præsens, vt ad legem superiorem ostendimus. Atqui cùm res petita præsens est & à possessore exhibetur, potest ne petitor, ignorare possideri eam à possessore, & ex ea ignoratione decipi? Debet igitur hic locus sine vlla distinctione intelligi, sed de re quæ sit verè præsens, non quæ tantùm sit in potestate possessoris. Sicut & quod sequitur *si absens* de re quæ sit extra præsentiam litigatorum, non quæ à reo nondum possideatur. Nec enim posset ipse conueniri pro re quam non possideret nisi eam dolo malo possidere desiisset quod hæc lex nõ ponit. Neque obstat quod Paulus in hac lege sic loquitur *Tunc cùm possessionẽ eius possessor nactus sit ex voluntate actoris.* Non enim ait simpliciter *tunc cùm eius possessionẽ possessor nactus sit.* Quomodo enim is qui iam possideret, & quem ideò Paulus possessorem vocat, iterum possessionem eiusdem rei nancisci posset? An fortè vt fieret aut bis aut magis possessor? Sed addit *ex actoris voluntate*, vt intelligamus dominij translationem hoc casu differri non in id vsque tempus quo possessor nactus sit possessionem eius rei quã ponimus iam ab eo possideri, sed in id tempus quo voluntas noua petitoris superuenerit in adprehendenda noua possessione. Non vt fiat magis possessor, sed vt incipiat possidere ex domini voluntate. Domini, inquam, habentis rem ante oculos vt ea voluntas noua vice traditionis esse possit. Alioqui si nudam voluntatem quocunque loco interuenire sufficeret, & quocũque tempore frustrà nouam illam voluntatem requireremus, cùm satis aperta sit voluntas domini rem suam transferre in alium volentis, cùm ab eo accipit litis æstimationẽ. Quod nec Accursius ignorauit, qui notat satis præsumi semper interuenisse voluntatẽ illam ex perceptione sola æstimationis litis, Sed in eo tamen errat quod præsumpta illam voluntatem putat sufficere, nec videt exigi aliam nouam voluntatem, quæ & alio tempore interponatur, id est, cùm erit res præsens quæ nunc absens est, vt petitor qui nunquam eam tradidit, tunc saltem tradidisse eam videri possit, & fecisse possessorem eum qui iam quidem possessor est, sed absque facto vllo petitoris eiusdémque domini. Ergo cùm res absens est officio iudicis incumbit qui de rei vindicatione cognoscit vt victum iam possessorem non aliter condemnet ad præstandam petitori litis æstimationem, quàm si petitor vicissim possessori caueat. Per se non fieri possessionem eius non traditum iri vt hæc lex ait. Non cauet se traditurum rem illam, quia non habet: Nec rursum se facturum vt tradatur ei, quia neque æquum esset obligari petitorem ad aliquid faciendum; cùm satis superque sit cogi eum re sua carere, & precium eius quamuis magnum nimis & iniustum accipere: sed cauere debet per se non fieri rem non traditũ iri: quia cùm sit adhuc dominus habet ius rei vindicãdæ, & multò magis recusandi traditionem rei quam adhuc nunquam tradiderit. Satis igitur est vt caueat se non impediturum quominùs possessor nouam possessionem nanciscatur rei cùm erit præsens vt pro tunc saltem tradita haberi possit. Est enim hæc lex, vt apparet, de re mobili, in quam solám potest cadere distinctio, non etiam in rem immobilem, an sit præsens, an absens: Cùm tamen secundum interpretationem Accursij, dicendum esset etiam in re immobili eandem distinctionem habere locum posse, cùm æquè res immobilis atque mobilis possit esse in potestate possessoris, vt eius restituendæ habeat facultatem. Quid ergo si possessor qui litis æstimationem offert desierit possidere? Si quidem dolo malo aut culpa sua, perinde condemnandus erit ac si possideret, Nisi quòd non

cauetur ei ne quidem de actionibus præstandis, cùm dolus intercessit, secus si culpa tantùm *l. is qui dolo 69. & seq. iunct. l. si culpa 63. j. hoc tit.* Si verò neque dolus neque culpa interuenerit absoluendus est *l. sin autem 17. §. 1. sup.* Ex quo apparet hanc legem necessariò intelligendam esse de reo qui non desierit possidere, ac proinde qui restituendæ rei facultatem habeat, nec noua possessionis adprehensione egeat, sed tantùm noua dominij voluntate ad eandem rem ex noua causa, nouóque titulo possidendam, mutandámque sibi causam possessionis, quod ei facere licet vtique hoc casu *l. non solum 33. §. quod vulgo j. de vsucap.*

a *Quàm si cauerit.* Ratio dubitandi. Petitor possessori cauere non cogitur de euictione eius rei nomine cuius æstimationem accepit, quia imputare sibi possessor debet cur rem petitam non restituerit *l. & ex diuerso 35. §. petitor. supr. hoc titul.* Ergo nec in proposita specie cogendus est cauere petitor, cùm eadem ratio contra possessorem locum habeat.

Dec. Aliud est cauere de euictione, vt in *dict. §. petitor.* Aliud verò cautionem, de qua hîc agitur, præstare. Prior cautio potest damnosa esse petitori, secuta nimirum euictione. Posterior non potest esse damnosa cùm sit in potestate ipsius facere ne per eum fiat rem traditum non iri. Cui verò æquum non videatur id saltem præstare petitorem possessori quod sine ipsius dispendio & incommodo futurum sit? *l. in creditore 38. j. de euict.* Solius possessoris dolus si fortè is dolo malo possidere desierit petitorem liberat ne hanc quidem posteriorem cautionem præstare cogatur nec actionibus vllis cedere *l. is qui 69. & seq. j. hoc tit.* non etiam si culpa tantùm ipsius intercesserit, vt suprà diximus ex *l. si culpa 63. eod.* Longè alia species est quam Pomponius circa furem tractat in *l. ei qui 9. §. 1. infr. de furt.* vt & Accursius noster benè explicat.

48. PAPINIANVS libro secundo Responsorum.

SVmptus in prædium, quod alienũ esse apparuit, à bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donauit [a], neque à domino peti possunt: verum, exceptione doli posita per officium iudicis [b], æquitatis ratione seruantur: scilicet si fructuum [c] ante litem contestatam perceptorum summam excedant. etenim, admissa compensatione, superfluum sumptum, meliore prædio facto, dominus restituere cogitur.

Ad l. sumptus 48.

Ratio dubitandi. Nihil potest imputari bonæ fidei possessori qui sumptus fecit, siue necessarios & vtiles, siue etiam voluptarios in rem alienã quam putabat esse suam. Cùm enim neque possit ei obijci quod eos sumptus donasse videatur quomodo solet obijci ei qui sciens in alieno solo ædificauit *l. adeò 7. §. ex diuerso. versic. certe. Instit. de acquirend. rer. domin. l. si seruus 27. §. si olivam. j. ad leg. Aquil.* Neque quod voluerit callido cõsilio dominum onerare ijs sumptibus ne tam facilè rem suam posset vindicare & reposcere, quod interdum obijcitur creditori in rem pignoratam supra quàm necesse sit eroganti *l. si seruos 25. j. de pignorat. act.* Ergo danda est bonæ fidei possessori vltrò petitio huiusmodi sumptuum saltem per vtile iudicium negotiorum gestorum, Cùm negari non possit, quin domini negotium vtiliter gesserit bonæ fidei possessor qui alienã rem suo sumptu meliorem fecit, Alioqui locupletabitur petitor ex iactura bonæ fidei possessoris, quod neque contra prædonem admittendum esset *l. planè 38 sup. de hered. petit. l. si pupilli 6. §. sed et si quis. sup. de negot. gest.* Dec. Is qui bona fide in rem alienam impendit quam putat esse suam, non habet animũ obligandi alium quemquam, cùm se putet rem suam gerere. Itaque nullam ex eo sumptu actionem potest sibi acquirere, siue directam, siue vtilem, quia non vult, Ne alioqui actus operetur vltra intentionem agentis contra regulam iuris *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cùm 29. j. commun. diui.* quod in prædone diuersum est qui nec donandi animum habere potest, cùm habeat è contrario animum deprædandi *d. §. sed & si quis.* Neque tamen ideò fit vt petitor ex bonæ fidei possessoris iactura locupletetur, Cùm si rei vindicatione possessor conueniatur, possit sibi consulere possessor & sumptus omnes etiam voluptarios quos bona fide fecerit seruare per retentionem, opposita doli exceptione, quòd in dolo sit petitor qui per occasionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem lucrum captare velit ex damno alieno *l. 1. l. Paulus respondit 14. inf. de doli mali except. d. l. in hoc iudicium. §. 1.* Quòd si retentione vti vel noluerit bonæ fidei possessor, vel per iuris imperitiam nesciuerit sibi debet imputare ac de seipso conqueri qui retentionem quã solam habebat omiserit *l. si in area 33. j. de condict. indeb. l. heres 21.* secundum nostram illius legis emendationem quam in Chiliade nostra docuimus *inf. ad SC. Trebell.* Nec videtur damnum vllum sentire quod ex culpa sua sentit *l. quod quis 203. De reg. iur.* Scripsi latissimè ad *d. l. planè. supr. de hered. petit.* vbi totam hanc quæstionẽ tractaui De sumptibus in alienam rem factis, siue à bonæ fidei possessore, siue à prædone, aut à malæ fidei possessore.

a *Neque ab eo, qui prædium donauit.* Ratio dubitandi. Qui alienum prædiũ donauit non caret dolo, cùm species furti sit & rapinæ largiri ex alieno, & sibi acquirere beneficij debitorem *l. si pignore 54. §. 1. inf. de furt.* Quòd si donauit prædium quod putabat esse suum adhuc potest ei imputari cur non fuerit diligentior in inquirendo cuius prædium verè esset, Non solùm quòd donare sit perdere *l. filiusfamilias 7. §. 1. j. de donat.* sed etiam ne donatariũ specie beneficij decipiat. Beneficio enim adiuuari quemque oportet non decipi *l. in commodato 18. §. 1. j. commod.* Ergo danda est bonæ fidei possessori actio saltem contra donatorem pro sumptib. quos bona fide in rem alienam sibi donatam fecit, non facturus si donatio ei facta non fuisset, Præsertim cùm nullam pro eorum sumptuum repetitione actionem habere possit contra dominum, vt proximè diximus. Dec. Semper succurendum est donatori ne ex liberalitate sua periclitetur *l. & exheredatum 49. infi. & l. seq. j. de re iudic.* Vnde est quod dicimus ad res donatas edictum ædilitium nõ pertinere *l. ad res donatas 62. De ædilit. edict.* nullámque inter donatorem & donatarium comparatam esse iure ciuili actionem, quia nec donatio propriè contractus

tractus

tractus est *l. interdictum 14. ff. de precar.* Nisi cùm donator dolo malo aliquid fecisse probatur *l. 1. Cod. de iur. dot.* Nec enim donatoris dolum nocere donatario æquum esset. Verùm nec in proposito actio vlla competere posset aduersus donatorem etiam, qui sciens alienum prædium donasset, Cùm quod pertinet ad sumptus in eam rem factos à donatario nihil videatur eius interesse, quippe qui eorum nomine indemnitatem possit sibi acquirere per retentionem rei aduersus dominum vindicantem. Quod ei debet sufficere, ne læsum se aut deceptum conqueri possit, Quandoquidem plus cautionis est in re quàm in persona, vt habet iuris regula *l. plus cautionis 25. De reg. iur.* Maximè verò cùm possideat is cui ius est retinendi *l. 1. ff. de pig.* Melius enim & commodius est possidere quàm agere *§. commodum. Instit. de interd. §. 1. Instit. de action. l. 3. inf. De compens.*

b *Exceptione doli opposita per officium iudicis.* Iam alibi monuimus hæc postrema verba *per officium iudicis* esse irreptitia & delenda, Non solùm quòd in iudiciis arbitrariis quale est iudicium vindicationis nullus officio iudicis locus relinquitur nisi quantum ad arbitrium quod vel absolutionem præcedere debet vel condemnationem; & quantum ad fructus post litem cōtestatam perceptos *§. 1. Instit. de offic. iudic.* Sed etiam quia cùm exceptio doli posita est in formula Prætoris iudex datus secundum eam iudicare cogitur, nec tam officio quàm ex necessitate formulæ obstringitur, vt eam exceptionem admittat, & ipsius æquitate actorem summoueat. Itaque quod fit ex vi formulæ subiicit iudicem iuris necessitati. Quod autem officio iudicis committitur ipsius quodammodo potestati commissum intelligitur. Quò videtur alludere I.C. in *l. non quicquid 39. supr. de iudic.* Fefellit forrasse interpretem, quod scriptū vidit in *dict. l. planè 38. supr. de hered. p. tit.* contineri officio iudicis vt impensas necessarias & vtiles iubeat præstari etiā prædoni, neq; doli exceptionem ad hoc desiderari. Sed præter id quod totus ille locus mihi valde suspectus est, vt ad eum dixi, debuit etiam interpres obseruare tractari ea lege de hereditatis petitione quæ bonæ fidei est *l. vlt. in fin. C. eod. ill. tit.* ac proinde admittit facilè officiū iudicis per quod suppleri solēt omnes exceptiones, maximè verò doli & pacti in omnib. bonæ fidei iudiciis *l. sed si ideò 21. ff. solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum. de legat. 1. l. 3. de rescind. vendit.* At vindicatio bonæ fidei actio non est, sed arbitraria quæ ad strictas actiones propiùs accedit in eo, vt doli exceptionem in formula exprimi necesse sit *dict. l. Paulus 14. ff. De doli mal. except. dict. l. in hoc iudicium 14. §. 1. ff. commun. diuid. l. quæcumque 13. ff. tit. proxim.*

c *Scilicet si fructuum.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor facit omnes fructus suos sola perceptione *l. si fructuarius messem 13. §. 1. ff. quibus mod. vsusfr. amitt.* Interim quidem, vt loquitur Paulus in *l. bonæ fidei 48. inf. de acquir. rer. domin.* id est, vt semper explicauimus, quoosque bonæ fidei possessor vindicatione conueniatur, si modò antè conueniatur, quàm eos vel consumpserit, vel vsuceperit. Nam his duobus casibus, siue consumpserit eos, siue vsuceperit, non quidem potest magis facere suos, cùm id quod iam meum est magis meum fieri non possit *§. sic itaque. Inst. de action.* Sed tamē facit suos, iam non interim vt anteà, sed absolutè, ita vt nullo casu eos restituere tenetur ne quidem officio iudicis, sed lucretur omnino *l. 4. §. si post litem. infr. fin. regund. l. 4. §. lana. ff. De vsucap.* iunct. *l. fructus 45. infr. De vsur.* Hoc enim facit, & meretur fauor bonæ fidei, qua tantundem præstare possidenti solet quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de reg. iur.* Ergo si quos sumptus bonæ fidei possessor fecerit in rem alienam, ex qua etiam fructus aliquos ante litem contestatam perceperit nō debet pati eorum sumptuum cum fructibus compensationem, Ne ea compensatio cuiusdam restitutionis vice esse videatur ex parte bonæ fidei possessoris, sicuti ex parte agentis petere videtur qui obiicit compensationem *l. amplius non petit 15. ff. rat. rem haber.* Illud sanè constat compensationē quamlibet habere vim solutionis, & quidem quæ fiat ipso iure *l. si ambo 10. ff. de cōpensat. l. si constat. C. eodem.* Atqui nō potest creditori solutio fieri in ea re quæ iam sit creditoris. De suo enim debitorem soluere oportet, non de alieno, imò nec de ea re in qua ius aliquod alius habeat qui possit eā euincere *l. si rem 20. l. si quis aliam 46. l. si alienam 78. l. qui res 98. & pass. ff. de solut.* Atqui fructus à bonæ fidei possessore ante litem contestatam percepti ad ipsum pertinent, vt diximus, adeóque pleno dominij iure, vt ait *l. in pecudum 28. ff. de vsur.* Nec tantùm ad eum pertinent, iure dominij interim, sed etiam metu ipsius lucro cedunt si eos vel cōsumpserit vel vsuceperit. Quomodo igitur fieri potest, vt eorum compensationē pati cogatur cum sumptibus quos etiam bona fide in rem alienam fecit, & quorum solutionem extorquere posset per retentionem opposita doli mali exceptione, tametsi fructus nullos percepisset?

Dec. Æquitas sola illa est quæ merum ius compēsationis inducit *l. inter tutores 36. ff. de admin. tutor.* Et rursum æquitas illa est quæ bonæ fidei possessori dat retentionem pro sumptibus bona fide erogatis, vt hæc lex ait. Et æquitatis huius non alia ratio, quàm ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur, & prætereà ne bonæ fidei possessori sua sit damnosa bona fides, sine qua credibile est nō fuisse illum in rem alienam sumptus facturum. Quæ ratio vtraque cessat in eo bonæ fidei possessore, qui ex re illa fructus aliquos ante litem contestatam perceperit, siue illos consumpserit aut vsuceperit, siue non. De omnibus enim lex hæc sicut generaliter loquitur ita generaliter intelligenda est, Cùm bonæ fidei possessor non magis quàm dominus possit conqueri, quod tantos sumptus fecerit in eam rem quę fructuum suorum emolumento sumptus illos persoluere potuerit & compensare. Itaq; hoc casu nec alio prætereà vllo verum est bonæ fidei possessorem non lucrari fructus ante litem cōtestatam perceptos etiam quos consumpserit, vel vsuceperit, sed ex iis debere sibi soluere, quantum ab eo sumptuum factorum nomine per retentionem habere, & consequi potuisset, vt & Accursius & Bartolus ad hunc locum tractant. Et ad *l. in fundo 38. supr.* idem noster Accursius benè admonet hoc notandum esse. Pauci enim sunt qui fuerint idem responsuri si nō Papinianus tam apertè hoc ipsum expressisset, nōn tantùm in hac lege, sed etiam in *l. emptor 65. in fine principij. ff. hoc tit.* Et quamuis tam aperta sint Papiniani verba, vt nullū aut interpretationi locum relinquant, Cùm tamen hic tractatus ex facto sæpius apud nos incidisset, Vix tādem pragmaticis nostris persuadere potui, vt hoc ius admitterent, Contrà persuasi ex eo, quod apud Ioannem Paponium non valde alioqui bonum iuris

authorem scriptum videt *lib. 18. syntagm. Titul. 4. de vestit fruct.* §. 14. vbi suauiter addit contra pronunciandum esse ex hac ipsa lege, si modò, inquit, in ea legas quomodo in quibusdam editionibus adnotatum refert *a lite contestata* pro eo quod vulgo legitur *ante litem contestatam*. Non repugnans, quin secundum receptissimam editionẽ Papiniani sententia & authoritas pro nobis vrgeat. Nec animaduertens hanc eandem sententiam ab eodem Papiniano repertam esse in *dict. l. emptor*, vbi tamen nõ nisi de fructibus ante litem perceptis tractatur, Nisi fortè & eo loco putat Paponius scribi debuisse *a lite* pro eo quod scriptum legimus *ante litem*, quod æquè ridiculum esset. Vix enim sic vnquã loquuntur Iureconsulti, vt dicant *a lite* quin addant *contestata*. Nec al. a quàm Papiniani videtur fuisse sentẽtia Modestini in *l. quod si artificem 32. s. hoc titul.* cùm ait impensas à bonæ fidei possessore factas posse compensari com fructibus ex eo artificio perceptis post annum vicesimum quintum eius qui artificium consecutus est. Neque verò vllam adhuc editionem videre potui quæ varietatem illam lectionis à Paponio obseruatam probet. Sic & quod scriptum est in *l. super empti 16. Cod. de euict. impensas quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione restitui vobis subibit*, puto ex supradictis leg bus, & ex hac potissimùm sic esse intelligendum vt ad fructus ante litem contestatam perceptos maximè pertineat, Vt miter Paponij emendationem à viro doct ssimo Dionysio Gothofredo probari potuisse. Sequamur ergo intrepidè Papiniani sententiam, quæ & varijs Senatus nostri consultis ac Definitionibus comprobata est, sumptus in rem alienam bona fide factos cum fructibus ante litem contestatam perceptis, licèt consumpt s bona etiam fide, compensari tamen ex æquitate oporteat, Quasi facta compensatione quadam æquitatis cũ æquitate, vt & in *l. Stichum aut Pamphilũ 95. § natus alis. ff. de solut.* Quidni verò cùm etiam delictorum compensatio fieri possit & pœnarum *l. viro 39. ff. solut. matrim.* iunct. *l. mulier 47. eod. t.* Planè si poneres fructus quos bonæ fidei possessor ante litem contestatam perceperat vsucaptos ab eo fuisse antequàm sumptus in eam rem faceret faciliùs admitterem nõ debere locum esse huic compensationi. Cùm pleniore iure sint acquisiti quàm qui per solam consumptionem, vt maior sit potestas legis quàm consumptionis, Ne alioqui post vsucapionem deterior sit condicio bonæ fidei possessoris quod ad fructus istos pertinet quàm si ab initio & ipsa perceptione suos eos nõ fecisset *l. in bello 12. §. si seruũ. ff. De captiu. & postlim.* Quamquam generalia huius responsi verba restitutionem hãc vix admittant. De fructibus autem post litem contestatam perceptis ne quidem imperitiores pragmatici dubitant quin compensari possint qui & restitui debent tanquam mala fide percepti *l. præterea 20. l. si homo 45. & pass. sup. hoc t. l. sed etsi 25. §. si ante. sup. de hered. petit. l. 4. §. post litẽ fin. regund.* Plus enim est restituere quàm compensare, & ideò facilius est vt in compensatione veniãt fructus ante litem contestatam percepti quàm in restitutionem. Cęterùm in quo casu compensatio fit, non nisi ad concurrentem vsque quantitatem fieri potest. Superfluum itaque id est, quod in fructibus amplius est quàm in sumptibus lucro possessoris cedet. E contrario autem si quid plus sit in sumptibus quàm in fructibus, id opposita doli mali exceptione per retentionem æquitatis ratione seruabitur. Quæ totius legis huius vera sentẽtia est. Pessimè tamẽ à Cuiacio nostro sic accepta quasi cùm de fructuum restitutione aut compensatione cum sumptibus facienda quæritur, nihil intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem. Cùm tamen Papinianus de solo bonæ fidei possessore loquatur, Non alia de causa vt euidentissimũ est quàm quod in malæ fidei possessore aliud admittendum putet. Nam nec dissimulat vir doctissimus quin Papinianus cautè locutus sit de donatore non de venditore, quia, inquit, & rectè donator de euictione non tenetur *l. 2. Cod. de euict.* Venditor tenetur in qua actione venit etiam quod emptor bonæ fidei in rem venditam impendit *l. si controuersia 9. l. super empti 16. eod. tit.* Quòd si cautè locutus est Papinianus de donatore ad exclusionem venditoris, an nõ multò cautiùs de bonæ fidei possessore ad exclusionem malæ fidei possessoris? Non quasi non teneatur ipse compensare fructus quos ante litem contestatam percepit cum sumptibus si qui sint sumptus quos per retentionem seruare possit. Sed quia tenetur omnes restituere sine vlla distinctione fructuum ante vel post litem contestatam perceptorum. Nec rursus fructuum compensatione facta cum sumptibus superfluos sumptus petere potest malæ fidei possessor, nisi adhibitis distinctionibus quas attulimus ad *dict. l. planè* vbi totam hanc Cuiacij traditionem confutauimus, & ad *d. l. in fundo*, vbi quæ distinctiones adferuntur circa personam bonæ fidei possessoris, etiam ad hanc legem aptandæ sunt.

49. CELSVS libro 18. Digestorum.

SOlum partem esse ædium existimo: nec alioquin subiacere: vti mare nauibus.

Ad l. solum 49.

Ratio dubitandi. Solum in quo ædificatæ sunt ædes videtur subiacere ædibus sicut mare nauibus, quia non magis posset subsistere nauis in mari sine aqua quàm ædes absque solo, Et quemadmodum potest mare esse sine nauibus, ita & solum sine ædibus, Ideóque nec destructis ædibus solum perit, sicut nec mare sublatis & dissolutis aut naufragio amissis nauibus. Ergo quemadmodum nemo nisi stultè dixerit esse mare partem nauis, ita nec videtur dici posse solum pars ædium.

Dec. Superficies quæ superimponitur solo non tantùm contigua est vt nauis mari, sed continua & cohærens ei, vt cum solo coniuncta efficiat vnum totum quod constat ex solo & superficie *l. cum qui ædes 23. ff. De vsucap.* Quod non similiter dici potest de aqua maris, vt cum naui coniuncta faciat vnum totum. Subiacet enim tantùm naui, vt possit nauis subsistere, quomodo perinde subsisteret si subiaceret ei solum, quod vtique subiacet cùm nauis ædificatur, aut ædificata instruitur antequàm nauigandi causa mittatur in mare. Est igitur solum pars ædium & quidem maxima, cui etiam superficies cedit *l. qui res 98. § area. ff. de solut.* Hinc est quod ædificia licèt ex mobilibus constituantur immobilia

tamen

tamen censeatur, quia cohæret solo, quod est immobile. Nauis autem mobilis est, siue moueatur ab hominibus in terra, siue à fluctibus in mari qui & ipsi mobiles sunt, licèt mare ipsum sit immobile quatenus suis certis finibus coercetur. Non ergo est bona cōparatio nauis & maris cum solo & ædibus. Melior & rectior illa fuerit, si quis carinam nauis solo ædium æquipararet, quia sicuti superficies solo cedit, & naturali & ciuili ratione, vt ait *lex 2. inf. de superfic.* ita & toties nauis proprietas carinæ causam sequitur *l. Mimcius 61. inf. hoc titulo.*

1 ¶ Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.

Ad §. 1. Meum est.

Ratio dubitandi. Quod ex re mea superest, non tamē est illa ipsa res quæ erat mea. Nec enim quisquam bene dixerit corium mei bouis mortui esse illum bouem qui fuit meus. Aut cæmenta ex quibus ædificium constructum erat, destructo ædificio esse ædificium aut partem ædificij quod amplius nullum est. Vnde fit vt mortuo boue qui fuerat legatus, neque caro, néque corium legatario debeatur, *l. mortuo boue 49. in princ. infr. de leg. 2.* neque semper cæmenta destructi ædificij vindicare possit is qui extantis ędificij dominus fuit *l. eum qui ad. o 23. inf. de vsucap.* Non ergo semper verum est, meum esse quod ex re mea superest, eiúsque vindicandi ius me habere. Videtúrque sententia huius §. restringenda ad eas res quę habent partes homogeneas, id est, quarum singulę sui totius nomen & naturam retinent, qualis est fundus. Nam quælibet pars fundi est fundus, non similiter quælibet pars bouis est bos nec quælibet pars ædificij est ædificium. Dec. Dominium quia est iuris, afficit totam rem, & singulas partes totius rei, cuius dominium est. Et totum est in toto, & totum in qualibet parte, vt solent cætera quæ sunt iuris, & incorporalia. Ius enim facilè influit & penetrat in quamlibet vel minimam partem rei cuiuslibet, siue diuisibilis sit, siue indiuisibilis, & siue partes habeat homogeneas siue heterogeneas. Nec enim potest hac in re alia esse ratio partis, alia totius, vt quod meum est totum, alterius quoque pro parte esse videatur, ne vna & eadem res diuerso iure censeatur quod absurdum esse ait *dict. l. eum qui 23. infr. de vsucap.* Porrò dominium quod semel alicuius fuit, non nisi certis modis potest desinere eius esse, Inter quos modos ille non est si aliqua ex parte res perierit. Nam pro alia parte quæ superest nihil vetat dominium retineri quod amissum nunquam fuit. Nec magis bona est cōsecutio si quis ex amissione dominij pro parte rei quæ perit tantùm ex parte, velit quis inferre aliam quoque partē amissam esse q̃ si ex eo quod res pro parte perit inferre quis vellet. Totam igitur rem periisse: aut omnes rei partes integrales, quod sanè falsum esset, tùm quóque cùm talis res proponeretur cuius forma & species persisteret. Destructa enim domo superfuērē cæmēta, tigna, & lapides. Superest etiam area, Et dissoluta naui supersunt tabulę ex quibus nauis constabat, quas si non fuerint alienæ tūc cùm nauis componebatur, necesse est eius manere cuius nauis fuit. Multùm tamen in contrarium vrgere videtur, quod scriptum est in *d. l. mortuo boue 49. De legat. 2.* Mortuo boue neque carnem, neq; corium deberi. Cùm enim dominium rei legatæ transeat recta via à testatore in legatarium quasi numquam factum heredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. a Titio 64. ff. de fur.* difficile est dicere cur mortuo boue qui fuerat legatus, quod superest ex boue, id est, caro & coriū legatario nō debeatur. Ob hanc nimirum causam cogitur Accursius diuinare, In illa specie vel non fuisse bouem legantis, vel ante cedentem legati diem, puta viuo testatore aut ante implemētum condicionis sub qua legatus bos fuerat, legatarium decessisse. Quibus duobus casibus, cùm vel legarę dominium quod non fuit testatoris transire in legatarium non possit, mirum non est, neq; carnem, neque corium legatario deberi, tametsi bouis alieni si mortuus non esset legatum valeret si modò per damnationem factum esset vt vel bos ipse fieri posset vel saltem ipsius æstimatio legatario deberetur, vt Vlpianus scribit in *Inst. Tit. De legat:* dummodò alienum testator sciuisset, *l. vnum ex familia 67. §. si rem De leg. 2. l. cùm alienam 10. C. de leg.* Sed malo ego textū illum aliter intelligere & conuenientius verbis illis, Non de rei vindicatione de qua hic agitur, sed de actione personali quæ competit iam olim & competit etiam hodie ex testamento pro omni legato vtiliter dato siue per vindicationem relictum sit siue per damnationem. Non enim ait Paulus mortuo boue legato (quo nomine prudentes nostri passim legitum vindicationis intelligunt) neque carnem neque corium vindicari posse à legatario quod sanè dici non posset si modò post diem legati cedentem legatarius decessisset, sed neque carnem neque corium legatario deberi: Quæ locutio ad personalem tantùm actionem pertinet, non ad vindicationem excludendam. Cùm id quod iam est legatarij magis eius fieri non possit *§. sic itaque Inst. de action. l. non vt ex pluribus 196. De reg. iur.* Proinde non sunt ista contraria vt legati bouis carnem & corium vindicare possit legatarius tanquam dominus, Nec tamen possit actione personali petere carnem aut corium, quia verum est neque carnem legatam esse neque corium, sed bouem cuius appellatione neutrum istorum certè continetur, quāuis dominio bouis vtrumque contineatur, quia bos etiam ex carne & corio tanquam ex partibus suis integralibus constat quæ dominij iure non ad alium vtique pertinere possunt quàm ad quem bos ipse pertinet. Ergo etiam mortuo boue qui legatus fuit cùm supersint ex eo re quæ fuit legatarij nisi fingas cum Accursio aut legantis nō fuisse bouem aut antecedentem legati diem periisse, poterit legatarius & carnem & corium vindicare, quomodo potest alius quilibet, id quod suum est, *l. Quintus 25. § argento, De aur. & argent. legat.*

50. CALLISTRATVS libro 2. Edicti monitorij.

SI ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non rectè hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, túncque possessio amissa sit.

Digitized by Google

Ad l. si ager 50.

Ratio dubitandi. Venditio perficitur solo consensu nec requirit traditionem *§. cum autem Inst. de empt. & vend.* indéque est quod post perfectã consumptionem periculum rei emptæ & venditæ totum pertinet ad emptorem *l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vendit.* quod tamẽ non ad aliũ pertinere solet quàm ad dominũ *l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act. l. contractus 23. De reg. iur.* Ergo dominiũ rei vẽditæ acquiritur emptori ex die perfectæ venditionis etiam citra vllam traditionem, & consequenter permittendum est emptori vt rem quam emit vindicet ab extraneo quocunque possessore.

Dec. Aliud est loqui de vẽditionis perfectione, aliud verò de translatione dominij. Prius est & facilius, vt venditio perficiatur quàm vt ex ea dominium transferatur. Nam sicuti perfici eã necesse est priusquàm perfecta sit, ita & perfectã esse oportet priusquàm dominium ex ea transferatur, secuta quoq; traditione. Cùm non nudis pactis & conuentionibus, sed tantùm traditionibus & vsucapionibus rerum dominia transferantur *l. traditionibus 20. C. de pact.* Sicut enim sola & nuda traditio, id est, quæ nõ habet aliquam causam præcedentem, eámque iustam & habilem ad dominium trãsferẽdum transferre dominium numquam potest *l. numquam nuda 31. ff. De acq. rer. dom.* Ita neque nudus titulus acquisitionis quantumlibet iustus potest inducere trãslationem dominij, nisi secuta demùm traditione. Est enim traditio fuitque sẽper iustus modus dominij acquirendi non tantùm bonitarij aut iuris gentium, sed etiam quiritarij vt Vlpian. refert in Fragment. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Nec quod interim & ante traditionẽ periculum iam emptoris sit, ad rem pertinet. Id enim fit non quasi emptor iam sit dominus, sed quia in ipsius potestate est vt venditorem cogat ad tradendum nisi malit venditor præstare quãti emptoris interesit *l. 1. ff. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod. l. contractus 9. de fid. instrum.* Nec est bona comparatio hac parte nec bona illatio à periculo ad acquisitionem dominij, vt docet Vlp. in *l. is qui in puteum 11. §. Aristo vers. ergo si postea. ff. quod vi aut clam.* Quẽ locũ miror non fuisse obseruatum à Cuiacio toties scribente Periculũ rei vẽditæ nec dum traditæ ad venditorem tanquam ad dominum pertinere, Contrà quàm scriptum sit in *d. §. cùm autem*, & aliis penè innumeris Pandectarũ locis. Vt à nobis latiùs in Cõiecturarum libris tractatũ est. In hoc sanè Cuiac. rectè sentit quod cum omnibus fatetur venditorem manere dominum quandiu traditio secuta non est, ideóque nec vindicationem emptori posse competere priùs quàm res ei tradita sit, sed tantùm actionem ex empto contra venditorem *l. qui pendentem 25. l. Quintus Mucius 40. ff. d. act. empt. l. pen. C. eod.* Ergo quod in hac lege dicitur de amissa possessione agri venditi, vt eo nomine vindicationem habere emptor non possit, non ita potest accipi quomodo Accurs. noster accipit, vt intelligatur de emptore qui agri vẽditi possessionem amiserit iam sibi traditã, sed de possessione quam venditor ipse amiserit ante traditionem, Quo dem in casu verum est quod lex ait non posse emptorem vindicare, Quod vtique falsum esset si dominus per traditionem factus fuisset, quoniam amissio possessionis in persona emptoris præsupponit eius acquisitionem, acquisitio autem traditionem. Neque enim traditio quicquam aliud est quàm translatio possessionis.

¶ Sed heres de eo, quod hereditati obuenit [a], rectè aget, etiam si possessionem eius adhuc non habuerit.

Ad §. 1. si heres.

Sed heres de eo quod hereditati obuenit. Ratio dubitandi. Dominium non acquiritur sine traditione aut saltem sine possessionis adprehensione, vt modò diximus. Atqui hereditas nõ solũ incipere non potest possidere, sed neq; continuare inchoatam à defuncto possessionem, quia hereditas iuris est *l. hereditas 50. ff. de hered. pet.* Possessio autem facti siue à pedibus, siue à sedibus dictam velis *l. 1. in princ. & in §. si vir vxori ff. de acqu. poss. l. denique. sup. ex quib. caus. maior.* quæ proinde non potest cadere in hereditatẽ quia licèt hereditas vicẽ personæ sustineat *l. hereditas 34. ff. de acq. rer. domin.* attamen persona facta est quæ nec pedes nec manus habet, Porrò sicuti nulla possessio penes hereditatẽ est, ita neque vlla transferri ab hereditate in heredem potest absque corporali adprehẽsione possessionis *l. cum heredes 23. ff. De acqu. poss.* cùm id tantùm in heredẽ transferre possit hereditas quod ipsa habeat, vt ex Scæuola ratiocinatur Vlp. noster in *l. 1. §. Scæuola. infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ergo nec heredi vindicatio dari potest antequàm factus sit dominus per adprehẽsionẽ possessionis. Dec. Sicuti traditio vnus est ex modis sex dominij transferendi & acquirendi, ita & lex, eodẽ Vlpiano teste in *d. Tit. 19. de acquisit. rer.* Et quidem potissimus, quia nec traditio quicquã prodest ad dominiũ transferendum, nisi causam aliquam præcedentem habeat iustam, & legitimam, id est, à lege adprobatam & habilem ad inducendam dominij translationem *l. numquã nuda 31. Inst. de acq. rer. domin. l. 3. ff. si vsusf. pet.* Inde est quod hereditas quemadmodum inducitur per legem ita & capax est acquirendi dominij, & in heredem transferendi licèt non sit capax traditionis faciendæ aut accipiendæ *dict. l. cum heredes, in prin. & l. cum miles 30. sup. ex quibus caus. maior.* vbi dixi. Atqui recipit hereditas augmentum & diminutionem *l. item veniunt 20. §. item non solùm. sup. De her. p. t.* Augmentum, inquam, ex iis maximè quæ hereditati obueniunt, aut per seruos hereditarios aut ex ancillarum partu, aut ex fœtu pecorum, *l. sed etsi 25. § vltim. & l. seq. eod. tit.* Ergo sicut hereditas transfert ipso iure dominiũ rerũ omnium hereditariarum in heredem per aditionem solam hereditatis, sine vlla corporali adprehensione possessionis, ita & earum quoque rerum omnium quæ hereditati obuenerunt, & quæ hereditatem augẽdo pars quædam non equidem essentialis, sed integralis factæ sunt totius hereditatis. Consequens igitur est vt huiusmodi rerum vindicationem heres habeat, tãquam effectus dominus non per traditionẽ, sed per legem. Atque hanc huius versiculi rationem adferre interpretes debuerunt, non quæ ab illis vulgo adferri solet quòd titulus hereditarius sit vniuersalis, Quasi differentia hac parte constituenda tantùm sit inter titulum vniuersalem & singularem. Quod non ita est: Cùm par & æqualis potestas sit tituli singularis, & vniuersalis,

quoties

quoties legis authoritas se interponit. Puta si agatur de legatis & donationibus causa mortis quę ad exemplum legatorum capiuntur *l.a. & 2. ff. tit. prox. l. si partem 19. § si per fundum infr. quemadm. seru. amitt.* Nemo enim dubitat quin titulus legati & donationis causa mortis sit singularis, cùm non sit legatarius, vt nec donatarius successor iuris: sed rei certæ § *legatarius. Inst. de testam. ordin.* Et è contrario titulus bonorū possessionis, itémque restitutæ ex fideicōmisso hereditatis, sunt vniuersales tituli, Ille quidē introductus iure prætorio, Hic verò ex authoritate potissimùm Senatusconsulti Trebel. interueniēte, licèt etiā imperio Prætoris fideicommissarij. Et tamen certū est nō trāsferri ex iis titulis dominiū quiritariū, sed bonitariū duntaxat, quia quod ad priorē attinet qui est prætorius certū est Prætorē dominū ex iure Quiritium facere neminem potuisse, ideóq; nec heredem quia legē facere non potuit § *quos autem Inst. de bonor. poss.* iunct. *l. 1. ff. de bon. poss.* Quod autē ad posteriorem, quia licèt Senatus potuerit & dominum facere & heredem propterea quòd Senatuscōsulta proximè accedant ad legum authoritatē eodémq; ferè iure cēseantur cùm sint legibus similes cōstitutiones, Non tamen potuit facere vt heres qui post restitutam quoque hereditatem heres est § *restitutæ. Inst. de fideic her.* transfert dominium in fideicommissarium, Ne alioqui alterutrum eueniret necesse esset vt vel heres ipse esse desineret aut vni homini duo in solidum heredes essent, atq; ita dominium penes duos in solidum reperiretur. Quorum omniū nihil ex iuris ratione admitti potest *l. et qui soluēdo 88. ff. de heredi. inst. l. si vt certo 5. § si duobus vehiculum ff. commod. l. quod contra 141. § vni duo. de reg. iur.* Fecit tamē prætor vt statim post agnitā datāmque à Prætore bonorū possessionē res hereditariæ fiāt statim in bonis possessoris *d. l. 1. & 1. ff. de bon. poss.* Itémq; Senatus vt facta fideicommissi restitutione ex SC. Trebelliano statim res omnes hereditariæ fiant in bonis fideicōmissarij prius etiam quàm corporalis earum possessio adprehēsa sit *l facta 63. in prin. infr. ad SC. Trebell.* Nēpe quia hi duo tituli non modò vniuersales sunt, sed etiā persimiles titulo hereditario, quoniam & bonorum possessor & fideicōmissarius loco heredum sunt *l. 1. de bon. poss. l. 2. & pass. ad SC. Trebell.* sicut & dominium bonitarium subsidiarium, & quodammodo vicarium est dominij Quiritarij, sed quod tamē minùs propriè dici absolutè dominiū possit at quod faciat tātùm vt quis rem in suis bonis habeat *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend. l. quamuis 75. ff. de iur. dot.* Rursum tituli vēditionū & donationū licèt singulares sint nō minùsq; legatorū, de quibus suprà diximus, possunt tamen per se sufficere ad dominium in Ecclesiam transferēdum si quid ei fortè venditum vel donatum proponatur *l. vlt. C. de sacros. eccl.* An fortassis fauore Ecclesiæ vt vulgò creditur? Minimè verò, Sed ex authoritate & potestate legis Iustinianeæ quæ hoc induxit, licèt negari nō possit quin legi fauor Ecclesiæ causam dederit. Denique lex sola est quæ verum & plenum dominiū Quiritariū transferre potest sine vlla possessionis adprehensione. Quod verò Accursius noster adiicit de pacto commissorio & addictionis in diem, quasi ex huiusmodi pactis dominium ipso iure transferatur citra vllam traditionem, sanè falsissimum est, & à nobis comprobata euidentissimè contraria sententia ad *l. si quis hac lege 41. supr. hoc tit.*

51. POMPONIVS libro 16. ad Sabinum.

SI in rem actum sit, & in heredem possessoris iudicium datum sit culpa quoque, & dolus malus heredis in hoc iudicium venit.

Ad l. Si in rem 51.

Ratio dubitandi. Cùm lis cōtestata fuit, & acceptum iudicium aduersus defunctū, iudiciū transit in heredem quasi ex causa hereditaria, & qualē inchoatum fuit contra defunctum. Nam si ex persona heredis condicio obligationis immutari nō potest *l. 2. § ex his. ff. de verb. oblig.* multò minùs potest immutari condicio iudic̄ij quod ex causa hereditaria exercetur *l. si is qui Romæ 33. vbi di. xi sup. de iud.* Atqui iudicium inchoatum cum defuncto tale erat vt non alterius, quàm ipsius defuncti dolus, & culpa eo iudicio contineri & exerceri posset, non etiā futuri heredis qui necdum vllus erat, nec quis futurus esset sciri adhuc poterat *l. qui liberis 8. § 1. ff. de liber. & posth. l. sciendum 7. inf. de verb. sign.* Ergo & translato iudicio à defuncto in heredē, dicēdum est solius defuncti dolum & culpam in iudicium venire debere non etiam dolum aut culpam heredis. Nam neque per litis cōtestationem quisquam quasi contrahit cū herede litigatoris, sed cum ipso litigatore cum quo litis cōtestatio fit *l. 3. § idē scribit. ff. de pecul. l. defēgere 11. § 1. & l. aliam 29. ff. de nouat.* Dec. Numquam recusare probè litigator potest quominùs de dolo suo & culpa teneatur si quid pendente iudicio admiserit, siue dolo malo, siue culpa sua. Qua enim fronte id postularet? Aut quid tandem interest, an ex causa hereditaria iudicium quis exerceat, an ex persona propria? Ergo ū quoque cùm lis contestata est cum defuncto non tantùm defuncti, sed ipsius etiam heredis dolus, & culpa in iudicium venire debet quomodo locū hunc bene Accursius noster, & melius quàm Azo exposuit. Quòd si lis cum defuncto cōtestata non esset, nihil de dolo aut culpa defuncti tractari posset, sed tantùm de dolo aut culpa heredis, qui eo tamē casu tanquam possessor alius quilibet non tanquam heres actione in rem teneretur *l. de eo 18. § vlt. infr. ad exhib.* Vbi additur exceptio quæ & hic addenda est, Nisi dolo malo defuncti aliquid admissum sit ex eo dolo hereditas locupletior ad heredem peruenerit. Tunc enim heres non tanquam possessor licèt possideat, sed tanquam heres ex dolo defuncti conueniendus & condemnandus est, non quidem in solidum, sed quatenus tantùm locupletiorem hereditatem nacti sunt, vt subiicitur in *lege sequenti.*

52. IVLIANVS libro 55. Digestorum.

CVm autē fundi possessor ante litē cōtestatā dolo malo fundū possidere desiit: heredes eius in rē quidē actionē suscipere cogendi nō sunt[a], sed in factū actio[b] aduersus eos reddi debebit, p̄ quā restituere cogantur, quanto locupletes ex ea re facti fuerint[c].

Ad l. cùm autem 52.

a *Cogendi non sunt.* Ratio dubitandi. Heres vicem defuncti sustinet, eadémque cum ipso persona esse cēsetur *l. quādā 9. § 2. sup. de edēd. l. heres & heredis*

22. ff. *de usucap.* adeò vt nec sua ignoratione vicia defuncti excludat *l. cùm heres 11. inf. de diuers. temp. praescrip.* Atqui defunctus etiamsi non possideret, quia tamen dolo malo possidere desierat quamuis ante litem contestatam poterat actione in rem conueniri & quidem tanquam possessor, quoniam dolus pro possessione est *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Ergo & ipsius heres eadem actione in rem æquè conueniri poterit. Dec. Actio in rem neque competit neque datur nisi cõtra possidentem *l. is qui d. [illegible] l. qui petitorio 36. iunct. l. officium 9. & pass. supr. hoc tit.* Atqui mortuo ante litem contestatam eo qui dolo malo desierat possidere, verum est heredem ipsius neq; possidere, neque dolo malo desiisse possidere. Ergo fieri nullomodo potest vt in rem actione teneatur. Nec enim dolus defuncti pro possessione esse potest, quantum ad personam heredis qui nihil ipse dolo malo fecit: Sed quod dici solet, dolũ pro possessione esse ad personã dolosi restringendũ est, non ad personam heredis extendendum, Cùm alieni doli nemo successor sit. Est enim dolus quid personale, imò personalissimũ si tale quid esse aut nominari potest. Neque verò eum qui dolo malo possidere desiit conuenimus actione in rem quasi possidentem, sed quia nõ debeat ei prodesse ad euitandam actionem in rem quod dolo malo desierit possidere. Sunt enim ista diuersa vt constat ex *l. [illegible] de reg. iur.* Sed hoc ita si defunctus ante litem contestatam dolo malo desierat possidere. Nam si lite iam contestata id fecerit aliud dicendum est, vt diximus in *leg. praecedent.* vbi & rationem diuersitatis attulimus.

b *Sed in factum actio.* Ratio dubitandi. Nihil dolo malo factum est ab herede dolosi. Ergo in factum actio dari contra eum non potest. Cùm actiones in factum inde nomen sumpserint quòd nascantur ex facto aliquo & quidem eius ipsius qui conuenitur *l. 1. & pass. ff. de praescr. verb.* Dec. Actiones in factum omnes personales sũt, & ex æquitate aliqua introductæ vt essent subsidio in eum casum quo actionis directæ cõcedendæ ratio deficeret, æquitas tamen non deficeret. Ideoq; & dicuntur nasci ex variis causarum figuris quod vt plurimùm neque ex cõtractu vel quasi nascãtur, neq; ex delicto vel quasi *l. 1. in prin. ff. de oblig. & act.* In proposito autem casu cùm quis tanquã heres successit in ius defun-

cti qui ante litem contestatam dolo malo desierat possidere, ratio iuris non patitur vt actione in rem teneatur heres qui neque rem possidet, neq; dolo malo quicquam fecit quominus possideret, Nec si ex dolo defuncti factus sit locupletior, Aliud enim est quem possidere, Aliud verò factũ esse locupletiorem ex ea re quam alius aliquando possederit. Sed tamen negari non potest quin magna subsit æquitas dandæ cõtra hunc heredem actionis personalis non quasi in ius & locum doloi successerit (non enim videri potest eò magis in dolum successisse) sed quod ex defuncti dolo factus sit locupletior per causam hereditatis. Alienus enim dolus sicut alij nocere non debet ita neq; prodesse & turpia lucra semper heredibus extorquenda sint: *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. 4. §. vlt. & l. [illegible] supr. de calumniat. l. sinit 38. de reg. iur.* Atque vt plurimùm per huiusmodi actionem in factum cui alia inueniri accommodatior nulla possit, arg. *l. [illegible] 21. C. de sacro. eccl.* Sic & heredes tutoris & heredes socij tenentur ex dolo defuncti tutoris & socij, licèt ipsi neque tutores neque socij sint, vt bene Accursius notat hic notat ex *l. [illegible] de [illegible] l. [illegible] pro [illegible]* saltem si esse locupletiores facti sunt ex dolo defuncti, vt ita dictis legibus scriptum est [illegible] lege sequitur.

c *[illegible] pass. [illegible]* Intellige cũ Accursio etiam hodie non fuit locupletiores ex dolo defuncti. Sufficit enim vt aliquando fuerint, & vel vno temporis momento *l. vna [illegible] 7.* vbi diximus *sup. quod [illegible] l. cu [illegible] l. [illegible] 127. de reg. iur.* Cùm enim [illegible] teneri cœperint actione personali in genere quod perire non potest, nec etiam nequit, vt obligatio illa personalis intercidat, Nec facilè possum probare exceptionem quam affert Accurs. si in aliam speciem etiam esset obligatus, quia [illegible] speciei liberandus Etsi enim verum est speciei debitorem eius interitu liberari *l. si ex legati 23. ff. [illegible] de verb. obl.* In proposito tamen id non habet locum, quia non tanquã speciei, sed tanquã generis debitor est, cùm teneatur ob id solum quod ex defuncti dolo ad ipsum ea res peruenerit *[illegible] l. cùm praeto.* Nec habet locum hoc casu quod dictari solet, Non videri versum quod nõ durat versum *l. si pro patre [illegible] §. vers. [illegible]* vbi diximus ad *d. l. vid casum.*

53. POMPONIVS libro 31. ad Sabinum.

SI fundi possessor cum excoluisset, seuisset ve, & postea fundus euincatur, consita tollere non potest.

Ad l. si fundi 53.

Ratio dubitãdi. Quod ad fructus pertinet bonę fidei possessor, de quo hæc lex haud dubiè intelligenda est penè domini loco habetur *l. bona fidei 48. de acq. rer. dom.* vbi tãtùm ei prodest bona fides quãtùm veritas vbi lex impedimẽto nõ est *l. bona fides 136. de reg. iur.* Sed & certũ est bonæ fidei possessorẽ habere fundi retẽtionẽ ob impẽsas vtiles quas in rẽ alienã bona fide fecit opposita scil. doli mali exceptione *l. sumptus 48. sup. hoc t.* Imò quod magis est, etiã in persona malę fidei possessoris nõ alij fructus esse intelliguntur, quàm qui supersunt deductis expẽsis eorũ fructuũ quærẽdorũ & colligẽdorũ gratia factis, *l. si a domino 36. §. vlt. supr. de her. pet.* Adde quod etiã prædoni permittitur tollere vtiles impensas quas in rem alienã fecit si modò possit illas tollere sine rei in quã factæ sunt detrimẽto & citra læsionẽ prioris status rei *l. domũ 5. in fi. C. de rei vind. l. Iulianus 37.* *sup. eod.* Atqui possunt facilè tolli cõsita sine fundi detrimento. Nec enim deterior fit fundus, sed melior cùm excolitur & ex eo fructus percipiuntur. Quidni ergo etiã prædo consita tollere poterit, ac multò magis bonæ fidei possessor? Dec. Fructus nõ iure seminis percipiũtur, sed iure soli *l. qui scit 25. §. 1. ff. de vsur.* & ideò nõ ad aliũ pertinere possunt iure dominij quàm ad quẽ fundus ipse pertinet, cuius pars quædã esse existimantur *l. fructus 44. s.* Ergo euicto fũdo iure dominij fructus quoque euincenti necesse est & ad euincentẽ cuius fundus est pertinere: nec proinde inuito eo tolli posse siue à bonæ fidei possessore, siue à prædone. Nec enim vlla inter possessores hac parte differẽtia est, Nisi quod bonæ fidei possessor, licèt fructus tollere non possit, fundũ tamen retinere potest, quousque sumptuum quos in excolendo & serendo fecisset indemnitatẽ plenissimam esset consecutus *d. l. sumptus.* At nõ etiã malæ fidei

Digitized by Google

bonæ fidei possessor quia donatio eius ea ita fundũ excoluisse intelligendus est *l. ad eo. §. ex diuerso. vers. certe. ff. de acq. rer. domin. l. si forma... §. sol. nam. ff. ad leg. Aquil. l. qui alienum 14. ff. de don.* licèt secus sit in prædone qui deprædandi animum semper habet, donandi nunquam *l. si pupilli 6. §. sed et si quis. sup. de neg. gest.* Non quasi prædoni danda sit fundi retentio, sed vt domino euincenti possit obiicere non plus in fructibus esse videri, quàm qui supersunt deductis sumptibus ad eos colligendos factis *d. l. si à domino. §. vlt. d. her. pet.* Nullus enim casus interuenire potest qui hoc genus deductionis impediat, inquit Vlp. in *l. fundus qui dotis §. vlt. sup. fam. ercisc.* Ceterùm quamdiu fructus solo cohærent nullo iure ad possessorem pertinent, nec si sit in bona fide, quia nec bonæ fidei possessor prius facit eos suos quàm à solo separati sint *d. l. bonæ fidei. l. si fructuarius miss. in 13. §. 1. ff. quib. modis vsusf. amitt. d. l. qui scit 25. §. 1. de vsur.* Sed separare illos à fundo non potest inuito domino qui fundũ iam euicit, quoniã separationẽ quoque bona fide factã esse oportet vt acquiri possint fructus bonæ fidei possessori, quia nec bonæ fidei emptor intelligi potest, qui quandiu fundus euictus non fuit *d. l. qui scit. §. vlt.* Non dissimile est quod Vlp. scribit in *l. sed si quid inædificauerit. inf. de vsufr.* si fructuarius aliquid inædificauerit in fundo fructuario nõ posse illum id tollere aut refringere, quãuis refixa planè possit vindicare, Idẽ in arbore trãslata in alienũ fundũ quã si coaluerit, & in eo fundo radices egerit, prior dominus nec tollere potest, nec vindicare tanquam alieni fundi partem & aliã factam ex alio alimento *l. sed et si. § si arbor. ff. de acq. rer. domin.* Idem denique in ferruminatis obtinere notat Accurs. & post Accursiũ Bartolus, vt scilic. tolli & separari & vindicari nequeãt, quia scil. vna clementatione, vt loquitur Bartolus, continentur. De quo scripsimus ad *l. in rem 23. §. item quæcunque. supr. hoc tit.*

54. VLPIANVS libro 6. Opinionum.

INter officium aduocationis, & rei suæ defensionem multum est, nec propterea quis, si posteà cognouerit rem ad se pertinere, quòd alij eam vindicanti tunc ignorans suam esse adsistebat, dominium suum amisit.

Ad l. Inter officium 54.

Ratio dubitandi. Qui tanquam Aduocatus assistit petitori vindicanti rem suam, hoc ipso fatetur & agnoscit rem non esse suam. Cùm id quod vnius est in solidum, alterius quoque esse non possit, Nec duo admittantur eiusdẽ rei in solidũ domini *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum. ff. commod.* Ergo nõ est ei permittendũ vt ad eam rem quasi suã vindicet, quam ab alio vindicari non tantùm cõsensit, sed etiam vt petitoris esse pronunciaretur instituit, licèt tanquam aduocatus. Nam et is qui potuerit conqueri de inofficioso testamento aduocationẽ præbuerit alij ex eodem testamento legatum petenti, constat eum repelli ab accusatione cùm hoc ipso defuncti iudicium agnouisse videatur *l. vlt. in prin. sup. de inof. test.* Sic enim alienum ius tueri quis potest & debet vt sibi non noceat, Alioqui debet sibi imputare cur alij prodesse maluerit quàm sibi *l. apud Celsum 4. §. quæsitũ est 12. inf. de doli mal. & met. excep. l. fideiussor 31. §. pater. ff. de pign.* Dec. Dominiũ sicut non nisi certis modis & legitimis acquiritur, ita nõ nisi certis & legitimis modis amittitur, *Tot. tit. de acqu. rer. domin.* & apud Vlpian *Fragment. Tit. 19. de acquisit. rer.* Inter quos modos non est ignorãtia aut error qui consensum nullum habet & imperitiam semper detegit *l. si quis per errorem 15. ff. de iurisdict.* Nemo enim ignorans aut errans amittit dominiũ rei suæ *l. si procurator 35. inf. de acq. rer. domin. l. re tua 18. C. hoc tit. l. nec petentem 5. C. de long. temp. præscr.* Sed neque voluntas sola domini modus est legitimus trãsferendi, adeoque nec amittẽdi dominij *l. si quis vi 17. §. differentia. inf. de acq. poss.* quia licèt nihil sit tã conueniens æquitati naturali quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. hac ratione 9. §. hæ quoque res. ff. de acqu. rer. domin.* id tamen ita intelligendum est cum voluntate concurrat caũsa iusta, nec quæ tantùm iusta sit, sed etiã habilis ad transferendum dominiũ, & quã præterea traditio sequatur *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. eod tit. l. traditionibus 20. C. de pact.* Ergo Aduocatus non potest videri dominium rei suæ amisisse ob id solùm quod aduocationis suæ officium præbuerit ei qui rẽ illã tãquã suam vindicabat, Cùm inter officiũ aduocationis & rei suæ defensionẽ multũ intersit, vt hæc lex ait, Nec tantùm si eo tẽpore Aduocatus rem suã esse ignorabat, quod Vlp. hîc ponit, sed etiã si sciebat. Nam si voluntas sola non est modus amittendi dominij, neque scientia esse poterit, quæ nihil aliud inducit quàm probationem voluntatis. Neque rursum solet nuda scientia ei nocere qui scruit ius suum durare ne in iis quidem quæ sola voluntate soloque consensu amittuntur *l. sicut 8. §. non videtur. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Quantò minùs ergo in amissione dominij quæ multò difficilior est? Præsertim verò in persona Aduocati, cui non debet officium suum siue publicum, siue priuatum esse vnquam damnosum *l. videlicet 29. sup. ex quib. caus. maior. l. si seruus 61. §. quod verò. ff. de furt.* Etsi enim aduocationis officium præbere cuilibet liberum est, præterquàm Aduocato fisci quem ideò necessitas officij semper excusat, tum quoque etiam alius Aduocatus nõ excusaretur *l. post legatum 5. §. aduocatũ fisci. ff. de his quæ vt indig. iunct. d. l. vlt. in prin. sup. de inoff. test.* ob idque deterior esse debet cõditio aduocati quàm tutoris & aliarũ huiusmodi personarum ex necessitate officij rem alienam administrantium, vt dixi ad *l. si pars 10. §. 1. sup. de inof. test. ex l. aduersus 30. §. 1. eo. l. tutorẽ 22. inf. de his quæ vt indig.* Nihil tamen est quod imputare possis Aduocato qui rem suam ignorans alij eam vindicãti nõ modò consensum præbuit, sed etiam aduocationẽ. Cæterùm si sciuerit iam tùm rem suam esse, nihilo quidem magis amittet dominiũ rei suæ, vt proximè diximus, sed tamen hactenus sibi nocebit, vt quia sciens & prudẽs passus est de proprietate rei suæ alium agere, repellendus sit exceptione rei iudicatæ, licèt non contra eũ sed inter alios iudicatũ proponatur *l. pen. ff. de re iud. l. 4. §. itẽ si emptor ff. de app.* Ergo habebit quidẽ perinde summo iure suæ rei vindicationẽ, cùm dominium non magis per sententiã iudicis quàm per nudam voluntatem suam amittere potuerit, vt benè hîc Accurs. scribit ex *l. Iulianus 60. ff. de condic. indeb. l. ex diuerso 35. §. ... s. hoc t.* & nos aduersus vulgarẽ interpretũ nostrorũ errorẽ pluribus probauimus *Decad. Chiliadis nostra De error. pragm.* Sed vindicãs repelletur exceptione rei iudicatæ: Cũ hic vnus sit ex casib. in quib. res inter alios iudicata aliis nocet. Nõ repellitur exceptione doli etiãsi sciẽs rẽ suã esse alij eam vindicanti aduocatũ se præbuerit,

quia neminem sua taciturnitate & dissimulatione decepit, nec dãni occasioné cuiquã præbuit, quomodo cõtingeret in specie *d. l. apud Celsum 4. §. quæsitum est. ꝟ. de dol. mal. except. l. mulier 1. C. de distr. pig.* Et præterea solet doli exceptio esse odiosior, nec propterea tam facilè dãda quoties alia cõpetit per quam excipienti æquè consultum esse possit, qualis est in proposita specie exceptio rei iudicatæ. Satísque dolus aduocati in eo punitus, quod quamuis contra eum nihil iudicatum sit, exceptione tamen rei iudicatæ summouetur, si posteà rem suam vindicare velit, siue pro petitore cui adsistebat, siue contra petitorem iudicatum proponatur. Quid enim rei interest dũmodò aliqua exceptione actor repellatur? Alia causa est eius qui aduocationem præbuit legatario legatum petenti ex testamento quod hodie Aduocatus velit inofficiosum dicere, in *dict. l. vlt. in princ.* Sufficit enim qualis qualis adprobatio testamenti, vt à querela inofficiosi testamenti quis summoueatur, vt ea lex ait. Negari autem non potest quin aduocatus qui vltrò & sponte nec vlla officij necessitate coactus aduocationem præbuit legatario legatum petenti adprobet testamentum, vt ad eum locum scripsimus. Cùm ex testamento inofficioso, & tanquam à demente facto legata nulla peti possint, adeóq; nec per clausulam codicillarem repeti à venientibus ab intestato *l. Titia 14. eo.* Denique facilior est qualis qualis approbatio testamenti quàm amissio dominij. Nec rursus in personam Aduocati adsistentis legatario petenti legatum, tam facilè potest cadere illa distinctio, An id fecerit sciens, an ignorans ius quod habebat conquerendi suo nomine de eo ipso testamento tanquam inofficioso.

55. IVLIANVS libro 55. Digestorum.

SI possessor fundi, ante iudicium acceptum [a], duobus heredibus relictis decesserit: & ab altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit: quin insolidum condemnari debeat, dubitari non oportet.

Ad l. si possessor 55.

Ratio dubitandi. Actiones quæ defuncto & in defunctum competebant, transeunt in omnes eius heredes pro hereditariis portionibus tanquam per legem 12. tab. ipso iure diuisæ *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit. l. 2. l. vl. & pass. C. de hered. act.* Ergo si possessor fundi etiam ante acceptum iudicium duobus heredibus relictis decesserit ab altero ex his solo fundus totus peti nõ potest quamuis totum eum possideat, nec debet ille in solidum condemnari, cùm non nisi pro parte heres sit. Sed à singulis pro hereditariis portionibus fundus peti debet. Dec. Lex duodecim tabul. personales quidem actiones diuidit inter omnes heredes defuncti pro hereditariis portionibus. Sed reales & vindicationes non item *d. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered.* Et ratio diuersitatis euidens illa est, quòd actiones personales transeunt in heredes iure hereditario, quoniam hereditas est quæ ipsos obligat, quomodo ratiocinatur I. C. in *l. sine a certis 17. inf. de duobus reis.* At vindicatio non datur contra heredẽ, quia heres est, sed quia possessor, cùm nascatur ex præsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur. supr. de iudic.* Ergo nec quatenus heres, sed quatenus possessor est. Proinde qui ex heredibus nihil possidet ex eo fundo quem defunctus totum possedit, pro nulla parte conueniri actione in rem potest. E contrario si totum fundum vnus possideat, ab eo solo & in solidum vindicare fundum petitor poterit, & solus ille heres in solidum condemnabitur.

a *Ante iudicium acceptum.* Vt intelligamus aliud dicendum esse si possessor fundi post acceptum iudicium pluribus relictis heredibus decesserit. Tunc enim conueniendi sunt singuli pro partibus hereditariis, nec solus & insolidum conueniretur is qui solus totum fundũ possidet. Ratio dubitandi. Vindicatione & actione in rem is demùm tenetur qui possidet, vt modò diximus, ideóq; liberum est cuilibet euitare hoc iudicium, negando se possidere *l. vlt. ꝟ.* Ergo etiamsi post acceptũ iudicium possessor decesserit pluribus relictis heredibus, non eò magis poterit vindicatione conueniri ille ex heredibus qui nihil ex eo fundo possidet. Quid enim commune habet litis contestatio cum possessione, Vt in casu licèt dissimili argumentatur Vlpianus contra Papinianum in *l. Papinianus exuli 20. sup. de minor.* Dec. In accipiendo iudicio quod fit per litis contestationem, aut saltem in ipso tempore litis contestatæ quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit. infr. de pecul.* & contestatio species quædam est nouationis & delegationis *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. inf. de nouat. & deleg.* & consequenter ex eo actu nascitur obligatio quædam personalis, vt ex alio quolibet quasi cõtractu, quæ proinde in ipsius heredes transmittitur pro hereditariis portionib. neq; ex personis heredũ potest immutari si vnus ex iis possideat, alius nõ possideat *l. 2. §. ex his ꝟ. de verb. oblig.* Deniq; iudiciũ cœptũ cũ defuncto transit in heredes quia heredes sunt *l. si in rem 51.* vbi dixi *sup. hoc tit. l. siue quis Romæ 13. supr. de iud.* Ergo quatenus heredes, ac proinde pro hereditariis portionibus.

56. IVLIANVS libro 78. Digestorum.

VIndicatio non vt gregis, ita & peculij recepta est: sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.

Ad l. Vindicatio 56.

Ratio dubitandi. Cùm dicimus siue *gregem* siue *peculium* dicimus quid vniuersale & genericũ quod multas sub se res singulas continet, & quidem corporales, quarum dominus non alius est, quàm qui gregis aut peculij dominium habet: Vnde est quod etiam aucto vel diminuto, siue grege, siue peculio, idem tamen grex idémque peculium esse intelligitur: quia tam grex quàm peculium non minùs quàm hereditas & augmentum recipit & diminutionem *l. grege 13. in princ. infr. de pign. l. grege legato 21. & sequ. de legat. 1.* Ergo quemadmodum non solùm capita pecudum quæ sunt in grege vindicari possunt, sed etiam grex ipse. Ita & dicendum videtur permittendam domino peculij vindicationem non modò singularum rerum quæ sunt in peculio, sed ipsius etiam peculij. Cùm vindicare quisque possit id quod suum

potest

Digitized by Google

potest dicere, *l. Quintus 25. §. argento ff. De aur. & argent. legat.*

Dec. Vindicari possunt ex demum res quæ sunt corporales, & oculis demonstrari possunt & in quas cadere potest vetus illa & solemnis formula vindicationis, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Eiusmodi verò est grex, non etiam peculium, quia grex significat non tam ius quoddam vniuersale quàm pluralitatem rerum singularum & corporalium quæ vnico illo & generico gregis nomine continentur, nec vllomodo dici aut videri potest nomen iuris *§. grege Instit. de legat.* At peculium ipsius nomen est & consistit in iure quodã vniuersali non tam pluralitatem quàm vniuersalitatem quandam denotante, nec minus iura quàm res corporales continente, *l. quam Tuberonis 7. §. in peculio & seqq. ff. de pecul.* Ergo cùm sit quid incorporale quod neque tangi neque oculis percipi potest, *l. 1. §. vl. sup. de rer. diuis.* & apud Iustin. *Tit. De reb. corpor. & incorpor.* non potest ipsum vindicari quamuis res peculiares singulæ si corporales sunt vindicari possint. Non enim magis res peculiares corporales sunt peculium quàm res hereditariæ sint hereditas, quæ tamen differunt ab hereditate toto genere, *l. in fideicommissariis 18. vers. quotiens ff. ad SC. Trebell.* Nec ad rem pertinet quod iura quoque licet sint res incorporales nihilominus vindicantur, vt puta seruitutes, *Tot. tit. si seruit. vindic.* Vindicantur enim tanquam iura & per actionem confessoriam quæ nullum & in multis distat à vindicatione rerum corporalium de qua agitur in hoc titulo. Quid? Nõnne etiam hereditas vindicatur per hereditatis petitionem quæ in rem actio est, *l. sed etsi 25. §. antep. sup. De hered. petit.* Cur non ergo etiam peculium sicut hereditas? Respondeo hereditatis petitionem iure ciuili inductam esse ac necessariò inducendam fuisse vt vero heredi aduersus falsum heredem aut qui pro prædone ac pro possessore hereditatem possideret, aliqua actione succurreretur. Sed peculij petitionem nullam esse, quia nec peculium alius habere potest quàm filiusfamilias aut seruus cum quibus nec pater nec dominus actionẽ vllam habere potest, *l. 4. sup. de iudic. l. cum seruo 107. De regul. iur.* Cùm autem ius peculium legatum est, quo demum casu incipit locus fieri quæstioni de vindicatione peculij, si modò & per vindicationem legatum sit peculium, & morte patrisfamilias testamentum confirmatum sit: Dominium quidem rerum corporalium quæ in peculio fuerunt, transit in legatarium: & quidem recta via, quasi numquàm factum heredis, *l. legatum 80. de leg. 2. l. a Titio 64. ff. De furt.* sed dominiũ ipsius peculij, quod in iure consistit, transire non potest vt neque aliorum legatorum quæ in iure consistunt, & in genere ob idq; in rebus incertis, *l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. De legat. 2.* Denique à quo posset legatarius peculij, id est serui cum peculio legati peculium illud petere? Non vtique à seruo qui legatus est cum peculio, quia cùm eo vt iam diximus, nulla actio esse potest. Non etiam ab herede quia desiit habere ius illud peculij, hoc ipso quo desiit habere seruum cuius erat peculium, quique cum peculio legatus fuit. Consequens igitur est vt vindicare peculium legatarius à nullo possit, sed tantùm res singulas peculiares si quæ fortè & corporales sint & ab herede aut ab alio quolibet possideantur. Quòd si quæ in peculio fuerunt actiones quas in legatarium transferri æquum sit, non vindicatio hoc nomine competet, sed actione personali ex legato agere legatarium oportebit vt actiones illas tanquam adhuc hereditarias & in hereditate conseruatas præstet legatario aduersus peculiares debitores, *l. peculio 5. l. dominus 19. inf. De pecul. legat.* Vindicatio igitur peculij nulla esse potest sed tantùm singularum rerum corporalium. Quid ergo si in peculio vnus tantùm fundus sit? an quia vindicari fundus potest, peculium quoque saltem hoc casu vindicari posse admittemus, Quasi nihil intersit inter peculium & fundum peculiarem cùm nihil in peculio est præter fundum. Minimè verò. Æstimanda enim sunt omnia ex naturali aptitudine non ex emergentis casus qualitate, vt apud Accursium Azo ratiocinatur. Et fallacia est accidentis si quis à fundo peculiari ad peculium argumentetur, aut contrà, vt idem Accursius notat, sic philosophi solem dicunt esse speciem non indiuiduum, quia licet vnica sit, tamen aptitudine plures soles potest comprehendere. Sic D. Thomas singulos Angelos singulas Angelorum species constituere scripsit, quia singularum specierum plures Angeli esse possent quamuis non sint.

57. AFRICANVS libro sexto Quæstionum.

IS à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est. Quærebatur, si alterutri eorum, iussu iudicis, fundum restituisset, & postea secũdum alterum petitorem res iudicaretur [a], quemadmodum non duplex damnũ traheret. Respondi, vter prior iudex iudicaret, eùm oportere ita fundum petitori restitui iubere, vt possessori caueret, vel satisdaret [b], si alter fundum euicisset, eum præstare.

Ad l. Is à quo 57.

Ratio dubitandi. Non potest is cuius non interest cautionem aliquam postulare, ne superuacua cautione quis oneretur, *l. hac stipulatio 14. inf. vt legat. seu fideic. seruand. nomin. caueat.* Atqui nihil videtur interesse possessoris qui duobus separatis vindicationis iudiciis conuentus cõdemnatur vni ex petitoribus qui prior vincit vt ei rem restituat, quia cùm non possit ei imputari cur iudici paruerit cui parere habuit necesse, *l. nõ videntur data 167. §. 1. De regul. iur.* absoluendus necessariò est in posteriore iudicio, tanquam qui nec possideat dolo malo, adeoq; nec culpa vlla sua desierit possidere, *l. sin autem 27. §. 1. sup. hoc t. & in l. prox. seq* Ergo nulla cautio necessaria est. Et verò cùm is qui vicit, suo iure vicerit suoq; sumptu & diligentia, Cur propter nouam alterius aduersarij personam onerandus est præstatione cautionis, & quidem non nudæ, sed quæ satisdationem admixtam habeat, id est dationem fideiussoris quem nec semper inuenire facile est, *l. 2. §. vlt. sup. De iudic.*

Dec. Post litem contestatam ab eo petitore qui siue prior siue posterior iudicium accepit tametsi

nondum vicerit, nihil in eius præiudicium fieri potest neque à possessore neque à iudice, Cùm per litis contestationem ius actoris semper in toto collocetur sive in rem, sive in personam actum proponatur. Quid enim amplius facere possit vel diligentissimus petitor quilibet, quàm vt aduersarium prouocet ad iudicium, & rebus omnibus adhuc integris litem cum eo contestetur? Vnde est quod litis contestatio non tantùm actioné alioqui temporalem, & breui perituram perpetuat, l. vlt. sup. De i.r. sed etiam extricennali facit quadragenariâ, l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Ergo si alius petitor citius vicerit, quod in pari quoque petitoris vtriusque diligentia potest facilè contingere, Officio tamen iudicis incumbet ve non aliter iubeat victum possessorem victori fundum restituere quàm si possessori caueat vel nuda cautione si persona victoris suspecta non sit, vel satisdatione si sit suspecta de indemnitate possessori præstanda, si alter quoque petitor fundum euicisset. Alioqui duplex damnum possessor traheret, ac pateretur si iam vni condemnatus ab altero quoque vinceretur eæ æquè condemnandus esset si fundum ei nó restitueret, quem tamen prioriiam restitutum vtrique alij rursum restituere non posset. Nec enim absolui posset quasi qui neque possideret, neque dolo malo suo aut culpa vlla possidere desisset, Cùm iam eo restitutionis tempore in ea causa res fuerit vt secundum alium petitorem pronunc iari posset, quod euenire posse debuit & possessor & petitor & iudex prospicere, l. pen. vbi dixi sup. De hered. petit. l. quia domum 9. § 1. locat. Etsi enim nihil potest imputari huic possessori qui ab vno ex petitoribus victus est & q; petitum fundum tolli iudicis restitoit si modò iudici prædixerit ab alio quoque eundem fundum peti, (alioqui dolo carere nó videretur, l. dolo 41. §. ad leg falcid. iunct. l. aut prætor. 7. §. permittitur sup. De minor) Attamen nec imputari similiter quicquam potest alteri petitori, qui suo tempore litem contestatus fuit, & cuius integrum ius & illibatum cóseruari oportet: quod non fieret si omissa priore lite quam aduersus possessorem instituerat, nouam litem contrà victorem instituere cogeretur. Itaque quod diximus tam in petitione hereditatis quàm in speciali in rem actione absoluendum esse possessorem qui etiam post litem secum contestatam desiit sine dolo & sine vlla culpa sua possidere, l. si quo tempore 4. & d. l. penult. sup. de hered. petit. & d. l. sin autem 27. § 1. sup. hoc t. exceptionem accipit ex hac lege, & ex d. l. penult. si ex alia causa possidere desierit quàm vt fundum alij restitueret etiam iubente iudice. Non enim potest aut debet ius vnius litigatoris, alterius æquè litigantis ius lædere, Et sententiam inter alios latam alij iam litiganti nocere certè non oportet. Quid ergo si possessor victus & fundum petitum restituere victori iussus déelarauerit iudici eam litem quæ mota sit ab alio petitore, & sibi cauteri petierit vel satisdari, & nihilominùs iudex eū adegerit ad fundi restitutionem nullo cautionis onere imuncto victori? Vix sanè est vt non absolutè omnimodo hic possessor debeat aduersus alium petitorem, Cùm non solùm nihil dolo malo fecerit, sed etiam facturus dolo fuerit si iubenti iudici parere recusasset, Nisi fortè dicamus ei posse imputari cur ab eiusmodi iussu iudicis, & à cautionis præstatione denegata non appellauerit; Quod etsi dumum videtur, nec facilè admittendum vt constat ex eo quod Vlpianus scribit in dict. l. aut prætor §. permittitur sup. De minor. Id tamé in proposita specie, non modò tolerandum, sed etiam inducendum videtur vt possessori nihil imputari possit. Cùm eiudem sit sententia iudicis, qui quod ex officio suo facere debet non facit, & eorum iniquitatem credibile sit emendaturum Prætorem si à iudice appellatum fuisset, Longéq; nonot est ratio appellandi à Prætore in specie d. §. permittitur, quàm appellandi à iudice pedaneo in specie huius leg. Planè si proponas victum possessorem periisse à iudice, vt victor eam cautionem præstaret, eiusq; petitionis repulsam passum fuisse, & ob eam causam appellasset. Deinde victum etiam fuisse non tantùm apud Prætorem, sed etiam apud præfectum vrbi qui supremus appellationum harum iudex erat, vt in l. A Emilius 41. sup. De minor. non dubito quin hoc saltem casu absolui possessor debeat contra alium eiusdem fundi petitorem, cùm nihil penitus ei possit imputari ne quidem per mendacium, Extra hunc casum non dubitat Alphenus quin duplex damnum trahat & sentiat possessor si non prospiciat sibi per huiusmod cautionem. Ergo nec dubitat quin postquàm vni petitori condemnatus est, alij quoque condemnandus sit. Et ratio specialior huius iuris ista est, quod vna lis cum altera sic cónexa est vt nulla fiat iniuria victori quiiam dominus pronunciatus est, si alterius litis exitum expectare cogatur cum fieri nequeat vt plures eiusdem rei sint domini in solidum, Nec in eo vlla sit iniuria prima victori si iustè, vicerit ac tamquam verus dominus, Cùm sit certissimum, id quod vnius est alterius esse non posse, l. si inter 15. §. De except. rei iudic. Satisque est quod interim non retardetur executio rei iudicatæ, & alterius nihilominùs petitoris actionis ius conseruatur, d. l. pen. supr. De hered. petit.

a *Et postea si secundum alterum petitorem res iudicaretur.*

Ratio dubitandi. Non potest fieri vt duo sint eiusdem rei domini in solidum, l. 5. §. si duobus vsufr. Commod. ideoq; nimirum quod vnius est certum est alterius non esse, vt modò diximus ex d. l. si inter 15. inf. De except. rei iudic. Quomodo igitur fieri potest vt pro duobus eundem fundum iure dominij separatim petentibus res iudicetur?

Dec. Potest hoc variis casibus contingere, ex quibus duos proponit Accursius, Vnum, si prior petitor, qui à non domino emerat Publiciana egerit, & obtinuerit, alius vero qui verus fuit dominus egerit directa in rem actione. Alterum, si fundum legatum sub condicione heres vindicauerit pendente condicione tanquam dominus quod facere iure potest, l. non ideo 66. §. hoc tit. Existente verò condicione eundem fundum vindicauerit legatarius, tanquam qui iam inde ab initio fundi dominus fuisse intelligatur, quasi ex puro legato, quippe quod licèt ab initio fuerit condicionale impleta tamen quandocunq; condicione potum fuisse retrofingitur, l. & consequenter 12. § res quæ inf. famil. ercisc. l. quædam 15. §. De reb. dub. Posterius exéplum rectum est, Sed non prius, quia in hoc titulo non agitur de Publiciana quæ vtilis tantùm & prętoria in rem actio est, sed de directa & ciuili in rem actione. Sed potest addi aliud exemplum, quod facilè occurrit si per errorem & imperitiam aut sordes iudicis pro vno ex petitoribus pronuncietur

qui

quasi se dominum falsò probauerit cùm tamen non esset dominus, vt in *l.* & *ex diuerso 35. §. sup. hoc tit.* Rebus enim iudicatis omnimodo standum est, *l. si patronus 12. §. si quis cùm esset de bon. libert.* etiā cùm perperam iudicatum sit, *l. si cùm 65. cùm Praetor. infr. ad SC. Trebell.* cùm res iudicata pro veritate habeatur, vulg. *l. ingenuum 25. De stat. homin. l. res iudicata 207. De regul. iur.* Mirum autem non est contrarias ferri aut timeri sententias, tùm quoque cùm inter eosdem litigatores separatis iudiciis agitur, *l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Quantò magis si & in diuersis iudiciis & inter diuersas partes?

b *Vt possessori caueret vel satisdaret.* Benè Accursius cauendum esse nuda cautione si persona petitoris qui primus vicit & cui fundus restituitur, non sit suspecta, Per satisdationem verò si sit suspecta ex *l. si dictessor 7. §. vl. sup qui satisd. cogant.* Bene etiam idem Accursius notat non esse locum huic cautioni praestandae officio iudicis si fundi restitutio facta sit ante praestitam aut imperatam cautionem quia nec officio iudicis locus vllus reliquitur post factam rei petitae restitutionem qui vltimus finis totulq; effectus est vindicationis. Nam & in actionibus personalibus idem euenit, *l. 4. C. depesit. l. qui per collusionem 49. §. 1. infr. De action. empt.*

58. PAVLVS libro tertio Epitomatum Alfeni Digestorum.

A Quo seruus petebatur, & eiusdem serui nomine cum eo furti agebatur, quaerebat, si vtroque iudicio condemnatus esset, quid se facere oporteret. Si priùs seruus ab eo euictus esset: respondit, non oportere iudicem cogere, vt eum traderet, nisi ei satisdatum esset (quod pro eo homine iudiciū accepisset) si quid ob eam rem datum esset, id rectè praestari. sed si priùs de furto iudicium factum esset, & hominem noxae dedisset. deinde de ipso homine secundum petitorem iudicium factum esset, non debere ob eam rem iudicem. quod hominem non traderet, litem aestimare: quoniam nihil eius culpa, neque dolo contigisset, quo minùs hominem traderet.

Ad l. A quo seruus 58.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quae ad legem praecedentem quantum ad primam partem legis quae est de serui possessore conuento serui nomine à diuersis actoribus, & diuersis actionibus ab vno scilicet per vindicationem ab altero per noxalem actionem. Nam si prior vicerit ille qui seruum iure dominij vindicabat & ita eum euicerit, placet non aliter officio iudicis iubendum & cogendum possessorem tradere seruum domino, quàm si is caueat de possessore qui iam noxali iudicium accepit defendendo aduersus alium noxali iudicio agentem, Nimirum quia noxale iudicium etiam contra omnium possessorem eundemq; dominum exerceri posset si cum priore possessore iudicium acceptum non fuisset, quandoquidem noxa sequitur caput, *l. qui ex plurib. 20. l. vlt. & pass. inf. de noxal. action.* Ac proinde nulla fit iniuria petitori seruum euincenti si cogatur cauere de possessore defendendo in noxali iudicio, qui si alium non defenderet seipsum defendere cogeretur. Exemplo eius, quod diximus ad legem praecedentem de possessore fundi conuento à duobus eundem fundum vindicantibus. At in secunda parte huius legis, quae est de eo casu quo possessor victus sit noxali iudicio priùs quàm directa rei vindicatione, Ratio dubitandi propter quam videbatur possessor cogendus vt litis & serui petiti aestimationem praestaret ob id quod seruum iam à se noxae deditum posteriori victori non traderet, illa est quod non videatur carere dolo aut saltem culpa possessor qui seruum huuc noxae dedidit non exacta cautione ab actore de lite aduersus alium vindicantem defendenda. Atque ita Azo & Accursius senserunt, arg. *l. dolo 41. §. ad leg falcid. & l. hac autem 4. §. hac cautio §. si cui plus quam per leg. falcid.* Sed decidendi ratio fortior pro Paulo haec est quòd neque dolo malo, neque culpa illa possessoris contigerit quominùs rem traderet. Quibus verbis significat Paulus non obscurè nullius dolii aut culpae conuictum esse possessorem qui noxali iudicio victus seruum dederit pro noxa non petita cautione. Et sanè ita est, Nimirum quia, vt ait Bartolus, qui seruum dedit pro noxa non aliter satisfacere intelligitur, quàm si seruum pleno iure faciat accipientis, ita vt nullo casu euinci possit, *l. si noxale 27. §. De noxal. act. l. si hominem 69. infr. De solut.* Atqui non facit accipientis pleno iure is, qui accipientem in obligatione retinet vt fundum alteri vindicanti & euincere volenti cogatur restituere. Non igitur potest imputari ei cur satisdationem non exegerit quàm si peteret, facultatem sibi noxae dedendae praeriperet, Nisi fortè quis imputare adhuc ei velit cur seruum noxae dedere maluerit, quàm litis aestimationem praestare. Noxae enim deditio sanè voluntaria est, & in arbitrio ac facultate dedentis posita, *l. miles 6. §. decem §. de re iudic.* Sed hoc multò minùs dici potest, quia numquam aequum est ex delicto serui dominum cogi aut possessorem plus praestare quàm quanti seruus est. Quae vnica fuit ratio inducendarum omnium noxalium actionum, *l. 1. §. de noxal. act. §. 1. Inst. eod. tit.*

59. IVLIANVS libro sexto ex Minicio.

HAbitator in aliena aedificia fenestras & ostia imposuit, eadem, post annum, dominus aedificiorū dempsit. Quaero, is, qui imposuerat, possétne ea vindicare. Respondit, posse: nam quae alienis aedificiis connexa essent, ea, quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse. simulátque inde dempta essent, continuò in pristinam causam reuerti.

Ad l. Habitator 59.

Ratio dubitandi. Quae alienis aedificiis connexa sunt eorundem aedificiorum fiunt ideóq; nec tolli nec vindicari per priorem dominum possunt. Et-

go etiamsi postea dempta sint & refixa ab ædificij domino nihilominus vindicari poterunt per eum qui ædificio alieno ea iunxerat, Cùm dominium semel acquisitum non nisi certis & legitimis modis admittatur, inter quos non est nuda ista rerum quæ antea ædificiis connexæ erant, separatio.

Dec. Quæ cohærent ædificiis alienis fiunt quidem ædificiorum, & consequenter eius cuius sunt ædificia, sed non absolutè & simpliciter, at tantisper duntaxat, id est quandiu connexa & fixa sunt, Cùm nec aliam ob causam fiant ædificiorum alienorum quàm quia connexa sunt. Ergo quandiu connexa sunt,& fixa ne alioqui limitata & temporalis causa perpetuum habeat effectum, §. *cùm in suo Instit. De rer. diuis. & in l. adeò 7. §. cùm in suo.* vnde is Institutionum locus sumptus est, *D. de acquir. rer. domin.* Ergo si habitator alienarum ædium siue inquilinus sit, vt ponit Accursius siue donatarius habitationis, vt in *d. l. in ædib. 9. in princip. l. Aquilius Regulus 27. l. Lucius 31. ff. De donat.* fenestras & ostia imposuerit in aliena ædificia,& eadem dominus ædificiorum post finitum locationis tempus, dempserit, (sic enim legendum est vt Florent. non vt alibi *depressit*) poterit habitator easdem fenestras demptas & ostia vindicare. Nec potest ei obiici quod videatur ea donasse quæ in alieno solo sciens posuit. Ea namque donádi præsumptio in solos malæ fidei possessores cadit, *d. l. adeò §. ex diuerso vers. certè & l. si seruus 27. §. si olium ff. ad leg. Aquil.* in quo numero hic habitator esse non potest cùm iustum habitandi titulum habeat siue inquilinum proponas siue donatarium. Adeò vt si inquilinus sit, habeat etiam ex conducto actionem contra locatorem, per quam cogat eum pati vt tollere ei liceat, sic tamen vt damni infecti caueat, ne is alioqui dú aufferr deteriorem ædium conditionem faciat, sed vt pristinam faciem ædibus reddat, *l. sed addes 19. §. si inquilinus ostium ff. locat.*

60. POMPONIVS libro vicensimonono ad Edictum.

QVod infans, vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est.

Ad l. Quod infans 60.

Ratio dubitandi. Factum cuique suum nocere debet non alteri, *l. factum 155. De regul. iur.* & ignorátia infantis vel furiosi quæ per ætatem aut furorem contingit, alteri captiosa esse non debet, quomodo de pupilli ignorantia scriptum est, *l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo ff. Quæ in fraud. credit.* Nō ergo debet impunitum esse quod infans vel furiosus possessor perdidit aut corrupit.

Dec. Impunitum esse debet quicquid dolo & culpa caret, Atqui infantem tuetur innocentia consilij, furiosum verò infelicitas fati excusat, *l. infans 12. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* vbi dicitur, Nec si infans aut furiosus hominem occiderit, quod multò grauius est, teneri tamen eo nomine posse quasi deliquerint. Delictum enim non est sine dolo. Isti autem neque doli neque culpæ vllius capaces sunt. Et cùm facto furiosi vel infantis damnum aliquod accidit perinde esse debet, acsi aliquo casu sine facto vllius personæ id accidisset, vt eleganter ait Pomponius in *l. vlt. in fin. inf. De administr. tutor. l. 5. §. igitur iniuria ff. ad leg. Aquil.* Nec aliud est in pupillo qui maior est infante, id est qui excessit septennium vt definit *l. infanti 17. C. de iur. delib.* si modò sit ille doli & culpæ expers, *d. l. vl.* Nam illa ætas ignorat etiā ea quę videt, *l. vnic. C. de fals. monet.* Nulla ne igitur differentia est inter pupillum & infantem? Hæc vna quod in pupillum maiorem infante cadit distinctio an doli & culpæ capax sit necne quia pupillus pubertati proximus doli ac multò magis culpæ capax esse creditur, *l. pupillum inf. De reg. iur. l. hæredibus 13. §. vl. & l. seq sup. de dolo.* Omnis infans pupillus est, sed non è contrario pupillus quilibet infans est.

61. IVLIANVS libro 6. ex Minicio.

MInicius interrogatus, si quis nauem suam aliena materia refecisset, num nihilo minùs eiusdem nauis maneret, respondit manere. sed si in ædificanda[a] ea idē fecisset, non posse. Iulianus notat: nam proprietas totius nauis, carinæ causam sequitur.

Ad l. Minicius 61.

Ratio dubitandi. Quod ex re mea fit meum est, *l. de eo 18. §. si quis ex vuis ff. ad exhib.* Ergo & quod ex re mea reficitur. Nam & qui reficit facit.

Dec. Nauis refecta dummodò per partes licet tota ex alienis tabulis, eadem tamen nauis est quæ erat antea quia pristinā formam & speciem suam semper retinuit, numquam vel amisam vel immutatam. Cuius autem rei eadem species & forma remanet, eadem quoque res esse intelligitur, *l. proponebatur 76. sup. de iudic.* Ergo & eiusdem domini manebit cuius fuit antea. Idq; adeò verum est vt nec aliud possit dici a tota nauis vno impetu dissoluta sit dummodo ea mente ac destinatione vt ex iisdem tabulis reficeretur, quoniam ea vis est huius destinationis vt nauim quasi nec dissolutam in pristino suo statu retineat, *l. inter stipulantem 83. §. sacram ff. de verbor. oblig. l. qui res 98 §. aream inf. de solut. l. quid tamen 10. §. in naui infr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

a *Sed si in ædificanda.* Ratio dubitandi. Cùm quis ex aliena materia speciem nouam facit eius res est non qui materiæ fuit dominus, sed qui speciem & formam indidit si modò talis materia sit quæ ad sua initia redigi non possit secundum mediam Ercíscundorum sententiam qui contrarias alioquin & pugnantes Proculi & Cassij opiniones hac distinctione adhibita conciliarunt, *l. adeò 7. §. cum quis & l. in omnibus 24. ff. de acquir. rer. domin.* Ergo si ex meis tabulis nauem tibi feceris, erit tua nauis non mea, quoniam cupressus non maneret sicuti nec lana vestimento facto sed cupresseum & laneum corpus fieret. Atque ita respondit Paulus, quamuis & Sabinianus & Ercíscundus in *l. sed si meus 26. eod. titul.*

Dec. Alia ratio videtur constituenda nauis, alia cæterarum rerum ex aliena materia factarum. Nauis enim non est priusquàm totam speciem & formam nauis habuerit, vt neque res cæteræ cùm dici soleat à prudentibus nostris non minùs quàm à philoso-

philosophis substantiam cuiusq; rei ex forma existimandam, & formam illam esse quæ dat esse rei, *l. Iuliani 9. §. sed quis rem j. ad exhib.* At quoniam ædificium nauis incipit à carina, fatendum est carinam quæ inferior pars nauis est & quæ idem naui præstat quod area domui primam esse partem quæ facta sit, & quæ tamen quia nondum nauis est nec certam formam & speciem nauis habet, nisi carinæ, non alterius esse potest quàm cuius sunt tabulæ ex quibus compacta est. Porrò cuius carina est eius quoque nauim esse consequens est quæ superædificatur, quia sicuti superficies & naturali & ciuili ratione cedit solo sine quo nō posset ipsa subsistere, *l. 2. j. de superfic.* ita & proprietas totius nauis sequitur causam carinæ, vt non ad alium pertinere possit quàm ad quem proprietas carinæ pertinet. In eoq; differentia elegans est inter nauim & species cæteras quæ nullam formæ inchoationem habent à qua totius & plenioris formæ perfectio pendeat. Quæ differentia à Marcello & Iuliano subtiliter hic obseruata, à Paulo videtur prætermissa in *d. l. sed si meis*, ab Accursio autem & Azone aliisq; interpretibus nullomodo intellecta, vt ex ipsorum glossis facilè intelligere quiuis potest, & apertiùs ex iis quæ nos pluribus ad hanc legē scripsimus non infeliciter, *lib. 6. Coniect. cap. 15.*

62. PAPINIANVS libro sexto Quæstionum.

SI nauis à malæ fidei possessore petatur, & fructus æstimandi sunt, vt in taberna, & area, quæ locari solent. Quod non est ei contrarium quòd de pecunia deposita, quā heres non attingit, vsuras præstare non cogitur. nam etsi maximè vectura, sicut vsura, nō natura peruenit, sed iure percipitur, tamen ideò vectura desiderari potest, quoniam periculum nauis possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur.

Ad l. si nauis 61.

Ratio dubitandi. Vectura nauis & vecturæ salarium in quo totus ferè nauis fructus consistit nō fructus naturalis sed ciuilis est sicut vsura quia non natura peruenit sed iure percipitur & ex negotiatione, vt hîc Papinianus ait. Atqui pecuniæ depositæ quam hereditatis possessor non attigit licèt malæ fidei possessor fuerit, vsuras nullas debet, vt ex eodem Papiniano nostro Vlpianus refert in *l. sed etsi 20. §. Papinianus 5. De h. red pet.* Cur enim præstaret vsuras pecuniæ quam non attigit, & quas proinde nec percepit nec percipere naturaliter ac sine negotiatione potuit? Ergo neque vecturam nauis præstare debet etiam malæ fidei possessor nauis quæ petitur per vindicationem.

Dec. Generaliter cùm de fructibus contra malæ fidei possessorem æstimandis quæritur, constat animaduerti debere non an malæ fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit si ei possidere licuisset, vt in hac ipsa lege Papinianus ex Iuliano docet. Atquin si petitor possedisset nauem, vtique cōmodum & lucrum vecturæ pro fructu percepisset. Ergo etiamsi malæ fidei possessor nauim non exercuerit, ideòque nec vllam vecturam perceperit, (si quam enim percepisset, nullam omnino dubitationem res haberet) dicendum tamen est vecturam eum præstare debere tanquam fructum si non naturalem, saltem ciuilem, *l. mercedes 29. sup. De hered. petit.* Quemadmodum respondendum esset in mercede & pensione quæ licèt exacta non fuerit, exigi tamen potuit pro taberna & area quæ locari solet. Nam & ex areis locatis obuentiones quædam prouenire olim solebant, *l. vsusfructus 7. §. 1. infr. De vsufr. l. huius 6. infr. qui potior. in pignor. hab. l. 3. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Nec bona est comparatio vecturæ nauis, cum vsura pecuniæ quā falsus heres in hereditate repertā tamen nunquam attigit. Etsi namque verum est nullam eius pecuniæ vsuram deberi, diuersitas tamen, & diuersitatis ratio in eo est, quod imputare non potest possessori malæ fidei, cur pecuniam illam depositam & in hereditate repertam non fœnerauerit, vel ob id maximè quòd pecunia fœnerata soleat esse periculo fœneratoris si fortè debitor fiat non soluendo, Cuius periculi metu etiā plerique dominorum abstinent à fœneranda pecunia, & quod magis mirum videri possit etiam tutoribus & curatoribus pecuniam pupillarem fœnori dare ob eam causam prohibitū est *Nouell. 72. De his qui oblig. se haber. perhib. cap. 6. §. quoniam autem*, Vnde sumpta est *Auth. nouissime C. de admin. & peric. tutor.* Proinde nemo dixerit certum esse quod verus heres qui pecuniam hereditariam petit fuerit eam fœneraturus si hereditatem possidere ei licuisset. Fortassis enim dulcedini vsurarum periculi metum anteposuisset. Qua ratione solemus dicere, Tametsi mandatarius vsuras debeat eius pecuniæ quam sub vsuris credidit, cùm mandatum ei esset vt gratuitam mutuam daret, Nullas tamen debere si eam suo periculo fœnerauerit, *l. idemque 12. §. si mandatu tuo 8. in fin. j. mandat.* iunct. *l. si vnus 67. §. 1. j. Pro socio.* At potest imputari malæ fidei possessori cur nauem non exercuerit, cuius scilicet proprius vsus in eo est vt exerceatur, & nauiget, *l. arboribus 12. §. 1. inf. De vsufr.* non etiam pecuniæ vt fœneretur. Nec potest mala fide possessor hereditatis si nauem non exercuerit, eam excusationem prætexere, quod veritus sit ne periculum nauis in se transferret, Cùm nullo casu periculum nauis ad eum pertinere possit, Nisi fortè aduersa tempestate & contra solitum nauigationis vsum possessor eam nauem manifesto periculo exposuerit. Hoc enim casu non caret dolo aut culpa quæ cùm præcedit casum non excusatur per casum superuenientem, *l. qui petitorio 36. §. vlt. sup hoc tit.* Est igitur manifesta ratio diuersitatis inter vecturam & vsuram. Longéq; facilius est vt quis ad vecturam quàm vt ad vsuram condemnetur, quia non sicuti vsura contra naturam est secundum Aristotelem quod pecunia sui natura sterilis res est nec aliā pecuniā pariat, (vnde nec vsusfructus in eo cōstitui potest, sed tantùm velut vsusfructus nec vsus sed abusus, *l. 3. inf. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*) Ita possumus dicere vecturam nauis esse contra naturam. Non quòd nauis vendi possit aut locari non etiam pecunia, vt Cuiacius ad hanc legem scribit, valde in hoc laborans, sed quoniam vt iam attigimus nauis non in hoc habetur vt maneat ociosa, & inutilis, sed contrà vt exerceatur, & nauiget. Pecunia verò non ad hoc vt fœnori collocetur, & vsuram pariat, sed vt

in vsus vitæ necessarios expendatur, cæterasque res omnes æstimet, *l. 3. De contr. empt. d. l. 3. De rer. permut. l. si ita, ij. l. legatorem 41. de fideiuss. l. vsura pecuniæ 121. infr. De verb. signific.* Vnde fit vt pecuniæ quæ ociosa fuit vsuræ numquam debeantur ne quidem ex bonæ fidei iudiciis, *l. qui semisses 13. §. vlt. infr. De vsur.* Quamquam ne tùm quoque cùm pecunia ociosa est, omnino tamen inutilis dici potest, cùm præsidij causa haberi videatur, quod non est inutile. Siquidem verissimum est & quotidiana rerum experientia comprobatum quod Celsus refert in *l. si cheris 79. §. 1. de legat. 3.* Proculum dicere solitum audisse se rusticos senes dicentes pecuniam fine peculio fragilé esse, peculium appellantes id quod præsidij causa seponeretur. Cùm tamen nauis quæ ociosa est, sit omnino inutilis, quæ tamē in id tantùm comparata est vt vtilitatem aliquam adferat, quæ porrò vix alia quàm vecturæ vlla esse potest. Quid tamen si possessor hereditatis pecuniam in hereditate repertam fœnori collocauerit, atque ita sui periculi fecerit, deinde à debitoribus vsuras perceperit, An non eas saltem petitione hereditatis præstare tenebitur? Negat Accursius, quia æquum sit vsurarum lucrum ad ipsum spectare ad quē pecuniæ totius periculū pertinuerit. Ex *d. l. si vnus 67. §. 1. j. profecto & l. postulante §. vl. ad SC. Trebell.* Cuiacius verò adfirmat propterea quod post Senatuscōsultum possessori cuilibet etiam bonæ fidei omne lucrum auferendum sit, *l. post Senatusconsultum 28. sup. de hered. petit. d. l. 1. C. eod. l. 1. C. de his quib. vt indign.* Et ad leges ab Accursio allegatas respondet in *d. l. si vnus 67. §. 1.* Pro socio tractari de vsuris pecuniæ communis, Nos hîc tractare de vsuris pecuniæ alienæ, Et ad *d. l. postulante §. vlt.* respondet agi eo loco de vsuris ab herede rogato perceptis ex hereditaria pecunia ante restitutionem hereditatis fideicommissariæ, ac proinde de vsuris eius temporis quo pecuniæ dominium ad ipsum pertinebat non ad fideicommissarium. Sed quid responderet ad *idemque 10. §. si mandauero infr. mandat.* vbi dicitur mandatarium qui pecuniam alienam quam mutuò gratuitam dare iussus erat fœnerauerit vsuras quas perceperit restituere non debere licèt alioqui nullum lucrum ex mandato facere debeat, sed gratuitam, & abstinentem omni lucro fidem præstare vt in negotiorum gestore loquitur Tryphoninus in *l. qui sine vsuris 37. supr. De negot. gest.* iunct. *l. si mandatu 59. §. 1. infr. mandat.* Nempe quia vsuras illas non tam ob mandatum consecutus est, aut ex sola negotiatione pecuniæ, quàm veluti in precium periculi quod in se transtulit fœnerando pecuniam, vt lex innuit non obscurè. Cur non ergo idem dicemus etiam in hereditatis possessore vt vsuras quas redegit ex pecunia hereditaria sibi retineat propter periculum quod in se susceperat. Itaque facile hac in re cum Accursio aduersus Cuiacium sentio, Nec puto repugnare Senatusconsultum quod de hereditatum petitionibus factum est, & quo vir doctissimus monetur. Pertinet enim ad omne lucrum quod hereditatis possessor quilibet ex aliena illa hereditate percepit. Hic autem de quo agimus vsuras percepit non tam ex hereditate aut pecunia aliena, quàm ex suo periculo.

1 § Generaliter autem [a], cùm de fructibus æstimandis quæritur, constat animaduerti debere: non an malæ fidei possessor fruitus sit, sed an petitor frui potuerit: si ei possidere licuisset. quam sententiam Iulianus quoque probat.

Ad §. 1. Generaliter.

a *Generaliter autem.* Articulus hic coniunctiuus ostendit connectendam esse hanc clausulam cum verbis præcedentibus, non pro § separato accipiendam, quomodo tamen non solum à vulgaribus interpretibus, sed ab ipso etiam Cuiacio accipitur. Sic verò connectenda est vt syllogismi, quo vnico Papinianus in hac lege vtitur, maiorem propositionem efficiat quæ semper ex iure sumenda est. Minor autem ex cæteris quæ in lege præcedunt, & quæ ad propositam facti speciem pertinent, constituatur, quemadmodum in proponenda decidendi ratione ostendimus. Est verò hæc sententia generalis pertinens ad quoscunque malæ fidei possessores siue hereditatis petitione, siue speciali actione in rem conueniantur, vt officio iudicis condemnandi sint ad omnes fructus nō tantùm quos perceperint siue honestè, siue inhonestè perceperint, exceptis tantùm vsuris perceptis ex pecunia quam suo periculo fœnerauerint, vt proximè diximus, sed etiam quos honestè percipere potuerint, Nec rursus ad hos tantùm sed etiam ad illos quos ipse neque perceperit, neque percipere potuerit, si modò petitor eos percepturus honestè fuerit si ei possidere licuisset. *l. si possessor 52.* vbi dixi *supr. de hered. petit. l. fructus* [illegible] *sup. hoc tit.* Nam si petitor eos percepturus nō fuerit non potest imputare possessori cur eos non perceperit, vt benè hic Accursius nnuat ex *l. cū hereditas, antepenult. sup. de her. d. tit.* Quod cùm generale sit in omnibus malæ fidei possessoribus, consequens est vt pertineat etiam ad bonæ fidei possessores post litem contestatā cùm eo tempore pro malæ fidei possessoribus quantum ad fructus habeātur, *l. sed si 25. §. si ante eod. id. tit. l. si homo 45. supr. hoc tit.* Ratio dubitandi. Iniquum videtur cogi quem reddere id quod nō habeat, nec vnquam habuerit, *l. mutuæ 22. §. sed enim inf. ad SC. Trebell.*

Dec. Sibi debet imputare malæ fidei possessor cur alienam possessionem inuaserit, aut retinuerit eius hereditatis quā alterius rei quam sciebat ad se non pertinere, Neque tamen huius iuris æquitas tam ex persona possessoris qui condemnatur æstimanda est, quàm ex persona petitoris qui ampliores fructus percipere potuisset si rem suam possedisset.

63. PAPINIANVS libro ii. Quæstionum.

SI culpa, non fraude [a], quis possessionem amiserit: quoniam pati debet æstimationem: audiendus erit à iudice, si desideret: vt aduersarius actione tua cedat. cùm tamen prætor [b] auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis æstimationem perceperit, possidente, debet adiuuari: nec facilè audiendus,

diendus erit [c] ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere.

Ad l. Si culpa 63.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor, de quo solo hæc lex intelligitur (nec enim malæ fidei possessor cessionem actionum vrgere vnquam potest, non magis quàm is qui dolo malo possessionem amisit, *l. si quis dolo 69. infr. hoc titul. l. mulier 19. §. qui potior. in pignor. hab.*) dolum solum præstare debet, non etiam culpam nisi lite demum cōtestata quod eo tempore iam sit factus malæ fidei possessor, *l. si homo 45. sup. hoc tit.* Ergo si culpa non fraude possessionem amiserit, nullam eo nomine æstimationem pati debet, ne quidem à iudice.

Dec. Ob eam nimirum causam intelligenda est hæc lex de bonæ quidem fidei possessore sed qui possessionem amiserit post litem contestatam, vt interpretes omnes consentiunt ex *d. l. si homo 45. & l. si a bonæ fidei 21. sup. hoc tit.* Atque in eo Accursius & Cuiacius consentiunt.

a *Non fraude.* Ergo si fraude & dolo possessor amiserit possessionem rei petitæ, pati quidem æstimationem tantò magis debebit, sed non erit audiendus si desideret vt aduersarius actiones suas cedat, quia est indignus propter dolum suum vt ei hoc auxilio succurratur, *d. l. si qui dolo 69. infr. hoc tit.* Ratio dubitandi. Æquissimum semper est id alterum alteri præstare quod sine suo dispendio facere possit, *l. in creditore 38. in fin. infr. De euict.* Atqui nullum dispendium est in præstandis actionibus possessori à quo petitor non modò iustum rei suæ precium sit consecututus, sed etiam iniustum, & quantum ipse per suum in litem iusiurandum sine vlla taxatione constituerit. Cùm eo casu rem suam tanti vendidisse videatur, *l. eius rei 46. & sequ. supr. hoc titul.* Et ita esse vt prætextu doli non debeat actionum cessio denegari, probatur apertissimè ex eo quod scribit Marcellus in *l. in deposit. 12. infr. De re iudic.* In depositi vel commodati iudicio, quamuis dolo aduersarij res absit, condemnato tamen succurri solere, vt dominus actionibus suis cedat.

Dec. Dolus possessoris qui rem à se petitam per fraudem amisit & dolo desiit possidere non debet manere impunitus, *l. procurator 11. §. 1. infr. De doli mal. except.* Et quamuis puniatur iam in eo quod aduersus hunc reum æstimatio fit non à iudice, sed ab ipso petitore per iusiurandum, in litem tamen hoc quoque nomine punitur quod actor cauere ei non debet se actiones quas eius rei nomine habeat ei se præstaturum, *l. si quis dolo 69. infr. eod.* vbi dicemus latiùs & respondebimus ad *dict. l. in deposit.* Sed culpa tantùm non dolo vel fraude interueniente cessio actionum omnino permittenda est ex æquitate, *dict. l. in creditore in fin.* Etsi enim dici solet quod quis damnum ex culpa sua sentit sentire non videri, *leg. quod quis 203. De regul. iur.* Nemo tamen non videt digniorem esse cui succurratur eum cui culpa tantùm quàm cui dolus imputari potest, *l. si plures 38. in fin. infr. De admin. tutor.*

b *Cùm tamen Prætor.* Ratio dubitandi. Cessio actionum videtur vltimum remedium & subsidiarium quod non competit nisi quolibet alio deficiente, *dict. l. in creditore 38. l. rem hereditariam 65. ibi nec remedio locus esse videbatur. ff. De euict.* Ergo non potest concurrere cum auxilio Publicianæ actionis quam tamen fatetur hîc Papinianus dari debere à Prætore huic reo litis æstimationem soluti contra extraneum quemlibet possidentem.

Dec. Publiciana datur ex æquitate prætoria etiam non domino si modò titulum aliquem iustum habeat etiam à non domino, vt dicemus ad *Tit. seq. De publ. in rem act.* Atquin hic reus de quo agimus qui ob amissam culpa sua possessionem, litis æstimationem intulit, habet iustum titulum, scilicet æstimationem litis quæ similis est emptioni, *l. 1. & 3. infr. pro emptor.* Quidni ergo habebit Publicianam, nec tantùm contra extraneum possessorem, sed etiam contra dominum? vt sequitur in hac lege, Quamuis ratione domini regula iuris repugnet, quę vult Publicianam actionem iusti dominij exceptione submoueri. Sed fallit illa regula plerisque casibus de quibus dicemus ad *l. penultim. infr. titul.* 1. inter quos hic vnus est. Etsi enim Publiciana non datur nisi traditione aliqua non minùs quàm iusto aliquo titulo præcedente vt Accursius obiicit ex *leg. sed etsi 7. §. vltim.* aliàs *l. traditionem inf. titul.* 1. in proposito autem casu non ponimus factam esse traditionem vllam post præstitam litis æstimationem. Illa tamen ratio inducit Publicianam etiam contra dominum, quod reus titulum habet ab ipso domino, adeòque haberet etiam dominium si ex solo titulo absque possessione acquiri dominium posset. Nec tamen indiget noua adprehensione possessionis vt habeat Publicianam, quia sufficit quod anteà possederit, & iacturam possessionis præstita litis æstimatione redemerit ab eo qui litis æstimationem accipiendo æquè possessionem traditurus fuerat si eam habuisset. Nam si vtrumque in istius persona concurreret, vt & possessionem & titulum à vero domino haberet, non tam de danda ei Publiciana tractandum esset, sed de directa rei vindicatione quam vtique veri domini iure exercere posset. At quoniam neque possessio ei tradita est à domino accipiente litis æstimationem, neque possidebat ille eo tempore certum est ex sola domini voluntate dominium sine possessione transferri in eum non potuisse, ideoque nec verum esse posse quod Accursius noster post Azonem tentat dandam ei vtilem in rem actionem: Ex *leg. vltim. Cod. de heredit. vel action. vendit.* Quomodo enim actionem in rem siue directam, siue vtilem quæ iure dominij aut quasi dominij competat, habere potest is qui neque dominus, neque quasi dominus est, nec vnquam fuit? Neque verò Bartolus hoc difitetur, Sed vt Azonis & Accursij sententiam tueatur, nouum proponendi libelli modum comminiscitur, quo actor de sui authoris potiùs quàm de suo iure experiri videatur. Nec rursus video quid ad hanc speciem pertineat quod scriptum est in *dict. l. vltim.* vbi agitur de actione in rem vendita. Non enim emit actionem in rem is qui pro re petita præstat litis æstimationem, neque posset etiamsi maximè vellet eam emere contra seipsum non magis, quàm cum seipso agere, *l. ne cum filiofamilias 16. infr.*

De furt. sed liberari se ab actione & rem de qua erat controuersia [illegible]. Sicuti nec posset, [illegible] litis eam actionem [illegible] contra [illegible]. Et tamen Papinianus noster non dubitat, quin huic reo qui litis æstimationem præstitit, si nulla ei cessio facta fuerit, succurrendum sit data ei contra ipsum quoque dominum actione. Non igitur de actione in rem siue directa quæ non nisi procuratorio cedentis nomine exerceri potest, *l. plane 7. inf. fam. ercisc und.* quod & Bartolus fatetur, siue vtili potest intelligi quam nec Bartolus aliã esse vult quam quæ competat ex cessione, Nisi quòd confundit cessionem cum emptione, & ius emptum cum iure cesso, quod tamen hac parte est ridiculum. Nam si ob præstitam litis æstimationem ius petitoris hoc ipso cessum intelligeretur, quid illa opus esset cessione, quam tamen faciendam esse Papinianus ait? Emit ergo rem ipsam & rei petitæ dominium is qui præstat litis æstimationem, nec tamen ideò fit dominus vt Bartolus quoque admittit licèt emat à domino, quia scilicet non accipit possessionem à domino, nec eam penes se habet. Qua de causa Martinus interpres hanc legem coarctabat ad eum casum, quo præsens res esset tempore præstitæ æstimationis. Omnino malè, Quandoquidem eo casu dominium statim acquireretur reo, qui proinde nõ indigeret auxilio Prætoris extraordinario, cùm directam & ciuilem in rem actionem habiturus esset eo casu non modò contra quemlibet aliũ possidentem, sed etiam contra eum qui dominus anteà fuisset, quiq; accipiendo litis æstimationem pro re præsenti dominium suum in reum transtulisset, *l. eius qui 46. cum seq. sup. hoc tit.* Igitur de sola Publiciana intelligi potest & debet auxilium illud Prætoris, quod tunc reo dandum esse vult Papinianus etiamsi nulla ei cessio actionum facta esset. Estque hic vnus casus ex illis in quibus datur Publiciana etiam contra dominum, & quos recensebimus ad *d. l. pen. infr. tit. prox.*

c. *Nec facile audiendus erit.* Ratio dubitandi. Etiam post acceptam litis æstimationẽ prior dominus remanet dominus, vt modò diximus, quia nec volẽs potuit suum dominiũ aut amittere, aut in aduersarium sine possessione transferre. Nec ratio vlla est propter quã succurri debeat ei qui litis æstimationẽ soluit, data ei Publiciana contra dominum, Nisi ratio illa equitatis quod ferendum nõ sit vt dominus & rem habeat, & precium quod euidenter esset contra bonam fidem, *l. ex empto 11. §. qui autem bona fides 50. ff. De act. empt.* Atqui hæc ratio cessat si paratus sit dominus conuentus Publiciana restituere precium quod accepit, vt retineat dominium quod nondum amisit. Videntur enim eo adhuc tempore omnia esse integra, & facilè admittere vt rebus omnibus in pristinum statum restitutis vtrinque à negotio discedatur. Ergo nihil causæ est cur audiendus non sit dominus si pecuniam quam ex litis æstimatione accepit, paratus sit reddere, cùm ita futurum sit vt vtrique parti consulatur & indemnitas præstetur, quod curare semper vt fiat bonus iudex quantum potest debet, *l. ex his 8. ff. quæ in fraud. credit.*

Dec. Numquã priuandus quis est eo lucro quod sibi alicuius periculi velut certo precio sibi cõparauit. Nam quemadmodũ secundum naturam est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequũtur incommoda, vt habet regula 10. *De reg. iur.* ita & naturali rationi ac æquitati conueniens est vt eius sit lucrum cuius est periculum: siquidem in periculo damnum aliquod semper versatur vel ob metum ipsum damni, *l. 1. l. periculi precium 5. in prin. De naut. fœnor.* Atqui cùm reus pro re petita litis æstimationem soluit, subiit periculum amittẽdæ illius pecuniæ si forte rei possessionem quam culpa sua amiserat recuperare aut nancisci numquam potuisset. Nec enim ob id magis repetitionem vllam pecuniæ habere potuisset. Ergo neque permittẽdum est petitori qui litis æstimationem accepit, vt in eius arbitrio sit eam pecuniam reddere quam non suo sed iudicati hoc est cõdemnati periculo suscipere maluit. Nemo enim audiendus est id petens cuius contrarium non fuerat in contrarium euentum postulaturus, vulg. *l. pen. C. de solut. l. si pater 12. C. de inoff. testam.* nec talis inconstantia ferenda est per quam fiat vt leges ipsæ ludibrio esse quodammodo videantur, *l. qua omnia 21. sup. de procur.* iunct. *l. vlt. in fi. C. de bon. quæ liber.* Vno tamen casu audiendus est petitor volens pecuniam reddere, Nimirum si in dolo fuerit is qui litis æstimationẽ soluit, vt in hoc quoque puniatur dolus quod electionem retineat petitor quam alioqui non haberet. Ex *l. ei qui 6. 3. inf. de furt.* vbi hoc ipsum scribitur in fure qui semper est in dolo. Itaque benè hic Papinianus *nec facile audiendus erit*, vt significet aliquo igitur casu audiri eum debere.

64. PAPINIANVS libro vicensimo Quæstionum.

CVm in rem agitur: eorum quoque nomine, quæ vsui non fructui sunt, restitui fructus certum est.

Ad l. Cùm in rem 64.

Ratio dubitandi. Non potest quis habere fructum vsus, quia seruitutis seruitus esse non potest, *l. 1. infr. de vsufr. legat.* Ergo cùm in rem actum est earum rerum nomine quæ vsui tantùm non fructui esse possunt, fructus præstari & restitui non possunt.

Dec. In iudicio vindicationis, adeoq; in actionibus in personam quæ rem aliquam persequuntur omnis causa post litem contestatam præstanda est, id est omne id quod habiturus fuerat actor si litis contestatæ tempore restituta ei res fuisset, *l. præterea 20. sup. hoc tit.* quia quale quid est cùm petitur tale dari debet, vt idem Papinianus noster ratiocinatur in *l. 2. infr. De vsur.* Ergo etiamsi de ea re vindicanda tractetur quæ vsui tantùm non etiam fructui esse possit, puta de vasis aut vestimentis, fructus quoque debebuntur, id est quanti ex eorum locatione si locata fuissent mercedis nomine percipi potuit, *l. videamus 19. §. præterea* iunct. *l. [illegible] infr. de vsur.* Fructus enim deberi, cùm dicimus, vtilitates rei intelligimus, non vsum ipsum aut fructum rei. Nam & prudentes nostri cùm dicunt vsum, vel fructum in numero singulari, seruitutem ipsam vsus vel vsusfructus intelligunt, aut saltem factum ipsum vtendi fruendi. Cùm verò fructus in plurali, corpora ipsa fructuum significant. Vsui esse possunt vasa & vestimenta.

Fructus

Fructui esse non possunt, cùm totus eorum fructus in vsu consistat, ita vt etiam vtendo consumátur, adeóque & non vtendo. Fructum tamen aliquem adferre possunt & vtilitatem, non si quis vtatur iis, sed si locentur. Nam quin locari possint, dubium non est, tametsi non ad illum vsum eumparata sint vt locentur. Est siquidem istarum rerum vt & cæterarum ferè omnium duplex vsus, naturalis vnus, accidentalis alius. Quomodo Aristoteles in Ethicis scribit vsum calcei naturalem esse, vt pedem vestiat, accidentalem vt vendatur vel locetur, Itémque vsum pecuniæ naturalem esse vt res omnes æstimet, accidentalem verò vt ipsa ex qualitate & bonitate sua intrinseca æstimetur, & pluris etiam interdum vendatur, quàm quanti publico hominum commercio æstimatur, vt scripsi pluribus in tractatu De nummariis solutionibus. Atque ita omnino intelligi hæc lex debet, non quomodo habent duæ priores Accursij interpretationes quarum prima est, loqui hanc legem de iis rebus quæ vsu consumuntur, Quasi verò recipiant illæ vsum magis quàm vsumfructum, quod falsum esse idem Accursius benè vidit, Altera verò loqui hîc Papinianum de iis commodis quæ haberet quis tanquam merus vsuarius tametsi non esset fructuarius, Etsi enim non pauca sunt huiusmodi, vt dicemus ad librum sequentem; non tamen de commodis rei petitis aut petendis Papinianus hîc loquitur, sed de re ipsa petita per actionem in rem; quæ rea vsui tantùm esse possit non fructui. Nostra igitur interpretatio probanda omnino est, quæ tertia eiusdem Accursij fuit, & à Cuiacio quoque strenuo Papiniani interprete comprobata.

65. PAPINIANVS libro 2. Responsorum.

EMptor prædium, quòd à non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quàm si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum prædium habuit, vsurarúmque medij temporis superfluum reciperauerit. scilicet si minus in fructibus ante litem percepti sint. nam eos vsuris, nobis duntaxat compensati, sumptuum in prædium factorum exemplo, æquum est.

Ad l. Emptor 65.

Ratio dubitandi. Emptor qui ex precio rei alienæ sibi venditæ soluit pecuniam, quæ creditori debebatur, non idcirco dominum eundémque debitorem liberauit, cùm non ea mente soluerit vt ipsum liberaret, sed potiùs vt sibi ipsi prospiceret aduersus creditorem, fortassis agentem hypothecaria & pignus vindicantem. Nemo enim soluendo ad suam vtilitatem id quod alius debet liberat debitorem, *l. Papinianus 28. infr. mand. l. si quid poss. §. fin 31. supr. De hered. petit.* Soluit autem emptor ad suam vtilitatem & suo potiùs nomine quàm debitoris, siue ideò soluat creditori, vt ius suum confirmet, quod facere potest etiam quilibet creditor pignoratitius, *l. 1. l. prior 5. C. qui potior in pignor. hab.* siue vt offerendo debitum summoueat hypothecariam quod etiam malæ fidei possessor quilibet potest facere, cùm non sit quærendum de iure possessoris soluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Non ergo potest videri dominus factus locupletior ex solutione facta creditori per possessorem cùm non sit debitor ipse liberatus. Is enim demum fit locupletior qui liberatur à creditore, *l. si pupilli 66. inf. de solut.* & consequenter non eo magis doli exceptione repellendus est, quod vindicans fundum suum à possessore non offerat ei debitum quod à possessore solutum est, cùm nihil dolo faciat qui non id agit vt ex aliena iactura locupletetur.

Dec. Quod solutum est à possessore creditori domini eiusdémque debitoris, quamuis non liberet debitorem ipso iure, acquirit tamen ei exceptionem doli per quam se tueatur aduersus creditorem si fortè creditor pergat aduersus eum agere quasi nondum liberatum, *l. sicut 8. §. vltim. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solut.* Improbus enim est creditor qui bis idem consequi velit, *leg. si quis dolo 41. in fin. infr. De re vindicat.* Fit ergo locupletior dominus fundi cùm ex aliena bonæ fidei possessoris pecunia sibi acquirit perpetuam doli exceptionem, Cùm nihil effectu intersit an creditor nullam ipso iure actionem habeat, an verò talem habeat quæ per exceptionem elidi possit, *l. nihil interest 112. De regul. iur.* Præsertim cùm ea exceptio non temporalis, sed perpetua est, qualis est exceptio doli, ex qua etiam condictio indebiti competeret si quid fortè per errorem solutum esset, *l. qui exceptionem 40. infr. De condict. indeb.* Æquum igitur est repelli per exceptionem doli dominum vindicantem fundum qui fuerat pignoris iure obligatus creditori si non offerat possessori quicquid creditori solutum est, *leg. 2. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si creditor 28. infr. De pignor. act.* Nec tantùm sortis nomine, sed etiam vsurarum quæ priori creditori debitæ, ac solutæ fuerunt, cùm eatenus locupletior factus sit dominus idémque debitor quatenus à creditore suo liberatus est, Eatenus autem liberatus sit quatenus fuit obligatus, siue in sortem, siue in vsuras, cùm in omnem causam pignus datum intelligatur, *l. Lucius 18. infr. qui potior. in pignor. hab.* Adeò vt dubitatum sit an vsuras quoque vsurarum præstare debitorem oporteret, quod tamen displicuit Papiniano quem Vlpianus refert & probat in *l. creditor 12. §. sciendum est eod. titul.* ratione illa, quòd non alterius negotium gessisse intelligatur, sed magis suum, *l. secundus creditor 22. Codic. de pignorat.* Alioqui probandum esset etiam vsurarum vsuras deberi cùm vsuræ sortis loco sunt, nec tanquam accessiones debentur vt in actione negotiorum gestorum, *leg. idem quoque 10. §. si procurator & l. qui negotia 34. §. 1. & vltim. infr. mandat.* Nec tantùm veteres vsuras bonæ fidei possessori restituere dominus debet, id est quas priori creditori promiserat, sed etiam nouas, id est quæ currere cœperunt à die dimissi prioris creditoris ex pecunia possessoris. Nec enim melior fieri debet condicio debitoris, vt nullas amplius vsuras debeat ob id solùm quòd ex alterius pecunia liberatus sit, Mutauit enim duntaxat creditorem, Non quasi possessor in ius & locum creditoris

successerit, vt malè sentire videtur Cuiacius, posset enim id locum habere duntaxat in creditore pignoratitio posteriore non in emptore qui non conuenit ipse de pignore, *leg. Aristo.3.infr. quæ res pignor. iunct. leg. 1. Cod. de his qui in prior. cred. loc. succed.* Sed quia is qui soluit debitum vsurarium cùm hoc ipso fiat creditor non potest videri factus creditor non vsurarius, dum ne grauiores vsuras petat quàm quæ priori creditori debebantur: Hæc tamen differentia est inter veteres vsuras & nouas, quod veteres omnino dominus restituere possessori omnimodo debet, ne alioqui exceptione doli mali repellatur, Sed nouas non vtique restituit, at ita demum si excedant quantitatem fructuum ante vel post litem contestatam perceptorum. Nam vsque ad quantitatem illam compensari debent, cum fructibus, Exemplo sumptuum in rem alienam à bonæ fidei possessore factorum quos similiter constat esse compensandos cum fructibus etiam ante litem contestatam perceptis, vt idem noster Papinianus scripsit in *l. sumptus* 48. vbi diximus *supr. hoc titul.* Rectè verò hic Papinianus *ante litem,* non vt quidam malunt legere *à lite,* vt & in *dicta lege sumptus ante litem contestatam,* non quasi aliud probandum sit in fructibus post litem contestatam perceptis (nam si fructus post litem contestatam percepti veniunt etiam in restitutionem officio iudicis, §. 1. *Institut. de offic. iudic.* quantò magis venire debent in imputationem quæ semper facilior est, *leg. in fideicommissaria* 18. *infr. ad SC. Trebellian.*) sed vt intelligamus fructus etiam qui percepti sint ante litem contestatam, tametsi non veniant in restitutionem, attamen in imputationem venire. Vt verum sit bonæ fidei possessorem hoc casu non lucrari fructus quos bona fide percepit, quomodo hîc bene notat Accursius, tametsi eos consumpserit. Idémque tractandum puto de aliis sumptibus si quos bonæ fidei possessor fecerit, tanquam bona fide possidens rem alienam, Puta si quid impenderit in funus eius cuius heredem se existimabat. Quidni enim hanc quoque funeris impensam compensabit cum fructibus ante litem contestatam perceptis? Eadem sanè ratio æquitatis idem ius vtroque casu inducit.

1 ¶ Ancillam, quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ concessa est, peculio filiæ non legato, mancipium hereditarium esse conuenit. Si tamen pater dotis, ac peculij contemplatione filiam exheredauit, & ea ratione reddita, nihil ei testamento reliquit, aut eo minus legauit: filiam defensio tuebitur voluntatis.

Ad §. 1. Ancillam.

Ratio dubitandi. Dominium rei legatæ transit rectà via à testatore in legatarium quasi numquam factum heredis, *leg. legatum* 80. *de leg. 2. leg. a Tutio* 64. *infr. de furt.* Atqui peculio legato censentur legatæ res omnes peculiares. Quid enim aliud est peculium quàm omne id quod peculio continetur? Ergo ancilla quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ concessa est, non hereditaria sed in filiæ dominio esse intelligenda est si pater testamento filiam exheredauerit dotis ac peculij contemplatione, id est ratione illa reddita quod filiam dote ac peculio contentam esse velit, cùm his verbis & dotem & peculium filiæ legasse intelligatur, & consequenter ancillam quæ in peculio filiæ fuit. Quod tamen si ita est, sequitur vt huius ancillæ nomine filia in hoc casu non tantùm exceptionem habere debeat, sed etiam actionem & vindicationem, Contrà quàm Papinianus hîc respondeat qui non nisi defensionem dat filiæ, id est, vt benè Accursius & Cuiacius interpretantur exceptionem vt ei deneget actionem.

Dec. Multum interest an peculium legetur nominatim & ita vt penes filiam remanere possit iure legati, Quo casu ea locum haberent quæ modò diximus, An verò ex tacita duntaxat quadam voluntate patris habeat filia retentionem peculij, vt in proposito casu euenit. Quis enim pro legato peculij accipiat exheredationem filiæ factam cum hoc elogio *Filia mea exheres esto quia sufficit tibi dos & peculium quod viuus tibi dedi,* vt & in *l. qui volebat* 61. *inf. De her. inst.* Quid obsecro tam diuersum à peculio legato, quàm peculium à viuente datum? Præsertim cùm peculium inter viuos concessum desinat esse peculium per mortem concedentis, & cum hereditate confundatur, *lege certum est* 13. *C. fam. ercisc.* quo tamen tempore incipere debeti & acquiri iure peculij legati nec vnquam confusi in hereditate si legatum esset. Ergo cùm non sit legitum peculium, nec ancilla, quæ in peculium data fuerat, legata videri potest, nec proinde dominium eius translatum in filiam vt eam possit per in rem actionem petere & vindicare. Quisquis enim rem aliquam vindicat, is necesse est vt possit suam dicere, *leg. Quintus* 25. §. *argento infr. de aur. & argent. leg. at.* Nihilne igitur filiæ proderit quod contemplatione dotis ac peculij eam pater exheredauerit, non exheredaturos, si præter dotem peculium ei non concessisset? Imò proderit hactenus scilicet vt si filia ancillam hanc possideat eamque heres tanquam suam vindicare velit, possit vtique filia se tueri exceptione doli mali, quam certum est etiam ex testamenti causa competere si quid fortè aut heres aut alius facere velit contra defuncti voluntatem prætextu & per occasionem iuris ciuilis, *l. 1. §. 1. & vlt. l. 4. §. præterea sciendum est* 10. *l. vltim. §. 1. inf. De dol. mal. except.* Facilius enim est vt doli exceptio, quàm vt actio aliqua, præsertim vindicatio inducatur, quoniam & latiùs patet causa doli & voluntatis defuncti quàm dominij. Sed extra hunc casum, id est si non constet & quidem per exheredationis rationem à testatore redditam quod is filiam contemplatione dotis ac peculij exheredauerit, non magis exceptio doli huius ancillæ nomine dabitur filiæ si conueniatur, quàm vindicatio si alius ancillam possideat, quia nec dominium ancillæ nec patris voluntatem filia pro se habebet. Erit ergo hæc ancilla mancipium prorsus hereditarium, nec eius nomine aut vindicatio aut exceptio alij competet quàm heredi, quoniam scilicet peculium quod viuo patre fuerat filiæ

tat filiæ moriente eo desiit esse peculium, conuersumque in hereditatem factum est patrimonium heredis, *d.l.certum 13. Cod. famil. ercisc.* Nec pugnat quod à Modestino responsum est in *leg. Titia cum testamento 34.§.Casus S. .ius de leg. 2.* Si ea quæ in domum & prætorium vxoris maritus transtulit præcipua ad eam pertinere voluit, nihil proponi cur voluntati ipsius standum non sit. Nam, vt benè Accursius noster respondet, id ita accipiendum est vt voluntati defuncti in ea specie standum sit data marito exceptione non actione cùm nulla legati aut fideicommissi verba ad res illas vxori dandas inserta proponerentur.

66. PAVLVS libro secundo Quæstionum.

NOn ideò minus rectè quid nostrum esse vindicabimus, quod abire à nobis dominium speratur, si condicio legati, vel libertatis extiterit.

Ad l. Non ideò 66.

Ratio dubitandi. Quod euincitur in bonis non est, vt habet iuris regula, *l. quod euincitur 190. De reg. iur.* nec videtur quisquam id habere quod alij debeat restituere, *l. non videtur 51. eod. titul.* Ergo nemini permittendum est vt eam rem vindicet tanquam suam quod eius dominium ab eo abire aliquo casu possit, vt euenit in statulibero qui pendente libertatis condicione interim seruus est heredis, Et in re sub condicione legata quæ interim quidem est heredis, sed existente condicione ita fit legatarij vt numquam heredis fuisse retrofingatur. Propter quam caussam magis esse videtur vt dominium interim dicendum sit esse in pendenti, vt concludit Vlpianus in *l. arboribus 12. §. vltim. aliàs l. si fur infr. de vsufr.* Præsertim verò cùm dominia non soleant acquiri ad tempus neque ex caussa temporali, sed perpetua, *l. 1. infr. D. iur. dot.* quandoquidem tempus non est modus acquirendi aut amittendi dominij, *l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* vt neque inducendæ aut tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. De oblig. & action.*

Dec. Plerumque fit vt illa etiam quæ à nobis abire possunt, perinde & in eo statu sint ac si non essent eius condicionis vt abire possent, Inquit Pomponius in *l. plerumque 205. De regulis iuris.* Non tam enim futurus status qui pro euentu potest alius atque alius esse inspici debet, quàm is qui præsens est, vt sciatur cuius res sit hodie, quod vtrumque inquirendum est, quoties quæritur quis eam rem hodie vindicare possit, Cùm non alij possit vindicatio competere quàm ei quem constet dominum esse iure gentium vel ciuili, *dict. §. argento & d. in rem 23. in princip. sup. hoc titul.* Nemo autem non videt id quod potest desinere esse meum, non eo minùs interim meum esse, Imò tantò magis quòd non posset desinere meum esse id quod antea meum non fuisset, *l. non potest videri 208. De reg. iur. l. si fundum 46. l. Titio vsumfructum 96. De cond. & demonstr.* Quidni ergo inspiciamus potius id quod iam est, quàm id quod potest contingere posteà, vel non contingere? Vindicatio enim à domini noscitur ex præsenti possessione quantum ad eum qui conuenitur, *l. non alias 24. §. sed si post. ... supr. De iudic.* & ex præsenti dominio ex parte petitoris, Quod & vulgaris formula vindicationis ostendit, *§. ... aio rem ex iure Quiritium meam esse aio;* quæ verba nihil nisi præsens tempus demonstrant. Atqui statuliber interim, & pendente libertatis condicione seruus verè est heredis, Et res quæ sub condicione sunt legatæ, interim heredis quoque est, ipso quidem pleno iure, vt scriptum est in *l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. manum. liber. non fiant & in l. & post litem 12. §. res quæ inf. famil. ercisc. & d. l. 1. §. serui appellatione inf. De SC. Silan.* vbi Vlpianus disertè scribit seruorum appellatione de quibus torquendis eo Senatusconsulto agitur, etiam seruos illos qui sub condicione legati sunt contineri, Propterea quòd medio tempore sint heredis. Nec enim quòd condicio, inquit, existens legati efficiat vt desinant heredis esse facit etiam ne videantur interim eius esse. Idémque & in statulibero dicendum esse subiicit. Non est dissimile quod Iulianus scribit in *leg. si seruus 14. infr. de condic. furt.* Si seruus furtiuus sub condicione legatus sit pendente condicione dandam esse heredi condictionem furtiuam, quia licèt sit condictio, attamen vindicationi similis in eo est quod non datur nisi domino, *l. 1. eod. titul.* vt intelligamus non esse in pendenti hoc casu dominium præsens, sed illud duntaxat quod futurum est pendétque ex euentu, De quo intelligi proculdubio debet quod scriptum esse diximus in *d. leg. arboribus 12. §. vlt. aliàs l. si fur inf. de vsuf.* Est enim hic casus ex eorum numero in quibus ex postfacto apparet quid anteà fuerit, de quibus in *l. quædam sunt 15. inf. de reb. dub. & in l. qui res 98. §. rem autem inf. de solut.* Itaque si me interroges, Cuius hodie sit res legata sub ea condicione quæ nondum extiterit. Respondebo esse heredis, & quidem pleno iure quamuis existens quandocunque condicio factura sit vt desinat esse heredis, sed si pergis vrgere, Cuius sit absolutè, Dicam respondere absolutè non posse, Cùm si deficere condicionem acciderit mansura sit in perpetuo, & absoluto dominio heredis: si verò condicionem existere, futura sit absolutè in dominio legatarij, adeò vt retrofingatur numquam heredis fuisse: Quamuis non ita generaliter, vt non aliquo casu supersit aliquod vestigium eius dominij quod heredis aliquando fuit, vt ex eo constat quod Marcellus scribit in *lege si cui via 11. §. 1. infr. quemadmod. seruit. amitt.* Si heres fundo qui sub condicione legatus erat imposuerit vel acquisiuerit seruitutes ac posteà legati condicio extiterit, impositas quidem seruitutes extingui tanquam à non domino impositas, sed acquisitas sequi legatarium: quod tamen verè dici non posset si ab eo acquisitæ essent qui retrofingeretur numquam fuisse dominus; Cùm seruitutes prædiorum non magis acquiri quàm imponi possint ab alio quàm qui sit verus prædij dominus, *leg. 1. infr. commun. præd.* Dominium igitur absolutum in pendenti esse potest, *leg. de hereditate 19. § quid autem infr. de castrens. pecul.* At præsens dominium

9:111721

in pendenti esse non potest ne quidem potestate fictionis postliminij quæ omnium potentissima est, Cùm ciuis Romanus captus ab hostibus interim verè sit seruus hostium & in ipsorum potestate secundum præsentem statum, qua de causa necessariæ fuerunt duæ illæ contrariæ fictiones legis Corneliæ & postliminij non tam ad impediendam seruitutem, vt neque captiuitatem, quàm ad delendam memoriam captiuitatis. Vindicatio igitur in pendenti esse non potest quia ex præsenti dominio pendet, vt diximus, non ex futuro. Sic è contrario dicimus, Actiones noxales, & aliàs si quæ sint quæ non nisi contra dominum dantur, etiam contra eum dari qui interim dominus est licèt aliquo casu fieri possit, vt ab eo dominium abeat & recedat, *l. si quis seruum 36. infr. de noxal. act.* Nimirum quia non eo minùs verum est interim esse illum dominum quòd aliquo casu desinere possit esse dominus, vt hæc lex ait.

67. SCAEVOLA libro primo Responsorum.

A Tutore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxit, is pecuniam inuenit. Quæritur, ad quem pertineat. Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia fortè perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus eius eam esse, cuius fuerat.

Ad l. A tutore 67.

Ratio dubitandi. Pecunia fortuitò inuenta & casu magis quàm data opera est inuentoris saltem pro parte dimidia, Pro alia verò dimidia eius est in cuius fundo reperta fuit. Sic enim de thesauris in alieno fundo casu inuentis proditum est in *l. numquam nuda 31. infr. De acqu. rer. domin. §. thesauros Instit. de rer. diuis.* Ergo pecunia de qua hîc tractatur, inuenta à fabro quem is qui emerat domum pupilli à tutore induxerat ad eam domum reficiendam ad fabrum pertinere debebit, non ad pupillum cuius fuit domus, quam ponendum est ritè ac rectè venditam fuisse, id est solemniter, & cum decreto, Nec rursus ad emptorem, qui domum emendo non potest videri cogitasse de illa pecunia quam in ea domo esse ignorabatur.

Dec. Non omnis pecunia quæ fortuito casu inuenitur, cùm à nemine sciretur vbi esset, thesaurus ideò est. Nam in thesauro quidem id obtinet, quod modò diximus, quia thesaurus dominum nullum habere creditur, nec eum quoque in cuius fundo reconditus inuenitur. Sed in pecunia siue de recenti, siue iam inde à longo tempore perdita non recondita aliud est, Itémque in ea pecunia quæ per errorem & incuriam ab eo ad quem pertinebat, non fuit ablata. Hæc enim nihilominùs eius permanere intelligitur, cuius anteà fuit, quia dominium semel acquisitum non nisi certis & legitimis modis amittitur, inter quos neque error est, vt diximus ad *l. inter officium 54. supr. hoc tit.* neque obliuio. Infirmitas enim memoriæ damnum quidem possessionis adferre interdum solet, *l. peregrè 44. l. si rem mobilem 47. infr. De acquir. poss.* sed proprietatis, & dominij numquam.

68. VLPIANVS libro 51. ad Edictum.

QVi restituere iussus, iudici non paret, contendens non posse restituere, siquidē habeat rem, manu militari, officio iudicis, ab eo possessio transfertur, & fructuū dumtaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si verò non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minùs possit is, quantum aduersarius in litem sine vlla taxatione in infinitum iurauerit, damnandus est. Si verò nec potest restituere, nec dolo fecit, quò minus possit non pluris, quàm quanti res, id est, quanti aduersarij interfuit, condemnandus est. Hæc sententia generalis est: & ad omnia siue interdicta, siue actiones in rem, siue in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.

Ad l. Qui restituere 68.

Erimus in huius legis explicatione tantò breuiores, quantò fuimus longiores *lib. 16. Coniect. cap. 17.* vbi ostendimus totam legem Triboniani esse non Vlpiani, cuius nomine Tribonianus euidenter abusus est, vt totum ius vetus quod in rei vindicatione cæterisq; arbitrariis actionibus omnibus obtinebat perverteret, earúmque naturam immutaret. De quo etiam fusissimè scripsimus in *Decad. De error. pragmat.* vbi multa tractauimus circa actiones arbitrarias non tantùm ab aliis interpretibus, sed à nobis quoque antè ignorata, quæ hîc repetere superuacuum esset.

69. PAVLVS libro tertiodecimo ad Sabinum.

IS qui dolo fecit, quo minùs possideret, hoc quoque nomine punitur, quòd actor cauere ei non debet, actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei præstaturum.

Ad l. Is qui dolo 69.

Ratio dubitandi. Nemini potest iniquū videri vt cogatur actor reo præstare id quod sine ipsius actoris dispendio futurum sit, *leg. in creditore 38. in fin. infr. De euict.* Id enim est quod vulgari brocardico iactari solet, Id quod vni prodest & alteri non nocet facilè concedendum esse. Atqui in cessione actionum quas quis aduersus alium habeat, nullum cedentis incommodum aut dispendium est. Ergo nec is qui dolo fecit quo minùs possideat in hoc etiam puniri debet vt nullas ei actiones præstare actor teneatur. Præsertim

cùm

cùm satis supérque dolus possessoris in eo puniatur, quod in pœnam doli sui & contumaciæ condemnationem pati cogitur quanti actor in litem iurauerit *l. prox. l. vlt. ḹ. de fideiuß.* Neque rursus nouum est vt et quoque qui ob dolum suum condemnatur, actiones ab actore præstari oporteat quemadmodum in specie *l. in deposito 12. ḹ. de rem. iud.* vbi dicitur in depositi & commodati iudicio, quamuis dolo aduersarij res absit, condemnato tamen succurri solere vt ei actionibus suis dominus cedat.

Dec. Dolus numquam impunitus esse debet *l. procurator 11. §. 11. ḹ. de dol. mal. excep.* In eo autẽ maximè puniendus est in quo admissus est *l. rescriptum 6. ḹ. de his quæ vt indign. l. falcidiæ 24. aliàs l. Paulus ḹ. ad legẽ Falcid.* Atqui in proposita specie dolus eius quem ponimus dolo malo desiisse possidere admissus fuit circa possessionem ipsam admittendam. Ergo etiam in hoc puniri debet vt actor non debeat actione in rem præstare quàm eius rei nomine habet aduersus quemlibet alium possessorem cùm actio illa pertineat ad possessionem auocandam quam dolo malo amisit, & qua actione primus ipse tenebatur, adeoque ex qua etiam post amissam possessionem nihilominùs ipse condemnatur *dict. l. prox.* Quid enim absurdius, quàm cedi, cõdemnato eam ipsam actionem ex qua sit condẽnandus? Multò minùs verò cogendus est petitor cauere de actionibus cedendis. Nec enim tam facile est cauere quàm actiones præstare, Maximè si cautio satisdationem desideret, & fideiussorem quem inuenire plerumque difficile est *l. 2. §. vl. s. de iud.* Neque ad hanc cautionem pertinet quod scriptum est in *l. hac si res 47. supr. eod. hoc tit.* neque rursus ad hunc casum quo is qui rei vindicatione conueniebatur dolo malo desiit possidere, vt ad illam legem explicauimus. Aliud est si quis ex suo contractu depositi vel commodati & ex dolo suo condemnatus sit, quomodo semper euenit cùm depositarius condemnatur qui non nisi de dolo tenetur. *l. contractus 23. de regul. iur. l. si vnus 27. §. illud nulla. ṡ. de pact. l. 1. §. si cõuenit, & seq. ḹ. depos.* Nihil enim veracei qui non ex actione in rem & directa rei vindicatione conuenitur, sed personali actione ex contractu depositi vel commodati, vindicationẽ cedi ab eo qui deposuit vel commodauit. Alia enim actio illa est quàm ex qua fuit secuta condemnatio. Nam de actione personali cedẽda contra eum qui non contraxit, nec obligatus est, tractari certè nullomodo potest. Non dico cum Accursio, Non deliquisse depositarium aut commodatarium in contractu depositi aut commodati, nec in eo quicquã fecisse dolo malo. Etsi enim bona fide contraxerunt, & eo contractuum genere quod est bonæ fidei, tantò magis tamen deliquisse videri debẽt qui circa executionem contractus bonæ fidei tam improbé ac dolo malo versati sunt, vt de rupta fide arguantur *l. et apud quem 5. ḹ. eod. tit. deposit.* Propter quam causam tantò minùs iis succurrendum esset si non ratio illa pro ipsis faceret quam attulimus, quod circa eam ipsam actionem quam præstari sibi desiderant, nil deliquerunt. Non dico cum Accursio & Cuiacio distinguenda esse hac parte iudicia bonæ fidei à strictis. Quasi verò vindicatio non sit arbitraria actio, De quo tamẽ nemo ex antiquis interpretibus vnquam dubitauit, vt nec quisquam ex recentioribus si illos excipias contra quos disputauimus in vltima parte Chiliadis nostræ De erroribus pragmaticorũ, Aut quasi arbitraria iudicia sint etiam stricta, aut vt Cuiacius putat constituant speciem iudiciorum stricti iuris. Diuidit enim ille stricta iudicia in arbitraria & non arbitraria Quod æquè falsum est. Constituũt enim tertiam speciem à iudiciis bonæ fidei, & stricti iuris differentem, vt constat ex Papiniano in *l. 3. §. in his quoque ḹ. de vsur.* & ex Iustiniano in *§. præterea si iungas præcedentes §§. Inst. de action.* Et quamuis habeant pleraque similia cum iudiciis strictis, vt inter cætera, quod adfert Cuiacius vt exceptiones doli & pacti non ipsis insint quomodo insunt iudiciis bonæ fidei, sed in formula apponi eas necesse sit, vt diximus ad *l. sumptus 48. sup. eod. ex l. quæcumque 13. & seq. ḹ. tit. proxim.* Itémque cum iudiciis bonæ fidei, quod in illis & arbitrium redditur & condemnatio fit ex bono & æquo *dict. §. præterea,* In eo tamẽ differunt & à bonæ fidei iudiciis & à strictis quod arbitrium in his præcedere necesse est vt possit sequi vel condemnatio si arbitrio paritum non sit, vel absolutio si arbitrio fuerit obtemperatum: quod in aliis omnibus iudiciis siue bonæ fidei sint, siue stricti iuris diuersum est. Fateor quod addit Cuiacius, iudicis officium plenius esse in iudiciis bonæ fidei quàm in arbitrariis, ideoque minùs cautè locutos esse Græcos cùm dixerunt generaliter iudicia arbitraria imitari naturam iudiciorum bonæ fidei, Sed non ideò consequens est quod ille infert, vt arbitraria iudicia stricta dici debeant, vt aut legis huius ratio petenda ex eo sit, quòd sint stricta, Imò petenda ex eo est, quòd is qui condemnatur numquam possit siue iubore petere, vt cedatur sibi ea ipsa actio ex qua condemnatur si ex dolo suo & contumacia condemnetur *l. si plures 28. in fin. infr. de admin. & peric. tutor.* Nam si ex culpa tantùm condemnetur, aliud est *l. si culpa 63.* vbi dixi *supra hoc titulo.*

70. POMPONIVS libro 29. ad Sabinum.

NEc quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab inuito domino rem iusto pretio comparare.

Ad l. nec quasi 70.

Ratio dubitandi, Reus qui vindicationis iudicio conuentus præstitit litis æstimationem, & pro litis æstimatione quanti petitor in litem iurauerit, non potest dici non habere titulum quandoquidem litis æstimatio pro emptione est *l. 1. & 3. inf. pro emptor.* nec potest videri prædo qui pretium numerauit *l. nemo prædo est 126. de regul. iur.* Quidni ergo habebit Publicianã? Exemplo eius qui si non dolo malo culpa sua amisit rei petitæ possessionem, De quo diximus in *l. si culpa 63. sup. hoc tit.* Dec. Nemo ex sua improbitate consequi actionem debet *l. itaque 12. ḹ. de furt.* Neque enim cuiusquam dolus patrocinari ei debet vt suam condicionem faciat meliorẽ *l. non fraudantur 134. §. 1. de regul. iur.* Atqui is qui dolo desiit rem petitam possidere, & ex ea causa condemnatus est, quanti actor in litem iurauerit si ea ratione Publicianam sibi acquireret vtiq; ex dolo suo actionem in rem vtilem sibi compararet, Quod esset tantò absurdius, quod actiones

omnes vtiles & prætoriæ sunt ex æquitate cuius auxilium semper deficit iis qui dolo malo aliquid fecisse probantur *l. penult. in fin. ff. ad SC. Trebellian.* Maximè verò hoc obtinet in actione Publiciana quæ licèt non bonæ fidei sit, sed arbitraria *§. præterea. Inst. de action.* non alij tamen datur, quàm qui bona fide possessionem aliquando nactus est, Cùm detur eo colore quasi iam sit vsucapta res, quæ tamen nondum vsucapta est *§. namque eod. tit.* Vsucapio autem non modò requirit titulum, sed etiam bonam fidem, quemadmodum nec bona fide contenta est si non habeat etiam titulum *l. si aliena 10. l. Celsus 27. ff. de vsucap.* Atqui is qui ob suum dolum præstat litis æstimationem, quamuis titulum aliquem habeat, non tamen habet bonam fidem, Cùm nihil tam contrarium sit bonæ fidei quàm dolus, qui malam fidem implicitam semper habet *l. non debet 11. in fin. & l. seq. sup. de dolo.* Ergo nec Publicianam habere potest, ne vt hîc Pomponius eleganter subijcit in potestate cuiusque sit per rapinam ab inuito domino rem precio quantumlibet iniusto comparare, Iniustum enim preciū est, quod reus persoluit quantumcunque sit, cùm ita fiat cōtra iuris & naturalis & ciuilis regulas, vt inuitus dominus re sua carere, ac eam quodammodo vēdere cogatur, vt benè Accurs. noster adnotat ex *l. si filiusfamilias. §. 1. ff. solut. matr. l. non enim 9. ff. rer. amot. l. tutor 6. ff. de in lit. iurand.*

71. PAVLVS libro 13. ad Sabinum.

QVòd si possessor quidem dolo fecit, actor verò iurare non vult, sed quanti res sit, aduersarium condemnari maluit: mos ei gerendus est.

Ad l. quòd si possessor 71.

Ratio dubitandi. Condemnatio rei non debet pendêre ex arbitrio & voluntate petitoris, sed ex præscripto formulæ quam prætor dictauit iudici, ne alioqui videretur petitor in sua causa iudex esse constitutus, quod nunquam ferendum est, nisi ea condicio ipsi ab aduersario deferatur *l. 1. infr. quar. rer. act. non det.* In arbitrarijs verò iudicijs maximè hoc locum habere debet, quale est iudicium vindicationis, in quibus si arbitrio iudicis non pareatur, condemnationem ex bono & æquo fieri oportet *§. præterea. Instit. de action.* Atqui æquum nō est iusto precio, id est, quanti re vera res est litem æstimari, cùm & contumacia punienda sit, & arbitrio potiùs domini rei precium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessi *l. tutor 8. iunct. l. 1. ff. de in lit. iur.* Ergo etiamsi actor iurare nolit contra possessorē qui dolo fecit quominùs possideret, sed malit aduersarium quanti res sit condemnari, mos ei gerendus non est: ne in ipsius potestate sit facere vt dolus possessoris maneat impunitus, quem per iusiurandum in litem puniri & hanc pœnam pati æquissimum est *l. vlt. ff. de fideiuss.*

Dec. Volenti non fit iniuria *l. in diem 7. §. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* nec potest vnquam iudex tutiùs aut æquius iudicare, adeoque nec prætor decernere quàm si litigantibus in eandem sententiam conspirantibus morem gerat & obtemperet *l. si conuenerit 26. ff. de re iudic. l. 1. § inde quæritur. ff. de oper. noui nunciat.* Ergo si petitor cui iusiurandum in litem deferri meritò debuit & delatum fuit, iurare nolit, fortassè metu diuini numinis & religionis nimia veneratione ad superstitionem vsque, vt loquitur Vlp. in *l. quæ sub condicione 8. inf. De condic. institut.* malitque cōdemnari aduersarium *quanti res est* audiri debet, nec aliæ boni iudicis partes esse possunt quàm vt petitori eam condicionem eligenti quæ sibi damnosior, aduersario autem vtilior sit, morem gerat & obtemperet, Cùm ea ratione fiat vt vtrique parti optimè consulatur, quod vnum curare bonus iudex quantum facere potest debet *l. ex his 8. in fi. ff. quæ in fraud. credit.* Nec de alio quàm de seipso conqueri petitor potest, qui cùm detentione iudice posset iurare adeoque in infinitum *l. qui restituere 68. sup.* maluit tamen non iurare, dolique & iurisiurandi pœnam aduersario remittere; quemadmodum & de seipso queri debet is qui aduersario iusiurandum deferendo quod decisorium vocant, iudicem eum in causa sua constituit, quod alioqui bonus iudex nunquam faceret *d. l. 1. ff. quar. rer. act. non det.* Neque rursum potestas aut æquitas iudicis de hac actione cognoscentis in eo consistit vt petitor iuret in litem etiam inuitus, sed in eo vt iurare possit si velit. Sicuti solemus dicere potestatem legis quæ successionem aliquam, siue testamētariam, siue legitimam defert, non ex eo æstimandam esse vt successio inuito acquiratur, sed ex eo tantùm vt acquiri possit volenti *l. vl. de suis & legit. iunct. l. si quando 35. §. 1. C. de inoff. testam.* Lex enim defert quidem inuito, sed non acquirit inuito, Vt neque Prætor aut iudex officium suum impertitur nisi postulanti *l. 4. §. hoc autem iudicium. ff. de damn. infect.* Sic & legis falcidiæ potestas in eo tota elucet, non vt heres inuitus detrahat quartam ex legatis, sed vt possit detrahere si velit *l. quod bonis 15. §. 1. inf. ad legem falcid. l. 15. § si quis rogatus. inf. de donat. inter virum & vxorem. l. patrem 19. & sequent. infr. quæ in fraud. credit.*

72. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

SI à Titio fundum emeris Sempronij, & tibi traditus sit, pretio soluto, deinde Titius Semprenio heres extiterit, & eundem alij vendiderit, & tradiderit: æquius est, vt tu potior sis. Nam & si ipse venditor eam rem à te peteret, exceptione eū summoueres. Sed & si ipse possideret, & tu peteres, aduersus exceptionem, dominij replicatione vtereris,

Ad l. si à Titio 72.

Ratio dubitandi. In quæstione dominij potior esse is debet qui emit à domino, cùm is solus dominus fieri possit qui per traditionem accepit rem à vero domino, non is qui à non domino. Traditio enim ita demùm iustus modus est transferendi dominij si à domino facta sit *l. traditio 20. ff. de acqu. rer. domin.* cùm ex vulgari iuris regula nemo plus iuris in alium transferre possit quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Atqui is à Titio fundū emeris Sempronij, licet tibi sit traditus, & precium solueris, si tamen nondum Titius Sempronio heres

res

res extiterat qui posteà extitit, verum est te non à domino emisse, Et è contrario Mæuium qui à Titio eundem fundum emit, & per traditionem accepit ab eodem Titio postquàm is Sempronio heres extitit, emisse à vero domino; & quod omnino consequens est hoc ipso dominũ effectum fuisse. Ergo in quæstione dominij non tu potior esse debes, sed Mæuius, qui dominus est, non tu. Nam & cùm plures eandem rem ab eodem domino emerint, constat potiorem esse illum non qui priore emit, sed qui prior factus est dominus per traditionem *l. quoties 15. C. hoc tit.* Dec. Placuit in omnibus rebus, sed maximè in iure maiorẽ æquitatis quàm iuris stricti rationem haberi oportere *l. placuit 8. C. de iudic.* cùm ius nostrum nihil aliud sit quàm ars boni & æqui *l. 1. supr. de iust. & iur.* nec quicquam est quod tantopere cauere debeamus quàm ne in his quæstionibus quæ sunt ex bono & æquo sub authoritate iuris scientiæ perniciosè erremus, vt Celsus adolescens dicere solebat *l. si seruum 91. §. sequitur. ff. de verb. oblig.* Atqui in specie proposita pugnat æquitas cum stricta iuris ratione. Nam stricta iuris ratio efficit proculdubio, vt in quæstione dominij potior esse debeat is, qui licèt posterior emerit, priorem tamen causam habet à domino per traditionem quæ post acquisitum venditori dominium facta sit. Quid enim transferre potuit traditio facta à non domino? Sed tamen facit æquitas, vt cùm idem est qui duobus vendidit, sed vni quidem tradidit ante acquisitum sibi dominium, alteri verò post illud acquisitum, præferri etiam in causa dominij debeat is qui prior emit & accepit rem venditam, licèt eo tempore quo venditor nõdum erat dominus, quia licèt non sit ipse dominus, habuit tamen venditorem obligatum ab initio, vt si quando contingeret eum fieri dominum cogeretur implere venditionem, & eius rei dominium in emptorem transferre *l. si quis alienam 46. ff. de action. empt.* Etsi enim ex natura & necessitate venditionis non est vt venditor dominium rei venditæ transferat in emptorem, sed tantùm vt vacuam possessionem tradat *l. 1. & 3. l. ex empto 11. §. 1. & pass. eod. tit. l. si ita 25. §. 1. ff. de contr. empt.* negari tamen non potest, quin hoc agatur inter emptorẽ & venditorem, vt dominium quoque rei venditæ transferatur in emptorem quoquomodo id fieri quandoque possit, Præsertim cùm venditor, quod ferè semper fit, dominum se dicit, siue verè, siue per mendacium. Et ideò tùm demùm impleta dicitur venditio ex parte venditoris, non cùm rem tradidit, sed cùm in emptorem dominium transtulit *d. l. si quis alienam.* Proinde si venditor qui neque venditionis, neque traditionis tempore dominus erat posteà dominus effectus sit, fortè quòd domino heres extiterit, vt in *dict. l. si quis alienam*, poterit quidem stricto iure tanquam dominus rem vindicare cùm vindicatio cuique domino competat, sed tamen repelletur exceptione rei venditæ & traditæ, de qua intelligi hæc lex debet, vt cõstat ex *l. 2. ff. de except. rei vẽdit. & tradit.* quamuis etiam doli vel in factum exceptio hoc casu competat *l. 4. §. si à Titio 30. infr. De doli mal. & met. except.* Quòd si idẽ venditor factus dominus aliquo casu possessionem huius rei, quã iam tradiderat nactus sit, vt in *l. heres 11 infr. ad SC. Trebell.* vindicatione quidem non indigebit, quæ possessori numquam datur, sed semper contra possessorem *§. 1. Instit. de action.* Nec proinde vlla exceptio potest vtilis esse emptori, quæ scil. numquam vtilis est nisi possidenti, aut ei saltem qui conueniatur vt habeat ius retentionis *l. 1. 2. & pass. ff. de except.* Neque rursum dici potest dandam ei vindicationẽ quæ non datur nisi domino, cùm non sit ipse dominus, sed venditor: Verùm emptori succurrendum erit data ei Publiciana actione contra venditorem. Etsi enim dici solet, Exceptionem iusti dominij Publicianæ obstare *l. pen. ff. tit. 2.* fallit tamen in proposita specie ea regula ex summa æquitate, quę sicut Publicianam ita & exceptiones omnes inducit, Propterea quod æquum non sit exceptionem dominij ei prodesse qui ex suo proprio contractu sit obligatus ad illud ipsum dominium transferendum in emptorem, Ne alioqui permittatur ei contra suum factum venire, quod semper absurdũ est *l. post mortem 25. in princip. sup. de adopt. l. rem alienam 41 in fin. ff. de pignorat. act.* Enimuerò si emptor proponens Publicianam etiam contra dominum qui vendidit in ea causa est vt possit & debeat vincere, quantò magis dicendum est potiorem illum esse debere eo emptore qui posterior emerit, & rem venditam per traditionem acceperit, quamuis factam eo tempore quo venditor iam erat dominus, Cùm ratio iuris non patiatur vt melior sit conditio emptoris quàm venditoris, aut vt quis minùs iuris habeat cõtra emptorem quàm habiturus fuerit contra venditorem *l. nemo plus commodi 120. l. aliud est vendere 160. §. vlt. l. quod ipsis 143. l. in his 75. §. non debeo. ff. de reg. iur.* Atqui melioris conditionis esset secundus emptor quàm venditor si Publiciana quæ contra venditorem, eundémque adhuc dominum datetur priori emptori & quidem cum effectu, eidem accommodari non posset contra secundum emptorem, adeoque efficaciter, id est, sine metu vllius exceptionis. Est igitur consequens vt qui prior emptor possessor fuit sicuti per Publicianam vinceret venditorem si is adhuc esset dominus, ita & vincere debeat secundum emptorem neque iusti dominij exceptione aut alia vlla summoueatur, sed contra exceptionem iusti dominij habeat replicationem, scil. doli, vel in factum, vel rei venditæ & traditæ, cùm de quibus rebus exceptiones comparatæ sunt, etiam comparatæ sint replicationes. Publiciana enim cui exceptio iust. dominij non obstat quæ omniam fortissima est, nullam aliam exceptionem metuere potest. Ideò autem ponit Vlpianus in hac lege fundum non modò venditum esse priori emptori, sed etiam traditum, quoniam sicuti exceptio rei venditæ tantùm nulla est, sed rei vẽditæ & traditæ *dict. Tit. de excep. rei vendit. & tradit.* nec rursus ex solo venditionis titulo citra traditionẽ transferri dominium potest *l. traditionibus 20. C. de pact. & d. l. traditio 20. & l. nũquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Ita nec Publiciana potest alij competere quàm cui traditio facta sit; Nisi iis casibus quibus placuit dominium etiam sine traditione transferri posse *l. 1. 2. & 3. ff. tit. prox.* Nec alio colore quàm quasi dominus per vsucapionem iam factus sit is, qui adhuc non vsucepit *dict. §. namque. Instit. de action.* Cùm tamen vsucapio non possit procedere sine possessione *l. sine possessione 25. inf. de vsucap.* nec facilè acquiri possessio sine traditione aut aliquo actu corporeo qui traditioni ęquipolleat *l. 1. & l. 3. in princ. ff. de action. empt. §. per traditionẽ, & seq. Inst. de rer. diuis.* Imitatur enim Publiciana in omnibus directam vindicationem *l. sed etsi 7. §. Publiciana inf. tit. prox.* & quemadmodum vindicatio præsupponit dominium, ita & Publiciana

quasi dominium, ac proinde in necessarium antecedens traditionem sine qua non magis vtile dominium aut quasi dominium acquiri potest quàm ipsum dominium verum: nec facilius acquiritur quasi dominium quàm dominium, Nisi quod dominium acquiri non potest nisi à domino, Quasi dominium verò non nisi à non domino. Eandemque ob causam requirit etiam Vlpianus vt prior emptor precium soluerit. Quia in venditionis causa speciale est, vt non sufficiat ad transferendum dominium traditam esse rem à venditore, eodemque domino, sed præterea necesse sit precium solutum esse, aut aliter eo nomine satisfactum. Ita disponente lege duodecim tabularum, vt refert Iustinianus in *§. vendita 41. Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. l. vt res 13. ∫. de contr. empt. l. Paulus respõdet 38. §. quæsitum. ∫. de liber. caus.* Adeò verum est quod modò diximus ad inducendam Publicianam cùm quis emit à non domino illa ipsa requiri omnia, quæ ad vindicationem acquirendam exigerentur si venditio à domino facta esset. Scilic. cùm Publicianam vult quis exercere cõtra dominium ipsum, vt in hac lege quomodo Accursius noster benè notat. Alioqui si emptor Publiciana experiri velit contra extraneum, nil necesse est solutum esse precium, quia nihil de eo Prætor edixit *l. de precio 8. ∫. tit. prox.* Idem Accursius benè notat ex hac lege, confirmari alienationem ex superueniente dominio, vt in *l. cùm vir 52. ∫. de vsucap.* Et Nouell. 2. *De nõ elig. sec. nub. mulier. §. hoc quoque.* Item confirmari pignus ex *l. 3. §. cùm ex causa. ∫. qui potior. in pignor. habeant.* quod tamen ita accipiendum est vt non tam directò & ipso iure conualescat quàm ex æquitate, vt vtilis pignoratitia & hypothecaria ei detur qui pignus accepit à non domino posteà domino effecto *l. si Titio 22. ∫. de pig.* quamuis nõ sit generale vt ius superueniens confirmet semper ea quæ priùs gesta sunt, vt constat ex *l. si ante 7. ∫. iudicat. solui.*

73. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

IN speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit. hoc enim petitoris munus est, non possessoris. quod & in Publiciana obseruatur.

Ad l. In speciali 73.

Ratio dubitandi. In iudicio vindicationis non quæritur nisi de dominio, & ob eam causam dicitur quæstio dominij *l. in rẽ 23. & pass. sup. hoc tit.* Ergo sicut actor, qui se dominum dicit, non aliter audiendus est, quàm si probet se dominum esse, & pro qua parte, Ita neque audiendus videtur possessor, qui controuersiam dominij facit si non dicat pro qua parte se contendat esse dominum, Vt in eo tantùm sit melioris condicionis quàm petitor quod petitoris solius est probare non etiam possessoris qui conuenitur *l. vlt. C. hoc t. l. qui accusare 4. C. de edend.* Dec. Vindicatio datur ei quidem soli qui se dicit & probat dominum, sed contra quemlibet possessorem etiam qui se non dominum esse fateatur si modò restituendæ rei habeat facultatem *l. officiũ 9. l. qui petitorio 36. sup. hoc t.* Nam petitore non probante possessor etiamsi nihil præstiterit absoluendus est *dict. l. vl. & d. l. qui accusare*, cùm quisquis possidet semper eo causa pari hoc plus iuris habeat quod possidet *l. 2. infr. vti possid.* Cur ergo arctetur possessor vt dicat pro qua parte dominium rei petitæ ad se pertinere dicat, cùm etiamsi nulla ex parte ad eum pertineat, debeat tamen vincere? Planè an possideat & pro qua parte possideat, cogitur si de eo interrogatus sit, respondere *l. qui seruum 20. §. in iure. ∫. de interrog. in iur. faciend.* Quòd si aliquando contingat vt contingit non semel, inter eos exerceri vindicationis iudicium qui ambo se contendant esse dominos, quemadmodum in vtraq; specie *l. quoties 15. C. hoc tit.* non eò magis tamen arctandus erit possessor, vt dicat pro qua parte sit dominus, sed inspici tantùm oportebit vter possessor, & vter petitor sit vt petitori soli onus incombat & dicendi & docendi pro qua parte dominum se contendat, cùm in lite alioqui succumbere debeat: Si tamen possessor nolit de toto dominio quod petitor sibi adserit, controuersiam facere, sed tantùm de parte dominij, equidem cogendus erit dicere & respondere non pro qua parte dicat se dominũ, sed pro qua parte petitorem dominum esse neget ne pro ea parte quæ in controuerso non est lis longior & tantò dispendiosior instituatur. Hoc enim non tantùm ad boni iudicis, sed etiam ad boni Prętoris officium pertinet vt litium materiam diminuat quantùm potest, siue personalis, siue in rem actio instituatur *l. quidã existimauerunt 21. ∫. de rebus credit.* Ideò autem loquitur hîc Vlpianus de speciali actione in rem, vt excludat non tam personales actiones in quibus cogitur interdum reus respondere pro qua parte sit dominus, vt in noxalibus actionibus euenit *l. qui interrogatur 5. ∫. de interrog. in iur. fac.* quàm vniuersalem actionem in rem, id est, petitionem hereditatis, in qua quisquis conuenitur, respondere cogitur non solum an pro herede vel pro possessore possideat, sed etiam pro qua parte vel pro herede possideat, vel pro possessore *l. cogi 11. C. de pet. hered.* Quod ab Accorsio nostro nõ fuisse obseruatum miror, cùm speciali in rem actioni, de qua nominatim Vlp. hîc loquitur, non tam personalis quàm vniuersalis actio in rem opponatur. Cæterùm quod de directa vindicatione diximus, monet Vlpianus etiam de Publiciana dictum intelligi debere, quippe quæ iisdem ferè iuris regulis contineatur, quoniam ad instar proprietatis respicit non ad instar possessionis *l. sed etsi 7. aliàs l. eum qui §. Publiciana. ∫. tit. prox.*

Ad §. 1. Superficiario. & ad l. 74. Id est, & 75. Prætor.

1 ❡ Superficiario(

74. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

ID est, qui in alieno solo superficiem ita habet: vt certam pensionem præstet.)

75. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

PRætor, causa cognita, in rem actionem pollicetur.

Ratio

Ad §. 1. Superficiario, & Ad l. Licet 74. & Ad l. Præter 75.

Ratio dubitandi. A [illegible] in rem actionem appellamus non [illegible] datur [illegible] dominus vel gentium iure vel ciuili [illegible] *sup. hoc tit.* At qui superficiarius, id est, vt Paulus explicat in *l. seq.* is qui in alieno solo superficiem ita habet, vt certam pensionem annuam eo nomine præstet, neutro iure dominus est superficiei. Cùm & naturali & ciuili ratione superficies ad eum pertineat, ad quem & solum ipsum pertinet *l. 2. inf. de superfic. l. 3. §. sed si supra ædes. inf. Vti possid.* Ergo in rem actio dari superficiario non potest. Dec. Actio quidem directa ei competere non potest, quia nullo iure dominus est, Sed tamen datur ei à Prætore vtilis in rem, quia superficiarium prætor tuetur etiam contra dominum, propterea quòd possessionis suæ titulum habeat à domino ipso qui superficiem ei constituit hac lege vt quandiu pensionem conuentam ex locationis lege solueret, superficies ipsi auferri non posset. Quam ob causam proposuit Prætor interdictum De superficiebus, Nec tantùm exceptionem ei dedit si fortè aduersus legem venditionis dominus ab eo rem vindicaret, sed etiam in rem actionem vtilem si fortè à domino possidente vti superficie prohiberetur *l. 1. in princ. & §. si autem. j. de superfic. l. 1. §. vlt. & l. sequ. j. si ager vectig. vel emphyt. esse dicet.* Sed tamen dat prætor parcius & difficilius actionem in rem quàm aut interdictum aut exceptionem, quia non dat nisi causa cognita, vt hîc Vlpianus ait. Causæ autem cognitio in eo versatur, An superficiem quis conduxerit ad tempus, an verò in perpetuum aut saltem ad non modicum tempus, vt primo casu denegetur in rem actio, duobus verò posterioribus concedatur *d. l. 1. §. quod ait Prætor De superfic. l. vlt. j. si ager vectig.* Item in eo an superficiem quis conduxerit à vero domino, an à non domino, Itémque an conuentam pensionem soluerit superficiarius, an verò in ea soluenda cessauerit, Nam si vel à non domino conduxerit, vel à domino quidem, sed cùm in soluenda pensione annua motam fecerit, actionem in rem vtilem habere non potest qui nec directam haberet, tametsi non modò superficiem, sed etiam solum ipsum à non domino emisset, Nisi quòd cùm emit superficiem & eius possessionem bona fide accepit, tandem placuit Publicianam ei dandam esse, vt Accursius noster putat, probatque ex eo quod de vectigalibus fundis scriptum est in *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus j. tit. prox.* Nec enim vectigales fundi multum distant à superficiariis. Neque iniquum dignus est, cui succurratur is qui legem non seruat conductionis aut alterius contractus ex quo superficiem possidet *d. l. 1. in princ. de superfic. & l. 2. si ager vectig. vel emphyt. petat.* Adieci *aut alterius contractus* quia licèt edictum & interdictum prætoris de sola superficie conducta loquatur, Nihil tamen interest hac parte an superficiem quis conduxerit, an emerit, Titulus enim venditionis etiam secuta traditione dominium superficiei non magis transferre potest quàm titulus locationis, cùm necesse sit dominium superficiei semper domino soli cedere *dict. l. 3. §. sed si s. inf. vti possid. dict. l. 2. de superfic.* quamuis alioqui titulus venditionis si traditio sequatur sit habilis ad transferendum dominium *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* non etiam titulus locationis *l. non solet 36. j. locat.* Atque ita Vlpianus idem noster edictum illud Prætoris De superficiebus interpretatur in *dict. l. 1. §. 1. ill. t. de superfic.* Itémque Paulus in *l. prox. seq.* cùm superficiarium diffinit eum qui in alieno solo superficiem ita habet vt certam pensionem præstet. Tam enim habet qui superficiem emit quàm qui conduxit, Imò tantò veriùs, quantò vtilior est titulus emptionis, quàm conductionis ad habendũ & acquirendum. Et habere is demùm intelligitur qui sic rem tenet vt ei auferri non possit *l. habere licere 57. j. de euict. l. stipulatio ista 38. §. hi qui sunt. j. de verb. oblig.* Nec tamen superioribus consequens est, vt quia vtilis in rem actio aliqua est, aliquod etiam sit vtile dominium, Quod tamen nostri ferè omnes interpretes vulgò existimant: quorũ iam refutauimus errorem *lib. 20. Coniect. cap. 31.* & dicemus ad *l. 1. j. si ager vectig. vel emphyt. esse dicet.* Nõ autẽ sola vtilis actio in rem datur superficiario; sed & cæteræ omnes actiones vtiles ei hodie dantur, quæ domino soli directæ darentur *l. tutor 6. §. vlt. j. de pig. act. l. 3. §. si ergo. j. de oper. noui nunciat. l. 1. §. quia autẽ, & seqq. j. de superfic.*

76. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

QVæ de tota re vindicanda dicta sunt, eadem & de parte intelligenda sunt, officióque iudicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui iubet, quæ simul cum ipsa parte restitui debent.

Ad l. quæ de tota 76.

Ratio dubitandi. Non semper eadem est ratio & proportio partis quantum ad partem quæ totius quod ad totum. Nam debitor qui fundum totum pignori datum posset luere, soluendo totum debitum, non potest partem luere soluendo partem debiti cùm pignus sit indiuisibile *l. quamdiu. C. de distract. pignor.* Similiter is cui fundus legatus est sub condicione *si decem Titio dederit*, quàuis posset totum fundum consequi dando decem, attamẽ dando partem pecuniæ nihilomagis partem legati cõsequetur, quia condicio indiuidua est *l. cui fundus 56 de cond. & demonst.* Rursum pluris est rès tota si æstimetur quatenus tota, quàm si pars quatenus pars est, quia non tam facilè reperiuntur qui partem rei velint emere quàm qui rem totam *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. S. de minor l. si quis aliam 46. j. de solut.* propter incommodum communionis in quam is incidit, qui partem solam alicuius rei acquirit *l. si nõ sortem 26. §. si centũ. D. de cond. ind.* Possentque alia multa non dissimilia in hanc sententiam cógeri ex Accursio nostro ad *l. qui sorte 25 in princ. j. de vsur.* vbi allegat *l. ex mille 64. de euict. l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis. sup. de inoffic. test. l. sed et si 25. §. adeo. sup. de hered. petit.* Dec. Idem iuris esse solet in parte quod in toto, vbi totius & partis eadem ratio est, non vbi diuersa. Est autem diuersa non modò in indiuiduis, sed etiam in aliis plerisque, maximè verò circa æstimationem & acquisitionem. At in iudiciis & actionibus quoties pars aliqua petitur, eædem præstationes pro parte veniunt quæ in totum venirent si totum peteretur, Vt puta quod dictum est in præcedentibus de fructibus & sumptibus præstandis in totius rei vindicatione, Idem pro parte obtinebit si pars fundi vindicetur, quomodo

hîc Accursius bene explicat. Denique non est hoc principium iuris ne quis fallatur, Sed vnum ex Doctorum nostrorum brocardicis quibus nihil est periculosius, aut fallacius si pro regulis aut quod esset stultius pro iuris principiis accipiantur. Et tamen videns passim apud interpretes, nostræque ætatis Doctores eos qui magis sapere sibi videntur, nihil tamen ferè aliud sapere quàm ista brocardica, iisque passim abuti tanquam si certissima essent iuris principia, Non animaduertentes toties illa fallere quoties facti diuersitas rationis quoque diuersitatem aliquam inducit. Nihil enim tam certum est in iure nostro quàm ius ex ratione semper æstimandum esse *l. quod contra. l. quod non ratione 31. de legib. sup. l. illud. 32. ꝗ. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Tunc igitur idem ius est in toto quod in parte, cùm eadem ratio est partis, quæ totius.

1 ¶ Incertæ partis vindicatio datur, si iusta causa interueniat. Iusta autem causa esse potest, si fortè legi Falcidiæ locus sit in testamento, propter incertam detractionem ex legatis, quæ vix apud iudicem examinatur, iustam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, quotam partem vindicare debeat. itaque talis dabitur actio. eadem & de certis rebus intelligemus.

Ad §. 1. Incerta.

Ratio dubitandi. Sententia quælibet certa esse debet vt faciat ius certũ, siquidem non potest non facere ius sententia quæ valet cùm pro veritate habeatur *l. ingenuum 25. D. de stat. homin. l. res iudicata 208. de regul. iur.* Ius autem semper certum est *l. 2. de iur. & fact. ignor.* Atqui nõ potest certa esse sentẽtia cùm incertus est libellus, & incerta actio, quoniam debet sententia cõformis esse libello *l. vt fundus 19. ꝗ. commun. diuid. l. vlt. C. de fideic. libert.* Incertæ igitur partis vindicatio dari non potest, non magis quàm incerta ferri sententia vel de incerta quãtitate *Tot. t. C. de sentent. quæ sine cert. quantit. profer.* Tantóque magis in vindicatione obtinere hoc debet, quod vindicatio non datur nisi contra possidentem *l. is qui destinauit 27. sup. hoc tit.* Incerta autem pars possideri non potest *l. locus 26. inf. de acquir. poss.*

Dec. Curare quidem iudex debet vt quantum fieri potest sententiam certam proferat *§. curare. Instit. de action.* Sed tamen aliquãdo accidit vt fieri hoc nullomodo possit propter incertitudinem quæ subest ex parte rei, licet ius actoris certum sit, Quo casu pugnat iuris subtilitas cum casus necessitate, vt in *l. si mulier 59. §. ex asse in fin. ꝗ. de iur. dot.* Estque huius rei exemplum in hereditatis quidem petitione apertissimum in *l. 1. §. vlt. & l. 3. & 4. sup. si pars hered. pet.* Sed in singulari vindicatione ac speciali actione in rem difficilius est vt incertæ partis petitio & vindicatio admittatur. Potest tamen interdum iusta causa interuenire ob quam admittenda sit, vt in exemplo quod Caius adfert in hac lege, Cùm actor ignorat probabiliter quota & quanta sit portio quam habet in re petita, nec tamen dubitari potest quin ea in re portionem aliquam habeat, Vt puta si hominem legatum petat legatarius & certum sit falcidiam interuenire. Nam quemadmodum non potest totus homo ex legato peti cuius partem aliquam iure falcidiæ penes heredem remanere necesse est, Ita nec fieri potest, vt non aliquam hominis partem habere legatarius debeat, cùm lex falcidia minuat tantùm legata, nunquam absorbeat *l. in quantitate 74. §. vlt. ꝗ. ad legem falcid.* Nisi cùm plura sunt legata & omnium falcidia ex vno deducitur, vt in *l. si fundus 23. eod. t.* vbi propter falcidiam perit legatum viæ, manente legato fundi tanto pleniore, & in *l. Plautius 49. §. 1. eod. t.* An ergo examinanda erit apud iudicem, qui de vindicatione cognoscit, tota quæstio legis falcidiæ? Minimè verò. Neque enim ad hoc datus est vt cognoscat de falcidia, de qua nec cognosci posset, nisi inter omnes legatarios, vocatisque iis omnibus & æstimata tota quantitate patrimonij quæ mortis tempore fuit *dict. l. in quantitate 74. in princip. & §. vl. l. 1. §. cùm dicitur. ꝗ. si cui plus quàm per leg. falcid.* Sed vt cognoscat de legato & dominio petitæ rei legatæ. Necessariò igitur hoc casu permittendum est vt incertæ quoque partis vindicatio fiat, Estque hic casus vnus ex iis in quibus vt habet regula iuris pontificij, necessitas facit licitum quod alioquin esset illicitum. Ideóque non aliud est in cæteris casibus in quibus eadem necessitatis ratio locum habet ob ignorantiam probabilem certæ partis, Puta si peculium sit legatum, & incertum sit in quantum res peculiares diminuantur per id quod domino debetur, *l. etsi non omnes 8. §. 1. ꝗ. Commun. diuid.* Quid? Nùnne incertum est legata vsque ad quartam partem minui? *l. 1. & tot. t. ad leg. falcid.* Ita sanè est si ex hereditate nihil sit apud heredem. Alioqui cùm ex omni eo quod habet heres iure hereditario cõficere sibi quartam debeat, & in eam hoc imputare, *l. in quartam 91. eod. tit.* vtique necesse est tantò minùs ex legatis detrahi falcidiæ nomine, quantò amplius est quod iam heres habet. Quid autem quantumq; illud sit omnino incertum est, vt benè Accurs. noster ratiocinatur: Potestque portio quæ deducenda est aliquando quinta esse, aliquando sexta aut decima secundum eam bonorum quantitatem quæ iam penes heredem reperitur, *l. in ratione 11. in princ. l. in ratione 30. in princ. eod. tit.* Quid rursum? An non ex edicto prætorio iubetur & cogitur heres falcidia quoque interueniente totum legatum præstare legatario, si modò satisdet ille de omni eo quod supra legem falcidiam acceperit, restituendo, *l. 1. & eod. tit. si cui plus quàm per leg. falc.* An verò dicendum est cum Hugolino quem Accursius probare videtur non esse locum edicto nisi cùm de hoc ipso dubitatur, an falcidia locum habitura sit, non autem cùm certum est falcidiam interuenire, nescitur verò pro qua parte interueniat, nisi paratus sit vltrò reus totum legatum soluere, & satisdationem pro incertæ quantitatis restitutione accipere? Sed malo dicere, Prætoris edictum ad personalem actionem quæ pro legato competit, restringere, vt tùm demùm habeat locum cùm ex testamento aduersus heredem agitur, non etiam cùm res legata vindicatur. Nam vt scribit Vlp. in *dict. l. 1.* propositum illud edictum est vt succurreretur heredi qui nõ ita facilè probare potest locum esse legi falcidiæ, aut quatenus sit ei locus. At cùm legati vindicatio fit, nulla heredis ratio habetur, qui etiamsi maximè conueniatur, quia fortasse quod plerumq; fit rem legatam possideat,

non

non tamen quasi heres sed quasi possessor conuenitur, nec fauore vllo maiore dignus est quàm alius possessor quilibet, licèt sit etiam heres. Nascitur enim vindicatio vt & alia quælibet in rem actio ex præsenti possessione, vt sæpius in hoc tractatu diximus, Ex *l. non alias 24. §. sed si postulatur sup. De iud. l. 1. C. de alien. iud. mut. caus. fact.* Propter quam causam videbatur difficilius vt incertæ partis admitti vindicatio deberet, cùm incerta pars possideri non possit, *l. 3. § incertam inf. De acquir. poss.* Sed fallacia ista est accidentis vt Accursius noster respondet, quia non incertam partem rei legatæ possidere videri potest is qui rem legatam totam possidet, quamuis non totam rem illam petere propter falcidiam legatarius possit, sed incertam duntaxat eiùs partem. Sed & in actione personali facit interdum legis falcidiæ incertitudo vt heres non tantùm à mala fide, sed etiam à mora excusetur, vt ne quidem per litis contestationem eam contraxisse intelligatur, vt in *l. 3. in princip. de vsur.* quod vtique abhorret à iuris communis regula quæ post litem contestatam, adeoque post motam controuersiam pares facit possessores omnes, id est prædones, *l. sed etsi 25. §. si ante supr. de her. petit. l. si homo 45. supr. hoc tit.* Non est simile quod Accursius noster pro simili adfert ex *l. 1. §. si quis argentum infr. Depositi.* Ibi enim non admittitur incertæ partis vindicatio, at ne quidem actio, sed pondus quod certum deduci in petitionem debuerat, ex iusta causa ob deficientes alias probationes actoris iureiurando certum fit. Quod ergo Caius hîc scribit, Eadem & de cæteris rebus intelligenda esse non tam ad alias causas pertinet extra causam legati, quàm ad cæteras res legatas extra hominem, vt intelligamus nihil interesse an de homine legato tractemus quod ad incertæ partis vindicationem attinet, an verò de qualibet alia re legata siue talis sit quæ iuris intellectu partes tantùm habere possit, vt homo, siue talis quæ etiam corporis diuisione, vt fundus, quomodo Papinianus loquitur in *l. Maenius 69. §. duorum. De legat. 2.* Exemplum est in peculio legato, de quo in *dict. l. etsi non omnes 8. §. 1. infr. Commun. diuidund.* Quod autem lex ait *tali dabitur actio* non sic accipiendum est, vt Accursius accipit quasi *tali* dixerit Caius pro *taliter pro incerta scilicet parte*, sed prout sonat, *Tali scilicet petitori qualis est legatarius hominis petens legatũ per vindicationem antequàm sciri possit quantum de hominis legato decedere debeat propter interuenientem potestatem legis falcidiæ.* Consultiùs ergo faciet legatarius si legatum petat actione personali ex testamento per quam sit consecutus totum legatum præstita ex edicto satisdatione, siue dubitetur an lex falcidia locum habitura sit (qui tamen primus certè ac magis proprius edicti casus est) siue iam sciatur locum esse legi falcidiæ, sed tamen nesciatur adhuc quantum illa ex legatis detractũ sit, quo etiam casu æquitas edicti perinde locum habet. Nam si legatum per vindicationem, quæ propriè dicenda petitio est, admittetur quidem ad incertæ partis petitionem, sed ad effectum perduci, neque sententia, neque actio priùs poterit quàm ostenderit legatarius quid & quantum sit in legato, quod tamen nec ipsum aliter sciri potest, quàm constet quid & quantum sit in falcidia, quoniam priùs danda est heredi falcidia quàm legatum, cùm neque aliud in legato esse intelligatur, quàm quod deducta falcidia superest, adeoque nec aliter lex falcidia legandi facultatem liberam ciui Romano restituit, quàm si quarta primùm integra testamenti iure heredi relinquatur *l. 1. infr. ad leg. falcid.*

77. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

QVædam mulier fundum ita non marito [a] donauit per epistulam, & eundem fundum ab eo conduxit, posse defendi, in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem [b] veluti per colonam. Proponebatur [c], quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cùm epistula emitteretur: quæ res sufficiebat ad traditam possessionem, licèt conductio non interuenisset.

Ad l. quædam mulier 77.

a *Non marito.* Nempe quoniam aliud est si mulier marito donauerit, cùm non valeant donationes inter virum & vxorem, sed moribus populi Romani prohibitæ sint, vt bene Accursius explicat ex *l. 1. 2. & 3. De donation. inter virum & vxor.*

Ratio dubitandi. Ex donatione inter virum & vxorem quamuis prohibita, vt ex alio quolibet contractu nullo quamuis non transferatur dominium, quia iuris authoritas resistit, transfertur tamen possessio, quippe quæ magis facti quàm iuris est *l. 1. §. si vir vxori. infr. de acquirend. possession. l. deníque 19. supr. ex quib. caus. maior.* Ergo nihil hac parte interest an mulier donauerit marito, an non marito, cùm vtroque casu possit transferre possessionem, quæ porrò translata intelligitur si eundem fundum quem donauit mulier, à donatario conducat: Quisquis enim conduxit non tam sibi, quàm ei à quo conduxit possidere intelligitur, adeóque possessorem facere illum à quo conduxit si is anteà non possidebat *l. si quis ante 10. inf. eod. tit.* vbi additur eum qui conduxit non tam possidere quàm esse in possessione. Aliud verò longè esse Possidere, Aliud verò In possessione esse.

Dec. Ex contractu quidem nullo transfertur possessio, sed non etiam dominium quod alioqui per possessionem acquireretur. Tunc enim dominium per mediam possessionem acquiritur cùm proprietas à possessione separari non potest, vt loquitur *l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* Atqui possessio in hac specie necessariò separanda est à proprietate, cùm iuris authoritas resistat translationi proprietatis non etiam possessionis, vt diximus. Ergo donationem à muliere oportet factam esse non marito, vt valeat donatio, quoniam non ex qualibet traditione transfertur dominium, sed ex ea tantùm quæ sit non nuda, id est, quæ facti sit ex causa iusta, vt loquitur *l. nunquam nuda 31. De acquir. rer. dom.* id est, iure ciuili cognita & approbata, Qualis non est donatio inter virum & vxorem. Porrò non datur vindicatio nisi domino

l. in rem 23. & pass. supr. Nec enim sola possessionis acquisitio tribuit vindicationem aliámve vllam actionem in rem, sed interdicta tantùm & remedia possessoria *l. officium 9. l. is qui destinauit 24. supr. eod.* Bene igitur lex ponit factam à muliere donationem non marito, cùm tractet de danda donatario vindicatione.

b *Quasi per ipsam acquisiuerit possessionem.* Ratio dubitandi. Nemo potest sibi mutare causam possessionis *l. 2. §. quod vulgo. D. pro don. l. non solum 33. §. quod vulgo. inf. de vsucap. l. 3. §. illud. inf. de acquir. poss. ff.* Ergo mulier quæ rem donatam possidebat anteà quasi suam, non potest eam quasi conductam & tanquam colona possidere.

Dec. Non mutat sibi hæc mulier causam possessionis, sed desinit possidere, & ministerio suo donatarium possessorem facit, vt eleganter scriptum est in *l. quod meo 18. eod. tit. de acquirend. poss. ff.* Neque rursus nouum est vt mutet quis sibi causam possessionis ex superueniente noua causa, nouoque titulo *dict. l. non solum. §. quod vulgo de vsucap.* quod hîc contingeret, si conductio posset iustum præbere titulum possidendi. Sed non præbet, quia possidere nihil aliud est quàm sibi habere & animo domini *l. pignoris 13. inf. de vsucap. l. officium 9. sup. hoc tit.* Qui autem conduxit non sibi, sed domino, eidemque locatori possidet *l. 2. C. de præscr. 30. vel 40. annorum.* & tantùm est in possessione *dict. l. si quis ante. 10. in princ. & §. 1. inf. de acquirend. poss. ff.* Ideóque benè lex ponit factam à muliere donationem alij quàm marito, quia si marito donasset mulier, & ab eo rem donatam posteà conduxisset non valeret conductio, tanquam facta rei propriæ non alienæ *l. neque pignus 45. de reg. iur.* cùm iuris authoritas quæ talem donationem impedit viam obstruat alienationi, vt loquuntur Imperatores in *l. si quidem 11. C. de præd. minor.* Qua de causa nec possessio per huiusmodi conductionem translata videri posset in maritum donatarium, quoniam conductio quæ non valet tanquam conductio, ne quidem ad transferendam possessionem habilis esse potest, cùm non sit modus naturalis, sed ciuilis & fictitius transferendæ possessionis. *dict. l. si quis ante, & dict. leg. quod meo.* Iunge *l. res pignori 37. eod. titu.*

c *Proponebatur.* Ratio dubitandi. Traditio facti est non iuris nec solius animi, & voluntatis *l. consilio 7. §. vlt. infr. de curat. furios.* Ergo non ex eo solo potest induci quòd reperiatur donatarius in possessione rei donatæ ipso tempore donationis.

Dec. Traditio quidem realis facti est cùm naturaliter & re vera intercedit, Sed tamen aliquando accidit vt quamuis re vera traditio nulla facta sit, attamen pro facta haberi debeat, quasi breui manu scilicet cùm is qui tradere rem deberet patitur eam manere ex noua causa penes illum cui alioquin facienda esset traditio *§. interdum. Inst. de rer. diuis.* Vnde est, quòd si rem quæ apud te esset vendiderim tibi, perinde obligor de euictione ac si eam tradidissem, quamuis actio de euictione non nascatur ante traditionem, quia nimirum res pro tradita habetur *l. si rem 62. iunct. l. si fundo 43. & pass. inf. de euict.* Sufficit ergo ad inducendam traditionis tacitæ potestatem vt epistolæ emissæ tempore donatarius in possessione rei donatæ reperiatur. Nec illud prætereà requiritur, vt eam rem donatarius à muliere donatrice conduxerit. Alteruter enim modus sufficit, nec vterque necessarius est, Quemadmodum & sufficeret retentum esse vsumfructum ad hoc vt res tradita videretur *l. qui, quis 28. l. si quis argentum 35. §. pen. & vlt. C. de donat.* Præsumitur enim quilibet possidere ex titulo præcedente, vt non malè nostri ex hac lege notant, & ex *l. 2. Cod. de acquirend. poss. ff. l. prædia 40. infra eod. tit.* Malè autem Accursius hîc notat, non sufficere in venditione, quod hæc lex ait, sufficere in donatione, vt in possessione rei venditæ reperiatur emptor ad hoc vt res vendita pro tradita habeatur, vt constat ex *dict. l. si rem.* Voluit, credo Accursius, certè debuit dicere donationem in eo differre à venditione, quod traditio à domino facta ex causa iustæ & validæ donationis, transfert omnino dominium, Traditio autem facta ex causa venditionis non aliter quàm si prætereà solutum sit precium; aut aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. inf. de contr. empt. §. venditæ. Instit. de rer. diu.* Sed aliud est non transferri dominium per traditionem ex causa venditionis factam, Aliud verò non haberi rem venditam pro tradita.

78. LABEO libro 4. Pithanon à Paulo Epitomatorum.

SI eius fundi, quem alienum possideres, fructum non coegisti: nihil eius fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: Immò quæritur, huius fructus idcirco factus est, quòd is eum suo nomine perceperit. Perceptionem fructus accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam cœpti ita percipi, vt terra continere se fructus desierint: veluti si oliuæ, vuæ lectæ, nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.

Ad l. si eius 78.

Refertur in hac lege sententia Labeonis, eadémque postmodum à Paulo pro ipsius more reprehenditur. Labeo dicebat, Non teneri bonæ fidei possessorem aliorum fructuum nomine, id est, ad aliorum fructuum restitutionem quàm quos ipse collegerit. Loquor de bonæ fidei possessore, de quo solo & Labeo sensisse videri potest; quia malæ fidei possessorem constat, non tantùm de collectis & perceptis fructibus omnimodo teneri, sed etiam de colligendis & percipiendis *l. si nauis 62. §. generaliter, supra hoc titu.* Cum possessore autem bonæ fidei mitiùs agitur, vt quamuis officio iudicis teneatur vindicationis iudicio fructus restituere quos neque consumpserit, neque vsucepERIT, non alios tamen fructus restituere debeat, quàm quos perceperit. De percipiendis verò nullomodo teneatur. In quo igitur Labeonem Paulus reprehendit? In eo nimirum vno quod de collectis fructibus locutus erat Labeo, cùm de perceptis potiùs loqui debuisset.

Non

Non enim de collectis tantùm restituendis bonæ fidei possessor tenetur, sed etiam de perceptis omnibus. Latiùs patet fructuum perceptorum appellatio quàm collectorum. Omnes qui collecti sunt, id est, in horreo, vel in cella vinaria, aut oliuaria reconditi etiam percepti sunt, At non similiter è contrario quotquot percepti sunt etiam collecti videri possunt, cùm multa possint accidere & accidant quotidie quæ faciant vt fructus à fundo iam separati, numquam tamen colligantur & recondantur. Monet igitur Paulus, Quoties quæritur quosnam fructus bonæ fidei possessor restituere debeat, non tam illud inspiciendum esse quos & quantos fructus collegerit, quàm quos & quantos suo nomine perceperit, eáque perceptione suos fecerit. Quidni enim restituere teneatur, quos fecit suos, Cùm subinde illos etiam colligere & recondere potuerit, Quod si non fecerit, damnum ipsius esse debet non petitoris, quamuis dominus sit fundi, Quoniam quod ad fructus pertinet bonæ fidei possessor penè domini loco est *l. bona fide 48. de acqu. rer. dom. l. qui scit 25. §. præterea. inf. de vsur.* Periculum autem regulariter ad dominum pertinet *l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act.* Sed & cùm bonæ fidei possessor hoc amplius iuris habeat quod fructus suos facit statim atque à solo separati sunt, licèt alius quàm ipse eos separauerit, sicut & colonus qui nummis colit *l. si apes 26. §. 1. de furt.* in quo plus iuris habēt isti, quàm fructuarius qui non priùs aut aliter suos facit quàm si eos ipse perceperit *l. si fructuarius messem 13. inf. quib. mod. vsusf. amitt.* Consequens est vt eos quoque fructus omnes restituere bonæ fidei possessor debeat qui à solo separati fuerunt licèt eos ipse nec separauerit, nec effectu perceperit. Nam satis eos percepisse videtur quantum ad hoc vt ad ipsorum restitutionem eodem iudicis officio teneatur. Cùm nec si extent, vindicare tamen eos à bonæ fidei possessore dominus possit, aut ab alio quolibet tanquam qui non sit eorum dominus. Ratio itaque dubitandi pro Labeone contra Paulum illa erat, quod non potest videri bonæ fidei possessor factus locupletior ex re aliena propter fructus quos ipse numquam collegerit licèt eos à solo separauerit, Multò minùs si alius quàm ipse separauerit. Cùm ratio æquitatis quæ officium iudicis inducit ad obligandum bonæ fidei possessorem, vt fructus quos neque consumpsit, neque vsucepit restituat ex eo proficiscatur. Ne ex aliena iactura locupletetur, quod esset contra naturalem æquitatem *vulg. l. Nam hoc natura 14. inf. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iuris. l. plane 37. supr. de hered. petit.* Sed decidendi ratio pro Paulo est, quod locupletior fiat quisquis sibi acquirit *l. obligari 9. inf. de auth. tutor. l. si pupilli 46. inf. de solutio.* Acquirit autem sibi, quisquis dominium rei alienæ suum facit licèt negligat possessionem. Nam nec alienare dicitur is qui possessionem omittit, vt habet iuris regula *l. non videtur 116. de reg. iur. l. 4. §. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Sed is demùm qui dominium rei suæ transfert in alium *l. 1. C. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verborum sign.* Nihil ergo interest an bonæ fidei possessor fructus collegerit, néc ne, sed tantùm an eos perceperit. Percepisse autem videtur si à solo separati sint quoquomodo, & quisquis ille fuit, qui separauerit. Proinde si vuæ vel oliuæ tantùm collectæ sint, id est, à solo separatæ, licèt ex iis nondum factum sit vinum vel oleum, percepti tamen fructus videbuntur vt ad eorum restitutionem omnimodo teneatur, quasi eos fructus iam perceperit quomodo vtique percepisse existimandus est, quemadmodum hîc sequitur apud Paulum quæ vera & rectissima Accursij interpretatio est. Secundum quam apparet, quod scriptum est in vers. *Perceptionem vsque ad finem legis, non constituere §. separatam*, vt plerique putant, sed continere rationē & explicationem notæ Pauli ad Labeonem, ac si scriptum esset apertiùs *Perceptionem enim fructuum*, atque ita fiet vt vel nulla, vel saltem perexigua sit si qua est legis huius difficultas. Malè tamen Bartolus nescio quo motu hinc arripit occasionē errandi monendo que oliuam esse fructum industrialem non naturalem, quoniā alioqui, inquit, bonæ fidei possessori non acquirerētur: quod certè falsum est. Omnes enim fructus acquirūtur bonæ fidei possessori non tantùm industriales, sed cæteri quoque omnes, vt disertè scriptum est in *l. bona fidei 48. de acqu. rer. dom. l. vsurpecundum 28. de vsur.* Et oliua procul dubio fructus naturalis est, vt pomum, licèt nō oleum quod fit ex oliua. Scripsi ad *l. fructus 33. supr.*

79. LABEO libro 6. Pithanon à Paulo Epitomatorum.

SI hominem à me petieris, & is post litem contestatam mortuus sit: fructus, quoad is vixerit, æstimari oportet. Paulus: Ita id verum esse puto si non priùs is homo in eam valetudinem inciderit, propter quam operæ eius inutiles factæ sunt: nam, ne si vixisset quidem in ea valetudine, fructus eius temporis nomine æstimari conueniret.

Ad l. si hominem 79.

Ratio dubitandi. Per litis contestationem omnes bonæ fidei possessores fiunt pares, id est, prædones, & malæ fidei possessores *l. si homo 41. supr. hoc titul. l. sed etsi 25. §. si ante. sup. De her. petit.* Atqui malæ fidei possessor præstat fatum rei petitæ, quia si restituta res fuisset petitori, potuisset ille rem distrahere atque ita se à fati periculo liberare *l. item verberatum §. vltim. & l. sequent. supr.* Ergo si petitus homo post litem contestatam petierit etiam apud bonæ fidei possessorem dicendum est fructus eum debere restituere, non tantùm in id vsque tempus quo petitus homo decesserit, sed etiam in tempus vsque rei iudicandæ *l. Iulianus 17. §. 1. supr. hoc titul.* Tantum abest vt verum sit quod in hac lege Paulus ad Labeonem notat, Ne quidem pro toto eo tempore, quo homo vixerit condemnandum bonæ fidei possessorem ad fructuum restitutionem si anteà in eam valetudinem inciderit, vt eius operæ inutiles fuerint.

Dec. Melioris est condicionis bonæ fidei possessor etiam post litem contestatam, quàm is qui ab initio malæ fidei possessor fuit, quod pertinet ad fatum contingens rei petitæ. Nec enim bonæ fidei possessor vtique & omnimodo fatum præstare debet etiam contingens post litem cōtestatam,

ne alioquin huius periculi metu cogatur ius suum temerè indefensum relinquere, vt eleganter scriptum est in *l. illud 40. sup. de her. pet.* Sed ita demùm præstare fatum cogitur si post litem contestatam dolo vel culpa ipsius aliqua homo perierit, vt ex Pomponij & Trebatij opinione Paulus scribit in *l. fructus 33. supr. hoc tit.* Idque est quod idem Paulus ait in *l. vtique 16. supr.* Vtique etiam mortuo homine qui petitus fuerat necessariam esse sententiam propter fructus & partus. Non enim vtique post litem contestatam & fatum præstare possessorem debere. Sensus est, Non esse equidem necessariam semper & indistinctè sententiam propter hominem ipsum petitum, & post litem contestatam defunctum, Nisi dolo vel culpa possessoris homo perierit, Sed esse tamen necessariam propter partus & fructus, quia licèt morte hominis petiti quæ citra possessoris dolum & culpã cõtigerit, fuerit possessor liberatus, nõ ideò tamen immunis est à præstandis fructibus hominis mortui, pro toto scilicet eo tempore quo petitus homo vixit, & in tempus vsque mortis eius. Quòd si dolo & culpa possessoris homo perierit sicuti non liberatur possessor fato perempti hominis, ita neque à fructibus præstandis in tempus vsque rei iudicandæ, id est, quasi homo mortuus non fuisset, potuissent percipi in id vsque tempus quo res iudicaretur. Causa ergo fructuum sequitur causam hominis perempti, vt si fato liberatus sit possessor quantum ad hominem petitum, sit etiam liberatus, quantum ad fructus totius temporis subsecuti, si verò non sit liberatus quantum ad hominem, nec quantum ad fructus qui percipi potuissent ex homine mortuo si mortuus non fuisset, liberatus dici possit. Cùm hoc casu res quæ periit, adhuc tamen extare videatur *l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt. infr. de verb. oblig.* Illud tamen semper inspiciẽdũ est vt ex tempore, quod à prestandis & restituendis fructibus immune non est, detrahi tempus oportet quo serui operæ ante mortem ipsius inutiles factæ fuerint, aut ante rem iudicatam si fortè in eam valetudinem inciderit, vt operas exhibere nullas potuerit quomodo hîc ad Labeonem Paulus notat. Nam & cùm ipsius serui debiti æstimatio præstanda est inspecto tempore mortis, non tamen inspicimus præcisè & districtè quanti homo est eo mortis instanti, sed ἐν πλάτει ne alioquin ad minimam summam æstimatio reducatur, vt eleganter ait Vlp. in *l. 3. in fi. infr. de condict. tritic.* Neque aliter Labeonem ipsum sensisse putandum est, sed Paulum potiùs pro more suo & contradicendi studio hanc ad Labeonem notam excogitasse, vt aliter Labeo sensisse crederetur.

80. FVRIVS ANTHIANVS libro 1. ad Edictum.

IN rem actionem pati non compellimur: quia licèt alicui dicere, se non possidere. ita vt, si possit aduersarius conuincere, rem ab aduersario possideri: transferat ad se possessionem per iudicem[a], licèt suam esse non adprobauerit.

Ad l. In rem actionem vlt.

Ratio dubitandi. Qui per mendacium negat se possidere cùm verè possideat, non ideò tamen amittit possessionem, quia non habet animum desinendi possidere, vt bene hîc noster ratiocinatur Accursius, Possessio enim sine animo non amittitur vt nec acquiritur, siue incipiat amissio ab animo, siue à corpore *l. 3. §. in amittenda. l. quemadmodum 8. l. si quis vi 17. §. differentia. infr. de acqu. poss.* Nec ad rem pertinet quod Bartolus obiicit, Videri quemque in animo habere illud ipsum quod verbo exprimat ex *l. Labeo 7. inf. de supellec. leg.* Id enim semper in mendace falsum est, cùm mendax is demùm dicatur qui aliud ore & verbis præ se fert quã quod gerit mẽte, Ideoque nec potest esse mẽdaciũ sine dolo & improbitate *l. non alienum est 10. ff. de interrog. in iur. fac. l. rem alienam 41. in fin. de pigno. act.* Vnde fit vt nec impunitũ sit vnquam mendacium Auth. *item possessor. C. qui potior. in pign. habeant.* Atqui actio in rem datur domino contra quemlibet possessorem *l. in rem 23. in princ. cum l. seq. sup. hoc tit.* Ergo etiamsi possessor neget se possidere, non eò minùs actione in rem & vindicatione conueniri potest, tanquam possessor. Et quidem inuitus. Nec enim iudicium redditur aut sententia fertur in volentem, sed in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl.* Dec. Actiones in rem omnes ideò sic dicuntur quod non in personam aliquam vt personales, sed in rem ipsam diriguntur, & per eas non tam persona quàm res ipsa conuenitur, vt Papiniani verbis vtar in *l. denique 21. ff. de iur. fisc.* Proinde si nemo sit qui rem defendat (neq; enim quisquam inuitus rem defendere cogitur, vt habet iuris regula *l. inuitus 156. in pr. de reg. iur.*) quæ seipsam defendere vtique non potest, quid aliud dicendum superest, nisi vt mittatur actor in possessionem rei petitæ. Nam & cùm in personam agitur, si non defendatur debitor non alio remedio succurrit Prætor creditoribus quàm vt eos mittat in possessionem bonorũ debitoris *l. 1. & tot. tit. ff. Quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui possessor qui negat se possidere rem quam re vera possidet, quamuis nihilominùs possessor remaneat, quia vt diximus non habet animum amittendæ possessionis, sed potiùs exonerandi se ne tanquã possessor actionem in rem pati compellatur, Attamen declarat satis nolle se rem defendere, quam petitor suam esse dicit cùm negat eum se possidere. Pugnaret enim secum si diceret velle se eam rem defendere quam negaret se possidere. Consequens igitur est vt in odium tenere negantis quomodo pragmatici nostri loquuntur, transferatur possessio à reo in actorem, Quo remedio & possessori consulitur ne inuitus litigare compellatur & petitori, vt sine iudicio tãtùm consequatur quantũ si egisset, ac vicisset. Cui remedio non potest locus esse in actione personali in qua ideò maximè obtinet quod dicitur iudicium reddi in inuitum *dict. l. inter 83. §. 1. De verborum oblig.*

a *Per iudicem.* Vt intelligamus non posse petitorem, ne quidem in odium tenere negantis possessionem rei in se transferre.

Ratio dubitandi. Nihil interest possessoris, qui negauit se possidere an petitor sua authoritate possessionem alienam in se transferat, an verò per iudicem, Nec potest citra euidẽtem calumniã possessor culpam in eo aliquam obiicere petitori, quæ calumniãdi facultas, neq; præbenda vnquã, neque permittenda est *l. Paulus notat 8. inf. De prætor. stipu.*

Atqui

Atqui nemo vnquam auditur siue agendo, siue excipiendo, nisi cuius interest *l. 3. §. 1. i. stipulatio ista 38. § alteri. inf. de verb. obl. l. si ea quo 13. §. 1. j. ad SC. Trebell. l. 1. inf. de appell. recip.* Ergo nihil vetat petitorem propria authoritate nancisci possessionem quam reus penes se esse negauit, Nec iudicis authoritas in hanc rē videtur necessaria si quis alius casus adferri potest in quo necessaria non sit, Quales sunt plerique, quos nostri congerunt ad *tit. C. quand. lic. vnicuiq; sine iudic. se vindic.* Dec Non est concedendum singulis vt per se faciant quod per Magistratus aut Iudicis authoritate fieri & expediri oporteat *l. non est singulis 176. de reg. iur.* vbi ratio elegans, & vera redditur ne occasio maioris tumultus detur, Inde est quod nemini permittitur sibi ipsi ius dicere, ne tum quidem cùm nihil interest aduersarij, quia sufficit interesse reipublicæ, Vt cernere est in interdicto, Quod legatorum, cuius nec aliam rationem Vlpianus reddit in *l. 1. inf. sd. tit. Quor. legat.* Quid enim potest interesse heredis qui nullam legati facit controuersiam, ne legatarius vindicare legatum & eius possessionem occupare propria authoritate possit, vt & si occupauerit cogatur eam interdicto illo restituere? An non illa heredis mera calumnia est? Ita sanè vocat Caius in *l. 1. T it. de leg. ar.* tùm ait legatarium vindicationis ex speciali iure vti, vt hanc calumniam ab herede sustinere & pati non cogatur quam alius quilibet legatarius sustinere ac pati cogeretur. Sed tolerabilius hoc visum est Prætori quàm manere impunitam legatarij audaciā qui sibi ipsi ius dixerit, quòd calumnia heredis soli legatario iniuriam faciat, Audacia verò legatarij qui sibi ipse ius dicit publicam vtilitatem lædat, non solùm quòd rixæ ac tumultus occasionem præbeat, sed etiam quòd Magistratuum authoritatem offendat *dict. l. non est singulis.* Quemadmodum enim illa quæ omnibus publicè prosunt iis præferenda sunt quæ priuatim quibusdam duntaxat personis. *Auth. res quæ. C. commun. de leg.* Ita & illa magis cauenda & prohibenda sunt quæ publicè nocent quàm quæ priuatim, Propter primam illam & omnium antiquissimam legem duodecim tabularum *Salus populi suprema lex esto,* quæ nullas vt dicere soleo patitur exceptiones. Placet tamen quod Bartolus notat translationem hanc possessionis fieri officio eiusdem iudicis, qui pro actione in rem datus fuerat, neque noua interpellatione aut libelli oblatione, nouóque iudicio opus esse. Nec rursum displicet quod post Accursium idem Bartolus notat huic legi locum esse non tantùm in iudicio specialis in rem actionis quam vindicationem appellamus, & in hypothecaria quæ ipsa quoque vindicatio est *l. si fundus 16. §. in vindicatione. j. de pign.* sed etiam in hereditatis petitione quoniam & ipsa in rem actio est, licèt mixtas habeat præstationes plerasque personales *l. sed et si 25. § antepen. sup. de pet. her. l. hereditatis 7. C. eod.* Hæc autem lex generaliter loquitur de qualibet in rem actione. Sed hoc ita si possessor conuentus petitione hereditatis conuincatur de mendacio quantum ad possessionem, non etiam si quantum ad titulum possessionis, quem scilicet probare ipse semper tenetur, nunquam actor. Nam tum quoq; cùm petitor probaret possessorem nullum habere titulum suæ possessionis, vt in exemplis illis quæ adfert Bartolus, si fortè emptor rei hereditariæ habeat titulum à furioso vel ab alio qui alienare non potuerit, vinceretur quidem, sed non propter mendacium possessoris, at quia nullo iure posset se tueri contra petitionem hereditatis is qui à vero herede conueniretur, nec vllum possessionis suæ titulum haberet. Quod non satis benè à Bartolo animaduersum est, vt neque illud quod secutus Accursium subiicit, Possessorem à quo propter mendacium translata possessio est in petitorem saluam adhuc habere quæstionem de proprietate. Nec enim debet melioris esse conditionis, vt iam diximus, quàm si victus esset cùm negauerit se possidere ob hoc ipsum nec litigare voluerit ne vinceretur. Quidni ergo pro victo haberi debeat à Prætore, cùm ipse habuerit se pro victo? Nam & quod in hac lege scribitur transferendam possessionem à possessore in petitorem, non eum duntaxat effectum habere debet, vt possessionis commodum ei auferatur, quod parum esset, sed vt is qui se dominum contendebat tanquam victor fiat etiam possessor rei petitæ tanquam suæ propriæ, quamuis non idcircò fiat dominus, quia neq; mendacium, neque sententia modus est legitimus transferendi dominij. Alioqui fructum mendacij sui nec leuem ferret possessor si ad euitandam litem & sententiam quam alioqui iudex in proprietate contra eum laturus esset, possessionis duntaxat iacturam faceret, reserto sibi iure iterum agendi de proprietate. Nec ad rem pertinet quod nulla contra eum lata sit sententia quæ ad ipsum submouendum possit parere exceptionem rei iudicatæ. Satis enim pronunciatur rem non esse possessoris, cùm pronunciatur esse petitoris *l. si inter me 15. inf. de except. rei iudic.* Satis autem pronunciatur rem esse petitoris cùm possessio rei petitæ iure dominij trāsfertur officio & authoritate iudicis in petitorem. Neque dubito quin hic casus inter eos saltem ponendus esset in quibus contra iuris communes regulas Publiciana actio contra dominum quoque danda esset. Multò igitur magis exceptio, vt in *l. 2. inf. de except. rei vendit. & tradit. l. si a Titio 72. supr. hoc tit.* vbi dixi. Illud planè Accursius & Bartolus bene notant, Huic legi locum non esse contra eum qui per errorem & ignorans negauit se possidere, sed contra eum duntaxat qui dolo malo & per mendacium. Hic enim solus dignus est, qui hac veluti pœna puniatur, vt & in *Auth. item possessor. C. qui potior. in pign. hab.* Sed hæc sufficiant.

DE PVBLICIANA IN REM ACTIONE.

TITVLVS II.

1. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

Ait prætor [a], *Si quis id, quod traditur* [b] *ex iusta causa non à domino, & nondum vsucaptum* [c] *petet: iudicium dabo.* Meritò prætor ait, *nondum vsucaptum*: nam, si vsucaptum est, habet ciuilem actionem, nec desiderat honorariam.

Ad l. Ait Prætor 1.

a *Ait Prætor.* Publicius scilicet, vt Accursius notat. Hic enim primus fuit qui Publicianam actionem proposuit, & à quo nomen actio sumpsit §. *namque Instit. De action.*

b *Ad quod traditur.* Malo legere *traditum*, quàm cum Accursio verbum *traditur* explicare *traditum est*, cùm sequatur *& nondum vsucaptum.* Publiciana enim traditionem factam & præteritam non præsentem requirit, quamuis exigat præsentem possessionem, vt cæteræ omnes in rem actiones. Ex parte scilicet illius qui conuenitur *l. non alias 24. §. sed si postulerur supr. de iudic.*

Ratio dubitandi. Pleræque sunt causæ, ex quibus dominium nancisci quis potest sine traditione, & ex quibus Publiciana competit, Vt puta ex legato vel donatione causa mortis: & aliis si quæ sunt similes, sicuti sequitur in hac lege, & in *l. sequent. & l. 3. infr.* Ergo non erat cur Prætor vllam traditionis faceret mentionem. Dec. Potest quidem dominium interdum transferri sine traditione, scilicet interueniente legis potestate & authoritate, quia lex vnus est ex modis sex acquirendi dominij iure Quiritium, quos Vlpianus refert *Titul. 19. de acquisit. rer.* Sed tamen naturalis modus transferendi dominij iure gentium non alius est, quàm traditio *§. per traditionem. Instit. de rer. diuis.* quia scilicet nihil tam naturale est quàm voluntatē domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. § hæ quoque res infr. De acqu. rer. dom. l. traditionibus 20. Cod. de pact.* Verùm non excludit ea res alios casus in quibus & dominium transferri & Publiciana competere absque traditione potest, Cùm magis inspicienda sit ratio edicti & mens Prætoris, quàm verba quibus Prætor vsus est. Ratio autem edicti perinde habeat locum, siue traditio, siue alia causa interuenerit ex qua dominium transferri posset si à domino causam actor haberet. Nam ex quibus causis dominium à vero domino transferri posset ex iisdem si quis à non domino causam habeat transfertur conditio vsucapiendi. Qui sensus est *dict. l. traditionibus.* Et rursus, ex quibus causis dominium acquireretur per vsucapionem si ea completa esset, ex eisdem si possessor qui erat in cursu vsucapiendi amiserit possessionem habet Publicianam ad eam recuperandam *dict. §. namque. Institut. de action.* Est enim hæc actio comparata in subsidium ciuilis vindicationis & interruptæ vsucapionis. Vt quoniam is qui dominus nondum est ciuilem vindicationem habere non potest quæ non datur nisi vero domino *l. in rem 23. sup. titul. proxim.* habet tamen Publicianam eo colore quasi iam completa vsucapione quæ tamen re vera nondum completa est. Ergo quibus casibus hæc subest æquitas Publicianæ concedendæ, vt actiones omnes Prætoriæ non nisi ex æquitate dari solent, dicendum est actionem quoque locum habere siue casus talis sit in quo non potuerit sine traditione transferri dominium, siue talis in quo potuerit. Non enim habet actio hæc traditionem pro causa, sed dominium siue per traditionem, siue ex alia causa quoquomodo acquisitum.

c *Nec vsucaptum.* Ratio dubitandi. Non debet quis minùs iuris habere ob id quòd rem aliquam vsuceperit quàm si iam vsucepisset. Id enim esset contra mentem Prætoris cùm nemo vsucapiendo faciat conditionem suam deteriorem, sed semper meliorem, *l. in bello 12. § si quis seruum. infr. de captiu. & postlim.* vbi est textus elegans. Ergo completa vsucapio non debet Publicianam tollere quam vsucapio nondum completa induceret.

Dec. Non potest ciuilis vindicatio quæ directa est cum Publiciana quæ prætoria & vtilis tantùm est concurrere, quoniam quisquis agit ciuili & directa vindicatione dicit se dominum, talémque probare se debet *dict. l. in rem 23. supr. titul. proxim.* Qui autem Publicianam exercet is non dicit se dominum, sed quasi dominum, ac proinde fatetur se non esse dominum, Implicat verò contradictionem, vt idem sit dominus & non dominus, aut quod idem est vt se dominum esse & affirmet, & neget. Atquin is qui vsucepit factus est per vsucapionem dominus, cùm vsucapio nihil aliud sit, quàm adiectio, aut vt alij legūnt adeptio dominij per continuationem temporis lege definiti *l. 3. in fin. de vsucap.* Fieri ergo nequit, vt qui iam vsucepit hanc actionem habeat quæ non alij competit quàm ei qui nondum vsucepit *dict. § namque. & dict. § si quis ignorans.* Accedit alia ratio quę hic ponitur à Iurisconsulto, quòd is qui ciuilem actionem habet, eámque vtilem & efficacem frustrà desideret honorariam, quæ licèt plerique eiusdem sit potestatis, vt actio vtilis cum directa *l. actio 47. supra de negot. gest.* semper tamen maioris est dignitatis, quemadmodum & ius ciuile dignius est prætorio. Cæterùm siue ciuili, siue honoraria in rem actione experiri quis velit traditionem factam esse oportet ex iusta causa, vt edicti verba ostendunt, & dicemus ad §. 1. l. 3. infr. vbi verba illa edicti *ex iusta causa* Vlpianus noster latiùs explicat. Quid ergo si quod facilè potest contingere, actor ignoret aut dubitet an emerit à domino, an

à non

à non domino. Quæstionem proponit Accursius, Et respondet non malè iunius esse Publicianam proponere quàm vindicationem directam, quia is qui agit Publiciana dominij probatione nulla obstringitur quæ probatio plerunque difficillima est, *§.commodum]. de interdict.* Nec eo minùs tamen necessaria est tùm quoque cùm agitur hypothecaria quæ non nisi vtilis vindicatio est pignoris vel hypothecæ, *l. & quæ nondũ 15. §. quod dicitur* iunct. *l. seq. §. in vindicatione]. De pignor. l. ante omnia 23.]. de probat.* Quantò magis igitur si quis agat directa & ciuili vindicatione dominij à qua principaliter agitur de dominio, *d. l. in rem l. is qui destinauit 24.]. tit. 1.* Nec enim dominij præsumptio facilè capitur, præsertim pro petitione qui suam intentionem implere semper cogitur, *l. cùm res C. de probat. d. l. ult. C. de rei vindic.* Neque rursum eo minùs competere debet actori Publiciana quòd nõ videatur posse negare quin emerit à domino. Quidni enim? cùm alienæ quoque rei venditio valeat, nec sit interdicta, *l. rem alienam 28.]. de contr. empt.* Aut quid facilius est quàm vt emptor emat rem alienam bona fide, siue à venditore sciente deceptus sit, siue venditor ipse fuerit in bona fide. Erubescere debet is demùm qui sciens rem alienam emit & mala fide non qui errans, & putans rem esse venditoris. Nihil ergo prohibet quin Publicianam in dubio exercere is possit, qui dubitat an à domino emerit, an à non domino, quique ob hoc ipsum quod dubitat, neque certas habet probationes, directam eundem exercere tametsi vellet, non posset. Obseruandum tamen est quamuis Publiciana non alij detur quàm ei qui bona fide à nõ domino ex iusta causa rem accepit, Non tamen dari cuilibet in cuius persona concurrant hæc omnia. Si enim agatur contra dominum inutilis est Publiciana, cui scilicet extra quosdam casus obstat semper exceptio iusti dominij, *l. pen. & vlt.]. hoc tit.* vbi dicemus.

2 ¶ Sed cur traditionis duntaxat, & vsucapionis fecit mentionem: cùm satis multæ sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur, vt puta legatum.

Ad §. 2. Sed cur traditionis.

Explicatus iam est hic §. in præcedentibus. Probat autem quod diximus & alibi sæpe docuimus, Traditionem & vsucapionem duos esse modos & fuisse tam olim acquirendi dominij ex iure Quiritium, sed diuersis casibus, Traditionem quidem ita demùm si facta esset à domino, *l. traditio 20. infr. de acquir. rer. domin.* dummodò ex iusta causa, *l. numquam nuda 31. eod.* Vsucapio verò si facta esset traditio à non domino. Cùm enim talis traditio non possit transferre dominium quod non fuit penes tradentem ex reg. *l. nemo plus iuris 51. De regul. iur.* Transfert tamen vsucapiendi condicionem & potestatem, *l. traditionib. 20. C. de pact.* Atque ita debet accipi quod scriptum est in *d. l. traditio.* si tradens dominus non sit, traditionem nihil transferre in accipientem. Nihil scilicet, quantum ad dominiũ præsens, sed aliquid multumque quantum ad dominium per vsucapionem postea acquirendum. Sed tamen non sunt fuerunt que olim alij plures modi dominij ex iure Quiritium transferendi, Mancipatio scilicet, Adiudicatio, In iure cessio & Lex, vt refert Vlpianus in *Fragment. Tit. 19. De acquisit. rer.* Qui omnes quatuor modi in eo cõsimiles erant, dissimiles verò ab vsucapione & traditione, quod neque mancipari neque adiudicari, neque in iure cedi, nec denique per legem acquiri, vnquam poterat res aliena, Vsucapi verò nulla nisi quæ aliena esset, cùm vsucapio sit adeptio aut adiectio dominij, *l. 3.]. De vsucap.* Id autem quod iam meum est magis meum fieri non possit, *l. in libello 12. § si quis seruum]. De captiu. & postlim. § sic itaque Instit. de action.* Traditio autem fieri poterat, sicut & hodie potest rei tam propriæ quàm alienæ, *d. l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* quia nihil nisi possessionis translatio est. Illud tamen obseruãdum est, quamuis lex modus sit legitimus transferendi dominij ex iure Quiritium etiam citra vllam traditionem, Attamen in eo minoris esse potestatis, quàm sit traditio quod quoties dominium ipsa per se transferre non potest puta rei alienæ quæ fuerit legata per vindicationem. Non aliter tamen potest parere vsucapionem quàm si traditio intercedat; Cùm tamen traditio etiam sine lege dummodo bona fide facta sit & ex iusta causa, sufficiat ad præbendam vsucapiendi causam, Nimirum, quia sine possessione nulla procedere potest vsucapio, *l. sine possessione 25.]. De vsucap.* Lex autem transferre possessionem nunquam potest quæ scilicet quamuis plurimum ex iure intuetur, *l. possessio 49. in princip. & §. 1. de acquir. poss.* magis tamẽ facti quàm iuris est *l. 1. §. si vir vxori eod. tit. l. denique 10. sup. Ex quibus caus. maior.* Ne tùm quidem cùm dominium transferat, *l. cùm hered. s 23. in princip. infr. de acquir. poss.* adeóque nec si de dominio bonitario agatur quod à possessione minùs distat, *l. facta 63. in princip. inf. ad SC. Trebell.* iunct. *l. 3.]. si vsusfr. petat.* Adeò verum est quod ait *l. naturaliter 12. §. 1.]. De acquir. poss.* nihil commune habere proprietatem cum possessione. Et hæc certè ratio est propter quam Prætor Publicius actionem Publicianam proposuit eamque non alij daturus quàm ei qui posset vsucapere, essetque in cursu vsucapiendi, solius traditionis mẽtionem fecit, non etiam legis, quia tùm quoque cùm titulus acquisitionis est à lege vt Titulus Pro legato, traditio tamen adhuc necessaria est, vt vsucapio sequi possit, Bartolus non satis benè iudicio meo hoc explicat. Ait enim quædam esse iura quæ transeunt à persona defuncti in personam legatarij, & ex ipsius persona. Et ista, inquit, transeunt sine traditione. Ideóque si testator erat dominus transferri dominium, idemque si erat quasi dominus vt transferat similiter quasi dominium ex *l. cùm sponsus 12. §. is cui]. hoc tit.* Quædam verò sunt iura quæ à testatore non transferuntur, sed incipiunt in persona legatarij, & in istis traditio necessaria est. Secundum quam distinctionem dicendum esset. Legatarium igitur habiturum Publicianam quam pro re legata defunctus habuisset, nulla quoq; traditione facta legatario. Quod non puto verum. In eoq; obseruo differentiam elegantem quæ est inter legatarium certæ rei & fideicommissarium hereditatis ex SC. Trebelliano restitutæ de quo in *d. §. is cui.* Nam idcirco transit in fideicommissarium vniuersalem actio Publiciana etiam sine possessione quòd fideicommissarius vniuersalis quamuis non sit heres loco tamen heredis est in omnibus,

Maximè verò quantum ad actiones & iura omnia hereditaria, *l. 1. 2. & pass. ff. ad SC. Trebell. d. l. facta in princip.* & *l. facta tamen 27. §. qui ex Trebell. eod.* Iura verò omnia & actiones transeunt procul dubio in heredem, *l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de hered. act.* quia sunt in hereditate non etiam possessio rerum hereditariarum, *l. 1. §. Scæuola ff. si is qui testam. lib. ess. iuss.* At legatarius neque heres est neque heredis loco, cùm iuris successor non sit, *§. legatarius Instit. de testam. ordin. l. quædam 9. §. is autè ff. de edend.* quãuis in re legata quasi heres quodammodo esse videatur, vt scribit Iurec. addita duplici nota improprietatis in *l. id tempus 14. §. 1. ff. De vsucap.* Scilicet in accessione temporis, vt ea lex ait. Non ergo in omnibus neque in translatione actionum, nec magis quantum ad Publicianam, quàm quod ad cæteras actiones, Ergo Publicianam quæ defuncto competebat, non eo magis habere legatarius potest absque traditione: sed fideicommissarius vniuersalis potest. Possit tamen quis pro Bartolo respondere distinctionem hanc loqui de iuribus quæ in legatarium transferuntur, In quo numero si non est Publiciana vt nos volumus, nec ad eam accommodari traditionem Bartoli debere, sed cùm tractet ipse ex professo de Publiciana & patem faciat causam legatarij cui legata sit res aliena quam defunctus cœperat vsucapere, & fideicommissarij vniuersalis post restitutam ex Trebelliano hereditatem, Excusari non potest quin hoc casu etiam legatario Publicianam dandam esse crediderit, tametsi legatarius possessionem numquam adprehenderit, In quo sanè errauit. Debet enim contentus esse legatarius quod accessione temporis ex defuncti persona vti possit ad continuãdam possessionem & vsucapionem cœptam à defuncto, *d. l. id tempus §. 1.* Sed & in eo errauit Bartolus quod patem facit hac parte rationem donationis causa mortis & legati, vt donatarius, quoque causa mortis possit habere Publicianam sine traditione quod certè falsum est, vt dicemus ad *l. seq.*

2. PAVLVS libro nonodecimo ad Edictum.

VEl mortis causa donationes factæ: nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.

Ad l. Vel donationes 2.

Ratio dubitandi Donationes causa mortis, sicut & quæ fiunt inter viuos, non perficiuntur nisi vel stipulatione vel traditione. Primus enim Iustinianus fuit qui constituit in *l. si quis argentum 35. §. pen. & vlt. C. de donat.* vt donatio fieri hodie possit nudo pacto adeoque nuda pollicitatione ad cogendum donatorem vt tradat. Atqui vtroque casu factum hominis intercedit ad transferendum dominium quod alioqui sine traditione non transferretur, ne quidem interposita stipulatione, *l. si ex stipulatione 5. ff. De acquir. poss.* iunct. *l. traditionib. 20. Cod. de pact.* quod secus est cùm legis authoritas se interponit in dominio transferendo, vt in legato, *l. a Titio 64. De furt. l. legatũ 80. De legat. 1.* Ergo nihil simile habent aut commune donationes causa mortis cum legatis & vltimis voluntatibus. Ob eamque causam post Imperatoris Constantini legem quæ insinuandarum donationum necessitatem induxit non magis valebant donationes causa mortis non insinuatæ quàm quæ inter viuos factæ essent, *l. donationes 25. C. de donat.* vsque ad legem nouam Iustiniani in *l. vl. C. de donat. caus. mort.* quæ necessitatem remisit insinuandæ donationis causa mortis si modò coram quinque testibus facta esset, Cùm tamẽ in legatis aliisque vltimis voluntatibus numquam obtinuerit vt insinuari deberent iure Romano de quo nunc solo agimus, non de Gallico ex quo etiã testamenta hodie insinuanda sunt. Quid ergo habent simile aut commune donationes mortis causa cum legatis?

Dec. Donationes causa mortis etsi habent pleraque similia cum contractibus, *§. alia Instit. de donat.* In multis tamen sunt per similes legatis, quòd ad instar legatorum capiuntur, vt hæc lex ait, Iunct. *l. Marcellus 15. l. illud. 37. ff. De mort caus. donat. d. l. vl. C. eod.* Non quia donatoris traditionem nullam exigant vel aliter quàm stipulatione perficiantur quẽadmodum euenit in legatis, quæ non magis traditionem quàm stipulationem requirunt, Sed quia tùm quoque, cùm per traditionem fiunt, etiamsi dominus ille sit qui tradit, nullum tamen ex iis dominium transfertur nisi secuta demùm morte donatoris quia nec priùs perfectæ intelliguntur, *l. non videtur 32. ff. eod. iu. tit. l. quia in hoc tempus ... ff. De donat. int. vir. & vxor.* Nimirũ quia nõ omnis traditio etiam quæ fit à domino, adeoque ex causa iusta dominium statim transfert, sed ea demùm quæ eo animo fit vt statim dominium in accipientem transferatur, Cùm etiam traditio possit fieri sub condicione, nec actus debeant operari vltra intẽtionem agentium, *l. omnia 7. & si q. l. non omnis ... ff. de reb. cr. ... l. qui absenti 37. ff. de acquir. poss.* Nõ autem ille animus est donantis causa mortis vt statim dominium transferatur in donatarium, sed vt ita demùm si mors donatoris insequatur, *d. d. l. non videtur*, quod vel nomen ipsum donationis nomen indicat, quæ non aliam ob rationem donatio causa mortis appellatur. Porrò cùm mors insequitur donatoris, tùm demùm fit translatio dominij, sed non tam potestate traditionis quæ ab initio fuit inefficax quàm legis, quæ dominum facit donatarium eo tempore, quo donator neque tradere, neque dominium transferre amplius possit. Traditio enim sicut non potest fieri in instanti, quia facti est, *l. consilio 7. §. vlt. inf. De curat. furios.* ita neque facta intelligi, ne plus fictio possit quàm veritas, Ergo similes sunt hac parte legatis donationes causa mortis, quia in legatis sola potestas legis illa est, quæ ad conseruandam testatoris voluntatem transfert dominium, licèt hæc non aliter in donationibus causa mortis eueniat quàm si traditio præcesserit, quam ideò semper requirimus interuenisse, at nõ tam quasi causam efficientem translationis dominij qualis est in cæteris contractibus qui fiunt inter viuos, quàm quasi conditionem sine qua non, quia non aliæ donationes causa mortis per legem confirmantur quàm quæ vel stipulationis vel traditionis vinculum habuerunt. Ex quo apparet, non omnibus mortis causa donationibus conuenire quod hic scribitur capi eas ad instar legatorum. Nam quæ per stipulationem contractæ

tractæ sunt nihil simile habent cum legatis, quandoquidem stipulatio qualibet etiam condicionalis ex præsenti tempore vires accipit, *l. si filiusfamilias 78. De verb. oblig.* nec proinde vlla legis potestate indiget vt confirmetur, Ne tùm quidem cùm effectus eius confertur in tempus mortis, *l. cum pater 77. §. Mæuio De legat. 2.* qui etiam in id tempus conferri posset quod mortem sequeretur, *l. vnic. C. vt actiones ab hered. & contr. hered. incip.* Rursum ex illis ipsis donationibus causa mortis quæ per traditionē fiunt, quædam sunt quę ita fiunt, vt ex iis dominium transferatur statim, sed tamen ita vt reuocētur si donator ex illa infirmitate conualuerit, aut donatarius ante donatorem decesserit, *l. 1. versicul. item cùm quis, & seq. ī. de donat. l. 2. inf. De mort. caus. donat. l. sed interim 11. ī. De donat. int. vir. & vxor.* In quibus etiam donationibus non potest necessaria esse legis authoritas ad transferendum rei donatæ dominium moriente aut mortuo donatore, quippe quod per factam traditionem iam ab ipso traditionis tempore translatum fuit, Vt explicauimus pluribus *Decad. Chiliadis nostræ de error. pragm.* Vnde cætera multa peti poterunt quæ ad huius legis interpretationem pertinerent. Cæterùm eo quoque casu quo donationes causa mortis æquiparantur legatis & ad instar legatorum capi existimantur, id est cùm ita fiant vt ex iis dominium non statim transferatur in accipientem, sed tùm demùm cùm mors secuta erit donatoris, Illa tamen inter legata & eiusmodi donationes differētia est, quod lex numquam transfert dominium ex causa legati nisi mortuo iam testatore, id est primo instanti post mortem testatoris, quia quandiu testator vixit, remanet dominus rerum suarum omnium etiam quas legauit, Ne alioqui necesse esset duos eiusdem rei dominos induci eodem tēpore quod non magis fieri potest quàm vt duo sint eiusdem rei in solidum possessores. Aut vt in quo loco ego sto, tu state videaris, *l. 5. §. si duobus vehiculum ī. commodat. l. 3. §. ex contra. 10 ī. De acq. poss. l. duo in solidum 19. infr. de precar.* Viuit autem quandiu mortuus non est. Ergo & cùm moritur: quia, vt solemus dicere, non moritur homo iam mortuus, sed viuus, *l. vlt. ī. De condict. instit. l. qui duos 18. § 1. ī. de manum. testam.* At ex supradictis donationibus causa mortis dominium per legem transfertur in ipso instanti mortis, ac proinde ipso donatore non iam mortuo, sed moriente, & consequenter adhuc viuo, vt nimirum lex suppleat, quod deest potestati traditionis quæ vltimo illo instanti nec fieri à domino, nec facta intelligi potest vt à nobis iam dictum est, & latiùs explicatum *dict. Decade.*

5. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

SVnt & aliæ pleræque.

Ad l. Sunt & aliæ 5.

Coniungenda est hæc lex cum fine *l. 1. supr.* vbi cùm posuisset Vlpianus exemplum transferendi sine traditione dominij in legato, subiungit alias esse plerasque causas, ex quibus scilicet vt Accursius benè explicat, acquiritur dominium sine possessione. Eas porrò causas recenset & congerit Accursius, pene omnes tam in hac lege quàm in *l. si ager 50. sup. tit. 1.* scilicet heredis institutionem ex *l. cum heredes 23. ī. de acquir. poss.* Bonorum possessionem, Ex *l. 1. ī. de bonor. possess.* restitutionem hereditatis, *ex SC. Trebell. ex l. facta 63 in princ. infr. ad SC. Trebell.* Adrogationem ex *§. 1. Inst. de acquis. quæ fit per adrog.* Addictionem bonorum libertatum cōseruandarum causa, Ex *tot. t. Inst. de eo cui libert. caus. bon. addic.* Donationem & venditionem factam ecclesiæ ex *l. vlt. C. de sacros. eccles.* Venditionem factam sub lege commissoria ex *l. commissoriæ 4. Cod. de pact. int. emptor. & vendit.* Aut sub pacto addictionis in diem, *l. si quis hac lege 42. sup. t. 1.* Quod ait ille de heredis institutione, de adrogatione, de bonorum addictione libertatum seruandarum causa, & De donatione aut venditione facta Ecclesiæ verissimum sanè est. Habent enim casus illi omnes hoc commune, quod pendent à lege potestatem suam exercente in causa transferendi dominij. Institutio quidem heredis à lege 12. tabul. *l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. de verb. signific. l. 3. ī. qui testa. facer. poss.* Adrogatio autem à iure non scripto, & moribus populi Romani recepto, *d. tit. Instit. de acquisit. per adrogat.* quod non minorem quàm lex scripta vim & authoritatem obtinet, *l. de quib. 32. cum quatuor sequentibus sup. de legib.* Donatio autem vel vēditio facta ecclesiæ ex lege Iustiniani. Sed quod addit Accursius de bonorum possessione & de restitutione hereditatis facta ex SC. Trebell. minùs ad rem pertinet quia ex his causis transfertur solum dominium bonitarium, non etiam Quiritiarium, vt scilicet res omnes fiant in bonis possessoris aut fideicommissarij non etiam in vero eius dominio, In bonorum quidem possessione quoniam prætoria est, Prætor autem sicuti legem facere nō potuit, ita neque heredem, *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* nec proinde dominum quia heredem veteres pro domino dicebant, *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* In restitutione autem hereditatis fideicommissariæ, quia licèt fiat illa ex authoritate Senatusconsulti Trebelliani quod heredem facere sanè potuisset non minùs quàm lex aut quàm SC. Tertyllianum & Orphitianum si aliud nihil prohibuisset, Attamen non potuit fideicommissarius vniuersalis fieri heres & dominus propterea quòd alius iam heres esset qui etiam post restitutam ex fideicommisso hereditatem nihilominus heres maneret *§. restituta Instit. de fideicomm. hered.* Vni autem heredes duo in solidum esse non possint, *l. quod contra 141. §. vni duo de regul. iur.* vt latiùs docuimus ad *d. l. si ager 50. sup. de rei vindic.* Quod verò subicit Accursius ad *d. l. si quis* hac lege de pacto commissorio & addictionis in diem euidenter falsum est, vt nos ad eum quoque locū ostendimus. Nec minùs falsum illud, quod idem Accursius noster ad hanc legem notat, Posse alios etiam casus notari ex quibus transferatur dominium sine traditione si quis à domino causam habeat & consequenter in quibus Publiciana locum habet, si à non domino. Nam quod affert ex *l. cùm sponsus 12. §. is cui ī. eod.* de eo cui restituta est ex SC. Trebelliano hereditas fideicommissaria quem dicimus posse vti Publiciana prius etiam quàm possessionem nactus fuerit, propriam habet rationem, quia nimirum successor est iurium omnium & actionum quæ defuncto competebant, In quo numero ponimus fuisse Publicianam, vt explicauimus ad *l. 1.*

in fin. ꝟ. Quod autem adfert ex *l. si ego* 11. §. *partus, & §. idem ait ædibus* & *l. si seruus* 15. ꝟ. *hoc tit.* alienus est. Nam in omnibus illis speciebus de partu ancillæ furtiuæ apud bonæ fidei emptorem concepto & apud alium edito, & de iis quæ accesserunt ædificio ædium emptarum ac dirutarum, & de re empta per seruum fugitiuum, Apparet dari Publicianam pro re nondum quidem possessa & tradita, sed quæ tamen accessoria sit ad rem iam traditam anteà & possessam, & quæ ideò tradita ipsa quoque & possessa intelligi debeat per quasdam consequentias. Maximè verò cùm de Publiciana tractamus quæ dominij potiùs quàm possessionis rationem habet. Nec enim requirimus in Publiciana possessionem, nisi propter dominium & in ordine ad dominium, Nec proinde traditionem quæ ipsa nihil nisi possessionis translatio est. Benè igitur Prætor traditionis solius mentionem in hoc Edicto fecit cùm faceret etiam mentionem vsucapionis, quoniam vsucapio nulla esse potest sine possessione nec possessio transferri sine traditione aut alio actu æquipollenti, vt in præcedentibus explicauimus. Nec alia ratio melior vlla quærenda est, vt nec probanda vlla ex iis quas hîc proponit Accursius.

1 ¶ Ait prætor, *Ex iusta causa petet:* qui igitur iustam [a] causam traditionis habet, vtitur Publiciana. Et non solùm emptori [b] bonæ fidei competit Publiciana, sed & aliis: vt puta ei, cui dotis nomine [c] tradita res est, nedum vsucapta: est enim iustissima causa siue æstimata [d] res in dotem data sit, siue non. Item si res [e] ex causa iudicati sit tradita.

Ad §. 1. Ait Prætor.

Explicat Vlpianus verba illa edicti *ex iusta causa,* sic enim Prætor edixit, *si quis id quod traditur ex iusta causa a non domino, l. 1.* ꝟ. Ex quibus verbis apparet malè in hoc §. post hæc verba *ex iusta causa* adiectum esse verbum *petet* quo non est vsus Prætor nisi in illis sequentibus *nec vsucaptum petet* relato scilicet verbo *petendi* ad personam quæ sola petere potest, Cùm tamen ea quæ explicauimus *ex iusta causa* ad traditionis non ad petitionis factum referantur.

a *Qui igitur iustam* Ratio dubitandi. Non ex quacunque iusta possessione Publiciana competit. Nam & pignoratitiæ & precariæ possessiones iustæ sunt. Et ex his tamen non solet tale iudicium competere, *l. quæcunque* 13. §. 1. ꝟ. *hoc tit.* Parum ergo interest quantum ad dandam Publicianam vtrum iusta sit causa possessionis necne.

Dec. Publiciana quæ est vtilis & prætoria in rem actio datur ad exemplum directæ vindicationis quæ datur pro domino, vt quasi dominium non ex aliis causis per traditionem à non domino factam translatum intelligatur, quàm ex quibus dominium verum transferri posset, si traditio à vero domino facta proponeretur, Atqui traditio quamuis à vero domino facta non transferret dominiū si non esset facta & ex iusta causa & animo transferendi dominij, *l. numquam nuda* 31. *infr. De acquir. rer. domin.* Iustam porrò causam hîc intelligere debemus quæ sit iure ciuili cognita & adprobata vt excludamus causas prætorias à solo Prætore cognitas puta ex fideicommisso singulari, *l. qui vsumfructum* 3. ꝟ. *si vsusfr. petet.* Nec eam tantùm quæ sit iure ciuili cognita & adprobata, sed quæ prætereà sit per se habilis ad transferendum dominium, id est quam animus transferendi dominij perpetuò cōcomitetur. Hoc enim omnium maximè requiritur quoties de dominio transferēdo tractatur. Et ideò mirum non est pignoratitias & precarias possessiones nihil prodesse ad Publicianam, quia licèt sint iustæ quantum ad hoc quòd eas quoque ius ciuile agnoscat non tamen sunt habiles ad inducendam dominij translationem cùm neque is qui dat rem suam pignori aut precariò concedit, habeat animum transferendi dominij, neque is qui accipit acquirendi. Nimirum quia neque pignoratitius creditor, neque is qui precariò rogauit nanciscitur possessionem eo animo vt se credat dominum esse, vt eleganter ratiocinatur Caius in *dict. l. quæcunque* §. 1. Possidet enim pro alieno qui possidet iure pignoris aut precario, *l. pignori* 13. ꝟ. *De vsucap. l. certe* 6. § *is qui rogauit* ꝟ. *De precar.* & consequenter non possunt huiusmodi possessiones prodesse ad Publicianā quæ licèt non alij detur quàm ei qui nondum dominus est, datur tamen eo colore quasi iam sit dominus, & quasi iam compleuerit vsucapionem, § *namque. Instit. de action.* Taliter igitur possidere illum oportet vt per illam possessionem & vsucapere & dominium nancisci possit, Quod neque pignoratitio creditori, neque ei qui precario possidet vnquam potest contingere: Huic verò lōgè minùs quàm illi quoniam precaria possessio quamuis iusta sit non tamen pergit ad iudicij vigorem, vt loquitur idem Vlpianus noster in *l. communi* 7. § *inter prædones* ꝟ. *Commun. diuid.* Ergo verum est quod diximus ad dandam Publicianam requiri vt possessio actoris fuerit iusta, sed nō hoc sufficit nisi etiam talis sit, vt ex ea sequi possit per vsucapionem acquisitio dominij. Longeque aliud est sic loqui cum Vlpiano, vt dicas, iustam exigi causam possessionis, Aliud verò sic, vt dicas sufficere, Exigitur, inquam, sed non sufficit. At neque illud semper sufficit, vt possessio sit iusta & ex titulo per se habili ad transferendum dominium, Nisi hoc etiam concurrat, vt ex eo titulo vsucapio sequi possit. Quid enim si de ea re agatur quæ vsucapi nullomodo possit. Ea ipsa ratio impediet Publicianam, quæ impediret si causa & titulus possessionis non esset habilis ad inducendam dominij trāslationem, quia non quodlibet dominium potest inducere Publicianam, sed illud tantùm quod per vsucapionem acquiritur, *d. §. namque* Et hæc ratio est *l. cum sponsus* 12. § *in vectigalibus* ꝟ. *hoc tit.* vbi dicemus. sed quid actori prodesse potest ad Publicianam quòd ex iusto titulo iustaque causa possederit cùm dici soleat aduersus extraneos, id est qui non sunt domini etiam vitiosam possessionem prodesse, *l. vlt.* ꝟ. *de acquirend. poss.* sed dicendum est ob eam nimirum causam necessarium fuisse vt Prætor induceret Publicianam ad tuendum eum qui alioqui nec petitorio nec possessorio iudicio rem obtinere posset, Inducto scilicet actionis colore illo, quasi iam vsucapta re, quæ tamen nondum vsucapta esset.

b *Et non solùm emptori.* Miror hoc adnotasse Vlpianum

num, Non solùm emptori bonæ fidei competere Publicianam, sed etiam aliis, puta ei cui res in dotem data est, & tradita necdum vsucapta, Cùm verba edicti Prætoris illa sint generalia, *id quod traditur ex iusta causa nõ à domino* nec ad causam emptionis magis quàm ad aliam vllam restricta, Nisi ad id fortè respexit, quod frequentius est vt emptori Publiciana prosit quàm vlli alij, sicut & emptionis contractus in republica frequentissimus est, nec frequentior alius vsucapiendi titulus quàm Pro emptore. Qua etiam ratione factum videtur, vt lex duodecim tabularum *emptionis* nomen vsurpauerit ad alienationem quamlibet significandam, *l. statuliberi à cæteris 29. ante fin. ℱ. De statulib.* Itaque nulla ad hunc versiculum dubitandi causa adferri potest.

c *Vt puta ei cui dotis nomine.* Ratio dubitandi. Dotis titulus non videtur habilis ad transferendum dominium in maritum, Cùm dos quamuis sit in bonis mariti sit tamen mulieris, *l. quamuis 75. in princ. ℱ. De iur. dot.* Nec nisi quadam iuris subtilitate videtur dominium rei dotalis constante matrimonio transire in maritum, quod reuera est tùm quoque mulieris, vt ait Iustinianus in *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* Vnde est quod serui dotales alieni dicuntur marito, *l. si constante 24. §. si maritus in fin. ℱ. solut. matr.* Ergo titulus dotis non est habilis ad inducendam Publicianam, Præsertim verò cùm non soleat dominium transferri ex causa temporali, Dominia enim non ad tempus sed in perpetuum acquiri oportet, Quæ prima fuit natura & origo dominiorum iure gentium per occupationem acquirendorum, *l. ex hoc iure 5. sup. De iust. & iur. §. feræ igitur bestiæ Inst. De rer. diuis.* Causa verò dotis videtur esse temporalis cùm soluto quandocunque aut quomodocunque matrimonio quod tandem alterutrius coniugum morte solui necesse est, dos restituenda sit vel mulieri ipsi vel heredi eius, *Tot. sol. matr. quem. adm. dos pet. D. & C.* Igitur dotis causa non videtur habilis & sufficiens ad inducendam Publicianam, si fortè res aliena in dotem data sit & tradita marito, quæ etiamsi propria mulieris fuisset, maritum tamen hodie dominum non haberet.

Dec. Dos quidem mariti non est sed mulieris, licèt sit in bonis mariti, *d. l. quamuis.* Nec enim maritum dotatum dicimus, sed mulierem ipsam vel dotatam vel indotatam, *l. si donaturus 9. § 1. ℱ. de cõdict. ob caus. dat. l. 4. § apud Iulianum 22. ℱ. de dol. mal. except. l. vlt. § 1. ℱ. quæ in fraud. credit.* In bonis autem mariti dotem quoque ipsam esse dicimus, quia eius persequendæ gratia actionem habet, eius verò retinendæ nomine exceptionem, *l. rem in bonis 51. de acquirend. rer. domin.* Sed res ipsa dotalis transit haud dubiè in dominium mariti per traditionem, dummodò ab ea persona factam, quæ dominium habuerit, *l. doce 9. C. de rei vindic.* & apud Iustin. initio *Tit. quib. alien. licet vel non.* Dotis enim causa non temporalis est, sed perpetua cùm dos detur eo animo & voto vt perpetuò sit penes maritũ, licèt ex postfacto contingat vt eam restitui oporteat, *leg. 1. infr. De iur. dot.* Nimirum quia non ideò minùs nostrũ quid dicere possumus, quòd eius dominium à nobis discedere & abire aliquo casu possit, *l. non ideò 66. sup. tit. prox.* Et verò quis negare possit dotis causam iustam esse? quæ omnium iustissima est, vt Vlpianus hîc scribit, & fauorabilissima propter spem & fauorem procreandæ sobolis ad amplificandam rempublicam, replendamque liberis hominibus ciuitatem, *l. 1. ℱ. solut. matrim. l. interest 18. infr. de reb. author. iudic. possid.* Aut quis eam iure ciuili cognitam esse neget, cùm sicuti matrimonia sunt iuris naturalis, ita & dationem dotis necesse sit esse iuris gentium *l. 1. § ius naturale sup. de iust. & iur.* Nec tantummodo bonitarium dominium à muliere in maritum transfertur, vt nos aliquãdo putabamus. sed etiam quiritarium, vt ex eo euidenter constat, non quòd habet vindicationem, *d. l. doce.* Quippe quæ etiam bonitario domino datur, *l. in rem 23. in princip. sup tit. 1. & d. l. rem in bonis*, & apud Vlp. *Tit. 19. De acquisit. rer.* vbi ait in actionibus exercendis dominum bonitarium semper quiritario præferendum tanquam qui omnes dominij vtilitates habere debeat; Quiritiarius verò nihil nisi nudum nomen iuris Quiritium quod antiquæ subtilitatis ludibrium vocat Iustinianus in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. tollend.* Sed ex eo maximè, quod negari non potest quin Titulus dotis sit habilis ad vsucapiendum ex *tot. tit. ℱ. Pro dote*, Nemo autem dixerit per vsucapionem acquiri dominium bonitarium duntaxat non etiam Quiritiarium, cùm vsucapio vnus fuerit ex illis sex modis acquirendi dominij ex iure Quiritium, non autem dominij bonitarij, vt iam toties inculcauimus ex Vlpiano in *d. Tit. De acquis. rer. & l. 3. ℱ. de vsucap. l. traditionib. 20. C. de pact.* Ergo neque per traditionem rei à muliere domina, vel ab alio domino ex causa dotis factam credendum est transferri dominium bonitarium duntaxat, sed etiam quiritiarium, Ne alioqui dicendum sit minoris esse potestatis traditionem factam à domino, quàm vsucapionem secutam ex causa traditionis factæ à non domino? quod vtique esset absurdissimum. Quid enim aliud facere vsucapio potest, nisi vt suppleat quod traditioni à non domino factæ defuit? Eáque ratio esse videtur, propter quã in *d. l. traditionib.* mentio fit traditionis priusquàm vsucapionis, tanquam quæ vsucapione dignior sit, & anterior & potentior ad dominium transferendum. Mirum autem videri non debet distinguere nos dotem à re dotali. Dos enim iuris nomen est, potéstque esse etiam sine corpore vt hereditas, *leg. hereditas 50 supr. hered. petit.* Fundus autem dotalis est nomen corporis. Sic hereditatem separamus à rebus hereditariis, sic vsumfructum à fructibus, adeoque à perceptione fructuum quæ scilicet facti est cùm vsusfructus ipse sit iuris, *l. si vsusfructus 66. ℱ. De iur. dot. l. necessario 8. § vlt. inf. de peric. & comm. rei vendit.* Quidni ergo etiam dotem à rebus dotalibus? Argumento est quod soluto matrimonio morte mulieris remanebat olim dos aduentitia penes maritum, eiúsque lucro cedebat siue ab extraneo data esset siue à muliere nisi fuisset interposita stipulatio de ea reddenda quæ receptitia dos dicebatur, vt apud Vlp. & Caium, *Tit. De dotib.* Idque non per speciem acquisiti noui cuiusdam dominij, sed quasi acquisito etiam ex die acceptæ dotis dominio. Dos verò à patre profecta ad patrem quidem reuertebatur mortua in matrimonio filia, *l. dos à patre 4. C. solut. matrim* sed non tam ex ratione iuris quàm ratione miserationis, *l. iure succursum 6. infr. De iur. dot.* Hoc verò cur ita? Nisi quia dominium rerum dotalium pleno iure quæsitum fuerat marito, & ex iure ipso Quiritium. Argumento etiam est quod soluto morte viri matri-

Digitized by Google

monio, dos tedibat quidem ad mulierem, hactenus scilicet vt pro dotis repetitione haberet actionem de dote, At non etiam dominium rerum dotalium nisi retrotraditione secuta quam à viri heredibus fieri oportebat, Adeò vt nec citra eorum licentiam haberet mulier vllam facultatem ingrediendi possessionem rerum dotalium, *l. dotis actione 9. C. solut. matrim.* Et quod contrà Iustinianus constituit in *d. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* nouum ius est & ex mera, peruersaque Iustiniani iurisprudentia non ex vetere & Papinianea, vt alibi iam diximus. Nam quod Vlpianus in *dict. l. si constante 24. §. si maritus in fi.* dotales seruos marito alienus esse dixit, minùs propriè dictum certè videri debet, ac ratione illa quòd licèt sint mariti quandiu sunt dotales & secundum præsentem statum, in eo tamen sunt vt possint aliquo casu definere esse dotales, & consequenter definere mariti esse atque ita fieri alieni, quod euenire posse debuit maritus prospicere cùm in seruos dotales supra modum sæuiebat, arg. *l. si quis domum 9. §. inde quæris* ff. *locat.* ideoque potest ei imputari cur in eos sæuierit tanquam in suos eum in eos sæuire potius deberet tanquam in alienos. Et verò ad quid fuisset necessaria lex Iulia de fundo dotali non alienando per maritum ne quidem vxore consentiente si maritus non esset dominus fundi dotalis tempore ipso alienationis? Et cùm alienatio nihil aliud sit quàm actus omnis per quem transfertur dominium, vt ait *l. 1. Cod. de fund. dotal.* fierine poterat, vt maritus vendendo, tradendóque fundum dotalem, transferret dominium quod non haberet? Neque verò alterius dominij translationem prohibere lex potuit, aut debuit, quàm quod esset legitimum, Porrò nec legitimum aliud vllum est quàm quiritiarium, *d. l. vnic. de nud. iur. Quirit. toll. ind. l. qui vsumfructum. 3.* ff. *si vsusfr. pet.*

d *Sine æstimata.* Ratio dubitandi. Æstimatio rei dotalis facit emptionem, ideoque is demum fundus propriè dotalis dicitur, qui marito in dotem inæstimatus datus est, *l. vnic. §. cùmque ex stipulatu versic. sed & nouissimi C. de rei vxor. act.* Non fuit ergo cur Vulpianus hîc dationem fundi æstimati in dotem, ab emptione de qua iam dixerat, separaret.

Dec. Æstimatio quidem dotalis fundi facit emptionem, vt & alia ferè qualibet speciei æstimatio, quæ ob eam causam solet transferre periculum in accipientem, *l. 5. §. vlt.* ff. *de æstimat. act. l. plerumque 10. & seqq.* ff. *de iur. dot.* Sed non tamen facit venditionem aut emptionem simplicem, sed dotis causa, Inter quam & simplicem multû interest, vt constat ex *l. quoties 16. eod. tit.* Itaque datio dotis licet æstimatæ dotem nihilominus facit non emptionem, ac proinde benè hîc ab Vlpiano ab emptione separata est. Porrò ponendum est cum Accursio dotem siue æstimatam siue non æstimatam fuisse datam à non domino, sed acceptam bona fide, vt vsucapio sequi & de Publiciana tractari possit.

e *Item si res.* Ratio dubitandi. Per iudicatum vel transfertur dominium in victorem vel non transfertur, si transfertur, non indiget neque potest vti Publiciana victor qui iam dominus effectus est ex causa iudicati, si non transfertur, Ergo ne si dominus non fuerit is qui condemnatus est, Publiciana tamen competet victori qui neque si condemnatus dominus fuisset, dominium tamen nanciseeretur. Aut si qui Publicianam hoc casu victori dare volet, necesse erit vt fateatur, ergo dari eam debere contra dominum, quod fuerit contra vulgarem regulam iuris, *l. penultim. & vltim. infr. hoc titul.*

Dec. Cùm is qui condemnatus est fuit dominus non quidem transfertur dominium in victorem ex sola iudicati authoritate siue actione personali actum sit, siue reali, quia iudicatum titulus duntaxat est, non etiam modus transferendi dominij, vt emptio, donatio & alij contractus si non sequatur traditio, *l. si ex stipulatione 5.* ff. *de acquir. poss.* Sed si traditio sequatur, transfertur dominium per traditionem quæ hoc casu reperitur non nuda eùm iustam causam habeat, id est authoritatem iudicati perinde ac si emptionis vel donationis, vel alium quemlibet iustum titulum haberet pro causa, *l. nunquam nuda 31. De acquir. rer. domin.* Ergo si tradatur res ex causa quidem iudicati sed à nō domino, quia dominium transferri non potest, ne quidem per traditionem, Multò minùs ex solo iudicato, Necesse est solam transferri causam vsucapiendi & Publicianam, qua possit victor vti non contra dominum, sed aduersus alium quemlibet. Sed quomodo fieri potest, inquies, vt ex causa iudicati res tradatur, cùm per sententiam condemnatoriam lis semper æstimanda sit, & consequenter in pecunia, Nemo autem ad rem aliquam præcisè tradendam aut ad faciendum aliquid vnquam condemnetur *l. 4. §. at Prætor l. si quis ab alio 13. in fin.* ff. *De re iudic.* Respondeo, Cùm de dominio contenditur in rei vindicatione directa eum ordinem iudicij esse debere, vt antequam ad condemnationem perueniatur, pronunciari oporteat rem esse petitoris. Quo facto si possessor victus non restituat rem arbitrio iudicis tanquam boni viri, tum demùm condemnandos est quanti actor sua interesse in litem iurauerit, *l. ex diuerso 35. l. qui restituere 68. supr. tit. prox.* Porrò certum est per eiusmodi sententiam nullo casu dominium transferri in accipientem posse. Nam vel verum est rem petitam esse petitoris, vel non. Si verum est petitoris esse, non magis potest sententia in eum transferre dominium quàm facere vt quod meum est magis fiat meum, *§. sic itaque Instit. de action.* Quòd si res petita quam pronunciatum est petitoris esse, fuit aliena, vt in *d. l. 35. §. 1. supr.* quis dicat ex persona victi qui non fuit dominus transferri posse dominium in victorem authoritate iudicis in præiudicium domini absentis & ignorantis? An non hoc esset Ignorantis condicionem facere deteriorem. Contra *l. solvendo 39. sup. De negot. gest. l. 1.* ff. *quod vi aut clam.* Id quod alienum est sine facto domini ei auferre contra, *l. id quod nostrū 11. De regul. iur.* Denique iniuriarum occasionem inde proficisci, vnde iura nascuntur, id est à iudicis authoritate contrà *l. meminerint 6. C. vnde vi.* Nullo igitur casu potest ex iudicato transferri dominium, Multò minus ex sententia condemnatoria per quam reus ob non restitutam victori possessionem rei petitæ tanti condemnatur quanti actor in litem iurauerit, cùm ea condemnatio semper fiat in pecunia, vt diximus quæ in genere consistit non in re aliqua certa, sed si victus possessor rem petitam tradat quod ei fabere omnino necesse est, & arbitrio iudicis parere si grauiorem eius quod interest condemnationem euitare velit, vt diximus ad *d. l. qui restituere ex l. vlt.* ff. [illegible]

De

De fideiuss. Tum verò interest scire an victus fuerit dominus necne. Nam si fuit dominus, nihil potest illa traditio etiam cum authoritate iudicati coniuncta transferre nisi possessionem, in eum scilicet qui iam est dominus, vt suprà diximus. Si verò non fuit dominus, traditio quæ dominium rei alienæ transferre in accipientem non potuit, transferet tamen causam vsucapiendi, Cùm hîc adsint omnia quę ad vsucapionem requiruntur, Possessio nimirum, bona fides & titulus iudicati, qui licèt per se solum & sine traditione non sit habilis ad transferendum dominium, siue dominus fuerit is qui fuit victus, siue non fuerit, adeoque nec si iudicatum sequatur traditio, vt docuimus, nisi eo casu quo is qui victus est dominus fuerit, iustam tamen præbet vsucapiendi causam omni casu quo traditio facta sit ex iudicato à non domino. Et hic sanè sensus est huius loci, In quo tamen inuestigando mirum est quantum Accursius cæterique glossatores se torqueāt, Sed tamen sequentes leges ostendunt intelligendum potiùs Vlpianum de ea re non de qua iudicatum fuerit & quam pronunciatum sit esse petitoris, sed de re quæ ex causa iudicati tradita sit in solutum pro pecunia in condemnationem deducta, vel quæ sit noxæ dedita, si fortè ex serui delicto dominus noxali actione conuentus fuerit & condemnatus. Quibus casibus verum est & indubitatum si condemnatus fuerit dominus rei vel in solutum traditæ vel pro noxa deditæ transferri dominium in accipientem. Si verò non fuerit dominus transferri duntaxat causam vsucapiendi & Publicianam. Itaque non est distinguendum cum Bartolo an reus personali actione conuentus fuerit an reali cùm neutro casu dominium per sententiam transferatur, nec minùs in reali actione quàm in personali condemnationem pecuniariam ferri necesse sit, *dict. l. qui restituere & dict. l. vltim. De fideiuss.* Neque rursus an tradita sit illa ipsa res quæ debebatur, aut petebatur, iuxta arbitrium iudicis ad euitandam condemnationem pecuniariam. An verò ex causa condemnationis pecuniariæ data sit res aliqua in solutum aut pro noxa, Nam quamuis neutro casu ex sola sententia transferatur dominium, vtroque tamen transfertur per traditionem, si modo facta sit à domino, siue à non domino, transfertur vsucapiendi causa, vt ex ea traditione sequi vsucapio possit. Sed de tota quæstione ista, vtrùm per sententiam dominium transferatur, videnda sunt quæ contra Bartolum aliósque interpretes disputauimus *Decade vltima Chiliadis nostræ De erroribus pragmat.*

4. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

VEl soluendi causa.

Ad l. Vel soluendi causa 4.

Id est per dationem in solutum, aut addictionem pignorum in iudicati executione captorum quæ solutionis loco cedit, *l. a Diuo Pio 19. §. si pignora infr. De re iudic.* Ratio dubitandi. Datio in solutum venditionis quodammodo loco est, & venditionis vicem obtinet, vt loquitur, *l. si prædium 4. C. de euict. l. in numerationibus 44. inf. D. solu.* Ergo non debuit hic casus distingui ab illo de quo iam diximus, quo Publiciana ei detur qui ex causa emptionis possidet.

Dec. Alius contractus est venditionis, alius dationis in solutum, & quamuis datiò in solutum proximè ad venditionem accedat, in multis tamen ab ea differt. Ac in eo primùm quod datio in solutum perficitur re tantùm & incipit à traditione sicuti contractus innominati, Cùm tamen conditio fiat & perficiatur consensu. Item in eo quod vendi potest etiam res aliena, *l. rem alienam 28. infr. De contr. empt.* Dari autem in solutum non potest adeò vt nec aliter valeat datio in solutum quàm si res quæ datur fiat pro solido accipientis, *l. si quis aliam 47. infr. De solut.* quomodo nec valeat si maioris precij res pro falsa minorisve debiti quantitate soluta sit, ne is qui accipit compellatur inuitus ad communionem, *l. si non sortem 26. § fi. centum inf. De condict. indeb.* Et ratio est, quia datio in solutum solutio est, paritque liberationem debiti, *dict. l. in numerationibus*, Non autem potest contingere liberatio speciei vel pecuniæ debitæ, nisi per solutionem dominium eius rei quæ soluitur, in accipientem transferatur, *l. si alienam 78. eod. tit.* Idque nomen etiam ipsum dationis demonstrat, Cùm date nihil aliud sit quàm dominium transferre, *l. vbi autem 75. §. vlt. inf. De verb. obl. §. sic itaque Instit. de action.* Alius ergo est titulus vsucapiendi Pro emptore, Alius Pro soluto, *l. pro soluto 46. infr. De vsucap.* vbi hanc ob causam vulgata editio inchoat titulum separatum Pro soluto, qui tamen in Florentina nullus est. Et consequenter vtroque casu competet Publiciana non minùs si ex dationis in solutum quàm si ex emptionis causa, res tradita fuerit & possessa. Addictionis quæ fit in executione iudicati eadem ratio est, Addictio enim rei & dominij est, non possessionis, & proximè accedit ad dationem in solutum, *d. § si pignora.* ideoq; addici res aliena non magis quàm in solutum dari potest, sed si aliena fuit res quæ addicta est, vsucapio ex ea causa perinde atque ex datione in solutum sequi poterit, & consequenter Publiciana locum habere.

5. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

VEl ex causa noxæ deditionis: siue vera causa sit, siue falsa[a].

Ad l. Vel ex causa 5.

Ratio dubitandi. Noxæ deditio fit ex lege duodecim tabularum, *l. miles 6. §. decem inf. De re iudic.* & apud Iustin. *Tit. de noxal. act.* Ergo per eam transfertur dominium cùm lex sit vnus ex modis sex acquirendi dominij, vt diximus ad *l. 1. sup.* ex Vlpian. *Tit. 19. De acquisit. rer.* & quidem præcipuus, Cùm lex regina sit, & domina rerum ac personarum omnium quæ sunt in republica, *l. 1. & 2. sup. de legib.* Vt proinde nec distinguendum videatur an noxæ deditio facta sit à domino, an à nō domino. Quod si ita est frustra quæritur de Publiciana quæ numquam datur domino. Argumentū est quod nec dominus agere potest rei vindicatione in seruū noxę deditum aduersus eum cui facta deditio est, Nisi

offerat litis æstimationem, *l. & generaliter 28. inf. de noxal. act.*

Dec. Lex domina quidem est, & regina omnium rerum quæ sunt in republica, sed quæ dominium illud exercet politicè non despoticè, vt Philosophici nostri post Græcos loquuntur. Itaque numquam de dominio cuiusquam rei disponit, nisi ex voluntate domini vel saltem ex aliqua necessitate publicæ vtilitatis. Proinde si noxæ deditio facta sit à non domino, fieri certè nequit vt dominium in accipientem transferatur, Præsertim cùm in hoc transferendi dominij modo lex interponat factum hominis tradentis nec potestatem & authoritatem suam solam interponat: Quod tamen etiam cùm facit, non alia de causa facit quàm vt factum ipsum hominis repræsentet, *l. vlt. C. si mancipata fuer. alien.* ad est, vt quod lex facit homo ipse facere videatur, Propter quam causam non alius legis effectus hac parte esse potest aut debet, quàm si hominis factum interuenitet. Porrò traditio à non domino facta numquam transfert dominium, *leg. traditio 20. De acquirend. rer. domin.* ex regula *l. nemo plus iuris 54. De reg. iur.* Ergo neque per legem transferri potest aut debet vnquam dominium rei alienæ in præiudicium domini. Nec est contrarium, quod seruum à non domino deditum pro noxa vindicare tanquam suum dominus non potest. Id enim absolutè verum non est sed sub ea duntaxat exceptione quæ ponitur in *dict. l. & generaliter*. Nisi offerat litis æstimationem quam offerre ideò debet, quòd cùm sit ipse dominus serui perinde actione noxali tenetur atque si is qui dominus non erat, & seruum noxæ dedidit conuentus ea actione non fuisset. Nec enim noxalis actio per errorem facti instituta contra non dominum potest videri consumpsisse actionem quæ contra dominum ipsum competebat. Cæterùm si paratus sit dominus litis æstimationem offerre possessori, non est prohibendus à vindicatione, quam tamen non haberet si per noxæ deditionem à non domino factam dominus esse desiisset. Planè quamuis noxæ deditio à non domino facta transferre dominium nequeat, transfert tamen vsucapiendi conditionem quia scilicet traditionis titulus iustus est, & legitimus, ac proinde Publicianam quoque hoc casu competere negari non potest, ex ea scilicet causa, ex qua vsucapio sequi possit, *dict. leg. & generaliter*. Sed & consequens est superioribus, vt hæc Publiciana speciale ius illud habeat quod regulariter cæteræ non habent, vt etiam contra dominum ipsum exerceri possit, *dict. leg. & generaliter*, Eadem nimirum ratione, quæ eundem dominum posset à vindicatione summouere, quia cùm ipse tanquam dominus noxali actione teneatur, recusare non potest quominùs aut litis æstimationem præstet, aut seruum pro noxæ dedito relinquat, quem, si iam deditus non esset, nunc dedere cogeretur.

a *Siue vera causa sit siue falsa.* Ratio dubitandi. Traditio quæ causam non habet adeoque iustam non est habilis modus transferendi dominij, & dicitur nuda, *l. numquam nuda 31. infr. De acquir. rer. domin.* Traditionis igitur causam aliquam subesse oportet, & quidem veram, quia quæ falsa est, nulla est aut saltem simulata. Quicquid autem simulatum est pro infecto habetur, *l. si ex precio 6. C. si cert. pet.* Atqui traditio quæ si à domino facta esset, dominium tamen non transferret, multò minùs Publicianam potest inducere cùm facta est à non domino. Ergo vt Publiciana competat ex causa noxæ deditionis, causam dedendi veram esse oportet, non falsam.

Dec. Multum interest an traditionis causam dicamus veram esse oportere ad transferendum dominium, an verò iustam. Causam quidem aliquam subesse oportet, & quidem iustam, id est talem quæ si vera esset iusta esset, sed veram esse necesse non est, sufficitque subesse illam in opinione & voluntate tradentis, id est, vt qui tradit, putet se tradere ex causa iusta, ad hoc vt dominium in accipientem transferatur. Nam & inde fit vt qui alij rem suam tradit quasi debitam ex iusto titulo, quæ tamen ex nullo debita sit, nihilominus dominium rei suæ in accipientem transferat, quod tamen non transferret, si causa non esset iusta, *dict. leg. numquam*, quemadmodum neque condiceret si causa esset vera. Inde namque nata est condictio debiti quæ sicuti supponit semper traditionem factam esse per errorem ac proinde ex causa falsa. Ita & factam esse ex causa iusta, id est, quæ si esset vera, futuiet habilis ad inducendam translationem dominij, *l. 1. & tot. tit. De condi. indeb. l. cuius per errorem 53. De reg. iur.* Benè igitur Vlpianus hîc scribit, *siue vera causa sit siue falsa*, non autem *siue iusta causa sit siue iniusta*. Iustam enim causam interuenire omninò necesse est, *l. 1. & 3. §. 1. supr.* Vt intelligamus quanta differentia sit inter causam & veram & falsam. Sed maximè hoc obtinet in ea noxæ deditione de qua hîc agitur, id est quæ fit in executione iudicati vt fieri regulariter solet ad euitandam condemnationis executionem, *dict. §. decem.* Nam & licet causa deditionis sit falsa forte quòd seruus deditus nullum delictum admiserit, habetur tamen pro vera, cùm res iudicata pro veritate habeatur, vt est in iuris regula. Scilicet quantum ad condemnatum, & quantum ad cæteros omnes præterquàm quod ad dominum. Is enim si paratus sit seruum defendere & ipsius innocentiam purgare neque eum vindicare prohibendus est, neque Publicianam à possessore metuere debet nulla etiam oblata litis æstimatione. Cùm res inter alios iudicata ei nocere non debeat, *tot. tit. C. res inter alios act.* Ex *Titul. C. quib. res iudic. non nocet.* & ne domino absentia sua vel ignorantia noceat, *l. 2. §. vltim. supr. si ex noxal. caus. agat. l. electio 16. §. vltim. infr. De noxal. action.* Quod secus est, cùm dominus delictum fatetur nec aut eum defendere vult, aut litis æstimationem præstare. Igitur quantum ad hoc interest in causa noxæ deditionis vera sit an falsa. In cæteris non interest.

6. PAVLVS libro nonodecimo ad Edictum.

ITem si seruum ex causa noxali, quia non defendebatur, iussu prætoris duxero, & amisero possessionem: competit mihi Publiciana.

Ad l. Item

Ad l. Item si seruum 6.

Ratio dubitandi. Seruus qui cùm ex noxali causa non defenderetur, ductus est ab actore iussu Prætoris, non fit in dominio quiritiario eius qui duxit, etiam si dominus fuerit is qui seruum defendere potuit & debuit, nec voluit. Quia Prætor sicuti legem facere non potuit, ita neque dominum vt nec heredem, cùm dominium extra alios modus in quibus factum domini non interuenit non nisi per legem transferatur, *§. quos autem Institut. de bonor. possess.* iunct. *§. vltim. Institut. de heredit. qualit. & differ.* & apud Vlpianum *Tit. 19. De acquisit. rer.* Ergo nec Publiciana actori competet si seruus fuit alienus, siquidem traditio quæ ei facta esset à vero domino transferre dominium non potest, ea si à non domino facta sit nec Publicianam potest inducere, vt diximus in præcedentibus.

Dec. Ductus ex noxali causa iussu Prætoris seruus licèt non acquiratur actori iure dominij quiritiatij, fit tamen in bonis actoris cuiuscunque tandem ille sit, quia eum alicuius domini seruum esse necesse est: Dominus autem quisquis ille sit, seruum qui noxiam fecit debet defendere aut pro eo soluere litis æstimationem, *leg. 1. & tot. titul. De noxal. action.* Nec distinguimus hac parte an præsens sit an absens, Nisi hactenus vt absenti reuerso salua sit defensio præterquàm si dolo malo abfuit, ita vt pro præsente haberi debeat, *l. 2. §. vltim. supr. si ex noxal caus. agat. leg. electio 26. §. vltim. infr. de noxal. action.* Fit igitur in dominio actoris bonitario, quod omnes habet vtilitates dominij, adeò vt competant ei actiones omnes quæ domino quiritiario competerent, *leg. rem in bonis 52. infr. de acquirend. rer. domin.* ita vt si cum quiritiario conueniat, etiam illi sit præferendus, vt scribit Vlpianus *dict. Tit. 19. De acquisit. rer.* Sed & quod magis est, dominus hic bonitarius si per statutum tempus rem possederit, ex bonitario fit quiritiarius, quoniam vsucapio semper adiicit dominium quiritiarium bonitario, *leg. si finita 15. §. Iulianus scribit infr. de damn. infect.* Nec ad hunc casum pertinet, quod dici solet, Eum qui iam dominus est non posse magis fieri dominum, *§. sic itaque Instit. de action. l. in bello 12. §. si quis seruum De captiu. & postlim.* Id enim obtinet quidem in eodem dominij genere, non etiam in diuersis. Qui enim iam bonitarius dominus est, fieri adhuc potest quiritiarius, *dict. §. Iulianus* & *l. qui vsumfructum 3. inf. si vsusfruct. pet.* Sufficit autem ad vsucapionem quæ nihil nisi adiectio dominij est, *leg. 3. infr. de vsucap.* vt dominium aliquod adiicere bonitario possit, Potest autem adiicere quiritiarium. Ea igitur ratio facit vt si actor possessionem quam prætore authore cum dominio bonitario nactus fuerat, amiserit Publicianam habere debeat ad eam recuperandam, quam habebat ex iusta causa & habili ad vsucapiendum, vt perinde possit rem vindicare per Publicianam ac si iam vsucapionem compleuisset, *§. namque Institut. de action.* Quippe quam complere: si interrupta & vsurpata eius possessio non fuisset. Quare nec distinguemus, An seruus proprius fuerit eius qui Publiciana conuenitur, an alienus. Nam contra dominum quoque non minùs quàm aduersus alium quemlibet Publiciana hoc casu exerceri potest, *leg. & generaliter 28. infr. De noxal. action.* propter rationem quam attulimus ad legem præcedentem: Quid? An non diximus dominum bonitarium actiones omnes exercere posse, quas quiritiarius posset, *dict. leg. rem in bonis*, Adeoque domino quiritiario esse præferendum? Ita sanè est, sed cum hac tamen distinctione, quoad actiones quæ competunt domino bonitario directæ & ciuiles esse non possunt, sed prætoriæ tantùm & vtiles, quia dominium bonitarium nisi ex Prætoris iurisdictione nullum esse potest, vt proinde nihil omnino intersit an vtilem actionem à Prætore habeat, an Publicianam, quæ & ipsa nihil nisi vtilis, & prætoria actio est, *leg. 1. supr.* Nam vindicationem directam & ciuilem certum est non posse competere domino bonitario qui actionis huius verba illa solennia, *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, proferre nullo modo potest. Quantò minùs possit contra dominum ipsum qui rem petitam, ex iure Quiritium possit suam verè dicere? Denique inauditum est vt vindicatio ciuilis quæ non nisi vero domino competit detur aduersus verum dominum, qualis est is qui Quiritiarius est. Eáque nimirum ratio est propter quam nec Publiciana dari contra verum dominum potest, *leg. penultim. & vltim. inf. hoc titu.* Nisi cùm æquitas aliqua aliter postulat cùm nec nisi ex æquitate Publiciana actio proficiscatur vt & ceteræ omnes Prætoriæ, & vtiles, vt ad illas leges dicemus, Quomodo in specie proposita æquitas facit, vt contra dominum quoque Publiciana danda sit si noluit aut seruum ab actore ductum defendere, aut pro eo litis æstimationem præstare. Maximè cùm sit plus quàm possessor bonæ fidei is, qui iam seruum in bonis habet, Cùm dominus sit bonitarius, *dict. leg. electio 26. §. vltim. infr. de noxal. action* vbi dicitur restituendam esse à Prætore noxalem actionem ei qui iussu Prætoris seruum abduxit quòd in bonis suis seruum fecerit, atque ita dominium adquisierit, Dominij autem acquisitione, vt lex ait, confundatur actio noxalis quæ non nisi contra dominum datur. Ex his porrò intelligimus ad dandam Publicianam non requiri titulum legitimum & ciuilem, sed sufficere Prætorium, vt puta si ex causa damni infecti possidere quis cœperat. Nam & hic siue in possessionem non admissus siue inde eiectus fuerit non modò vtile interdictum habet: sed etiam Publicianam, *l. damni 18. §. penultim. infr. de damn. infect.* quia nimirum poterat vsucapere, *d. l. si finita 15. § Iulianus eod. ill. tit.*

7. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

SEd & si res adiudicata sit, Publiciana actio competit.

Ad l. Sed & si res 7.

Ratio dubitandi. Per adiudicationem factam à iudice transfertur dominium ipso iure in tribus illis iudiciis quæ vulgo diuisoria appellantur Familiæ

ercifcundæ, Communi diuidundo & Finium regundorum, *§. vltim. Institut. de offic. iudic.* Fuit enim *adiudicatio* vnus ex modis illis sex veteribus acquirendi iure Quiritium dominij, de quibus suprà diximus ex Vlpiano in *Fragmen. Tit. 19. De acquisit. rer.* Adeoque sine traditione, soláque iudicis authoritate interueniente, Propterea quòd hanc potestatem his casibus lex duodecim tabularum iudici dedit. In quo noster errauit Accursius, qui traditionem hîc necessariam esse putat, Alioqui dabitur, inquit, actio in factum vel condictio ex lege non Publiciana, Ex *§. vltim. huius legis.* Aliàs *l. traditionem inf. & l. si per errorem 17. infr. De vsucap.* Quod non ita est. Nec enim illis actionibus indiget is qui cùm sit iam dominus ipso iure, & quidem ex iure Quiritium habet vindicationem, Neque ad hunc casum aptari potest quod de personalibus illis actionibus dandis scriptum est in *lege ne in arbitriis 4. §. sed & si ipse Cod. de recept. arbitr.* Et verò cùm adiudicatio sit vnus modus transferendi dominij ex iure Quiritium, traditio autem alius modus & separatus, Cur vtriusque modi concursum requiramus ad transferendum dominium alterutro sufficiente? Rursum si adiudicatio sola transfert dominium, ideoque vindicatio ex adiudicatione competit, quid adhuc egemus Publiciana?

Dec. Adiudicatio quidem à iudice facta ex iudiciis illis diuisoriis sufficit ad transferendum dominium sine possessione, multoque magis sine traditione, Sed hoc tùm obtinet cùm res adiudicata fuit reuera communis ei cui facta est adiudicatio cum alio in iudiciis Familiæ ercifcundæ & Communi diuidundo, In iudicio autem Finium regundorum si de finibus controuersia fuit, inter eos quos constet dominos esse & proprietarios fundorum vicinorum. Id enim est quod dici solet Iudicium finium regundorum ciì pro vindicatione & de proprietate, *leg. 1. 2. 3. & 4. in princip. infr. Fin. regundor.* At si aliena res repetatur quæ adiudicata est, id est, quæ ad eum contra quem adiudicatio facta est vel ex nulla, vel ex minore parte spectabat, non potest adiudicatio dominium in vicinum aut socium transferre quod vicinus alius, aut socius non habuit. Hoc igitur casu dominium quod per adiudicationem transire non potuit, nec si veram traditionem comitem habuisset, necesse est, vt acquiratur per vsucapionem, quæ porrò cùm nulla esse possit sine possessione in quo maximè differt ab adiudicatione, & cessione in iure, & lege, *l. sine possessione 25. infr. De vsucap.* consequens omnino est, vt nec aliter possit ex adiudicatione huiusmodi competere Publiciana, quàm si is cui facta adiudicatio est iam possidere rem cœperat, & eam possessionem postmodùm amiserit, *dict. leg. si per errorem 17. eod. titul.* quæ licèt de vsucapione tantùm loquatur, ad Publicianam tamen benè extenditur quæ propter cœptam duntaxat nec dum completam vsucapionem conceditur. Sed non est consequens vt sicuti possessio & ad vsucapionem & ad Publicianam necessaria est, ita sit etiam necessaria traditio, Nec enim quicquam prohibet nancisci quem rei alicuius possessionem aliter quàm per traditionem, vt puta propria authoritate, dummodò id fiat sine vicio, fortè ex aduersarij voluntate, vt in *l. creditores 3. Codice de pignorat.* aut ex iudicis permissione quæ quoties adiudicatio fit, semper interuenisse intelligitur. Adiudicatio siquidem non tantùm dominij, sed etiam possessionis addictio & translatio quædam est per solum iudicem facta, etiam inter inuitos, quandoquidem fit illa in iudicio quod semper in inuitum redditur, tùm quoque cùm litigatores consentiunt in eo quod iudex pronunciandum habeat, *l. inter stipulantem 83. §. 1. De verbor. obligat.* iunct. *l. si conuenerit 26. infr. De re iudicat.* Ideoque benè Marcellus in *dict. l. si per errorem*, ita loquitur vt possessionem quidem exigat, sed non vt etiam traditionem, vt & in *l. heres 21. infr. ad SC. Trebellian.* Nec est contrarium quod ad Publicianam inducendam traditio semper necessaria esse videtur, *leg. 1. supr. & dict. §. vltim. huius legis infr.* Ita enim se res habet, vt quoties traditio necessaria est ad transferendum dominium ab eo, qui verè dominus est, toties sit etiam necessaria ad inducendam Publicianam, si res aliena repetatur quæ iam vsucapi cœpta sit, Quoties verò ad dominium à domino transferendum necessaria non est, Toties nec sit necessaria ad Publicianam, quæ iure quasi dominij conceditur. Atqui non est necessaria traditio ad dominium per adiudicationem transferendum, vt probauimus. Ergo neque ad inducendam Publicianam pro re aliena quæ adiudicata sit, Planè rem illam possedisse aliquando necesse est, vt Publicianæ locus esse possit, quia & necesse esset ad vsucapiendum. Quonam verò titulo? Nempe pro adiudicato, Quemadmodum dicimus vsucapi Pro soluto, Pro donato, Pro emptore, & aliis similibus titulis. Benè autem Accursius noster monet, Longè aliud esse Possidere ex iudicato, de quo diximus ad *leg. 3. §. vltim. supr.* Non enim cùm iudex iudicat ideò statim adiudicat, Ne tum quidem, cùm in petitorio pronunciatur rem esse petitoris. Iudicatio enim ista est, non adiudicatio: Isque vulgaris error est interpretum nostrorum, & pragmaticorum, qui adiudicatam rem passim dicunt quam pronunciatum est petitoris, aut in personali quoque actione præstandam actori vel restituendam esse. Adiudicatio denique nulla est nisi in tribus illis iudiciis diuisoriis, quæ retulimus, *d. §. vlt. Institut. de offic. iudic.*

1 ¶ Si lis fuerit æstimata, similis est venditioni, & ait Iulianus [a] libro vicensimo secundo digestorum, si obtulit reus æstimationem litis, Publicianam competere.

Ad §. 1. Si lis.

Ratio dubitandi. Litis æstimatio fit à iudice per diffinitiuam sententiam, iudicis tanti litem æstimantis quanti ea res est quæ in litem & iudicium deducta est, *l. vlt. inf. De condict. tritic. l. si Calendis 11. inf. de re iudic.* Iudicium autem redditur in inuitum, & sententia quoque fertur in inuitum, *l. inter*

bitem ex stipulantem 83. §. 1. *De verb. oblig.* At venditio è contrario fit & perficitur consensu & conuentione partium contrahentium. Ergo nihil simile aut commune habet cum venditione.

m Dec. Per litis æstimationem fit vt actor rem suam aut sibi debitam quodammodo vendere compellatur. Tanti enim lis semper æstimatur, quanti fuit res petita aut tempore litis contestatæ si iudicium fuit strictum aut vero tempore pluris res fuit vel moræ vel litis contestatæ vel condemnationis si fuit iudicium bonæ fidei, *l. 3. §. in hac inf. commod. dict. l. vltim. de cond. tritic. l. vinum 22. infr. si cert. petat. l. 3. §. vltim. l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem de act. emp. l. hominem 37. inf. manda.* quia vnaquæque res æstimanda est ex eo tempore quo nouissimè solui potuit, *dict. leg. si Calendis 11. de re iudi.* Vnde est quod in condictione triticaria quæ & stricta actio est & rem ipsam nihilominùs petit, æstimatio fieri debet inspecto tempore condemnationis, *leg. penultim. de condict. tritic.* Ideò autem lis necessariò æstimanda est etiam in condictione triticaria, quia condemnationem semper in pecuniam fieri necesse est vt iudicati executio per capionem, & venditionem pignorum faciliùs fieri possit, *leg. 4. §. aut Prætor l. a Diuo Pio 15. §. in venditione & pass. infr. De re iudic.* vt latiùs à nobis tractatum est in parte vltima Chiliadis nostræ *De error. pragmat.* Est igitur litis æstimatio quædam velut venditio sed iudicialis & necessaria non conuentionalis, & voluntaria, Ideoque dicitur proximè accedere ad venditionem simplicem, quæ est contractus, & in toto ferè iure eiusdem iuris & conditionis esse intelligitur, *leg. eius rei 46. supr. tit. prox. leg. si vt certo 5. §. 1. inf. commod. l. si fideiussor. 30. inf. depos. l. si propter 22. inf. Rer. amot. l. facta 63. §. 1. inf. ad SC. Trebell. l. si seruus 21. §. & ideo inf. de euict. l. 2. infr. Pro emptor.*

n Et ait Iulianus. Ratio dubitandi. Qui offert litis æstimationem nihil tamen adhuc præstat, sed tantùm præstare vult. Quod longè dissimile est sicut & aliud est petere, Aliud verò velle petere, *leg. amplius non petit 15. infr. Rat. rem haber.* & aliud est velle satisfacere, Aliud autem satisfecisse, *l. item liberatur 6. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ergo qui litis æstimationem obtulit quamuis in iudicio, nondum tamen similis est emptori.

Dec. Oblatio quæ fit in iudicio dummodo fiat eius quod debetur, pro solutione & satisfactione est, quia cùm oblationem prudentes nostri dicunt, non verbalem intelligunt & quæ nudum verborum sonum habeat, qualis per tergiuersatores fieri solet, sed realem & præsentis pecuniæ, *leg. si rem alienam 9. §. vltim. infr. De pignorat. act.* Idémque est cùm tractant de eo qui se paratum dicat soluere, *leg. si debitori 21. vbi dixi supr. De iudic.* Benè igitur Vlpianus hîc ait Publicianam ei competere qui litis æstimationem obtulit ad similitudinem emptoris: & ad differentiam duntaxat eius litis æstimationis quæ fit per sententiam iudicis etiam contra inuitum, Vt intelligamus nihil hac parte interesse vtro modo litis æstimatio facta & soluta sit an ante an post sententiam iudicis, sed vtroque casu litis æstimationem similem esse emptioni, vt ex titulo Pro emptore & vsucapio sequi & Publiciana nasci possit si pro re aliena æstimatio litis præstita sit. Hoc enim necessariò addendum est vt quæstioni locus fiat de Publiciana quæ scilicet habere locum non posset si præstita esset æstimatio pro re quæ fuisset propria eius qui litis æstimationem accepisset. Tunc enim dominium statim accipientis fieret etiam sine vlla traditione si modò res præsens esset, *dict. l. eius rei 46. supr. titul. proxim. dict. l. si fideiussor 30. infr. Deposit.* nec proinde aut de vsucapione aut de Publiciana tractari quicquam posset. Planè si litis æstimatio duntaxat offerretur, non ideò Publiciana haberet aut vsucaperet, quia oblationem cum effectu accipi oportet, *l. penult. §. docere supr. si quis cum qui in ius vocat. est vi exim.* vt solutionis vim habere possit. Et ideò loquitur Vlpian. de eo non qui offert sed qui obtulit, vt significet iam præstitam nec recusatam aut ex pœnitentia denegatam litis æstimationem. Alioquin vsucapio sequi non posset, *leg. Celsus 27. in fin. infr. de vsucap.*

¶ 2 Marcellus libro septimodecimo digestorum scribit,

EVm, qui à furioso ignorans eum furere emit, posse vsucapere. ergo & Publicianam habebit.

Ad §. 2. Marcellus, aliàs l. Eum qui.

Ratio dubitandi. Si à furioso emero etiam quem mentis compotem esse putabam, atque ita bona fide, constat tamen emptionem non valere, Non solùm quod alienatio ei omnis interdicta sit (nec enim ratio hæc in alienæ rei venditione locum haberet) sed etiam quia nullius negotij gerendi capax est, *l. in negotiis 5. De regul. iur.* cùm in omnibus negotiis gerendis consensum aliquem interuenire necesse sit, *l. in omnibus 55. & l. 57. inf. de obligat. & action.* Non potest autem furiosus consentire qui nec sentire intelligitur, *l. si tabs 8. §. vnius de opt. lega.* Atqui tam ad vsucapionem quàm ad Publicianam inducendam requiritur titulus, & quidem adeò verus, vt non sufficiat putatiuus, *l. Celsus 27. inf. de vsucap. l. 2. §. 1. & 2. infr. pro donat.* Ergo non possum rem alienam quam à furioso etiam quem compotem mentis esse putabam emero bona fide, id est putans esse furiosi vsucapere. Multò minùs Publicianam habere, *l. 2. §. si à furioso infr. Pro emptor.* vbi Paulus admittit quidé receptũ esse vtilitatis causa contra stricti iuris rationem vt possim vsucapere quamuis emptio non teneat, sed tamen disertis verbis negat consecutionem quam hîc Vlpianus infert ex Celso vt possim ego Publicianam habere. Ait enim quia emptio non tenet neque ex huiusmodi contractu nasci actionem de euictione, neque habere me posse Publicianam, neque ex persona mei venditoris accessionem possessionis mihi dandam esse.

Dec. Quamuis constet emptionem hanc non valere, Illud tamẽ etiam constat apud omnes prudentes, nec de eo quisquam ambigit, Receptum esse vtilitatis causa vt ex ea sequi vsucapio nihilominùs possit dummodò emptor & bona fide emerit, & quod est consequens ab eo quem putabat esse sanæ mẽtis quod esset eo tẽpore in conspectu adũbratæ quietis, vt loquitur *l. quod meo 18. §. 1. De acqu. poss.* (quomodo enim videri possit emere bona fide is qui emit ab eo, quem videt & scit esse furiosum?) Quãuis è cõtrario nõ quisquis emit ab eo quẽ

non putat esse furiosum statim emat bona fide puta si emat sciens rem alienam.) Hoc enim fauore vsucapionis receptum est qui pertinet ad fauorem boni publici, *l. 1. De vsucap.* Atqui Publiciana datur actori eo colore, quasi iam vsuceperit eam rem quam cœperat vsucapere, *§. namque Instit. de action.* Ergo & Publicianam huic emptori competere dicendum est, qui potest vsucapere. Atque ita Vlpianus ex Marcello ratiocinatur. Sed Paulus longè aliter & subtilius, vt mihi quidem videtur, in *d. §. si à furioso*, negat eandem esse hac parte debere rationem vsucapionis & Publicianæ. Fatetur quod prudentum omnium consensu receptum est, Ex emptione quam quis à furioso bona fide fecerit vsucapionem sequi posse, idque publicæ vtilitatis causa propter quam nemo nescit multa iure singulari recepta esse aduersus subtilem disputandi rationem, *l. ita vulneratus 51. §. vlt. inf. ad leg. Aqu.* Sed negat ex eo inferri quicquam posse ad Publicianam. Imò verò ait quod ad Publicianam attinet sequendam esse regulam iuris communis, vt cùm emptio non valeat nun possit, siue possessio, siue vsucapio quæ ex ea secuta est, Publicianam inducere, vt neque actionem de euictione, neque accessionem possessionis ex persona furiosi tanquam venditoris, qui re vera non est venditor. Nam præter id quod ea quæ iure singulari & contra rationem iuris recepta sunt non possunt trahi ad consequentias, *l. quod vero 14. sup. de legibus l. quod contra 141. De regul. iur.* Illud etiam euidentissimum est, longè separatam esse rationem vsucapionis & Publicianæ, in eo quod vsucapio fauorem publicum respicit, Publiciana priuatum, qui semper minor est, *Auth. res quæ C. commun. de legat.* Similis penè contentio est inter Vlpianum in *leg. singularia 5. infr. De reb. credit.* & Africanum in *l. qui negotia 34. infr. mandati.* Nam cùm Vlpianus diceret, si à me ex mandati causa pecuniam habeas, & conuenerit vt crediti nomine eam retineas, posse illam fieri creditam, quasi videatur à te mihi data pecunia, & à me ad te profecta. Quemadmodum si debitorem meum iussero tibi pecuniam dare, vt quod in duabus personis recipitur, multò magis in vna eademque recipiatur, Africanus contra negat bonam esse consecutionem, Quia quod dicitur mutuam fieri pecuniam quam iussero tibi dari & numerari à meo debitore, benignè, inquit, receptum est, id est, quod & fatetur Vlpianus iure singulari. Ergo non est producendum ad consequentias, id est ad casus alios quantumuis similes, adeoque maioris si voles rationis. Nam in his quidem quæ contra rationem iuris recepta sunt, non possumus sequi regulam iuris, *l. in his 14. De legibus.* At in cæteris omnibus regula iuris sequenda est. Et ita fatendum est in quæstione ista Vlpianum, vt in alijs pluribus à Paulo dissensisse, Nec conciliationis rationem adferri vllam posse vt nos contra Accursium, & alios disputauimus *libr. 1. Coniectur. cap. 18.* vbi ostendimus nullam ex iis quas nostri adferunt probari posse. Ex his apparet quod & Accursius noster notat, Non esse istos terminos vsucapionis & Publicianæ conuertibiles, Nam quemadmodum potest vsucapio competere, nec tamen Publiciana dari, *dict. §. si à furioso*, Ita potest aliquando contingere, vt vsucapio locum habere non possit, vt in fundis vectigalibus, Publiciana tamen possit, *leg. cùm sponsus 12. §. in vectigalibus infr. hoc titul.* vbi eadem ratio dubitandi est quæ ad hunc §. est decidendi, Nempe quod vsucapio & Publiciana pari passu ambulare videantur.

3 ¶ Sed & si quis ex lucratiuis causis rem accepit habet Publicianam, quæ etiam aduersus donatorem competit [a], est enim iustus possessor, & petitor, qui liberalitatem accepit.

Ad §. 3. Sed & si quis.

Ratio dubitandi. In plerisque aliis iuris partibus deterior condicio est vt esse debet eius qui ex causa lucratiua rem habet, quàm illius qui ex onerosa, Nec immeritò, quia is qui causam habet lucratiuam certat de lucro captando, Qui autem onerosam de damno vitando, *l. quod autem 6. §. simili modo l. vltim. §. 1. inf. quæ in fraud. credit. l. 3. in pr. inf. unde vi l. vlt. §. si vero creditores C. de iur. delib. l. super longi 11. Cod. de præscr long. temp. l. omnes 19. & sequ. inf. De obl. & act. l. non debet 41. §. 1. De regul. iur.* Ergo non tanta æquitas suadet vt Publiciana detur ei qui causam lucratiuam habet, quàm vt ei qui onerosam, Præsertim cùm Publiciana detur contra regulas iuris communis, & falso illo colore quasi rem iam vsuceperit qui nondum vsucepit, & quasi sit dominus qui reuera adhuc dominus non est, *§. namque Instit. de action.*

Dec. Iustus & possessor & petitor est is qui liberalitatem accepit. Quid enim iustius & honorificentius, quàm liberalitatem ab alio accepisse à quo antea merueris? Nec enim solent liberalitates in eum exerceri qui non sit prior benè meritus, *l. nec adiectus 9. infr. Pro socio l. Aquilius Regulus 27. l. si pater penult. §. 1. infr. De don.* Quidni ergo Publicianam habere donatarius debeat, si forte alienam rem sibi à non domino donatam bona fide acceperit? An non est iustissimus & honestissimus vsucapiendi titulus Pro donatu? Imò si verum amamus, si non pleniore certè honestiore titulo possidentur quæ ex donatione quàm quæ ex emptione possidentur, sicuti solemus dicere hereditates pleniore & honestiore titulo deferri quàm legata quia per institutionem deferuntur, *l. 5. §. f. de his portio de legat. præst.* Neque quod donatarius certet de lucro captando, non etiam de damno vitando duriorem ipsius condicionem facere debet quod pertinet ad Publicianam. Tota enim vsucapionis causa versatur in lucro captando, id est in acquirendo gratis dominio, quod anteà nondum fuerat quæsitum: Et consequenter Publiciana quæ solo fauore nititur vsucapionis quasi completæ quæ adhuc complenda est. Fateor meliorem esse solere ac debere condicionem eius qui certat de damno vitando quàm eius qui lucrum capiat. Sed in Publiciana regulariter non potest hoc contingere, quippe quæ non solet dari contra dominum, *leg. penultim. & vlt. infr.* sed aduersus extraneum qui etiamsi rei alienæ possessionem quam improbè fortassis & cum vicio nactus est amittat, nullum tamen damnum pati intelligitur, Nec circa dominium quod

neque

neque habet, neque vnquam habuit, Nec circa possessionem, Cùm neque verus dominus alienare quicquam intelligatur qui omittit duntaxat possessionem ex iuris regula *l. 4. §. 1. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact. l. non alienat 11. de regul. iur.* Quamquam autem Publiciana, de qua donatario danda nunc tractamus, competit etiam contra donatorem ipsum, vt sequitur in textu nostro, Non potest tamen ea res fauorabiliorem efficere causam donatoris, quippe qui hoc damnum ipse sibi intulit donando, non donatarius ipsi, Publicianam exercendo.

a *Quae etiam aduersus donatorem competit.* Ratio dubitandi. Nemo ex liberalitate sua perselitari debet *l. ne ex liberalitate 50. ff. de re iudic.* ideoque semper donatori parcendum est si ei res sit cum donatario *l. inter eos 19. §. 1. l. & exheredatū 49. in fin. eod. l. si extraneus 33. inf. de iur. dot.* Ergo non tam facilè permittendum est donatario qui dominus non est, vt Publicianam exerceat aduersus suum donatorem.

Dec. Beneficio alieno iuuari accipientem oportet non decipi *l. in commodato 18. §. sicut. inf. commod.* nec post factam liberalitatem vllus poenitentiae locus relinquitur *l. velles necne 6. C. de reuoc. donat. l. si quis argentum 35. §. vl. C. de donat.* Imò verò etiā donatoris interest, vt liberalitas effectum sortiatur, vt beneficium non tam verbis quàm re ipsa collatum videri possit. Quidni ergo Publiciana dabitur etiā donatario, adeóque contra donatorem ipsum; Neque enim verendum est ne quid fiat contra iuris regulam quae non patitur dari Publicianam contra dominum. Cùm tractemus de donatore rei alienae, qui proinde dominus nec sit, nec vnquam fuerit, quique si dominus fuisset donationis tempore, dominium vtique in donatarium transtulisset, nec aut actionem aut exceptionem aliquam aduersus eum habere potuisset, non magis quàm factum suum improbare *l. post mortem 25. supr. de adopt. l. per fundum 11. ff. Rustic. praed. l. si creditoribus 5. C. de seru. pig. dat. manum. l. 1. C. de remiss. pig. l. cum profitearis 4.* quae ad rem nostram magis facit *C. de reuocand. donation.* Satisque clementer cum donatore agitur quod euictionē rei alienae donatae nullā praestat *l. 2. C. de euict.* Nisi fuerit in dolo *l. 1. C. de iur. dot.*

4 ¶ Si à minore quis emerit ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.

Ad §. 4. si à minore.

Ratio dubitandi. Minor dummodò sit pubes, etiamsi curatorem habeat potest sine curatore suo se obligare *l. puberes 101. de verb. oblig.* Quidni ergo etiam vendere? Praesertim verò si ponas puberem qui nullum habeat curatorem, Nam si habeat, vulgo creditū est pupillo vel prodigo aequiparari eum debere ex *l. si curatorem habens 3. C. de in integ. restit. minor.* Neq; rursum minori puberi, siue habenti curatorem, siue nō habenti interdicta est rerū omnium suarū alienatio, sed immobilium duntaxat & quidem praediorū rusticorū vel suburbanorū si inspicias ius vetus, quod Vlp. nostri temporib. obtinebat *l. 1. ff. de rebus eor. qui sub tutel. vel cur. sunt l. etsi 5. l. praedia 8. l. si praediū 16. C. de praed. minor.* Hodie enim aliud est, auctumque ius prohibitionis ex *l. lex quae tutores 22. C. de adm. tutor.* Quidni ergo poterat cōpetere Vlpiani temporibus Publiciana ei qui à minore rem ipsius aliquam emisset, etiam quem minorem esse sciuisset? Denique si emptio tenet, puta quod vendita sit à minore res mobilis, quid egemus Publiciana cùm dominium translatum sit in emptorem? si non tenetur fortè si res immobilis vendita sit sine decreto, quomodo potest competere Publiciana emptori etiamsi eum minorem esse ignorauerit? Dec. Non pertinet hic textus ad eum casum, quo minor rem suam alienari permissam, id est mobilem vendiderit. Tunc enim & venditio valet, & ex ea transfertur dominium, & de Publiciana tractari nihil potest, si res quae vendita est fuerit venditoris, Quod si fuit aliena, nō habet res dubitationem, quin ex eiusmodi emptione, vt ex alia qualibet competat Publiciana, dummodò facta sit bona fide, remque venditam fuisse venditoris emptor crediderit, Tametsi eum minorem esse sciuerit? Quid enim nocere potest scienti vbi veritas non nocet? Est igitur hic locus intelligendus de eo qui à minore rem aliquam alienari prohibitam emerit, vt puta praedium rusticum vel suburbanum. Quo casu cùm propter legis & Senatusconsulti prohibitionem obstruatur via translationi dominij, vt loquitur *l. siquidē 11. C. de praed. minor.* nec ciuilis directáq; rei vindicatio proinde emptori possit competere, superest vt de sola Publiciana tractari possit, Quam porrò certum est dari nunquam debere alij quàm ei qui contraxerit, aut saltem traditam sibi rem acceperit bona fide: Bona fides autem in eo esse non potest qui emit rem ab eo, quem scit talem esse vt alienandi potestatem non habeat *l. si ab eo 12. de vsucap.* vbi dicitur ob hāc causam non posse emptorem vsucapere, Quòd scilicet neque titulum habeat, neque bonam fidem: Ergo quemadmodum in eo qui à furioso emit requirimus vt putauerit eum mentis compotem esse ad hoc vt possit vsucapere, Inquit Paulus in *l. 2. § si à furioso ff. pro emptor.* Ita & in eo qui emit à minore rem alienari prohibitam vt ignoret eum minorem esse, Non quasi videatur emere à consumpturo & perdituro pecuniam, qui emit à minore, arg. *l. quod si minor 24. §. restitutio. sup. de minor. l. si vero 12. § si adolescens ff. mandat.* (nec enim sola haec ratio malae fidei emptorem facere posset *l. si quis cùm sciret. 8. infr. pro emptor.*) Sed quia sciat aut scire debeat minori interdictam eiusmodi alienationē: quae res, vt dixi, malam fidem inducit. Proinde tametsi minor alienam rem immobilem vendiderit, quae alienari prohiberetur si esset minoris, non vsucapiet si modò putauerit esse venditoris, Non propter vitium rei quae procul dubio vsucapibilis est, sed propter malam fidem, quia emit rem quam putat vendi nō posse. Cùm enim de bona fide tractamus plus in opinione est quàm in veritate, quia & bona fides ipsa in animo ac opinione consistit, & quidem in opinione quae cum veritate non consentiat. In eóque diuersa ratio est impuberis & puberis. Nam res impuberis sicut alienari ita vsucapi nullomodo potest si alius vendiderit quàm pupilli tutor aut qui pro tutore negotia gerat *l. bona fidei 48. infr. de acquir. rer. domin.* iunct. *l. 2. inf. de eo qui pro tutor.* aut pupillus ipse, quem tamen emptor puberem putet *l. 2. §. si à pupillo ff. pro emptor.* At res minoris alienari & ab ipso minore potest dum ne sit interdicta alienatio, & ab alio quolibet velut alia quaelibet res aliena. Non ideò tamen loquitur hic Vlpianus de minore quasi ad differentiam pupilli, Nam pupil-

lus quoque minor est, licèt minorem cùm dicunt Iureconsulti pupillum soleant intelligere, & impuberem non puberem. Et idem in pupillo esse qui rem suam vendidit, quod hîc scriptum est in minore, vt bene notat noster Accursius, constat ex *d. §. si a pupillo.* Differentia tantùm est cum re pupilli, Sed cur competit Publiciana ei qui minoris prædium rusticum, aut suburbanum emit contra Senatusconsulti prohibitionem si venditorem minorem esse ignorauerit? Nimirum, inquies, quia vsucapi ea res dummodò à bonæ fidei emptore potest. Nec mala certè ratio est, Nā si res pupilli quæ per se nec alienabilis nec vsucapibilis est, vsucapi tamen potest cùm ab eo vendita est qui pro tutore se gerebat *dict. l. 2. in fr. quand. ex fact. tutor.* nempe quoniam si à vero tutore venditio facta esset teneret, ex eáque & dominium transferretur & actio de euictione nasceretur, neque enim malè contrahitur cum tutoribus, inquit *l. 4. in fin. ff. de euict.* iunct. *l. tutor 47. sup. de minor.* Multò magis dicendū est, Rem minoris etiam alienari prohibitam, vsucapi tamen posse ab eo qui rem illam minoris esse ignorauit, quia non potest videri contra leges mercatus qui ab illo emit, quem & sciebat dominum esse, & maiorem putabat, ideoque vendēdi ius habere *l. quemadmodū 7. in fi. C. de agric. & censit. lib. 11.* Sic namque accipiendum est, quod Iulianus ait in *dict. l. si quis cùm sciret 8. ff. pro emptor.* Nō posse malæ fidei emptorē esse illum qui emit à domino, Nempe si etiam illud concurrat, vt putet eum vendendi ius habere, quod sufficit ad bonam fidem, Alioqui malæ fidei emptor certè est, is quoque qui rem emit à domino quem sciuit aut scire debuit alienandi potestatem ex ratione iuris non habere *dict. l. quemadmodū, & dict. l. si ab eo, & dict. § si a pupillo.* Sed quæro, An non eadē lex & oratio Seueri quæ prohibet alienationem bonorum immobilium minoris prohibet etiam vsucapionem, quę & ipsa species alienationis est, *l. alienatio 28. de verb. signif.* Nā & in lege Iulia de fundo dotali non alienando id obtinet *l. si fundum 16. in fr. de fund. dotal.* vbi dicitur prohibitionem legis Iuliæ de fundo dotali ad hāc quoque acquisitionis speciem pertinere quæ fit per vsucapionem si vsucapio incipiat ab alienatione quam maritus fecerit, nō etiam si fuerit inchoata priusquàm fundus dotalis constitueretur. Cùm ergo tractemus de venditione per minorem ipsum facta, & de vsucapione ab eo venditionis tempore inchoanda, Cur permittemus vsucapionem rei minoris, quam minor ipse vendiderit? Aut si vsucapionem non permittimus, cur Publicianā damus, quæ dari solet difficiliùs? *dict. l. 2. §. si a furioso. ff. pro emptor.* An non rursum facit contra leges Prætor cùm per Publicianam tuetur eum qui rem emit quam lex aut constitutio aliqua prohibuit alienari *l. cùm sponsus 12. §. pen. ff.* An igitur restringendus erit hic textus ad eum casum quo minor alienā rem vendiderit, non suam? Vt nimirum eo casu Publiciana emptori competat quo emerit à minore alienam rem, dum illud etiam concurrat vt ignoret eum minorem esse? Atqui casus hic nullā, vt suprà diximus, recipit dubitationem. Respondendum est, Alienationem prædiorum rusticorum vel suburbanorum minoris, prohibitam esse, itémque vsucapionem si emptor eam inchoare velit à tempore venditionis factæ per minorem, quem esse minorem non ignorauerit, eodémque casu Publicianam denegandam esse, ne alioqui Prætor contra leges facere videatur *d. §. penult.* Sed si bona fide emerit, hoc est, ab eo quem & dominum esse sciebat, & minorem esse ignorabat, nihil causæ est cur non possit ab illo tempore & inchoari, & currere vsucapio contra minorem ipsum in cuius potestate fuit vt eam interpellaret: quemadmodū & curreret contra pupillum si quem emptor puberem esse putasset *dict. §. si a pupillo.* Errore scil. facti non iuris interueniente, vt ibidem Paulus distinguit. Quod nō similiter dici potest in fundo dotali empto quem dotalem esse emptor ignorauit, Cùm non potuerit mulier vsucapionē interpellare constante matrimonio, sed maritus solus *d. l. si fundum.* Cuius tamen negligentia, mulieris damno, factúmque cederet, si vsucapio non impediretur. Planè quin minor etiam aduersus vsucapionem intra constitutum petendæ restitutionis tempus restitui possit nemo dubitat ex *t. C. si aduers. vsucap.* Quamquam nec hodie necessaria restitutio est, postquā placuit Iustiniano, vt quibus casibus poterat olim dari restitutio minori aduersus lapsum temporis hodie tempus non currat *l. vlt. C. in quib. caus. non est necessar. in integr. restit.* nec rursum pupillo, cui nec currit tempus longissimū *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Multò magis dicendum est huic nostro emptori dandam esse contra extraneum Publicianam, quippe quæ hac parte sit fauorabilior, Vsucapio enim contra minorem ipsum competit, eique damnum infert. Publiciana verò dicitur aduersus extraneum. Nam vt aduersus minorem ipsum detur, difficilius est cùm maneat dominus quamuis fundum ipse vendiderit. Siquidem obstat iuris regula quæ Publicianam contra dominum dari non patitur *l. pen. & vlt. ff.* Neque hic casus ex illis est in quibus fallit regula, licèt inter eos soleat ille numerari si dominus ipse antequàm dominus esset rem vendiderit quam posteà vindicare velit *l. si a Titio 72. §. si. prox. l. 2. ff. de except. rei vendit.* Tùm enim id obtinet cùm dominus talis est qui si rē suā vindicare ab emptore possidēte vellet, repelli posset exceptione rei venditæ & traditæ vt in dictis legibus: Nam cui possidenti daremus exceptionem ad repellendum actorem qui contra factum suum veniret, Eidem non possidēti Publiciana ex eadem æquitate etiam contra dominum accommodanda est. At in proposito minor qui rem suam contra senatusconsulti prohibitionem vendidit, habet vindicationem nulla exceptione summouendam, tametsi emptor minorem eum esse nescierit, ideóque quod magis est etiamsi obreptum fuerit Prætori, vt eam venditionē decreto suo confirmaret *l. magis puto 5. §. pen. de reb. cor. qui sub tutel.* Nisi fortè eum minorem proponas qui dolo malo vt emptorem deciperet, maiorem se mentitus sit *Tot. tit. C. si minor se maior. dixer.* Publicianam igitur contra dominum habere nullomodo emptor debet, siue pubes ille sit, siue impubes *d. l. cùm sponsus. §. pen. ff.* At fauor qui hac in re minori præstatur personam eius non egreditur, vt benè Accurs. noster notat ex *l. etsi ie 9. C. de præd. minor. l. ex plurib. 42. ff. de adm. tut.*

5 ¶ Sed etsi permutatio facta sit, eadem actio competit.

Ad §. 5. sed etsi permutatio.

Ratio dubitandi. Permutatio habet hoc dissimile

mile à venditione quòd cùm res aliena vendi possit *l. rem alienam 28. ff. de contrah. empt.* Permutari autem res quæ aliena sit non potest. Verum enim est quod iam olim dicebat Pedius, Alienam rem dantem nullam contrahere permutationem *l. 1. versicul. ideóque Pedius. ff. de rer. permut.* Ipsum siquidem nomen permutationis significat mutationem dominij vtrimque faciendam, quæ porrò nisi translatio dominij vtrimque fiat, sequi nulla potest. Ergo si aliena res permutata sit, cùm non teneat cōtractus, nec valet permutatio, Publiciana competere ex eo contractu non potest, arg. *l. 2. §. si a furioso. ff. pro emptor.* Dec. Licèt permutatio non valeat quantum ad dominium transferendum, Valet tamen quantum ad hoc vt transferat vsucapiendi conditionem nō minùs quàm venditio: Imò tantò magis, quantò per se potentior est ad inducendam translationem dominij. Vnde etiam est quod prodest ad vsucapionem, vt & alius quilibet honestus & iustus titulus. Adeoque quod ad rem nostram propiùs accedit, parit actionem de euictione *l. si permutationis 28. C. de euict.* Quidni ergo Publicianam quoque pariet. Pari enim passu & Publiciana & actio de euictione ambulare solent, & contractum tenere supponūt *l. 2. §. si a furioso. ff. pro emptor.* Nempe ad exemplum actionis ex empto, quia & permutatio similis est emptioni, & emptionis quodammodo vicem obtinet *l. 1. & 2. Cod. de rer. permut.* Et vicina emptioni dicitur in *l. 2. ff. eod. ill. tit.* Ideò nimirum quòd origo emendi vendendique à permutationibus cœperit *l. 1. infr. eod. l. 1. infr. de rer. permut.*

6 ¶ Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.

Ad §. 6. Publiciana.

Ratio dubitandi. Publiciana non datur nisi ei qui nondum vsucepit, quique dominus non est, dummodò iam cœperit vsucapere, & anteà possederit bona fide. Datur autem ad auocandam possessionem quam actor sine sua culpa amiserit *§. namque Inst. de action.* Ergo non tam ad instar proprietatis quàm ad instar possessionis respicere videtur. Dec. Datur quidem Publiciana non domino, & ei qui nondum vsucepit, sed tamen datur iure quasi dominij & eo colore quasi is qui nondum vsucepit iam vsuceperit. Ideoque probare debet actor sibi traditam rem bona fide, & ex iusta causa *l. 1. & 3. supr.* seque vsucapere potuisse, & vsucapionem iam inchoasse *d. §. namque.* Ergo quemadmodum ciuilis & directa rei vindicatio quæ ei competit qui iam vsucepit proprietatis iudicium est non possessionis, licèt detur ad possessionem auocandam *l. officium 9. l. is qui destinauit 24. ff. & proxim.* Ita & de Publiciana sentiendum est. Vnde fit quod Vlp. subiicit in *§. in Publiciana inf.* vt omnia quæ in ciuili & directa vindicatione locum habere suprà diximus, habeant locum etiam in Publiciana. Propiùs ergo accedit ad vindicationem ciuilem quàm ad interdicta, in quibus, vt plurimùm agitur de sola possessione, nec oneratur actor vlla probatione dominij, aut quasi dominij, Exceptis quibusdam in quibus non solùm de possessione, sed etiam de iure quæritur, & quæ idcircò proprietatis instar obtinere dicuntur in *l. 2. §. quaedam. ff. de interd.*

7 ¶ Si petenti mihi rem, iusiurandum detuleris, egóque iurauero rem meam esse: cōpetit Publiciana mihi, sed aduersus te duntaxat. ei enim soli nocere debet iusiurādū qui detulit. Sed si possessori delatum erit iusiurandum, & iurauerit rem petitoris non esse: aduersus eum solum petentem exceptione vtetur, non vt & habeat actionem.

Ad §. 7. si petenti.

Ratio dubitandi. Iusiurandum non est titulus habilis ad transferendum aut acquirendum sibi alienæ rei dominium. Nec enim potest quis iurando facere rem suam quæ verè sit aliena. Nec quod iusiurandum ab aduersario ipso delatum vim habeat conuentionis & trāsactionis *l. 1. & 2. ff. de iureiur.* ad rem facit. Nam neque transactio neque alia conuentio vlla sufficiens est ad transferendum dominium, nisi ex ea sequatur traditio, & quidem à domino ipso facta *l. traditio 20. ff. de acquir. rer. dom. l. traditionib. 20. C. de pact. l. quoties 15. C. de rei vindic.* Atqui nos eum casum tractamus quo nulla possessio adhuc tradita sit ab eo cōtra quem iuratum est, & qui nō fuerit dominus is qui iusiurandum detulit. Quomodo igitur fieri potest vt habeat Publicianam etiam contra eum qui iurandi conditionem detulit. Aut cùm Publiciana non alio colore detur quàm quasi actor iam vsuceperit rem quam petit. Quis vnquam dixit iusiurandum habere vim vsucapionis aut quasi vsucapionis? Imò verò ita nō esse ex eo intelligimus, quod ei qui iurauit fundū suum esse nō aliter vtilis actio in rem datur, quàm si præter iusiurandum concurrat possessio & præscriptio longi temporis *l. si duo 13. §. Iulianus eod. ill. t. de iureiur.* Atqui Publiciana nihil nisi vtilis in rem actio est, vt iā toties diximus. Ergo non aliter competere potest ei, qui suum fundū esse iurauit, quàm si prætereà fundum illum longo tempore possederit: Non dico *quam vsuceperit.* Constat enim nō posse Publicianam ei dari qui vsucepit, cùm is per vsucapionem factus sit dominus, atque ita directam actionem sibi acquisiuerit. Sed dico *quàm lōgo tempore possederit*, scilic. ad acquirendam sibi lōgi temporis præscriptionē, de qua in *d. §. Iulianus*, & quæ nec dominium tribuit, nec proinde vindicationē si ius vetus inspicimus, sed tantùm exceptionem, nisi cum iureiurando coniūcta sit, quo casu etiam in rem actionem parit, at non directam, qualem pareret vsucapio, sed vtilem, vt habet *d. §. Iulianus.*

Dec. Postquàm iuratum est, non de eo ampliùs quæritur an quod iuratum est verum sit, sed duntaxat an & quid fuerit iuratū *l. non erit. 4. § dato iureiurando. eod. ill. t.* vbi scriptū est iusiurandum habere vim probationis, quod & Paulus ait in *l. nam qui 30. in princip. eod.* Habetur ergo iusiurandum pro veritate sicut & res iudicata *l. res iudicata 207. de regul. iur. l. si patronus 12. §. si quis cum esset. ff. de bon. libert.* ob idque non tantùm transactionis, sed etiā rei iudicatæ vim habere dicitur, adeoque maiorem authoritatem quàm res iudicata *l. 2. De iureiur.* Ergo qui iurauit fundum quem petit suum esse, licèt non

ideò fiat verè dominus; quoniam, vt dixi, iusiurandum non est iustus modus & legitimus acquirendi dominij quiritiarij, attamê est quasi dominus cùm pro domino habendus sit. Proinde non solùm nō indiget vsucapione, sed neque vt dicat se quasi vsucepisse ad hoc vt habeat Publicianā, sufficitque in eam rem authoritas iurisiurandi. Cui si addas concurrentem præscriptionem longi temporis, non eo quidem magis facies petentem verum dominum & quiritiatum; sed assequeris tamen vt non modò Publicianam habere ille posteà debeat, sed etiam vtilem vindicationem, nec minùs aduersus dominum ipsum, quàm aduersus extraneum quemlibet, Cùm tamen Publiciana, neque aduersus eum daretur ex regula *l. pen. & vlt. inf.* neque aduersus alium quàm eum qui iusiurandum detulisset, vt in textu nostro scriptum est, Nimirum quia iurisiurandi authoritas tota pendet ex aduersarij voluntate qui iusiurandum detulit, atque ita actorem non modò testem, sed etiam iudicem fecit in causa sua *l. 1. in princip. ff. Quar. rer. act. non det.* At longæ possessionis & præscriptionis, quæ inde nascitur potestas generaliorem habet causam, & quodammodo publicam, fauorem sc. boni publici ad exēplum vsucapionis *l. 1. de vsucap. l. vnic. Cod. de transform. vsucap.* & apud Iostin. in *Instit.* ideoque omnes afficit extraneos, adeóque dominum ipsum sine exceptione tàntùm tribuat, vt olim regulariter *l. empto. 7. & pass. C. de long. temp. præscript.* siue etiam actionem, vt in specie *d. § Julianus.* Vbi proinde quod de vtili in rem actione danda scriptum est, non de Publiciana intelligendum est, sed de alia vindicatione potentiore, vtili tamen non directa. Habent enim se Publiciana & Vtilis in rem actio tanquam genus & species. Omnis Publiciana vtilis & prætoria in rem actio est, sed non è contrario Vtilis omnis in rem actio etiam prætoria Publiciana est. Sunt quidem actiones omnes, siue in rem, siue in personam vtiles, etiam prætoriæ. Sed latiùs patet nomen vtilis in rem actionis quàm Publicianę. Atq; ita locus ille *d. § Julianus* intelligi debet, & cum nostro conciliari. Sed & obseruandum est quod Accursius noster non ignorauit, Multum interesse, an quis suam esse iuret rem aliquam, An verò eam ex aliquo contractu ad se pertinere, vt in *d. l. si duo. § si quis iurauerit.* Hoc enim posteriore casu fieri potest, vt ad me pertineat, quia sit mihi vendita, necdum tamen sit mea quòd numquam mihi tradita fuerit, vt in *d. § si quis iurauerit.* Et cōsequenter non potest hoc casu iusiurandum acquirere mihi Publicianam, aut aliam vtilem in rem actionem, sed tantùm personalem ex empto ad hoc vt teneatur aduersarius venditam rem mihi tradere, & cætera venditionis præstare, vt ibidem loquitur Vlpianus. At cùm iuro fundum meum esse, fatendum est, aut nullius momenti iusiurandum esse, aut actionem in rem & quidem Publicianā ex eo dandam esse: Non quasi hoc casu non sit exprimenda causa dominij, & quidem talis quæ esset iusta, si esset vera. Ne alioqui plus possit quasi vsucapio, quā vera vsucapio, Sed quia iusiurandum præstitum expressa causa habili ad acquisitionem dominij faciliùs æquipollere potest traditioni factæ à non domino ex iusta causa, vt perinde Publicianam inducat, De qua accipiendum est, quod idem Vlp. noster scribit in *l. nam posteaquàm 9. § vlt. eod. tit.* vbi idem dicitur quod in hoc §. actionem quæ datur ei, qui iurauit fundum suum esse, non nisi contra eum qui iusiurandum detulit dandam esse, sed cōtra alios dari non debere, quia vt in *l. sequ.* subiicitur non debet aliis nocere quod inter alios actum & iuratum est. Aliud erit si non petitori delatum sit iusiurandum à possessore, sed possessori ipsi à petitore. Ex hoc enim iureiurando exceptio tàtùm nasci potest, & quidem aduersus deferentem solum, Non etiam actio vlla in rem, nec si possessor qui iurauit, amiserit posteà possessionem: quia nō iurauit fundum suum esse, de quo ad excipiendum non quæritur, sed fundum petitoris non esse: quod sufficit ad summouendum petitorem. Fieri autem potest vt neque sit petitoris, neque possessoris, sed alterius cuiuslibet *l. sed si possessori 11. eod.* At cùm iurat petitor fundum suum esse hoc ipso iurat, non esse igitur possessoris, cùm duorum esse non possit *l. si inter me 15. ff. de except. rei iudic.* Proinde errat euidenter Accursius qui hîc notat Publicianam istam dari petitori, non modò contra eum qui iusiurandum detulit, sed etiam contra cæteros omnes prætérquàm contra dominum. Repugnant enim manifestè verba huius §. quæ dicunt competere mihi Publicianam, sed contra te duntaxat. Repugnat etiam ratio quæ sequitur in textu, quòd ei soli nocere debeat iusiurandum qui detulit, vt scriptum etiam est in *l. quia 10. de iureiur.* Soli enim ei potest imputari cur aduersarium suum iudicem in causa sua fecerit *d. l. 1. quar. rer. act. nō det.* quod alius præter deferentem nemo fecit. Itaque ad rem non pertinet si pro Accursio quis obiiciat dictionem taxatiuam non excludere casus similes ex *l. 1. § hæc actio. ff. si mens. fals. mod. dixer.* Est enim omnino dissimilis causa eius qui iusiurandum detulit, & eius qui non detulit: Et consequenter dissimilis hæc Publiciana & diuersa à cæteris, quæ contra omnes datur excepto domino *d. § namque, & d. l. pen. & vlt. ff. hoc t.* Nempe quia proficiscuntur illæ ex causa generali & communi, vt suprà explicauimus.

8 ❡ In Publiciana actione omnia eadem erunt, quæ & in rei vindicatione diximus.

Ad § 8. Publiciana.

Ratio dubitandi & decidendi ad hunc §. eadē est quæ ad *§ Publiciana 6. sup.* vbi vtriusque loci sententiam & rationem explicauimus. Benè autem Accursius hunc §. quamuis generalem restringit ad præstationes quæ ex hoc iudicio fiunt ob dolum aut culpam & de fructuum & impensarum restitutione. Cæterùm sicuti diuersa est actio Publiciana à ciuili & directa vindicatione (alioqui si idem essent, cur diuersa haberent nomina? Inquit *l. si idem 7. C. de codicill.*) ita fatēdum est differre in quamplurimis Publicianam à directa rei vindicatione, Nimirum quantum ad causas, & substantiam, sed non quantum ad effectus, & præstationes. Vt neque solent aliæ actiones directæ ab vtilibus differre quod ad earum vim & potestatem attinet, vt scriptum est in *l. actio 47. sup. de negot. gest.*

9 ❡ Hæc actio & heredi, & honorariis successoribus competit.

Ad §.9 hæc actio.

Ratio dubitandi. Non attinet quærere an heredi vel in heredem competat actio, quam habere potest heres suo nomine, id est, non tanquam heres, sed tanquam alius quilibet, & proprio iure, vt Paulus ratiocinatur in *l. dece 12. §. vlt. ff. Ad exhibend.* Atqui Publicianam habere potest heres illius, qui cœperat vsucapere, Non quasi defunctus vsuceperit, sed quasi ipse sit qui vsuceperit: Nam si defunctus sic habendus erat quasi iam vsucepisset, quidni multò magis in ipsius herede idē admittamus? Frustrà igitur est dicere heredi & honorariis successoribus defuncti actionem hanc competere. Quemadmodum non nisi ridiculè quis diceret vindicationem directam heredi eius qui dominus fuit dandam esse, cùm ipse quoque sit dominus. Licèt enim sit dominus ob hoc solùm quia heres est, & dominium rerum omnium defuncti transit in heredem *l. cùm heredes 23. infr. de acq. vel amit. poss.* Non ideò tamen agit vindicatione quòd sit heres domini, sed quia ipse dominus est. Idémque tractari potest in herede illius qui poterat agere Ad exhibendum, quòd ipsius interesset, siue ratione dominij, siue ex qua alia causa. Nam & heres ipsius eadem ratione potest actione illa experiri proprio nomine, quia eius similiter interest ex eadem causa *d. l. de eo. §. vlt.* Dec. Actio Publiciana quæ competebat defuncto non iure dominij competebat vt rei vindicatio directa, sed iure quasi dominij, Hoc est eo colore quasi rem illā defunctus iam vsucepisset, quam tamen nondum vsuceperat. Atqui nō potest duplex fictio vsucapionis in personam heredis cōcurrere non magis quàm verum dominium ex duplici causa, vel, quod esset absurdius, ex duplici vsucapione ad eum pertinere *l. non vt ex pluribus 159. de reg. iur. l. in bello 12. §. si quis seruum. ff. de capt. & postlim.* Sed neque posset heres dicere se quasi vsucepisse suo nomine rem quam ipse numquam possedisset. Nam neque posset vsucapionem à defuncto inchoatam complere absque possessione sine qua nimirum nulla, neque currere, neque cōpleri potest vsucapione *leg. sine possessione 25. ff. de vsucap.* neque etiamsi possideret complete quin accessione possessionis ex persona authoris sui vteretur. Quinimo, quod magis est & totius rei huius caput, cùm semel interpellata fuit possessio atque ita interrupta vsucapio, ex integro possidendum & noua vsucapio inchoanda est. Continuam enim & sine vlla interruptione continuatam possessionem esse oportet *l. 3. l. eum qui ædes 23. ad fin. l. numquam 31. §. 1. ff. de vsucap. l. denique 19. supr. ex quib. caus. maior.* Quomodo igitur aut inchoatam à defuncto vsucapionem cōplebit, aut nouam inchoabit suo nomine heres qui numquam ipse possederit? Ponimus enim amissam fuisse iam à defuncto possessionem. Alioqui ridiculum erit quærere, An heredi quatenus heredi competat Publiciana quæ defuncto numquam competierit. Necesse igitur est, vt heres vel tanquam heres & ex persona defuncti qui possessionem & habuit, & amisit, exerceat Publicianam, vel nullomodo. Eam siquidem ex propria persona habere numquam potest, cùm possessionem ipse nec habuerit vnquam nec amiserit. Eáque ratio nimirum erat propter quam videbatur non esse dandam heredi Publicianam. Sed decidendi ratio est quòd is in defuncti iura omnia succedat, & consequenter in actionem Publicianam quæ defuncto cōpetebat. Nam & prætoriæ actiones & heredibus & in heredes dantur etiam post annum cùm rei persecutoriæ sunt: Qualis est Publiciana, nisi cùm rescissa vsucapione redditur, quia tunc cōtra ius ciuile datur *l. in honorarus 35. ff. de oblig. & act.* Accursius noster bene vidit dissimilē esse hac parte rationem Publicianæ & directæ vindicationis. Sed rationem dissimilitudinis ignorauit, Certè non exposuit Iunge *l. sine autem 9. §. vlt. l. cùm sponsus 12. §. in cuius. ff. hoc tit.*

10 § Si ego non emero, sed seruus meus, habebo Publicianam. Idem est, & si procurator meus [a], vel tutor, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit.

Ad §. 10. si ego.

Ratio dubitandi. Publiciana nō alij datur quàm ei qui emit ipse & ex emptione, aliáve qualibet iusta causa sibi traditam rem accepit *l. 1. supr.* Atqui quod seruus meus emit non possum dici emisse. Emptio enim sicut & traditio facti est *l. consilio 7. §. vlt. ff. de curat. furios.* Quæ autem facti sunt non solēt transire in dominum *l. qui heredi 44. ff. de condict. & demonstrat.* Vnde fit vt seruo meo herede instituto non possim ego dici institutus, ideóque nec adire possum, sed seruus meus iussu meo, quamuis per ipsum adeuntem heres fiam, Quia heredem esse iuris est cuius omnino incapax est seruus. Institutum autem esse facti est *§. seruus autem. Inst. de hered. inst.* Ergo etiamsi seruus meus rē aliquam emerit, præsertim me ignorante, Publicianam habere, neque ego debeo, quia non emi, neque seruus meus, quoniam actionem nullam habere potest, vt neque actione vlla conueniri, siue ciuili, siue honoraria, cùm iure prætorio non minùs quàm ciuili pro nullo habeatur *l. qui testamento 20. §. seruus. ff. qui testam. facer. poss. l. quod attinet 32. l. cum seruo 107. de reg. iur.*

Dec. Quicquid acquirit seruus acquirit domino, non solùm ignoranti, sed etiam inuito penè ex omnibus causis *l. etiā inuitis 32. ff. de acquir. rer. domin. l. seruus vetate 62. ff. de verb. oblig.* id est, extra causam hereditatis *l. qui in aliena 6. in princip. ff. de acquirend. hered.* Melior enim condicio fieri potest domini per seruum licèt deterior non possit *l. melior 133. de reg. iur.* Fit autem melior per acquisitionem si modò talis sit, vt per eam dominus nō obligetur. Nec tantùm possessio per seruum domino acquiritur, quod & in libera procuratoris persona vtilitatis causa receptū est *l. 1. C. per quas personas nob. acquir. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss.* sed etiam dominium quod nec per procuratorē acquiri potest *l. si ego 24. sup. de negot. gest.* nisi per quandam consequentiam cùm à possessione separari non potest *d. l. per procuratorem.* Quoties autem acquirit domino seruo, vel etiam filiusfamilias patri ita acquirit vt ne momēto quidem temporis acquisitio in serui vel filij persona consistere videatur *l. placet 79. de acquir. hered.* Cùm ergo seruus meus acquisiturus fuerit mihi dominium si venditam sibi rem & traditam à domino accepisset, Quidni acquirat mihi vsucapiendi facultatem, & quod est consequens Publicianam actionem si alienam rem emerit, & acceperit à non domino si modò bona fide: ita

enim iure ciuili comparatum est, vt seruus ex persona sui domini sit capax omnium contractuum ineundorum, Nec eorum duntaxat qui sunt iuris gentium inter quos est emptio, & in quibus minorem videri possit habere res dubitationem *l. ex hoc iure 5. sup. De inst. & iur.* sed illorum etiam qui merè sunt iuris ciuilis, cuiusmodi sunt stipulationes, & quæ per stipulationem fiunt acceptilationes *Tot. t. de stipulat. seruor. ʒ.* Nam nec possessionis capax est seruus, vt eam sibi non domino possit acquirere, quia possessio licèt facti sit, tamen etiam iuris est, plurimúmque ex iure mutuatur, inquit Papin. noster in *l. poss. sio 49. in princ. & §. . ʒ. De acquir. poss.*

a *Idem est et si procurator meus.* Ratio dubitandi. Per procuratorem non potest acquiri proprietas & dominium vt nec per quamlibet aliam personam liberā, sed sola possessio *l. 1. C. per quas person. nob. acquir. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss. l. si ego 24. sup. de negot. gest.* Atqui Publiciana proprietatis instar respicit non possessionis *§. Publiciana. sup. hac leg.* Ergo non potest mihi per procuratorē meum acquiri Publiciana. Dec. Vtilitatis causa receptum est vt per procuratoris personam quamuis liberam acquiri possit nobis possessio, & cōsequenter cum possessione, aut potiùs per possessionem dominium si à possessione separati non possit *d. l. per procuratorem.* Quasi per cōcomitantiam, vt Theologi loquuntur. Cùm ergo nascatur Publiciana ex possessione iusta quæ vsucapionem & dominij acquisitionem parere possit, Nihil vetat acquiri mihi Publicianam per meum procuratorem per quē etiam directa & ciuilis vindicatio acquiri potuisset si à domino tradita ei res fuisset dūmodò meo nomine *l. si procurator 13. ʒ. de acquir. rer. domin.* Quòd si non meo quidem nomine tradita ei fuerit, sed tamen meo nomine emerit, Non fiet res mea prinsquàm mihi tradiderit is qui emit *l. res ex mādatu 59. eod.* Sed si ratum habeam factum procuratoris qui nō nisi meum negotium gesserit quod facere possum inuito etiam eo qui cum procuratore meo contraxit, Nemo dubitat quin perinde sit acsi ego ipse cōtraxissem *d. l. si ego 24. sup. de negot. gest.* Satis autem ratum habeo cùm ex contractu procuratoris mei Publicianam exerceo quæ in necessarium antecedens supponit contractum meum esse *l. Pomponius 9. & pass. eod. t. l. 3. §. falsus procurator, & l. non tantùm 5. ʒ. Rat. rem haber.* Cæterùm nulla ratihabitione opus est si procurator meus nō tantùm nomine meo contraxerit, sed etiam tradita ei res sit meo nomine *d. l. si procurator.*

1. 1 ¶ Prætor ait, *Qui bona fide emit.* Non igitur omnis emptio[a] proderit, sed ea, quæ bonam fidem habet proinde hoc sufficit[b], me bonæ fidei emptorem fuisse, quamuis non à domino emerim, licèt ille callido consilio vendiderit. neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

A. l. §. 11. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Edicti verba quæ proponuntur in *l. . sup.* non habent hæc verba *qui bona fide emit,* sed illa tantùm quæ iam explicauimus *si quis id quod traditur ex iusta causa à non domino nec vsucaptum petet.* Ergo dicēdum est hæc verba esse alterius edicti quā in cuius interpretationem Vlpianus hîc facit: quod tamen non nisi ridiculè videtur dici posse, quamuis Accursius noster ita sentiat.

Dec. Proponuntur edicti verba plerumque mutila, & quod vno loco prætermissum est, in alio potest adijci, vt hîc factum est. Et quamuis non alia edicti verba fuissent, quàm quæ extant in *d. l.* Sufficerent tamen vt appareret Prætorem non de alio emptore locutum quàm qui bona fide emisset, Cùm loquatur de vsucapione quæ bonam fidem in emptione ab initio contractus requirit, In cæteris verò contractibus, inspecto saltem tempore traditionis *l si aliena 10. l. penult. ʒ. de vsucap.* Nec enim sine bona fide potest vsucapio procedere, vt neque sine possessione *dict. l. si aliena. l. vnic. C. de transform. vsucap.*

a *Non igitur omnis emptio.* Ratio dubitādi. Emptor tametsi bonam fidem non habeat, titulum tamen habet suæ possessionis & quidem iustū. Cùm nemo dubitet quin titulus sit iustus emptionis & causa iusta *l. nunquam 31. infr. de acquir. rer. domin.* Neque verò potest dici prædo qui precium numerauit *l. nec vllā 13. § si quis, . . . supr. de hered. pet. l. nemo 126. de regul. iur.* Satis ergo erat, locutum esse Prætorem de eo, qui ex iusta causa rem sibi à non domino traditam accepisset, nec erat necesse vt quicquam adderet de bona fide. Dec. Publiciana datur eo colore quasi actor iā vsuceperit rem, quàm tamen nondum vsucepit *§. namque. Inst. de action.* Supponit ergo eos ipsos terminos habiles quos vera vsucapio requireret, ac proinde bonam fidem non minùs quàm titulum & possessionē, *d. l. vnic. C. de vsucap. transform.* & alijs supradictis. Porrò cùm Prætor ad dandam Publicianam hoc nominatim exigat vt emptio bona fide facta sit, Consequens est vt nō aliam possessionem ad Publicianam prodesse voluerit quàm quæ bonam fidem habeat, vt inclusio vnius sit exclusio alterius vulg. *l. cum Prætor 12. sup. de iudic. l. ex co 18. ʒ. de testib. l. maritus 21. C. de procur.*

b *Proinde hoc sufficit.* Ratio dubitandi. Nemo plus iuris in alium transferre potest quàm ipse habeat, vulg. *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur. l. traditio 20. ʒ. de acquir. rer. domin.* Atqui venditor quem ponimus neque dominum fuisse neque bonæ fidei possessorem non potuit ipse vsucapere propter malam fidem. Ergo neque vsucapiendi conditionem in emptorem transferre. Idque esse videtur quod Vlpianus scribit in *d. l. traditio.* Eum qui tradit si dominium non habeat nihil transferre ad eum qui accipit. Nam si nihil, Ergo nec vsucapiendi facultatem, quam scilicet non habuit, sicuti neque dominium. Augetur dubitatio, ex eo, quod cùm emptionis & venditionis contractus sit vltrò citróq; obligatorius non minùs pendet ab animo venditoris quàm emptoris, Et concurrere vtriusq; affectum oportet, vt dominium transferatur, adeoq; vt obligationes mutuæ contrahantur, *l. in omnibus 55. iunct. l. 57. ʒ. de oblig. & act.* Vnde nec sufficit ad dominiū in me transferēdū vt procurator meus emat meo nomine, nisi venditor quoque meo nomine ei tradat vt ad §. præcedentem diximus ex *l. si procurator 13. & l. res ex mandatu 59. ʒ. de acquir. rer. dom.* Quidni ergo ad Publicianam bona fides venditoris perinde atque emptoris exigetur? Non enim satisfaciet si dicas Prætorem solius emptoris non etiā

vendi-

Digitized by Google

venditoris bonam fidem exegisse: Quia hoc ipsum est quod quæro Cur Prætor emptoris dūtaxat non etiam venditoris bonam fidem exegerit.

Dec. Vsucapio non fauore venditorum introducta est, sed fauore emptorum, qui emendo id agūt, vt sibi dominium acquirant; Ne alioqui rerum dominia semper sint in incerto *l. 1. de vsucap.* Proinde sufficit bonam fidem emptoris in emptione interuenisse, licet venditor callido consilio vendiderit. Alioqui dolus malus venditoris emptori noceret, vt Vlp. hîc scribit, quod esset iniquum. Dolus enim cuique suus nocere debet non alteri cùm dolus sit vicium personale, quomodo Accursius noster loquitur, Minùs verò nocere debet emptori, & cæteris qui emptorum loco sunt & causam habēt onerosam *l. apud Celsum 4. §. de authoris. ff. de doli mal. excep.* Est enim emptor successor singularis qui in vicia venditoris non succedit si ea ignoret *l. an vitium 5. ff. de diuers. tempor. præscrip.* quod in herede ac vniuersali successore diuersum est *l. cum heres 11. ff. de diuer. temp. præscr.* Sanè in vicia possessionis ac proinde quæ realia sunt nō personalia etiā singularis successor succedit *l. vicia possessionis 11. C. de acq. vel ret. poss.* Ergo si quis bona fide emerit licèt à malæ fidei vēditore, nihilominùs habebit Publicianam, quia potest vsucapere. Non enim habet vsucapiendi facultatem à venditore, sed à lege cuius autoritate introductum est ius vsucapionis, nec proinde adimi ei potest ex facto & dolo malo venditoris, arg. *l. 3. ff. de interd. ex releg.* Nec nouum est vt quis in alium transferat etiam id quod non habet *l. quod nostrum 63. ff. de vsufr. l. clausulus 74. in fin. ff. de contr. empt. l. non est nouum 46. ff. de acq. rer. domin.* E contrario tamen si emptor habeat malam fidem nihil ei proderit ad vsucapionem, aut ad Publicianam quod venditor bonam fidem habuerit *l. 2. §. si eam rem 17. infr. pro emptor.* quia cùm non sit iustus successor nō potest succedere in Publicianam quæ competebat venditori quomodo heres succederet tanquam in actione hereditaria *§. prox. infr.*

12 ¶ In hac actione non oberit mihi, si successor sim, & dolo feci, cùm is in cuius locum successi bona fide emisset, nec proderit, si dolo careo, cùm emptor, cui successi, dolo fecisset.

Ad §. 12. In hac actione.

Ratio dubitandi. Mala fides authoris non nocet successori, vt diximus proximè ex *l. 4. §. de authoris. ff. de dol. mal. excep. l. an vitium 5. de diuer. temp. præsc.* Ergo neque dolus & mala fides defuncti nocere debet heredi.

Dec. Heres cùm sit successor vniuersalis, quia in omne ius defuncti succedat, eadémq; cum ipso persona esse existimetur §. 1. *Nouell. 49. de iureiur. a mor. præst.* deterioris cōditionis est quā emptor aliúsve successor singularis. Succedit namq; in omnia etiam vicia defuncti quamuis ignorans, nec ea excludit sua ignoratione *l. cum heres 11. ff. de diu. temp. præscrip. l. si ego 9. §. partus. ff. l. 4. §. heres. ff. de vsucap. l. 2. C. de fruct. lib. & lit. expens.* At singularis successor nō succedit in vicia ipsius defuncti quæ sunt personalia, sed in vicia tātùm possessionis quæ sunt realia, vt scripsimus ad §. præced. ex *l. vicia 11. C. de acq. poss. & l. an vitium 5. ff. de diuer. temp. præsc.* Itaq; quod habet iuris regula Id quod obstat ipsis qui contraxerūt, eorū quoq; successorib. obstare *l. quod ipsis 143. de reg. iur.* ad vniuersales tantùm successores referendū est non ad singulares in quos nec iura personalia, siue actiua, siue passiua transeunt *l. vlt. §. 1. ff. de contr. empt. l. 1. §. heres. ff. ad SC. Treb. l. æris alieni 15. C. de donat.* Hic igitur §. est de vniuersali successore, Superior de singulari. Sed cùm defunctus in bona fide fuit, heres autē in mala fide est, difficilius certè est, vt heredi magis debeat prodesse bona fides aliena, quā nocere mala propria, & vt defuncti possessioni, quæ bonā fidem habuit, iungere possit & adnectere propriæ quæ malam habeat. Præsertim verò post Nouel. Iustiniani cōstitutionem *Nouell. 119. Vt consules larg. c. 7. §. rursus,* vnde est Auth. *malæ fidei. C. de præscr. long. temp.* quæ induxit, vt neq; vsucapere, neque longi tēporis præscriptionē possit sibi acquirere is, qui possessionis suæ causam & titulū etiam singularem habet à malæ fidei possessore, quāuis bonæ fidei possessor ipse sit. Sed & iuris pontificij regula notissima est, Possessorem malæ fidei nullo tēpore præscribere, quòd id salua cōscientia & sine dispendio salutis æternæ fieri nequeat *Cap. 2. de reg. iur. in 6. c. vigilanti, & c. vlt. Extr. de præscri.* Vt proinde neutro casu videatur hodie Publicianā locum habere posse; siue bonæ fidei possessor malæ fidei possessori successerit, & hoc propter supradictam Iustin. cōstitutionem, siue malæ fidei possessor bonæ fidei possessori, ob iuris canonici prohibitionem. Atque ita plerique putant sublatam hodie esse his duobus casib. Publicianam. In qua sententia & Accurs. & Bart. fuisse videntur. Etsi enim neque ius pontificium neque Iustiniani constitutio de Publiciana loquuntur, sed de vsucapione & præscriptione tantùm, Videtur tamen optima & necessaria consecutio, Vt quo casu procedere vsucapio non potest, eo casu nec Publiciana cōpetat, cùm nō alio colore detur quàm quasi actor iam vsuceperit id quod nōdum vsucepit §. *namque. Inst. de action.* Et hæc ad primā huius §. partem dubitandi ratio est. Dec. Vsucapio ex ratione iuris requirit quidem bonam fidem, sed ab initio duntaxat non etiam ex postfacto. Superueniens enim mala fides vsucapionem nec vitiabat olim nec hodie vitiat, Possessionem verò longi temporis vitiabat olim & interrumpebat, Hodie non vitiat neque interrumpit *l. si aliena 10. ff. de vsuca. l. vnic. C. de vsucap. transf.* . Ergo neq; Publicianam impediebat mala fides superueniens, cùm ratio dandæ Publicianę ex causa vsucapionis pendeat. Cur ergo in ea re quam defunctus propter bonam fidem suam vsucapere cœperat nocebit mala fides heredis si nec ipsius defuncti mala fides superueniēs nocuisset? *l. 2. §. si defunctus. ff. Pro empt.* Nimirum si traditio facta fuerat defuncto bona fide, nō etiam si heredi scienti rem alienam *l. heres 43. ff. de vsucap.* Nam cùm ad dandam Publicianam nō sit necesse completam esse vsucapionem, imò cœptam dūtaxat fuisse oporteat, & inchoatam, vt à Prætore quantum ad hunc effectum pro completa habeatur *d. §. namque.* Apparet sufficere vt inchoata sit vel vnius horę vsucapio ad hoc, vt perinde completa videatur, acsi ad complendam eam vna tantùm hora deesset, Porrò quæ semel habetur pro completa, sicut iterum complenda non est ne duplicis vsucapionis necessitas aut vtilitas aliqua inducatur. Ita nec interrumpi vllomodo potest, neque per malam fidem superuenientem, neq; vlla alia de causa. E contrario cùm defunctus in mala fide fuit, quæ vsucapionem

inchoari veruit, non potest superueniens heredis bona fides dare initium vsucapioni, cùm bonam fidem exigamus ipso traditionis tempore. Traditio autem non nisi semel interuenire possit. Quæ ratio differentiæ est perelegans inter heredẽ & emptorẽ aliúmve quemlibet singularem successorem. Nam præter id quod emptor aliúsve quilibet successor singularis nõ succedit in vicem defuncti in quæ succedit heres *d.l.cum heres*, Illud etiã constat, Emptorem possidere ex noua traditione sibi facta per suũ venditorem, quod & in cæteris successoribus singularibus euenit, Heredem verò non item, cùm nulla ei traditio fiat nec fieri possit à defuncto, Vt neque vlla ei necessaria est. Nam quod ad dominium, continuatio eius fit ipso iure, non etiam possessionis. Possessionem verò propria authoritate adprehendere heres potest, vt & alius quilibet dominus possessionem rei suæ à nemine occupatam *l.cum heredes 23.ff. de acquir. poss. l.1.§. Scæuola ff. si is qui testa [illegible]*. Cùm igitur nulla traditio inter defunctum & heredem interueniat, non potest dari tempus in quo bona fides heredis dare possit initium vsucapioni, quam mala fides defuncti impediebat: Quod in emptore secus est, qui licèt iuuare se nequeat possessione authoris sui, qui malã fidem adnexam habuit, vsucapionem tamen à sua inchoare potest, si modò traditam sibi rem acceperit bona fide. Nec enim mala fides venditoris continuari potest in emptorem, qui nouam possessionem habet ex [illegible] titulo & ex noua traditione *l.[illegible] in pr. ff. de diuers. temp. præscrip.* Atque hæc ex iuris veteris ratione verissimè disputantur. Sed maior difficultas est an idem obtineat hodie, post supradictas Iustiniani, & iuris pontificij cõstitutiones. Nimirum eo casu quo defunctus in bona fide fuerit, heres autem in mala. Nam cùm defunctus in mala fide fuit, consentit nouum ius cum vetere, vt neq; vsucapio heredi procedere, neque Publiciana ei dari possit cùm aduersus malam defuncti fidem, bona fides heredis nil prosit. Multò minùs iure canonico quàm ciuili, siquidem heres quantumuis in bona fide sit tenetur exonerare cõscientiam defuncti, qui malam fidem habuit, vt omnes Canonistæ notãt ad *cap. vlt. Extr. de præscrip.* Nec ad hunc casum pertinet *Tit. pro hered.* quo heres bonam fidem habens successerit malæ fidei possessori, sed ad eũ quo successerit illi qui bonã quidẽ habebat fidem, sed possessionis suæ titulum qui ad vsucapiẽdum erat necessarius, nullum habebat, vt bene Accursius noster sensit. Successor autem singularis alio iure vtitur, cùm neque authoris sui conscientiam exonerare teneatur, quia sicut iuris successor non est, ita nec iniuriæ, neque possessionem suam iustã continuet cum authoris sui possessione quæ fuit viciosa, sed nouam vsucapionem inchoet ex die traditæ sibi bona fide possessionis. At cùm defunctus in bona fide fuit, heres autẽ in mala, hic verò casus est qui magnam recipit dubitationem, & de quo inter iuris nostri interpretes maximè contenditur, An Publiciana heredi danda est, quem cõstat vsucapionem à defuncto inchoatam complere amplius non posse. Et hæc potissima certè ratio est, quæ adferri pro iis possit qui Publicianam hodie heredi denegant; ideóque iura vetera correcta esse putant etiam quantum ad Publicianam. Mihi tamen aliud iudicium est, qui video nihil aliud ex hac ratione inferri posse, nisi, quod facilè admittoo, Non posse heredem habere Publicianam proprio nomine, quam nec olim habebat vt ego quidem arbitror nisi nomine & iure hereditario. Nam si vsucapio à defuncto inchoata vel à primo die habenda erat pro completa, vt Publicianam induceret, quomodo fieri poterat, vt Publicianam nouam sibi heres acquireret, qui hereditariam iam habebat à defuncto ipso acquisitam. Quemadmodum enim vsucapio duplex eiusdem rei numquam potest, vt diximus *l.cum qui ades 23.ff. de vsucap.* ita neque duplicis vsucapionis fictio per Prætorem induci, quia fictioni veritas respondere debet *l. confessionibus 13. & l.seq. §. vlt. ff. de interrog. in iur. fac.* Cæterùm nihil causæ est, cur non ex defuncti persona heres Publicianam habere debeat quæ defuncto iam fuerat quæsita, & quæ relicta in hereditate reperitur hodie hereditaria. Cùm superueniens mala fides heredis, tametsi hodie interpellet vsucapionem à defuncto inchoatam quod olim secus erat *d.l. heres eius 43. ff. de vsucap.* eam tamen non possit delere & extinguere, quæ iam fuerit completa verè, aut ex fictione iuris prætorij habenda pro completa, quia nec interpellari amplius illa potest. Neque verò iuris canonici constitutio completam bona fide vsucapionem aut præscriptionem destruit, sed inchoandam duntaxat impedit, aut inchoatam necdum completã, quam tamen olim nec fauor quidem fundi dotalis, nec prohibitio legis Iuliæ poterat impedire *l.si fundum 16. ff. de fund. dot.* Sed & sacrosanctos Pontifices cũ de vsucapione vel præscriptione propter malam fidem superuenientem inhibenda nouum illud ius induxerunt, de Publiciana tamen deneganda minimè cogitasse, apparet ex eo manifestissimè quod non solum de Publiciana nihil constituerunt (cur ergo quod immutatum non est, stare prohibeatur vulg. *l.sancimus 27. C. de testa. l.præcipimus 32. in pr. C. de appellat.*) Sed neq; alia ratione aut vsucapionem aut præscriptionem cum mala fide currere prohibuerunt, quàm vt veri domini ius tuerentur quem inuitum aut etiam ignorantem dominio rei suæ priuari facto eius qui se alienam rem possidere intelligat, iniquum sanè & à iuris diuini ac conscientiæ regulis alienum esse nec immeritò crediderũt. Atqui Publiciana nõ ideò comparata est vt dominus vllomodo lædat, sed tantùm vt iustum possessorem qui bonam fidem habuit, & erat in cursu vsucapiendi, aduersus nouum possessorem, qui nõ nisi minùs iustus esse potest, tueatur. Cessat igitur in Publiciana ratio iuris pontificij, quæ in vsucapione & præscriptione ius vetus correxit, Quod verò ad nouam illam Iustiniani constitutionem attinet, de qua in *d. Auth. mala fidei*, quæ in singulari quoq; successore bonam fidem habẽte ius nouum induxit, vt ei mala fides authoris ad vsucapionem & longam possessionem etiam inchoandam nocere debeat, Apertius est nihil eam ad Publicianæ ius immutandum pertinere, Non ob id solũ quòd Publiciana nihil commune habeat cum vsucapione inchoanda, sed ab ea pendeat, quæ nec inchoanda sit nec completa, sed inchoata tantùm, & quæ tamen pro completa haberi debeat; Verùm etiam, quòd Iustiniani constitutio, non simpliciter & absolutè insubeat bonæ fidei successori vsucapionem & acquisitionem eius rei, quam bona fide emerit à malæ fidei venditore, sicut neque ius pontificium ad hunc casum extenditur,

Sed

Sed tantùm immutat quantitatem temporis, vt siue vsucapio, siue præscriptio quæ anteà complebatur decennio inter præsentes & vicennio inter absentes maximè post *d. l. vnic. C. de vsucap. transform.* hodie annos triginta exigat. Quidni ergo vsucapio bona fide à singulari successore inchoata perinde atque olim pariet Publicianam, Cùm non sit difficilius prætori vsucapionem habere pro completa cui deest numerus nouem & viginti annorũ, quàm cui hora tantùm vna deesset, Alioqui sequeretur sublatam fuisse à Iustiniano Publicianam à quo tempore vsucapionem rerum mobilium quæ olim anno vno concludebatur transformauit in vsucapionem triennij, Rerum verò immobilium, quæ biẽnij erat ex lege duodecim tabularum in possessionem longi temporis decem scil. annorum inter præsentes & viginti inter absentes *d. l. vni. C. de vsucap. transfer.* Quid enim refert an decem aut viginti annos vno casu requirat Iustinianus, an alio triginta? Non debet vtique diuersitas temporis inducere diuersitatem iuris. Nec si ab initio Iustinianus vsucapionem transformasset in possessionem longissimam, aut præscriptionem triginta annorum, vt in casu *d. Auth. malæ fidei*, eò magis tamen Publicianam in alijs casibus sustulisset, Illud sanè fatendum est hãc Publicianam quàm hodie bonæ fidei emptori à malæ fidei possessore causam habẽti saluam esse contendimus, adeóque heredi malam fidem habenti, qui in bonæ fidei possessoris hereditate successerit, non esse eiusdem rationis. Nam priorem exercebit emptor suo nomine & ex mero proprio si modò nihil aliud impediat, quominùs ex persona sua vsucapionem inchoare possit, cùm malæ fidei possessor à quo causam habet, nullo casu nullóque tempore vsucapionẽ inchoare potuit, Nisi ponas habuisse illum quoq; ab initio bonam fidem tempore traditionis, malam verò fidem superuenisse. Posteriorem verò quam heres propter malam fidem suam ex proprio capite habere non potest, exercebit ex persona defuncti quasi hereditariam, quia defuncto, cuius heres est, competebat. In eóque fauorabilior est heredis, quàm singularis successoris causa quæ in alijs quę diximus est deterior. Nam si emptor aliúsve singularis successor sit in mala fide nihil ei proderit bona fides venditoris qui vsucapere cœperat, vt eam vsucapionẽ continuare & complere possit *l. 2. §. si contrario. ʃ. pro emptor.* Ac proinde nec Publicianã habere potest, neque ex propria persona, cùm sit in mala fide, neque ex persona venditoris, cùm non sit iuris successor, vt in eum possit transire aliqua actio quomodo transire posset in heredem tanquam hereditaria, Vt constat ex hoc § cuius verba illa *si successor sim*, ideò benè Accursius intelligit de successore vniuersali, cùm in successore singulari locum habere non possit.

13. ¶ Sed enim si seruus meus emit: dolus eius erit spectandus, non meus: vel contrà.

Ad §. 13. Sed enim.

Ratio dubitandi Quoties per seruum aut filiumfamilias domino vel patri aliquid acquiritur, ne momento quidem temporis consistit acquisitio in persona filiifamilias, vel serui, sed recta & immediatè acquiritur patri vel domino *l. placet 79. ʃ. de acquir. here.* Ergo neq; serui neq; filiifamilias scientia vel ignorantia quæ bonã aut malam fidem parit inspicienda est, sed ipsius patris vel domini Præsertim verò patris qui eadem cum filio persona esse existimatur *l. vlt. C. de impub. & alijs subst.*

Dec. Quę sunt facti non transeunt ad patrem vel ad dominum, sed in persona filiifamilias, vel serui remanent & consistunt *l. qui heredi 44. ʃ. de condi. & demonst.* Atqui scientia vel ignorãtia, & consequenter bona vel mala fides facti est *l. bonæ fidei 48. ʃ. in contrarium. ʃ. de acqui. rer. dom.* & quidem personalissimi, cùm in cuiusque animo & opinione consistat. Ergo cùm de bona vel mala fide quęritur, non patris vel domini scientia vel ignorantia inspiciẽda est quibus acquiritur, sed ipsius filiifamilias vel serui qui emit & contrahit *l. in huiusmodi 12. & seq. ʃ. de contr. empt.* Nam & emptio ipsa vt alius quilibet contractus facti est *l. consilio 7. §. vlt. ʃ. de curat. furio.* nec proinde dici verè potest emisse pater aut dominus quod filiusfamilias vel seruus emit. Hac ipsa ratione quam vsurpanimus, quòd ea quæ facti sunt non transeant ad patrem vel ad dominum *d. l. qui heredi.* Ergo quamuis Vlp. in hoc §. de seruo tantùm loquatur, attamen perinde ad filiumfamilias protrahi potest & debet *d. l. in huiusmodi & l. cùm mancipium 51. ʃ. De ædilit. edict.*

14. ¶ Publiciana tempus emptionis continet: & ideò neque quod ante emptionem, neque quod posteà dolo malo factum est, in hac actione deduci, Pomponio videtur.

Ad §. 14. Publiciana.

Ratio dubitandi. Cùm de vsucapione ac Publiciana quæritur, & in necessarium antecedẽs de bona vel mala fide possidentis, traditionis tempus inspici solet & debet non tempus contractus. Sufficit enim bonam fidem traditionis tẽpore interuenisse nec præcedẽtis aut subsequentis temporis ratio vlla habetur: quia nec aliud tempus quàm traditionis inspici deberet ad dominiũ transferẽdum si traditio à vero domino facta proponeretur, *l. traditio 20. ʃ. de acq. rer. dom. l. quoties 15. C. de rei vind.* Ergo nec in emptione tempus emptionis inspiciẽdum est, sed traditionis. Quod & scriptum est in §. *vlt. huius legis*, vt proinde secum pugnare Vlpianus videatur. Dec. In cæteris quidem contractibus ita est vt traditionis dũtaxat tempus inspici oporteat, non quo contractum est sed in emptione aliud receptum & obseruatum est vt duplex tempus inspiciendum sit ad bonam fidem habendam, Emptionis nimirum & traditionis, *l. si alienã 10. l. pen. ʃ. de vsucap.* aliàs *l. 3. ʃ. Pro solut. l. 2. in prin. ʃ. Pro empt.* Ratio autem diuersitatis est quia ex cæteris contractibus dominium transfertur per traditionem à vero dominõ factã nec aliud requiritur nisi vt traditionis causa sit iusta, *d. l. traditio l. numquam nuda 31. eod. ti.* At in vẽditione sola traditio quantumuis iusta nõ transfert dominiũ, licèt facta sit à domino, sed exigitur prætereà ex lege 12. tab. vt preciũ sit solutum venditori, vel aliter eo nomine satisfactum, *l. quod vendidi 19. l. vt res 53. ʃ. de contr. empt. § vendita. Inst. de rer. diui.* Quę solutio precij vel satisfactio eo nomine præstanda solebat olim præstari, soletque hodie ipso tempore contractus: Non alia de causa

quàm vt per traditionem transferri possit dominium, quod alioqui nō transferretur, & vt hoc ipso statim, & ab instanti contractus cōstituatur venditor in mora si rem non tradat, in qua alioqui non constitueretur *l. Iulianus 13. §. offerri. ſ. de act. empt.* Vnde fit, vt cùm de venditione agitur, tempus vēditionis pro tempore moræ accipiatur, vt in *l. 3. §. si per venditorem. eod. ti.* Ergo quod in hoc §. scribitur Publicianam tempus emptionis continere, sic accipiendum est, ac si scriptum esset, etiam emptionis tempus continere, Vt includat sc. & implicet tempus quoque traditionis. Atque ita Accurs. noster, & post eum cęteri vulgo hunc §. accipiunt. Ego tamen, ni fallor, aliam huius loci sententiam esse arbitror. Illam nimirum, vt actio Publiciana tempus emptionis cōtineat, vt Vlp. loquitur, id est, vt cùm quæritur quid in hāc actionem veniat, inspiciendū sit tēpus emptionis, nec aliud quicquam consequi emptor possit quàm quod fuit eo tēpore, Non etiā id quod ante emptionem vel posteà dolo malo factū est, Puta si vel ante vel post emptionē res vendita, vel aucta fuerit, vel imminuta, vel vilior, vel deterior, Nam sequitur in textu *& ideo neque quod ante emptionem, neque quod postea dolo malo factum est in actionem hanc deduci Pomponio videtur.* In quibus verbis nihil est, quod ad bonam aut malam fidem referre possis, Quamuis Accur. suæ interpretationis memor sic intelligat quasi velit Vlp. Publicianā nō eò minùs dari, quod mala fides superuenerit quandoquidem nec vsucapio ex ea re impediretur *l. bonæ fidei 48. §. in contrarium. de acq. rer. dom.* Sed quomodo explicabit prima illa *neq; quod ante emptionē,* An ita fortasse vt mala fides vēditoris, quæ fuit ante venditionem, non noceat? Quis verò crederet nocere posse? An verò bona fides adesse debeat emptionis tempore, an traditionis, an vtroque potiùs tractatur in §§. *seqq.* Ex quo tātò magis apparet de hoc ipso Vlpianum hîc non tractasse. Dubitandi autem ratio ad hanc sententiam ex eo peti potest quod dolus possessoris contra quem agitur Publiciana, numquam impunitus esse debet, siue ante, siue post emptionem admissus sit *l. procurator 11. §. 1. ſ. de dol. mal. except.* Sed ratio decidendi est, quia sicuti quod ante venditionem dolo malo factum est nihil ad emptorem pertinet, qui cùm emit præsentem duntaxat rei statum intuetur, Ita & quod post emptionem factū est, non potest videri in emptionem deductū: ideóq; nec in Publicianā venire, arg. *l. non potest 23. ſ. de iudic. l. Lucius 11. l. bonitatis 13. & seq. ſ. de euict.* Vnusquisq; enim contractus ex eo tēpore æstimandus est quo celebratus fuit *l. si voluntate 8. C. de rescind. vend. l. Titia 62. in fin. de iur. dot.*

15 ¶ Bonam autem fidem solius emptoris continet. Vt igitur Publiciana competat, hæc debent concurrere, vt & bona fide quis emerit, & ei res empta, eo nomine sit tradita. Cæterùm ante traditionem, quamuis bonæ fidei quis emptor sit, experiri Publiciana non poterit Iulianus libro septimo digestorum scripsit.

Ad §. 15. bonam autem fidem.

Ratio dubitandi & decid. ad hunc §. eadē est quę ad §. *Prætor ait* ſ. vbi diximus cur ad Publicianā bona fides emptoris solius requiratur non etiā venditoris. Est enim hic §. illatio quædā ex præcedentib. Hoc tamen addito vt nō tantùm emptionē præcessisse oporteat, & quidē bona fide factam ad hoc vt Publiciana cōpetat, sed etiā traditionem secutam esse & quidē eo nomine, id est, ex causa illa emptionis aut alia eáque iusta. Ratio dubitandi. Solemus quidē exigere traditionem, itémq; causam aliquam traditionis, & quidē iustam cùm tractamus de dominio transferendo, Nempe quia numquam nuda traditio transfert dominiū, sed ea tātùm quæ facta sit ex iusta causa, adeóq; à domino *l. numquam nuda 31. de acq. rer. dom. l. 3. ſ. si vsufr. petat.* At cùm de Publiciana tractamus ponimus factā esse venditionē à nō domino, vt ex ea proinde dominiū transferri numquā possit. Quid ergo necesse est illud etiā cōcurrere, vt & traditio facta sit & eo nomine, vt Vlp. ait, id est, ex emptionis, aliáve iusta causa præcedēte? Dec. Etsi Publiciana non cōpetit nisi eo casu, quo dominium per traditionem trāslatum non sit, Requirit tamē vt traditio facta sit ex iusta causa, adeóque ex qua possit sequi vsucapio, Quæ porrò nō ex alia traditione sequi potest quàm quæ esset habilis & sufficiens ad transferendum dominium si traditio à domino facta proponeretur. Atqui traditio etiam à domino facta non transferret dominiū nisi præcedēre iusto titulo, Nec sufficeret præcedere titulum iustum, nisi traditio eo nomine, & ex iusto illo titulo sequeretur. Idem ergò & in Publiciana danda obseruandum est, vt traditionem non à domino quidem, sed ex iusta causa factam esse oporteat. Itaque nihil prodest titulum quamuis & bonæ fidei & iustum præcessisse nisi traditio, & quidem eo nomine secuta sit. Et hic sensus est huius §. non quem putat Accursius vt Publiciana non competat siue emptionis, siue traditionis tempore in mala fide emptor fuerit.

16 ¶ Traditionem rei emptæ oportere bona fide fieri. ideóque si sciens alienā possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse: quia vsucapere nō poterit. Nec quispiam putet hoc nos existimatè, sufficere initio traditionis [a] ignorasse rem alienam, vel quis possit Publiciana experiri: sed oportere & tunc bona fide emptorem esse [b].

Ad §. vlt. Traditionem.

Ratio dubitandi, Bonæ fidei emptor intelligitur etiā is qui post emptionē rescit alienā rē esse quam emptionis tēpore putauerat esse venditoris, quandiu fundus ab eo euictus nō fuerit, inquit Iulianus in *l. qui scit 25. §. vl. ſ. de vsur.* Ergo nihil interest an traditionis tēpore bonā fidē habuerit necne. Dec. Multū interest vtrū disputemus de bona fide emptoris propter vsucapionē & Publicianā quę ex vsucapione pendet, ac propter fructuū acquisitionē. Hoc enim posteriore casu potest sufficere bona fides, quæ emptionis tēpore interuenerit, quia nomē ipsū emptoris bonæ fidei nihil nisi emptionis tēpus cōtinet. Et ita loquitur Iulianus in *d. §. vlt.* cū ait bonę fidei emptorē quādiu ad percipiendos fructus intelligi debere quandiu euictus fundus non fuerit. Nec quod aliter tamen vsucapere non possit, quàm si traditionis quoque tempore bonam fidem habuerit ad rem facit. Nihil enim cōmune habet ius vsucapionis cum iure percipiendorum & acquirēdorū fructuū cùm fieri possit, vt quis vsucapiat, nec tamē fructus faciat suos, & cōtrà vt fructus

suos

suos faciat etiam is, qui vsucapere tamen non potest, quemadmodum ex Pomponio Paulus ratiocinatur in *l. bonæ fidei 48. §. in contrarium. ff. de acq. rer. dom.* At cùm de vsucapione & Publiciana quæritur nihil prodest bonam fidem cõtractus tempore interuenisse si nõ interuenerit etiam tempore traditionis: Quin potiùs sufficeret traditionis tẽpore interuenisse, quamuis ipso contractus tempore interuenisset extra causam emptionis, quæ singulari iure bonam fidem vtroque tempore exigit, vt in superioribus docuimus ex hoc ipso §. *& l. si ex aliena. 10. & l. pen. ff. de vsuc. l. 2. in prin. ff. pro empt.* Quamquam vt verum fateat, nec illud facilè possum admittere, vt quod ad percipiendos quoque fructus pertinet bonæ fidei emptor intelligatur is, qui rem bona fide emptam, postea sibi traditam mala fide accepit. Nam cùm ea præcipuè ratio sit acquirendorum emptori fructuum, quòd bona fide rem possideat, Non fiat autem iustus possessor ex emptione citrà traditionem, vt disertè scriptum est in *l. si ex stipulatione §. ff. de acquirend. poss.* quomodo fieri potest, vt propter bonam fidem fructus suus emptor faciat, qui mala fide rem sibi traditam accepit. Rursum vel ipsa perceptio sola fructuum ostendit nunc tractari de emptione quæ steterit in terminis emptionis, sed quam secuta sit traditio, quæ emptorem fecerit possessorem. Neque verò quicquam vetat quominus omnes iuris locos tractantes de bonæ fidei emptore, qui fructus percepent de eo emptore intelligamus qui possessor factus sit per traditionem. Nec in eo Iulianum à Paulo vel alios Iureconsultos inuicem dissentisse putandum est, Sed in eo tantùm, quòd Iulianus adfirmabat emptorem bonæ fidei suos facere fructus, etiam quos post malam fidem superuenientem perciperet, quasi non eò minùs bonæ fidei emptor maneret *d. l. qui scit. §. vltim.* Paulus verò ex Pomponio magis probabat, vt à quo tempore cœpisset scire fundum esse alienum desineret fructus suos facere, quòd ab eo instanti bonæ fidei possessor dici non posset. An quia Iulianus bonæ fidei possessorem esse posse crederet eum qui alienam rem esse sciret? Aut quia Paulus negaret manere eum nihilominùs bonç fidei emptorem? Neutrum certè dici potest. Nam neque mala fides superueniens post contractam emptionem potest irritam facere, quam ponimus bona fide factam fuisse: Neque rursum potest bonæ fidei possessio durare, ex quo mala fides superuenit, nisi in casu *l. generaliter 28. ff. de noxal. actio* Sed quia putabat Iulian emptorem bonæ fidei suos fructus facere debere nõ tanquam bonæ fidei possessorem, sed tanquam bonæ fidei emptorem. Paulus contra non tanquam bonæ fidei emptorem, sed tãquam contra bonæ fidei possessorem, Denique maiorem habebat Iulianus rationem tituli quàm possessionis. Paulus verò maiorem possessionis quàm tituli, Cuius sententiam certè magis probo. Quomodo enim posset bonæ fidei emptor domini loco esse quantum ad fructus percipiẽdos qui ne quidem possessor factus sit per traditionem, Quique etiamsi à vero domino emisset, adhuc tamen dominus nõ esset *d. l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. ex empto 11. §. 2. l. si quis alienam 46. ff. de action. empt.* Nec enim bona fides plus præstare potest, quàm veritas etiam vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de reg. iur.* Veritas autem non faceret dominum emptorem qui à non domino emisset *l. quoties 15. C. de rei vindic.*

a *In initio traditionis.* Ratio dubitandi. Initium cuiusq; rei spectandum est *l. si procuratorem 8. in princ. ff. mandat. l. 2. §. si seruus depos. ut 30. ff. depos. l. si tantum 12. ff. ad SC. Maced.* Ergo sufficere debet bonam fidem ab initio venditionis interuenisse, nec inspiciendum est quid posteà superuenerit.

Dec. Inspiciendum quidem est initium traditionis non etiam mala fides quæ superuenit post traditionem Sed nõ sufficit initium venditionis, quia traditio illa est quæ sicuti dominium trãsfert cùm fit à domino ita vsucapiendi conditionem si fiat à non domino, Vt disputauimus in præcedentibus.

b *Sed oportere etia tunc bona fides emptorem esse.* Noli intelligere cum Accurs. *tunc* cùm venditur, Neq; cũ iis quos Accurs. refellit *tunc* cũ actor experitur, Sed vt præcedentia probant apertissimè *tunc* cùm traditio fit. Nec enim eò minùs verum est quod Accursius concludit & infert ex hoc §. ut emptor vt Publicianam habeat duobus temporibus bonam fidem adesse oportere. Nam qui dicit Emptorem bonæ fidei emptorem esse oportere *etiam tunc cum res traditur* satis implicat & includit, Etiam ipso emptionis tempore bonam fidẽ habere illum debere, Ac si diceret non tantùm emptionis tempore bonam fidem interuenire debere, sed etiam tempore secutæ traditionis. Id enim est quod iactari solet dictionem *etiam* implicatiuam esse aliorum casuum vel personarum vel temporum.

8. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

DE precio verò soluto nihil exprimitur. vnde potest coniectura capi, quasi nec sententia prætoris ea sit, vt requiratur, an solutum sit pretium.

Ad l. de precio 8.

a Ratio dubitandi. Publiciana datur ad exemplum ciuilis & directæ vindicationis ita vt quæcunq; de vindicatione dicta sunt in titulo præced. eadem & de Publiciana dicta videri debeant *§. in Publiciana. l. prox. s.* Atqui emptor qui emit etiã à vero domino non habet directam vindicationem rei emptæ, ne quidem aduersus extraneum priusquàm venditori suo precium ipse persoluerit *l. 5. §. pen. ff. de tribut. act. l. quod vendidi 19. l. vt res 13. ff. de contr. empt. §. vendita. Inst. de rer. diuis.* Ergo nec Publicianam habere debet pro re empta is qui emit à non domino, Nisi soluto demum precio, vel nisi aliter satisfactum sit venditori, Dec. Habet Publiciana actio multa similia & communia cum directa rei vindicatione, sed non omnia. Nam cùm sit prætoria, & tota ex æquitate, vt cæteræ actiones omnes prætoriæ, fauorabilior est q̃ directa, Vel ideò magis quod vindicatio supponit actoris esse dominium, Publiciana verò, domini iure saluo, actorem tuetur duntaxat aduersus extraneos qui nec dicit se dominum. Itaque cùm Prætor Edicti sui verbis nihil adiecerit de precio vel soluto vel nõ soluto, sic nos interpretari edictum debemus, quasi Prætor indistinctè Publicianã bonç fidei emptori dari voluerit, Ne vbi Prætor nõ distinxit, nos distinguamus. Hic enim locus est ex quo nostri brocardicũ illud generale probare solet, Vbi lex nõ distinguit, neq; nos distinguere oportere. Quod Acc. noster pbat ex multis cõgestis ll. & quia nõ desunt quæ pugnare videatur

sic ille cōciliat, nec malè, vt quoties aliqua lex generaliter loquitur, nec alia specialis vlla est quę dissentiat, generalis lex generaliter quoque & indistinctè intelligatur *l. 5. §. generaliter. ff. de leg. praest.* Si verò specialis aliqua sit, quæ in casu speciali contrà statuat, distinguenda sit & limitanda lex generalis per specialem. In toto namq; iure ita comparatum est, vt generi per speciem derogetur, vt habet iuris regula. Leges quæ in hanc rem adferri possunt videre est apud Accursium. Neque enim hoc agimus vt Commentarios nostros ex iis quæ apud alios videri æquè commodè possunt, oneremus.

9. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

SIue autem emptori res tradita est, siue heredi emptoris, Publiciana competit actio.

Ad l. siue autem 9.

Ratio dubitandi. Non alij competit Publiciana quàm qui bonam fidem habuerit vtroque tempore & emptionis & traditionis *§. vlt. l. 7. sup.* vbi diximus. Atqui non potest emptionis tempore bonā fidem habuisse heres emptoris cùm ipse non emerit, nec rursum emptor tempore traditionis, cùm res ei tradita numquam fuerit, sed ipsius heredi. Ergo neutri potest Publiciana competere.

Dec. Heredis persona eadē esse intelligitur cum persona defuncti *Nov. 49. de iureiur. à morient. praest. in prin.* Parum ergo refert quantum ad dandam Publicianam vtrum defunctus habuerit bonam fidem vtroque tempore, an verò tempore emptionis duntaxat, Heres verò tempore traditionis, Nec aliud cōcludit obiectio Nisi quod huiusmodi Publicianam heres non possit exercere quasi hereditariam, quippe quæ defuncto nūquam competierit: Sed quasi propriam, propterea quòd à defuncto quidem initium, sed ab herede & à bona ipsius fide complementum acceperit.

1 ¶ Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

Ad §. 1. si quis rem.

Ratio dubitandi. Non sufficit ad Publicianam vt præcesserit causa iusta dominij transferendi, secutáque sit traditio nisi etiam illud concurrat vt traditio secuta sit eo nomine *l. si ego 7. §. bonam fidem 5.* Atqui traditio facta ea causa vel depositi vel commodati non potest videri facta ex titulo habili ad transferendum dominium, Cùm rei depositæ & commodatæ dominium adeòque possessio remaneat penes deponentem vel commodantem *l. rei commodatæ 8. ff. Commod. l. licet 17. §. 1. ff. deposit.* Et quamuis post traditionem emptio fiat, ea[illegible]q; causa depositarius vel commodatarius rem retineat. Nemo tamē ideò dixerit traditionem quæ præcessit factam videri ea causa subsecutæ emptionis, Præsertim si traditionis tēpore de futura emptione non cogitabatur, sed de commodato duntaxat vel deposito. Ergo ea hac causa competere Publiciana non posse dicendum est. Causam enim præcedere semper oportet. Dec. Interdum etiam sine traditione transfertur possessio, & cum possessione dominium, si fortè is qui rem alienam habebat ex causa vel minùs iusta, vel non satis habili ad transferendum dominium puta ex titulo depositi vel commodati eam subinde emat, ea èque causa emptionis voluntate domini rem retineat. Nam hoc ipso quod dominus qui rem suam poterat reposcere patitur eam penes alium manere ex noua causa quæ superuenit, videtur eam ea nono illo titulo tradere atque ita dominium eius transferre, Quasi breui manu, vt loquitur Vlp. in *l. licet 43. §. 1. ff. de iur. dot.* Perinde ac si depositarius aut commodatarius eam rem restituisset domino, deinde eam dominus vendidisset, venditámque tradidisset *l. singul. 15. inf. de reb. cred.* Hîc enim euenit quod & alibi plerumque vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur *l. 3. §. sed si debitorem. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Neque verendum est vt possessor in hac specie causam possessionis mutasse sibi videatur. Contra veterem iuris regulam *l. 3. §. illud. l. qui bona 19. ff. de acqui. poss. l. 2. §. quod vulgo. ff. pro hered.* Non enim mutat ille sibi causam possessionis qui nec anteà possidebat, Sed desinit is qui deposuerat vel commodauerat possidere, & alium possessorem facit *l. quod meo. ff. de acquir. poss.* Neque rursus absurdum est mutari causam possessionis ex nouo titulo superueniēte *l. non solùm 33. §. quod vulgo. ff. de vsucap.* Cæterùm præsentem rem esse oportet, vt pro tradita habeatur, quia nec tradi absens posset. Debet autem fictio respondere veritati, vt docuimus ad *l. hac si res 47 sup. tit. 1.* quod & Accursius noster sentit.

2 ¶ Sed & si præcessit traditio emptionem, idem erit dicendum.

Ad § 2. sed etsi.

a *Sed & si præcesserit traditio.* Videtur hic posterior casus idem esse cum priore. Nam & in priore, de quo iam diximus, traditio præcessit emptionem. Ideóq; bonus Accurs. vt casus istos distinguat ponit in secundo factam esse venditionem sub condicione, & traditionē post venditionem quidem, sed antè condicionis implementum. Atque ita quod Vlp. disertè scribit *si præcesserit traditio emptionem,* sic interpretatur ac si scriptū esset *si præcesserit traditio existentiam condicionis,* Nempe quod existens quandocunq; condicio in ipso contractus tēpore extitisse videatur, vt à tempore contractus effectum suum pariat ex *l. sub condicione 16. ff. de solut. l. quod in diem 11. ff. de acceptil.* Sed hanc interpretationē verba Vlpiani certè nō patiuntur. Aliud enim est emptionis condicionalis tempus, aliod verò cōdicionis existentis, Nec potest existentia condicionis facere, vt emptio eo demùm tempore facta videatur quo existit condicio, quod tamen Accursij interpretationi consequens videretur, Sed è contrario vt ab initio contractus emptionis purè factus intelligatur *l. potior 11. §. 1. ff. qui potior in pignor. hab. l. 2. §. si pecuniam. ff. De donation.* Est igitur hic posterior casus de illa etiam traditione accipiendus, quæ antè contractum emptionis facta sit,

Præsertim

Præsertim cùm non ponat Vlpianus condicionalem fuisse emptionem, Sed quæ tamen facta fuerit non ex causa aliqua præcedente, vt in priore specie in qua posuimus factam esse traditionem ex causa depositi vel cõmodati, At potiùs ex causa secuturæ venditionis, id est à venditurο, & futuræ venditionis contemplatione. Quo casu, quem & Accursius obiter attigit, non sub condicione facta dici potest emptio, sed traditio ipsa. Sub illa inquam condicione tacita, si venditio sequetur. Alioqui nuda reperiretur traditio & consequenter inhabilis ad transferendum dominium, quæ scilicet causam nullam haberet, ex regula *l. numquam nuda 31. D. acquir. rer. dom.* Nam & traditio potest fieri sub condicione, & ipsa etiam possessionis acquisitio, *l. omnia 7. & seq. ℨ. de reb. credit. l. qui absenti 38. ℨ. de acquir. poss.* Nec minùs sub tacita condicione quæ vi ipsa inest traditioni, quàm sub expressa, Exemplo stipulationis, *l. interdum 73. ℨ. de verbor. obligation. d. l. omnia.* Secuta igitur quandocunque venditione, traditio facta sub ea tacita cõdicione, si venditio sequeretur, habebitur pro pura adeóq; pro traditione facta ex causa emptionis præcedentis. Quia cùm in omnibus traditionibus, vt & in aliis quibuslibet hominum actibus maximè inspiciendum sit, non tam quid fiat, quàm qua mente, ne actus operentur vltra intentionem agentium, *l. non omnis 19. ℨ. de reb. credit.* sufficit ordine intellectus præcedere traditionem, licèt sit posterior ordine temporis, cùm ordo ille intellectus consentiat cum ordine iuris & naturæ, qui præcipuè semper attendendus est *l. cum pater 77. § fides tua. ℨ. de legat. 2.* Ex quibus satis apparet quænam dubitandi & decidendi ratio sit ad hunc versiculum. Iunctis iis quæ diximus ad versiculum præcedentem.

3 ¶. Item si hereditatem emero, & traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius eũ scribit Publicianam.

Ad §. Item si hereditatem.

Ratio dubitandi. Longè aliud est hereditas quæ consistit in iure etiam sine corpore, & iuris nomen est, *l. hereditas 50. sup. de hered. pet.* Aliud verò hereditariæ res singulæ, quæ vt plurimùm sunt corporales, Ideóque & longè diuersum est Vendere hereditatem, Et vendere singulas res hereditarias, *l. 1. C. de euict.* vbi hanc ob causam dicitur Vendita hereditate non ideò singulas res hereditarias venditas intelligi, ideóque euicta re aliqua ex singulis, non tamen nasci actionem de euictione.

Dec. Hereditas cùm sit iuris non corporis tradi non potest, quia traditio non fit nisi rerum corporalium, quæ tangi & sensu aliquo corporeo attingi possunt, *l. 1. §. quædam sup. De rer. diuis.* etsi rerum incorporalium, & iurium quasi traditio quædam est per vsum & patientiam, *l. vlt. ℨ. de seruit. l. 1. §. vlt. rustic. præd.* Vendita itaque hereditate traditionem rerum corporalium fieri necesse est, quæ cùm fit perinde est, acsi esset ipsa nominatim vendita, Traditio enim secuta in executionem venditionis declarat quid in venditione antè fuerit, vt in cæteris plerisque ex postfacto apparet quid antea gestum sit *l. qui res 98. in princip. & § 1. ℨ. de solut. l. quædam 15. de reb. dub.* Atqui hereditaria res per se vẽdita esset quæ posteà fuit tradita: nemo dubitaret quin Publiciana eius nomine cõpeteret, cùm cætera concurrant, quæ posuimus necessaria esse ad Publicianam, scilicet vt facta sit emptio, & traditio bona fide, nec quicquam interueniat, quod Publicianam impedire possit, Ergo & vendita hereditate téq; aliqua singulari tradita tanquam hereditaria, Publicianam competere dicendum est, haud aliter quàm si illa ipsa res vendita quoq; per se ac specialiter fuisset. Traditio enim potissimùm illa est quæ sicuti pósessionem, & vsucapiẽdi condicionem transfert (neque enim potest incipere vsucapio nisi ex die traditionis) ita & Publicianam inducit. Et hæc vera huius loci ratio est, non quam adferunt nonnulli quod etiam pro parte rei venditæ & traditæ Publiciana exerceri possit ex *l. cùm sponsus 12. §. vlt. ℨ.* Nec enim pars hereditatis in vna re singulari potest consistere, *l. quamuis 14. infr. si quis omiss. causs. testam.* Habet enim hereditas partes suas homogeneas quę proinde in iure non in corpore consistunt, *l. seruum 50. §. vlt. ℨ. de hered. instit.*

4 ¶ Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus videamus, quis magis Publiciana vti possit: vtrum is cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo Digestorum scripsit: vt, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quod si à diuersis non dominis. melior causa sit possidentis, quàm petentis, quæ sententia vera est.

Ad §. 4. Si duobus.

Quæstio huius §. est de pluribus eandem rem alienam separatim bona fide ementibus. vter eorũ in actione Publiciana præferendus sit. Respondet autẽ Vlpianus ex Iuliano cũ distinctione, An plures rem illam separatim emerint ab eodem non domino an à diuersis non dominis. Vt priore casu potior esse debeat is cui priori res tradita est, Posteriore verò melior sit condicio possidentis. Ratio dubitandi ad priorem distinctionis partem illa est, quod in vindicatione quidem directa cùm pluribus separatim eiusdem rei vẽditio fit à domino, is demùm ille potior censeri debet non qui prior emit, sed cui priori res tradita est, Nempe quia traditio illa est nõ emptio, quæ dominium transfert. Et consequenter plus iuris habet qui prior à domino traditam rem accepit *l. quoties 15. C. de rei vin.* At cùm duo separatim eandem rem emunt à non domino, quid interesse potest vt priori res tradita sit, cùm effectum nullum habere possit eiusmodi traditio? *l. traditio 20. infr. de acquiren. rerum dominio.*

Dec. Publiciana cùm sit vtilis & prætoria in rem actio datur ad exemplum ciuilis & directæ vindicationis, Et quæ de ciuili vindicatione dicuntur, ea ferè omnia obtinent in Publiciana, nisi vbi aliquid contra constitutum est, *l. sed etsi 7. §. in Publiciana supr.* Datur enim Publiciana eo colore

quasi res quæ petitur iam sit vsucapta: §. *namque Instit. de action.* quæ porrò vsucapi non potest, nisi ex die traditionis. Et is cui priori res tradita est sicuti prior vsucapionem inchoauit, ita prior quoque vsucapionem compleuisse fingitur. Ac proinde non minoris potestatis est traditio quæ à non domino facta est ad Publicianam inducendam, quàm traditio facta à domino ad directam vindicationem concedendam. Ergo is cui priori res tradita est præferri debet in Publiciana, licèt posterior emerit, tanquam qui prior fingendus sit vsucepisse. Obseruandum autem est quod Vlpianus ait *an is qui tantùm emit* non ita accipi debere, quasi alius tantùm emerit, non etiam res ei tradita sit, nec enim dubitandi causa vlla esset in eo cui res tradita non fuisset, Sed sic potiùs, vt alius quoq; emerit quidem & per traditionem rem acceperit, sed prior emerit tantùm, acceperit autem posterior. Quod autem ad posteriorem distinctionis partem attinet, dubitandi ratio ex eo petenda est, quòd tùm quoque cùm plures à diuersis non dominis eandem rem emerunt eadem ratio, quam proximè attulimus, videtur facere debere, vt potiorem esse oporteat eum cui priori res tradita est, tanquam qui prior quoque vsucapionem inchoauerit, eúmque compleuisse intelligatur. Et ita videtur sensisse Neratius in *l. si ea res 31. §. vlt. ff. de actio. empt.* vbi ait si plures ab alio atque alio emerint, id est à diuersis non dominis eum tuendum esse qui prior ius eius adprehendit, hoc est, inquit, cui primùm res tradita est. Quæ verba mouerunt me iam pridem vt monuerim legendum esse in præcedentibus, non vt vulgo *ius eius* sed *iustiùs* ad differentiam illius qui minùs instè, id est propria authoritate possessionem adprehenderit. Hic enim prædo bonæ fidei emptor est, *l. si ex stipulatione 5. ff. de acquir. poss.*

Dec. Cùm vterque à non domino emit par est causa vtriusque quia neuter dominus est, & vterque vsucapiendi condicionem nactus est, Alter quidem prior, sed qui tamen antequàm vsucapionem compleuerit non pro eo habendus est, ac si compleuisset, aduersus eum qui vsucapionem æquè & inchoauit & cõplere possit fortassis prior, cùm multa possint accidere ne prior cœpta prioris vsucapio compleatur. Quid enim si possidendi animum habere desineret? Quid si prior sine herede moreretur? Atqui in pari causa & iure melior semper est condicio possidentis, *l. 2. ff. vti possid.* Quemadmodum & cùm idem debitor duobus simul eandem rem in solidum obligauit. Nam licet singuli in solidum aduersus extraneum Seruiana vtantur, si tamen inter eos quæstio moueatur possidentis melior condicio est, *l. si debitor 10. ff. de pigno.* Nimirum quia nihil est quod meliùs dici possit, & possessionis commodum hoc semper est, vt qui possidet hoc ipso vincere debeat per non ius actoris vt & alius reus quilibet, etiamsi nihil ipse ex parte sua præstet. *l. 4. C. de edend. l. fauorabiliores 125. De reg. iur.* Aliud iuris est si quæratur vter ex emptoribus præferendus sit in Publiciana contra tertium extraneum exercenda. Tunc enim Neratij sententiæ locus est qui præferendum putauit eum qui iustius rem adprehendit, id est cui priori tradita res est, *d. l. si ea res §. vl.* Nec potior est causa possidentis qui Publicianam habere ex defectu siue tituli siue bonæ fidei aut ex qua alia ratione nõ potest, Inter eos verò qui bonæ fidei emptores sunt, & quibus separatim res fuit tradita æquum est cæteris paribus melioris esse condicionis eum qui prior ex traditione sibi facta possessionem accepit, tanquam qui in hoc saltem plus iuris habeat. Atque ita omnes hi iuris loci conciliandi & explicandi sunt si cum Azone, Accursio & Bartolo conciliari eos posse arbitremur. Sed si quid iudicij mei sit liceat dicere, magis probo quod vir doctissimus credidit Iacobus Cuiacius dissensisse Iurecõsultos veteres in hac quæstione, Iulianum scilicet, & Vlpianum à Neratio, Cuius tamen sententia probabilior mihi certè videtur, vt scripsi pluribus *Decad. 86. De error. pragm. Error. 7. & 8.* vnde peti poterunt quæ alioqui nos ad hunc locum congerere possemus. Nec enim possum mihi persuadere quod vult Bartol. & quod Iuliani & Vlpiani sententiæ consequens esset, vt Publiciana non detur aduersus habentem titulum, quam contra dominum solum denegandam esse prudentes voluerũt, *l. pen. & vlt. ff. hoc tit.* Illud planè extra omnem est, sempérque fuit dubitationem, si ex pluribus emptoribus vnus à domino emerit, alius à non domino, præferendum esse omnimodo eum qui à domino emerit, *d. l. si ea res §. vlt.* Non quidem in Publiciana de qua tractari hoc casu nihil potest, sed in directa rei vindicatione, quæ competit haud dubiè semper ei qui emit à vero domino, Non adhibita illa distinctione, An emerit bona fide necne, Aut an priùs ei sit res tradita an non, siue quod non possit videri emisse mala fide qui emit à vero domino, *l. si quis cùm sciret 8. ff. pro emptor.* siue quòd opinio emptoris putantis alienam esse rem quæ venditoris est, dominij translationem impedire nullomodo possit, dum cæteræ concurrant quæ ad dominium transferendum sunt necessaria.

5 ¶ Hæc actio in his, quæ vsucapi non possunt, puta furtiuis, vel in seruo fugitiuo, locum non habet.

Ad §. 5. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Non semper bona est consecutio, vt vbi vsucapio cessat, etiam Publiciana cesset. Nam nec vectigalia nec tributaria & stipendiaria prædia vsucapi possunt, & tamen in iis quoque Publiciana locum habet si fortè bona fide tradita proponantur, *l. cum sponsus 12. §. in vectigalibus ff. hoc tit.* Ergo nec eo minùs in rebus furtiuis, & in seruo fugitiuo locum habere Publiciana poterit, quòd vsucapi non possint.

Dec. Publiciana non alio iure aut iuris colore datur, quàm quasi actor rem vsuceperit, quam tamen non vsucepit *§. namque Insti. de action.* Ergo si qua res sit quæ vsucapi nequeat, consequens est, vt nec per Publicianam peti possit. Nec est contrarium quod in vectigalibus & stipendiariis & superficiariis prædiis quæ constat vsucapi non posse, aliud tamẽ placuit vt eorum nomine si bona fide tradita sint Publiciana cõpetat, *d. §. in vectigalibus.* Non enim absolutè verum est prædia illa vsucapi non posse, sed quantum duntaxat pertinet ad dominos quorum sunt prædia, Ne scilicet desinere

possint

possint esse vectigalia vel stipendiaria vel superficiaria. Sed quantum attinet ad ius possessoris quod Bartolus vtile dominium vocat nihil prohibet vsucapi, vt idem Bartolus docet ad *d. §. in vectigalib.* Rerum furtiuarum & serui fugitiui alia ratio est. Res enim furtiuas vsucapi & lex duodecim tabularum & lex Atinia vetuit; Et consequenter etiam serui fugitiui, quippe qui sui ipsius furtum facere intelligitur, *l. 1. C. de seru. fugit.* quamuis non magis suam quàm aliarum rerum possessionem possit interuertere in præiudicium domini, *l. rem quæ nobis 15. ff. de acquir. poss.* Nec in his rebus quicquam iuris possessor habet quod possit vsucapi, sed vel dominium ipsum vsucapi necesse est, vel nihil. Rebus furtiuis benè nostri æquiparant alias res quarum alienatio legibus prohibita est. Neque enim earum nomine dat Publicianam Prætor ne contra leges facere videatur, *l. cum sponsus 12. §. si res ff. hoc tit.* Sed quod addunt de seruitutibus discõtinuam, vt loquuntur, causam habentibus non æquè facilè probari potest, vt dicemus ad *l. si ego 11. §. 1. infra eodem.*

6 ¶ Si seruus hereditarius, ante aditam hereditatem, aliquam rem emerit, & traditam sibi possessionem amiserit: rectè heres Publiciana vtitur, quasi ipse possedisset. Municipes quoque [a], quorum seruo res tradita est, in eadem erunt condicione.

Ad §. vlt. si seruus.

Ratio dubitandi. Seruus hereditarius quandiu hereditarius est, id est ante aditam hereditatem etiamsi rem quamlibet possit emere, possessionem tamen acquirere neque hereditati potest, neque heredi. Non hereditati, quia licèt domina sit, tanquam quæ defuncti personam repræsentet, *l. non minus 31. §. 1. ff. de hered. inst. l. hereditas 61. De acquir. rer. domin.* possidere tamẽ nihil potest cùm possessio sit facti quæ proinde & manibus & pedibus indiget vt apprehendi possit siue à pedibus siue à sedibus possessionem dictam velis, *l. 1. in princip. & §. si vir vxori ff. de acquir. poss.* Et rursus animo vt incipere possit possidere, *l. 3. §. ex contrario l. quemadmodum 8. eod.* Hereditas autem cùm persona ficta sit neque animum, neque pedes aut manus habet, *l. 1. §. Scæuola ff. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Non heredi, quoniam serui hereditarij dominus non est heres, quandoquidem hereditas non heredis sed defuncti personam repræsentat, *d. l. heredit. 61.* Atqui Publiciana sine possessione esse non potest sicuti neque vsucapio, *l. sine possessione 25. ff. de vsucap.* Ergo ex traditione facta seruo hereditario Publiciana heredi acquiri non potest, Neque tanquam hereditaria cùm nec defuncto nec hereditati fuerit vnquam acquisita. Nec rursum quasi suam propriam exercere illam heres potest, cui ex facto serui tanquam alieni acquiri numquam potuit.

Dec. Multa singulari iure circa vsucapionem recepta sunt propter publicam vtilitatem cuius fauore introducta est vsucapio, & consequenter etiã circa Publicianã quæ tota ex Prætoris æquitate & iurisdictione descendit, minorísque momenti, ac præiudicij est, cùm iacturam nullam irroget domino, sed tantùm extraneo iniustóque possessori. Inter cætera vnum illud est, vt nondum aditæ hereditatis, tẽpus vsucapioni procedat siue seruus hereditarius aliquid compararit, siue defunctus iam vsucapere cœperat, *l. numquam 31. §. vacuum tempus l. iusto 44. § nondum aditæ ff. de vsuc.* Alioqui magno incommodo afficerentur heredes si totius illius medij temporis quo hereditas iacuit, vtilitate priuarentur, quod contingeret si ea res vsucapionem à defuncto inchoatam interrumperet, aut si nulla traditionis factæ seruo hereditario haberi ratio posset. Hoc autem admisso vt possessio quæ facti est, quæsita per traditionem factam seruo hereditario prodesse debeat heredi etiam ad vsucapionem, quis non æquum putet quod Vlpianus scribit in hoc §. si seruus hereditarius ante aditam hereditatem emerit rem aliquam, & traditam sibi possessionem miserit, rectè heredem Publiciana vtirum, quasi ipse possedisset. Longè siquidem difficilius est vt ea possessio prosit heredi ad vsucapionem antequàm ipsi heredi acquiri potuerit, quàm vt eidem ad Publicianam prodesse debeat, quæ tantò faciliùs concedenda est quantò minoris est damni, arg. *l. an creditore 38. ff. de euict.* Illud sanè tenendum est, quod Papinianus scribit in *l. præscriptio 45. §. vlt. ff. de vsucap.* si post mortem domini seruus hereditarius rem peculij tenere cœperit, vsucapionis primordium esse tempus aditæ hereditatis, id est non priùs vsucapionẽ incipere quàm adita sit hereditas. Quemadmodum enim, inquit, vsucapietur, quod antè defunctus non possederat? Ad quam rationem certè qui contra Papinianum sentiret, respondere numquam posset. Sed non ideò tamen sequitur, Eius rei nomine Publicianam heredi competere non debere, sed hoc tantùm, quod facilè admitto, Publicianã hanc nõ esse hereditariam: at propriam heredis, quod & significant verba illa Vlpiani *quasi ipse possedisset.* Neq; hac in re aliam facimus rationem vsucapionis, aliam Publicianæ actionis. Nam quemadmodum Papinianus in *d. §. vl.* negat vsucapionem inchoari à tempore traditionis factæ seruo hereditario, sed à die tantùm aditæ hereditatis, Ita nec Publicianam ex die traditionis nasci volumus, sed ex eo ipso tempore hereditatis aditæ, Et rursum sicuti non impedit vacuum illud tempus iacentis hereditatis quominùs incipiat vsucapio saltem à die aditionis per quã heres factus sit heres. Ita & quod traditio facta sit seruo hereditario per quem non potuerit acquiri possessio heredi futuro, non impedit quominùs ex die saltem aditionis Publiciana nasci potuerit. Quamuis eo tempore iam amissa proponatur possessio, quæ iacente hereditate fuerit acquisita. Nam cuius retinendæ si amissa nõ esset ius haberet heres, quidni post amissionem habebit etiam ius recuperandæ, arg. *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin. l. quacunque 13. in princip. ff. hoc tit.* Ratio autem huius iuris & vtriusque istius propositionis ex eo pendet, quòd heres quandocunque adeundo hereditatem iam tùm ex die mortis adisse retrofingitur, *l. heres quandocunque 54. ff. De acquir. hered. l. omnia 193. De reg. iur.* Atqui si heres adiisset statim ex die mortis nullum fuisset tempus iacentis hereditatis, & quæ traditio facta fuit seruo hereditario, ea seruo heredis facta inuenietur, atque ita actio Publiciana heredi ipsi ex proprij serui contractu acquisita. Idem ergo probandum est

tionis: Aut cùm donatio rei alienæ non valeat, *l. si filius 14. l. si patri 23. C. de donat.* nec rursus dominiũ rei quam ego emi prius meum fiat quàm res mihi tradita sit, *l. quoties 15. C. de rei vind.* quomodo fieri potest vt valeat donatio rei quæ adhuc nõ sit mea? Vel vt eadem traditio sit sufficiens ad transferendum eodem instanti dominium in te, & in me, ob id solùm quòd tibi facta sit ex mea voluntate? Prius enim videtur, vt mea res fiat quàm vt donari à me possit. Quamuis responderi possit nõ esse nouum vt celeritate coniungendarum inter se actionum vna occultetur, *l. 3. §. sed si debitorem ff. de donat. int. vir. & vxor. l. singularia 15. de reb. credit.* Etiam in donatione, *l. 2. §. cũ vero l. qui id quod 31. §. si cùm Primus ff. de don.* Sed aliæ rationes supradictæ sufficiũt, vt emẽdatio nostra potiùs quàm Accursij interpretatio probari debeat, Cùm nec Accursius diffiteatur Publicianam ei dari non posse cui ex mea voluntate res tradita est si nullum possessionis suæ titulũ habeat, qui nec possessionẽ habere vllam intelligitur si ei tradita res sit quomodo supponẽdũ in dubio est non tantùm mea voluntate, sed etiã meo nomine, vt ex causa præcedentis tituli traditio facta intelligatur, & à primordio titul. posterior formetur euentus, *l. quod in muliere 77 sup. tit pro x. l. vnic. ad fin. C. de impon. lucrat. descript. lib. 10. tit. 35.*

1 ¶ Si de vsufructu agatur traditio, Publiciana datur. Itémque seruitutibus vrbanorũ prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam: fortè si per domum quis suam [a] passus est aquæductum transduci, item rusticorum: nam & hic traditionem, & patientiam [b] tuendam constat.

Ad §. 1. Si de vsufructu.

Ratio dubitandi. Vsusfructus non potest vsucapi, quia nec propriè possidetur, cùm in iure cõsistat & sit quid incorporale vt & cæteræ seruitutes omnes tam personales quàm reales, *l. usu 44. §. non mutat. ff. de vsucap. l. 1. ff. de vsufr.* Ergo nec pro vsufructu quamuis traditus sit Publiciana competere non potest, quippe quæ locum non habeat nisi pro iis rebus quæ vsucapi possunt, *l. siue autem 9. 9. hac actio supr.*

Dec. Vsusfructus quidem vsucapi non potest ne quidem cum prędio, sicuti neq; pignus, quia nulla dominij societate coniungitur, *d. §. non mutat. l. permisceri pen. ff. de acqu. poss.* Sed tamen longo tempore acquiri potest, *l. vlt. in fi. C. de long. tempor. præscript.* vbi additur idem esse in cæteris seruitutibus etiam realibus, Quod & iam olim responsum erat *in l. si quis diuturno 10. ff. si seruit. vindic.* Ergo & Publiciana pro vsufructu exerceri potest si modò bona fide & emptus sit & traditus. Idémque in cęteris seruitutibus omnibus iuris est. Etsi enim certum est nec vsucapi eas posse, quia tametsi corporibus accedant incorporales tamen sunt, nec certam habent continuámque possessionem, vt ratiocinatur Paulus in *l. seruitutes 14. ff. de seruit.* Sufficit tamen quòd longo tẽpore acquiri possint exemplo rerum immobilium dummodò scientia & patientia domini quæ pro titulo & traditione est interuenerit, *d. l. si quis diuturno & l. 2. C. de seruit. & aqua.* Inspecto scilicet iure vetere, Nam ex Iustiniani constitutione quæ extat in *d. l. vlt.* nullus distinctioni locus relinquitur circa scientiam vel ignorantiam, nec magis in seruitutibus, quàm in corporalibus rebus immobilibus. Porrò quid refert quãtùm ad Publicianam, vtrùm res talis sit quæ possit vsucapi, an quę longo tempore præscribi, Cùm nõ alia ratione cõparata sit Publiciana, quàm vt tueatur eum qui tempore sibi acquirere rem potuisset si possessionem aut quasi possessionem suam non amisisset. Nec sanè minor subest ratio, aut æquitas dandæ Publicianæ vsufructuario, cui traditus fuit bona fide vsusfructus à nõ domino, quàm ei qui proprietatem æquè bona fide à non domino emisset, Cùm perinde posset ille vsumfructum acquirere sibi longo tempore atque ille vsucapere proprietatem posset. Denique licet præscriptio minùs iuris tribueret olim possidenti quàm vsucapio, quod pertinebat ad acquirendum dominium in præiudicium domini, Parem nihilominùs merebatur fauorem quantum ad extraneum, In cuius nimirum potestate esse non debet vt alienam possessionem impunè interrumpat siue tendebat possessio illa ad vsucapionem siue ad longi temporis præscriptionem. Quod hodie multò magis procedere debet, post transformatam à Iustiniano vsucapionem in longi temporis possessionem in *l. vnic. C. de vsucap. transform.* Miror autem Bartolum separare hic vsumfructum & seruitutes quæ habent, vt ille loquitur causam continuam à seruitutibus realibus habentibus causam discontinuam, vt quamuis vsusfructus discontinuam causam habeat, præscribi tamen possit longo tempore non minùs quàm seruitutes reales continuam causam habentes, Propterea quòd debeatur personæ quæ animum possidendi & præscribendi habet, quem non habent prædia, quibus reales seruitutes debentur. Nam præter id quod commentitia & omnino improbabilis est illa seruitutum distinctio vt aliæ continuæ sint, aliæ discontinuæ cùm seruitutes omnes perpetuam causam habere debeant, *l. foramen 28. vrban. præd.* nullæ continuam *d. l. seruitutes.* vt à nobis probatum est pluribus, *lib. Coniect.* Apparet ex Vlpiani verbis nullum eum talem distinctionem admittere quod ad Publicianam: sed idem ius constituere in vsufructu quod in seruitutibus non modò vrbanorum, sed etiam rusticorum prædiorum, Inter quas seruitutes enumerat, & specialiter ponit aquæductum, qui tamẽ ẽ potissimùm in seruitutum discontinuarum numero ponitur ab interpretibus ex *l. 3. §. ductus aquæ ff. De aqua quotid. & æstiu.*

a *Fortè si per domum suam.* Ponit ergo Vlpianus seruitutem aquæ ductus inter vrbanas seruitutes, quę tamen ab eodem Vlpiano enumeratur inter rusticas in *l. 1. ff. rustic. præd.* Sicut è contrario Neratius in *l. 2. eod. tit.* recenset inter seruitutes rusticas seruitutem altiùs tollendi & officiendi luminibus vicini, & protectum habendi, quę tamen ab aliis omnibus Iureconsultis ponuntur inter vrbanas, *l. 2. ff. Vrban. præd.* Nempe pendet hæc quæstio ex illa, vtrum prædia vrbana distinguenda sint à rusticis loco an materia & qualitate. Neratius enim putauit distingui loco *dict. l. 2* & in *l. 4. §. stabula ff. in quib. caus. pig. vel hypoth. tacit. contr.* Alij verò nõ loco sed materia, Quam sententiã secutus est Vlpianus in *l. vrbana prædia 190. de verb. signif.* quomodo

& familiam vrbanam à rustica distingui Pomponius credidit in *l. vrbana 166. eo.* Cæterùm vtut sit, certum est vrbanam seruitutem eam esse quæ sit vrbani prædij, Rusticam quæ rustici. Proinde potest eadē species seruitutis esse nūne vrbana, nunc rustica pro diuersitate prædij quod sit vel vrbanū vel rusticum. Ergo si ducatur aqua per domum vrbanam quæ proculdubio & loco & materia & vsu prædium vrbanum est, erit vrbana seruitus: si per villam aut per agrum, erit rustica, *l. 1. ĵ. Commun. præd.*

b *Nam & hic traditionem & patientiam.* Ratio dubitandi. Seruitutes omnes iam personales quàm reales sunt incorporales, cùm sint iura, ac proindè tangi non possunt, *l. 1. §. quædam supr. de rer. diuis.* & apud Iustin. *Tit. De reb. corpor. & incorp.* Ergo nec tradi possunt.

Dec. Traditio quidem propriè non fit nisi rerum corporalium, sed tamen etiam iura & seruitutes quodammodo tradi possunt, vt puta vsusfructus si quis fructuarium inducat in possessionem fundi fructuarij, Aut etiam patiatur eum vti frui, *l. 3. §. dare ĵ. de vsufr. l. 1. in fin. ĵ. rustic. præd. l. penult. inst. de seruit.* Nec tantùm traditionis vim habet patientia domini, sed etiam tituli, cùm nō possit esse patientia domini sine scientia, *l. 2. C. de seruit. & aqua. l. si quis diuturno 10. ĵ. si seruit. vindic.* vbi scribemus, Erli de supradictorum locorum interpretatione iam satis multa scripsimus lib. Coniect.

2 ¶ Partus ancillæ furtiuæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiam si ab eo, qui emit, possessus non est. Sed heres iuris [a] hanc actionem non habet quia vitiorum defuncti successor est.

Ad §. 2. Partus.

Ratio dubitandi. Partus conceptus apud bonæ fidei possessorem sed non apud eum editus, numquam ab eo possessus fuit, Cùm nec sit homo antequàm sit editus, *l. in lege 9. §. 1. ad leg. falc.* adeóq; nec in patris sui potestate etiamsi liber homo esset *l. vlt. ĵ. de collat. bonor.* Ergo nec in Publicianam venire potest in quam scilicet non venit nisi id quod antea possidebatur & vsucapiebatur, *§. namq; Inst. de action.*

Dec. Partus ancillæ sequitur ventrem ac proinde ad eundem dominum pertinet ad quem & mater tanquam portio viscerum matris, *l. 1. §. ex hoc rescripto ĵ. de ventr. inspic.* Nam si ancillæ venditor dominus eius fuisset, vtique & dominium partus ad emptorem pertineret. Ergo & quasi dominium quod per Publicianā vindicatur vt eadem sit hac parte ratio directæ vindicationis & Publicianæ vt aliis ferè omnibus, *l. sed etsi 7. § in Publiciana supr.* Neque tamen ob id furtiuus videri potest quod ex matre furtiua conceptus sit si modò apud bonæ fidei possessorem & conceptus sit & editus, *l. qui vas 48. § ancilla ĵ. de furt.* dummodo vtroque tempore & conceptionis & partus emptor habuerit bonam fidem vt subiicitur in § *seq.* vbi dicitur alioqui nec pro partu dandam esse Publicianam. Nec nouum est vt interdum etiam sine possessione acquiratur Publiciana, vt in *§ idem ait adsbcu ĵ. hac lege, & l. prox. § is cui inf.* Neque ad rem pertinet quod ancilla vendita etiam quæ tùm prægnans fuerit, partus tamen non ideò venditus dici possit, ita vt si fortè euincatur partus, non ideò tamen nascatur actio de euictione, *l. si prægnans 42. & seq. de euict. l. si id quod ex Pamphila 74. de leg. 2.* Etsi enim non potest dici partus venditus, Non eo minùs tamen verum esset dominium partus ad emptorem fuisse peruenturum si à vero domino edisset & partus apud eum editus fuisset, Quia quod ex re mea fit meum est, *l. de eo 12. § si ex vnis. ĵ. ad exhib. l. præterea 20. sup. tit. 1.* Atquin idem iuris habet in Publiciana is qui bona fide emit à non domino, quod habet in directa vindicatione is qui emit à domino, Etiā quod pertinet ad fructus quorum ratione dicitur esse penè loco domini, *l. bona fidei 48. infr. de acqui. rer. domin.* & quamuis partus non sit in fructu, cùm fructus omnes rerum natura hominum gratia cōparauerit, *l. vetus quæstio 68. ĵ. de vsufr.* idem tamen hac parte in partu quod in fœtu & fructu iuris est. *l. in pecudum 28. infr. de vsur.*

a *Sed heres furis.* Ratio dubitādi. Potest fieri vt heres furis bonam fidem habeat, quam defunctus non habuit, Cùm bona vel mala fides in facto nō in iure consistat, *d. l. bona fidei 48. § in contrarium de acquir. rer. dom.* In his autem quæ facti sunt non est locus fictionibus iuris, *l. denique 19. sup. ex quib. caus. maior. l. in bello 12. § facti. de captiu. & postlim.* Porrò ex fictione iuris est vt heredis & defuncti eadem persona esse existimetur, § 1. *Nouell. 49. de iureiur. a mor. præst.* Reuera enim distinctæ sunt personæ, Alius animus plerunque heredis, & alia opinio quàm quæ fuerit defuncti, Ex opinione autem & scientia vel ignorantia rei alienæ nascitur bona vel mala fides, *l. & generaliter 28. ĵ. de noxal. action.* Nō est igitur bona ratio quæ sequitur in textu, vt quia heres iuris successor est debeat etiam successor esse vitiorum defuncti, & malæ fidei quæ in defuncto fuit, vt pro partu concepto apud iuris heredem qui rem furtiuam esse tùm ignoret non possit ille habere Publicianam ob malam fidem solam defuncti. Cùm habeat ille & nouum titulum ad vsucapiendum ex propria persona Pro herede, & prætereà bonam fidem. Quę duo si aliud nihil obstet sufficere solent ad Publicianam: Nec quod defunctus qui fur fuit nullū titulum habuerit, aliud potest concludere, quàm vt Publiciana hæc non sit hereditaria quod certè admittendum est, sed non etiam vt heredi ex propria quoque persona sit deneganda.

Dec. Heres cùm sit successor in vniuersum ius quod defunctus habuit, succedit in vitia quoque defuncti nec ea excludit sua ignoratione, vt diximus ad *l. 7. § in hac actione sup. ex l. cùm heres 11. ĵ. de diuers. temp. præscr. l. litigator. in fi. C. de fructib. & lit. expens.* Ergo etiamsi ancilla furtiua concipiat, & pariat apud furis heredem quamuis in bona fide constitutum, tamen neque vsucapere poterit, neque Publicianam habere. Nec enim titulus Pro herede iuuat heredem furis tanquam cui mala fides defuncti nocere debeat potiùs quàm propria prodesse. Et tùm demùm prodest Titulus Pro herede cùm defunctus ideò tantùm vsucapere non poterat quòd titulum nullum haberet, Non ob id etiam quòd esset in mala fide, vt diximus ad *d. § in hac actione.*

3 ¶ Interdum tamen, licet furtiua mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, & apud me conceperit & pepererit, competit mihi in partu Publiciana, vt Iulianus ait. si modo eo tempore, quo experiar, furtiuam matrem ignorem.

Ad §. 3. Interdum.

Ratio dubitandi. Erat olim fauorabilior in plerisque causa onerosa quàm lucratiua, Non in eo tantum, vt duæ causæ lucratiuæ circa eandem rem eandemque personam concurrere numquam possent, *l. omnes 19. & seq. infr. de oblig. & action.* item que vt in donatione reuocatoria contra donatarium non requiratur fraudis participatio quæ requirebatur quoties ea actio contra emptorem aut aliũ ex causa onerosa possidentem exercebatur *l. quod autem 7. §. simili modo. ff. quæ in fraud. credit.* sed etiam quantũ ad longi temporis possessionem, vt constat ex *l. super longi 11. C. de præscript. long. temp.* vbi Iustinianus nouum ius constituens lancit vt siue ex donatione siue ex alia lucratiua causa bonæ fide quis per decem, vel viginti annos rem detinuisse probetur, adiecto scilicet tempore etiam prioris possessionis, longi temporis præscriptio ei sine dubio competat, *nec occasione,* inquit *lucratiuæ causæ repellatur.* Ergo & cùm agitur de ancilla furtiua quæ apud bonæ fidei possessorem conceperit, & pepererit, & quæritur An bonæ fidei possessori Publiciana de partu danda sit, distinguenda videtur causa lucratiua ab onerosa, id est, an ex emptione an ex donatione ancillam habeat vt priore quidem casu obtineat, quod in §. *prox.* diximus, dandam singulari successori Publicianam, non etiam posteriore.

Dec. Fuit quidem olim differentia inter causam lucratiuam & onerosam quod ad longi temporis præscriptionem pertinebat, vt constat ex *d. l. super longi*, Sed non quantum ad vsucapionem, Nam & Titulus pro donato erat habilis ad vsucapiendum, *l. 1. & tot. Tit. pro donat.* non minus quàm ad dominium acquirendum, *l. numquam nuda 31. De acquir. r. domin.* Sicut ergo nulla inter venditionem & donationem erat differentia quantum ad vsucapionem, ita neque quantum ad Publicianam, quæ iisdem ferè iuris regulis consistebat, sed in huius §. specie non tractamus de partu donato, sed de partu, qui ex ancilla furtiua donata conceptus sit & editus apud bonæ fidei possessorem, Qui partus cùm non sit donatus quemadmodum nec venditus intelligeretur si ancilla prægnans vendita esset, vt diximus ad §. *praced. ex l. si prægnans 42. & seq. infr. de euict.* non potest vsucapi pro donato, scilicet deficiente titulo; Nec si putaret donatarius partum quoque sibi donatum, *l. Celsus 27. ff. De vsucap.* Necesse igitur est, vt vsucapiatur titulo generali Pro suo; Quomodo & vsucaperetur si ancilla furtiua, non donata fuisset, sed vendita, *l. si ancillam 4. infr. pro suo.* Vbi eleganter docet Pomponius contra Neratium, aut Trebatium potius qui putabat partum ancillæ furtiuæ indistinctè vsucapi posse si apud bonæ fidei emptorem conceptus sit & editus, Imò verò distinguendum esse an intra statutum tempus vsucapionis, resciente emptor furtiuam matrem fuisse an ignorauerit, Et rursum si sciuit an dominum ancillæ certiorauerit, aut certiorare potuerit, an verò non certiorauerit cùm posset, Vt si toto vsucapionis tempore ignorauerit, possit vsucapere, & vsucapiat; Si verò sciuerit non vsucapiat, nisi vel certiorem fecerit dominum, vel certiorare non potuerit,

Quamuis in cæteris vsucapionibus generale & perpetuum sit, vt mala fides superueniens benè inchoatam vsucapionem non interrumpat *l. si aliena 10. infr. de vsucap. & l. vnic. C. de vsucap. transform.* Sed specialis ratio est, quam Accursius quoque benè vidit, quod cæteræ vsucapiones & titulum habent & bonam fidem, Hæc sola bonam quidem fidem, sed titulum nullum nisi generalem *Pro suo* qui nec fauorabilis est nec habilis ad vsucapiendum, cùm solus est, nisi cùm habet continuam bonam fidem, vt quod deest titulo, longiore bonæ fidei continuatione suppleatur, & quodammodo compensetur. Id enim est quod scribit Pomponius in *d. l. si ancillam 4.* Non posse eundem hominem Pro suo & Clam possidere. Id est Titulum pro suo non posse cum clandestina possessione concurrere. Qui enim clàm possidet, cùm vitiosè possideat, & mala fide, non Pro suo possidere dici potest, sed pro alieno, vt loquitur *l. pignori 13. infr. De vsucap.* Atqui titulus vsucapionis durare & perpetuus esse debet non temporalis, sicuti neque ex causa & titulo temporali transfertur vnquam dominium, Ne tùm quidem cùm traditio fit à domino. Cùm ergo Titulus pro suo quoties solus est, pendeat à bona fide continuam desiderat bonam fidem, & perpetuam toto tempore vsucapionis, vt titulus ipse perpetuus esse possit. Qui in cæteris causis vsucapiendi perpetuus esse potest etiamsi bona fides continua non sit sed interrupta. Nec enim bonæ fidei emptor desinit esse is qui bona fide emit, sibique traditam rem accepit, quamuis antè completam vsucapionem cognouerit rem esse alienam quandiu scilicet euicta res non est, vt subtiliter disputat Iulianus in *l. qui scit 25. §. vltim. infr. De vsur.* Mirum igitur non est ex superueniente mala fide non interrumpi vsucapionem, cùm titulus duret Pro emptore aut alius quilibet extra titulum Pro suo. In vsucapione autem quæ non habet alium titulum, quàm Pro suo requiri continuam bonam fidem, vt titulus duret, qui alioquin simul cùm bona fide intercideret. Trebatij tamen sententiam magis probauit Paulus in *l. 4. §. de illo 18. vers. si tamen quæ parias infr. De vsucap.* vbi ait etiam hoc casu initium vsucapionis inspicere nos debere. Sicut, inquit, in emptis rebus placuit. Sed Pomponij distinctio mihi subtilior videtur, & iuris rationi conuenientior, cùm verum sit partum ancillæ furtiuæ venditæ emptum non esse, *d. l. si prægnans 42. & seq. infr. de euict.* Itaque; vt ad propositam quæstionem redeamus de partu apud bonæ fidei possessorem ex ancilla furtiua concepto & edito, & per Publicianam petito, Dicendum est quemadmodum potest partus ille vsucapi, cùm non sit furtiuus, Ita & Publicianam pro eo posse competere, Bona enim consecutio est vt quod vsucapi potest si aliud nihil impediat, etiam per Publicianam peti possit. Nec distinctioni locus vllus est quam iure veteri inspecto, an furtiua ancilla vendita sit, vel donata. Sed tamen differentia hæc videtur esse inter vsucapionem & Publicianam in partu vno furtiuo ancillæ furtiuæ, quod in quæstione de vsucapione dissensit Pomponius à Trebatio, & cum

à Paulo qui Trebatij sententiam magis probauit, vt proximè diximus. At in Publiciana videntur omnes consensisse, vt sufficiat bonæ fidei possessorem fuisse siue emptorem siue donatarium duplici illo tempore quo ancilla, & conceperit & pepererit. Nec sanè dissentiendi causa fuit si propiùs inspicias, Cùm Publiciana contenta sit initio vsucapionis aduersus extraneum, *d. §. namque. Institu. de action.* sufficiatque vel momento vno possedisse, *l. cum sponsus 12. §. vlt. infr.* At vsucapio æstimatur ex toto tempore quo completur, Nec vsucapio dicitur, quæ cœpta & inchoata, sed quæ completa est. Neque rursum requiritur ad Publicianam vt quis rem habeat & vsucapiat Pro suo, quod fieri non potest superueniente ante completam vsucapionem mala fide, quæ ratio erat Pomponij, sed sufficit vt Pro suo vsucapere inceperit: quod ne ita sit, superueniens mala fides non impedit. Planè non sufficit partum apud bonæ fidei emptorem siue donatarium fuisse conceptum, sed illud prætereà requiritur, vt æquè bona fide apud eum editus sit. Nam si antequàm pariat ancilla, rescierit emptor aut donatarius alienam esse, non solùm impeditur vsucapio, sed etiam furtiuus fit partus, licèt non ideò possessor furti teneatur quia possessionem domini quod ad partum qui à domino possessus numquam fuit, non interuertit, *d. l. qui vas 48. §. ancilla. infr. de furt.* & *d. l. 4. §. de illo vers. si antequam pariat.* Ergo nec pro eiusmodi partu Publicianam habere aut emptor aut donatarius debebit. Et hoc est quod ait Vlpianus in hoc §. *si modò eo tempore quo & pariat furtiuam matrem ignorerit,* sic enim legẽdum esse subtiliter & feliciter docuit Iacob. Cuiacius ad *d. l. 4. De vsucap.* nõ vt vulgo *quo experiar.* Vnde errandi causam sumpserunt aliqui quos Accursius refert existimantes Publicianam nõ alij dandam esse quàm ei qui bonam fidem habeat illo etiam tẽpore quo experiatur. Quod certè falsissimum est, vt cõstat ex *l. eum qui 7. §. pen sup.* nec alio vllo iuris loco probari potest. Amplius putabat Scæuola, Imo posse vsucapi partum non modò conceptum, sed etiam editum apud furis heredem: posse inquam vsucapi à bonæ fidei possessore licèt nõ ab ipso herede & quidẽ ratione illa, quòd partus non sit pars rei furtiuæ. Alioqui, inquit, si esset pars nec si apud bonæ fidei emptorem editus esset vsucapi posset, vt idem Vlpianus noster refert in *d. l. si aliena 10. §. Scæuola,* vbi tamen eam Scæuolæ sententiam nec probat nec improbat. Sed tamen improbat apertissimè in *d. §. ancilla & in hoc §. An quia partus sit pars ancillæ furtiuæ?* Ita certè Vlpianus credidit. Alioqui quomodo fieri posset vt furtiuus esset qui tempore furti nondum conceptus erat, si non esset pars rei furtiuæ? Sed malè meo iudicio, Longéque meliùs hoc Scæuola negabat, quamuis Cuiacius *lib. 15. Obser. cap. 25. & ad Tit. de vsuca* pro Vlpiano contra Scæuolam sentiat. Qui enim fieri possit, vt partus sit pars rei furtiuæ, cùm si vendita sit ancilla, non sit partus pars rei venditæ? In hoc namque Paulus & Iulianus consentiunt in *dict. l. si prægnans 41 & l. seq. de euict.* vbi hãc ob causam negant vendita prægnante ancilla vel vacca si vel partus vel vitulus euictus sit, dãdam esse actionem de euictione, quam tamen certum est competere siue tota res vendita euincatur siue pars eius, *l. 1. eod. tit.* Nisi quis dicat Paulum in partu, Iulianum verò non nisi in fœtu hoc admisisse. Videtur enim Iulianus de vacca & vitulo ideò locutus vt significaret non idem se in ancilla & partu ancillæ existimare: quod sanè ita est. Habet quidem partum & fœtum emptor occasione emptionis, quia si ancillam aut vaccam non emisset, partum aut fœtum non haberet. Habet autem ideò quia matrem emit: Quæ videtur esse ratio responsi Papiniani, quod alioqui pro Vlp. vrgere multum videtur in *l. si id quod ex Pamphila 73. de legat. 1.* Sed non habet partum tanquam emptum. Ergo neque tanquam partem rei emptæ. Quare igitur, inquies, illud etiã requirimus & ad vsucapionem, & ad Publicianam vt siue emptor, siue donatarius bonam fidem habeat, illo etiam tempore quo ancilla pariat? An nõ sufficeret bonam fidẽ fuisse eo tempore quo partus conceptus est apud bonæ fidei possessorem? vt in *§. prox. præced.* Respõdeo, quod partus non sit pars rei furtiuæ, eò tantùm pertinere vt furtiuus dici nullo modo debeat; nec si apud furem conceptus sit & editus multò minus si apud furis heredem, vt benè Scæuola contra Marcellum disputat apud Vlpianum in *d. l. si aliena § vlt.* Indéq; fieri dũtaxat vt possit partus vsucapi, quasi nullo reali vicio affectus. Sed non ideò esse consequens, vt vsucapere illum omnimodò possit bonæ fidei emptor, aut donatarius, Cessante enim vicio rei & impedimento, quod ex illa parte subesset secundum Marcelli & Vlpiani sententiam, potest aliunde impediri vsucapio ex persona possessoris propter malã fidem superuenientem, Idque non solùm ex opinione Pomponij qui in hac specie bonam fidem continuam exigebat, vt suprà diximus; aut saltem alienæ rei scientiam excusabilem & inculpatam, *d. l. si ancillam 4. §. Pro suo,* quæ tamen sententia & distinctio aliis minùs probata fuisse videtur: sed etiam iuxta illorum opinionem, qui solum vsucapionis initiũ etiam in partu sicut in cæteris rebus emptis spectandum putauerunt cum Trebatio & Paulo in *d. §. de illo vers. si antequàm pariat.* Nec enim potest vsucapio initium habere ex die conceptionis, cùm eo tempore nondum possideatur vt Vlp. noster in *d. §. præcedente* docet iis verbis *etiamsi ab eo qui emit possessus non est.* Sed incipit possideri, à quo tempore est editus, quo demùm tẽpore inciperet tradi posse, si traditio esset necessaria ei qui ancillam penes se iam habet, & qui hoc ipso dominium quoque partus nulla etiam noua traditione interueniente, si dominium ancillæ per traditionem sibi factam acquirere potuisset. Cùm ergo tempus illud editionis sit pro tempore traditionis, Mirum non est impediri vsucapionem partus si eo tempore bonæ fidei emptor aut donatarius ancillæ iam cognouerit furtiuã & consequenter alienã esse, Tanquam nullũ hoc casu initiũ vsucapio habere potuerit, cùm neque incipere possit neq; currere sine possessione, Bonam verò fidem saltem ab initio adprehensæ possessionis interuenisse oporteat. Nec defendi potest contraria Marcelli sententia si illa fuit, vt eo demùm casu impediatur vsucapio partus editi ex ancilla furtiua, quæ apud furem aut furis heredem & conceptus ille sit & editus, Non etiam illo quo conceptus quidem sit apud furẽ aut furis heredẽ, sed tamen editus apud bonæ fidei possessorẽ quomodo sensisse equidẽ videtur Marcellus secũdùm Scæuolæ interpretationem; quod & innuere videtur *l. ancillæ 12. C. de furt.* Nam si partus pars est ancillæ furtiuæ, vt Marcellus credidit, quid prodesse

potest

potest quod apud bonæ fidei possessorem editus sit, apud furem ipsum furisq; heredem iam conceptus fuit? Nonne iam ab instanti ipso conceptionis furtiuus fuit? Et semel factus furtiuus, quomodo potest deinceps talis esse, quàm redierit in potestatem domini ancillæ, vt possit vsucapi? *d. l. ancillæ.* Hæc enim Scæuolæ contra Marcellum ratiocinatio est. Sed tamen ex alia parte pro Marcello cõtra Scæuolam, & contra nos, qui Scæuolæ sententiam tuemur possit quis in hunc modum disputare si partus non est pars ancillæ furtiuæ, nec possidetur ex tempore conceptionis, sed ex quo tantùm instanti editus est, quid attinet exigere bonam fidem in emptore, aut donatario tempore conceptionis, Et cur non sufficit adesse illam eo tempore quo mulier pariat? Nec enim quicquam vetat eundem emptorem aut donatarium credere ancillam esse furtiuam & alienam tempore conceptionis, quam tamen editionis tempore putet fuisse venditoris. Quod cùm euenit, quis dicat maiorẽ vim esse debere malæ fidei quę possessionem præcessit ad impediendam vsucapionem futuram, quàm malæ fidei superuenientis ad interrumpendam vsucapionem inchuatam? Sed facilis responsio est requirere nos in possessore bonam fidem etiam tempore conceptionis eo demùm casu quo sit conceptus partus nõ apud furem aut furis heredem, sed apud bonæ fidei donatarium vel emptorem, Quòd alioqui vix possit contingere, saltem non sit verisimile à communiter accidentibus vt bonam fidem habere queat partus tẽporte is qoi iam tum cùm partus cõceptus fuit, ancillam furtiuã & cõsequenter alienã esse resciebat. In cõq; differt mala fides quæ præcedit ab ea quæ subsequitur adprehentionem possessionis. Tã enim difficile est, vt mala fides quę tẽpore cõceptionis fuit, nõ perseueret in tẽpus vsq; editionis, quàm è cõtrario facilè sit, vt post inchoatam vsucapionẽ mala fides superueniat, quę ab initio nun fuit. Quemadmodũ & illud facilè passim q; contingit, vt qui tẽpore conceptionis bonã fidem habuit, & ancillam venditoris sui fuisse, ac proinde suam tunc esse credidit, resciat alienã esse tempore quo partus editur. Et ob id nimirũ prudẽtes nostri cùm exigunt bonã fidem eo tempore quo ancilla cõcepit, & quo parit, non tam id agunt, vt vtroque tempore velint exigi necessariò bonã fidem, quàm vt doceant non sufficere bonam fidem interuenisse eo tẽpore quo partus conceptus fuit nisi adfuerit tum quoq; cùm est editus. Et sanè, si verum est non nocere partui vsucapiendo, quòd conceptus sit apud furem furisve heredem, si modò apud bonæ fidei possessorem sit editus, vt Marcellus & Scęuola consentiunt in *d. l. si aliena § vlt.* & innuere videtur *d. l. ancillæ*, quamuis Vlpiano reclamante in *d. § ancillæ l. 48. de furt.* quid nucere potest eo casu, quo penes emptorem aut donatariũ conceptus sit etiam habẽtem malam fidem eo tempore, si modò probetur eo die quo mulier pariebat bonã fidem habuisse? Neque enim sola emptoris vel donatarij mala fides partum facere furtiuum posset, ne quidem iudicio Vlpiani, qui tamen furtiuum esse credidit eum, qui apud furem vel furis heredem conceptus esset. Sed & addi illud potest, difficilius esse in ancilla, quam possessor concepti partus tẽpore non modò alienam sed etiam furtiuam esse sciebat, de qua sola supradictis iuris locis prudentes nostri tractant, vt eam possideat bona fide partus tempore, quàm si antea dũtaxat alienã, non etiam furtiuam esse credidisset. Sicut enim vicium furti non aliter purgari potest ex lege duodecim tabularum quàm si res furtiua in pristinã domini redeat potestatem, Ita nec mala fides quæ ex rei furtiuæ conscientia primùm profecta est, aliter emendari, quàm si possessor suspicetur eam rem furtiuam in domini potestatem redisse. Alioqui non tam facti quàm iuris error erit, qui in vsucapionibus prodesse numquam potest, *l. numquam 31. ff. de vsucap.* Quomodo autem fieri potest vt hoc suspicetur possessor qui à die illo conceptionis in diem vsque partus continuo tempore ancillã possedit? Præsertim cùm tractemus illum casum quo verum sit ancillam furtiuam esse: ita vt veritas ipsa rei cum mala fide possessoris consentiat. Nam si ancilla furtiua non esset, facilè admitterem posse fieri, vt comperta veritate possessor scire inciperet suam esse ancillam, quam anteà nõ solùm alienam sed etiam furtiuam esse existimasset. Quanquam nihil obstat quominùs credat quis furtiuã nõ esse, alienam tamen esse. Non enim sicuti aliena est, quæcunque furtiua est, ita & vicissim possis dicere furtiuam esse omnem quæ aliena est. Bonam igitur fidem concepti partus tempore exigimus non tam propter ipsum tempus conceptionis à quo scilicet inchoari vsucapio nunquam potest, quàm in ordine, vt ita dicam ad tempus quo partus edatur, & vt intelligamus non sufficere tempus conceptionis, si non etiam partus tempore adsit bona fides, quæ à tempore conceptionis facilè possit defecisse, vt & mere veritatis seipsam paullatim & solo temporis lapsu tandem exercentis. Atque ita totam quæstionem hanc inter prudentes ipsos satis perplexam, sed ab interpretibus non satis dilucidè tractatam explicandam esse arbitramur. Obstare tamen aliquantulũ videtur, quod Papin. scribit in *l. iusto 44. § etsi possessionis. ff. de vsucap.* Etsi possessionis non contractus initium, quod ad vsucapionem pertinet, inspici placet, Nonnunquam tamen euenire vt non initium possessionis sed caussam antiquiorem traditionis quæ bonam fidem habuit inspiciamus, Veluti, inquit, circa partum eius mulieris quam bona fide cœpit possidere, Non enim ideò minùs vsucapietur puer, quod alienam matrem priusquàm eniteretur esse cognouit. Sed respondendum est tractare Papinianum de ancilla quæ fuerit quidem aliena, sed quæ tamen non fuerit furtiua. Nam in ea quæ furtiua est nihil proficit, quòd empta sit bona fide ad inchoandam vsucapionem, Cùm rei vicium obstet vsucapioni, Atqui ratio qua mouetur Papinianus ea potissimùm est, quod ab initio traditionis, quæ bonam fidem habuit inchoata sit vsucapio, Quæ porrò vbi semel inchoata est, interrumpi ob superuenientem malam fidem non potest. Sed & ponendum est quod Cuiacius quoq; ponit apud Papin. venditã & bona fide traditam fuisse ancillam prægnantem vt bona fides quæ in ancillæ traditione interuenit ad partũ quoque porrigi possit. Alioqui non potest quantũ ad partum incipere bona fides, nisi à die cõceptionis, nec vsucapio nisi ex die primæ possessionis, quæ nulla certè intelligi potest, antequàm partus sit editus. Cui non est contrarium quod diximus in § præcedente, Partum ancillæ furtiuæ qui apud bonæ fidei possessorem conceptus est, licèt apud alium editus, peti posse per Publicianam. Etsi enim non solet dari Publiciana nisi ei qui cœpit vsucapere ac in necessarium antecedens possidere,

In illa tamen specie aliud obtinet, quia nihil deesat ad vsucapionem inchoādam nisi possessio; quā porrò haberet bonæ fidei possessor apud quē conceptus partus fuit si ancillæ possessionē extraneus non occupasset, atq; ita posset hodie vsucapionem inchoasse, quoniam apud eum editus quoque partus fuisset, & æquè bona fide. Quidni ergo Publicianam habere debeat etiam nondum inchoata vsucapione, scilicet contra eum per quem steterit, quominùs inchoare illam potuerit? aut etiam contra alium quemlibet ab ipso ius habentem. Planè si quæramus an sufficiat partum editum esse apud bonæ fidei possessorem ad hoc vt possit ille vsucapere, distinguendus erit partus ancillę alienę à partu ancillæ furtiuæ. In partu ancillæ alienæ edito apud possessorem bonæ fidei, licèt concepto apud malæ fidei possessorem, non potest dubitatio vlla esse, quin partus vsucapi possit, vt propria ei prosit bona fides, nec ei mala noceat aliena. Sed in partu ancillæ furtiuæ videntur aliter atque aliter existimasse Iurecunsulti. Nam qui putarūt partum non esse partem ancillæ, quod Scæuola credidit *l. partum 26. De verb. signif.* iidem existimasunt posse vsucapi partum, quamuis conceptum apud furem, aut furis heredem: Quæ eiusdem Scæuolæ sententia est in *d. l. si aliena §. vlt.* Nec alia Marcelli quoq; fuisse videtur, eo scilicet casu quo ancilla conceperit apud furem & apud furis heredem pepererit. Cùm non aliter vsucapionē impediri dixerit quàm si partus & conceptus & editus fuisset apud furem aut furis heredem: quod & scriptum est in *d. l. ancilla 12. C. de furt.* In quo casu proculdubio à Marcello dissentit Scæuola qui tùm quoque vsucapi partum à bonæ fidei emptore posse credidit. Nam si non admisisset Marcellus posse vsucapi partum editum apud bonæ fidei possessorem quamuis conceptum apud furem vel furis heredem, stulta esset illa Scæuolæ contra Marcellum argumentatio ab absurdo sumpta, Quòd nec si partus apud bonæ fidei possessorē editus esset vsucapi tamen posset. Quod enim Scæuola tanquam absurdum obiiceret, idipsum Marcellus tanquam verum admitteret, quomodo & Iulianus admisit qui hoc idem docet in *l. pen. de stat. hom.* Nempe si ancilla prægnans subrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei possessorem pepererit, id tamen quod ex ea natum est, vsucapi non posse. Quò etiam pertinet quod Imp. Antoninus rescribit in *l. si matrem 3. C. pro emptor.* Non eo minùs posse bonæ fidei emptorem vsucapere pro emptore partū ancillæ, quòd illa in furtiuā causam inciderit, si modò apud eum cōceptus sit, vt intelligamus futurum, vt vsucapi nō posset, si partus cōceptus esset apud furem, aut furis heredem licèt editus apud bonæ fidei possessorem. Nec aliud est quod ab eodem Iuliano scriptum legimus in *l. non solum 33. in princ. ff. de vsucap.* Posse vsucapi partum etiam furtiuæ ancillæ si apud possessorem eo tempore conceptus & editus fuit quo furtiuā matrem esse ignorabat, vt proinde dubitari non possit quin ea Iuliani sententia nō tantùm Vlpiano sed etiam Imperatoribus, totique Iurisprudentiæ magis placuerit. Quanquam nescio quem scrupulum mihi iniicit Papiniani responsum in *d. §. etsi possessionis*, vbi neque conceptionis, neque natiuitatis tempus spectandum esse putat in partu ex ea ancilla edito, quam post conceptionē & iam prægnantē emptam bona fide postmodum ante partum possessor alienam esse comperisset. Sufficit enim Papiniano vt emptor bonam fidem habuerit eo tempore quo tradita illi est ancilla ex causa venditionis. Sed hoc non pugnat cum Iuliano qui supradicto loco de ancilla loquitur quæ & furtiua fuerit, & empta priusquàm concepisset, non de furtiua quæ conceperat ante venditionem, de qua in *d. l. pen. de stat. homin.* Consentit potiùs cum Iuliano Papinianus, cùm vult traditam esse bona fide ancillam & hoc sufficere vt partus quoq; bona fide traditus videatur. Quam enim rationem habere posset hæc sententia si partus non esset quodammodo pars ancillæ venditæ & traditæ? Non quasi cōstituat partem integralem vt ita dicam ancillæ quę non ob id minùs integra est quòd vacuo ventre sit, sed quia negari non potest quin saltem pars sit, & portio viscerum matris, *l. 1. §. ex hoc rescripto ff. de ventr. inspic.* Alioqui fatendum certè est ancilla vendita etiam prægnante non ideò venditum partum dici posse, *l. 2. & 4. ff. pro suo, d. l. si prægnans 42. & seq. ff. de instit.* Video autem hæc dissentio ex alia fluxisse quæ inter veteres Iureconsultos fuit, An partus ancillæ esset in fructu, *l. vetus fuit quæstio 68. ff. de vsufruct.* Quibusdam existimantibus esse in fructu, Inter quos Quintus Mucius Scæuola, si credimus Ciceroni *in 1. de finib. bonor. & malor.* cuius opinionem secutus videtur Q. Cerbidius Scæuola, gētilis eius de quo in *d. l. si ancilla 10. §. vlt.* vbi Cuiac. & *d. l. partum.* At plerique verò frequentiore voto putarunt partum non esse in fructu quòd absurdum videatur esse in fructu hominem cuius gratia rerum natura fructus cæteraq; res omnes comparauerit, *l. ancillarum 27. in pr. de hered. pet. d. l. vetus l. in pecudum 28. ff. de vsur. l. in his rebus 66. § mancipia ff. solut. matrimon.* Nam si partus est in fructu, non potest esse pars ancillæ cùm eadem res sui ipsius fructus esse non possit, atque ita vtrumque hoc credidit Scæuola, Partum scilicet in fructu ancillæ non ipsius partem esse. Si verò nō est in fructu, necesse videtur vt sit pars rei, quod alij prudentes frequentiores existimarunt. Ita fit vt dissensio vna facilè pariat aliam. Dissensionis causa certè in vtraque quæstione fuit & elegans & subtilis. Scæuolæ magistri sui sententiam probauit Paulus in *d. l. 2. Pro suo*, itémq; Pōponius in *l. quæsitum est* non facilè video quomodo hi duo conciliari possint. Apertè siquidem Pomponij distinctionem illud vellicat quod Paulus scribit in *d. l. 4. §. de illo vers. si antequam pariat.* Initium vsucapionis esse intuendum si cùm iam partem vsucapere emptor cœpisset, rescierit alienam matrem esse *sicut in emptis rebus.* Qua tamen adiectione annun significat apertissimè, Ancillâ emptâ non ideò emptum partum videri. Planè non dubito quin graue mendum subsit in *d. §. de illo*, in iis verbis *& hoc verum est* quæ delenda esse arbitror. Ostendunt enim sequentia vsque ad versic. *si antequàm pariat*, Referri à Paulo sententiam Sabini, & Cassij. Suam verò incipere dumtaxat exponere in *d. vers. si antequam*, vbi adhibet distinctionem quam Sabinus & Cassius prætermiserant, verum ancillam furtiuam pro libertate à seruo datam, rescierit emptor furtiuā esse antequàm pariat an ignorauerit, vt si ignorauerit possit vsucapere, si rescierit non possit. Ideóque in *d. vers. si antequam*, legendum *dicimus*, nō vt vulgò *diximus*, cùm in præcedentibus nihil tale Paulus distinxerit, sed Cassij tantùm & Sabini sententiam, quæ nullam admittebat distinctionem retulerit. Nec meliùs Iulianus in *l. qui ob pactionem 8. & seq. ff. pro empt.* indistinctè quoque scripsit,

Eum

Eum qui ob pactionem libertatis ancillam furtiuam à seruo accepit, posse partum eius quasi emptorē vsucapere. Nam distinctio Pauli supradictas opiniones concilians omnino admittenda est. Cùm neque Sabini & Cassij ratio sit bona, neq; Iuliani. Nō illa Sabini & Cassij quòd possessio quam seruus vitiosè nactus est, nocere domino debeat. Cur enim nocebit domino qui vt Iulianus disputat genere quodā, id est quodāmodo emptor & singularis successor est? Tunc enim dolus serui nocet domino, cùm seruus acquirit domino, *l. in huiusmodi* 12. ff. *de contr. empt.* nō autem quando seruus cum domino ipso ex iusta causa cōtrahit vtputa pro libertate. Nō illa etiam ratio Iuliani quòd dominus quasi emptor esse videatur, ex perpetua illa Iuliani suppositione quod partus ancillę vēditę sit pars rei venditę atq; ita venditus quoque debeat existimari. Nec enim Paulus hoc admittit, qui partum hūc emptum esse negat tam in *d. ver. si antequam in fin.* quàm in *d. l.* 2. ideoq; possideri ait & vsucapi nō Pro emptore, sed Pro suo, In quo possidendi & vsucapiēdi titulo singulare est, vt nō possit prius incipere, quàm possessio ipsa, quod in titulo emptionis, aliisque eiusmodi titulis, qui emptionis loco sunt, diuersum est: Non vt cōtractus initiū inspici oporteat, sed vt possit vsucapio incipere ante partū editum, *d. §. etsi possessionis l. iusto* 44. ff. *de vsuc.* quamuis Papin. ibidē videatur, vt suprà diximus Iuliani sententiam sequi, & partum ancillæ venditæ ac traditæ habere pro vendito ac tradito si nō formaliter, vt loquuntur philosophi, saltē eminenter. At Paulus nō patitur incipere prius vsucapionem partus editi ex ancilla furtiua, quę à seruo data sit domino pro libertate, quàm partus sit editus & quidem eo tempore quo duret bona fides. Nam si prius vsucapionem admitteret incipere posse, cogeretur vtique ire in Papiniani sententiam existimantis non eo minùs posse partum vsucapi, quod ante partum editū mala fides superuenisset: Cùm fateatur Paulus in partu quoque non vēdito haud secus quàm in rebus emptis initium vsucapionis intuendum esse. Quāuis enim loquatur Paulus de ancilla furtiua, Papinianus autem de non furtiua, vt suprà post Cuiacium obseruauimus, tractat tamen Paulus de ancilla, quæ apud dominum post contractum bona fide initum conceperit, vt & Iulianus in *d. l. qui ob pactionem & seq. Pro emptor.* quo casu nemo vnquam negauit vsucapi partum posse: sed ita tamen meo iudicio, vt non ex conceptionis, sed ex natiuitatis hora incipiat vsucapio. Dissenserunt ergo in tota hac quæstione Iureconsulti & dissentiendi causas, vt dixi probabilissimas habuerunt, quod à Iacobo Cuiacio, torque viris doctissimis obseruatum non fuisse demiror.

4 § Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem vsucapere possem, si furtiua non esset, ex ea causa partum me vsucapere, si furtiuam esse matrem ignorabam. Ex omnibus igitur casibus Publicianam habebo.

Ad §. 4. Idem Iulianus.

Sententia Iuliani quę in hoc §. refertur extat in *l. non solum* 33. *in prin.* ff. *de vsucap.* vbi postquàm dixit non solùm bonæ fidei emptores, sed & omnes qui possident ex ea causa quàm vsucapio sequi solet, partum ancillæ furtiuæ vsu suum facere, subiungit arbitrari se id ratione iuris introductum. Nam ex qua, inquit, causa quis ancillam vsucaperet, nisi lex duodecim tabularū vel Atinia obstaret ex ea causa necesse est partum vsucapi si apud eum conceptus & editus eo tēpore fuerit quo furtiuā esse matrem eius ignorabat. Ratio dubitandi. Partus secundum Iuliani sententiā quam retulimus ad §. præcedētem, & probauimus ex *l. pen. de stat. hom. l. qui ob pactionē* 8. *& l. seq.* ff. *Pro empt.* pars est ancillæ, & cùm ancilla est furtiua partus quoque per consequens pars est rei furtiuę Atqui ancilla non ob id desinit esse furtiua quod apud bonæ fidei possessorē per longum tēpus māserit, ibiq; conceperit, & pepererit, ideoq; nec vsucapi ante potest quàm in domini potestatē redierit, adeóq nec partus apud furē editus *l. ancilla* 12. *C. de furt.* aut etiā conceptus tantùm ex Vlpiani opinione in *l. qui vas* 48. §. *ancilla de fur.* repugnante licet Scęuola in *l. si aliena* 10. §. *vlt.* cæterisq; Iurecōsultis, quotquot fuerunt qui cum Scæuola partum ancillę negarūt ancillæ partē esse, Inter quos suprà enumerauimus Paulū in *l.* 4. §. *de illo ver. si antequam pariat* ff. *de vsuc. l. si pragnans* 42. ff. *de euict. l.* 2. *Pro suo*, & Pomponiū in *l. si ancilla* 4. *eo.* Ergo partum ex ancilla furtiua licèt apud possessorem bonæ fidei cōceptum, & editum vsucapi non posse dicendū est. Quidni enim furtiuus erit & vitio reali affectus perinde ac si apud furem aut furis heredem conceptus esset ac editus cùm sit ex ancilla quæ semper remanet furtiua? Dec. Furtiuam rem nihil facit nisi fraudulenta cōtrectatæ rei alienæ inuito domino, quæ furti diffinitio est in *l.* 1. *de furt.* Atqui partus ex ancilla furtiua editus quantumuis pars sit rei furtiuæ non tamē contrectatus videri potest ante quàm sit cōceptus cùm ante conceptionē non solùm nō sit in hominū sed nec in rerum natura, Tum autē dūtaxat in rerum natura esse incipiat, cùm pars est & portio viscerū matris, vt loquitur *l.* 1. §. *ex hoc rescripto* ff. *de ventr. insp.* & spes animātis, *l.* 2. *De mort. infer.* Ergo non ob id solùm quod partus ex ancilla furtiua sit editus, potest eū facere furtiuū, nisi concurrat etiā illud, vt apud furē vel furis heredē editus quoq; sit vt Marcellus loquitur apud Scęuolā & Vlpian in *d. l. si aliena* 10. §. *vlt.* ff. *de vsuca.* & Imp. Antoninus in *d. l. ancilla* 12. *C. de furt.* aut saltē cōceptus, vt idem Vlp. noster ex Iuliano hîc scribit & in *l. qui vas* 48. *ancilla* ff. *de furt.* Cùm enim cōcipitur, sicuti ex eo tēpore incipit esse pars ancillæ furtiuæ, ita & necesse est vt eodē initio furtiuos fit, secundùm eos qui pro Marcello & Iuliano cōtra Scęuolam sentiūt, in quo numero est Vlpian. & ni fallor, Papinian. quoq; in *l. iusto* 44. §. *etsi possessionis* ff. *de vsucap. l. si id quod* 73. *de lega.* 2. Quāuis nō inde huius partus nomine furti agi nō possit, quod ne Vlpianus ipse diffitetur in *d. §. ancilla.* Nēpe quia non potest interuersa eius possessio quā fur nūquā possedit, vt ad §. præced. fusiùs explicauimus Solent nostri disputare, an idē sit in fœtu ex vacca furtiua editu apud bonæ fidei possessorem. Non.n. desunt, qui negent posse vsucapi exēplo partus. Alij contrà affirmant, cū quibus Iac. Cuiacius *lib.* 4. *Obser.* 20. Mihi otiosa esse quæstio videtur. Præsupponit enim quod & verū est, fœtum pecudis furtiuæ non esse furtiuum quia non pars pecudis est, vt partus pars ancillæ, sed fructus. Atquin etiam fructus rei furtiuæ, si à bonæ fidei possessore perceptus sit,

Digitized by Google

sit bonæ fidei possessoris sola perceptione, Interim quidem, vt ait *l. bonæ fidei 48. de acqu. rer. domin.* sed tamen statim *l. 4. §. lana de vsucap. l. in pecudum 48. j. de vsur.* Porrò quod iam meum est non potest magis fieri meum, *§. sic itaque Inst. de actio.* Ergo nec fieri potest, vt vsucapiatur saltem à bonæ fidei possessore. Quamuis si per tantum tempus eos possederit, quantò si iam eius non essent, vsucapi ab eo possent, debeat ei prodesse possessio ne illos quasi extantes cogatur officio iudicis restituere, quos alioqui non nisi consumptione lucraretur, *§. 2. Inst. de offic. iudic. l. in bello 12. §. si quis seruum,* vbi est text. elegans *j. de capt. & postli.* Quod si bonæ fidei possessor eos vendiderit siue percipiendos, siue iam ab ipso perceptos, neque locus esse potest quæstioni De vsucapione, Cùm dominium quod bonæ fidei possessor vel habuit ob perceptionem, vel habuisset si percepisset ad emptorem transeat qui eos percepit ex bonæ fidei possessoris voluntate. Fiunt enim bonæ fidei possessoris quoquomodo separati sint à solo siue ab ipso, siue ab alio, *l. si fructuarius miss. in 3. §. 1. j. quib. mod. vsusfr. amitt. l. qui scit 25. §. 1. de vsur. l. si seruus 61. § locaui j. de furt.* Vnus ergo tantùm casus est, quo videantur posse & debere vsucapi, si fortè quis eos emerit ab alio quàm à bonæ fidei possessore, quem tamen vel dominum vel saltem bonæ fidei possessorem esse existimabat. Hoc enim casu cùm dominus fieri non possit fructuum quos neque à domino emit neq; à bonæ fidei possessore, iudicare videtur vsucapione vt possit eos sibi acquirere. Nec dubitatio vlla videtur vlla posse incurrere quin vsucapi possint cùm nemo sit qui non fateatur eos furtiuos non esse: qua tamen sola ratione tentari poterat non posse illos vsucapi, quòd furtiui viderentur, sed tamen si verum amamus, neque hoc casu locus esse potest vsucapioni etiam bonæ fidei possessor tam secundus quàm primus faciat fructus suos dummodò putet dominum fuisse illum qui vendidit & tradidit. Planè non sufficiet vt putet fuisse bonæ fidei possessorem. Includeret enim hæc opinio scientiam rei alienæ, Cùm quisquis bonæ fidei possessor tantum est, non sit dominus. Quòd si quis bona fide fructus emerit iã perceptos ab illo qui eos mala fide perceperat, tunc sanè vsucapio necessaria quidem esset sed sequi nõ potest quia fructus sunt furtiui, *l. si seruus 6. § locauit j. de furt.* Idq; sanè est quod Vlp. monet in *d. l. qui vas 48. § non satis,* (sic namque cum Cuiacio legendum arbitror & inde inchoandum §. cum Gothofredo, qui subtiliter sanè ac feliciter & longè feliciùs quàm Cuiacius locum illum meo iudicio emendauit.) Non idem in pecudibus seruandũ esse & in earum fœtu quod in partu. Nam ex furtiuis equis natos scilicet apud bonæ fidei possessorem, licèt apud furem conceptos aut apud furis heredem statim ad bonę fidei emptorem pertinere. Meritò, inquit, quia in fructu numerantur, ideòque nec de ipsorum vsucapione quærendum est. At partus ancillæ non numerantur in fructu, & ideò vsucapi & possunt & debent vt acquirantur. Separanda igitur est causa vsucapionis & acquisitionis fructuum, Vsucapi enim res furtiua non potest. At fructus ex re furtiua percepti dummodò à bonæ fidei possessore, statim ei acquiruntur & quidem pleno iure licet eos non lucretur ante consumptionem, *l. 4. §. post litem j. fin. regund.* & *d. l. 4. § lana j. de vsucap. l. qui scit 25. d. de acq. rer. dom.* differentiæ ratio est quoniam vsucapio iuris est. Bona verò fides ex qua fructuum acquisitio pendet tota est facti, vt subtiliter ratiocinatur Paulus in *d. l. bonæ fidei 4. § in contrarium eod. tit. sti. & in § seq.* Vbi obseruandum est De ouium fœtibus dumtaxat tractare Paulum, cùm ait eos esse in fructu ad exclusionem partus qui non est in fructu, in eo namque prudentes omnes post Brutũ vno excepto Sceuola consenserunt, *d. l. vetus quæstio.* Et ideò inquit Paulus ad bonę fidei emptorem fœtus pertinent. Etiamsi prægnantes oues venierint & subreptę sint. Sic enim eo loco legendum & emendandum esse probabilius est quàm vt cum Cuiacio legamus *quæ* pro *vel.* Porrò cũ in de Publiciana tractamus non tantùm ad bonam fidem, sed ad vsucapionis potissimùm vsucapionis respicimus, Vt iam supra nobis suprà dictum est. Ergo bona consecutio est & illatio Vlpiani in illis verbis *Ex omnibus igitur casibus Publicianam habebo,* id est ex supradictis omnibus casibus de quibus diximus in duobus §§. præcedentibus qui sunt de partu. De fœtu ouium & aliis fructibus, quia vsucapi nunquam possunt vt probauimus, nec potest Publiciana locum habere. Aut enim fiunt statim bonæ fidei possessoris, Aut à malæ fidei possessore percepti sint furtiui fiunt. Proinde neutro casu vsucapi possunt.

5 ¶ Idem est, & si ex partu partus est: & si non natus, sed post mortem matris, exsecto ventre eius[a], extractus est, vt & Pomponius libro quadragensimo scripsit.

Ad §. 5. Idem est.

Ratio dubitandi. Partus ex partu ancillæ natus non potest dici partus ancillæ furtiuæ, licèt primus partus fuerit editus apud furem aut furis heredem. Qui casus est de quo hîc tractat Vlpianus. Non enim habet ancillam illam matrem. Ergo non debet prodesse bonæ fidei possessori quod subsequens partus apud eum sit editus, vel non, debet eidem nocere quod ancilla quæ priorem partum peperit, furtiua sit.

Dec. Vbi eadem iuris ratio est ibi & ius idem constitui debet, *leg. illud 32. infr. ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam infr. de iniust. rupt.* Atqui eadem iuris, & æquitatis ratio est in partu partus, quæ in partu quantum ad omnia, id est siue quod ad vsucapionem, siue quod ad Publicianam, siue quod ad causam furtiuam, Nec quicquam refert an de partu primo agamus an de secundo, sicut & in bonorum genere plerumque quod in filio ius est, in nepote etiam locum habet ne melior sit causa nepotis quàm filii *l. 3. C. de bon. matern. l. liberorum 220. §. vltim. De verb. signific.* quia continuatio sanguinis facit, vt quod per se aliud reuera est, continuatũ tamen idem esse existimetur vt Baldus loquitur ad *l. 1. per illum text. C. de condic. insert.* Ergo quæ in præcedentibus tractauimus circa vsucapionem & Publicianam in partu ancillæ furtiuæ, eadem & in partu partus tractata videri debent.

a *Post mortem matris exsecto ventre eius.* Ratio dubitandi. Partus hic qui post matris mortem exsecto eius ventre extractus fuit, neque natus dici potest, neque editus, sed extractus. Ergo quæ in præcedentibus dicta sunt de partu nato & edito apud bonæ fidei

dei possessorem, ad hunc partum extractum pertinere non possunt.

Dec. Eadem omnino iuris & æquitatis ratio est in partu extracto quæ in edito, cùm diuersitatis ratio reddi nulla possit, Quod satis est, vt proximè diximus ex *d.l.3.§.vnde etiam ℐ.de iniust.rupt.* Ergo idem ius in partu quoque extracto cõstitui debet. Notandus autem est hic locus contra eos qui putant fœminam posthumum propriè habere non posse, quare fieri nequeat vt ex matre iam mortua partus adhuc viuus extrahatur Quod certè falsum est, Non minus quàm verum è contrario est, Non posse dici peperisse eam, cui mortuæ filius extractus est *l.anniculus* 132. *§.1. de verb sign.* vbi malè Haloander ob hanc caosam legit *mortuam* pro *mortua.* Vt constat ex hoc ipso loco & ex *l.posthumus 6. vers.simili modo.supr.de inoffic.test. cestam. & l quod dicitur 12.ℐ.de liberis & posthum.* Iunge *l. etiam 141. de verb.sign.*

6 ¶ Idem ait, ædibus emptis si fuerint dirutæ, ea, quæ ædificio accesserunt, huiusmodi actione petenda.

Ad §.6. Idem ait.

Ratio dubitandi. Qui emit ædes à vero quidem domino, sed ex alienis tamé tignis ędificatas, nunquam tigna illa vel emisse vel possedisse videri potest, Quoniam aliud est ædes dicere, Aliud verò tigna & cæmenta ex quibus ædes constructæ sunt *l. eum qui ædes 23.ℐ.de vsuc.* Atqui Publiciana requirit & titulum & possessionem præcedentem cum bona fide coniunctam, vt & inchoari potuerit vsucapio & compleri, Vt tam sæpè inculcauimus ex *§. namque Inst.de action. & l.1.& pass.sup.hoc tit.* Ergo si quis ædes emerit quæ fuerint dirutæ, ea quę ædificio accesserunt si aliena fuerunt, per Publicianã petere non potest, Sed eorum directa vindicatio danda est ei qui pristinus materiæ dominus fuit. Aut si quis nolit cæmenta & tigna aliena iuncta ędibus eodem iure censeri quo ædes ipsæ censentur, Tantò magis dicendum est, non esse locum Publicianæ, si ponimus cum Accursio emptas fuisse ædes à vero domino: Cùm nec ei qui emit & accepit rem à vero domino competat directa vindicatio, *l.quoties 15.C.de rei vindic.*

Dec. Solet quidem Publiciana ei dari qui rem petitam aliquando possederit, sed tamen ex causa datur aliquando ei, qui numquam possedit, si modò in eo statu res sit, vt possideri & vsucapi potuerit, vt in *§.partus supr.l.cum sponsus prox.§.is cui ℐ.* In proposito autem dubium non est, quin is qui emit ædes, siue à non domino, bona tamen fide, siue à domino quidem, sed qui ædibus suis aliena tigna iũxerat, possessurus fuerit ea tigna dirutis ædibus, & ea vsucapturus, si possessionem non amisisset quam à venditore acceperat. Ergo & Publiciana ei danda est non quidem contra dominum cæmentorum, & tignorum (nec enim datur nisi in certis casibus Publiciana aduersus dominum, *l.pen.& vl. ℐ.*) sed contra extraneum cæmenta illa & tigna possidentem. Nam etsi columna ædibus iuncta, & cum ipsis empta, cuncta esset, actio ex empto eo nomine competeret, *d.l.eum qui ædes 23.§. si autem columna de vsuc.* Non alia ratione quàm quia emptis ædibus empta sit vniuersitas ædium, in qua continentur omnia quæ sunt ædium, ac proinde & columnæ, & cæmenta, & tigna quamuis aliena: quæ ideò nemo dubitat posse vsucapi dummodò inchoetur vsucapio tanquam rerum mobilium à tẽpore dirutarum ędium, *d l.eum qui §.vlt.* Itaque nihil interest an dicamus cum Accursio emptas ędes fuisse à non domino, an verò à domino qui aliena cæmenta suis ædibus iũxerit. Nam quę ratio facit, vt possent ædes peti per Publicianam cùm cœpissent vsucapi, quia iam possessæ fuerunt, eadem facere debent, vt pro tignis quoq; dari eadem actio debeat quamuis possessa numquam fuerint, quia possideri ex iusto titulo potuerunt, & possessa fuissent nisi ab extraneo præoccupata & vsurpata possessio fuisset. Quæ tamẽ sequuntur in *§.prox.* de iis quæ per alluuionem accedunt probabiliorem faciunt interpretationem Accursij, vt hic locus intelligatur de ædibus emptis à domino. Subiicitur enim per aduersatiuam *Quod tamen per alluuionem fundo accessit, simile fit ei cui accessit* Quæ verba benè Azo sic explicat, vt inter hunc casum & superiorem differentia illa sit, quòd in superiore ea quę accedunt ędibus non eodem, quo ipsæ ædes, iure censentur Cùm enim ædes vindicari possint, non autem per Publicianam peti tanquam emptę à vero domino. Tigna tamen ædibus iuncta si dirutæ sint ædes, vindicari non possunt, sed per Publicianam peti debent: At cùm aliquid fundo accessit per alluuionem, Non aliter peti per Publicianam potest id quod accessit quam si id cui accessit peti potuerit. E contrario autem, si id cui accessit vindicari directò potuerit, per Publicianam quoque id quod accessit non petatur, sed per directam vindicationem. Nulla autem inter hos casus esset diuersitas si emptæ fuissent ædes à non domino, Tunc enim & ædes & tigna non nisi per Publicianam peti possent.

7 ¶ Quod tamen per alluuionem fundo accessit, simile fit ei, cui accedit, & ideò, si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur. si autem potest, & ad partem, quæ per alluuionem accessit. & ita Pomponius scribit.

Ad §.7. Quod tamen.

Huius §. sententiam proximè iam ad §. præcedentem explicauimus. Ratio dubitandi. Publiciana dari non solet alij quàm ei qui possessionis suæ titulum aliquem habeat, & quidem iustum & talem qui sit habilis ad transferendum dominium, *l. 1.l.3.§.1. supr.l. prox.ℐ. hoc tit.* Atqui non potest dici emptor fundi habere titulum vllum pro ea fundi parte quæ post contractam emptionem accessit per alluuionem, Eatenus quidem vendita res esse intelligitur, quatenus tunc fuit cùm venderetur, *l.Rutilia Polla 67.ℐ.de contr. empt.* Contractus enim tempus semper spectãdum est, *l. bonitatis 13.ℐ.de euict.l.si voluntate 8 C.de rescind.vend.* Tẽpore autem contractuum ea pars fundi quę per alluuionem accessit nondum accesserat, nec proin-

de vendita fuerat, Ergo tanquam possessa sine titulo ea pars nec vsucapi, nec per Publicianam peti potest.

Dec. Per alluuionem accrescit portio portioni non personæ, *l. si Titio 33. in fin. ff. de vsufr.* ideóque cedit commodo etiam vsufructuarij *l. item si fundi 9. §. huic vicinus eod. tit.* Ergo quemadmodum fundus alienus, cui portio accrescit fuit véditus, & per Publicianā peti potest, ita & portio quæ per alluuionem accessit, quamuis possessa nomquam fuerit, quia tunc possideretur si fundi possessio & vsucapio per extraneum vsurpata non fuisset. Proinde si fundus ipse per Publicianam peti non possit, vt puta si res talis sit, vt eam lex aut constitutio alienari prohibeat, vt in *l. prox. §. si res ff.* dicendum erit nec Publicianam pro ea parte quę per alluuionem accessit, competere.

8 ¶ Idem adiicit, & si statuæ emptæ partes recisæ petantur, similem actionem proficere.

Ad §. 8. idem adiicit.

Ratio dubitandi. Partes integrales statuæ emptæ vbi recisæ sunt à statua iā nō sunt pars statuæ, nec tale quid quod separatim venditum dici possit. Est enim statua ex eorum corporum numero quæ dicuntur *ἡνωμένα* & vnita, quæ scilicet vno spiritu continentur, vt Pomponius loquitur in *l. rerum mixtura. 30. ff. de vsucap* Ergo nec per Publicianam separatim peti possunt, sed tantùm simul cum statua si statua ipsa tota petatur. Dec. Meum est quod ex re mea superest, ideóque & vindicari potest *l. solum 49. §. 1. sup. tit. prox.* Ergo & pars statuæ quam emi recisa mea esset, si eā à domino emissem. Cùm verò à non domino quidem emerim sed bona fide sat sit mihi est ad Publicianam, vt qua actione possem statuam petere, possim etiam partes statuæ recisas, Vt eadem in omnibus ratio sit partis quæ totius. Etiam in Publiciana quemadmodum in directa rei vindicatione *l. quæ de tota 76. sup eo. tit. prox.* Nec video cur glossatores nostri hunc §. intelligant de partibus quas statuæ dominus ex aliena materia iunxerit, siue per ferruminationem, siue per adplumbaturam: Cùm ęquè possit ex Iuliani & Vlpiani sententia procedere in partibus emptæ statuæ alienę vt diximus. Quamquam admitto facilè quod illi volunt, si de iis partibus loquamur quę per ferruminationem aut adplumbaturam adiunctæ sunt, & quęratur qua actione postquàm recisæ fuerint peti possint separandam esse ferruminationem ab adplumbatura, Secūdum distinctionē Pauli in *l in rem 23. §. item quæcunque sup. t. prox.* Sed tamen si propiùs inspicere volumus dici non potest meo iudicio, qua arte vel ratione possint esse recisæ partes quæ fuerant iunctæ per ferruminationem, Cùm ferruminatio per eandem materiam faciat confusionem materiarum *d. §. item quæcunque*, id est, vt materia iuncta nō possit ab ea cui iuncta fuit discerni, nō magis quàm separari, cùm vnitate maioris materiæ non tam iuncta quàm vnita, nec tam vnita, quàm cōsumpta esse videatur.

9. ¶ Idem scribit, si aream emero, & insulam in ea ædificauero, rectè me Publiciana vsurum.

Ad §. 9 Idem scribit.

Ratio dubitandi. Qui aream emit, non ideò potest videri emisse ædificium quod ipse posteà in area illa ædificauerit, & quod emptionis tempore nondum in rerum natura erat, Cùm empta area nec posset dici insula, nec pars insulæ nondum in ea ædificatæ, sicuti dicimus aream legatā si posteà inædificata fuerit peti interim non posse *l. si chorus 79. §. area. De lega. 3.* Atqui Publiciana non competit nisi pro ea re, quæ ex iusto aliquo titulo fuerit antè possessa, vt toties inculcauimus Ergo pro ędificio quod post emptionem in area empta ędificatum sit, Publicianam emptor habere non potest, cùm Publiciana non nisi tempus emptionis contineat, vt idem Vlpianus noster loquitur in *l. sed et si 7. aliàs l. cum qui 9. Publiciana, sup. hoc tit.*

Dec. Superficies & naturali & ciuili ratione cedit solo *l. 2. ff. de superfic. l. qui res 98. §. aream in fin. ff. de solut* Ergo qui aream emit ius quoque adquirēdi domini eius insulæ quam in area illa quandoque poneret emisse intelligitur. Ac proinde quemadmodum si aream emisset à domino, etiam ædificij in area postmodum positi dominium sibi acquisiuisset, Ita & emendo alienam aream acquisiuit sibi ius vsucapiendi cum area ædificium quod in ea quandocunque poneretur, (nec enim superficies longo tempore siue solo cap. potest, nec solum sine superficie *l. numquam superficies. 26. l. si solū 39. ff. de vsucap.*) & consequenter ius Publicianæ eo nomine exercendæ: quippé quæ causam vsucapionis sequi ferè semper & in omnibus solet *l. prox. §. si res. ff. §. namque Instit. de action.*

10 ¶ Item, inquit, si insulam emi, & ad aream ea peruenit, æquè potero vti Publiciana.

Ad §. vlt. Item inquit.

Ratio dubitandi & decid. ad hunc §. eadem est quæ ad præcedentem, sed inuersa. Nam qui emit insulam alienam bona fide si insula ad aream vsque sit deposita, & vel loquitur hîc Vlpianus ex Iuliano si ad aream vsque peruenerit ideò non videtur posse Publicianam habere, quòd non aream ipsam emerit, sed insulam quæ porrò an plùs nulla est. Titulum autem necesse sit aliquem præcedere pro ea ipsa re, quæ per Publicianā petatur, Sed aliud tamen respōdetur, quoniam area empta fuit simul cum insula, Et quāuis insula corruerit, area tamen superest quæ pars est insulæ, & quidem maxima, cui etiam superficies cedit, vt scriptum est in *l. qui res 98. §. aream. in fi. ff. de sol.* Sic dicimus cū cui insulæ vsusfructus legatus est, quamdiu quælibet portio eius insulæ remaneat totius soli vsumfructum retinere *l. si cui insula 53. ff. de vsufr.*

12. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

CVm sponsus sponsæ seruum donasset cúmque in dotem accepisset ante vsucapionē: rescriptum est à Diuo Pio, diuortio facto, restituendum esse seruū: non valuisse donationem

nationem inter sponsum, & sponsam dabitur. ergo & possidenti exceptio, & amissa possessione Publiciana: siue extraneus, siue donator possideat.

Ad l. Cum sponsus 12.

Ratio dubitandi. Donatio rei alienæ non valet *l. si filius 14. l. si amita 19. l. si patri. 24. C. de don.* prætertim verò si eam postea maritus, idemque donator in dotem acceperit. Cùm etiamsi quis rem suam alij donaret statim eam ex alio nouo titulo recepturus, impediretur vtique translatio dominij *l. qui se 41. ff. de solut. l. si tibi 20. ff. de reb. cred.* vbi licet agatur de eo qui tibi pecuniam donauit, vt eam tu alij crederes. Quid tamen interest an ita donatio facta sit, an ita post vt eadem res tibi in dotē constitueretur? Nam & per dotis constitutionem, æquè ac ex causa mutui dominium acquiri certum est *l. doce 9. C. de rei vind.* Non potest igitur sponsa cui sponsus alienam rem donauit habere Publicianam ex illa donatione ne quidem contra extraneum. Quia ex quibus causis dominiū trāsferri non posset etiam si à vero domino facta traditio proponeretur ex iis, nec vsucapiendi conditio sequi potest si aliena res fuit. Ne maiorem vim habeat traditio à non domino facta ad vsucapiendum, quàm traditio facta à domino ad dominium transferendū. Accedit, quòd donatio à sponso in sponsam collata nō alia contēplatione facta videri potest, quàm futuri matrimonij quasi sub illa conditione, si nuptiæ sequentur, vt de dotis stipulatione dici solet, quæ licèt pura sit, tamē ex qualitate & natura subiectæ materiæ tacitam conditionem nuptiarū futurarum habere intelligitur *l. stipulatio 21. de iur. do.* Itaque cùm videatur donatio collata in tēpus futuri matrimonij, non magis valere potest quàm si facta esset inter coniuges. Inter quos certū est prohibitam donationem quamlibet inter viuos per quam & pauperior fiat is qui donat, & locupletior is qui accipit *l. 1. l. 5. & tot. tit. de donat. inter vir. & vxor.* Non tam enim spectandum est tempus quo fit dispositio, quàm illud in quod dispositio confertur *l. quod sponsæ 4. C. de donat. ant. nupt.*

Dec. Donatio inter sponsum & sponsam prohibita numquam fuit, sed inter coniuges duntaxat *l. 1. C. eod.* Excepta illa quę collata fit in tempus matrimonij, de qua in *d. l. quod sponsæ.* Nam & extraneus plerumque dotem constituturus tradit rem aliquam hoc addito, vt tamen non fiat dotis priusquàm sequantur nuptiæ, Quo casu traditio habet conditionem expressam quæ impedit ne dominiū interim trāsferri possit *l. si ego 9. §. si res. l. ac iur. dot. l. Lamnia 7. ff. de rebus credit.* Extra hunc casum, nihil est quod impediat ne donatio valeat inter sponsum & sponsam cùm non sint coniuges *l. si sponsus 5. ff. de don. inter virum & vxo.* Nisi fortè poneres ea lege donatam rem à sponso, vt tibi pronnus in dotem daretur, vt in *d. l. si tibi,* quod hic non euenit. Ponimus enim factam purè donationem, & rei donatæ traditionem. Secutam autem ex internallo dotis dationem. Quid enim potuit res donata & iam spōsæ acquisita dari postmodum in dotem vt aliam mulieris rem quamlibet? An non veniret ea res in generalem dotis constitutionem si fortè mulier bona sua omnia in dotem dedisset? quod vtique facere nulla lege prohibetur *l. 4. C. de iur. dot.* Ergo quemadmodum si sponsus sponsæ rem suam donasset dominium statim per traditionem in spōsam transisset. Ita si aliena res donata sit, necesse est transferri in sponsam vsucapiendi conditionē, ac proinde Publicianam quæ vsucapionis ius sequi aut potius concomitari seu per solet, cùm bonam fidem traditionis tēpore mulier habuerit. Ergo si antè completam vsucapionem sit secutū diuortium, danda erit Publiciana mulieri ad hoc, vt siue extraneus tertius, siue donator ipse possideat, qui cū ipse donauerit factum suum improbare non potest, *l. post mortē 25. sup. de adopt.* nec præterea potest secūdare quominus rem reddat quam in dotem accepit etiam quam sciens mulier alienam dedisset *l. si aliena 11. ff. solut. matrim.* quo tamen casu Publiciana dari non posset mulieri quæ malam fidem habuisset, siue extraneus, quia quod ad extraneum attinet, perinde haberi debet inchoata vsucapio ac si iam completa esset. Multò magis possidenti mulieri danda erit retentio, quia cui damus actionem, Multò facilius & exceptio & retentio si possideat danda est ex iuris regula *l. cui damus 156. §. 1. de reg. iur. l. 1. §. 1. §. autem ff. de superfic. l. 13. de pignor.* Igitur contra maritum duplicem actionem habebit mulier Publicianam & actionem de dote, vt benè Accursius notat ex *d. l. si aliena.* Contra extraneum verò Publicianam solam.

I. § Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiam si non fuerit nanctus possessionem, vti potest Publiciana.

Ad §. 1. Is cui.

Ratio dubitandi. Restitutio hereditatis quantumlibet facta ex Trebelliano Senatusconsulto non transfert possessionem rerum hereditariarum in fideicommissarium quousque ea sit corporaliter apprehensa, tametsi res omnes hereditariæ statim fiant in bonis fideicommissarij *l. facta 63. in princ. ff. ad SC. Trebell.* Atqui sine possessione locum habere non potest vsucapio *l. sine possessione 25. ff. de vsucap.* nec proinde Publiciana quæ datur eo colore quasi vsucapio completa sit quam necesse est prius inchoatam esse oporteret *§. namque. Inst. de action.* Ergo ei cui ex Trebelliano SC. restituta fuit hereditas non potest Publiciana competere pro ea re quam fideicommissarios ipse numquam possedit, licèt defunctus possedcrit.

Dec. Defunctus qui rem alienam ex iusto titulo & bona fide possidebat, eámque ideò vsucapere cœperat, haud dubiè poterat vti Publiciana. Ergo & is cui ex SC. Trebelliano hereditas ipsius restituta fuit, licèt verbo tantùm poterit eadem actione vti ex persona, scilicet defuncti & tanquam hereditaria, cùm sit loco heredis *l. 2. & l. ita tamen 27. § qui ex Trebelliano. d. l. facta in pr. l. restituta 37. & pass. ff. ad SC. Trebell. §. restituta. Instit. de actio.* In herede enim & consequenter in fideicommissarium vniuersalem transeunt actiones omnes & ciuiles, & prætoriæ quas defunctus exercere poterat, & quibus cōueniri potuisset *l. 1. eod. & d. §. qui ex Trebelliano. l. si heres petiturus 7. eod.* Accursius noster malè ac infeliciter tenet Publicianam saltem vtilem heredi competere ex propria persona, quamuis numquam rem possederit. Nam si res fuit defuncti non indiget heres Publiciana vtili ex pro-

pria persona, nec eam habere potest etiamsi maximè velit, qui tanquam dominus suo nomine directam habet rei vindicationem. Publiciana enim domino numquam datur. Si verò res quam possedit defunctus, fuit aliena, quod semper supponendum est cùm de Publiciana tractatur, fieri certè nequit vt Publiciana, quę defuncto iam competiit competat heredi alio iure quàm hereditario. Et longò facilius est, vt Publiciana competat ei, qui nec possidere cœpit vnquam, neque vsucapere, vt in casibus *l. prox. §. partus, & §. idem ait ędibus* 3. *eod.* quàm vt ex propria persona competat, vel vtilis ei qui defuncto successit, cui iam cœperat directa competere. Argumento est quod pro ea re quam defunctus numquam possedisset, nec heres ipsius, nec vniuersalis fideicommissarius Publicianam, siue directam, siue vtilem habere posset; Alia causa est legatarij, de quo etiam Accursius tractat. Nec enim vniuersalis & iuris successor est, sed singularis *l. quædā* 9. *§. nihil interest. sup. de eden. §. legatariis Inst. de test. ord.* quāuis in re legata quodāmodo quasi heres esse videatur, in quibusdā scil. id est, quantū ad accessionem tēporis, vt seipsum interpretatur Paulus in *l. ad tempus* 14. *§.* 1. *j. de vsuc.* De Publiciana pro legato danda legatario scripsimus ad *l.* 2. *&* 5. *sup.* itémque de danda illa donatario causa mortis.

2 ¶ In vectigalibus, & in aliis prædiis, quæ vsucapi non possunt, Publiciana competit, si fortè bona fide mihi tradita sunt.

Ad §. 2. In vectigalibus.

Ratio dubitandi. Publiciana non potest competere nisi pro iis rebus quę possunt vsucapi cùm eo colore detur quasi res iam vsucapta sit *§. namq; Instit. de action.* Atqui vectigalia prædia & stipendiaria & tributaria, & alia huiusmodi non possunt vsucapi, vt Paulus hîc scribit. Ergo nec si bona fide mihi tradita sint, Publicianam tamen eorum nomine habere potero. Sicut in *§. prox. seq.* scriptum est in ea re quam lex aut constitutio alienari prohibet, non posse Publicianam eo nomine competere, Non alia vtique ratione quàm quia prohibita per legem alienatione, vsucapio quoque prohibita intelligitur *l. si fundum* 16. *j. De fund. dotal. l. alienationis* 28. *j. de verb. signific.*

Dec. Multum interest an res ipsa per se talis sit quæ vsucapi nō possit, vt puta propter vitium aliquod reale, vt euenit in re furtiua, vel immobili re vi abrepta, Eiusmodi namque res vsucapi nō possunt, furtiuæ quidem ex lege duodecim tabularū & ex lege Atinia. Vi autem abreptæ ex lege Iulia Plautia *l. non solùm in pr.* 33. *& §.* 1. *l. quam rem* 38. *j. de vsuc.* Idem est si res sit fisci *l. vbi lex* 24. *§.* 1. *eodem.* Et quia his casibus lex vsucapionem inhibet, bona fides possidenti nihil prodest *d. l. vbi lex. in pr.* id est, ne quidem ad Publicianam quousque vitium rei sit purgatū *ead. leg. §.* 1. An verò talis res sit quæ per se vsucapi possit, quamuis aliqua ratione & secundum quid, vt logici loquuntur, non sit vsucapibilis. Vt euenit in fundis vectigalibus, quos dicimus non posse vsucapi in præiudicium municipū quorum sunt vectigales, Quibus scilic. nihil potest imputari etiamsi longo tempore quis eos possideat, cùm non possint rem auferre quandiu pensio, vel tributum, vel stipendium soluitur. Cęterùm si quid sit quod ipsis municipibus, qui soli domini sunt imputari possit, puta si pro ædibus vectigalibus ex causa damni infecti cauere iussi sint, nec cauerint, Constat vicinū ædium qui ex primo decreto Prætoris in earum possessionem missus, deinde ex secundo easdē possidere iussus est posse ab illo tempore eas vsucapere, & dominium earū sibi acquirere, quod municipes habuerunt *l. si finita* 15. *§. si de vectigalib. & seq.* iunct. *§. Iulianus. j. de damn. infect.* De cuius loci itémque huius §. interpretatione videnda sunt, quæ pluribus scripsimus *lib.* 20. *Coniect. cap.* 11. Vbi etiam refutauimus vulgarem illam & commētitiam distinctionem interpretum De dominio directo & vtili, De quo hîc etiam Accursius. Hoc igitur casu quo agitur de fundis vectigalibus, vel stipendiariis, vel tributariis, vel denique superficiariis, quia eorum vsucapio non lege aliqua vel constitutione nec simpliciter & absolutè, sed secundum quid ex mera tantùm iuris ratione prohibita est, mirari nemo debet competere Publicianam eorum quoque nomine si bona fide tradita sint, quia non quæ ratio vsucapionem impedit eadem potest impedire Publicianam, quippe per quam non ipsorum municipum ius lędatur, sed possessoris tantùm. Nec enim Publiciana dominium vllum auocat, sed possessionem tantùm, quamuis eam non nudam, sed cū vtilitate, & commodo fructuum coniunctam, vt eleganter Papinianus tractat in *l. si cùm venditor* 66. *§.* 1. *j. de euict.* De cuius quoque sententia scripsi *dict. cap.* 11. Itémque de superficiariis ædibus, de quibus etiam Paulus in hoc § subiicit, & nos diximus ad *l. in speciali* 73. *§.* 1. *& l. seq. supr. tit.* 1.

3 ¶ Idem est, & si superficiariam insulam à non domino, bona fide emero.

4 ¶ Si res talis sit, vt eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem prætor tuetur, ne contra leges faciat.

Ad §. 3. Idem est, & §. 4. Si res talis sit.

Ratio dubitandi. Nihil vetat talem esse rem quæ vsucapi non possit, Et tamen posse illam peti per Publicianā, vt euenit in fundis vectigalibus, superficiariis, & aliis, de quibus in *§. prox. supr.* Ergo etiamsi talis res sit vt eam lex aut constitutio aliqua alienari prohibeat, Publicianam tamen eo quoque casu dari nihil prohibet, si modò res illa bona fide tradita proponatur.

Dec. Prętor nihil contra leges facere potest, quāuis præter leges possit facere, & faciat permulta *l.* *necnon* 28. *§. quoad eius. sup. ex quib. caus. maior.* Atqui contra leges & constitutiones faceret si tueretur per Publicianam eum qui rem petitam vsucapere per leges prohibetur, & quam proinde nec videri potest vsucepisse. Ergo quoties vsucapionem lex aut constitutio aliqua prohibet, non potest Prætor dare Publicianam, quia faceret contra leges. Exemplum est apud Accursium in fundo dotali qui per legem Iuliam sicut alienari prohibetur ita & vsucapi *l. si fundum* 16. *j. de fund. dot.* Item in fundo pupillari *l. bonæ fidei* 48. *§.* 1. *de acqu. rer. domi. l. si commu-*

munem 10.ꝟ.quemadm.seruit.amitt. Addit Accursius aliud exemplum de prædio minoris quod post Seueri orationem & constitutionem alienari nõ potest sine decreto *l.1.& tot.tit.ꝟ.de reb.eor.l.2.& tot.ti.C.de præd.minor.* sed non satis accõmodatè. Non enim res minorum alienari prohibentur simpliciter, sed tantùm sine decreto, Et posse illas vsucapi, earúmque dominium per vsucapionem acquiri constat ex eo, quod contra eos qui res minorum tenent, postquàm vsucapione dominium acquisierint restitutionis auxilium eis decerni debet *l.vnic.C.si aduers.vsucap.* Nec de rebus pupilli scriptum esset vsucapi nõ posse illas, si in rebus cuiuslibet minoris idem iuris esset. In eo sanè par minorum omnium causa est, quod si quis emat etiam à pupillo sine tutoris authoritate, quem tamen puberem esse putet, aut à minore quem maiorem esse putet, procedit vsucapio, & consequenter Publiciana quoque competet *l.sed etsi 7.§.si a minore sup.hoc ti.* vbi diximus. Planè quod adfert idem Accursius de rebus sacris sanctis, & religiosis, & publicis populi Romani & ciuitatum, & liberis hominibus ex *l.vsucapionem 9.ꝟ.de vsuc.* omnino alienum est. Etsi enim illarum quoque rerum omnium nomine non magis Publiciana competit, quàm vsucapio, non tamen ratione illa hoc fit, quòd vsucapi nequeant, Nec quòd Prætor neminem contra leges tueri debeat, quæ Pauli in hoc §. ratio est, Sed quia res illæ non sunt in hominum commercio, ideóque nec actiones vllæ earum nomine competunt quæ non nisi commercij gratia comparatæ sunt.

5 ¶ Publiciana actione etiam de infante seruo nondum anniculo vti possumus.

Ad §.5.Publiciana.

Ratio dubitandi. Res mobiles, in quarum numero serui numerantur *l.3.§.Nerua filius.ꝟ.de acqu.poss.* non possunt vsucapi nisi anno vno ex illa lege duodecim tabularum *Vsus authoritas fundi bienniũ esto, Cæterarum rerum vsus annuus esto.* Nec proinde fingi possunt vsucaptæ ante annum, Inspecto scil. iure vetere. Noua enim Iustiniani Constitutio *in l.vnic.C.de vsuc.transform.* substituit triẽnium in locum illius anni veteris: Quod non satis videtur obseruasse Accursius qui responsum hoc Pauli ex noua illa cõstitutione interpretatur. Atqui anniculus is demùm infans est, qui annum iam compleuit, anno tamẽ ciuiliter non ad momenta temporum computato, vt idem Paulus noster loquitur in *l.anniculus 134.ꝟ.de verb.signific.* Ergo infans qui nondum anniculus est non potest esse reuera vsucaptus, Nec proinde fingi vsucaptus, Ne plus possit fictio in casu ficto quàm veritas in casu vero, contra *l.filio 23.ꝟ.de liber.& posthum.* Proinde nec Publiciana huius infantis nondum anniculi nomine videtur competere posse, Cùm detur eo colore quasi impleta sit vsucapio, Quę scilicet impleri potuit, licèt nondum sit impleta *§.namque Inst.de action.*

Dec. Publiciana nihil requirit, nisi inchoatam vsucapionem, & in necessarium antecedens ea quę ad inchoandam vsucapionem sunt necessaria, id est, possessionem traditã ex iusto titulo, acceptámque bona fide *l.1.l.3.§.1.l.sed etsi 7.§.pen.sup.hoc tit.* Atqui vsucapio inchoatur à primo momento traditæ possessionis ex iusto titulo, & acceptæ bona fide. Vt ex eo constat quod in vsucapionibus tempora computantur, licèt non ad vltimum vsq; momentum postremæ diei, à primo tamen momento primæ horæ *l.in vsucapionibus 6.& seq.ꝟ.de vsuc.l.pen.in princip.ꝟ.de diuers.tempor.præscr.* Ergo à primo illo momento inchoatæ vsucapionis incipit Publiciana competere. Vt enim vsucapio inchoata fingi possit impleta, quæ fictio vtique ad Publicianam necessaria est, sufficit vt impleri quandoque possit: quia & is qui nondũ anniculus est, speratur tamen aliquando futurus, & certum est vsucapionem completum iri, adueniente trecentesimo sexagesimo quinto die: quem vtique tandem aliquando venturum esse certum est.

6 ¶ Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione vti potest.

Ad §.6.Si pro parte.

Ratio dubitãdi. Publiciana datur eo colore, quasi vsucapio iam completa sit, vt proximè & iam alibi tam sæpe diximus. Atqui non potest res vsucapi pro parte, Ne alioqui vna & eadem res diuerso iure censeatur *l.eum qui ædes 23.in fin.ꝟ.de vsucap.* Ergo nec pro parte peti per Publicianam potest.

Dec. Datur Publiciana ad exemplum vindicationis, & ideò quæcunque superiore titulo dicta sunt de directa vindicatione, ea ferè omnia in Publiciana obtinent *l.sed etsi 7.§.in Publiciana.supr.hoc tit.* qui etiam pars rei vindicari potest à domino qui totam vindicare posset *l.quæ de tota 76.* vbi dixi *sup.tit.proxi.* Ergo & is qui pro parte rem petere vult, Publiciana vti potest, si de aliena re agatur quam ipse vsucapere cœperat, & bona fide anteà possederat.

7 ¶ Sed etiam is, qui momento possedit, rectè hac actione experietur.

Ad §.vlt.Sed etiam is.

Ratio dubitandi. Non potest momento vno & inchoari & compleri vsucapio, quæ ad minùs anno vno in rebus mobilibus concludebatur olim, hodie triennio, vt dixi ad *§.Publiciana.sup.ex l.vni.C.de vsuc.transform.* Atqui non datur Publiciana, nisi eo colore quasi iam completa sit vsucapio *§.namque.Instit.de action.* Ergo dari non potest ei qui non nisi momento vno possedit.

Dec. Publiciana datur ei qui cœpit vsucapere & fauore vsucapionis quæ impleri quandoq; possit, Atqui à primo momento iustæ possessionis inchoatur vsucapio, vt diximus ad *d.§.Publician.* Ergo & ab eodem momento Publiciana competere incipit, & à Prætore dari potest.

13. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

QVæcunque sunt iustæ causæ adquirendarum rerũ, si ex his causis nancti[a], res amise-

rimus [b], dabitur nobis, earum rerum persequendarum gratia, hæc actio.

Ad l. Quæcunque 13.

Ratio dubitandi. Non sufficit ad acquirendum rei alicuius dominium quod iusta acquisitionis causa præcesserit, & traditio subsecuta sit, adeóque bona fide, nisi etiam illud concurrat, vt dominus sit is qui tradit *l. traditio 20. ff. de acquir. rer. domin. l. clamibus 74. De contr. empt. l. ex empto 11. ff. de act. emp.* Atqui Publiciana non datur nisi ei qui rem accepit a nõ domino. Ergo parum interest an iusta dominij acquirendi causa præcesserit, nécne, cùm dominij acquisitio sequi nulla possit, potiúsque dicendum esset sufficere bonã fidem, quæ sola præcipuum fauorem Prætoris mereretur, Cùm bona fides illa sit quæ possidenti tantùm præstat quãtùm veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de reg. iur.* Dec. Etsi dominium transferri nõ potest ex traditione quæ à non domino facta sit, Publiciana tamen datur eo colore, quasi dominium iam sit acquisitum non quidem per traditionem, sed tamen per vsucapionem *§ namque Instit. de action.* Omnia igitur illa concurrere necesse est ad Publicianam quæ necessaria essent ad inchoandam & complendam vsucapionem. Atqui vsucapio nõ sola traditione contenta est, nec si concurrat bona fides, sed præterea iustum titulum requirit, & quidem qui fuisset habilis ad trãsferendum dominiũ si traditio à domino facta fuisset. Vsucapio enim est quidem adiectio dominij, aut vt alij legunt adeptio *l. 3. ff. de vsucapion.* sed ita vt suppleat duntaxat id quod deficit traditioni ex parte tradentis qui non fuit dominus, Non vt plus possit quàm traditio per verũ dominum facta præstare potuisset. Quo sensus esse videtur *l. si adversus omnes 20. C. de pact.* Porro vt traditio dominiũ transferat nõ illud tantùm requirimus, vt à domino facta sit sed illud etiam vt facta sit ex iusta causa, Nec id quoque tãtùm, sed vt iusta illa causa sit habilis ad trãsferendũ & acquirendũ dominium. Fieri siquidẽ potest vt causa sit iusta ad acquirẽdam possessionem, nec tamen sit iusta ad acquirendum dominium, vt cõtingit in pignoratitiis & precariis possessionibus de quibus ob eam causam agitur in *§. seq.* Ergo & ad Publicianam inducẽdam præter bonam fidem etiam iustus acquirẽdi dominij titulus necessarius est. Benè igitur hic Caius *quæcumque sunt iustæ causæ,* inquit, *acquirendarum rerum,* vt significet dominij non possessionis acquisitionem.

a *Si ex his causis nacti.* Scilicet possessionem non dominium, sufficit enim rem esse in bonis alicuius vt ad eam retinendam si possideat possit habere exceptionem, vel ad eam recuperandam actionem si fortè possessionem amiserit, *l. rem in bonis 52. infr. De acquir. rer. domi.* Ratio dubitandi. Potest amissa possessio recuperari per interdictum; Idque commodius plerunque est quàm de dominio experiri per actionem propter difficultatem quæ vt plurimùm maxima est probandi dominij aut quasi dominij *§. commodum Inst. de interd. l. is qui destinauit 24. sup. tit. prox.* Ergo nil fuit necesse proponi à Prætore hanc actionem, præsertim verò in fauorem eius qui dominus numquã fuit, sed possessor tãtùm.

Dec. Interest actoris Publiciana agere potiùs quàm interdicto, quoniã Publiciana causam dominij continet non minùs quàm ciuilis & directa rei vindicatio. Interdictum verò non nisi possessionis. Interest autẽ non ideò tantùm vt possit cõplere vsucapionẽ inchoatam, atq; ita ius sibi acquirere, etiã contra dominũ. Sed ob id etiã vt hic pluris æstimetur si nolit possessor rem restituere. Nam in interdictis æstimatio fit possessionis duntaxat *l. in interdicto 6. ff. Vnde vi. l. 3. §. vl. ff. vti possid.* At in Publiciana etiam dominij. Nec ideò tamen fit durior conditio petitoris ob difficultatem probandi dominij, cùm probare dominiũ nullum debeat, neque suum, neque authoris sui, quippe qui fateatur se à non domino emisse, nec aliud probandum habeat, quàm iustum titulum & traditionem ex eo factam cum bona fide, in quibus nihil est, quod sit tam difficilis probationis. Itaque quòd scriptũ est in *d. l. is qui destinauit 24. sup. tit. prox.* eum qui destinauit rem petere & vindicare, prius animaduertere debere, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longè commodius est ipsum possidere & aduersarium ad onera petitoris compellere quàm alio possidẽte petere, ad eum qui Publiciana experitur adaptari non potest, cui certè longè vtilius ac si non commodius, certè nõ incommodius est ea actione de quasi dominio quàm interdicto aliquo de possessione sola experiri. Estque hoc valde notandum inter cætera in quibus obseruari solet Publicianam non in omnibus, & per omnia similem esse vindicationi.

b *Rei amiserimus.* Ratio dubitandi. Publiciana cõpetit interdum etiam ei qui numquam possedit, vt diximus ad *l. si ego 11. §. partus, & §. idem ait aedibus. sup. & ad l. prox. praeced. § is cui.* Ergo ad Publicianã dandã non semper necesse est amissam esse possessionem. Nec enim amitti posset possessio quam quis numquã habuisset *l. non videtur 83. & l. non potest videri 208. de reg. iur.* Dec. Amissa possessio satis intelligitur & quidem facto aduersarij quoties per aduersariũ fit, ne adprehendi possit quæ alioquin adprehenderetur, arg. *l. in iure ciuili 162. eod.* Præsertim si ea res quæ numquã possessa fuit adprehẽsa, potuerit sequi & continuari per solã continuationẽ alterius possessionis præcedentis, vt in supradictis casibus & exemplis cernere est. Ergo quod hic dicitur *res amiserimus* ad possessionis non ad dominij amissionem referendum est. Non enim potest rem amittere is cuius propria res non fuit *d. l. non videtur.* In Publiciana autem numquàm actor petit rem propriam semper alienam.

1 ¶ Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudiciũ. namque pigneratitiæ, & precariæ possessiones iustæ sunt: sed ex his non solet competere tale iudicium: illa scilicet ratione: quia neque creditor, neque is, qui precario rogauit, eo animo nanciscitur possessionem, vt credat se dominum esse.

Ad §. 1. Interdum.

Ratio dubitandi. Vt Publiciana competat hæc concurrere oportet, vt quis anteà possederit ex iusta causa, iustóque titulo, & præterea bona fide inspecto initio, in tempore traditionis, aut si de emptione agatur, inspecto vtroque tempore & contractus

tractus & traditionis *l.1.l.3.§.1.l.sed et si 7.§.pen.* vbi dixi *sup.hoc ti.* Atqui concurrunt ista omnia in persona eius qui rem sibi traditam ex causa pignoris vel precarij bona fide à non domino accepit. Possunt igitur pignoratitiæ & precariæ possessiones sufficere ad Publicianam.

Dec. Ea demùm possessio bonæ fidei ad Publicianam prodest quæ fuit acquisita animo dominij acquirendi, & consequenter ex causa habili ad transferendum dominium, Cùm detur quasi quæsito per vsucapionem dominio. Quod porrò non ex alia causa sequi potest quàm quæ iusta causa sit dominij acquirendi, vt diximus ad initium huius legis. Nam nec aliter transferri dominium posset, etiamsi à vero domino facta traditio fuisset. Sunt autem iustæ causæ acquirendi dominij quæ sunt perpetuæ non quæ temporales *l.1.ff.de iur.dot.* Cuiusmodi sunt emptionis, donationis, mutui, permutationis, & aliæ similes, Non etiam pignoris & precarij, quia pignus non datur nisi quousque sit solutum debitum vel aliter eo nomine satisfactum *l.si rem 9.§.omnis pecunia.ff.de pigno.actio.l.grege 13.§.etiamsi.ff.de pignor.* precarium verò ad nutum concedentis reuocabile est *l.1.2.& pass.ff.de precar.* Neque rursum illa contrahentium mens est vt ex his causis dominium transferatur. Cùm is qui rem accepit aut pignori, aut precariò, sciat vel scire debeat, neque pignus, neque precarium rei propriæ consistere *l.neq.pignus 45.de reg.iur.* Ideóque qui pignori accepit semper scit pro alieno se possidere, ob idq; nec potest vsucapere *l.pignoris 13.ff.de vsucap.* Multò minùs ille qui precariò accepit, qui nec verè possessor sit, sed tantùm est in possessione, tanquam qui possessionem corpore nanciscatur *l.certè 2.§.is qui.iunct.l.& habet 5.§.enim qui.infr. De precar.* Possidere namque est rem habere & animo domini, vt Theophil. diffinit in *titu.de libertin.* Etsi autem creditor non magis animo domini pignus possidet quàm qui precariò rogauit, quia tamen ad vtilitatem suam possidet, adeò vt fructus faciat suos tanquam quos percipiat ex voluntate domini quamuis eos in sortem imputare cogatur *l.1.2.& pass.C.de pignor.act.* habetur pro vero possessore, & creditur verè possidere quantum ad omnes causas præterquàm quod ad vsucapionem, *l.serui 16.infr.de vsucap.* In eóque plus iuris habet qui pignori rem accepit, quàm qui precario. Et sanè precaria possessio licèt iusta sit quoniam habet domini voluntatem, non tamen pergit ad iudicij vigorem, vt loquitur Vlpia. in *l.communis 7.§.inter prædones.infr.commun.diuid.* nec vlla eo nomine ciuilis actio comparata est, sed tantùm interdictum de precario *l.interdictum 14.infr.de precar.* Solet quidem Prætor in interdictis clandestinæ & violentæ possessioni æquiparare precariam cùm interdictum ei proponit qui nec vi nec clam, nec precario possederit, aut quid aliud fecerit, aut cùm tractatur de accessione possessionis ex persona authoris *L.Pomponius 13.§.1.infr.de acquir.vel. possession.* Sed ita id intelligi debet, vt neque ad causam interdicti, neque ad possessionis accessionem quæ non nisi vsucapionis aut longæ possessionis gratia fit, magis possit precaria possessio quàm violenta vel clandestina, sed non etiam vt perinde sit iniusta *d.l.communi.§.inter prædones.ff.commun.diuid.*

2 Qui à pupillo emit, probare debet tutore auctore, lege non prohibente, se emisse: & si deceptus [a], falso tutore auctore, emerit, bona fide emisse videtur.

Ad §.2.Qui à pupillo.

Ratio dubitandi. Qui à pupillo emit rem pupillarem etiam sine authoritate tutoris ac sine Prætoris decreto non potest videri malæ fidei emptor cùm emerit à domino, *l.si cum sciret 8.ff.pro emptor.* Nec rursus si emerit alienã. Cùm pupillus res suas tantùm alienare prohibitus sit non etiam alienas. Ergo omni casu bonæ fidei possessor habendus est qui à pupillo emit etiam sine authoritate tutoris & citra decretum Prætoris, quod ad hoc saltem vt & fructus faciat suos & Publicianam habeat, quamuis non ideò rem pupilli possit vsucapere propter legis prohibitionem.

Dec. Malæ fidei emptor est etiam qui emit à domino si dominus prohibitus fuit alienare dummodò sciuerit emere se ab eo, qui sit prohibitus *l.si ab eo 12.ff.de vsucap.* Quisquis enim cõtra leges mercatur malæ fidei possessor est, *l.quemadmodum 7.in fin. C.de agric.& censit.lib.11.* Et ille demùm bonæ fidei possessor dici potest, qui emit à domino non prohibito alienare, aut à prohibito quidem, sed ab eo quem ignorabat prohibitum, ignoratione scilicet facti non iuris, *d.l.si ab eo l.2.§.si à pupillo ff.pro empt.* iunct.*l.sine autem 7.§.si à minore*, vbi scripsimus *sup.hoc tit.*

a *Sed et si deceptus.* Ratio dubitandi. Non est iusta causa acquirendi dominij emere rem pupilli à falso tutore, adeóque nec ab eo qui pro tutore negotia gerit, quia non posse illos res pupillorum vel adolescentium distrahere certissimum est *l.qui neque 8.ff.de reb.cor.qui sub tutel.* Non enim eadem huius quæ tutoris est rerum pupilli administratio, *l.2.ff.de eo qui pro tutor.* adeò vt nec debitores pupillares ei bona fidé soluentes aliter liberentur, quàm si in pupilli rem & vtilitatem versa sit pecunia, *l.debitores 28.ff.de solut.* Vnde est quod edicto Prætoris in falsum tutorem proposita est actio, ne quem impunè decipiat falsus tutor qui adhibetur, *leg.1.l.non si sinè 7.l.falsus 11.& pass.ff.quod fals.tutor.* Atqui non datur Publiciana nisi cùm præcedit iusta causa acquirendi dominij vt initio huius legis dictum est. Ergo si deceptus quis falso tutore authore emerit, licèt bona fide emisse videatur, Publicianam tamen habere non debet de qua hîc sola tractatur.

Dec. Nihil imputari potest ei qui emit à pupillo falso tutore authore quẽ verum tutorem esse existimabat, ideóq; cùm & titulum habeat iustum acquirendi dominij licèt non verum, Publicianam habere debere præsertim quæ non pupillo ipsi sed extraneo sit nocitura. Quidni verò cùm & possit vsucapere *d.l.2.de eo qui pro tutor.d.l.2.§.si à pupillo & seq.ff.pro emptor.l.4.§.si quis non tutor 24.ff.de dol.mal.except.* Cùm enim non malè contrahatur cum tutorib. *l.4.§.vlt.ff.de euict.* iustus est titulus acquirendi dominij quoties emit quis à pupillo tutore authore siue verus tutor fuit siue falsus dummodò verum tutorem esse emptor crediderit. Nec ad hũc casum pertinet, quod dici solet, Pupilli rẽ vsucapi non posse, *l.bona fides 48.de acquir.rer.domin.* Sed ad illum quo quis vsucapere velit rem pupillarem quam emerit, à non domino licèt bona fide, vt ex

Digitized by Google

supradictis locis constat. In eóque deceptus fuit Cuiacius, qui negauit vsucapi posse rem pupilli etiam quam pupillus ipse vendiderit authore siue pro tutore, siue falso tutore. Quamquam non nego bonam esse emendationem quam ille attulit ad *d. §. si quis non tutor* in illis verbis *& vsucapta sit* vbi legendum ait addita negatione *& non vsucapta sit* quomodo in *dict. l. 2. de eo qui pro tutor.* vbi eadem species proponitur scriptum est *nec vsucapta sit.* Nam qui ponit rem non esse vsucaptam supponit esse vsucapibilem, Alioqui esset stulta positio sine suppositione. Ergo qui pro te à pupillo empta exercet Publicianam cùm non fuerit factus dominus per traditionem, quia vel pupilli res non fuit, sed aliena, vel tutor non verus, debet probare se emisse & tutore authore & lege non prohibête, id est rem quæ non fuerit inalienabilis, vt bona fide emisse videatur. Nec sufficiet vt probetur res aliena, quia licèt ea demùm res à pupillo sine tutoris authoritate alienari prohibeatur, quæ pupillaris est. Attamen sicuti non potest quis alienam rem emere à pupillo bona fide quin eam emat vt pupillarem, Nec rursus tanquam pupillarem, quin adhibeat solennitates omnes quæ in rei pupillaris distractione requirerentur. Omissio enim solennitatum inducit malam fidem aut saltem malæ fidei præsumptionem. Nec tamen prodesset quicquam fuisse adhibitas solennitates in venditione eius rei, quam lex alienari prohiberet. Solennitates namque adhiberi oportet in contractu permisso non in prohibito. Nec vnquam Prætor tuetur eum, qui emit lege prohibente ne contra leges facere videatur *l. proxim. § si res. supr.* Benè igitur Bartolus notat, Eum qui solennitatem alicuius actus allegat probare illam debere, Scilicet cùm agitur de solennitate extrinseca quales illæ sunt, de quibus in hoc §. agitur. Nam solennitas intrinseca facilè præsumitur, nec alia indiget probatione *l. sciendum 56. ff. de verbor. obligat. §. vltim. Instit. de fideiuss.*

14. VLPIANVS libro 16. ad Edictum.

PApinianus libro sexto quæstionum scribit: Si qui, prohibuit, vel denuntiauit, ex causa venditionis tradi rem, quæ ipsius voluntate à procuratore fuerat distracta, & is nihilominùs tradiderit: emptorē tuebitur prætor, siue possideat, siue petat rem. Sed, quod iudicio empti [a] procurator emptori præstiterit, contrario iudicio mandati consequetur [b]. potest enim fieri [c], vt emptori res auferatur ab eo, qui venire mandauit, quia per ignorantiam non est vsus exceptione, quam debuit opponere, veluti, *Si non auctor meus ex voluntate tua vendiderit.*

Ad l. Papinianus 14.

Ratio dubitandi. Publiciana requirit bonam fidem emptoris non modò tempore contractus sed etiam & potissimùm tempore traditionis *l. sed etsi* 7. aliàs *l. cum qui §. vltim.* aliàs *l. traditionem.* iunct. *l. 1. & pass. sup. h. tit.* Nam & in cæteris contractibus solum tempus traditionis spectatur non contractus, *l. penultim. ff. de vsucap. l. 2. in princ. ff. pro emptor.* Atqui in proposita specie nec traditio vlla facta fuisse videri potest, Tantùm abest vt possit facta dici bona fide, quia traditionem eam demùm intelligere debemus quæ sit facta voluntate & animo transferendi dominij *l. qua ratione 9. §. hæc quoque res. ff. de acquir. rer. dom.* alioqui nec si à domino facta esset, dominium tamē transferre posset *l. non omnis 19. & praced. ff. de rebus cred.* Hîc autem traditio non potest videri facta voluntate domini ex cuius scilicet mandato & voluntate facta fuerat venditio cùm voluntatem mutauerit, & mandatum reuocauerit antè traditionem, ac proinde re adhuc integra cùm dominium nondum translatum esset, quippe quod non transfertur ex venditione nisi per traditionem, adeóque nec secuta traditione nisi solutum sit precium, vel aliter eo nomine satisfactum *l. quod vendidi 19. l. vt res 51. ff. de contr. emp. §. vendita. Instit. de rerum diuision.* Fateor nihil interesse an dominus ipse rem suam tradat an alius ex eius voluntate, quemadmodùm nec interest an tibi tradatur an alij ex tua voluntate *l. mulier 41. & sequ. ff. ad SC. Trebell. dict. l. qua ratione 9. §. nihil autem interest. de acquir. rer. dom.* Sed non perinde possis dicere, Nihil referre an quis rem suam tradat an alius eius quidem nomine, sed contra ipsius voluntatem. Non enim quod fit meo nomine aliter mihi nocere potest quàm si ex mea voluntate fiat.

Dec. Qui mandauit procuratori suo vt rem venderet, illud etiam videtur mandasse, vt traderet ac venditionem impleret, quæ sine traditione perfecta quidem esse potest cùm consensu perficiatur, sed impleta dici nō potest ante traditionem, adeóque dominij translationem *l. 1. in princip. l. ex empto 11. §. 1. l. si quis alienam 46. ff. de action. empt.* Proinde si procurator ex domini voluntate & antè reuocatum mandatum vendiderit, preciúmque acceperit quod in venditionibus solui ferè solet priusquàm res tradatur non tantùm vt vrgeri possit vēditor ad traditionem *l. Iulianus 13. § offerri eod. titul.* sed etiam vt dominium per subsecutam traditionem transferri possit *d. l. quod vendidi, & d. l. vt res. De contrahen. empt.* consequens est vt quamuis posteà prohibitos sit tradere antequàm traderet non possit ea reuocatio mandati nocere tanquam re ampliùs non integra quominùs idem procurator possit ac debeat rem quam vendit tradere. Parcendum enim est si pudori suo parcere voluerit, & bonam fidem præstare, argum. *l. Quintus 48 in fin. princip. ff. mandat.* Nec potest videri res integra ex parte domini, cùm iam non est integrum procuratori qui non modò rem vendidit, sed etiam precium accepit fidem fallere, minúsque præstare quàm promiserit quamuis dominium non sit translatum. Sufficit enim quod ex parte emptoris factum sit quicquid ab eo fieri potuit & debuit ad dominium ex causa emptionis acquirēdum. Quid enim aliud facere poterat & debuerat, nisi vt emeret, preciúmque solueret. At ex parte venditoris fuit & rem tradere & dominium transferre. Et quidem adeò vt à quo instanti vēdidit & precium accepit, nec rem tradidit, hoc ipso videatur reipsa in mora tradendi constitutus *l. curabit 5. C. de action. emp.* Nec enim bona fides patitur, vt eodem tēpore & pre-

& precium habeat & rem retineat venditor, Ideóque tempus contractus pro tempore moræ apud prudentes nostros solet accipi, vt in *l. 2. §. si per venditorem. j. eod. tit. tit. de action. empt.* & *dict. l. curabit.* Planè antequàm precium ex parte emptoris solutum sit, videtur esse adhuc res integra ex parte venditoris, licèt venditio iam contracta & perfecta sit, Non solùm quia dominium nondum translatum fuit ante traditionem, sed quia nec per traditionem transferri potuit citra solutionem precij, vel aliam satisfactionem. Nec cùm quærimus an res sit integra in venditione, ad id respicimus an venditio perfecta sit, sed an post eam contractam & perfectam traditio secuta sit ex parte venditoris aut solutum precium ex parte emptoris *l. ab emptione 58. sup. de pact. l. 1. & 2. C. quan. lic. ab emp. disced.* Proinde si venditor qui procuratori mandauerat vt venderet, ante solutum precium, contracta iam tamen venditione prohibuerit ei ne traderet, etiamsi posteà sequatur traditio, dominium tamen in emptorem non transferetur, quasi reuocato mandato rebus omnibus adhuc integris, nec habebit emptor aut exceptionem rei venditæ, & traditæ aduersus dominum rem suam vindicantem, aut Publicianam aduersus dominum possidentem, vt disertè Vlpianus scribit in *l. 1. §. 1. de except. rei vendit. & tradit.* Cui proinde non obstat hæc lex, quæ proculdubio, vt benè vidit Accursius, intelligenda est de eo casu quo dominus prohibuerit rem tradi post precium procuratori iam solutū, quod & in dubio præsumendum est solutum fuisse ipso venditionis tempore, atque ita post contractam à procuratore moram quam ab eo purgari, & culpam quæ in mora contrahenda admissa est emendari sanè ipsius interest, & ad eius pudorem atque existimationem pertinet: quod non similiter dici potest, cùm ab emptore nondum fuit solutum precium. Eo siquidem casu sibi debet imputare emptor cur in soluendo precio non fuerit diligentior, vt constitueret in mora venditorem, aut potiùs venditoris procuratorem. Atque hæc legis huius sententia & ratio est, & vnus præterea ex casibus in quibus Publiciana locum habere potest etiam contra dominum, Licèt Accursius eum non enumeret inter cæteros quos congerit ad *leg. vlt. j.* Nimirum quia hanc legem intelligit de eo qui mandauerit rem alienam vendi, vt omirum, inquit, hæc lex faciat ad *Tit. De Public. in rem act.* Nec videt ad Publicianam inducendam, id est, ad excludendam directam vindicationem sufficere, vt traditio facta sit à non domino, quod contingit cùm facta est à procuratore, & quidem post reuocatum mandatum & contra domini voluntatem, Dummodò ex parte emptoris concurrant cætera quæ hîc concurrunt, vt Publicianam etiam contra dominum dari oporteat. Placet sanè quod hîc Bartolus notat, Protestationem & denunciationem alicui factam ne id faciat ad quod tenetur, non impedire ne possit facere.

a *Sed quod iudicio empti.* Malo legere *si quid iudicio empti procurator emptori præstiterit.* Nam eo casu quo emptorem tuetur Prætor, siue emptor possideat, scilicet per exceptionem rei venditæ & traditæ, siue non possideat, sed rem per Publicianam petat, nihil est quod procuratori emptor imputare possit, aut quod emptori præstare procurator debeat, aut denique mandator procuratori. Sed quia, vt subricit Vlpian. potest fieri vt emptori res auferatur ab eo qui rem venire mandauit, quia per ignorantiam non sit vsus emptor exceptione quam debuit opponere *Si non author meus ex voluntate tua vendiderit*, Potest etiā fieri vt eo scilicet casu & procurator iudicio empti præstare debeat emptori quanti eius interest, & vicissim mandator tantundem procuratori reddere iudicio mandati, Ideóque benè sub dubio euentu debuit Papinianus, & post eū Vlpianus hoc ponere iis verbis, quæ nos sic restituimus *Si quid iudicio empti procurator emptori præstiterit* mutata scilicet facti specie.

b *Contrario iudicio mandati consequetur.* Ratio dubitandi. Quod quis ex culpa sua damnum sentit sentire non videtur *l. quod quis 203. de regul. iur.* Atqui potest imputari procuratori cur rem alienam à se venditam, licèt ex mādato domini, posteà reuocato iam mandato & contra domini voluntatem tradiderit. Cùm non sit ex fide bona, vt mandatarius quicquam faciat contra voluntatem mandantis *l. diligenter 5. & pass. j. mandat.* Nam quemadmodum nihil tam naturale est quàm voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res. j. de acquirend. rer. domin.* Ita nihil tam iniquum quàm aduersus voluntatem domini rem ipsius in alium transferre, quod nec ratio nec regula iuris ciuilis permittit *l. id quod nostrum 11. de reg. iur.* Est enim vnusquisque rei suæ moderator & arbiter *l. in re mandata 21. C. mandat.* Ergo non debet huic procuratori actio mandati contraria dari pro indemnitate consequenda qui nullum damnum passus intelligitur.

Dec. Potest quidem reuocari mandatum pro arbitrio mandantis, sed rebus omnibus adhuc integris: quo demùm casu sufficit ad impediendum mandati effectum, vt vel suspicari possit & debeat mandatarius reuocatum fuisse mandatum *l. si cùm Cornelius 82. in fin. j. de solut.* At cùm res non est integra certum est reuocari mandatum amplius non posse, Ne quidem morte mandantis quæ alioqui sola sufficeret ad reuocationem *l. inter causas 26. & l. seq. §. morte. j. mandat.* Atqui res non est integra in proposita specie, cùm non possit procurator saluo pudore suo recusare traditionem eius rei quam vendidit alieno, licèt nomine si præterea eius nomine iam precium acceperit. Nec enim dicitur posse quis facere quod honestè facere non potest *l. filius 15. & l. præcedent. j. de condic. instit. dict. l. Quintus. j. mandat.* Meritò igitur succurrendum est procuratori qui vt pudori suo parceret rem à se venditam tradidit licèt reuocato iam mandato cùm ante reuocationem non modò vendidisset (nec enim hoc est quod efficit vt res non sit integra, quomodo malè videtur sensisse Accursius, sed etiam precium ab emptore accepisset. Aliud sanè esset si precium nondum fuisset solutum, vt diximus ea *dict. l. 1. §. 1. j. de exceptio. rei vendit. & tradit.* Adfert Accursius tanquam simile, quod scriptum est in *l. qui saxum 6. j. de donation.* vbi tractatur de eo qui saxum mihi permisit animo donandi de fundo suo eximere, & postquàm exemi prohibuit me euehere. Et ait Vlpianus prohibitionem illam nullius esse momenti, Nempe quia vt lex ait, lapis iam quasi traditione per exemptionem factus est meus, Vt proinde dubitari non possit quin prohibitio facta sit re amplius

non integra cùm post translatum dominium. Quod in proposito casu diuersum est. Nec enim dominium translatum videri potest in emptorem ex sola venditione per procuratorem quamuis ex voluntate domini facta, nec si solutio precij sit secuta quoosque traditio, vel à domino ipso, vel saltem ex eius voluntate facta sit. Neque verò quod Papinianus dicebat, & Vlpianus probat, Tuendum esse eum cui procurator post domini prohibitionem tradidit rem venditam, sic debet accipi quasi per eam traditionem is factus sit dominus, (nec enim egeret tuitione prætoris ille qui per traditionem factus esset dominus quiritarius) sed vt eum Prætor tueatur possidentem data ei exceptione rei venditæ & traditæ, Non possidentem verò data illi Publiciana, quam diximus toties, & verissimum est numquam dari nisi domino.

c *Potest enim fieri.* Ratio dubitandi. Qui non est vsus exceptione quam opponere potuit & debuit, etiamsi per ignorantiam & imperitiam id fecerit, debet sibi suæque imperitiæ id imputare, Cùm ex regula iuris imperitia culpæ adnumeretur *l. imperitia 132. de r. g. iur.* Qui autem ex culpa sua damnum sentit, nec sentire videtur *l. quod quis 203. eod.* Et quemadmodum is qui per imprudentiam, aut per sordes, vel gratiam iudicis malè condemnatus est, siue emptor sit, siue fideiussor nullum eo nomine regressum habere debet aduersus alium, quia iniuriam quæ ei facta est penes ipsum manere potiùs quàm ad alium transferri æquum est *l. si per imprudentiam 51. j. de euict. l. exceptione 67. j. de fideiuss.* Ita & in proposito dicendum est imperitiam emptoris qui opposita exceptione poterat sibi aduersus dominum consulere, atque ita se suumque authorem indemnem seruare, ipsi potiùs nocere quàm procuratori debere, cui nihil imputari potest, Videtúrque emptor hanc sibi ipsi iniuriam intulisse, argum. *l. si mulier 21. in princ. sup. quod met. caus.* Præsertim cùm imperitia ista non tam error facti sit, qui etiam prudentissimos fallit *l. 2. j. de iur. & fact. ignor.* quàm error iuris, in quo qui errat, non tam pro errante habetur quàm pro stulto *l. regula 9. §. penult. eod.* quia potuit consulere peritiores *l. in bonorum 10. j. de bonor. poss. ß.* Nec magis debet quis ex imperitia sua quàm ex improbitate actionem contra alium sibi acquirere *l. itaque 12. §. 1. j. de furt.*

Dec. Ignorantia facti alieni semper tolerabilis & probabilis est *l. vlt. j. pro suo.* Huius autem emptoris, de quo tractamus ignorantia huiusmodi est, Facti scilicet, & quidem alieni cùm potuerit emptor ignorare an mandatum vendendi præcessisset, aut si præcesserat an postea reuocandum esset, vt benè hic notat Accursius, Itémque si reuocatum fuerat verum ante an post precij solutionem. Quæ omnia potuerunt ita se habere & non habere, Nec emptori decepto succensendum est quod non diuinauerit *l. si fideiussor 29. §. si cùm debitor. j. mandat. l. si pater 4. j. de manum. vindict.* Ergo non obid minùs regressum habere debet aduersus procuratorem per actionem ex empto, quòd passus sit auferri sibi rem à domino quem poterat per doli exceptionem repellere. Planè si prudens & sciens exceptionem sibi competentem siue doli siue aliam omisisset, regressum nullum habere deberet, quia hoc ipso videretur dolo malo versatus esse cùm dissoluta quoque negligentia prope dolum sit, *d. l. si fideiussor. in princip.* Sufficeret autem culpam solam intercessisse etiam sine dolo ad denegandum ei regressum, *dict. l. exceptionem l. si obligata 18. C. de euict.* Quid ergo si non prudens & sciens sed errans in iure exceptionem omiserit? Non ideò videbitur in dolo esse. Neque enim prædo aut dolosus est qui in iure errat, *l. sed etsi 25. § scire. sup. De hered. petit.* Et quamuis stultus videri possit, non tam quòd in iure errauerit, quàm quia non consuluerit peritiores, non ideò tamen culpa ei obijci potest quæ damnum afferre ei debeat. Cùm error iuris sicuti in lucris & compendiis nemini prodest, ita nec in damnis amittendæ rei suæ quicquam nocet, *l. iuris 7. & seq. j. De iur. & fact. ignor.* Nec rursum imperitia culpæ adnumeratur, nisi cùm imperitus quis est in ea re vel arte cuius scientiam profitetur. Nam vt solebat dicere Seruius Sulpitius, turpe est Senatori & viro cuilibet Patricio ignorare ius in quo versatur. Ergo quamuis per iuris ignorantiam emptor exceptionem omiserit, non eo minùs succurrendum ei erit ex æquitate prætoris, Ne in damno versetur cùm culpa careat, Dominus autem veniens contra factum suum audiatur *l. post mortem 25. sup. De adopt.* Est verò hic locus notandus contra eos qui putant iudiciis arbitrariis sicut iis quæ bonæ fidei sunt inesse exceptiones doli, & pacti, & alias huiusmodi, & quidem ipso iure ita vt opponi eas non sit necesse *l. 3. d. excep. rei vendit. & tradit.* Nam aduersus directam rei vindicationem à domino propositam, de qua hîc agitur, necessariam esse exceptionem hæc lex apertè probat, vt & *l. sumptus 48. sup. de rei vindic.* & aliæ pleræque. Et sanè licèt in arbitrariis iudiciis arbitrium iudicis tanquam viri boni præcedere necesse sit quod æquitatem semper admixtam habere debet. Non ideò tamen videri possunt arbitraria esse iudicia bonæ fidei, Non magis quàm stricta, sed tertiam iudiciorum speciem constituunt ab iis quæ vel bonæ fidei, vel stricta sunt differentem, vt pluribus à nobis probatum est in vltima parte Chiliadis nostræ De errorib. pragmaticor. Ex *l. 3. § in his quoque iudiciis. j. de vsur. § præterea. Insti. de actio.* Exceptionis autem quæ in hac specie emptori competit verba illa sunt quæ in fine huius legis subiiciuntur *Si non author meus ex voluntate sua vendidit.*

15. POMPONIVS libro 3. ad Sabinum.

SI seruus meus, cùm in fuga sit, rem à non domino emat: Publiciana mihi competere debet, licèt possessionem rei traditæ per eum nactus non sim [a].

Ad l. Si seruus meus 15.

Ratio dubitandi. Publiciana non datur ei qui nunquam possederit *l. sed etsi 7. §. penult. supr.* cùm non alio colore detur quàm quasi actor iam vsucaperit hoc ipso quod vsucapionem inchoauit *§. namque. Inst. de action.* Nec enim sine possessione potest vlla procedere aut inchoari vsucapio *l. sine possessione 25. l. iusto 44. §. vlt. j. de vsucap.* Atqui per seruum meũ qui in fuga est possessio mihi acquiri

non

non potest, vt in hac lege Pomponius disertè scribit. Ergo si eâm in fuga esset rem aliquam à non domino emerit non potest eo nomine Publiciana mihi competere.

Dec. Non est æquum fugam serui nocere domino cui nihil imputari potest *l. 1. Cod. de seru. fugit.* vbi additur seruum fugitiuum sui furtum facere, ideóque nec vsucapi eum, nec longi temporis possessione acquiri posse. Atqui damnum adferret domino fuga serui si ob id minùs Publiciana danda esset domino ex contractu serui quod esset ipse fugitiuus: Ergo perinde Publicianam ex prætoria æquitate habere debet dominus, atq; si ante fugam seruus à non domino rem emisset.

a *Licèt possessionem rei traditæ per eum nactus non sim.* Videtur in hoc Pomponius dissensisse à plerisque aliis Iureconsultis quibus visum est per seruos fugitiuos non minùs quàm per eos qui in prouincia sunt acquiri domino possessionem. Non enim de eo perinde olim apud veteres prudentes constitisse, ex eo conijci potest quod Paulus scribit in *l. 1. §. per seruum qui in fuga sit. ʃ. de acquir. poss.* eam fuisse Cassij & Iuliani sententiam. Non ergo cæterorum omnium, Præsertim Neruæ filij quem ibidem refert existimasse, Per seruum qui in fuga sit nihil posse nos possidere. Et quamuis addat responderi solere quandiu ab alio non possideatur seruus fugitiuus à nobis eum possideri, ideóque interim etiam vsucapi, Cùm tamen subijcit, Vtilitatis causa receptum esse vt impleatur vsucapio, quandiu nemo eius possessioné nactus est, Satis indicat magis se probare Neruæ sententiam, Non in eo tantùm quod Nerua dicebat Per seruum qui in fuga sit nihil possidere nos posse. Sed in eo quoq; quod nec vtilitatis causa videtur velle admittere, vt per eum inchoetur vsucapio, ne tùm quidem cùm nemo eius possessionem nactus est, sed tantùm vt impleatur. Fauorabilior siquidem esse solet implenda vsucapio quæ proinde iam inchoata est quàm inchoanda *l. heres 43. & l. seq. §. eum qui. ʃ. de vsucap.* iunct. *l. numquam 31. §. pen. l. cœptam 40. d. l. iusto. §. nondum adita eod. t. l. qui cùm 6. §. vlt. ʃ. pro empt.* Et verò cur scriberet Paulus Vtilitatis causa receptũ esse vt per seruum fugitiuum impleatur vsucapio quandiu alius possessionem eius nactus est, si inchoari quoque illam posse existimaret. Cur verò negaret inchoari posse, aut cur non nisi vtilitatis causa receptum esse diceret, vt per eum vsucapioné impleri posset, si putaret stricti iuris rationem pati posse vt & seruum nostrum qui in fuga est, interim possideamus, & per eum possessionem non tãtùm retinere, sed etiam acquirere possimus? Videntur autem Imperatores quoque eam Neruæ sententiam comprobasse in *d. l. 1. C. de seru. fugit.* Cùm rescribunt, seruum fugitiuum sui furtum facere. Nam e'ìm furtum nihil aliud sit, quàm interuersio possessionis *l. 1. §. Scæuola. ʃ. si is qui testa. lib. eß. iuß.* Consequens est vt non aliter sui ipsius furtum facere possit seruus qui in fuga est quàm si possessionem suam interuertat, id est, efficiat vt à suo domino desinat possideri. Quid verò absurdius, quàm vt per eum qui à nobis non possidetur, aliarum rerum possessionem, vel retineamus, vel acquiramus? Fuit tamen contraria Iuliani & Cassij sententia vulgo magis à prudentibus nostris adprobata, vt constat ex *l. rem quæ nobis 15. eod. tit. de acquirend. posseß.* vbi Caius ait, Etiam per seruum fugitiuum possessionem acquirere nos posse, nedum retinere, Et rationem hanc esse quare videamur seruum fugitiuum possidere, quòd is, inquit, quemadmodum aliarum rerum possessionem iam acquisitam interuertere non potest ex regula *leg. melior 133. De regul. iur.* ita ne suam quidem potest, Quod & ab eodem Caio scriptum est in *l. si cui 25. §. vlt. ʃ. de liber. caus.* vbi quod ait, Placuisse per seruum quoque fugitiuum posse nos possessionem acquirere, Ostendit satis non de eo satis ab initio inter omnes constitisse, Sed tandem Cassij & Iuliani opinionem tanquam vtiliorem & hoc ipso æquiorem præualuisse: vt alia pleraque circa possessionem controuersia primùm, tandem ex eo quod publicè vtilius visum est magis placuerunt, Quale inter cætera illud fuit, vt per procuratoris personam tametsi liberam possessio acquiri nobis posset, *l. 1. C. per quas perso. nob. acquir. l. per procuratorem 8. C. de acquir. poss. l. possessio 49. §. vlt. ʃ. eod. ill. tit.* Sic enim Neratius in *l. si rem subreptam 41. ʃ. de vsusucap. quamuis per procuratorem possessionem adipisci nos iam ferè conueniat*, vt intelligamus nõ de eo benè semper conuenisse, de quo tamen iam nemo est qui dubitet. Mirabilius illud est, quod Caius in *d. §. vlt.* ait, Posse nobis acquiri possessionem etiam per eum qui à nobis non possideatur, vt in specie illius *§. vlt.* Quantò igitur magis per seruum fugitiuum qui nec ipse à nobis desiit possideri. Atque ita Hermogenianus etiam scribit in *l. per eum 50. §. 1. ʃ. de acq. poss.* Per seruum in fuga agentem si neque ab alio possideatur, neque se liberum credat, possessionem nobis acquiri. Cui simile est quod Vlpianus scribit in *l. 2. §. si fugitiuus antepenult. ʃ. Vi bon. rapt.* Si seruus meus fugitiuus instruendi sui causa res aliquas emerit eas in bonis meis esse, & ideo si ei vi raptæ sint, posse me vi bonorum raptorum agere. Quomodo enim possent fieri in bonis meis, si nec seruum ipsum fugitiuum possiderem? Etsi posset dici non improbabiliter, loqui eo loco Vlpianum de bonis à fugitiuo emptis ante fugam & eo tempore quo à domino haud dubiè possidebatur. Id enim significare videntur verba illa *instruendi sui causa*, vt solent qui fugam meditantur eam instruere, & in id comparent omnia, quæ præuident sibi fore necessaria. Nec sanè mirum est in specie huius legis dari Publicianam domino pro ea re, quam seruus iam fugitiuus emit, si eorum sententiam sequamur, qui putant seruum fugitiuum nihilominus possideri, & per eum posse dominum possessionem non tantùm retinere, sed etiam acquirere. Sed secundum opinionem Pomponij, qui non putat posse acquiri possessionem per seruum fugitiuum difficilius est vt Publiciana domino dari debeat, Maximè verò si cum Accursio legem hanc intelligas de seruo fugitiuo qui iam ab alio cœperit possideri. Quamquam enim hoc casu non fuit ex prudentibus, qui non dixerit fugitiuum desinere possideri à domino, Cùm à duob. in solidum possideri non possit ne quidem ab vno iustè, ab alio autem iniustè *l. 3. §. ex contrario. ʃ. de acq. poß.* Attamen tantò minor ratio est vt per eum acquiri possit Publiciana domino, Nam qui nõ potest acquirere possessionem quæ faciliùs acquiratur quàm vel actio, vel dominium quod nec sine possessione acquiri solet *d. l. per procuratorẽ 8. C. de acq. poß §. per traditionem. Inst. de rer. diuis.* Quomodo Publicianã potest acquirere? Illud siquidẽ cõstat

per seruum fugitiuum qui ab alio possidetur, si bona fide acquiri bonæ fidei possessori *l. qui bona fide 23. ff. de acq. rer. domin.* si mala fide, neque domino, quia ab eo non possidetur, neque malæ fidei possessori propter malam fidem *d. l. 1. §. sed per eum. ff. de acquirend. possess. l. seruus meus 14. ff. de stipulat. seruor.* Proinde nec verum esse potest quod Accursius putat per hunc seruum fugitiuum, cùm quoque cùm ab alio possidetur mala fide, nihilominùs acquiri domino posse, vel dominium, directámque vindicationem si tradens fuit dominus, aut Publicianam, si non fuit dominus. Nam quo casu seruus acquireret bonæ fidei possessori si bona fide possideretur, eo casu cùm mala fide possidetur, neque sibi, neque malæ fidei possessori acquirit *d. l. seruus, & d. §. sed per eum.* Itaque necessariò intelligendus est hic locus de seruo fugitiuo qui nondum ab alio possideri cœperit, quem mirum non est acquirere domino & directam vindicationem si tradens fuerit dominus & Publicianam si non fuerit dominus. Cùm ipse à domino possideatur, Potéstque probabilius defendi sententia Pomponij in seruo qui nondum ab alio possidetur vt possit Publicianam acquirere domino, quamuis secundum eiusdem Pomponij opinionem non possit acquirere possessionem, quàm vt dicamus, Publicianam acquiri per seruum fugitiuum ab alio, siue bona, siue mala fide iam possessum quod pugnaret euidenter cum *d. l. seruus meus.* Eadem enim traditionis quæ stipulationis ratio hac parte constitui solet, nec faciliùs est, vt per eum acquiratur dominium, quàm actio ex stipulatione. Nec alia certè huius legis ratio reddi potest quàm quæ initio allata fuit. Ex hac verò interpretatione nostra nihil aliud sequitur incommodi, nisi quod fiet consequens, vt in illa quæstione, An per seruum fugitiuum possessio acquiri domino possit, dicendum sit Pomponium à cæteris dissensisse. Quod nos non solùm libenter admittimus sed etiam ita esse omnino dicendum satis, vt nobis videmur, probauimus. Nec solum Pomponium in ea fuisse hæresi in *d. l. 1. §. per seruum qui in fuga sit. ff. de acqui. poss.* adeóq; Impp. Diocletianum & Maximianum in *l. 1. C. de seru. fugit.*

16. PAPINIANVS libro 10. Quæstionum.

PAulus notat.

EXceptio iusti dominij Publicianæ obiicienda est.

Ad l. Paulus notat 16.

Ratio dubitandi. Quisquis habet Publicianam eo colore habet quasi iam vsuceperit, vt perinde habeatur acsi iam vsucepisset *§. namque. Instit. de action.* Atquin ei qui vsucepit si dominium vindicet, iusti dominij exceptio obiici non potest, Cùm sit ipse iustus dominus. Nec enim quisquam dubitat quin per vsucapionem acquiratur dominium iustum & quiritarium, non minùs quàm per traditionem à domino factam *l. traditionibus 20. C. de pact.* & apud Vlp. *tit. 19. de acquisit. rer.* vbi refertur vsucapio inter modos sex acquirendi dominij ex iure Quiritium, Vnde etiam definitur adeptio & adiectio dominij in *l. 3. ff. de vsucap. l. in bello 12. §. si quis seruum. ff. de capti. & postli.* Ergo nec Publicianæ obiici potest exceptio iusti dominij, Ne alioqui secum pugnare Prætor videatur si in actione habeat pro domino, In exceptione verò eundem actorem pro non domino, quod vtique implicaret contradictionem. Dec. Prætor eùm dat Publicianam actori, habet quidem illum pro domino & pro eo qui vsuceperit, sed non absolutè & simpliciter, Ac secundum quid duntaxat, id est, hactenus tantùm, vt cū tueatur aduersus extraneum qui procul dubio minùs iuris habet, quàm ille qui cœperat bone fide possidere & vsucapere, sed non contra dominum ipsum qui cùm iam sit verus dominus nulla indiget vsucapione vt magis dominus fiat quod nec fieri posset *d. §. si quis seruum*, nec fieri potest vt non plus iuris habeat quàm qui est in cursu vsucapiendi tantùm, necdum vsucapionem compleuit, Idque nimirum est quod ex Neratio subiicitur in *l. seq.* Publicianam actionem non ideò comparatam esse vt res domino auferatur. Sed vt, is qui bona fide emit, possessionémque eius ex ea causa nactus est, potiùs rem habeat quàm extraneus possessor. Meritò igitur placuit Publicianæ iusti dominij exceptionem obiici posse & debere. Nec enim id agit Prætor vt meliorem faciat condicionem quasi domini quàm veri domini, sed vt quasi dominū tueatur aduersus eum qui neque dominus est, neque quasi dominus, adeóque nec dominus fieri speratur: Quidam tamen sunt casus in quibus Publicianæ non obstat exceptio ista iusti dominij, Quoties scilicet aliquid est quod imputari domino possit & propter quod bonæ fidei possessoris meliorem quàm domini condicionem esse æquum sit, De quibus post Accursium dicemus ad *l. seq.*

17. NERATIVS libro 3. Membranarum.

PVbliciana actio non ideò comparata est, vt res domino auferatur: (ciúsque rei argumentum est primò æquitas, deinde exceptio, *Si ea res possessoris non sit*) sed vt is, qui bona fide emit possessionémque eius ex ea causa nanctus est, potius rem habeat.

Ad l. Publiciana vlt.

Ratio dubitandi & dec. eadem est quæ ad legem præcedentem, quemadmodum vtriusque legis sententia illa est, Publicianam cōtra dominum ipsum non dari, sed tantùm contra extraneum possessorem: Nisi quod in hac lege ratio huius sententiæ redditur ex Neratio sumpta ex mente Prętoris, qui primus hanc actionem induxit, & qui non id egit vt noceret domino, sed vt prodesset possessori bonæ fidei aduersus extraneum. Probat autem Neratius mentem Prętoris eam fuisse ex duobus. Primū ex æquitate in illis verbis *primò æquitas* vbi nescio cur moneat Accursius posse legi *Prima æquitas*, nisi vt introducat suam illam distinctionē iustitiæ primitiuæ & positiuæ. Nec tamen aperit Accursius in quo æquitas illa consistat, & quænam eius ratio esse possit. Nos verò ad legem præcedentem attulimus, neq; aliud hîc addēdum habemus, Præterquā quod Prætor cū sit æquitatis custos & magister potissimam æquitatis rationē habere debet, eámque iuri stricto semper anteponere, vt & alius quilibet

Magi-

Magistratus, *l. placuit 3. C. de indic. l. in omnibus 90. De regul. iur. l. 5. ff. de eo quod cert. loc.* Secundò ex illa exceptione quæ in Publicianæ actionis formula adijci à Prætore solet, *si ea res possessoris non sit*. Ponit tamen Accursius aliquot casus in quibus Publiciana datur etiam contra dominum & sine hac exceptione. Primus est in causa damni infecti, si fortè dominus ædium quæ ruinam minantur perseueret nolle cauere de damno infecto, & ob eam causam vicinus in ædium possessionem missus sit nec fuerit admissus, aut non tantùm missus fuerit, sed etiam sibi possidere iussus ex secundo Prætoris decreto, atque ita cœperit vsucapere. Nam si quidem fuerit missus in possessionem nec tamen admissus, habet interdictum *Ne vis fiat ei qui in possess. miss. est*, adeóq; actionem in factum si ædes posteà deciderint. Si verò & admissus fuerit & cœperit possidere expulsus tamen sit, habet Publicianam etiam contra dominum, *l. damni 18. §. pen. iunct. l. 5. l. si finita 11. §. Iulianus scribit 15. & §. vlt. ff. de dam. infect.* Quidni enim Prætor hunc possessorem tueatur contra dominum qui duplici decreto Prætoris noluit parêre? An fortè dignus est cui Prætor auxilium ferat exceptione illa addita in formula *si res possessoris non sit*, cùm ipse Prætoris imperium & authoritatem neglexerit, *arg. l. auxilium 37. in fin. sup. de minor.* Dices fortasse, Eum qui à Prætore sibi possidere ruinosas ædes iussus est ex secundo decreto, hoc ipso dominum à Prætore constitutum esse. *d. §. Iulianus.* Dari ergo hoc casu Publicianam domino non autem aduersus dominum, cùm duo in solidum eiusdem rei domini esse non possint. Sed facilis responsio est Possessorem hunc ex secundo decreto fieri quidem dominum, sed qualis à Prætore fieri potest, id est bonitarium nō autem quiritarium. Interim verò quiritarium manere eum qui anteà fuit quousque completa sit vsucapio, Quo demum tempore fiet possessor ex domino bonitario quiritarius. Est enim vsucapio modus acquirendi dominij quiritarij, non bonitarij, vt sæpius diximus. Et quamuis non possint duo esse eiusdem rei domini in solidum eodem dominij genere *l. 5. §. si duobus vehiculum. ff. Commod. l. de hereditate 19. §. pater De castr. pecul.* nihil tamen vetat esse vnum dominum bonitarium, alterum verò quiritarium: quod omnium aptissimè & apertissimè probat text. *d. §. Iulianus.* Quamuis enim id accidit, tota dominij vtilitas sit penes dominum bonitarium, penes alium verò nihil nisi nudum nomen heredis, quod Iustinianus tamen iniuriosè, vt alibi monuimus vocat antiquæ subtilitatis ludibrium in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* Porrò cùm dicimus non solere dari Publicianam contra dominum, intelligimus de domino quiritario nō de bonitario. Bonitarius enim plerumque ille est cui datur, Numquam quiritarius. Secundus casus est in seruo noxæ dedito. Nam si alienus fuit & à non domino deditus, quia fieri non potest vt dominiū quod dedens non habuit transeat in accipientem, Non alio, quàm Publicianæ actionis remedio potest consuli ei qui accepit si fortè vetus dominus qui non dedidit, eius possessionem nactus sit. Etsi enim non ipse dedidit, sed alius qui eius dedendi ius non habuit, quippe qui dominus non fuerit, non tamen potest vetus dominus deditionem improbare, si non malit damnum decidere ac litis æstimationem inferre, Quandoquidem ex delicto serui tenetur ipse dominus noxali actione *l. & generaliter 28. iunct. §. vlt. l. preced. ff. de noxal. action.* vbi rectè Bartolus notat, Huius iuris illam esse rationem, quòd nihil hîc factum sit à non domino, nisi quod ab ipso vero domino si adfuisset fieri præstarique debuisset. Tertius casus est cùm quis nōdum dominus rem aliquam vni vendidit quam posteà dominus factus vendiderit alteri, vt in *l. 2. ff. de except. rei vendit. & tradit. & l. 4. §. si Titio inf. de doli mal. except.* Nam & hic qui prior emit non tantùm habet exceptionem aduersus dominum vindicantem, sed etiam Publicianam aduersus dominum quoque non minùs quàm contra quemlibet extraneum possessorem, *l. si a Titio 72. supr. tit. prox.* vbi diximus. Quartus casus est, si quis rem à non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit. Potest enim eam petere à quolibet possidente adeóque ab ipso domino, & aduersus exceptionem illam vulgarem, *si res eius non sit* quæ in Publicianæ formula adijci solet, & debet, adiuuandus est illa replicatione, *At si res iudicata non sit, l. si quis rem 24. ff. de except. rei iudic.* Quintum casum addit Accursius ex *l. si culpa 63. sup. tit. prox.* Sed tamen magis probat, vt nō de Publiciana intelligi locus ille debeat, sed de alia vtili in rem actione. Quam sententiam nos refutauimus, simúlq; casum hūc explicauimus ad eum locum. Ego sextum casum addo ex *l. quæcumq; 13. §. vlt.* vbi scripsi *supr. hoc tit.* Omnium autem istorum casuum ratio & æquitas vnica illa est, quod imputari aliquid potest domino propter quod minor æquitas pro eo facere videatur quàm pro actore, vt in superioribus exemplis omnibus apparet. Illud omnino obseruandum est, Quibus casibus Publicianam habere quis potest siue contra dominum ipsum siue contra extraneum, multò magis dandam ei exceptionem si possideat & conueniatur. Nam ex iuris regula cui damus actionem multò magis exceptionem dandam esse quis dixerit, *l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur. l. 1. §. is autem De superfic. l. 1. in princ. ff. De pignor.*

SI AGER VECTIGAL VEL EMPHYT. PETAT.

TITVLVS III. ET VLT.

1. PAVLVS libro 20. ad Edictum.

AGri ciuitatium alij vectigales vocantur, alij non. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur [a]: id est hac lege, vt tandiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint: neque his, qui in locum eorum successerunt [b], auferri [c] eos liceat Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur, vt priuatim agros nostros [d] colendos dare solemus.

Ad l. Agri ciuitatum 1.

Hæc lex & totus hic Titulus est De actione in rem vtili quæ à Prætore, vt vulgo creditum est, *De fundo vectigali* proponitur. Sic enim Papinianus vocat in *l. si cùm venditor 66. in princ. ff. de euict.* vbi mentio subiungitur huius actionis post factam mentionem Publicianæ, sicut & Titulus hic subsequitur tractatum & Titulum De Publiciana in rem actione, Vt intelligamus esse vtramque actionem in rem, sed vtilem non directam, ciuilem: Nam de ciuili & directa vindicatione actum est in *Tit. De rei vind.* Post quem tractatum subijci duos istos Titulos de vtilibus in rem actionibus illis conueniens fuit quod iisdem ferè regulis consistant eiusdémq; sint potestatis & effectus licèt diuersas causas habeant, *l. actio 47. sup. De negot. gest.* Non probo, quod Accursius noster ad Rubricam notat, quamuis Cuiacius probet, Agrum vectigalem eundem esse quem emphyteuticarium, & esse ista synonima, vt articulus *vel* positus in hac rubrica accipiatur pro *id est*, sicut & in *l. sciendum 15. §. 1. sup. qui satisf. cog.* Puto enim differre agrum emphyteuticarium à vectigali tanquam genus à specie. Omnem agrum vectigalem esse emphyteuticarium, sed non emphyteuticarium omnem esse vectigalem. Emphyteuticarios agros specialiter dicendos esse illos qui sunt priuatorum, & à priuatis in perpetuum excolendi dantur certa pensione, & ea lege, vt quàdiu pensio pro iis soluetur possessores auferri non possit. Vectigales verò agros ciuitatum eâdem lege conductos & excolendos datos. Habent enim ciuitates vt hæc lex ait duas species agrorum, Alios vectigales quales diximus, & Iurisconsultus hîc definit, Alios non vectigales qui à ciuitatibus locantur ad eum modum quo locari à priuatis solent, id est ad certum & breue tempus, nulláq; alia lege adiecta, quàm certæ pensionis soluendæ. Ex quo apparet prudentum nostrorum temporibus non fuisse adhuc vsitatas emphyteuses quæ à priuatis fierent, quas longo post tempore Zenonis constitutio videtur si non induxisse saltem comprobasse, nouámque & primam formam iis dedisse in *l. 1. C. de iur. emphyt.* cùm anteà minùs frequentarentur, propterea quòd eiusmodi contractus natura esset valde dubia, & incerta, nec planè sciri posset an ad venditionem magis, an ad locationem accederet. *§. adeo Inst. de loca.* Videntúrque emphyteuses priuatorum à fundis vectigalibus ciuitatum originem traxisse, Cum visu compertum esset exemplo ciuitatum quàm longè vtilius & commodius sit iis qui tot habent agros vt iis excolendis non possint sufficere, aliis illos in perpetuum fruendos & colendos dare, Præsertim verò si inculti sint & steriles, talésq; ex quibus vel nullus vel non nisi perexiguus fructus sperari possit, si non maiore & accuratiore diligentia excolantur. Vnde & contractus meliorationis appellatur, & insitionis, à præcipua, vt Cuiacius ait, culturæ parte. Nec sanè video factam mentionem agri emphyteuticarij vllo Pandectarum loco si excipias textum illum, quo vno mouetur Accursius in *d. l. sciendum §. 1.* vbi non dubito quin verba illa, *id est emphyteuticarium* sint irreptitia ex glossemate alicuius interpretis explicare volentis, quid vectigalis fundi appellatione significaretur, nec animaduertentis notius fuisse prudentib. nomen sensúmque fundi vectigalis quàm emphyteuticarij, nec in tot aliis iuris nostri locis in quibus mentio fit vectigalis fundi adstructam esse vsquam talem interpretationem. Etsi non nego, vt iam dixi vectigalem fundum posse dici emphyteuticarium. Nego tamen esse illa synonima, aut eam interpretationem Iureconsulti temporibus aptè fieri potuisse, licèt hodie non ineptè fieri possit. Quod autem in huius Tituli rubrica mẽtio fit agri emphyteuticarij nemo non agnoscit esse Triboniani, qui Pandectarum titulos adscripsit & pro arbitrio efformauit, Neque hunc ineptè significaret, quamuis in legibus quę sub hoc Tit. collocatæ sunt nulla fundorum emphyteuticariorum mẽtio fiat, sed duntaxat vectigalium, eandem tamẽ vtilem actionem in rem quæ pro fundis vectigalibus proponitur, pro emphyteuticariis dari quoque posse & debere.

a *Qui in perpetuum locantur.* Ratio dubitandi. Locatio neque dominium transfert, neque possessionem *l. non solet 36. ff. locat. l. quadam mulier 77. supr. de rei vindic. l. si quis ante 10. ff. de acquir. poss. l. certè 6. §. is qui ff. De precar.* Atqui locatio quæ in perpetuum fieret dominium transferret saltem illud quod interpretes nostri vulgo vtile vocant. Quid enim prodesset dominium & proprietas semper abscedente propter locationem fruitione? Quemadmodum de nuda proprietate Caius noster ratiocinatur in *in l. 3. §. pen. ff. tit. 1.* Quid? quod nec societas in æternum coiri potest? *l. nulla 70. ff. Pro socio.* Nam quod dicimus, societatem in perpetuum coiri posse, *l. 1. eod. tit.* sic intelligendum est vt possit

durare

durare societas quandiu socij viuunt, vt eadem lex explicat, non autem vt etiam post eorum mortem societas durare possit. At quod Paulus hic ait, Vectigales agros dici qui in perpetuum locantur, ita proculdubio accipiendum est vt neque locatoris neque conductoris morte fundus vectigalis esse desinat, sed ad heredes quoque extendatur vis & potestas huius contractus, vt scilicet quandiu heredes conductoris eorúmque successores quocumque gradu sint vectigal pendere volent, non possint heredes locatoris rem eis auferre. Nam & illud ordinarij iuris est vt locatio & conductio ad heredes transeant, *leg. viam veritatis* 10. *C. de locat.*

Dec. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt, *l.* 1. §. *si conuenerit.*]. *Deposit.* ac proinde licet non sit ex natura locationis vt sit perpetua, quia plerunque non fit nisi ad tempus. Nihil tamen prohibet fieri eam ex conuentione perpetuam, vt scilicet quandiu vectigal aut pensio soluetur, non possit res auferri conductori nec ipsius heredibus. Nec tamen ea res facit, vt dominium vllum in conductorem transferatur neque directum neq; quod interpretes vocant vtile. Nec enim locatio titulus habilis est ad transferendum dominium, Non ob id tantùm quòd sit temporalis. Causa verò transferendi dominij perpetua esse debeat, *l.* 1.]. *de iur. dot.* Sed etiam qui non eo animo est locator & conductor vt cogitent de dominio vel acquirendo vel transferendo, Non magis quàm qui rem aliquam aut pignori aut precario accepit, De quo egimus ad *l. quacunque* .3. §. 1. *sup. tit. prox.* Atq; ita esse vt ex ista conductione quamuis perpetua dominium non transferatur, ex eo intelligimus quòd si conductor eiúsve heres cesset in vectigalis solutione aufertur ei res non per actionem aliquam personalem, sed per pristinam illam vindicationem quæ competeret si talis nulla locatio facta esset, iure igitur veteris dominij, quasi numquam amissi. Nam si amissum fuisset vtique non posset vindicatio competere nisi secuta retrotraditione, essétque agendum actione personali non vindicatione, vt contingit in venditione facta sub lege commissoria si emptor commiserit in legem venditionis, *l. commissoria* 4. *C. de pact. int. emptor. & vendit.* Dico amplius, Posse locatorem tanquam dominum vindicare rem vtpote suam priùs etiam quàm cessauerit conductor in solutione vectigali, sed hoc casu repelletur exceptione & quidem doli quòd aduersus factum proprium venire velit, Cùm etiam vtilem actionem in rem aduersus eum quoq; polliceatur Prætor conductori legem conductionis obseruanti, Quomodo & de superficiario qui ab huiusmodi conductore non valde distat, scriptum est in *l.* 1. § *si autem*]. *de superfi.* Nimirum quoniam cui damus actionem multò magis damus exceptionem, secundum iuris regulam, vt eadem lex ait & *l. inuitus* 156. §. 1. *De regul. iur.* Cæterùm dominium fundorum vectigalium etiam qui in perpetuum locati sint non transferri à ciuitatibus in conductorem, Ex eo intelligimus quod dici solet fundos vectigales vsucapi non posse, scilicet aduersus ciuitatem cuius sunt, *l. cùm sponsus* 12. §. *in vectigalib.*]. *tit. prox.* Nam cùm vsucapio nihil aliud sit quàm adiectio & adeptio dominij adeóq; quiritarij, *l.* 3.]. *De vsucap. l. si pacta* 15. 6. *Iulianus*]. *de damn. infect. l. in bello* 12. § *si quis seruum*]. *De captiu. & postl.* quis obsecro effectus esset illius propositionis, Fundum vectigalem aduersus ciuitatem & municipes vsucapi non posse si non ciuitas & municipes domini manerent. Sed & apertiùs idem probamus ex eo quod scriptum est in *d. l. si finita* §. *si de vectigalib. vers. sed in vectigali prædio.* si municipes nolint cauere vicino ex causa damni infecti pro vectigali prædio, Posse vicinum cui cautum non est si non modò missus sit in possessionem sed etiam ex secundo decreto sibi possidere iussus, Posse illum etiam vectigalis prædij dominium longo vsu capere. Quodnam enim dominium posset vsucapere si non haberent municipes Quiritarium? Nec ad rem pertinet, quod conductori res auferri non potest. Id enim fit vi exceptionis non iure dominij, & potestate conuentionis, quam tueri Prætor debet non quod neque ius neque dominium vllum locator habeat. Itaque non dominium vllum conductor habet, sed ius tantùm rei retinendæ, quod ius sicuti non aliunde quàm ex conuentione & locationis lege nascitur, Ita cum causa dominij nihil habet commune. Illud certè negari non potest, Conductorem & possessorem fundi vectigalis facere in bonis suis eum fundum. Cùm ipsius nomine acquirat, sibi & exceptionem si possideat, & vtilem actionem in rem ad possessionem recuperandam, si eam fortè sine culpa sua amiserit, *l. rem in bonis* 52. *De acquir. rer. dom.* Idcóque si quis conductorem hunc dominum bonitarium appellare voluerit, is in eo iudicio non valde aberrauerit. Eóq; fortasse pertinet, quod scriptum est in *d. l. non solet*, non solere dominium rei locatæ transire in conductorem, Vt intelligamus transire igitur aliquando Sed quando, nisi cùm locatio facta est in perpetuum, & ea lege, vt quandiu vectigal soluetur, res auferri conductori non possit? Quodnam verò dominium nisi bonitarium? De quiritario enim iam ostendimus. De directo autem fatentur ipsi etiam interpretes, De vtili verò quod illi comminiscuntur somnium illud esse docuimus, *lib.* 20. *Coniect. cap.* 11. Neque obstat quod habet ille vtilem in rem actionem. Non enim sicut directa vindicatio nascitur ex directo dominio, si quod tamen est quod directum dici possit, Ita & vtilis in rem actio ex vtili aliquo dominio, In quo sanè hallucinati sunt interpretes. Sicut & in eo quod putant post Accursium quod hîc dicitur de agris ciuitatum posse etiam agris priuatorum conuenire, vt alij vectigales dicendi sint, alij non vectigales secundum Iuliani distinctionem. Nam priuatorum agri emphyteuticarij quidem esse & dici possunt, sed vectigales nec esse nec dici possunt, quia nec pensio quæ pro iis penditur, vectigal dici potest, sed pensio, Neque enim vectigal appellamus pensionem illam quæ pro perpetua conductione à priuato facta penditur, sed vel pensionem, vel mercedem, vel, vt posteriores vocarunt, canonem annuum. Ergo nec fundos illos vectigales, pro quibus inter priuatos tale vectigal penditur, cùm nemo ambigat fundos vectigales ex eo dictos esse, quòd pro iis certum vectigal annuum soluendum sit. Etsi autem vectigalia quædam publica dicuntur, ad differentiam priuatorum, Attamen priuata non ea dici debere credendum est quæ priuato alicui non etiam ciuitati debeantur, sed quæ ciuitatibus. Quatum scilicet causa illa est vt priuatorum loco habeantur si cum populo Romano & ciuitate Ro-

mana conferantur. Publica siquidem tantùm illa sunt quæ fiscus Populi Romani capit, de quibus in *l. inter publica 17. §. 1. De verb. sign.* & publicanus ille qui populi Romani vectigalia conducta habet, nó qui ciuitatum, quæ vt diximus licèt sint quid publicum, hac parte tamen priuatorum loco sunt, *l. eum qui 16. eod.* Priuatorum ergo agri etiam qui vectigalibus simillimi sunt, vectigales tamé dici nullomodo possunt. Ac proinde omnes qui ciuitatum non sunt, non vectigales dicendi sunt sed hi rursum subdistinguendi, Aut etiam emphyteuticarij sunt, aut non emphyteuticarij prout alıter atque aliter conducti proponuntur.

b *Neque his qui in locum eorum successerint* Intellige cum Accursio, siue generali titulo successionis hereditariæ, siue speciali & singulari, puta venditionis aut societatis, *l. 1. in prin.* in iis verbis *sociòve eius ʒ. De loco public. fruend.* Ratio dubitandi. Iura non transeunt in singulares successores, *l. vlt. in fin. insr. De contr. empt. l. 2. §. si heres ʒ. ad SC. Trebl. l. 2. C. de hered. vel act. vend. l. fin. C. de hered. act.* Ergo si quis fundum vectigalem in perpetuum conduxerit sic ut dum ea lege vt quandiu vectigal pendetur fundus ei auferri non possit, poterit quidem ius ex eo contractu acquisitum transmittere ad heredes aliósve vniuersales successores, sed non ad singulares. Nā nec ius alterius cuiuslibet locationis transit in singularem successorem, sed tantùm in vniuersalem *l. viam veritatis 10. C. de locat.*

Dec. Cùm fundus per locationem perpetuam fit vectigalis, lex non tam personæ dicitur, quàm ipsi fundo, *l. lex vectigali 31. ʒ. De pignor.* & consequenter ex ea lege possidentium personæ & obligantur & ius habent retentionis, *l. venditor 13. insr. commun. præd.* Est enim hoc ius non tam personæ quàm possessionis, Iura verò possessionis quidni transeant in successorem singularem, in quem transeunt etiam vicia ipsa possessionis, *l. vicia 11. C. de acquir. poss.*

c *Res auferri ei non possit.* Ratio dubitandi. Nemo paciscēdo efficere potest ne de re sua manente sua disponere pro arbitrio possit, *l. penult. supr. de pact.* Atqui municipes qui fundum aliquem fruendum in perpetuum locauerunt, licèt ea lege adiecta, vt quandiu vectigal penderetur, auferri res conductori non posset, remanent domini, vt probauimus in præcedentibus: Ergo ex ea pactione obligari non possunt.

Dec. Cùm locatio fit à municipibus & traditio certa lege, contrahitur proculdubio συνάλλαγμα, & consequenter nascitur hinc inde obligatio quæ contrahentes vincit, & necessitate adstringit standi conuentioni, *l. iuris gentium 7. §. 1. sup. de pact.* Indéque est quod ait *l. in traditionibus 44. eod. tit.* In traditionibus rerum quodcunque pactum factum sit, illud valere. Etiam quod alioqui non valeret, *d. l. venditor 13. ʒ. Commun. præd. l. si fundo 19.* iunct. *l. quoties 15. ʒ. de seruit. l. si creditor 7. §. vltim. ʒ. De distract. pign.* quia scilicet dominus non aliter fuerat rem suam traditurus, *l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* Cùm ergo contractus hic vltrò citróque sit obligatorius non magis permittendum est locatoribus vt auferant rem conductori quàm conductori vt eam rem retineat nullo etiam vectigali soluto. Nec enim contractus debet claudicare, *l. Cum te 6. eod. l. Iulianus 13. §. offerri & §. si quid à pupillo ʒ. de action. empt. l. nam absurdum ʒ. de bon. lib.* Aliud est si quis nulla alia causa præcedente eam sibi teíque suæ velit legem dicere vt rem illam alienare aut aliter de ea disponere non possit. Hoc enim fieri certè non potest, *dict. l. penul.* vbi diximus *supr. De pact.* Quanquam defendi etiam illud potest Conductorem fundi vectigalis videri quodā modo factum dominum bonitarium postquàm Prætor vtilem in rem actionem, & exceptionem huic conductori dedit, vt probauimus in superioribus ex *leg. rem in bonis 52. De acquirend. rer. domin.*

d *Vt priuati in agros nostros* Hinc ergo intelligimus non fuisse solitos Pauli temporibus priuatos eiusmodi contractum inire. Si quando tamen id fiebat, dicebatur contractus emphyteusis, & fundus emphyteuticarius, Etiam ante Zenonis constitutionem in *l. 1. C. de iur. emphyt.* Nec enim Zeno aut nomen aut speciem huic contractus introduxit, sed cùm minus frequens minúsq; probatus contractus esset propterea quòd certam nullam haberet naturam, Primus Zeno certam ei formam dedit, vt Iustinianus refert in *§. adeo Inst. de locat.* Fluxit autem eius origo & vsus haud dubiè à locatione & conductione fundorum vectigalium, vt diximus. Solent verò etiam hodie dari à priuatis agri colendi ad breue tempus nec ferè vltra quinquennium, *l. si filiusfamilias 25. §. vlt. ʒ. solut. matr.* vbi notant interpretes, nec si maritus in longius quàm quinquennij tempus fundum dotalem locauerit, cogendam tamen esse mulierem soluto matrimonio aut mulieris heredem stare locationi.

1 ¶ Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt à municipibus, quamuis non efficiantur domini, tamé placuit competere eis in rem actionem aduersus quemuis possessorem: sed & aduersus ipsos municipes.

Ad §. 1. Qui in perpetuum fundum.

Ratio dubitandi. Actio in rem non datur nisi ei qui sit dominus iure gentium vel ciuili, *l. in rem 23. in princip. supr. de rei vind.* Ergo si ei qui vectigalem fundum conduxit actio in rem competit, adeóque non tantùm aduersus quemuis possessorem extraneum vt Publiciana, sed etiam aduersus municipes ipsos fatendum videtur conductorem ex hoc genere contractus effici dominum, Præsertim cùm nec Publiciana quæ datur eo colore quasi rea iam vsucapta sit, non detur tamen contra dominum, Extra certos casus de quibus scripsimus ad *l. pen. & vlt. sup. tit. prox.*

Dec. Actionem hanc in rem proposuit Prætor ex summa æquitate & vtilitate, vt faciliùs inuenirent municipes conductorem qui fundos ciuitatis vectigales vellet in perpetuum conducere se eus futurum vt eo nomine perinde actionem in rem & exceptionem haberet etiam contra dominum, ac si dominus ipse effectus esset. Neque vllorum magis interest quàm ipsorum municipum tale ius inductum esse. Nealioqui magno ipsi incommodo afficerentur, nemine cum iis ita contrahere volente, quomodo de minoribus & militibus scriptum est in *l. quod si minor. 24. §. non semper sup. de minor. l. Diuus 24. ʒ. de testam. milit. l. ratas 7. C. de rescin. vendit.*

vendit. Est igitur hæc actio Prætoria si interpretibus nostris credimus pro quibus videtur facere, quod eleganter. Papinianus noster scribit in *l. si cum venditor 66. in pr. ĵ. De euict.* in illis verbis *vel ea actione quæ de fundo vectigali proposita est.* Edicto nimirum Prętoris. Ciuiles enim actiones non proponuntur in albo Prętoris sed petentibus dantur. Sic & Publicianam actionem à Prætore Publicio in edicto propositam esse, ait Iustinianus in *d. §. namque in fi. Inst. De act.* Cuius etiam meminit Papi. in *d. l. si cùm venditor*, Vt verisimile sit inductā priùs Publicianam deinde ad ipsius exemplum actionē in rem De fundo vectigali, Mihi tamen aliud iudicium est qui video nihil tale in hac lege scriptum esse, neque vllam edicti prætorij aut hîc aut alibi mentionem fieri, sed è contrario sic Paulum scribere *tamē placuit eis competere in rem actionem*, quibus verbis innuitur potiùs actionem hanc ex prudentum authoritate quàm ex Prætoris edicto descendere. Quod & nos pluribus comprobauimus in *Error. 9. Decad. 63. De error. pragm.* vbi & in *Decad. seq.* multa noua & singularia protulimus ad hūc tractatum pertinentia. Illud sanè verum est vtramque actionem & Publicianam & quæ de fundo vectigali à prudentibus inducta est esse vtilem. Est igitur vtraque & ex æquitate. Nec ideò tamen consequens est vt is cui vel hæc vel illa datur directus sit dominus vtilis. Nam nec in alijs iuris nostri locis dominus dicitur is qui vtiles tātùm actiones habet, nec heres, quo nomine nihil nisi dominum significamus, *l. aut Prætor 7. §. sed quod Papinianus sup. De mino.* Idq; apud Accursium Ioannes glossator iam olim obseruauit. Superficiarij non alia ratio est. Nam & hic habet hodie vtilem actionem de superficie & exceptionem *l. 1. de superfic. l. tutor 16. §. vlt. & l. seq. ĵ. de pign. act.* vbi hanc ob causam scriptum est, Etiam vectigale prædium & superficiarium pignori dari posse, quamuis alioqui ius pignoris supponat antecedens ius dominij, *l. 4. §. sed & Marcellus ĵ. de in diem addict.* Cùm res aliena pignori dari nequeat à non domino nisi ex domini voluntate, *l. 1. & tot. tit. C. si alien. res pign. dat. sit.* Nimirum quia vt pignoris datio valeat sufficit rem pignoratam in bonis esse pignorantis, *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur ĵ. de pignor. l. ante omnia 22. ĵ. de probat.* Nec talis oppignoratio lædit ius domini, sed fit cum sua causa, *d. §. vlt. & l. seq.* & ita vt resoluto iure conductoris resoluatur etiam ius pignoris, *l. lex vectigali fundo, 31. ĵ. de pignor. l. 4. § sed & Marcellus ĵ. de in diem addict.*

2. VLPIANVS libro 16. ad Sabinum.

ITa tamen, si vectigal soluant.

Ad l. Ita tamen 2.

Benè Accursius hanc legem refert ad id tantùm quod proximè in fine legis præcedentis scriptum est Actionem hanc vtilem in rem dari conductori fundi vectigâlis etiam contra dominum ipsum, Non autem ad id quod dictum est dari eam cōtra extraneum. Nam cùm de illa contra extraneum danda quæritur, non distinguimus an possessor locatori suo vectigal soluat an non, quoniam esset illa exceptio de iure tertij nec aliter exclusiua iuris agentis quàm si tertius velit, Quod genus exceptionis numquam admittitur, *l. bona fides 31. § quod si ego ĵ. depos.* Bart. ad *l. 2. ĵ. De except. rei iudic.* At cùm de hac eâdem actione contra dominū ipsum dāda tractatur, necessaria est supradicta distinctio, Quia nec æquum est exceptionem vllam, nedum actionem dari conductori ex eo contractu cui ipse non satisfaciat, & contra eum cui fidem frangat, Cùm prior ipse ex parte sua contractum implere debeat, *l. Iulianus 13 §. offerri ĵ. de action. empt. l. cum te 6. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ideóq; in edicto de superficiebus quod ad huius exemplum Prętor proposuit benè ille sic verba cōcepit *Vti ex lege locationis, l. 1. in pr. de superfic.* Et in interdicto De loco publico fruendo similiter in hunc modum *Quominus ei qui conduxit sociòve eius è lege locationis frui liceat, l. 1. in pr. ĵ. de loco publ. fruend.* quia vt in *§. vl.* eiusdem legis scriptum est vltra legem locationis, vel contra legem audiri nō debet qui frui desiderat. Ratio dubitandi. Contractus vltrò citróq; obligatorius non ex eo solo cōnstituitur irritus quod alteruter contrahentium nolit ex parte sua ei satisfacere, *l. ea condicione 14. C. de rescind. vendit.* vbi dicitur ex hac causa esse agendum ad id quod interest, non ad contractus rescissionem, Nempe si non diuersa quoque pars à contractu discedi velit *l. si diuersa 14. C. de transf.* Ergo quamuis conductor cesset in solutione vectigalis non en magis tamen contractus irritus constitui debet, Quo tamē subsistente non potest aut actio in rem aut exceptio denegari conductori quamuis in vectigalis solutione cessanti.

Dec. Quisquis ex contractu vltrò citróq; obligatorio vel agit vel excipit, prior contractum implere ex sua parte debet, *d. § offerri d. l. cum te.* Nec æquum est vt ex eo contractu Prætor illum tueatur, qui in eo ipso quod promisit præstando sit cōtumax. Vix enim est vt nō sit in dolo qui conuentioni suæ vltrò non satisfacit, *l. magnam 13. in fin. C. de contr. & commit. stipula.* Numquam autem æquū est siue per actionem siue per exceptionem ei succurri qui sit in dolo, *l. penult. in fin. ĵ. ad SC. Trebell.* Atqui tam actio in rem quæ datur cōductori fundi vectigâlis quàm exceptio non nisi ex æquitate datur & tuitione prętoria, Cùm ex mera iuris ciuilis ratione nō alij quàm vero domino in rem actio dari debeat, *l. in rem 23. in pr. sup. de rei vindic.* neque vtilis contra dominum quem scilicet iusti dominij exceptio longè iustius tuetur, *l. pen. sup. tit. prox.* Ergo non aliter conductori fundi vectigalis danda actio vel exceptio est, quàm si ex parte sua contractui satisfaciat, & vectigal soluat. Ob eámq; causam solebat lex vectigali fundo illa dici vt si intra constitutum tempus vectigal solutum non esset fundus vectigâlis, id est plenū ius fundi ad dominum rediret, *l. lex vectigali 31. ĵ. de pign.* Cuius conuentionis ea vis erat vt non soluto sua die vectigali cōtractus ipso iure resolueretur sola pacti potestate, vt cōtingit in vēditione facta sub lege cōmissoria vel sub pacto addictionis in diem, *d. l. 4. §. sed & Marcellus de in diem addict. l. 1. de leg. commis.* Nisi quod post legē venditionis cōmissam nō vindicatio competit venditori, qui per traditionem dominus esse desiit, sed tantùm actio personalis ex

vendito *l. 4. in pr. eod. & d. l. commissoriæ 4. C. de pact. int. empt. & vendi.* Municipibus autem non soluto vectigali competit directa vindicatio tâquam dominis sine metu vllius exceptionis, quandoquidem etiamsi in solutione cessatum non esset eadem actio competeret ipso iure, sed summouenda per exceptionem. Nec enim ex contractu huiusmodi locationis actio vlla personalis nascitur ad rem repetendam saltem quæ perimat vindicationem, vt neque ex contractu depositi vel commodati si malit dominus rem suam vindicare quàm ex contractu reposcere. Cæterùm etiam non adiecta illa lege resoluendi contractus, perinde habent municipes vindicationem immunem ab omni metu exceptionis, quia vt habeant sufficit conductorem in solutione vectigalis cessasse atque ita legi contractus non satisfecisse.

3. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

IDem est, & si ad tempus [a] habuerint conductum, nec tempus conductionis finitum sit.

Ad l. Idem est 3.

a *Etsi ad tempus.* Nostri omnes post Accursium intelligunt de conductione quæ facta sit ad nô modicum tempus, Exemplo eius quod de superficie conducta scriptum est in *l. 1. §. quod ait ff. de superfic.* Sed ego non probo quia æquum est meliorem esse hac parte côdicionem eius qui vectigalem fundum conduxit à municipibus quàm superficiarij, vt quamuis non aliter danda sit superficiario vtilis in rem actio quàm si vel in perpetuum vel ad certum tempus non modicum superficiem conduxerit, In quo maximè versatur illa causæ cognitio quam requirit Vlpianus in *d. §. quod ait.* Ei tamen qui vectigalem fundum conduxit actio vtilis danda sit siue in perpetuum conduxerit, siue ad tempus, & siue ad modicum tempus aut ad non modicum, quia municipum interest ita ius constitui, vt hoc veluti compendio inuitati plerique facilius accedant ad conductionem fundorum vectigalium, propter vtilitatem publicam ad quam hoc etiam pertinet. Quod in superficiariis & emphyteuticariis fundis diuersum est. Sicuti enim priuatorum contractus isti sunt, ita non nisi ad priuatam contrahentium vtilitatem spectant, ideóque non tanto digni sunt fauore vt pro iis actionem in rem tam facilè ac sine vlla causæ cognitione dari oporteat. Vectigalem ergo fundum non facit longioris temporis adiectio sed conuentio soluendi vectigalis ea lege adiecta vt quandiu vectigal soluetur non possit fundus auferri possessori, Quæ conuentio non solet adiici in locationibus quæ à priuatis fiunt. Quidam enim casus sunt in quibus potest conductor expelli etiamsi non cessauerit in solutione pensionis, *l. æde 3. C. de locat.* Sed de his omnibus videnda sunt quę pluribus scripsimus *Decad. 61. & 64. de error. prag.* Maximè verò quod ad huius legis interpretationem pertinet in *Error. vl. Decad. 64.* & ad *l. in speciali 73. §. superficiario supr. de rei vind.* Sicuti autem pêdet hæc lex à *§. vlt. l. 1. sup.* cùm sit eiusdem Pauli, quamuis ex alio eiusdem Pauli libro, Ita & easdem recipit dubitandi & decidendi rationes quas ad *d. §. vlt.* attulimus. Nec aliud quicquam hîc à nobis superest explicâdum, Nisi quod secundum eos qui hâc legem de têpore non modico intelligi volût, modicum têpus intelligendum est non quod sit decem duntaxat dierum, vt ridiculè quidam putauerunt, neque arbitrio iudicis côstituendum, sed quod minus & breuius sit decennio, vt benè concludit Accursius ex *l. si cùm fideicommissa 16. §. Aristo ff. de fideic. libert.* & *tot. tit. de præscrip. long. tempor.* Atque ita vulgo etiã creditum est eóq; iure vtimur quoties de conductione in longum tempus facta vel in praxi, vel in scholis disputatur, Puta cùm dispútant Vtrum ex conductione ad longum tempus facta etiam inter priuatos laudimia debeantur, De quo & nos plura scripsimus & de aliis plerisque quæstionibus ad feudum, emphyteusim & laudimia pertinentibus in quatuor postremis Decadibus Chiliadis nostrę, *de error. pragmat. & interpret. iur.*

ANTONII FABRI I·C· SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

Ad librum 7. Pandectarum.

TITVLVS I.

De vsufructu.

1. PAVLVS libro tertio ad Vitellium.

VSusfructus est ius[a] alienis rebus[b] vtendi fruendi[c], salua rerum substantia[d].

Ad l. Vsusfructus 1.

a *Est ius.* Ratio dubitandi. Vsusfructus in plerisque causis pars dominij est, *l. 4. infr. hoc tit.* licèt non semper *l. si Titio 33. §. 1. eo.* Ergo in parte potiùs quàm in iure consistit.

Dec. Vsusfructus seruitus est & quidem personalis, licèt in hoc differens à cæteris seruitutibus, quod diuiduus est cùm cæteræ sint indiuiduæ, *l. 1. §. si vsusfructus. ff. ad leg. falci.* Nempe quia consistit in vtendo fruendo, *l. 1. ff. quand. dies vsusfr. leg. ced.* quod est facti diuisibilis pro modo & qualitate rerum quibus quis vtitur fruitur. Nec enim qui fruitur vna tantùm parte fundi alia etiam fruitur. Atqui seruitutes omnes nihil aliud sunt, quàm iura vel personarum vel rerum, *l. 1. §. vltim. supr. De rer. diuis. & Inst. de reb. corpor. & incorp.* Ergo vsusfructus in iure consistit non in parte licèt instar partis obtineat, quoniam emolumentum rei continet, *l. Maeuius 66. §. fundo de leg. 2. iunct. l. cùm filius 76. §. dominus eod. l. si à reo 70. §. si reo. infr. De fideiuss.* Dicemus ad *d. l. 4. infr.*

b *Alienis rebus.* Ratio dubitandi. Id cuiusque proprium est quo vtitur fruitur, vt Cicer. in Epistolis scribit, Nec sanè vtilitas vlla est proprietatis nudæ, idest, à qua vsusfructus abest & quandiu abest. *l. 3. §. pen. ff.* cùm vsusfructus totius rei emolumentum contineat, vt proximè diximus ex *d. l. cùm filius 76. §. dominus*, & *d. l. Maeuius 66. §. fundo. De leg. 2.*

Dec. Nemo re sua vtitur fruitur iure vsusfructus, qui sit seruitus *l. vti frui 5. infr. si vsusfr. petet.* quia nemini res sua seruit, *l. in re communi 26. vrban. præd.* Longéque aliter hac parte Cicero, vt in aliis plerisque, Aliter Papinianus cæterique prudentes nostri, vsusfructus siquidem fit vsusfructus per abstractionem & separationem à proprietate, vt apud Logicos vniuersalia per abstractionem ab indiuiduis. Vnde est quod vnus ex amittendi dominij modis est consolidatio cùm vsufructuarius fit dominus proprietatis, *§. finitur Instit. de vsufr. l. si tibi 17. l. si seruus 27. ff. quib. mod. vsusfr. amitt.*

c *Vtendi fruendi.* Ratio dubitandi. Vsus in fructu continetur, licèt non è contrario fructus sine vsu, *l. per seruum 14. §. 1. infr. de vsu & habit.* Ergo satis erat diffinire vsumfructum per ius fruendi vt ius quoque vtendi comprehenderetur.

Dec. Plenior est vsusfructus quàm fructus. Potest enim fructus interdum sine vsu obtingere, *l. huic stipulationi 5. vers. ergo etsi fructus. inf. Vsusfr. quemad. caueat.* id est seruitus fructus sine seruitute vsus. Sed vsusfructus non potest quia non minùs seruitutem vsus quàm fructus seruitutem continet. Sed & quædam sunt quæ vsum aliquem admittunt, fructum autem non admittunt, quæ cùm ad vsufructuarium non minùs quàm ad vsuarium pertineant, etiam comprehendi in hac Definitione debuerunt, verbo illo *vtendi* quoniam alioquin vsus qui in fructu continetur sine fructu esse numquam potest: cùm in eo sit tanquam pars integralis in suo toto.

d *Salua rerum substantia.* Ratio dubitandi. Est etiam

vsusfructus aut saltem quasi vsusfructus quidam illarum etiam rerum quæ vsu consumuntur vt pecuniæ, frumenti, vini & olei aliarúmque huiusmodi rerum, *tot. tit. infr. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*

Dec. Vsusfructus est ius in corpore quo sublato & ipsum tolli necesse est, vt sequitur in *l. proxim.* Cùm ergo desinit salua esse rei substantia vsumfructum quoque interire necesse est, qui & sola rei mutatione perire solet, *§ pen. Inst. hoc tit. l. repeti 5. §. rei mutatione. & pass. Quibus mod. vsusfr. amitt.* Quam ob causam dicimus non esse propriè vsumfructum earum rerum quæ vsu consumuntur, sed tantum quasi vsusfructus, & quidem authoritate Senatusconsulti & remedio cautionis quæ in eam rem adeò necessaria est vt dicatur ipsa vsumfructum facere, *l. 1. 2. 3. & pass. Dé vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Nec possit remitti à testatore, *l. 1. C. hoc tit.* Nempe quòd in ea consistat substantia vsusfructus. Quod diuersum est in alia cautione quæ nisi remissa sit, à quolibet vsufructuario præstanda est ex *Tit. vsufr. quemadm. caueat.* Nec eo minus tamen fructuarius facit fructus suos si quos perceperit ante petitam cautionem quando cautio non est de substantia vsusfructus, *l. vsufructu 24. infr. De vsufr. legat. l. si vsusfructus 9. §. 1. vers. plane. infr. Vsufr. quem. caueat.* quia nec dubitandum est quin huiusmodi cautionem remittere fructuario heres possit, cuius fauore scilicet introducta est, *l. pen. C. de pact. l. potest heres 71. §. ad leg. falcid.* Malè igitur nonnulli quos Accursius refert hæc verba sic accipiunt, quasi significet *præstita cautione de saluanda rerum substantia*, ad differentiam emphyteotæ superficiarij & aliorum huiusmodi qui ius habent vtendi fruendi alienis rebus salua earum substantia, Nec tamen sunt vsufructuarij, quia non cauent de restituenda proprietate. Quod est certè ridiculum. Habent enim illi plus iuris quàm vsufructuarius, Cùm possint illi numquam cessando in solutione pensionis facere vt numquam res redeat ad dominum. Ideóque nec rei mutatione amittunt ius suum, sed faciem rei pro arbitrio immutare possunt, omnia denique facere quasi essent domini, habéntque vtilem actionem in rem, vt diximus ad Tit. præcedentem: Quorum omnium nihil potest facere fructuarius, vt ex toto hoc Titulo constabit. Creditor autem pignoratitius, de quo etiam Accursius tractat in eo differt euidenter à fructuario quod non potest vti pignore rei mobilis quin faciat furtum, *l. si pignore 54. in princ. infr. De furt.* vt intelligamus non habere illum ius vtendi quomodo habet vsufructuarius. Etsi autem potest creditor ex fundis sibi pignoratis fructus percipere eósque suos facere, quia percipit illos ex domini volũtate, *l. si seruus 61. §. 1. eaus. de furt.* & possidet quantum ad omnia præterquàm quod ad causam vsucapionis, *l. serui 16. eod. De vsucap.* non tamen eos lucratur quomodo fructuarius, sed eos in sortem imputare cogitur, *l. 1. & 2. C. de pignorat. action.* nisi contracta sit antichresis aut expressa, vt in *l. si ea pactione 14. Cod. de vsur.* aut tacita ad concurrentem vsque legitimum modum vsurarum, *l. cum debitor 7. infr. In quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.*

2. CELSVS libro 18. Digestorum.

Est enim vsusfructus ius in corpore, quo sublato, & ipsum tolli necesse est.

Ad l. Est enim 2.

Ratio dubitandi. Vsusfructus est nomen iuris sicut hereditas *l. 1. §. vlt. sup. De rer. diuis.* in eoque differt à perceptione fructuum quæ tota facti non iuris est, *l. si vsusfructus 69. infr. De iur. dot.* Atquin ea quæ in iure consistunt habent intellectum iuris & per se subsistunt sola iuris potestate etiam sine corpore, vt de hereditate scriptum est in *l. hereditas 50. supr. De hered. petit.* Ergo potest vsusfructus esse etiam si nullum sit corpus.

Dec. Vsusfructus licèt sit ius & in iure consistat non tamen subsistit per se vt hereditas, sed in corpore tanquam in subiecto accidens, cuius esse est inesse. Cùm enim sit seruitus licèt personalis, quia debeatur personæ non rei, debetur tamen à re ipsa vt cæteræ omnes seruitutes siue personarum sint siue prædiorum. Et ideò sublata ea re quæ vsum fructum debet, ipsum quoque vsumfructum tolli necesse est.

3. GAIVS libro 2. Rerum cottidianarum vel aureorum.

Omnium prædiorum, iure legati, potest constitui vsusfructus, vt heres iubeatur dare alicui vsumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eúmve patiatur vtifrui. Et sine testamento [a]autem si quis velit vsumfructum constituere: pactionibus, & stipulationibus id efficere potest.

Ad l. Omnium prædiorum 3.

Ratio dub. Legãdi facultas tota est ex lege 12. tab. sine qua ciuis Romanus sicuti testari nõ posset, ita neque legare, *l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. de verb. sign.* Lex autẽ 12. tab. non nisi de sua re testandi potestatẽ dedit iis verbis, *Paterfamilias vti super pecunia tutelàve rei suæ legassit ita ius esto, d. l. verbis*, nõ autem de rebus alienis, *l. consiciuntur 8. §. si post factũ. in fin. ff. de iur. codicill.* Atqui nemo habet vsumfructũ rei suæ, quia nemo re sua vtitur fruitur, *l. vti frui 5. §. si vsusfr. pet.* Ergò nec legare vsumfructum rei suæ quisquã potest, Ne videatur dare quod non habet, *l. si verbis vniuersa 5. C. de legat.* Alienæ autem rei vsumfructũ etiam quem habeat legare nõ potest cũ vsusfructus morte finiatur, *l. Titio 51. §. h. t. l. 3. §. vlt. ff. quib. mod. vsusfr. amitt.* Nulla igitur ratione, nullóq; casu vsusfructus constitui legato potest. Dec. Vsusfructus cõstituitur per abstractionem & separationem à proprietate, vt diximus ad *l. 1. §.* Nõ potest autem alius abstrahere vsumfructũ & eum à proprietate separare atque ita ex plena nudã facere, q̃ qui plenam habet proprietatem, totiúsq; rei dominus est pleno iure. Itaque euenit hoc casu vt etiam ed nostrũ non est transferamus ad alios, quia ex re nostra est, *l. quod nostrum 63. ff. h. t.* Nihil ergo vetat eum, qui habet plenã proprietatem legare vsumfructũ, sed ita tamen vt non verbis ad legatarium directis hoc fiat, sed ad heredem, Per formulam scil. legati quod olim damnationis dicebatur in hunc modum *damnas esto dare*, aut quod idem est *dare volo*, vt passim in *Tit. De vsufr. leg.* Id enim est quod in hac lege scribit Caius, *vt heres iubeatur dare alicui vsumfructum*, id est tradere vt sequẽtia explicant, Inducendo scilic. eum in possessionem, & patiendo eum

vti

vti frui. Patientia ſiquidem in iuribus pro traditione eſt, cùm aliter fieri non poſſit vt tradantur, *l. pen. infr. De ſeruit. l. 1. §. vltim. ruſtic. præd. l. ſeruus 43. §. incorporales. infr. De acquir. rer. domin.* Quid? Nónne poteſt legari vſusfructus his verbis, *Fundi Corneliani vſumfructum Titio do lego?* Poteſt *l. generalis 32. in princ. l. cùm ita 41. infr. de vſufr. legat.* Sed debet hoc caſu verbum *lego* vt generale eſt recipere interpretationem ex iure, vt de alio legati genere intelligatur, quàm quod per vindicationem factum ſit. Nam quod fuit olim proprium legatorum per vindicationem vt eorum dominium transiret recta via à teſtatore in legatarium, nunquam factum heredis, *l. Legatum 80. De legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* quomodo poſſet locum habere in vſufructu legato qui numquam fuiſſet heredis? Indéque nimirum eſt quod legati vſusfructus dies non cedit niſi ab adita hereditate, *l. vnic. infr. quand. dies vſusfruct. leg. ced.* Nempe quia cùm vſusfructus conſtituatur per ſeparationem à proprietate, non minùs oportet eſſe perſonam à qua poſſit abſcedere, quàm eſſe perſonam cui poſſit acquiri. Rectè autem Caius de prædiorum duntaxat vſufructu loquitur cùm legari eum poſſe ait. Nec enim poſſet in vſufructu bonorum mobilium conſtituendo id obſeruari vt induceretur legatarius in eorum poſſeſſionem, ſicut nec propriè mobilium vſusfructus aliquis conſtitui poteſt eùm vtendo conſumantur, niſi adhibito remedio cautionis ex SC. de quo in *Titul. De vſufr earum rerum quæ vſu conſum.* Non ideò tamen exiſtimandum eſt bonorum mobilium vſumfructum legari minùs poſſe, quàm immobilium, *l. vxori meæ 37. infr. De vſufr. leg.* Sed cum hac differentia, quod pro immobilibus cautio nulla præſtatur, niſi de vtendo fruẽdo arbitratu boni viri, & de re reſtituenda, Pro mobilibus verò cauendum eſt ex Senatuſconſulto de reſtituenda æſtimatione finito vſufructu.

a *Sine teſtamento.* Ratio dubitandi. Vſusfructus ita conſtituendus eſt vt dominiũ eius (eſt enim quoddam dominium vſusfructus) transferatur in vſufructuarium ita vt eius vindicationem habere poſſit. Ex *Tit. ſi vſusfr. petet.* ꝟ. Atqui non niſi traditionibus & vſucapionibus dominia rerum transferuntur, ſtipulationibus autem & aliis contractibus ſine traditione nunquam, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Pactis verò nudis multò minùs, quæ nec obligationem nec actionem eiuſdem parere poſſunt, Tantùm abeſt vt dominium transferre poſſint.

Dec. Conſtitutio vſusfructus poteſt fieri per ſtipulationem, Sed acquiſitio nõ niſi per traditionem aut per patientiam, aliúmve actum æquipollẽtem: Nec enim traditio vnquam ſufficit niſi præcedat cauſa iuſta & habilis, *l. numquam nuda 31. De acquir. rer. domin.* Nec minùs ad trãsferendum dominium vſusfructus quàm aliarum rerum, *l. 3. ꝟ. ſi vſusfr. petet.* Poteſt autem etiam nudo pacto conſtitui vſusfructus, ſi fortè in traditione alicuius rei pactum tale interuenerit, *l. in traditionibus 44. de pact. l. venditor 13. ꝟ. Commun. præd. l. vltim. C. de pact. int. empt. & vendit.* Quemadmodum & cùm vſusfructus exceptus eſt, *l. quiſquis 28. C. de donat.*

1 ¶ Conſtitit autem vſusfructus non tantùm in fundo, & ædibus, verumetiam in ſeruis, & iumentis, cæteriſque rebus.

Ad §. 1. Conſtituitur autem.

Ita omnino legendum eſt non vt Florent. *Conſtitit*, aut vt alij legunt *conſiſtit*. Ratio dubitandi. Quicquid ſeruus acquirit domino ſuo acquirit etiam inuito penè ex omnibus cauſis, *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante 62. infr. De verb. oblig.* id eſt extra cauſam hereditariam, *l. qui in aliena 6. infr. de acquir. hered.* Et quidem ita vt ne momento quidem temporis acquiſitio in perſona ſerui conſiſtat, *l. placet 79. eod.* Ergo non niſi inutiliter vſusfructus in ſeruo conſtitui poteſt.

Dec. Vſusfructus conſtitui poteſt omnium rerum quæ vtilitatem aliquam præbere poſſunt ſalua ſubſtantia, Vnde dicimus fructum eſſe vel pignori dare licere, *l. vltim. infr. De vſur.* Eiuſmodi autem ſunt ſerui non minùs quàm iumenta. Poſſunt enim ſerui & ſtipulando & alias operas exhibendo magnam plerunque dominis adferre vtilitatem, *Tot. tit. infr. De oper. ſeruor.* Itémque adeundo hereditatẽ quamuis aditio hereditatis non ſit in opera ſeruili, *l. aditio 45. infr. De acquirend. hered.* Quidni ergo etiam vſufructuario ex domini, qui vſumfructum conſtituit voluntate? De iumentis & aliis rebus nulla dubitatio eſt quin conſtitui vſusfructus in iis poſſit, ſi eas res excipias quæ vſu conſumuntur, De quibus iam aliquid diximus & dicemus latiùs ad *Titul. De vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.*

2 ¶ Ne tamen in vniuerſum inutiles eſſent proprietates ſemper abſcedente vſufructu: placuit, certis modis extingui vſumfructum, & (ad) proprietatem[a] reuerti.

Ad §. 2. Ne tamen.

Ratio dubitandi. Imputare ſibi debet, qui vſumfructum conſtituit ſi nullum ex proprietate cõmodum ſperare poſſit, cùm ſibi eam ipſe vtilitatem præripuerit, Nec in eo damnum vllum ſentire videtur. Ex *reg. l. quod quis 203. De regul. iur.* Quid ergo abſurdi eſt inutilem in perpetuum proprietatem manere. Aut quid intereſt Reipublicæ ad emolumentum rei habeat Titius an Sempronius?

Dec. Sicut enim lex nihil facit fruſtra, vt neque natura, Ita nec patitur quicquam eſſe aut manere fruſtra. Totum enim ius conſiſtit in acquirendo aut in minuendo aut in conſeruando, *l. vltim. ſupr. De legib.* Nihil autem iſtorum omnium niſi quatenus intereſt acquirere, aut conſeruare, aut etiam diminuere volentis, *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri, inf. De verbor. oblig. l. quoties 15. infr. de ſeruit. l. 1. infr. quor. appell. non recip.* Nihil porrò intereſſet habere proprietatem manſuram in perpetuum inutilem abſcedente ſemper vſufructu cui totum rei emolumentum continet, *cùm filius 76. §. dominus de legat. 2.* Ac proinde tollenda eſſet è medio proprietas illa nuda: Qua tamen ſublata nec intellectu quidem percipi vſusfructus poſſet, quippe qui neque conſtitui, neque conſtitutus ſubſiſtere poteſt niſi per ſeparationem à proprietate, vnde fieri neceſſe eſſet vt non magis vſusfructus quàm nuda proprietas ſupereſſet, atque ita vt nihil referret, an vſumfructum quis

haberet, an plenam proprietatem: quod esset ridiculum & apertam implicaret cōtradictionem. Meritò igitur placuit certis modis finiri vsumfructum ne in perpetuum essent inutiles proprietates semper abscedente vsufructu, *l. si vsusfructus 8.* ⁊. *De vsuf. legat. l. an vsusfructus 56.* ⁊. *hoc tit.*

a *Et ad proprietatem reuerti.* Hinc Accursius & nostri colligunt duplicem vsumfructum, Formalem à proprietate separatum qui est seruitus, Et causalem quem vocant vbi rediit ad proprietatem tanquam ad suam causam, Ex *l. si cùm argentum 21. §. penultim. inf. De except. rei iudic. l. qui vsumfructum 58. infr. De verborum obligat.* Quæ distinctio prudentibus nostris certè fuit incognita, vt alibi scripsimus. Si tamen rem ipsam potiùs quàm verba spectemus satis conuenit rationi iuris, Quamuis vsusfructus ille quem nostri causalem vocant rectiùs dici possit pars quædam integralis plenæ proprietatis, quam nemo vtique benè dixerit constare ex nuda proprietate & ex vsufructu, Implicat enim contradictionem vt plena proprietas contineat nudam, Nisi fortè eminenter quomodo plumbum & argentum in auro continetur, *l. si quis alij 19. infr. de vsufr. legat.*

3 ¶ Quibus autem modis vsusfructus & constitit, & finitur: iisdem modis etiam nudus vsus solet & constitui, & finiri.

Ad §. vlt. Quibus autem modis.

Ratio dubitandi. Non quomodo constitui potest vsusfructus pro parte diuisus vel indiuisus, *l. 5. infr. hoc tit.* Ita & vsus potest. Vsusfructus enim diuiduus est, vsus verò indiuiduus, sicut & cæteræ omnes seruitutes siue personales siue reales, *l. 1. §. si vsusfructus infr. ad leg. falcid. l. vsus pars 20. infr. De vsu & habit.* Ergo non omnibus modis quibus constitui vsusfructus, etiam vsus potest.

Dec. Est vsus seruitus personalis sicut vsusfructus. Iisdem ergo modis & constituitur & finitur, id est testamento, pactionibus, & stipulationibus, sed nō ad eundem modum, propter differentiam illam diuiduitatis, vt ita dicam, & indiuiduitatis.

4. PAVLVS libro secundo ad Edictum.

VSusfructus in multis casibus pars dominij est & exstat[a], quod vel præsens, vel ex die dari potest.

Ad l. Vsusfructus in multis 4.

Ratio dubitandi. Vsusfructus in iure non in parte consistit, *l. Maurus 66. §. fundo. l. cùm filius 76. §. dominus. infr. de leg. 2. l. si à reo 70. §. si reo. infr. de fideiuss.* Ideóque rectè dicimus totum fundum nostrum esse etiam cuius vsusfructus alienus est, *l. rectè dicimus 25. infr. de verb. signif.* Nec rursus potest cum dominio vsusfructus concurrere cùm nemo re sua vtatur fruatur, *l. vti frui 5. infr. si vsusfr. pet.* Ergo vsusfructus non solùm pars dominij nō est, sed nec esse potest.

Dec. Vsusfructus totum rei emolumentum continet *dict. §. dominus*, ideóque licèt non sit verè pars dominij, tamen portionis instar obtinet, vt Papin. loquitur in *d. §. dominus, l. qui vsumfructum 58. inf. de verb. oblig.* licèt non semper, *l. si Titio 33. §. 1. inf. hoc t.* Adeò autem vsusfructus in quibusdam casibus pars dominij est, vt iisdem casibus vsufructuarius domini appellatione contineatur, vtputa in venditione bonorum, *l. in venditione 8. in princ.* ⁊. *de reb. author. iud. possid.* Item in causa damni infecti, *l. vsusfructu 7. §. 1.* ⁊. *hoc tit. l. qui bona 13. §. superficiarium.* ⁊. *de damn. infect.* Est enim etiam quoddam dominium vsusfructus, propter quod etiam vsusfructus vindicari potest, *Tot. tit. si vsusfr. pet.* Cæterùm fructuarius propriè ac verè nec dominus est, *l. falsus 43 in fin. infr. de furt.* nec esse potest cùm amittatur & extinguatur vsusfructus per acquisitionem dominij, vt dixi ad *l. 1. supr.* Et obseruandi sunt quatuor potissimùm casus hîc notati ab Accurs. in quibus vsusfructus partis instar non obtinet, Ex *l. iusto 44. §. non mutat, infr. de vsucap. d. l. Titio. §. 1. hoc tit. l. si quis fundum 43. §. 1. de acq. poss. l. si quis ædes 30. §. 1. in fi. Vrban. præd.* Alios casus in quibus vsusfructus pars censetur dominij, vide apud Iacob. Cuiac. in Papinianum ad *l. si Titio 33. §. 1. infr. hoc tit.*

a *Et extat*, Malo legere *Et constat.* Nam *extat* pro *certum est*, vt Accursius noster interpretatur, in prudentum nostrorum scriptis, inauditum est. Ratio dubitandi. Seruitutes neque ex tempore, neque ad tempus constitui possunt ipso iure, quamuis constitutæ defendantur tuitione prætoria, *l. 4. infr. de seruit.*

Dec. Vsusfructus in eo differt à cæteris seruitutibus quod diuiduus est, *l. 1. §. si vsusfructus. infr. ad legem falcid.* Diuiduus inquam non minùs tempore quàm re cùm æstimetur ex vtendo fruendo, *l. vnic. infr. quand. dies vsusfr. leg. ced.* Vtitur autem quisque & fruitur eo tempore quo fructus percipit, Vnde est quod eleganter Celsus dicebat vsumfructum quotidie constitui & quotidie amitti, *l. 1. §. interdum. infr. de vsufr. adcresc.* Quidni ergo & ex tempore & ad tempus constitui vsusfructus poterit? Et quidem ipso iure. Quamquam nec nouum est vt vsusfructus aliquando ita constituatur, vt indigeat tuitione prætoria, *l. 1. in princ.* ⁊. *quib. mod. vsusfruct. amitt. l. 3.* ⁊. *si vsusfruct. petat. l. si vsusfructus 9. §. 1. vsufr. quem. caueat.* Sed & officio iudicis adiudicari potest vsusfructus ex certo tempore & ad certum tempus & alternis annis in iudicio Familiæ erciscundæ, *l. ex puto 16. §. vsusfructus. infr. Famil. ercisc.*

5. PAPINIANVS libro 7. Quæstionum.

VSusfructus & ab initio pro parte[a] indiuisa, vel diuisa constitui, & legitimo tempore, similiter amitti[b], eadémq; ratione[c] per legem Falcidiam minui potest. Reo quoq; promittendi[d] defuncto, in partes hereditarias vsusfructus obligatio diuiditur. & si ex communi prædio debeatur, vno ex sociis defendente[e], pro parte defendentis fiet restitutio.

Ad l. Vsusfructus 5.

a *Pro parte.* Ratio dubit. Seruitutes sunt indiuiduæ. Sunt enim iura siue personarū siue prædiorū, ideóque pro parte nec acquiri nec amitti possunt,

l. pro

7.pro parte 11.l.via 17.inf.de s.ruit.l.vna est via 18.cum l.seq.l.vnus ex socijs 34.ru stic.prad. Atqui vsusfructus est seruitus, & ideò in iure non in parte consistit, vt diximus ad legem præcedentem. Ergo non potest constitui pro parte siue diuisa siue indiuisa.

Dec. Vsusfructus habet hoc dissimile à cæteris seruitutibus quod diuiduus est, *l.1.§.si vsusfructus ad leg.falcid.* Rationem attuli ad *l.proxim.* Habet autem partes non intellectu tantùm iuris, sed etiam diuisione corporis si in fundo diuiso constituatur, vt Papiniani verbis vtar in *l. Mauius 66. §.duorum de legat.2* Potest igitur constitui pro parte siue diuisa, siue indiuisa.

b *Et legitimo tempore similiter amitti.* Scilicet non vtendo, *l.corruptionem 16.C.hoc tit. l.Pomponius 29. infr.quib.mod.vsusfr.amitt.* Hodie autem hic modus amittendi vsusfructus à Iustiniano sublatus est in *dict. l.corruptionem.* Vt scilicet non possit hodie amitti biennio, quemadmodum olim amittebatur, sed tamen amittitur decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes, quemadmodum res corporales, itémque cæteræ seruitutes, *l.vltim.Cod.de prascript.long. tempor.* Vt non possim videre cur Accursius dicat vsumfructum in hoc dissimilem esse à cæteris seruitutibus. Nam & cæteræ amittebantur olim non vtendo, & quidem per lapsum biennij, *tot.tit. quemadmodum seruit.amitt.infr.* Nisi quis dicat, in eo esse differentiam hodie inter vsumfructum & cæteras seruitutes, quod cæteræ seruitutes etiam hodie non vtendo per biennium amittuntur, Vsusfructus non item post *dict.l.corruptionem.* Vt quod de vsufructu & cæteris seruitutibus scriptum est in *dict. l. vltim.in fin.* de acquisitione quæ fit per longi temporis præscriptionem intelligi debeat, non de amissione. Sensus tamen horum verborum non ille est vt vsusfructus legitimo tempore amitti possit. De quo Papiniani temporibus nemo dubitare poterat, sed vt amitti possit similiter, id est æquè pro parte indiuisa vel indiuisa sicut & ab initio constitui. Et in hoc sensu differt sanè vsusfructus à cæteris seruitutibus, quæ quoniam indiuiduæ sunt non magis amitti non vtendo pro parte possunt quàm constitui, *l.vna est via 18.l.vnus ex socijs 34.rustic.prad. l.si sic 7.infr. quemadmodum seruit. amitt.* Ratio igitur dubitandi & decidendi ad hanc sententiam non alia est quàm quæ ad superiorem.

c *Eadémque ratione.* Intellige cum Accursio *eodem scilicet modo*, id est æquè pro parte: Sed noli cum Accursio rationem huius sententiæ petere ex eo quod in lege præcedente scriptum est vsumfructum esse partem dominij. Nam nec ratio illa est propter quam vsusfructus pro parte siue indiuisa siue diuisa & constitui & amitti potest, sed quia diuiduus est non sicut cæteræ seruitutes indiuiduus, *dict.l.1.§.si vsusfructus.infr.ad leg. falcid.* Nam vsusfructus non solùm quatenus portionis instar obtinet diuiduus est, sed etiam quatenus seruitus est, consistens in iure, non in parte. Bene autem Accursius notat, quod hîc scribitur Vsumfructum per falcidiam minui, esse ita accipiendum vt minuatur commodè, hoc est in ipsa re, & in ipso vsufructu legato. Nam & cæteræ seruitutes si legatæ sint perinde minuuntur per legem falcidiam ac non in ipsa re & seruitute legata, sed in ipsius æstimatione, *l.computationi 56.infr.ad leg.falcid.l.lege falcidia 7.l.si fundus 23.eod.l.pure 5.§.1.infr.de dol.mal.except.* Ergo & ad hanc legis huius sententiam eædem aptandæ sunt rationes dubitandi quæ ad superiores.

d *Reo quoque promittendi.* Ratio dubitandi. Obligatio promissi vsusfructus non pro parte sed in solidū vtique indiuidua est in persona promittentis Nec enim liberatetur præstando partem vsusfructus. Ergo nec si moriens plures heredes reliquerit in partes hereditarias obligatio diuidetur, Cùm ex personis heredum condicio obligationis immutari non debeat, *l.2.§.ex his infr.de verb.obl gat.*

Dec. Diuisio hæc obligationis fit per legem duodecim tabularum quæ obligationes omnes hereditarias & actiuas & passiuas si modò diuiduæ sint diuidit ipso iure inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus, *l.1.C.si certi petat.l.vltim.C.de hered.act.l.1.&.2.C.si vnus ex plurib.hered.debit.* Atqui vsusfructus diuiduus est, vt diximus in præcedentibus. Ergo inter heredes illius qui per stipulationem aliámve pactionem vsumfructum promisit & constituit, diuidetur ipso iure obligatio. Aliarū seruitutum quæ indiuiduæ sunt alia ratio est Earum enim stipulatio cùm sit quoque indiuidua, non diuiditur per legem duodecim tabularum, quia nec potest, inquit Vlpianus in *heredes 25.§.an ea stipulatio infr.famil.ercisçund.leg.2.infr.de verbor. obligat.*

e *Et vno ex socijs defendente.* Ratio dubitandi Defensio rei quæ euincitur semper indiuidua est tùm quoque cùm res quæ defenditur est indiuidua, Et ideò authores heredis in singulum denunciandi sunt, omnesq; debent subsistere, & quolibet desugiente omnes tenentur, *l. in executione 85.§.in solidum infr.de verb.oblig.* Ergo quamuis vsusfructus sit diuiduus, non eo magis tamen diuidi præstatio debet.

Dec. Aliud est dicere petitionem & defensionem esse indiuiduam: aliud verò dicere solutionem. Nec enim nouum est vt in solidum agi oporteat, partis autem solutio adferat liberationem, *d.§.in solidum*, vbi bene ob hanc causam subiungitur, *Sed vnicuique pro parte hereditaria præstatio iniungitur.* Hoc verò contingit, cùm restitutio & præstatio diuidua est puta quæ fiat in æstimatione & pecunia, vt in specie *d.§.in solidum*, aut etiam in ipsa re quæ sit diuidua, qualis est vsusfructus. Nam si res sit indiuidua non magis præstatio quàm petitio diuidi potest, vt in seruitutibus omnibus extra vsumfructum, *l.4.§.si fundus vers.sed si duorum infr.si seruit.vindic.*

6 GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

VSusfructus pluribus modis constituitur: vt ecce si legatus fuerit. Sed & proprietas deducto vsufructu, legari potest: vt apud heredem maneat vsusfructus.

Ad l. Vsusfructus pluribus 6.

Ponuntur in hac lege varij modi vsusfructus constituendi, Inter quos primus modus est per viam legati, de quo iam diximus ad *l.3.in princip* vbi & dubitandi & decidendi rationem attulimus.

a *Sed et proprietas.* Ratio dubitandi. Cùm proprietas fundi deducto vsufructu alicui legatur, non potest vsusfructus remanere penes heredem neque ex causa legati neque ex causa hereditaria. Non ex causa legati, quia neque legatus ei est, neq; heredi legari potuit à semetipso *l. & quidem totum 18. l. legatum 116. §. 1. de legat. 1.* Non etiam ex causa hereditaria, quia neque defunctus fuerat rei suæ vsufructuarius, *l. vtifrui 5. infr. si vsusfr. petat.* neque potest vsufructus ad quemquam iure hereditario trásire cùm morte finiatur, *l. Titio vsusfructus 51. infr. hoc tit.* Ergo non potest vsusfructus constitui per legatum nudæ proprietatis deducto vsufructu. Nec sanè videtur ius aliter constitui potuisse, sine iniuria magna proprietarij cui nulla vnquam vtilitas ex proprietate posset contingere abscedente semper vsufructu, *l. 3. §. pen. supr.* siquidem heres heredis in infinitum censetur heres primi defuncti, *l. si quis 7. §. vltim. infr. de acquirend. hered. l. vltim. C. od. de hered. instit.*

Dec. Numquam debemus liberaliores esse testatore in re testatoris, *l. debitor 58. in fin. princip. l. sicta 63. §. si sub conditione infr. ad SC. Trebell.* Ergo is qui legatarius est nudæ proprietatis contentus ea esse debet, nec plenam proprietatem potest prætendere. Atqui nuda proprietas illa est quæ ab vsufructu est separata, *l. si aly 19. infr. de vsufr. legat.* Ergo vt proprietas nuda sit penes legatarium, nec quicquam amplius, necesse est, vt penes heredem remaneat vsusfructus, vt non plus iuris habeat is cui nuda proprietas legata est, quàm si vni proprietas, ali vsusfructus legatus esset, Qui casus nullam haberet dubitationem *l. 3. §. non solum. infr. de vsufr. adcresc.* Quid autem interest, an vsusfructus constituatur per dationem vsusfructus retenta proprietate, An verò per dationem proprietatis retento vsufructu? Vtroque enim casu separatio fit proprietatis ab vsufructu, In qua separatione quomodo fiat, consistit essentia vsusfructus. Estque facilius vt per retentionem constituatur vsusfructus quàm per dationem, quia cùm quis in re sua vsumfructum alij constituit, aliquid fit contra iuris regulam, cùm id quod nostrum non est transferre ad alium non possimus, *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur.* Nemo autem rei suæ vsumfructum possit suum dicere *l. 5. inf. si vsufr. pet.* At cùm vsusfructus constituitur per retentionem, non offenditur iuris regula. Quoniam multa habere & retinere possumus etiam quæ aliter nobis acquirere non possemus, *l. et fundo 19. iunct. l. quoties 15. infr. de seruit. l. venditor 13. inf. commun. præd.* Ne tamen inutilis in perpetuum esset proprietas semper abscedente vsufructu per continuationem heredum, bene Iustinianus constituit in *l. antiquitas 14. C. hoc tit.* vt talis vsusfructus in fauorem heredis constitutus per retentionem (nec enim legari aut aliter acquiri heredi posset, vt iam diximus) cum ipso herede finiatur, nec ad vlteriorum graduum personas extendatur.

1 ¶ Constituitur adhuc vsusfructus & in iudicio familiæ herciscundæ, & communi diuidundo: si iudex alij proprietatem adiudicauerit, alij vsumfructum.

Ad §. 1. Constituitur.

Ratio dubitandi. In iudicium familiæ erciscundæ veniunt ea tantùm quæ sunt hereditaria *l. 1. 4. & pass. infr. Famil. ercisc.* Atqui vsusfructus nullus esse potest hereditarius cùm sine persona esse non possit, *l. vsusfructus 26. inf. de stipul. seru.* ideoque nec legati vsusfructus dies cedit nisi ab adita hereditate, *l. vnic. infr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Ergo nec potest in Familiç erciscundç iudicium venire. Rursus in iudicium Communi diuidundo, quod latius patet, non veniunt tamen nisi ea quæ sunt communia, *l. 1. & tot. tit. infr. commun. diuid.* Atqui nulla communio est inter proprietarium & vsufructuarium, cùm vsusfructus in iure non in parte consistat, *l. rectè dicimus 25. de verb. signific. l. si aly 19. infr. de vsufr. legat.* Ergo nec in iudicium Communi diuidundo potest venire vsusfructus. Quomodo igitur constitui per adiudicationem officio iudicis siue Familiç erciscundç siue Communi diuidundo.

Dec. Non equidem venit vsusfructus in huiusmodi iudiciis, vt diuidatur, sed venit tamen vt per diuisionem constituatur, quoties arbiter datus ad diuisionem videt non aliter nec meliùs perueniri posse ad diuisionem rerum aut hereditariarum, aut alia ratione communium. Est enim ea potestas data per legem duodecim tabularum arbitris Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo. & Finium regundorum, vt ex eo quod fit vnius ex heredibus aut condiuisoribus, aut vicinis possint adiudicare alteri ex eaque adiudicatione etiam sine traditione dominium transferant, *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Fuit namque adiudicatio vnus ex antiquis sex modis acquirendi dominij iure Quiritium, vt sæpius monuimus ex Vlpiano in *Tit. 19. de acquisit. rer. in Fragment.* Potest igitur arbiter si quam rem hereditariam aut aliter communem inueniat, quæ commodiùs diuidi non possit, eam sic diuidere vt proprietatem vni adiudicet, alij verò vsumfructũ, Nec magis traditio hoc casu necessaria est, quàm si vsusfructus per legatum constitueretur, Nempe propter legis authoritatem quæ vtroque casu interuenit, vt in *l. 1. & 3.* vbi diximus *de Public. in rem act.* Ergo quemadmodum vsusfructus per stipulationem aliúmve contractum, & ex certo tempore, & ad certum tempus constitui potest, *l. 4. supr.* ita & per factam ab arbitrio Familiæ erciscundæ, vel Communi diuidundo adiudicationem, *l. & puto 13. §. vsusfructus infr. Famil. ercisc. l. si quis putans 6. §. effi cie infr. Commun. diuid.*

2 ¶ Adquiritur autem nobis vsusfructus non solùm per nosmetipsos, sed etiam per eas quoque personas, quas iure nostro subiectas habemus.

Ad §. 2. Adquiritur.

Ratio dubitandi. Vsusfructus consistit ex vtendo fruẽdo quod facti est, *l. 1. inf. de vsufr. adcresc.* Quę autem facti sunt, non transeunt ad dominum à seruo, neque à filiofamilias ad patrem, *l. qui heredi 44. in princ. ff. de condic. & demonstr.* Ergo nõ nisi per nosmetipsos acquiri vsusfructus nobis potest, non etiá per eas psonas quas iuri nostro subiectas habemus. Præsertim cùm vsusfructus sit seruitus personalis cohærens personæ ita vt eam egredi non possit, *l. 3. §. vltim. inf. quib. mod. vsusfr. amitt. l. in singulos 8. infr. de ann.*

ann.legat.l.quia ea[c] *14. infr.solut.matrim.* Dec. Vsusfructus ius est, *l. 1.supr.* & consistit in iure non in facto formaliter, licet pro materia fruitionem habeat & fructuum perceptionem quæ sola per se sumpta facti est *l. si vsusfructus 66.§.de iur.dot.* Non enim vsumfructum habere est vti frui, sed habere ius vtendi fruendi *l. necessariò 8. §. vltim.infr. de peric. & commod. rei vendit.* Atqui omnia quæ iuris sunt, nobis acquiruntur per eas personas quas iuri nostro subiectas habemus, Ita vt ne quidem momento temporis consistat acquisitio in persona filiifamilias vel serui *l.placet.79. De acquirend. hered. l. 1.si à parent.quis manumiss.sit.l. etiam 32. de acquir. rer. domin.* Ergo non minùs vsusfructus quàm alia res qualibet per filiosfamilias & seruos nostros acquiri nobis possunt.

3 ¶ Nihil autem vetat, seruo meo herede instituto, legati proprietatem deducto vsufructu.

Ad §.3.Nihil autem vetat.

Ratio dubitandi. Cùm seruus meus ab aliquo heres institutus est, & legato est à testatore fundi hereditarij proprietas alieni extraneo, vsufructu detracto non potest vsusfructus remanere penes seruum, qui heres institutus fuit, cùm non sit capax vsusfructus, vt neque alterius vllius rei in iure consistentis *l. quod attinet 32. de regul. iur.* neque rursus penes dominum, quia ipse institutus heres non est, Nec denique ad legatarium cui nuda tantùm proprietas legata est, vt diximus ad initium huius legis, versic. *Sed & proprietas.* Ergo saltem hoc casu sequenda eorum opinio est, quos Iustin. in *l. antiquitas 14.C.hoc tit.* refert existimasse, Inutile esse legatum si cui proprietas legetur deducto vsufructu.

Dec. Seruo meo herede instituto ipse quidem institutus est, sed tamen heres non est, sed sio ego heres per seruum meum si modò iussu meo adierit *l si paterfamilias 40.§.de hered.instit.l. qui in aliena 6. in princip.& §.vlt.* aliàs *l.eum qui & pass. De acquir.hered.* Heredem enim institui aut institutum esse facti non iuris est: E contrario autem heredem esse iuris non facti est. Porrò quæ iuris sunt transeunt ad dominum, non etiam illa quæ sunt facti *l.qui heredi 44.infr.de condic.& demonstr.* Proinde nihil vetat domino facto heredi per seruum institutum & adeuntem acquiri vsumfructum per retentionem & abstractionem vsusfructus à proprietate ex die aditæ hereditatis. Cùm ab eo instanti nuda proprietas transeat recta via in legatarium numquam facta heredis *l.legatum 80.De leg.1.l.à Titio 64.§.de furt.* Vt intelligamus abstractionem hanc fieri ipso iure & ipso instanti aditæ hereditatis, Nec esse verendum, vt ob id minùs benè constitutus videri debeat vsusfructus quod per aditionem hereditatis videatur cum hereditate acquisiisse proprietatem fundi, eaque acquisitione viam sibi obstruxisse acquirendi vsusfructus tanquam qui non possit cum proprietate concurrere. Quæ fortassis præcipua dubitandi ad hunc locum ratio fuit. Cæteræ interpretationes Accursij non videntur conuenire verbis Papiniani. Contextus enim ostendit hunc §. à superiore pendere in quo dictum fuerat, Posse vsumfructum nobis acquiri etiam per eos quos habemus in potestate.

7. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

VSufructu legato, omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et aut rei soli, aut rei mobilis[a] vsusfructus legatur.

Ad l. Vsufructu legato 7.

Ratio dubitandi. Nulla est vtilitas proprietatis quæ omni fructu caret *l.3.§.pen. supr.* Atqui non debet inutilis domino esse proprietas, Alioqui nec digna esset quam ei lex conseruaret, cùm nihil vnquam faciat irustrà, sicuti neque natura, vt sæpius diximus. Dec. Non est inutilis proprietas domino, tametsi omne commodum & emolumentum rei ad fructuatium pertineat *l. Maeuius 66. §. fundo l. cùm filius 76.§.dominus. De legat.2.* Non enim paruum commodum est proprietatis quod ad eam finito vsufructu commodum omne reuersurum sit. Vsusfructus enim certis modis, certisque casibus tandem redit ad proprietatem tanquam ad suam causam. Nec aliud potest supradicta ratio concludere nisi quod non debet vsusfructus à proprietate in perpetuum abscedere *l.3.§.pen.supr.*

a *Aut rei soli, aut rei mobilis.* Ratio dubitandi. Etiam nominum & Calendarij vsusfructus legari potest *l.vxori meæ 37.infr de vsufr.legat.* Senatus enim censuit omnium rerum quę in cuiusque patrimonio sunt vsusfructus legari possit *l.1.infr.de vsufr.ear.rer. quæ vsu consum* Ergo & nominum *l.3.eod.* quæ tamen nec mobilium nec immobilium rerum appellatione continentur, sed tertiam bonorum speciem constituunt *l.quam Tuberonis 7.§.in peculio.inf.de pecul.*

Dec. Nominum vsusfructus constitui propriè non potest, sed tantùm quasi vsusfructus ex Senatusconsulto, de quo in *dict.l.1.* Post quod Senatusconsultum si legetur vsusfructus rerum omnium aut bonorum, vt in *d.l.vxori meæ*, haud dubiè nominum quoque vsusfructus continetur. Hic autem de eo tantùm vsufructu tractat Vlp. qui fit verè vsusfructus ac proinde rei mobilis vel soli. Quamquam nec rerum mobilium vsusfructus magis constitui potest, quàm nominum si tales sint res quæ vsu consumantur, De quibus etiam in illo titulo *De vsufr.ear.rer.quæ vsu consum.* Homines planè, id est, serui continentur in rebus mobilibus *l. 3. §. Nerua filius. infr. de acquir. poss.* & quidem in earum rerum numero quarum vsusfructus esse propriè potest, quia non vsu sed ætate consumuntur.

1 ¶ Rei soli, vt puta ædium, vsufructu legato[a] quicumque reditus est, ad vsufructuarium pertinet, quæque obuentiones sunt ex ædificiis[b], ex areis, & cæteris, quæcumque ædium sunt. Vnde etiam mitti eum[c] in possessionem vicinarum ædium causa damni infecti, placuit: & iure dominij possessurum[d] eas ædes, si perseueretur non caueri, nec quicquam amittere[e], finito vsufructu. Hac ratione Labeo scribit[f], nec ædificium licere domino, re in-

uito, altius tollere: ficut nec areę vſufructu legato, poteſt in atea ędificium poni. quam ſententiam puto veram.

Ad §.1.Rei ſoli.

a *Vt puta adium vſufructu legato.* Ratio dubitandi. Fructus tei eſt vel pignoti dare licere *l.vlt.iufr. de vſur.& fructibus.* Atqui fructuarius tem fructuariam pignori dare non poteſt *l.intereſt.6.C.hoc titul.* Ergo nonomnis fructus tei ad fructuarium pertinet.

Dec. Nomen ipſum vſusfructus oſtendit quicquid ſiue vſus, ſiue fructus nomine comprehendi poteſt, appellatione vſusfructus cootineri & conſequenter ad vſufructuarium pettinete. Etgo & pignoti dare poteſt *dict. l. vlt. de vſur.* non quidem vt pmprietatem ipſam obliget quę eſt ei aliena *dict. l. intereſt.* ſed vt obliget ius vtcodi fruendi quod in ipſa re habet, Hactenus ſcilicet vt res fructuaria penes creditorem temaneat eodem iure quo eſſet penes vſufructuarium, vt in *l. ſi fiuita 15. §. ſi de vectigalibus.ῑ.de damn.iufect.l.lex vectigali 31.ῑ.de pignor. l.peto 69.§.pradium.de legat.2.*

b *Quaque obueutiones ſunt ex adificiis.* Ratio dubitãdi. Ædificium omne eſt quid ſterile quod per ſe nihil poteſt patete: Neque enim domus, aut aliam donum, aut peeuniam gignit vt nec area. Fructus autem appellatione id demũm, & ptopriè continetut quod tenaſcitur *l fructus 7.§.ſi vir. infr. ſolut. matrim.* Dec. Ex ædibus & areis obueniunt mercedes & penſiones non quidem naturaliter, ſed ex negotiatione, quomodo de precio tei venditæ ſcriptum eſt in *l.venditor 21.infr. de hered. vel act.vendit.* & de vſuris in *l.ſi nauis 62.ſup.de rei vindic.l. vſura pecunia 121.de verb. ſignific.* Et ideò quamuis penſiones iſtæ non ſint propiè fructus, tamen in ftuctu numerantur *l. videamus 19.in fine princip.ῑ.de vſur.* loco ſunt fructuum *l.mercedes 29. ſ. de hered.petit.* & pro fructibus accipiuntut *l.pradiorum 36.eod.* vbi rectè de penſionibus vrbanorum dũtaxat prædiorum, quia ruſtiea prædia ſuos habent fructus, & quidem propriè ac naturalitet non etiam vrbana, niſi quantum ad habitationis commodum quod in ſingulos dies ex quotidiano & diurno vſu æſtimatur. Vnde & differentia illa vrbanorum & ruſticorum prædiorum, de qua in *l.item quaritur 13.§.vltim. infr. locat.*

c *Vnde etiam mitti eum.* Ratio dubitandi. Non ideò mittitur quis in poſſeſſionem aut iubetur ſibi poſſidere ex cauſa damni infecti, vt magis fruatur iis ædibus quibus damnum timetur, ſed vt iis potiùs frui incipiat quæ ruinam minantur *l.pratoris 5.& ſeq. d.l.ſi uita 15.§.Iulianus,& paß. De damn.infect.* Nihil ergo commune habet ea miſſio cum iute vſusfructus. Et quemadmodum ſi damnum fieret vicinis ædibus, ipſa prnprietas amittetetur & periret. Ita & ad ptoprietarium potiùs quàm ad fructuarium ius hoc pettinere dicendum videtur.

Dec. Obligatur fructuarius ex vulgari ſtipulatione, de qua in *Tit. vſufr.quemadm.caueat.* vt finito vſufructu rem teſtituat, Cùm ſit vſusfructus ius alienis rebus vtendi fruendi ſalua earum ſubſtantia *l. 1.ſupr.* Ergo ſi ob non petitam cautionem de damno infecto, & miſſionem ex ea cauſâ in poſſeſſionem ædes ruinoſæ in fructuarias deciderent, damnum eſſet non proprietarij, ſed fructuatij qui ſatcite illud deberet, tanquam quod per ipſius culpam contigiſſet. Ergo & ad fructuarium pertinere debet lucrum, ſi quod pet occaſionem damni infecti aeciderit. Vt ad quem periculum pertinet, & incommodum, etiam pertineat commodum. Ex iutis regula *l.ſecundum naturam 10.de regul.iur.*

d *Et iure dominij poſſeſſurum.* Ratio dubitandi. Vſuſfructus nihil commune habet cum proprietate, *l. pen.infr. De acquir.poſſ.* Ergo vſusfructus proprietatem patere non poteſt.

Dec. Dominium hoc vicinatum ædium obuentio quædam eſt earum quatum vſusfructus conſtitutus eſt, Cùm ob eas ac pet occaſionem earum acquiratur quod ſufficit, *l.debitor 59.§.vlt.* ibi *occaſione hereditatis, infr.ad SC. Trebell.* Eſt enim quoddam vſusfructus dominium nnn modò bonitarium, ſed etiam quiritiarium ſi modò ex cauſa aliqua legitima conſtitutus ſit puta ex cauſa legati vel venditionis ſecuta traditione, *l. qui vſumfructũ 3. & tot.tit. infr.ſi vſuſfr.pet.* Prætotis autem officium eſt quoties aliquem mittit in poſſeſſionem vicinatum ædium ex cauſa damni infecti ita mittere vt qui miſſus eſt earum ædium iuſtum dominium longo vſu capere poſſit *l.Pratoris 5.infr.de damn.infect* & dominium quiritiariũ pet vſucapionẽ poſtquàm bonitarium à Prætote fuerit conſecutus, *dict.l.ſi finita 15.§. Iulianus eod.tit.*

e *Nec quicquam amittere.* Ratio dubitandi. Hoc dominium propter vſumfructum eſt acquiſitum, vt modò diximus. Ergo finito vſufructu reſtituendum eſt ſimul cum proprietate ædium fructuariarum. Exemplo eius quod dicimus ſi fundus dotalis marito traditus ſit æſtimatus, & ita quodammodo vẽditus, quicquid ex ea cauſa maritus conſecutus eſt, puta duplam ob euictionem debete illum teſtituete vxori ſoluto matrimonio, quia non ſimplex venditio eſt ſed dotis cauſa, *l. quoties 16. infr. de iur. dotal.*

Dec. Finito vſufructu reſtituenda tantùm eſt proprietas non etiam quod vſusfructus nomine perceptum eſt, quia ſicut vſusfructus ipſe eſt abſolutè fructuarij, Ita & quicquid pet occaſionem vſusfructus obuenit quia id acquiſiit propter ius ſuum non propter alienum, arg. *l.verum eſt 63.§.ſi ſeruo communi infr. pro ſocio.l.at vbi 24.ſup.de hered.petit.* Nam vt benè Accurſius noſter notat perceptionis huius dies ſemel tantùm cedit, vt in *l.2.C. quand.dies legat.ced.* Exemplum eſt in *l. ſed etſi quid 25.§.ſi operas & l.ſeq.infr. hoc tit.*

f *Hac ratione Labeo ſcribit.* Ratio dubitandi. Ædificium quod altiùs tollitur fit commodius & precioſius, nec tantùm ratione ptoprietatis ſed etiam quod ad vſumfructum. Ergo non poteſt à fructuario prohiberi dominus quin altiùs tollat, Cùm nõn ſit audiendus quiſquis certat aduerſus propria commoda, *l.cùm in fundo 78.§. 1.verſic. quòd ſi mulier infr. De iur dot.*

Dec. Non poteſt ædificium altiùs tolli quin tectum turbetur. Turbari autem non debet à domino citra conſenſum fructuatij, ſicut nec à fructuario ipſo citra voluntatem domini, aut ampliare quicquam aut etiam id quod inutile eſt detrahere quamuis meliùs repoſiturus ſit, *§. vlt. infr. & l.ſi cuius 13.§ ſed ſi aduin in fin.eod* Pendet igitur hoc ex ratione illa, quam diximus in præcedentibus, quòd omnis fructus tei ad fructuarium pertineat, Omnem enim fructum intelligere debemus omnis

temporis

temporis. Nullus autem vsusfructus aut certè non tantus percipi posset ex ædibus fructuariis eo tempore quo altiùs tollerentur, aut ex area dum in ea ædificium poneretur.

2 ¶ Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet: reficere quoque eum ædes per arbitrum cogi, Celsus scribit. Celsus libro octauo decimo Digestorum:

HActenus tamen, vt sarta tecta habeat, si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. sed si heres refecerit[a]: passurum fructuarium vti. Vnde Celsus[b] de modo sarta tecta habendi quærit: si quæ vetustate corruerunt, reficere non cogitur. modica igitur refectio ad eum pertinet[c]: quoniam & alia onera[d] adgnoscit, vsufructu legato: vt puta stipendium, vel tributum, vel salarium, vel alimenta ab ea re relicta[e]. & ita Marcellus libro tertiodecimo scribit.

Ad §. 2. Quoniam igitur.

Ratio dubitandi. Ad fauorem fructuarij pertinet vt omnis rei fructus ad eum pertinere debeat. Ergo non potest ea res facere, vt refectionis onus ad eum spectare oporteat, arg. *l. quod fauore 6. Cod. de legib. l. nulla 25. supr. eod. ill. tit.*

Dec. Secundum naturam est cuiusque rei commoda eum sequi quem sequuntur incommoda & contrà *l. secundum naturam* 10. *inf. de regul. iur.* & vbi emolumentum rei est, ibi & onus esse debet §. *vltim. Instit. de legit. patron. tutel.* Ergo bona consecutio est, vt quia omnis rei fructus ad fructuarium pertinet, etiam reficere rem cogatur per arbitrum ta dere acceptum, cuius est omnia ista ex boni viri arbitrio æstimare. Cùm autem dicimus cogi fructuarium reficere, ita intelligimus vt sumptibus suis reficere debeat *l. eum ad quem 7. C. hoc tit.* Ergo non nisi hactenus vt sarta tecta habeat, vt sequitur in textu. Nam si qua vetustate corruerint, non cogitur reficere: Sicut neque proprietarius, Cùm nullam inuicem eo nomine actionem habere debeant, quia qualis res est talis eius vsusfructus constitutus intelligitur. Inculpatum enim damnum est quod ex vetustate & prolixitate temporis contingit *l. mulierem 22. §. sed enim. ℸ. ad SC. Trebell.*

a *Sed si heres refecerit.* Ratio dubitandi, Non cogitur heres idemque proprietarius reficere ædes quę vetustate corruerunt. Ergo nec postquàm refecerit cogitur pati vt fructuarius iis vtatur.

Dec. Refectio ædium ab herede facta etiam ad quam heres non tenebatur non efficit, quominùs eædem sint ædes quarum vsusfructus legatus est. Ergo nec recusare potest quominùs iis vtatur fructuarius. Cuius enim eadem species & figura est, eandem quoque rem esse existimandum est *l. proponebatur 76. supr. de iudic.* sibique debet heres imputare cur vltrò refecerit cùm non cogeretur.

b *Vnde Celsus.* Non dubitauit Celsus quin ad fructuarium pertineret refectio hactenus, vt sarta tecta habere deberet. Sed dubitauit de modo sarta tecta habendi, quia scil. modum certum in re tam incerta statuere, vt in aliis plerisque similibus difficile est. Nihil tamen meliùs dici potest, quàm vt modica refectio hoc nomine ad fructuarium pertineat: sed hoc ipsum quænam & quanta sit modica illa refectio, ad arbitrium iudicis necessariò remittendum est, vt in *l. 1. §. vlt. infr. de iur. delib.* Nam si quis eam ex duobus tantùm aureis æstimare velit, arg. *l. id est 10. iunct. §. vltim leg. praced.* quæ prima Accursij interpretatio est, is proculdubio errauerit. Modica namque refectio intelligi non potest nisi ex comparatione maioris operæ, & impensæ quæ ad plenam refectionem esset necessaria, In vsuario adhibenda est distinctio, de qua in *l. si dominus 19. ℸ. de vsu & habit.* vbi dicemus.

c *Modica igitur refectio ad eum pertinet.* Effectus huius sententiæ est, vt si impensam nolit fructuarius præstare quæ ad modicam refectionem necessaria est possit à proprietario prohiberi ne vtatur fruatur, sicut & si fructuarius recusaret cauere de damno infecto. Scilicet eo casu, quo refectio illa tantùm esset necessaria, quæ ad fructuarij onus pertinet *l. hoc amplius 9. §. vlt.* qui sic accipiendus sanè est *infr. de damn. infect.* Nam quo casu refectionis onus ad eum non spectat, nec de damno infecto cauere cogitur *l. inter fructuarium 20. eod.* Eadem ratio est creditoris pignoratitij quæ de damno infecto cauere noluit, aut saltem repromittere pignoris persecutio denegetur *l. si finita 15. §. item quæritur. 25. iunct. l. quid de creditore 11. & l. seq. eod. titul.* Ergo supra modicam refectionem nihil fructuarius suis sumptibus præstare cogitur, & si præstiterit habet repetitionem *dict. l. eum ad quem 7. C. hoc tit.* Simile quid in commodatario proditum est quod de fructuario in hoc §. scillicet de modica impensa præstanda, & de alimentis equi aut serui commodati in *l. in rebus 18. §. possunt. infr. commod.*

d *Quoniam & alia onera.* Ratio dubitandi. Stipendium tributum, & salarium sunt onera rei & proprietatis, ideoque dicuntur onera realia. Vnde & prædia ipsa stipendiaria & tributaria appellantur *l. cùm sponsus 11. §. in vectigalibus. ℸ. de Public. in rem act.* Et pro tributo quod fisco penditur prædium ipsum fisco tacitè obligatum esse constat *l. 1. C. in quib. causis pign. vel hypoth. tacit. contra.* Ideoque nec valet pactio vt sine censu vel reliquis fundus vendatur *Tot. tit. C. sine cens. vel. reliq.* Ergo ad proprietarium pertinere debent ista onera non ad fructuarium.

Dec. Onera quidem ista rei sunt, sed propter ipsius rei commodum, & emolumentum. Ergo ad fructuarium pertinere debent, ad quem omne emolumentum rei pertinet *l. Mæuius 66. §. fundo de leg.* Itaque in effectu sunt onera fructuum, & consequenter vsusfructus potiùs quàm proprietatis. Nam & inde est, vt si inter debitorem & creditorem conuenerit ne creditor onus tributi agnoscat, quod pro prædio obligato pendendum est, non valeat conuentio quantum ad fisci rationem, quia licèt debitor sit proprietarius, creditor tamen pignoratitius possessor est *l. inter debitorem 42. ℸ. de pact. iunct. l. cùm & sortis 35. §. 1. inf. de pignor. action.* Nemo autem dubitat quin fructuarius possideat saltem naturaliter *l. naturaliter 12. in princ. infr. de acq. poss.* fructusque percipiat & quidem suo iure, licèt minùs in iis habeat iuris quàm bonę fidei possessor *l. si fructuarius messem 13. ℸ quib. mod. vsusfr. amitt.*

e *Vel alimenta ab ea re relicta.* Ita omnino legendum

e ſt vt Florentiæ non in Codice Accurſij *ab eo relicta*. Quæ lectio dubium relinquit an Vlpianus hic loquatur de alimentis à fructuario ipſo, an à fundo fructuario relictis, ita vt non defuerint qui poſt illa verba *ab eo* dixerint addendum *fundo*. Natus error eſt ex eo quod cùm repetenda eſſet ſyllaba *re* in illis verbis *re relicta*, idcoque pro more librarij Florentini ſemel tantùm ſcripta eſſet, cæteri exſcriptores huius rei ignoratione putarunt pro *ea* reponendum eſſe *eo*. Debet ergo fructuarius præſtare alimenta quæ à re fructuaria relicta ſunt, quia ſunt hæc quoque onera fructuum, ex quibus ſcilicet alimenta præſtanda ſunt, vt & alia, de quibus in *l. ſi pendente 27. §. ſi quid cloacarij. infr. hoc tit.* Benè autem Vlpianus de alimentis ab ea relictis loquitur, Vt intelligamus aliud dicendum eſſe de alimentis ab herede ipſo relictis, licèt ex ipſo fundo fructuario præſtandis ſi demonſtrandi duntaxat gratia fundus fructuarius deſignatus ſit vt ſciretur, vnde alimenta præſtari poſſent, non autem taxandi cauſa, vt inde tantùm præſtarentur, vt Accurſius bene notat ex *l. quidam teſtamento 96. in princip. De legat. 1. l. Paula Callinico 27. §. vltim. De legat. 2. l. Lucius 12. infr. de alim. legat.* Obligatio enim perſonalis non ſequitur fundi poſſeſſorem *l. vlt. §. 1. infr. de contr. empt.*

3 ¶ Caſſius quoque[a] ſcribit libro octauo iuris ciuilis, fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adſerere cogitur arbores. & Ariſto notat, hæc vera eſſe.

Ad §. 3. Caſſius quoque.

a *Caſſius quoque.* Hoc ipſum eſt quod iam diximus cogi fructuarium reficere dummodò ſit modica refectio, & quę modicam impenſam deſideret, nec agatur de ædibus vetuſtate collapſis. Quod autem ſequitur Cogi etiam illum arbores ſubſerere, benè Accurſ. noſter interpretatur, in locum demortuorum, Ex *l. arbores 59. §. vbi dicemus.* Idcoque loquitur Vlpianus non de ſerendis arboribus, ſed de ſubſerendis, id eſt, in locum aliarum ſubſtituendis.

4 ¶ Neratius autem libro quarto membranarum ait, non poſſe fructuarium prohiberi quo minùs reficiat: quia nec arare prohiberi poteſt, aut colere. nec ſolum neceſſarias refectiones facturum, ſed etiam voluptatis cauſa: vt tectoria, & pauimenta, & ſimilia facere. neque autem ampliare[a], nec vtile detrahere poſſe.

Ad §. 4. Neratius autem.

Malè Accurſius hunc §. intelligit quaſi Neratius contradicat ſententiæ Caſſij & Ariſtonis proximè relatæ. Aliud enim eſt quod Caſſius & Ariſto dixerunt, Fructuarium per arbitrum cogi rem reficere. Aliud verò quod hîc Neratius, Non poſſe illum prohiberi quominùs reficiat.

Ratio dubitandi. Mutatione rei extinguitur vſusfructus *l. repeti 5. §. rei mutatione. §. quib. mod. vſusfr. amit.* etiamſi res mutetur in melius, vt ſubiicitur in *l. ſeq.* Atqui non poteſt refici res fructuaria quin res mutetur, licèt mutatio fiat in melius.

Dec. Refectio neceſſaria eſt non ad rem mutandam, ſed ad retinendam eandem rei faciem & ſpeciem quæ erat anteà, & quæ interiret ſi impenſa non fieret ad refectionem. Ob eam namque cauſam ſolemus impenſas neceſſarias diffinire illas, quæ ſi factæ non eſſent, res aut peritura, aut deterior futura eſſet *l. impenſæ 79. De verbor. ſignif.* Cur ergo in voluptariis impenſis idem obtinet, vt ſubiicit Vlpianus? Hinc enim petēda eſt ratio dubitandi quòd voluptariæ ſint voluntariæ. Nimirum, inquam, quia voluptariæ mutant duntaxat faciem & ſuperficiem rei, at non rem ipſam, & ſubſtantiam. Nam ſi quis voluptatis cauſa ædes ampliare vellet, non magis ei permitteretur, quàm id quod inutile eſſet detrahere, vt ſequitur in textu. Nihil enim noui facere poteſt, Cùm aliud ſit tueri quod acceperit, aliud nouum quid facere *l. vſusfructuarius nouum tectorium 44. infr.*

a *Neque autem ampliare.* Ratio dubitandi. Fructuarius cauſam proprietatis deteriorem quidem facere non poteſt, ſed meliorem poteſt *l. ſi cuius 13. §. fructuarius. infr.* Atqui facit meliorem qui ędes fructuarias ampliat, nec facit deteriorem, imò etiam aliquando meliorem qui quod inutile eſt detrahit.

Dec. Permittitur quidem fructuario rem facere meliorem, ſed ita tamen, vt nihil faciat noui, Ne dum rem mutat vt fruatur hoc ipſo extinguat vſumfructum & ius fruendi amittat *d. l. vſusfructuarius 44. infr. hoc tit.*

8. VLPIANVS libro 40. ad Edictum.

QVamuis melius repoſitutus ſit, quæ ſententia vera eſt.

Ad l. Quamuis 8.

Ratio dubitandi & dec. eadem eſt quæ ad verſic. vlt. legis præcedentis. Benè autem hic Accurſius notat, Melius eſſe non videri, quod ſit contra domini voluntatem ex *§. præterea. Inſtit. de action.* Vnde eſt quod impenſæ contra domini voluntatem factæ non repetuntur quantumuis ſint vtiles, adeóque neceſſariæ. Melior text. in *l. ſi is 5. C. de ædific. priuat.* Non tamen ſatis benè huic legi conuenire videtur hæc adnotatio. Neque enim poteſt fructuarius rem meliorare ampliando, nec ſi proprietarius conſentiat, ſicut nec proprietatis dominus etiam conſentiente fructuario ſeruitutem imponere non poſſet *l. ſed ſi quid 15. §. vlt. §. ſcil.* cùm ea ratione futurum eſt vt res mutetur, & rei mutatione vſusfructus extinguatur.

9. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

ITem, ſi fundi vſusfructus ſit legatus, quidquid in fundo naſcitur, quidquid inde percipi poteſt, ipſius fructus eſt: ſic tamen, vt boni viri arbitratu fruatur. Nam & Celſus libro octauodecimo Digeſtorum ſcribit, cogi eum poſſe, rectè colere[a].

Ad Literam

Ad l. Item si fundi 9.

Ratio dubitandi. Non quicquid ex fundo nascitur & percipitur, fructus esse videri potest, sed id demùm quod ita nascitur, vt etiam renascatur, sicuti de lapidibus scriptum est in *l. fructus 7.* alias *l. diuortio. §. si vir. ĵ. solut. matrim.*

Dec. Supponendi sunt hic, vt & alibi semper termini habiles, vt hic locus intelligatur iuxta illum *§. si vir*, de lapidibus qui renascuntur. Nam si totus fundus consistat ex lapidibus qui non renascantur non possunt eiusmodi lapides in fructu esse, nec ad fructuarium pertinere, Cùm ex propria vsusfructus essentia sit vt salua manere debeat rei substantia, & consequenter identitas, vt loquuntur, quæ nec aliunde quàm ex substantia ipsa æstimatur *l. proponebatur 76. supr. de iudic.* Idque est quod sequitur *sic tamen vt viri boni arbitratu fruatur.* Neque enim boni viri arbitratu frueretur, & salua rei substantia qui lapidicina sic frueretur, vt lapides omnes inde extraheret, suosque faceret quamuis non renascentes. Sanè ipsorum lapidum vsusfructus ad eum pertinebit, vt infrà subiicitur.

e *Cogi eum posse rectè colere.* Ratio dubitandi. Nemo cogitur vti iure suo *l. pen. C. de pact. l. si iudex circumuento 41. supr. de minor.* Et potest quilibet condicionem suam facere deteriorem, cùm sit quilibet rei suæ moderator & arbiter, vulg. *l. in re mandata 21. C. mandat.* Ergo non est cogẽdus fructuarius fundum fructuarium colere si nolit.

Dec. Etiam publicè interest ne quis re sua abutatur *§. vltim. Instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Multò minùs permittendum est ne quis in alterius perniciem re sua aut etiam aliena malè vtatur, Ne sit in vnius potestate alterius etiam ignorantis condicionem facere deteriorem *l. 2. ĵ. quod vi aut clam.* Atqui fit deterior fundus qui non excolitur, hoc ipso quod non excolitur. Colere enim quid aliud est quàm facere meliorem? Quod autem deterius fit ex parte perit, Ita vt non videatur reddi ea res quæ deterior redditur *l. 3. 1. infr. commod.* Ergo cùm vsusfructus sit ius vtendi fruendi alienis rebus salua earum substantia, vt proximè diximus, non potest recusare fructuarius quantumuis dominus sit vsusfructus: quominùs fundum fructuarium qui alienus est cogatur excolere. Quandoquidem non solùm si nulla sit cultura, verùm etiam si aliqua sit, sed intempestiua fundus fit deterior *l. si merces 25. §. conductor. infr. locat.* Quanto magis si cultura non sit exercitatus? Vt Paulus loquitur *lib. 2. sentent. Titul. 18. §. vltim.*

1 ¶ Et si apes in eo fundo sint, earum quoque vsusfructus ad eum pertinet. Sed si lapidicinas habeat, & lapidem cædere velit: vel cretifodinas habeat, vel harenas: omnibus his vsurum Sabinus ait, quasi bonum patremfamilias, quam sententiam puto veram.

Ad §. 1. Etsi apes.

Vulgata editio habet *etsi lapides* quod malo. Mox enim sequitur *etsi lapidicinas habeat.* Multum siquidem refert an fructuarius fundus lapides habeat an lapidicinas. Lapides habere dicitur si tales sint vt non renascantur. Lapidicinas verò, aut vt alij loquuntur, lapicidinas si lapides ibi nascantur & renascantur. Priore casu non lapides ipsi sunt in fructu, sed eorum vsusfructus ad fructuarium pertinet, vt suprà diximus. Posteriore verò lapides ipsi in fructu sunt, & eorum dominium fructuario acquiritur *d. l. 7. 6. si vir solut. matrim.* quia remanet salua substantia fundi fructuarij ex quo alij lapides renascuntur *l. vlt. in princip infr. de fund. dotal.* Vera tamen est etiam Florentina lectio. Nam si apes sint in fundo fructuario, dubitat nemo quin earũ quoque vsusfructus ad fructuarium pertineat. Nam ipsæ apes non sunt fructuarij, sed proprietarij cùm efficiant partem rei fructuariæ.

2 ¶ Sed si hæc metalla post vsumfructum legatum sint inuenta, cùm totius agri relinquatur vsusfructus, non partium, contineantur legato.

Ad §. 2. Sed si metalla.

Meliùs quoque sic vulgata lectio quàm Florentina quæ habet, *sed si hac metalla*, quod Haloander quoque benè obseruauit. Ratio dubitandi. Non potest plus esse in legato quàm fuerit in voluntate legantis testatoris. Legata enim à voluntate pendent, vt & cęteræ species omnes vltimę voluntatis *l. 1. ĵ qui testam. facer. poss.* Atqui testator qui vsumfructum legauit, non potest videri cogitasse de metallis posteà inuentis. Ergo nec de vsusfructu eorum aliquo constituendo. Dec. Fundi est quicquid terra in se tenet *l fundi 17. infr. de action. empt.* Ergo etiam metalla in eo posteà fundo inuenta ad fructuarium pertinent. Legato enim vsufructu totius fundi, negari non potest quin legatus sit vsusfructus omnium partium fundi. Ergo & metallorum si talia sint quomodo esse solent vt renascantur, quòd si non renascãtur, non erunt quidem in fructu, sed eorum tamen vsusfructus ad fructuarium spectabit, quemadmodum in lapidibus & lapidicinis distinximus. Alia quæstio est *l. in lege 77. ĵ. de contr. empt.*

3 ¶ Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit, tractari. & placuit, alluuionis quoque vsumfructum ad fructuarium pertinere: Sed si insula[a] iuxta fundum in flumine nata sit: eius vsumfructum ad fructuarium non pertinere, Pegasus scribit, licèt proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius vsusfructus ad te non pertineat. quę sententia non est sine ratione. Nam vbi latitet incrementum, & vsusfructus augetur: vbi autem apparet separatum, fructuario non accedit.

Ad §. 3 Huic vicinus.

Ratio dubitandi. Alluuio est incrementum latens quod accessit post constitutum vsumfructum, & proinde de quo non potest videri cogitatum cùm vsusfructus constitueretur, quomodo ad §. præcedentem scripsimus de metallis post vsumfructum constitutum inuentis.

Dec. Pars quæ per alluuionem accessit, eiusdem

fundi partem efficit non alium & nouum fundum, cùm dici non possit quantum quoquo temporis momento accedat. Igitur meritò placuit alluuionis quoque vsumfructum ad fructuarium pertinere. Eadem ergo ratio faciet vt non minùs verum sit quod Paulus scribit *lib. 3. sentent. Titul. 6. §. 22.* alluuionum accessionem ad fructuarium non pertinere, quòd inquit, alluuiones fructus fundi non essent. Vt mirum sit viros doctissimos existimasse eam Pauli sententiam ex hoc loco abrogatam esse, Quasi non aliud sit dicere, Alluuionem in fructu esse. Aliud verò alluuionis fructum ad fructuarium pertinere. Vtraque enim sententia vera est, nec secum pugnat qui vtramque fatetur. Est autem hoc generale in omni ferè iuris parte, vt quod accedit sequatur naturam sui principalis cui accedit, vt diximus ad *l. si ergo 11. §. quod tamen. ff. de Public.* & ex aliis locis constat quos hic Accursius congerit.

a *Sed si insula.* Ratio dubitandi. Insula quæ iuxta fundum in flumine nata est, accedit proprietati. Eius enim fit cuius est ripa fundi vicinioris, quamuis ea quæ in mari nascitur sit nullius, & consequenter fiat primi occupātis *l. adeò 7. §. insula. iunct. l. inter eos 29. & seq. ff. de acquir. rer. domin.* Atqui omne quod accedit sequitur causam eius cui accedit, vt proximè diximus. Ergo ad fructuarium pertinere debet si non ipsa insula posteà nata saltem ipsius vsusfructus, non minùs quàm alluuionis.

Dec. Insula quæ nascitur in flumine est veluti proprius fundus, & separatus ab eo qui vicinior est ripæ, Et ideò nō potest vsumfructū augere alterius fundi, cùm appareat quisnam sit fundus cuius vsusfructus legatus est, & quis ille cuius vsusfructus nō est legatus. Quod diuersum est in fundo qui per alluuionem accessit. Nam cùm alluuio nihil aliud sit quàm incrementum latens, nesciri potest, non dicam quis nouus sit fundus, sed nec quænam pars illa noua quæ in singula penè momenta accedit *§. præterea quod per alluuionem Instit. de rer. diuis.*

4 ¶ Aucupiorum quoque, & venationum reditum, Cassius ait libro octauo iuris ciuilis, ad fructuarium pertinere, ergo & piscationum.

Ad §. 4. Aucupiorum.

Ratio dubitandi. Nec aues quæ per aucupia, nec feræ bestiæ quæ per venationes, nec pisces, qui per piscationes capiuntur nascuntur in fundo fructuario, neque ex eo proueniunt. Aucupia enim fiunt in aere, Venationes verò bestiarum aliunde irruentium. Piscationes denique in aqua. Ergo ad vsufructuarium pertinere non possunt.

Dec. Aucupiorum & venationum & piscationum opportunitas tota ex fundo ipso nascitur, in quo & aucupia, & venationes, & piscationes fiunt. Et plerumque fundi qui talem opportunitatem præbent sunt eiusmodi vt eorum fructus ex aucupio vel venatione, vel piscatione constet, De quibus nimirum intelligi locus hic debet. Alioqui negandum est venationem in fructu esse *l. venationem 26. infr. de vsur.*

5 ¶ Seminarij autem fructum puto ad fructuarium pertinere. ita tamen, vt vendere ei, & seminare liceat, debet tamen[a], conferendi agri causa, seminarium paratum semper reuocare, quasi Instrumentum agri[b]: vt, finito vsufructu, domino restituatur. Instrumenti autem[c] fructum habere debet, vendendi tamen facultatem non habet. Nam & si fundi[d] vsusfructus fuerit legatus & sit ager, vnde palo in fundum, cuius vsusfructus legatus est, solebat paterfamilias vti, vel salice, vel harundine: puto fructuarium hactenus vti posse, ne ex eo vendat, nisi fortè[e] salicti ei, vel siluæ palaris: vel arundinetis vsusfructus sit legatus. tunc enim & vendere potest. Nam & Trebatius scribit[f], siluam cæduam, & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias cædebat: & vendere, licèt paterfamilias non solebat vendere, sed ipse vti: ad modum enim referendum ést, non ad qualitatem vtendi.

Ad §. 5. Seminarij.

Ratio dubitandi. Seminarium, id est, locus ille in quo seminantur arbores, vt in locum demortuarum substituantur, vnde & seminarij fructus qui in eo loco nascuntur, nihil aliud est quàm instrumentum quoddam agri fructuarij per quod fructuarius ager conseruari, adeoque melior in dies fieri potest, vt in hoc ipso textu sequitur. Atqui nō licet fructuario alia fundi instrumenta vendere aut in vsus suos conuertere, vt Vlp. noster subiicit.

Dec Etiam aliorum instrumentorum fructus ad fructuarium pertinet, quamuis instrumenti vēdendi ius non habeat, hoc ipso §. Atqui fructus seminarij sunt fructus instrumenti. Ergo ipsos quoque poterit vendere quamuis non ipsum seminarium. Quātò magis & iterum seminare ad meliùs excolendum fundum fructuarium?

a *Debet tamen.* Ratio dubitandi. Aliud est Vsufructuarium tueri quod acceperit, aliud verò nouum quid facere, Prius ab eo præstari & potest & debet, non etiam posterius, nec si maximè velit *l. vsufructuarius nouum tectorium 44. ff. hoc tit. & l. 7. §. vlt. supr.* Ergo nec seminarium conferendi agri causa paratum renouare semper debet. Dec. Cùm renouatur seminarium quod conferendi agri causā paratum iam est eo tempore quo vsusfructuarius frui incipit, nihil fit noui circa proprietatem, sed per seminarium tanquam per instrumentum agri fructuarij, ager ipse fructuarius in suo statu retinetur, quem alioquin deteriorem fieri necesse esset, tandemque intercidere necesse esset si non renouaretur semper seminarium ad agrum ipsum renouandum. Nec videretur ager ipse fructuarius integer restitui finito vsufructu si seminarium quoque ipsum finito vsufructu domino restitueretur, quemadmodum & aliud quodlibet instrumentum agri tale restitui debet finito vsufructu quale fuit cùm vsusfructus constitueretur.

b *Quasi instrumentum agri.* Ratio dubitandi. Seminarium quoque ipsum ager est, Ergo non agri instrumentum. Dec. Ager quidem est, sed seminarius, & ideò instrumentum est agri principalis & fructua-

Google

fructuarij. Non tanquam ager, sed tanquam seminarius, id est conserendi agri causa paratus, sicut & cætera instrumenta sunt quę fructuum consequandorum causa sunt, Veluti granaria, quia in his fructus custodiuntur. Item vtlei & capsellæ in quibus fructus componuntur. Item ea quæ exportandorum fructuum causa parantur. Vt iumenta, vehicula, naues, cupę, & olei *l. quæsitum 12. §. 1. ĵ. de instruct. & instrum. legat.*

c *Instrumenti autem.* Ratio dubitandi. Aliud est instrumentum fundi, Aliud verò fundus ipse cuius instrumentum est, Nec vnius rei vsusfructus legatus aliter ve constitutus ad aliā rem porrigi potest. Ergo instrumēti fructum vsufructuarius fundi habere non potest. Dec. Non videretur fructuarius vti frui re fructuaria si non haberet instrumenti quoque vsumfructum, quoniā alioqui nec instrumento frui posset, Ideoque nec instrumentum vendere fructuarius potest, quia instrumentum non est in fructu, sed res fructuaria.

d *Nam etsi fundi.* Ratio dubitandi. Nihil testator dixit de agro isto vnde palo isto solebat vti paterfamilias, vel salice, vel arundine in fundum cuius vsusfructus legatus est. Ergo non potest venire in legatum vsusfructus. Nec enim debemus vnquam esse liberaliores testatore in re testatoris *l. facta 63. §. si sub condicione. l. debitor 58. in fin. princip. ĵ. ad SC. Treb.*

Dec. Legato fundi vsusfructu veniunt in legatum etiam instrumēta fundi sine quibus eo fundo frui legatarius non posset. Quamuis legato simpliciter fundo, non eo magis instrumentum fundi debeatur, nisi vel instructus fundus legatus sit, vel cum instrumento, vel fundus & instrumentum *l. 1. si cui fundum §. & pass. ĵ. de instruct. & instrum. legat.*

e *Nisi forte.* Ratio dubitandi. Pat solet esse vis tacti & expressi vulg. *l. cùm quid 3. infr. de rebus credit.* Atqui etiamsi, neque syluæ cæduæ & palaris, neque salicti, neque arundineti vsusfructus legatus sit, potest tamen vsufructuarius habere fructum syluę fa-

licti & arundineti, quòd omnia ista fundi cuius legatus est vsusfructus instrumenta esse censeantur, vt proximè diximus. Ergo & hoc casu poterit legatarius etiam ex eo vendere quod ea sylua, vel salicto, vel arundineto ceciderit, quoniam & posset si vsusfructus legatus esset: Aut dicēdum erit ne hoc quidem casu posse illum vendere.

Dec. Aliud plerumque est si quid tacitè insit, aliud si palam exprimatur *l. si ita legatum 65. §. t. de leg. 1.* Cùm vsusfructus salicti, vel syluæ cæduæ, vel arundineti legatus est, plus iuris habet fructuarius, vt fructum possit etiam vendere. At ille, qui istis vtitur tanquam instrumentis fundi cuius vsusfructus legatus est, multò minus iuris habet eūm nullum ius habeat iis fruendi nisi accessoriè vt fundo fructuario fruatur. Ergo non nisi quatenus necesse est vt fundi fructuarij vsumfructum percipere possit. Idque est quod Accursius hic notat, Multa directo & principaliter conceedi quę per consequentiam, & per obliquum non conceduntur. Quemadmodum è contrario multa conceduntur per consequentias quæ directò non permitterentur, *l. 1. l. quod dicitur 7. ĵ. De author. tutor.*

f *Nam & Trebatius scribit.* Ratio dubitandi. Non potest fructuarius vti meliùs re fructuaria arbitrio boni viri quàm si vtatur eo modo quo paterfamilias vtebatur. Ergo si paterfamilias qui vsumfructum legauit non solebat quicquam ex sylua cædua vendere, sed eo duntaxat vti quod cædebat, non est fructuario permittendum vt vendat ne aliter vtatur, quàm quomodo defunctus vtebatur.

Dec. Quod dicimus vsufructuarium debere vel eo modo quod paterfamilias vtebatur ad modum referri debet non ad qualitatem vtendi. Id est, non debet prohiberi fructuarius quominus vtatur fruatur etiam aliter quàm defunctus vtebatur dum ne aliter quàm arbitrio boni viri, hoc est dum ne abutatur vel contumeliosè aot iniuriosè vtatur fruatur, *l. si pendentes 27. §. 1. ĵ. hoc tit.*

10. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

EX sylua cædua pedamenta, & ramos ex arbore vsufructuarium sumpturum: ex non cædua in vineam sumpturum, dum ne fundum deteriorem faciat.

Ad l. Ex sylua 10.

Distinguit hęc lex quomodo in omnibus ferè distinguere debemus syluam cæduam à non cædua. Cæduam quidam definiunt eam quæ in hoc habetur vt cædatur, Alij verò cū Seruio illam quæ succisa rursus ex radicibus aut stirpibus renascitur *l. sylua cædua 30. ĵ. de verbor. signific.* Sylua cædua in fructu esse creditur *l. qui fundum 40. §. cum fundum. ĵ. de contr. empt.* tum quoque cùm intempestiuè cæsa est *l. si absente 48. §. 1. ĵ. hoc tit.* At sylua non cædua non item. Hinc igitur ratio dubitandi ad id quod hæc lex ait, Ex sylua non cædua posse fructuarium sumere pedamenta in vineam si vineæ vsusfructus fuerit legatus. Sed decidendi ratio est, quia potest

ea res augere vineæ vsumfructum sine detrimento syluæ Quidni enim fructuario facilè indulgeamus quod sine proprietarij dispendio futurum est, arg. *l. in creditore 38 ĵ. de euict.* Idque est quod in hac lege additur *dum ne fundum deteriorem faciat.* Ideoque nec possum probare quod Accursius hic notat sumpturum fructuarium pedamenta ex sylua cædua etiam ad vendendum. Repugnant enim verba illa *in vineam*, nec ferendum est vt hoc casu fructuarius non plus iuris habeat quàm simplex vsuarius, quod nec Accursius ipse dissitetur ex *l. quoniam 10. §. 1. ĵ. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Sicut è contrario vsus appellatione etiam vsusfructus continetur interdum, vt in *l. pen. de vsur. & habit.*

11. PAVLVS libro 2. Epitomatorum Alfeni Digestorum.

SEd si grandes arbores essent, non posse eas cædere.

Ad l. Sed & si grandes 11.

Aptanda est lex hæc ad vltimam partem legis superioris quæ est de sylua non cædua. Nam cum cædua est, non distinguimus inter grandes arbores,

& cæteras, potestque fructuarius vineæ ex grandibus quoque cædere, quas velit, nec tantùm in vineam, sed etiam ad vendendum. At non etiam si non sit cædua ne quidem ad necessitatem vineæ

excolendæ: quoniam sylua non cædua nullomodo est in fructu nec possunt grandes arbores cædi ex sylua non cædua, quin fundus ipse deterior fiat quod numquam est permittēdum, vt proximè diximus. Quod Accurs. noster nō videtur bene percepisse, Syluam cæduā accipiens pro matura. Cùm tamē nihil intersit an cædua intempestiuè cędatur, an suo tempore *d.l.si absente 48.§.1.ĵ.hoc tit.*

12. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

ARboribus euulsis, vel vi ventorum deiectis: vsque ad vsum suum, & villæ posse vsufructuarium ferre. Labeo ait: nec materia eum pro ligno vsurum [a], si habeat, vnde vtatur ligno. quam sententiam puto veram. alioquin & si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius[b]. materiam tamen ipsum succidere[c], quantùm ad villæ refectionem, putat posse: quemadmodum calcem (inquit) coquere, vel harenam fodere, aliúdve quid ædificio necessarium sumere.

Ad l. Arboribus 12.

Ratio dubitandi. Si hanc legem intelligas de sylua cædua ratio dubitandi erit maxima & apertissima, quòd potuerit fructuarius suo iure arbores etiam grandes & ad vendendum quoque cædere. Quidni ergo arbores euulsas, vel vi ventorum deiectas sibi retinere? Sin cum Accursio, quod omnino verum est de sylua non cædua, Ratio dubitandi erit quòd longè alia videatur causa esse cædendarum arborum, alia euulsarum aut vi deiectarum. Quę enim nondum causæ, nec euulsę, nec deiectæ sunt adhuc fundo cohærent, & sunt pars fundi *l. fructus 44. supr. De rei vindic. l. sed si meis 26. §. arbor. ĵ. de acquirend. rer. domin.* Qui porrò fundus fieret deterior si ex sylua non cædua arbores saltem grandes cæderentur. Fructuario autem numquam permittitur vt rem fructuariam efficiat deteriorem *l. ex sylua 10. supr.* At cùm arbores iam euulsæ sunt, vel vi ventorum deiectæ, non potest amplius fieri fundus deterior per fructuarium, tametsi omnes illas arbores sibi retineat. Quidni ergo liceat ei retinere.

Dec. Meum est quod ex re mea superest, eiúsque vindicandi ius habeo *l. solum 49. §. 1. supr. De rei vindic.* Ergo arbores euulsæ, aut vi ventorum deiectæ quas fructuarius suo iure cædere non potuisset, cùm numquam fuerint in fructu, remanent proprietarij, quia sunt ex re ipsius, ideóque vindicari ab eo possunt, Nisi vsque ad vsum fructuarij, & villæ fructuariæ. Hactenus enim permittendum est fructuario iis vti, quoniam & sylua integra potuisset ex sylua cædere in vtilitatem vineæ, aut villæ, dum ne deteriorem faceret syluam, vt modò diximus. Æquissimo sanè temperamento, vt neque vsufructuarius omni commodo vsusfructus priuetur, neque proprietarius lædatur. Semper enim commodissimæ sunt interpretationes quæ parti vtrique fauent *l. ex his 8. infr. quæ in fraud. credit.*

a *Nec materia eum pro ligno vsurum.* Rectè Accursius materiam interpretatur quæ est apta ad ædificandum. Lignum verò quod ad comburendum *l. ligni 55. in princ. de leg. 3.* Sensus ergo est, Non esse permittendum fructuario vt ligno quod materiæ loco esse potest ad ædificandum abutatur ad comburendum. Sed hoc ita si aliunde habeat lignum quo vtatur. Alioqui nec arbores materiæ causa succisas, comburi tamen quicquam vetat *d. l. ligni.* Placet etiam quod Accursius notat, Tum quoque cùm arboribus succisis vti fructuarius tanquam ligno non potest, cogendum tamen proprietarium arbores illas tollere suo sumptu si incommodiorem faciant vsumfructum. Ita enim disertè scriptum est in *l. Proculus 19. §. 1. infr. hoc tit.*

b *Omnes arbores aufferret fructuarius.* Siue ad comburendum, vt interpretatur Accursius, siue etiam ad vendendum, Quod esset sanè perabsurdum. Ita enim fieret vt nulla proprietatis vtilitas ne spe quidem remaneret penes proprietarium sylua existente non cædua.

c *Materiam tamen ipsum succidere.* Ratio dubitandi. Materia arborum euulsarum, aut ventorum vi deiectarum ad proprietarium pertinet non ad fructuarium quando sylua cædua non est, vt proximè diximus. Ergo succidere eā fructuarius non potest.

Dec. Posset fructuarius etiam stantem syluā cædere ad necessitates aut vtilitates, vineæ aut villæ, cuius vsusfructus legatus est. Nam ea res ad domini quoque vtilitatē pertineret. Ergo multò magis euulsas arbores aut vi ventorum deiectas succidere poterit, quod attinet ad villæ refectionem quantū satis aut necesse est. Eadémque ratio est eius quod sequitur. Calcis etiam coquendæ aut harenæ fodiendæ ius habere fructuarium, aliúdve quidlibet faciendi quod ædificio, vel construendo, vel conseruando sit necessarium. Nam & ista quoque omnia ad proprietatis & proprietarij commodum spectant. Nemo autem potest vnquam alteri obiicere car id fecerit, aut non fecerit, propter quod vel factum, vel non factum is qui obiicit, commodum aliquod senserit, aut sensurus sit *l. si extraneus 35. l. cum in fundo 78. §. quod si mulier. ĵ. de iur. dot.*

1 ¶ Nauis vsufructu legato nauigandum mittendam puto: licet naufragij periculum immineat: nauis enim ad hoc paratur, vt nauiget.

Ad §. 1. Nauis vsufructu.

Ratio dubitādi. Culpa est si quis non præuideat & prospiciat periculum, quod emergere verisimiliter potest *l. si quis domū 9. §. 1. ĵ. locat. §. itē is cui. vers. Alioqui. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Vulgatúmque est non minùs q̄ verum verbum illud Sapientis *Qui amat periculū, peribit in illo.* Ergo si naufragij periculū immineat non est permittendum fructuario, vt nauim fructuariam mittat nauigatum. Dec. Nauis non ad aliud parata est quàm vt nauigetur. Quęnā enim ipsius vtilitas esse potest si non exerceatur? Vnde & exercitorem appellamus eum qui nauim regit, & exercitoriam actionem quæ contra illum comparata est *l. 1. & tot. tit. de exercit. act.* Nulla igitur fructuarij culpa esse intelligitur si nauē trans mare miserit, dūmodò idoneo tēpore nauigationis, eáq; idoneis hominib. commiserit. Secus si vel aduerso tēpore vel imperito exercitori commissam miserit

l. vtique

l. vtique 16. in fin. l. qui petitorio 36. §. 1. supr. de rei vindic. Periculum ergo nauis non ad alium quàm ad proprietarium spectare potest *l. si nauis 62. eod.* Dum ne tam imminens naufragium sit, vt certum existat nauim perituram. Sic enim hic locos intelligi proculdubio debet. Neque tamen probo quod hinc Accursius infert, Socium posse vti sylua vel alia re communi inuito socio, dummodò in eum vsum in quem est. Nam imò verò constat, In iure pari meliorem esse causam socij prohibentis *l. in re communi 26. vrban. præd. l. Sabinus 28. infr. Commun. diuid.* Ob eámque causam nimirum comparatum est iudicium Communi diuidundo, ad secundas discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. §. dulcissimis. de legat. 2.* Ne scilicet inuitus quisquam in communione manere compellatur *l. vltim. Cod. commun. diuid.* sicuti nec inuitus quisquam in communionem incidere compellitur *l. si non sortem 26. §. si centum. infr. De condict. indebit.*

2 ¶ Vsufructuarius vel ipse frui ea re, vel locare, vel alij fruendam concedere, vel vendere potest. nam & qui locat, vtitur: & qui vendit, vtitur. sed & si alij precariò concedit, vel donet [c]: puto eum vti, atque ideò retinere vsumfructum. & hoc Cassius & Pegasus responderunt: & Pomponius libro quinto ex Sabino probat. Non solùm autem [d], si ego locauero retineo vsumfructum: sed & si alius negotium meum gerens locauerit vsumfructum: Iulianus libro trigensimo quinto scripsit, retinere me vsumfructum. Quid tamen, si non locauero, sed absente, & ignorante me negotium meum gerens vtatur quis, & fruatur? nihilominùs retineo vsumfructum. quod & Pomponius libro quinto probat per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisiui.

Ad §. 2. Vsufructuarius.

Ratio dubitandi. Vsusfructus est seruitus personalis, quia debetur personæ & ei cohæret *l. 1. §. vlt. infr. quibus mod. vsusfr. amitt.* Ergo non potest egredi personam fructuarij, *dict. §. vltim. iunct. l. quia tale 14. infr. solut. matrim. l. ex pluribus 41. infr. De admin. tutor.* Ergo fructuarius ipse per se frui debet non alij vsumfructum vendere, vel locare, vel alij rem fruendam concedere.

Dec. Satis vtitur ipse & fruitur qui per alium vtitur fruitur. Sicut & in omni ferè iuris parte ita obseruatur, vt qui per alium facit per seipsum facere videatur *l. ita autem 5. §. quòd si quis. infr. de admin. tutor.* Nec eò minùs cohæret vsusfructus personæ fructuarij quod fructus ipsi ab alio percipiantur *l. necessariò 8. §. vlt. j. de peric. & commod. rei vendit. l. si vsusfructus 66. j. de iur. dot.*

a *Vel locare* Ratio dubitandi. Locare seruitutem nemo potest *l. locare 44. infr. locat.* Vsusfructus autem est seruitus & prima quidem ac dignior inter personales. Dec. Vsusfructus cùm sit seruitus personalis, debita scilicet personæ non prædio, potest locari commodè cuilibet, quia consistit maximè ex vtendo fruendo *l. 1. infr. quand. dies vsusfruct. legat. ced.* quod facere quilibet potest perinde ac vsufructuarius dummodò facias ex fructuarij voluntate, Indéque est quod etiam inuito proprietario vsusfructus pignori dari potest *l. si is qui l. §. vsusfructus. j. De pignor.* quod in seruitutibus prædiorum siue vrbanorum, siue rusticorum ipso iure diuersum est, quia sine prædiis vtilitatem nullam habere possunt, Nisi quòd rusticarum seruitutum aliqua vtilitas esse potest si modò vicinum prædium habeat is cui dantur pignoris: ob idque oppigneratio earum ob vtilitatem contrahentium permissa est *§. vltim. eiusd. leg. cum seq.* Ergo quod dicimus seruitutem locari non posse, ad seruitutes reales restringendum est, non ad personales extendendum. Et verò quemadmodum satis fruitur qui vsumfructum vendidit, quia precio fruitur, ita & is qui locat, quoniam pro fructibus rei mercedem percipit. Mercedes enim & pensiones prædiorum loco fructuum sunt *l. mercedes 29. sup. De petit. hered. l. prædiorum 58. infr. De vsur.* Vestimenta planè excipienda sunt ne fructuarius ea locare possit, quia scilicet non ita vir bonus vestimentis vteretur *l. sed si quid 15. §. & si vestimentorum. j. hoc tit.*

b *Vel alij fruendam concedere* Ratio dubitandi. Vsusfructus extraneo cedi non potest, sed soli domino si ei cedatur in iure *l. si vsusfructus 66. j. De iur. dot.* Id enim est dicere Vsumfructum esse personalem.

Dec. Aliud est vsumfructum cedere, Aliud verò vendere vel commodare, vel donare, vel alij rem fruendam concedere. Nam his casibus non transfertur ius ipsum vsusfructus in emptorem aut donatarium, sed tantùm facultas percipiendorum fructuum: Ius enim fructuarij residet in persona ipsius ex qua etiam finitur & conseruatur *dict. l. necessariò 8. §. vltim. infr. De peric. & commod. rei vendit.* Et separandum est omnino ius vsusfructus à fructuum perceptione quæ tota facti est *dict. l. si vsusfructus.* Iunge *§. vltim. Instit. De vsufruct. & §. 1. De vsu & habit.*

c *Sed & si alij precariò concedat vel donet.* Ratio dubitandi. Qui precariò concedit vel donat vsumfructum, nihil vicissim accipit per quod ipse vti frui videatur: In eóque dissimilis est venditori vsusfructus qui vtitur precio, & locatori, qui vtitur mercede. Nô eadem igitur eius qui vsumfructum precariò accipit & donatarij ratio constitui debet. Agnoscitque hanc differentiam Iureconsultus in *l. quod si donauero 40. j. hoc titul.*

Dec. Tam vtitur per alium qui precariò concedit, vel donat vsumfructum quàm qui vendit vel locat, Idcóque nec magis amittit non vtendo vsumfructum si modò ipse donatarius vtatur, quem tamen amitteret si nô ipse per donatarium vti frui videretur *dict. l. quòd si donauero.* Cùm ius ipsum vsusfructus ex persona vsufructuarij æstimandum sit, non ex persona illius qui fructus percipit *dict. l. necessariò 8. § vltim. De peric. & comm. rei vendit.* Differentia tantùm illa est, quòd si donatarius vsusfructus non vtatur fruatur nec per se nec per alium (nam & vsumfructum perinde vendere ipse aut locare alij posset) vsusfructus non vtendo amitteretur, non donatario tantùm, sed etiam donatori, quia verum esset neutrum eo vsum fuisse. Quod in eo qui vsumfructum vendidit, vel locauit diuersum est cùm vice fructuum percipiat pretium vel mercedem *dict. l. quòd si.* iunct.

l.quia qui precio : 9. *& praeced.* §. Benè autem hîc Vlpianus de eo qui precario vsumfructum concedit, & de illo qui vsumfructum donat, coniunctim loquitur, quoniam precarium accedit proximè ad causam donationis & liberalitatis *l.interdictum* 14. §. *de precar.*

d *Non solùm autem.* Ratio dubitandi. Etiam absentis & ignorantis negotium ab alio geri potest *l.* 1. *& tot tit. supr. De negot.gest.* Nemo autem ignorans potest animum habere vsusfructus retinendi.

Dec. Ratihabitio æquiparatur mandato *l. vlt. C. ad SC. Maced.* Nec quicquam refert an fructuarius ipse rem fructuariam locauerit, an alius eius absẽtis & ignorantis nomine, dummodò locationem fructuarius ipse ratam habuerit, & quidem intra tempus legitimum, id est, antequàm vsusfructus non vtendo amissus sit. Alioqui sera & inutilis esset ratihabitio *l. penult. infr. rat. rem haber. l.* 3. § *acquirere. infr. de bonor. possess.* Eandem dubitandi & decidendi rationem habet, quod sequitur in textu in versic. *Quid tamen,* vbi malo legere *si non locauerit* quàm vt vulgò legitur *si non locauero.* Iam enim casum illum tractauerat quo non ego vsumfructum meum locauero, sed alius negotium meum gerẽs. Supererat igitur explicandus ille casus quo nec ego ipse locauero, nec alius meo nomine, sed absente & ignorante me amicus ille meus negotium meum gerens vtatur ipso & fruatur. In qua specie meritò Vlpianus respondet nihilominùs retinere me vsumfructum, quia per eum videor ego ipse vsus propter ratihabitionem. Hæc enim ratio est quæ insinuatur his verbis *per hoc quòd negotiorum gestorum actionem acquisiui.* Neque enim possum illam mihi acquirere, nisi per ratihabitionem. Nec potest videri non vsus qui hoc ipso quod alius vsus est contra eum actionem acquisiuit, & quidem negotiorum gestorum. Quomodo enim haberet si non ipsius gesta essent negotia?

3 ¶ De illo Põponius dubitat: si fugitiuus, in quo meus vsusfructus est stipuletur aliquid ex re mea, vel per traditionem accipiat: an per hoc ipsum, quasi vtar, retineam vsumfructum magísque admittit retinere. nam sæpè etiam si præsentibus seruis non vtamur [a], tamen vsumfructum retinemus: vtputa ægrotanti seruo, vel infanti cuius operæ nullæ sunt [b], vel defectæ senectutis homini. nam & si agrum aremus: licet tam sterilis sit, vt nullus fructus nascatur: retinemus vsumfructum. Iulianus tamen [c] libro trigensimo quinto Digestorum scribit, etiam si non stipuletur quid seruus fugitiuus, retineri tamen vsumfructum. nam qua ratione (inquit) retinetur à proprietario possessio, etiam si in fuga seruus sit: pari ratione etiam vsusfructus retinetur.

Ad §. 3. *De illo.*

Ratio dubitandi. Fugitiuus seruus cùm aliquid stipulatur etiam ex re mea vel per traditionem accipit, non tamen habet animum faciendi aliquid nomine domini cùm sui ipsius furtum faciat quãtum potest *l.* 1. *C. de seru. fugit.* Ergo non potest per eum retineri vsusfructus.

Dec. Per seruum fugitiuum retinetur etiam possessio, Nisi cùm vel se pro libero gerit, vel ab alio possidetur, quia sicuti suam ipsius possessionem interuertere non potest, ita nec aliarum rerum potest *l.* 1. § *si seruus l. per eum* 50. §. *fin. l. rem quæ nobis* 15. *in fin. de acquirend. possess.* Quidni ergo eum possessione vsusfructus quoque per eum retinebitur? Maximè verò si etiam illud concurrat, vt ex re mea stipuletur aliquid aut per traditionem accipiat, quibus duobus casibus acquiri solet fructuario per seruum fructuarium *l. acquiritur* 10. §. *de his.* §. *de acquir. rer. domin.* Nam & nullo horum interueniente adhuc tamen dicendum est per seruum fugitiuum & possessionem & vsumfructum retineri vt subiicitur.

a *Etiamsi præsentibus seruis non vtamur.* Ratio dubitandi. Vsusfructus consistit ex vtendo fruendo *l. vnic. infr. quand. dies vsusfruct. legat.* Ergo non potest quis vsumfructum retinere eius serui quo non vtatur.

Dec. Sufficit non stare per fructuarium quominùs vtatur, sed stare per rem ipsam fructuariam, quæ licèt sit præsens, nullum tamen vsum præstare possit, Vt in exemplis quæ hîc ponuntur, De seruo ægrotante, vel infante cuius operæ nullæ sunt, vel in homine defectæ senectutis, Item de agro, qui sit ita sterilis vt quamuis aretur, nullus tamen eius fructus percipiatur. Plus dicit Accursius, nec malè. Etiam ægrotanti famulo, & vt ipse loquitur, dapifero salarium deberi eius temporis quo ita fuit infirmus vt nullas operas præstare potuerit cùm seruire videatur, quandiu in famulitio nostro est, & qui cupiens seruire, propter aduersam tamen valetudinem impediatur, vt Paulus loquitur in *l. tum heres* 4. § *Stichus si heredi. infr. De statu liber. l. vltim.* § 1. *infr. De oper. seruor.* Satis enim est per eum qui aliud facere deberet non stare quominùs faciat *l.* 1. § *Diuus Seuerus. infr. de var. & extr. cognit. l. qui oper.* 38. *infr. locat.*

b *Cuius operæ nullæ sunt.* Ratio dubitandi. Etiam impuberis operæ aliquæ esse possunt *l. cæterum* 31. *supr. De rei vindic.* Dec. Non tamen infantis, cùm in ea ætate non modò ratione ac iudicio, sed etiam sensu carere videatur *l. si infantis* 55. *infr. hoc titul.* Infans enim ille est non qui omnino fari nequit, sed qui minor septennio *l. si infanti* 18. *C. de iur. delib.* De infante tamen qui minor sit quinque annis loquitur Vlpianus in *d. l. vlt.* § 1. *De oper. seruor.* Iunge *l. vlt. in fin. infr. De liber. caus.*

c *Iulianus tamen.* Ratio dubitandi. Permisceri causas possessionis, & vsusfructus non oportet, quemadmodum nec proprietas & possessio misceri debent *l. penult. infr. de acquirend. possess.* Ergo quamuis per seruum fugitiuum possessio retineri possit, nõ ideò tamẽ bona consecutio est vt vsusfructus quoque retineatur. Præsertim si neque stipuletur aliquid ex re fructuarij, neque per traditionem accipiat, quibus tantùm casibus acquiri fructuario per seruum alienum potest *d. l. acquiruntur* 10. §. *de his.* §. *de acquir. rer. domin.*

Dec. Non magis potest seruus fugitiuus per fugam suam nocere fructuario, quàm proprietario, & quandiu conseruatur ius integrum proprietarij, conseruatur etiam per quasdam veluti

conse

consequentias ius fructuarij, Ne alioqui fit in potestate serui deteriorem serui non delinquentis condicionem facere *l. 2. §. quod vi aut clam*, cùm fructuarius licèt propriè non possideat, quia sciens alienam rem non habet animo domini, naturaliter tamen possidere videtur *l. naturaliter 12. §. de acquir. poss. iunct. l. certè 6. §. is qui. §. De precar.* quia possidet ad suam vtilitatem cùm vsusfructus omne commodum & emolumentum rei contineat *l. Manius 66. §. fundo legato. De legat. 2.* Non ergo video quanam ratione Bartolus ex hoc *§.* inferat, Per vnum actum singularem retineri quasi possessionem totius iuris in vniuerso, Cùm in hac specie retineatur vsusfructus in seruo fugitiuo, etiam si nulla in te sit eo vsusfructuarius. Illud sanè verum est quod idem Bartolus notat faciliorem esse retentionem quàm acquisitionem, etiam in exemplo quod ille adfert de iurisdictione.

4 ¶ Idem tractat quid, si quis possessionem eius nanctus sit: an, quemadmodum à proprietario possideri desinit: ita etiam vsusfructus amittatur. Et primò quidem ait, posse dici amitti vsumfructum, sed licet amittatur, tamen dicendum, quod intra constitutum tempus ex re fructuarij stipulatus est, fructuario adquiri potest. Per quod colligi, posse dici, ne quidem si possideatur ab alio, amitti vsumfructum, si modò mihi aliquid stipuletur, paruique referre, ab herede possideatur, vel ab alio, cui hereditas vendita sit, vel cui proprietas legata sit, an à prædone: sufficere enim ad retinendum vsumfructum, esse affectum retinere volentis, & seruum nomine fructuarij aliquid facere, quæ sententia habet rationem:

Ad §. 4. Idem tractat.

Ratio dubitandi. Non potest fructuarius vti frui, nisi rem fructuariam possideat naturaliter *l. naturaliter 12. infr. de acquirend. poss.* Atqui seruus fugitiuus qui ab alio possidetur hoc ipso desinit possideri à fructuario, adeóque à proprietario ipso, à quo tamen magis propriè ac verè possidetur *l. 3. §. si seruus. l. per eum 50. §. 1. infr. de acquirend. possess.* Ergo vsumfructum quoque simul cum possessione hoc saltem casu amitti necesse est. Et ita Pomponius generaliter & indistinctè credidit, Eo scilic. casu, quo intra tempus constitutum ad vsumfructum non vtendo amittendum seruus fugitiuus nihil omnino fecerit per quod fructuarius eo vsus fuisse videri possit, Nec Vlpianus repugnat: Sed si intra constitutum illud tempus, quod olim erat biennij, hodie est decennij *l. vlt. in fi. C. de praescr. 30. vel 40. annor.* seruus fugitiuus aliquid stipulatus sit aut per traditionem acceperit ex re fructuarij. Non dubitat Vlpian. quin illud ipsum fructuario quæsiuerit. Quidni enim? Cùm eo tempore nondũ amissus esset vsusfructus? Ex hoc verò infert statim, & colligit. Non ergo amitti vsumfructum hoc casu, id est, cùm seruus fugitiuus medio tempore aliquid stipulatus est ex re fructuarij, quamuis hic seruus toto illo medio tẽpore ab alio sit possessus. Neq; hoc, vt puto, Pomponius negaret. Ratio enim euidens est quæ in textu subiicitur quòd ad retinendum vsumfructũ sufficiat, Esse affectum retinere volentis fructuarij, Et seruum nomine fructuarij aliquid facere, Paruiq; refert, inquit Vlp. an ab herede possideatur seruus fugitiuus, vel ab eo cui hereditas védita sit, vel proprietas legata, an à prædone, Cùm possessionis & vsusfructus causas permisceri non oporteat *dict. l. pen. §. de acquir. poss.* Et ita hic locus omnino accipiendus est. Malè autem Accursius noller simile esse putat, quod scriptum est in *l. & Attilicinus 35. §. Rustic. præd.* Nam in illa specie ipso iure ius seruitutis non vtendo amittitur, sed ex æquitate ab Imper. restituitur. Hic verò vsusfructus non amittitur, ideoq; nec restituendus est. Vtrumque sanè ad retinendũ vsumfructum debet concurrere. Affectus scil. retinendi ex parte fructuarij, Et effectus stipulandi, aut quid aliud faciendi. Ex iis scilicet quæ pro fructuario seruus fructuarius & potest & debet. Nam eum dicit Vlpianus, vtrumque sufficere, Non potuit apertiùs dicere, Alterutrum ergo non sufficere.

5 ¶ Iulianus libro trigensimo quinto Digestorum tractat.

Si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur: domino fundi, an fructuario & putat: quoniam fructus non fiunt fructuarij, nisi ab eo percipiantur, licèt ab alia terra separantur: magis proprietario condictionem competere: fructuario autem furti actionem ª: quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Marcellus autem mouetur ᵇ eo, quòd si posteà fructus istos pactus fuerit fructuarius, forrassis fiant eius. nam, si fiunt qua ratione hoc euenit: nisi ea, vt interim fierent proprietarij: mox adprehensi, fructuarij efficientur, exemplo rei sub condicione legatæ: quæ interim heredis est: existente autem condicione, ad legatarium transit: verum est enim condictionem competere proprietario, Cùm autem in pendenti est dominium ᶜ, vt ipse Iulianus ait in fœtu, qui summittitur, & in eo, quòd seruus fructuarius per traditionem accepit: nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto dicendum est, condictionem pendere, magísque in pendenti esse dominium.

Ad §. 5. Iulianus. Aliàs l. si fur.

Ratio dubitandi. Fructuarius dominus est vsusfructus *l. 3. infr. si vsusfr. pet.* imò verò vsusfructus est pars dominij in plerisque casibus *l. 4. sup. hoc titul.* quoniam vsusfructus totum rei commodum & emolumentum continet *l. Manius 66. §. fundo. iunct. l. cùm si ius 76. §. dominus. De legat. 2.* Neque rursus furtum fit proprietatis, sed possessionis, cùm nihil ablatum sit furtum quàm interuersio possessionis vel vsus *l. 1. §. Scæuola. §. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ad fructuariũ autẽ solum vsus pertinet, adeóq; possessio saltẽ naturalis quæ ex facto & corpore æstimatur.

non ad proprietarium *l. naturaliter 12. in princip. ℑ. de acquir. poss.* Ergo si maturos fructus fur decerpserit vel desecuerit & pendentes, dicẽdum videtur fructuario non proprietario competere cõdictionem.

Dec. Condictio furtiua non alij datur quàm domino *l. 1. infr. de condict. furt. l. vlt. in fin. ℑ. Vsufr. quemadmod. caueat. §. sic itaque. Instit. de action.* Dominus autem fructuum non est fructuarius antequàm eos ipse perceperit, aut alius ipsius nomine *l. fructuarius 13. infr. quibus mod. vsusfr. amit.* Quandiu enim sunt in fundo, licèt maturi & pendentes, sunt pars fundi *l. fructus 44. ℑ. de rei vindic. l. si seruus 61. §. locaui. infr. de furt.* & ideò ad proprietarium pertinent cuius est proprietas fundi. Eiusque remanent quandiu alterius facti non sunt. Porrò nemo dixerit furem eos fecisse suos cùm decerpsit. Furtum ergo eorum fecit proprietario magis quàm fructuario. Et cùm non possit fieri vt condictio vtrique competat, non magis quàm vt ambo sint domini in solidum *l. 3. §. vlt. infr. commod* consequens omnino est vt soli proprietario competat, tanquam qui solus sit fructuum subreptorum dominus. Aliud enim est dominium vsusfructus, qui in iure consistit, Aliud verò dominium fructuum qui sunt corporales. Vsusfructuarius dominus est vsusfructus etiam priùs q̃ fructus percepit, sed non fructuum, nisi eos & perceperit, & in horrea retulerit, aut alius eius nomine *d. l. si fructuarius messem 13. ℑ. quib. mod. vsusfr. amitt.* vbi dicitur minùs eum habere iuris in percipiendis fructibus quàm bonę fidei possessorem, cuius sc. fructus fiunt statim atque à solo separati sunt etiam ab alio, & alterius, quàm ipsius possessoris nomine *l. qui scit 55. §. 1. infr. de vsu. l. antep. supr. de rei vindic.* vbi dixi.

a *Fructuario autem furti actionem.* Ratio dubitandi. Condictio furtiua prę supponit factum esse furtum cùm non detur nisi aduersus furem ipsum, vel heredem eius *Lex furtiua 5. infr. de condict. furt.* ideóque concurrit facilè ac ferè semper cum furti actione *§. sic itaque. Instit. de action.* Maximè verò cùm nõ aduersus furis heredem, sed aduersus furem ipsum datur vt in proposito. Cùm igitur condictio fructuum furtiuorum competat proprietario nõ fructuario, vt modò diximus, Consequens est vt nec furti actio alij competere debeat q̃ proprietario.

Dec. Furti actio latiùs patet quàm condictio. Datur enim non soli domino vt illa, sed omnib. quorum ex honesta & iusta causa interest *l. cuius interfuit 19. cum seqq. inf. de furt.* Atqui non potest negari quin maximè intersit fructuarij fructus subreptos non esse, adeóque solius fructuarij, non etiam proprietarij, cùm si eos fur non decerpsisset vtique fructuarius pro suo iure illos percepisset ac suos fecisset. Furti ergo actionem soli fructuario dandam esse dicendum est. Nec verendum vt se mutuò impediant si ambo agant, Proprietarius condictione, fructuarius verò actione furti, cùm hæc actio solam pœnam, illa solam rem persequatur *l. si pro fure 7. §. 1. & vlt. infr. de condict. furt.* Nec sanè quicquam interest proprietarij quod furtum factum sit fructuum; cùm etsi maximè eos percepisset, fructuario tamen præstare & restituere debuisset *l. si homo 35. infr. de vsucap.* vbi tamen additur, Ita demùm furti actionem dandam esse fructuario etiam pro re quam proprietarius ipse numquam possederit, si potuerit ipse vti frui: hoc est, si vsusfructus legati dies cesserit, quod nõ contingit nisi ab adita hereditate *l. vnic. infr. quand. dies vsusfr. leg. ced. l. an ro 33. de acquir. rer. domin.* Quod autem addit Accurs. de præstita cautione. Quid enim si non fuerit petita? Scilicet cùm cautio non facit substantiam vsusfructus, id est, quando non est legatus vsusfructus earum rerum quæ vsu consumuntur. De quo scripsi ad l. 1. *supr.*

b *Marcellus autem mouetur.* Scripsit Marcellus notas ad Iulianum, & reprehensiones, plerumque iustas, aliquando reprehendendas, semper subtiles. Hæc vna est ex illis quas reprehendendi & contradicendi studio, verius quàm iusta ratione commentus fuisse videtur. Iulianus enim bene senserat soli proprietario condictionem furtiuorum fructuum competere, vt probauimus. Marcellus verò vt contrà sentiret quamuis dubitanter ex eo mouebatur, quòd si postea fructuarius illos fructus nancisca-tur fortassis, hìc enim ponenda est virgula, id est, aliquo casu, ab alio scilicet quàm à fure (alioqui nulla superesset de condictione quæstio, vt benè Accursius noster ratiocinatur) vt que fierent fructuarij. Cur ergo, inquiebat ille, condictionem furtiuam proprietario dabimus horum fructuum nomine qui licèt nondum sint vsufructuarij, possunt tamen eius fieri inuito etiam proprietario. Sic enim hanc Marcelli dubitationem & rationem intelligo, vt Marcellus senserit ne quidem proprietario dandam non esse condictionem furtiuam. Non quasi voluerit, quomodo Accursius putat etiam fructuario dandam esse. Quomodo enim posset fructuarius habere condictionem fructuum, quorum ille iam possessionem quoquomodo nactus esset? Quis vnquam audiit condictionem furtiuam quæ nihil nisi rem ipsam persequitur dari possessori contra non possidentem, etiam ad æstimationem? Habet autem ratio Marcelli hunc colorem, quòd condictio furtiua non alij danda videatur, quàm ei qui absolutè ac irreuocabiliter ita sit dominus, vt ab eo inuito discedere dominium non possit, ex causa quæ furtum præcesserit. Quasi hoc casu dominium fructuum in pendenti esse credendum sit. Sed ad hanc rationem eleganter Vlpianus pro Iuliano respondet. Imò ex ea potiùs apparere, Fructus ergo subreptos interim esse proprietarij, Quo enim iure fierent fructuarij statim atque ab eo adprehensi essent si non interim fuissent proprietarij. Neque verò quod etiam inuito proprietario fructuarij aliquo casu fieri possunt, efficere debet vt eo minùs proprietarij anteà fuisse existimentur, Cùm non eo minùs nostrum quid esse intelligatur, quod eius dominium à nobis inuitis discedere aliquo casu possit, *l. non ideò 66. supr. De rei vindic.* vbi exemplum illud ipsum affertur, quo hìc accommodatè Vlpianus vtitur de re sub condicione legata quæ licèt eueniente condicione ita fiat legatarij vt numquam heredis fuisse retro fingatur, interim tamen est heredis, & quidem pleno iure, *leg. & post 12. §. res qua infr. famil. ercis cund. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum.* ita vt habeat heres vindicationem fundi cum fructibus etiam contra ipsum legatarium, *l. omnia 32. §. 1. infr. de legat. 2.* Nec proinde dominium eius rei sub condicione legatæ interim pendere dicitur, *l. 1. §. serui infr. de SC. Silan.* Itaque benè concludit Vlpianus contra Marcellum his verbis *Verum est ergo* (sic enim legendum est, non vt vulgo *enim*) *condictionem proprietario competere.* Non ait *etiam proprietario.*

quasi

quasi admittens fructuario quoque competere quod nec verum est nec Marcellus vnquam sensit. Nec rursus *condictionem soli proprietario competere*, quasi Marcellus vtrique condictionem dedisset, sed ait *condictionem proprietario competere*, vt significet hoc ipsum esse quod Marcellus negabat. Accursius certè nec Marcelli nec Vlpiani sententiam percepit. Sequitur apud Vlpianum:

d *Cùm autem in pendenti est dominium.* Pergit Vlpianus disputare pro Iuliano contra Marcellum, non vt malè putat Accursius pro Marcello contra Iulianum. Ostendit autem non esse quidem nouum vt pendeat condictio furtiua quoties scilicet dominium ipsum in pendenti est, cuius gratiâ datur condictio, Sed ait in illa specie quam Marcellus contra Iulianum tractauit non esse dominium in pendenti, nec proinde condictionem, in eoq; malè Iulianum à Marcello reprehensum: Aliàs verò species posse varias adferri in quibus & dominium & condictio pendeat. Adfert autem duas: Quarum prima est de fœtibus qui in locum demortuarum pecudum substituendæ & submittendæ sunt à fructuario. Nam quousque summittantur incertum est cuius sint. Quandoquidem si summittantur erunt proprietarij, si non summittantur erunt fructuarij. Interim ergo pendet eorum dominium & consequenter si interim furto subrepti sint pendet eorum condictio, *l. quid ergo 70. infr. hoc tit.* Alia species est, si seruus fructuarius aliquid emerit & per traditionem acceperit, nondum quidem soluto precio, sed tamen ab eo satisfacto. Nam & hoc casu pendet dominium cuius sit an proprietarij an fructuarij quousque precij numeratio facta sit, ex qua possit apparere an ex pecunia fructuarii an ex pecunia proprietarij numeratum sit precium. Si enim ex pecunia proprietarij solutum erit preciũ, Proprietarij quoque erit dominium: Fructuarij verò si ex re ac pecunia fructuarij, *l. sed & si quis 25. §. 1. infr. hoc tit.* vbi aliud exemplum adfertur de seruo fructuario, qui aliquid stipulatus est ex causa futuræ numerationis Pendet igitur etiam hoc casu cõdictio furtiua, quippe quę ęstimatur ex iure dominij. Nec possum animaduertere cur Accursius in his postremis verbis interpretandis redeat ad primam illam quæstionem propositam de fructibus subreptis, vt nouam Vlpiani sententiam inferat à Iuliani & Marcelli opinione dissidentem cùm totus hic postremus versiculus ad duas illas species pertineat, de quibus diximus quæ nihil commune habent cum quæstione de fructibus. Sed etsi Vlpianus in ea esset sententia, vt quantum ad subreptos fructus pertineret, in pendenti esset dominium, dissentiret quidem à Iuliano, sed non à Marcello, qui hoc ipsum adfirmabat in pendenti esse dominium fructuum, ideoque nec posse condictionem si proprietario competere cui eam Iulianus dabat. Fructuario autem nec Iulianus, nec Marcellus, nec Vlpianus vnquam dedit, vt ostendimus.

13. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SI cuius rei vsusfructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, vt officio iudicis hoc fiat. nam, sicuti debet fructuarius vti frui, ita & proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Hęc autem ad omnem vsumfructum pertinere, Iulianus libro trigensimooctauo Digestorum probat.

SI vsusfructus legatus sit[b], non priùs dandam actionem vsufructuario, quam satis dederit, se boni viri arbitratu vsurum fruiturum. sed & si plures sint[c], à quibus vsusfructus relictus est, singulis satisdari oportet.

Ad l. Si cuius 13.

Ratio dubitandi. Legato non debet adiici onus quod testator ipse non adiecerit, ne testatoris liberalitas hoc ipso minuatur, Adeò vt si vni eidemq; personæ duo legata relicta sint quorum alterum sit cum onere, alterum sine onere possit legatarius consequi legatum quod sine onere datum est altero repudiato, *l. sed duobus. 5. infr. De legat. 2.* Atqui satisdatio est onus, & quidem graue, quia non ita facile est cuilibet fideiussorem inuenire, *l. 1. § vlt. supr. De iudic.* Vnde est quod nemo superuacua cautione onerari debet, *l. hac stipulatio 14. infr. vt legat. seru. caus. cau.* Alioqui continget vt is cui testamento vsusfructus legatus est si satisdare nequeat nec vsumfructum percepturus sit quod à testatoris voluntate alienum certè fuerit.

Dec. Sicuti debet fructuarius vti frui, ita & proprietatis dominus secutus esse debet de proprietate, Cùm nihil aliud sit vsusfructus quàm ius vtendi fruendi alienis rebus salua earum substantia, *l. 1. supr.* Non potest autem securus esse proprietarius nisi cautum ei sit per stipulationem illam Prętoriam quam introduxit Prętor, & quę habet duas clausulas De vtendo fruendo arbitrio boni viri & De re restituenda, *Tot. tit. infr. Vsufr. quem. caueat.* Cumq; sit illa stipulatio prætoria exigit satisdationem, vt generaliter cæteræ omnes prætoriæ stipulationes *l. 3. infr. de prætor. stipulat. l. de die 8. §. tutor vers. item de re restituenda supr. qui satisd. cogant.* Sed nõ ideò consequens est quod Accursius infert, vt fructuarius non antè faciat fructus suos quàm satis dederit. Aliud enim est dicere Proprietarium posse satisdationem desiderare, quomodo Vlpianus hîc loquitur, Aliud verò, Non priùs fieri fructus fructuarij quàm ipse satisdederit. Nec pugnat *l. vxori fructu 24. De vsufr. leg.* quæ non de cautione ista loquitur sed de ea quam præstari ex senatusconsulto necesse est ad vsumfructum constituendum earum rerum quæ vsu consumuntur, De qua & in *l. 1. C. hoc tit.* vt dixi ad *d. l. 1. supr. eod.*

a *Ad omnem vsumfructum.* Id est, siue ex testamento, siue ex voluntario contractu vsusfructus constitutus est, vt loquitur Imp. Alexander in *l. vsufructu 4. C. hoc tit.* Aliquando tamen hæc cautio fructuario remittenda est, vt in specie *l. si vsusfructus 9. §. planè si ex die infr. vsufr. quem. caueat.*

b *Si vsusfructus legatus sit.* Eadem huius versiculi sententia est quæ præcedentis, Nisi quòd paullò plenior est. Explicat enim quænam illa satisdatio sit quam dixerat posse desiderare proprietarium, scilicet de vtendo fruendo arbitrio boni viri. Sed

tamen nec satis plena est hæc interpretatio. Habet enim satisdatio illa sicut & stipulatio cui accedit duas partes, vt diximus, Vnam si aliter quis vtatur quàm vir bonus arbitrabitur, Alteram de vsufructu restituendo aut potiùs de ipsa re fructuaria restituenda. Quarum prior committitur statim atque aliter fuerit vsus, & sæpius committitur, sequens verò semel tantùm nec nisi finito demùm vsufructu, *l.1.§.habet autem infr. Vsufr. quem. cau.* Est igitur satisdatio hæc quædam veluti condicio sine qua actionem De vsufructu habere fructuarius non potest. Sed non sine qua fructus suos facere nequeat si fortè & ad petitionem admissus fuerit & traditus ei sit vsusfructus ante petitam satisdationem: Quippe quam remitti posse certum est à proprietario si nolit eam exigere, Cùm sufficiat per fructuarium non stare quominùs ea cautio præstetur, *l.1. §. non exigit infr. vt in poss. legat.* Planè quin à testatore remitti ea possit non dubito. Nam quod contrà scriptum videtur in *l. 1. C. hoc tit.* ad aliam cautionem pertinet quę facit substantiam vsusfructus, Earum scilicet rerum, quæ vsu consumuntur, vt suprà scripsimus. Et quæ cautio si per errorem, & imperitiam proprietarij omissa sit condici quandoque potest, tanquam sine qua nullus vsusfructus earum rerum esse possit, *l.5.§.1.infr. De vsufr. ear. rer.* Quamquam & in alia cautione idem iuris est, *leg. 3. in fin. & l. etsi vsusfructus 7. infr. vsufruct. quem. caueat.*

c *Sed etsi plures sint.* Ratio dubitandi. Vnus tantùm est vsusfructus qui vni personæ à pluribus heredibus legatus est, & consequenter vnum duntaxat legatum. Ergo vnica satisdatio sufficit licèt plures sint heredes, Ne alioqui multiplicatis heredum personis multiplicata quoque satisdatione fructuarius oneretur. Nam & dici solet ex personis heredum condicionem obligationis immutari non debere, *l.2.§.ex his infr. De verb. oblig.*

Dec. Satisdatio hæc non alia de causa iniungitur, quàm vt proprietarius securus sit de proprietate, vt iam diximus. Atqui quot sunt heredes tot sunt proprietarij. Totidem ergo stipulationes & satisdationes præstandæ sunt, Præsertim cùm alioqui ex stipulatione vnius ex heredibus quæri aliis actio nulla posset, ex reg. *l. quæcunque 11. infr. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig.* Nec eo magis oneratur fructuarius, Nisi hactenus vt plures habiturus sit creditores. Plures siquidem illæ stipulationes ad vnum & eundem vsumfructum restringuntur.

1 ¶ Cùm igitur de vsufructu agitur: non solùm quod factum est, arbitratur, sed etiam, in futurum[a] quemadmodum vtifrui debet.

Ad §.1. Cùm igitur.

Ratio dubitandi. Satisdatio hæc continet, Fructuarium boni viri arbitratu vsurum fruiturum, vt proximo §. Vlpianus scripsit. Ergo ad id quod iam factum est non pertinet.

Dec. Idem arbitrium est boni viri de vtendo fruendo; tam pro tempore præterito quàm pro futuro. Nec aliter frui debuit fructuarius ante præstitam satisdationem quàm post, Cùm non ideò boni viri arbitrio frui debeat fructuarius quòd satisdederit, sed ideò satisdare quòd iuris & æquitatis ratio postulet vt boni viri arbitrio frui debeat etiam citra satisdationem.

a *Sed etiam in futurum.* Ratio dubitandi. Cautiones non solent interponi nisi de eo quod iam factum est vt si fortè lateat nulla inde captio sequatur, vt in *l. si post acceptum 18. & seqq. supr. De rei vindic.* Nec facilè ad iudicem pertinet futuri temporis tractatus, *l.1.§.1. infr. de vsur.*

Dec. Prout natura negotij fert de quo agitur, cauendum est nunc de tempore præterito, nunc de futuro, aliquando de vtroque, *l. egi 12. infr. si seruit. vindic. l. prætereà 20. supr. de rei vindic. l. item si 14. §. quatenus supr. Quod met. caus.* Hæc autem potissimùm satisdatio pro futuro tempore interponitur maximè, Cùm hoc vnum caueat fructuarius se viri boni arbitrio fruiturum.

2 ¶ De præteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, & interdicto *quod vi aut clam*, vt Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus, necnon furti, certum est: sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit.

Ad §.2. De præteritis.

Ratio dubitandi. De præteritis damnis tenetur fructuarius actione ipsa De vsufructu, id est hactenus vt eum petentem vsumfructum non aliter audire Prætor debeat quàm si damna ante satisdationem illata sarcierit. Quid ergo necesse est eorum nomine dari quoque actionem legis Aquiliæ aut interdictum Quod vi aut clam. Nec enim frustra multiplicandæ sunt actiones, vt constat ex §. *prox. seq.* sicuti neque entia frustra vnquam multiplicanda sunt, secundum philosophos.

Dec. Non est nouum vt de vna & eadem re contra eandem personam variæ actiones competant variis respectibus, Dum ne per eas actor idem bis consequatur, *l. cum filius 76. §. variis de legat. 2. l. quod in heredem 9. §. eligere infr. de tribut. act. l. qui seruum 34. l. pen infr. de oblig. & act. l. si quis dolo 51. §. 1. De re iudic.* In proposita autem specie fructuarius tenetur de damnis ante satisdationem datis tanquam fructuarius, actione ipsa de vsufructu, Lege autem Aquilia vel interdicto Quod vi aut clam sicuti alius quilibet. Datur enim illud interdictum omnibus, quorum interest nec minùs proprietario contra fructuarium, quàm contra extraneum, adeoque fructuario etiam contra proprietarium *l. is qui in puteum 11. §. vlt. cum duab. legib. sequent. infr. quod vi aut clam.* Neque est nouum vt vna eademque persona diuerso iure censeatur & vt quis teneatur & tanquam talis, & tanquam alius quilibet, *l. si paterfamilias 15. §. 1. supr. de adopt.* Sed & plenior est actio De vsufructu quàm legis Aquiliæ & quàm interdictum Quod vi aut clam & furti, quia nec legis Aquiliæ nec interdictum illud, nec furti actio datur nisi de damnis datis, Actio autem De vsufructu etiamsi damnum nullum datum sit, si quid per negligentiam fructuarius omiserit, quod facere debuerit vt boni viri arbitrio frueretur, quemadmodum subiicit Vlp. in §. *seq.*

3 ¶ De-

3 ¶ Denique consultus quod bonum fuit, actionem polliceri prætorem cùm competat legis Aquiliæ actio, respondit quia sunt casus, quibus cessat Aquiliæ actio, ideo iudicem dari, vt eius arbitratu vtatur. nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem & in vsuario dicenda sunt.

Ad §. 3. Denique.

Ratio dubitandi. Non sunt multiplicandæ frustra actiones, vt neque entia quemadmodum proximè diximus. Ergo cùm actio legis Aquiliæ competat propri. tario contra fructuarium, itémque furti & interdictum Quod vi aut clam. Non debuit Prætor actionem vllam de vsufructu eo nomine polliceri & superuacua cautione fructuariũ onerare. *l. hæc stipulatio 14. §. 1. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. l. 3. §. vlt. & l. seq. infr. vt in poss. legat. l. iurisgentium 7. §. sed si fraudandi sup. de pact.*

Dec. Non est superuacua actio, vel satisdatio, quæ plenior est & vberiorem habet effectum. Est autem plenior actio quæ ex satisdatione competit, quia cæteræ actiones non nisi præter damna illata competunt. Hæc autem etiamsi per negligentiam quid non factum sit quod fieri debuit, vt in exemplis quæ ponit Vlpianus in hoc §. Puta si fructuarius agrum non proscindat, aut vites non subserat, aut aquarum ductus corrumpi patitur. His enim casibus & aliis scientis similibus legis Aquiliæ cessat actio, vt & cæteræ supradictæ, Non etiam hæc quæ ex satisdatione nascitur.

4 ¶ Sed si inter duos fructuarios sit controuersia: Iulianus libro trigensimooctauo Digestorum scribit.

Æquissimum esse, quasi communi diuidundo iudicium dari: vel stipulatione inter se eos cauere, qualiter fruantur. Cur enim (inquit Iulianus[a]) ad arma & rixam procedere patiatur prætor, quos potest iurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo Digestorum probat: & ego puto veram.

Ad §. 4. Sed si inter duos.

Ratio dubitandi. Iudicium communi diuidundo nõ datur nisi pro rebus corporalibus, *l. 3. in princ. inf. Commun. diuid.* Atqui vsusfructus licèt sit ius in corpore, ius tamen est, *l. 1. & 2 supr.* Et consequenter est quid incorporale, *l. 1. §. quædam supr. De rer diuis. & Iustit. tit. De reb corpor. & incorpor.*

Dec. Etiam iura veniunt in iudicium Communi diuidundo non quidem directum sed tamen vtile, *l 7 vcio 4. in fin infr. De aqua quotid.* Quale autem officium arbitri esse debeat cùm agitur Communi diuidundo inter fructuarios explicat idem Vlpianus noster in *l communi 7. §. cùm vsusfructus inf Commun. diuid.* vbi dicemus, longe *l arbor 19 §. vlt cod.* Nec enim in communione vsusfructus magis quàm alterius vllius rei manere quisquam compellitur, *l. vlt C. commun diuid.* propter discordias quas materia communionis excitare solet, *l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. l. in re commum 28. infr. vrban præd.* Sed stipulationibus & cautionibus expedita res debet *l. sed etsi 14. §. 1 cum duab legib seq. infr. Famil: ercisc.* Idque est quod sequitur in textu *vel stipulatione inter se eos cauere.*

a *Cur enim, inquit Iulianus.* Hac ratione significat Iulianus hoc ipsum quod modò diximus, nihil nisi discordias ex communione nasci posse quæ socios & conduisores ad arma & rixas prouocarent, nisi Prætor eos authoritate sua compesceret aut dictando inter eos iudicium Communi diuidundo, Aut iubendo cauere illos sibi inuicem, qualiter separatim vtantur fruantur, *d. §. cùm vsusfructus.*

Id autem maximè Prætori propositum esse debet vt numquam ad arma & rixas veniant litigatores, ne occasio maioris tumultus detur, *l. non est singulis 176. de regul. iur* Nam sicut ex discordiis rixæ, ita ex rixis arma, Ex armis tumultus, Ex tumultu seditiones, Ex seditionibus bella, Ex bellis cædes, incendia, interneciones, Deniq; quid aliud, nisi casus, & interitus Reipublicæ? Non tamen consequens est quod infert Accurs. Posse Iudicem authoritate sua compellere litigatores ad pacem & transactionem faciendam causa dirimẽdarum litium, quod ipsum districtè Iustin. prohibet in *Nouell. 124 vt hng. iurent in exord. lit cap. vlt.* vbi de Referendariis quidem loquitur, sed vt ad eos extendat quod in aliis Iudicibus Imp. Iustinus constituerat. Voluntatem enim litigatorum audire debent iudices & pro sua prudentia moderari ac coercere, sed non iubere vt loquuntur Impp. in *l. omnium 20. in fin. C. de testam.* Sanè quin bonus Prætor & iudex quilibet id agere debeat quantum potest vt lites eatúmque materiã diminuat certissimum est, *l quidam 21. infr de reb cred.* & aliis iuris nostri plerísque locis quas Accurs. in hanc rem conquirit. Illud sanè optimum factu esset quod in constitutionibus Gallicis inter agnatos cognatósque prudentissimè sancitum est id ad quoscunque extendere vt nulli pròs litigare concederetur quam futurum aduersarium de transigendo interpellasset. Neque id à nobis prætermissum est in ea litium breuius tractandarum methodo quam nos antehac cõscripsimus & Codici nostro inseruimus, in Tit. vt *intr. cert. temp crimin. quæst. termin.*

1 ¶ Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest[a]. Et[b] aut fundi est vsusfructus legatus: & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis. Et, si fortè voluptarc[c] fuit prædium viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit deiicere, vt fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum spectat.

fundi partem efficit non allum & nouum fundum, cùm dici non possit quantum quoquo temporis momento accedat. Igitur meritò placuit alluuionis quoque vsumfructum ad fructuarium pertinere. Eadem ergo ratio faciet vt non minùs verum sit quod Paulus scribit *lib. 3. sentent. Titul. 6. §. 22.* alluuionum accessionem ad fructuarium non pertinere, quòd inquit, alluuiones fructus fundi non essent. Vt mirum sit viros doctissimos existimasse eam Pauli sententiam ex hoc loco abrogatam esse, Quasi non aliud sit dicere, Alluuionem in fructu esse. Aliud verò alluuionis fructum ad fructuarium pertinere. Vtraque enim sententia vera est, nec secum pugnat qui vtramque fatetur. Est autem hoc generale in omni ferè iuris parte, vt quod accedit sequatur naturam sui principalis cui accedit, vt diximus ad *l. si ego 11. §. quod tamen. ff. de Public.* & ex aliis locis constat quos hîc Accursius congerit.

a *Sed si insula.* Ratio dubitandi. Insula quæ iuxta fundum in flumine nata est, accedit proprietati. Eius enim fit cuius est ripa fundi vicinioris, quamuis ea quæ in mari nascitur sit nullius, & consequenter fiat primi occupantis *l. adeò 7. §. insula. inoct. l. inter eos 29. & seq. ff. de acquir. rer. domin.* Atqui omne quod accedit sequitur causam eius cui accedit, vt proximè diximus. Ergo ad fructuarium pertinere debet si non ipsa insula posteà nata saltem ipsius vsusfructus, non minùs quàm alluuionis.

Dec. Insula quæ nascitur in flumine est veluti proprius fundus, & separatus ab eo qui vicinior est ripæ, Et ideò nō potest vsumfructū augere alterius fundi, cùm appareat quisnam sit fundus cuius vsusfructus legatus est, & quis ille cuius vsusfructus nō est legatus. Quod diuersum est in fundo qui per alluuionem accessit. Nam cùm alluuio nihil aliud sit quàm incrementum latens, nesciri potest, non dicam quis nouus sit fundus, sed nec quænam pars illa noua quæ in singula penè momenta accedit *§. prætereà quod per alluuionem Instit. de rer. diuis.*

4 ¶ Aucupiorum quoque, & venationum reditum, Cassius ait libro octauo iuris ciuilis, ad fructuarium pertinere, ergo & piscationum.

Ad §. 4. Aucupiorum.

Ratio dubitandi. Nec aues quæ per aucupia, nec feræ bestiæ quæ per venationes, nec pisces qui per piscationes capiuntur nascuntur in fundo fructuario, neque ex eo proueniunt. Aucupia enim fiunt in aere, Venationes verò bestiarum aliunde irruentium. Piscationes denique in aqua. Ergo ad vsufructuarium pertinere non possunt.

Dec. Aucupiorum & venationum & piscationum opportunitas tota ex fundo ipso nascitur, in quo & aucupia, & venationes, & piscationes fiunt. Et plerumque fundi qui talem opportunitatem præbent sunt eiusmodi vt eorum fructus ex aucupio vel venatione, vel piscatione constet, De quibus nimirum intelligi locus hic debet. Alioqui negandum est venationem in fructu esse *l. venationem 26. infr. de vsur.*

5 ¶ Seminarij autem fructum puto ad fructuarium pertinere. ita tamen, vt vendere ei, & seminare liceat, debet tamen[a], conferendi agri causa, seminarium paratum semper reuocare, quasi Instrumentum agri[b]: vt, finito vsufructu, domino restituatur. Instrumenti autem[c] fructum habere debet, vendendi tamen facultatem non habet. Nam & si fundi[d] vsusfructus fuerit legatus: & sit ager, vnde palo in fundum, cujus vsusfructus legatus est, solebat paterfamilias vti, vel salice, vel harundine: puto fructuarium hactenus vti posse, ne ex eo vendat, nisi fortè[e] salicti ei, vel siluæ palaris: vel arundinetis vsusfructus sit legatus. tunc enim & vendere potest. Nam & Trebatius scribit[f], siluam cæduam, & arundinetum posse fructuarium cædere, sicut paterfamilias cædebat: & vendere, licèt paterfamilias non solebat vendere, sed ipse vti: ad modum enim referendum est, non ad qualitatem vtendi.

Ad §. 5. Seminarij.

Ratio dubitandi. Seminarium, id est, locus ille in quo seminantur arbores, vt in locum demortuarum substituantur, vnde & seminarij fructus qui in eo loco nascuntur, nihil aliud est quàm instrumentum quoddam agri fructuarij per quod fructuarius ager conseruari, adeoque melior in dies fieri potest, vt in hoc ipso textu sequitur. Atqui nō licet fructuario alia fundi instrumenta vendere aut in vsus suos conuertere, vt Vlp. noster subiicit.

Dec Etiam aliorum instrumentorum fructus ad fructuarium pertinet, quamuis instrumenti vēdendi ius non habeat, hoc ipso §. Atqui fructus seminarii sunt fructus instrumenti. Ergo ipsos quoque poterit vendere quamuis non ipsum seminarium. Quātò magis & iterum seminare ad meliùs excolendum fundum fructuarium?

a *Debet tamen.* Ratio dubitandi. Aliud est Vsufructuarium tueri quod acceperit, aliud verò nouum quid facere, Prius ab eo præstari & potest & debet, non etiam posterius, nec si maximè velit *l. vsufructuarius nouum tectorium 44. ff. hoc tit. & l. 7. §. vlt. supr.* Ergo nec seminarium conferendi agri causa paratum renouare semper debet. Dec. Cùm renouatur seminarium quod conferendi agri causa paratum iam est eo tempore quo vsusfructuarius frui incipit, nihil fit noui circa proprietatem, sed per seminarium tanquam per instrumentum agri fructuarij, ager ipse fructuarius in suo statu retinetur, quem alioquin deteriorem fieri necesse esset, tandemque intercidere necesse esset si non renouaretur semper seminarium ad agrum ipsum renouandum. Nec videretur ager ipse fructuarius integer restitui finito vsufructu si seminarium quoque ipsum finito vsufructu domino restitueretur, quemadmodum & aliud quodlibet instrumentum agri tale restitui debet finito vsufructū quale fuit cùm vsusfructus constitueretur.

b *Quasi instrumentum agri.* Ratio dubitandi. Seminarium quoque ipsum ager est. Ergo non agri instrumentum. Dec. Ager quidem est, sed seminarius, & ideò instrumentum est agri principalis & fructua-

Digitized by Google

fructuarij, Non tanquam ager, sed tanquam seminarius. id est conferendi agri causa paratus, sicut & cætera instrumenta sunt quę fructuum conseruandorum causa sunt, Veluti granaria, quia in his fructus custodiuntur. Item vrsei & capistellæ in quibus fructus componuntur. Item ea quæ exportandorum fructuum causa parantur, Vt iumenta. vehicula, naues, cupę, & olei *l. quæsitum 12. §. 1. ʒ. de instruct. & instrum. legat.*

c *Instrumenti autem.* Ratio dubitandi. Aliud est instrumentum fundi, Aliud verò fundus ipse cuius instrumentum est, Nec vnius rei vsusfructus legatus aliterve constitutus ad aliā rem porrigi potest. Ergo instrumēti fructum vsufructuarius fundi habere non potest. Dec. Non videretur fructuarius vti frui re fructuaria si non haberet instrumenti quoque vsumfructum, quoniā alioqui nec instrumento frui posset, Ideoque nec instrumentum vendere fructuarius potest, quia instrumentum non est in fructu, sed res fructuaria.

d *Nam etsi fundi.* Ratio dubitandi. Nihil testator dixit de agro isto vnde palo isto solebat vti paterfamilias, vel salice, vel arundine in fundum cuius vsusfructus legatus est. Ergo non potest venire in legatum vsusfructus. Nec enim debemus vnquam esse liberaliores testatore in re testatoris *l. facta 63. §. si sub condicione. l. debitor 58. in fin. princip. ʒ. ad S.C. Treb.*

Dec. Legato fundi vsufructu veniunt in legatum etiam instrumēta fundi sine quibus eo fundo frui legatarius non posset: Quamuis legato simpliciter fundo, non eo magis instrumentum fundi debeatur, nisi vel instructus fundus legatus sit, vel cum instrumento vel fundus & instrumentum *l. 1. §. si cui fundum 5. & pass. ʒ. de instruct. & instrum. legat.*

e *Nisi fortè.* Ratio dubitandi. Par solet esse vis taciti & expressi vulg. *l. cùm quid ʒ. si cert. de rebus credit.* Atquin etiamsi, neque sylua cædua & palaris, neque salicti, neque arundineti vsusfructus legatus sit, potest tamen vsufructuarius habere fructum syluę salicti & arundineti, quòd omnia ista fundi cuius legatus est vsusfructus instrumenta esse censeantur, vt proximè diximus. Ergo & hoc casu poterit legatarius etiam ex eo vendere quod ex sylua, vel salicto, vel arundineto cecideritt, quoniam & posset si vsusfructus legatus esset: Aut dicendum erit ne hoc quidem casu posse illum vendere.

Dec. Aliud plerumque est si quid tacitè insit, aliud si palam exprimatur *l. si ita legatum 65. §. 1. de leg. 1.* Cui vsusfructus salicti, vel syluæ cæduæ, vel arundineti legatus est, plus iuris habet fructuarius, vt fructum possit etiam vendere. At ille, qui istis vtitur tanquam instrumentis fundi cuius vsusfructus legatus est, multò minùs iuris habet cùm nullum ius habeat iis fruendi nisi accessoriè vt fundo fructuario fruatur. Ergo non nisi quatenus necesse est vt fundi fructuarij vsumfructum percipere possit. Idque est quod Accursius hic notat, Multa directo & principaliter concedi quæ per consequentiam, & per obliquum non conceduntur. Quemadmodum è contrario multa conceduntur per consequentias quæ directò non permitterentur, *l. 1. l. quod dicitur 7. ʒ. De author tutor.*

f *Nam & Trebatius scribit.* Ratio dubitandi. Non potest fructuarius vti meliùs re fructuaria arbitrio boni viri quàm si vtatur eo modo quo paterfamilias vtebatur. Ergo si paterfamilias qui vsumfructum legauit non solebat quicquam ex sylua cædua vendere, sed eo duntaxat vti quod cædebat, non est fructuario permittendum vt veodat ne aliter vtatur, quàm quomodo defunctus vtebatur.

Dec. Quod dicimus vsufructuarium debere vel eo modo quod paterfamilias vtebatur ad modum referri debet non ad qualitatem vtendi. Id est, non debet prohiberi fructuarius quominus vtatur fruatur etiam aliter quàm defunctus vtebatur dum ne aliter quàm arbitrio boni viri, hoc est dum ne abutatur vel contumeliosè aut iniuriosè vtatur fruatur, *l. si pendentes 27. §. 1. ʒ. hoc tit.*

10. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

EX sylua cædua pedamenta, & ramos ex arbore vsufructuarium sumpturum: ex non cędua in vineam sumpturum: dum ne fundum deteriorem faciat.

Ad l. Ex sylua 10.

Distinguit hęc lex quomodo in omnibus ferè distinguere debemus syluam cæduam à non cædua. Cæduam quidam definiunt eam quæ in hoc habetur vt cædatur. Alij verò cū Seruio illam quæ succisa rursus ex radicibus aut stirpibus renascitur *l. sylua cædua 30. ʒ de verbor. signific.* Sylua cædua in fructu esse creditur *l. qui fundum 40. §. cùm fundum. ʒ. de contr. empt.* nam quoque cùm intempestiuè cæsa est *l. si absente 48. §. 1. ʒ. hoc tit.* At sylua non cædua non item. Hinc igitur ratio dubitandi ad id quod hæc lex ait, Ex sylua non cædua posse fructuarium sumere pedamenta in vineam si vineæ vsusfructus fuerit legatus. Sed decidendi ratio est, quia potest ea res augere vineæ vsumfructum sine detrimento syluæ Quidni enim fructuario facilè indulgeamus quod sine proprietarij dispendio futurum est, arg. *l. in creditore 38. ʒ. de euict.* Idque est quod in hac lege additur *dum ne fundum deteriorem faciat.* Ideoque nec possum probare quod Accursius hic notat sumpturum fructuarium pedamenta ex sylua cædua etiam ad vendendum. Repugnant enim verba illa *in vineam*, nec nouum est vt hoc casu fructuarius non plus iuris habeat quàm simplex vsuarius. quod nec Accursius ipse diffitetur ex *l. quoniam 10. §. 1. ʒ. de vsufr ear. rer. quæ vsu consum.* Sicut è contrario vsus appellatione etiam vsusfructus continetur interdum, vt in *l. pen. de vsu & habit.*

11. PAVLVS libro 2. Epitomatorum Alfeni Digestorum.

SEd si grandes arbores essent, non posse eas cædere.

Ad l. Sed & si grandes 11.

Aptanda est lex hæc ad vltimam partem legis superioris quæ est de sylua non cædua. Nam cùm cædua est, non distinguimus inter grandes arbores, & cæteras, potéstque fructuarius vineæ ex grandibus quoque cædere, quas velit, nec tantùm in vineam, sed etiam ad vendendum. At non etiam si non sit cædua ne quidem ad necessitatem vineæ

excolendæ: quoniam sylua non cædua nullomodo est in fructu nec possunt grandes arbores cædi ex sylua non cædua, quin fundus ipse deterior fiat quod numquam est permittendum, vt proximè diximus. Quod Accurs. noster nō videtur benè percepisse, Syluam cæduā accipiens pro matura. Cùm tamē nihil intersit an cædua intempestiuè cedatur, an suo tempore *d.l.si absente 48.§.1.]. hoc tit.*

11. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

ARboribus euulsis, vel vi ventorum deiectis: vsque ad vsum suum, & villæ posse vsufructuarium ferre. Labeo ait: nec materia eum pro ligno vsurum [a], si habeat, vnde vtatur ligno. quam sententiam puto veram. alioquin & si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius[b]. materiam tamen ipsum succidere [c], quantùm ad villæ refectionem, putat posse: quemadmodum calcem (inquit) coquere, vel harenam fodere, aliúdve quid ædificio necessarium sumere.

Ad l. Arboribus 11.

Ratio dubitandi. Si hanc legem intelligas de sylua cædua ratio dubitandi erit maxima & apertissima, quòd potuerit fructuarius suo iure arbores etiam grandes & ad vendendum quoque cædere. Quidni ergo arbores euulsas, vel vi ventorum deiectas sibi retineat? Sin cum Accursio, quod omnino verum est de sylua non cædua, Ratio dubitandi erit quòd longè alia videatur causa esse cædendarum arborum, alia euulsarum aut vi deiectarum. Quę enim nondum casæ, nec euulsę, nec deiectæ sunt adhuc fundo cohærent, & sunt pars fundi *l. fructus 44. supr. De rei vindic. l. sed si meis 26.§.arbor.]. de acquirend. rer. domin.* Et porrò fundus fieret deterior si ex sylua non cædua arbores saltem grandes cæderentur. Fructuario autem numquam permittitur vt rem fructuariam efficiat deteriorem *l. ex sylua 10. supr.* At cùm arbores iam euulsæ sunt, vel vi ventorum deiectæ, non potest amplius fieri fundus deterior per fructuarium, tametsi omnes illas arbores sibi retineat. Quidni ergo liceat ei retinere.

Dec. Meum est quod ex re mea superest, eiúsque vindicandi ius habeo *l. solum 49.§.1. supr. De rei vindic.* Ergo arbores euulsæ, aut vi ventorum deiectæ quas fructuarius suo iure cædere non potuisset, cùm numquam fuerint in fructu, remanent proprietatij, quià sunt ex re ipsius, ideóque vindicari ab eo possunt, Nisi vsque ad vsum fructuatij, & villæ fructuariæ. Hactenus enim permittendum est fructuario iis vti, quoniam & sylua integra potuisset ex sylua cædere in vtilitatem vineæ, aut villæ, dum ne deteriorem faceret syluam, vt modò diximus. Æquissimo sanè temperamento, vt neque vsufructuarius omni commodo vsusfructus priuetur, neque proprietarius lædatur. Semper enim commodissimæ sunt interpretationes quæ patti vtrique fauent *l. ex his 8. infr. quæ in fraud. credit.*

a *Nec materia eum pro ligno vsurum.* Rectè Accursius materiam interpretatur quæ est apta ad ædificandum. Lignum verò quod ad comburendum *l. ligni 55. in princ. de leg. 3.* Sensus ergo est, Non esse permittendum fructuatio vt ligno quod materiæ loco esse potest ad ædificandum abutatur ad comburendum. Sed hoc ita si aliunde habeat lignum quo vtatur. Alioqui nec arbores materiæ causa succisas, comburi tamen quicquam verat *d. l. ligni.* Placet etiam quod Accursius notat, Tum quoque cùm arboribus succisis vti fructuarius tanquam ligno non potest, cogendum tamen proprietarium arbores illas tollere suo sumptu si incommodiorem faciant vsumfructum. Ita enim disertè scriptum est in *l. Proculus 19.§.1. infr. hoc tit.*

b *Omnes arbores aufferret fructuarius.* Siue ad comburendum, vt interpretatur Accursius, siue etiam ad vendendum, Quod esset sanè perabsurdum. Ita enim fieret vt nulla proprietatis vtilitas ne spe quidem remaneret penes proprietarium sylua existente non cædua.

c *Materiam tamen ipsum succidere.* Ratio dubitandi. Materia arborum euulsarum, aut ventorum vi deiectarum ad proprietarium pertinet non ad fructuarium quando sylua cædua non est, vt proximè diximus. Ergo succidere eā fructuarius non potest.

Dec. Posset fructuarius etiam stantem syluā cædere ad necessitates aut vtilitates, vineæ aut villæ, cuius vsusfructus legatus est. Nam ea res ad domini quoque vtilitatē pertinet. Ergo multò magis euulsas arbores aut vi ventorum deiectas succidere poterit, quod attinet ad villæ refectionem quantū satis aut necesse est. Eadémque ratio est eius quod sequitur. Calcis etiam coquendæ aut harenæ fodiendæ ius habere fructuarium, aliúdve quidlibet faciendi quod ædificio, vel construendo, vel conseruando sit necessarium. Nam & ista quoque omnia ad proprietatis & proprietarij commodum spectant. Nemo autem potest vnquam alteri obiicere cur id fecerit, aut non fecerit, propter quod vel factum, vel non factum is qui obiicit, commodum aliquod senserit, aut sensurus sit *l. si extraneus 35. l. cùm in fundo 78.§. quod si mulier.]. de iur. dot.*

1 ¶ Nauis vsufructu legato nauigandum mittendam puto: licet naufragij periculum immineat: nauis enim ad hoc paratur, vt nauiget.

Ad §.1. Nauis vsufructu.

Ratio dubitādi. Culpa est si quis non prauideat & prospiciat periculum, quod emergere verisimiliter potest *l. si quis domū 9.§.1.]. locat. 9. itē is cui. vers. Alioqui. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Vulgatúmque est non minùs q̃ verum verbum illud Sapientis *Qui amat periculū, peribit in illo.* Ergo si naufragij periculū immineat non est permittendum fructuario, vt nauim fructuariam mittat nauigatum. Dec. Nauis non ad aliud parata est quàm vt nauigetur. Quenā enim ipsius vtilitas esse potest si non exerceatur? Vnde & exercitorem appellamus eum qui nauim regit, & exercitoriam actionem quæ contra illum comparata est *l. 1. & tot. tit. de exercit. act.* Nulla igitur fructuarij culpa esse intelligitur si nauē trans mare miserit, dūmodò idoneo tēpore nauigationis, eáq; idoneis hominib. commiserit. Secus si vel aduerso tēpore vel imperito exercitori commissam miserit

Vtique

l. vtique 16. in fin. l. qui petitorio 36. §. 1. supr. de rei vindic. Periculum ergo nauis non ad alium quàm ad proprietarium spectare potest *l. si nauis 62. eod.* Dum ne tam imminens naufragium sit, vt certum existat nauim perituram. Sic enim hic locus intelligi procul dubio debet. Neque tamen probo quod hinc Accursius infert, Socium posse vti sylua vel alia re communi inuito socio, dummodò in eum vsum in quem est. Nam imò verò constat, In iure pari meliorem esse causam socij prohibentis *l. in re communi 26. vrban. præd. l. Sabinus 28. infr. Commun. diuid.* Ob eámque causam nimirum comparatum est iudicium Communi diuidundo, ad secandas discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. §. dulcissimis. de legat. 2.* Ne scilicet inuitus quisquam in communione manere compellatur *l. vltim. Cod. commun. diuid.* sicuti nec inuitus quisquam in communionem incidere compellitur *l. si non sortem 26. §. si centum. infr. De condict. indebit.*

2 ¶ Vsufructuarius vel ipse frui ea re, vel locare, vel alij fruendam concedere, vel vendere potest. nam & qui locat, vtitur: & qui vendit, vtitur. sed & si alij precariò concedit, vel donet [c]: puto eum vti, atque ideò retineri vsumfructum. & hoc Cassius & Pegasus responderunt: & Pomponius libro quinto ex Sabino probat. Non solùm autem [d], si ego locauero retineo vsumfructum: sed & si alius negotium meum gerens locauerit vsumfructum: Iulianus libro trigensimo quinto scripsit, retinere me vsumfructum. Quid tamen, si non locauero, sed absente, & ignorante me negotium meum gerens vtatur quis, & fruatur? nihilominùs retineo vsumfructum. quod & Pomponius libro quinto probat per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisiui.

Ad §. 2. Vsufructuarius.

Ratio dubitandi. Vsusfructus est seruitus personalis, quia debetur personæ & ei cohæret *l. 1. §. vlt. infr. quibus mod. vsusfr. amitt.* Ergo non potest egredi personam fructuarij *dict. §. vltim.* iunct. *l. quia tale 14. infr. solut. matrim. l. ex pluribus 41. infr. De admin. tutor.* Ergo fructuarius ipse per se frui debet non alij vsumfructum vendere, vel locare, vel alij rem fruendam concedere.

Dec. Satis vtitur ipse & fruitur qui per alium vtitur fruitur. Sicut & in omni ferè iuris parte ita obseruatur, vt qui per alium facit per seipsum facere videatur *l. ita autem 5. §. quòd si quis. infr. de admin. tutor.* Nec eo modo cohæret vsusfructus personæ fructuarij quod fructus ipsi ab alio percipiantur *l. necessariò 8. §. vlt. j. de peric. & commod. rei vendit. l. si vsusfructus 66. j. de iur. dot.*

a *Vel locare.* Ratio dubitandi. Locare seruitutem nemo potest *l. locare 44. infr. locat.* Vsusfructus autem est seruitus & prima quidem ac dignior inter personales. Dec. Vsusfructus cùm sit seruitus personalis, debita scilicet personæ non prædio, potest locari commodè cuilibet, quia consistit maximè ex vtendo fruendo *l. 1. infr. quand. dies vsusfruct. legat. ced.* quod facere quilibet potest perinde ac vsufructuarius dummodò faciat ex fructuarij voluntate, Indéque est quod etiam inuito proprietario vsusfructus pignori dari potest *l. si is qui 1. §. vsusfructus j. De pignor.* quod in seruitutibus prædiorum siue vrbanorum, siue rusticorum ipso iure diuersum est, quia sine prædiis vtilitatem nullam habere possunt, Nisi quòd rusticarum seruitutum aliqua vtilitas esse potest si modò vicinum prædium habeat is cui dantur pignori, ob idque oppigneratio earum ob vtilitatem contrahentium permissa est *§. vltim. eiusd. leg. cum seq.* Ergo quod dicimus seruitutem locari non posse, ad seruitutes reales restringendum est, non ad personales extendendum. Et verò quemadmodum satis fruitur qui vsumfructum vendidit, quia precio fruitur, Ita & is qui locat, quoniam pro fructu rei mercedem percipit. Mercedes enim & pensiones prædiorum loco fructuum sunt *l. mercedes 29. sup. De petit. hered. l. prædiorum 38. infr. De vsur.* Vestimenta planè excipienda sunt ne fructuarius ea locare possit, quia scilicet non ita vir bonus vestimentis vteretur *l. sed si quid 15. §. & si vestimentorum. j. hoc tit.*

b *Vel al. fruendam concedere.* Ratio dubitandi. Vsusfructus extraneo cedi non potest, sed soli domino si ei cedatur in iure *l. si vsusfructus 66. j. De iur. dot.* Id enim est dicere Vsumfructum esse personalem.

Dec. Aliud est vsumfructum cedere, Aliud verò vendere vel commodare, vel donare, vel alij rem fruendam concedere. Nam his casibus non transfertur ius ipsum vsusfructus in emptorem aut donatarium, sed tantùm facultas percipiendorum fructuum: Ius enim fructuarij residet in persona ipsius ex qua etiam finitur & conseruatur *dict. l. necessariò 8. §. vltim. infr. De peric. & commod. rei vendit.* Et separandum est omnino ius vsusfructus à fructuum perceptione quæ tota facti est *dict. l. si vsusfructus.* Iunge *§. vltim. Instit. De vsufruct. & §. 1. De vsu & habit.*

c *Sed & si alij precariò concedat vel donet.* Ratio dubitandi. Qui precariò concedit vel donat vsumfructum, nihil vicissim accipit per quod ipse vti frui videatur: In eóque dissimilis est venditori vsusfructus qui vtitur precio, & locatori, qui vtitur mercede. Nō eadem igitur eius qui vsumfructum precariò accipit & donatarij ratio constitui debet, Agnoscitque hanc differentiam Iureconsultus in *l. quod si donauero 40. j. hoc titul.*

Dec. Tam vtitur per alium qui precariò concedit, vel donat vsumfructum quàm qui vendit vel locat, Idcóque nec magis amittit non vtendo vsumfructum si modò ipse donatarius vtatur, quem tamen amitteret si nō ipse per donatarium vti frui videretur *dict. l. quòd si donauero.* Cùm ius ipsum vsusfructus ex persona vsufructuarij æstimandum sit, non ex persona illius qui fructus percipit *dict. l. necessariò 8. §. vltim. De peric. & comm. rei vendit.* Differentia tantùm illa est, quòd si donatarius vsusfructus non vtatur fruatur nec per se nec per alium (nam & vsumfructum perinde vendere ipse aut locare alij posset) vsusfructus non vtendo amitteretur, non donatario tantùm, sed etiam donatori, quia verum esset neutrum eo vsum fuisse. Quod in eo qui vsumfructum vendidit, vel locauit diuersum est cùm vice fructuum percipiat precium vel mercedem *dict. l. quòd si.* iunct.

l. quia qui precio 9. *& preced. §.* Benè autem hic Vlpianus de eo qui precario vsumfructum concedit, & de illo qui vsumfructum donat, coniunctim loquitur, quoniam precarium accedit proximè ad causam donationis & liberalitatis *l. interdictum* 14. *§. de precar.*

d *Non solùm autem.* Ratio dubitandi. Etiam absentis & ignorantis negotium ab alio geri potest *l. 1. & tot. tit. supr. De negot. gest.* Nemo autem ignorans potest animum habere vsusfructus retinendi.

Dec. Ratihabitio æquipatatur mandato *l. vlt. C. ad SC. Maced.* Nec quicquam refert an fructuarius ipse rem fructuariam locauerit, an alius eius absẽtis & ignorantis nomine, dummodò locationem fructuarius ipse ratam habuerit, & quidem intra tempus legitimum, id est, antequàm vsusfructus non vtendo amissus sit. Alioqui sera & inutilis esset ratihabitio *l. penult. infr. rat. rem haber. l. 3. §. acquirere. infr. de bonor poss.* Eandem dubitandi & decidendi rationem habet, quod sequitur in textu e in versic. *Quid tamen*, vbi malo legere *si non locauerit* quàm vt vulgò legitur *si non locauero.* Iam enim casum illum tractauerat quo non ego vsumfructum meum locauero, sed alius negotium meum gerẽs. Supererat igitur explicandus ille casus quo nec ego ipse locauero, nec alius meo nomine, sed absente & ignorante me amicus ille meus negotium meum gerens vtatur ipso & fruatur. In qua specie meritò Vlpianus respondet nihilominùs retinere me vsumfructum, quia per eum videor ego ipse vsus propter ratihabitionem. Hæc enim ratio est quæ insinuatur his verbis *per hoc quòd negotiorum gestorum actionem acquisiui.* Neque enim possum illam mihi acquirere, nisi per ratihabitionem. Nec potest videri non vsus qui hoc ipso quod alius vsus est contra eum actionem acquisiuit, & quidem negotiorum gestorum. Quomodo enim haberet si non ipsius gesta essent negotia?

3 ¶ De illo Põponius dubitat: si fugitiuus, in quo meus vsusfructus est stipuletur aliquid ex re mea, vel per traditionem accipiat: an per hoc ipsum, quasi vtar, retineam vsumfructum magisque admittit retinere. nam sæpè etiam si præsentibus seruis non vtamur [a], tamen vsumfructum retinemus: vtputa ægrotanti seruo, vel infanti cuius operæ nullæ sunt [b], vel defectæ senectutis homini. nam & si agrum aremus: licet tam sterilis sit, vt nullus fructus nascatur: retinemus vsumfructum. Iulianus tamen [c] libro trigensimo quinto Digestorum scribit, etiam si non stipuletur quid seruus fugitiuus, retineri tamen vsumfructum. nam qua ratione (inquit) retinetur à proprietario possessio, etiam si in fuga seruus sit: pari ratione etiam vsusfructus retinetur.

Ad §. 3. De illo.

Ratio dubitandi. Fugitiuus seruus cùm aliquid stipulatur etiam ex re mea vel per traditionem accipit, non tamen habet animum faciendi aliquid nomine domini cùm sui ipsius furtum faciat quãtum potest *l. 1. C. de seru. fugit.* Ergo non potest per eum retineri vsusfructus.

Dec. Per seruum fugitiuum retinetur etiam possessio, nisi cùm vel se pro libero gerit, vel ab alio possidetur, quia sicuti suam ipsius possessionem interuertere non potest, ita nec aliarum rerum potest *l. 3. §. si seruus l. per eum* 50. *§. fin. l. rem qua nobis* 15. *in fin. de acquirend. poss.* Quidni ergo cum possessione vsusfructus quoque per eum retinebitur? Maximè verò si etiam illud concurrat, vt ex re mea stipuletur aliquid aut per traditionem accipiat, quibus duobus casibus acquiri solet fructuario per seruum fructuarium *l. acquiritur* 10. *§. de his. §. de acquir. rer. domin.* Nam & nullo horum interueniente adhuc tamen dicendum est per seruum fugitiuum & possessionem & vsumfructum retineri vt subiicitur.

a *Etiamsi præsentibus seruis non vtamur.* Ratio dubitandi. Vsusfructus amittitur ex vtendo fruendo *l. vnic. infr. quand. dies vsusfruct. legat.* Ergo non potest quis vsumfructum retinere eius serui quo non vtatur.

Dec. Sufficit non stare per fructuarium quominùs vtatur, sed stare per rem ipsam fructuariam, quæ licèt sit præsens, nullum tamen vsum præstare possit. Vt in exemplis quæ hic ponuntur, De seruo ægrotante, vel infante cuius operæ nullæ sunt, vel in homine defectæ senectutis, Item de agro, qui sit ita sterilis vt quamuis aretur, nullus tamen eius fructus percipiatur. Plus dicit Accursius, ne malè. Etiam ægrotanti famulo, & vt ipse loquitur, dapifero salarium deberi eius temporis quo ita fuit infirmus vt nullas operas præstare potuerit cùm seruire videatur, quandiu in famulitio nostro est, & qui cupiens seruire, propter aduersam tamen valetudinem impediatur, vt Paulus loquitur in *l. cùm heres* 4. *§. Stichus si hered. infr. De statu liber. l. vltim. §. 1. infr. De oper. seruor.* Satis enim est per eum qui aliud facere debet non stare quominùs faciat *l. 1. §. Diuus Seuer. infr. de var. & extr cognit. l. qui operas* 38. *infr. locat.*

b *Cuius opera nulla sunt.* Ratio dubitandi. Etiam impuberis operæ aliquæ esse possunt *l. ceterum* 36. *supr. De rei vindic.* Dec. Non tamen infantis, cùm in ea ætate non modò ratione ac iudicio, sed etiam sensu carere videatur *l. si infantis* 55. *infr. hoc titul.* Infans enim ille est non qui nondum fari nequit, sed qui minor septennio *l. si infanti* 18. *C. de iur. delib.* De infante tamen qui minor sit quinque annis loquitur Vlpianus in *d. l. vlt. §. 1. De oper. seruor.* Iunge *l. vlt. in fin. infr. De liber. caus.*

c *Iulianus tamen.* Ratio dubitandi. Permisceri causas possessionis, & vsusfructus non oportet, quemadmodum nec proprietas & possessio misceri debent *l. penult. infr. de acquirend. poss.* Ergo quamuis per seruum fugitiuum possessio retineri possit, nõ ideò tamẽ bona consecutiuum est vt vsusfructus quoque retineatur. Præsertim si neque stipuletur aliquid ex re fructuarij, neque per traditionem accipiat, quibus tantùm casibus acquiri fructuario per seruum alienum potest *d. l. acquiruntur* 10. *§. de his. §. de acquir. rer. domin.*

Dec. Non magis potest seruus fugitiuus per fugam suam nocere fructuario, quàm proprietario, & quandiu conseruatur ius integrum proprietarij, conseruatur etiam per quasdam veluti conse

consequentias ius fructuarij, Ne alioqui sit in potestate serui deteriorem serui non delinquentis condicionem facere *l. 2. ȷ. quod vi aut clam*, cùm fructuarius licèt propriè non possideat, quia sciens alienam rem non habet animo domini, naturaliter tamen possidere videtur *l. naturaliter 12. ȷ. de acquir. poss.* iunct. *l. certè 6. §. is qui. ȷ. De precar.* quia possidet ad suam vtilitatem cùm vsusfructus omne commodum & emolumentum rei contineat *l. Mauius 66. §. fundo legato. De legat. 2.* Non ergo video quanam ratione Bartolus ex hoc §. inferat, Per vnum actum singularem retineri quasi possessionem totius iuris in vniuerso, Cùm in hac specie retineatur vsusfructus in seruo fugitiuo, etiamsi nulla in re sit eo vsusfructuarius. Illud sanè verum est quod idem Bartolus notat faciliorem esse retentionem quàm acquisitionem, etiam in exemplo quod ille adfert de iurisdictione.

4 ¶ Idem tractat quid, si quis possessionem eius nanctus sit: an, quemadmodum à proprietario possideri desinit: ita etiam vsusfructus amittatur. Et primò quidem ait, posse dici amitti vsumfructum, sed licet amittatur, tamen dicendum, quod intra constitutum tempus ex re fructuarij stipulatus est, fructuario adquiri potest. Per quod colligi, posse dici, ne quidem si possideatur ab alio, amitti vsumfructum, si modò mihi aliquid stipuletur, paruique referre, ab herede possideatur, vel ab alio, cui hereditas vendita sit, vel cui proprietas legata sit, an à prædone: sufficere enim ad retinendum vsumfructum, esse affectum retinere volentis, & seruum nomine fructuarij aliquid facere, quæ sententia habet rationem:

Ad §. 4. Idem tractat.

Ratio dubitandi, Non potest fructuarius vti frui nisi rem fructuariam possideat naturaliter *l. naturaliter 12. infr. de acquirend. poss.* Atqui seruus fugitiuus qui ab alio possidetur hoc ipso desinit possideri à fructuario, adeóque à proprietario ipso, à quo tamen magis propriè ac verè possidetur *l. 3. §. si seruus. l. per eum 50. §. 1. infr. de acquirend. possess.* Ergo vsumfructum quoque simul cum possessione hoc saltem casu amitti necesse est. Et ita Pomponius generaliter & indistinctè credidit, Eo scilic. casu, quo intra tempus constitutum ad vsumfructum non vtendo amittendum seruus fugitiuus nihil omnino fecerit per quod fructuarius eo vsus fuisse videri possit, Nec Vlpianus repugnat: Sed si intra constitutum illud tempus, quod olim erat biennij, hodie est decennij *l. vlt. in fi. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* seruus fugitiuus aliquid stipulatus sit aut per traditioné acceperit ex re fructuarij. Non dubitat Vlpian. quin illud ipsum fructuario quæsiuerit. Quidni enim? Cùm eo tempore nondũ amissus esset vsusfructus? Ex hoc verò infert statim, & colligit. Non ergo amitti vsumfructum hoc casu, id est, cùm seruus fugitiuus medio tempore aliquid stipulatus est ex re fructuarij, quamuis hic seruus toto illo medio tempore ab alio sit possessus. Neq; hoc, vt puto, Pomponius negaret. Ratio enim euidẽs est quæ in textu subiicitur quòd ad retinendum vsumfructũ sufficiat, Esse affectum retinere volentis fructuarij. Et seruum nomine fructuarij aliquid facere, Paruiq; refert, inquit Vlp. an ab herede possideatur seruus fugitiuus, vel ab eo cui hereditas vẽdita sit, vel proprietas legata, an à prædone, Cùm possessionis & vsusfructus causas permisceri non oporteat *dict. l. pen. ȷ. de acquir. poss.* Et ita hic locus omnino accipiendus est. Malè autem Accursius noster simile esse putat, quod scriptum est in *l. & Attilicinus 35. ȷ. Rustic. præd.* Nam in illa specie ipso iure ius seruitutis non vtendo amittitur, sed ex æquitate ab Imper. restituitur. Hic verò vsusfructus non amittitur, ideóq; nec restituendus est. Vtrumque sanè ad retinendũ vsumfructum debet concurrere. Affectus scil. retinendi ex parte fructuarij. Et effectus stipulandi, aut quid aliud faciendi. Ex iis scilicet quæ pro fructuario seruus fructuarius & potest & debet. Nam cùm dicit Vlpianus, vtrumque sufficere, Non potuit apertiùs dicere, Alterutrum ergo non sufficere.

5 ¶ Iulianus libro trigensimo quinto Digestorum tractat.

SI fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur: domino fundi, an fructuario? & putat: quoniam fructus non fiunt fructuarij, nisi ab eo percipiantur, licèt ab alia terra separantur: magis proprietario condictionem competere: fructuario autem furti actionem [a]: quoniam interfuit eius, fructus non esse ablatos. Marcellus autem mouetur [b] eo, quòd si posteà fructus istos pactus fuerit fructuarius, fortassis fiant eius. nam, si fiunt qua ratione hoc euenit: nisi ea, vt interim fierent proprietarij: mox adprehensi, fructuarij efficientur, exemplo rei sub condicione legatæ: quæ interim heredis est: existente autem condicione, ad legatarium transit: verum est enim condictionem competere proprietario. Cùm autem in pendenti est dominium [c], vt ipse Iulianus ait in fœtu, qui summittitur, & in eo, quòd seruus fructuarius per traditionem accepit: nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto dicendum est, condictionem pendere, magísque in pendenti esse dominium.

Ad §. 5. Iulianus. Aliàs l. si fur.

Ratio dubitandi. Fructuarius dominus est vsusfructus *l. 3. infr. si vsusfr. pet.* Imò verò vsusfructus est pars dominij in plerisque casibus *l. 4. supr. hoc titul.* quoniam vsusfructus totum rei commodum & emolumentum continet *l. Mauius 66. §. fundo.* iunct. *l. cùm fi ius 76. §. dominus. De legat. 2.* Neque rursus furtum sit proprietatis, sed possessionis, cùm nihil aliud sit furtum quàm interuersio possessionis vel vsus *l. 1. §. Scæuola. ȷ. si is qui testam. lib. es. iuss.* Ad fructuariũ autẽ solum vsus pertinet, adeóq; possessio saltẽ naturalis quæ ex facto & corpore æstimatur.

non ad proprietarium *l. naturaliter 12. in princip. ȷ. de acquir. poss.* Ergo si maturos fructus fur decerpserit vel desecuerit & pendentes, dicẽdum videtur fructuario non proprietario competere cõdictionem.

Dec. Condictio furtiua non alij datur quàm domino *l. 1. infr. de condict. furt. l. vlt. in fin. ȷ. Vsufr. quemadmod. caueat. §. sic itaque. Instit. de action.* Dominus autem fructuum non est fructuarius antequàm eos ipse perceperit, aut alius ipsius nomine *l. fructuarius 13. infr. quibus mod. vsusfr. amit.* Quandiu enim sunt in fundo, licèt maturi & pendentes, sunt pars fundi *l. fructus 44. ȷ. de rei vindic. l. si seruus 61. §. locati. infr. de furt.* & ideò ad proprietarium pertinent cuius est proprietas fundi. Eiusque remanent quandiu alterius facti non sunt. Porrò nemo dixerit furem eos fecisse suos cùm decerpsit. Furtum ergo eorum fecit proprietario magis quàm fructuario. Et cùm non possit fieri vt condictio vtrique competat, non magis quàm vt ambo sint domini in solidum *l. 3. §. vlt. infr. commod.* consequens omnino est vt soli proprietario competat, tanquam qui solus sit fructuum subreptorum dominus. Aliud enim est dominium vsusfructus, qui in iure consistit. Aliud verò dominium fructuum qui sunt corporales. Vsufructuarius dominus est vsusfructus etiam priùs q̃ fructus perceperit, sed non fructuum, nisi eos & perceperit, & in horrea retulerit, aut alius eius nomine *d. l. si fructuarius messem 13 ȷ. quib. mod. vsusfr. amitt.* vbi dicitur minùs eum habere iuris in percipiendis fructibus quàm bonæ fidei possessorem, cuius sc. fructus fiunt statim atque à solo separati sunt etiam ab alio, & alterius, quàm ipsius possessoris nomine *l. qui scit 55. §. 1. infr. de vsu. l. antep. supr. de rei vindic.* vbi dixi.

a *Fructuario autem furti actionem.* Ratio dubitandi. Condictio furtiua præsupponit factum esse furtum cùm non detur nisi aduersus furem ipsum, vel heredem eius *l. ex furtiua 5. infr. de condict. furt.* ideóque concurrit facilè ac ferè semper cum furti actione *§. sic itaque. Instit. de action.* Maximè verò cùm nõ aduersus furis heredem, sed aduersus furem ipsum datur vt in proposito. Cùm igitur condictio fructuum furtiuorum competat proprietario nõ fructuario, vt modò diximus, Consequens est vt nec furti actio alij competere debeat q̃ proprietario.

Dec. Furti actio latiùs patet quàm condictio. Datur enim non soli domino vt illa, sed omnib. quorum ex honesta & iusta causa interest *l. cuius interfuit 19. cum seqq. inf. de furt.* Atqui non potest negari quin maximè intersit fructuarij fructus subreptos non esse, adeóque solius fructuarij, non etiam proprietarij, cùm si eos fur non decerpsisset vtique fructuarius pro suo iure illos percepisset ac suos fecisset. Furti ergo actionem soli fructuario dandam esse dicendum est. Nec verendum vt se mutuò impediant si ambo agant, Proprietarius condictione, fructuarius verò actione furti, cùm hæc actio solam pœnam, illa solam rem persequatur *l. si pro fure 7. §. 1. & vlt. infr. de condict. furt.* Nec sanè quicquam interest proprietarij quod furtum factum sit fructuum; cùm etsi maximè eos percepisset, fructuario tamen præstare & restituere debuisset *l. si homo 35. infr. de vsucap.* vbi tamen additur, Ita demùm furti actionem dandam esse fructuario etiam pro te quam proprietarius ipse numquam possederit, si potuerit ipse vti frui: hoc est, si vsusfructus legati dies cesserit, quod nõ contingit nisi ab adita hereditate *l. vnic. infr. quand. dies vsusfr. leg. ced. l. in eo 35. de acquir. rer. domin.* Quod autem addit Accurs. de præstita cautione. Quid enim si non fuerit petita? Scilicet cùm cautio non facit substantiam vsusfructus, id est, quando non est legatus vsusfructus earum rerum quæ vsu consumuntur. De quo scripsi ad *l. a supr.*

b *Marcellus autem mouetur.* Scripsit Marcellus notas ad Iulianum, & reprehensiones, plerumque iustas, aliquando reprehendendas, semper subtiles. Hæc vna est ex illis quas reprehendendi & contradicendi studio, verius quàm iusta ratione commentus fuisse videtur. Iulianus enim bene senserat soli proprietario condictionem furtiuorum fructuum competere, vt probauimus. Marcellus verò vt contrà sentiret quamuis dubitanter ex eo mouebatur, quòd si postea fructuarius illos fructus nanciscatur fortassis, hîc enim ponenda est virgula, id est, aliquo casu, ab alio scilicet quàm à fure (alioqui nulla superesset de condictione quæstio, vt benè Accursius noster ratiocinatur) vt que fierent fructuarij. Cur ergo, inquiebat ille, condictionem furtiuam proprietario dabimus horum fructuum nomine qui licèt nondum sint vsufructuarij, possunt tamen eius fieri inuito etiam proprietario. Sic enim hanc Marcelli dubitationem & rationem intelligo, vt Marcellus senserit ne quidem proprietario dandam non esse condictionem furtiuam. Non quasi voluerit, quomodo Accursius putat etiam fructuario dandam esse. Quomodo enim posset fructuarius habere condictionem fructuum, quorum ille iam possessionem quoquomodo nactus esset? Quis vnquam audiit condictionem furtiuam quæ nihil nisi rem ipsam persequitur dari possessori contra non possidentem, etiam ad æstimationem? Habet autem ratio Marcelli hunc colorem, quòd condictio furtiua non alij danda videatur, quàm ei qui absolutè ac irreuocabiliter ita sit dominus, vt ab eo inuito discedere dominium non possit, ex causa quæ furtum præcesserit. Quasi hoc casu dominium fructuum in pendenti esse credendum sit. Sed ad hanc rationem eleganter Vlpianus pro Iuliano respondet, Imò ex ea potiùs apparere, Fructus ergo subreptos interim esse proprietarij, Quo enim iure fierent fructuarij statim atque ab eo adprehensi essent si non interim fuissent proprietarij. Neque verò quod etiam inuito proprietario fructuarij aliquo casu fieri possunt, efficere debet vt eo minùs proprietarij anteà fuisse existimentur, Cùm non eo minùs nostrum quid esse intelligatur, quod eius dominium à nobis inuitis discedere aliquo casu possit, *l. non ideò 66. supr. De rei vindic.* vbi exemplum illud ipsum affertur, quo hîc accommodatè Vlpianus vtitur de re sub condicione legata quæ licèt eueniente condicione ita fiat legatarij vt numquam heredis fuisse retrofingatur, interim tamen est heredis, & quidem pleno iure, *leg. & post 12. §. res quæ infr. famil. erciscund. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum.* ita vt habeat heres vindicationem fundi cum fructibus etiam contra ipsum legatarium, *l. omnia 32. §. 1. infr. de legat. 2.* Nec proinde dominium eius rei sub condicione legatæ interim pendere dicitur, *l. 1. §. serui infr. de SC. Silan.* Itaque benè concludit Vlpianus contra Marcellum his verbis *Verum est ergo* (sic enim legendum est, non vt vulgo *enim*) *condictionem proprietario competere.* Non ait *etiam proprietario,* quasi

quasi admittens fructuario quoque competere quod nec verum est nec Marcellus vnquam sensit. Nec rursus *condictionem soli proprietario competere*, quasi Marcellus vtrique condictionem dedisset, sed ait *condictionem proprietario competere*, vt significet hoc ipsum esse quod Marcellus negabat. Accursius certè nec Marcelli nec Vlpiani sententiam percepit. Sequitur apud Vlpianum:

d *Cùm autem in pendenti est dominium.* Pergit Vlpianus disputare pro Iuliano contra Marcellum, non vt malè putat Accursius pro Marcello contra Iulianum. Ostendit autem non esse quidem nouum vt pendeat condictio furtiua quoties scilicet dominium ipsum in pendenti est, cuius gratiâ datur condictio. Sed ait in illa specie quam Marcellus contra Iulianum tractauit non esse dominium in pendenti, nec proinde condictionem, in eoq; malè Iulianum à Marcello reprehensum: Aliàs verò species posse varias adferri in quibus & dominium & condictio pendeat. Adfert autem duas: Quarum prima est de fœtibus qui in locum demortuarum pecudum substituendæ & summittendæ sunt à fructuario. Nam quousque summittantur incertum est cuius sint. Quandoquidem si summittantur erunt proprietarij, si non summittantur erunt fructuarij. Interim ergo pendet eorum dominium & consequenter si interim furto subrepti sint pendet eorum condictio, *l. quid ergo 70. infr. hoc tit.* Alia species est, si seruus fructuarius aliquid emerit & pet traditionem acceperit, nondum quidem soluto precio, sed tamen ab eo satisfacto. Nam & hoc casu pendet dominium eius sit an proprietarij an fructuarij quousque precij numeratio facta sit, ex qua possit apparere an ex pecunia fructuarij an ex pecunia proprietarij numeratum sit precium. Si enim ex pecunia proprietarij solutum erit preciũ, Proprietarij quoque erit dominium: Fructuarij verò si ex re ac pecunia fructuarij, *l. sed & si quis 25. §. 1. infr. hoc tit.* vbi aliud exemplum adfertur de fetuo fructuario, qui aliquid stipulatus est ex causa futuræ numerationis Pendet igitur etiam hoc casu condictio furtiua, quippe quę ęstimatur ex iure dominij. Nec possum animaduertere cur Accursius in his postremis verbis interpretandis redeat ad primam illam quæstionem propositam de fructibus subreptis, vt nouam Vlpiani sententiam inferat à Iuliani & Marcelli opinione dissidentem cùm totus hic postremus versiculus ad duas illas species pertineat, de quibus diximus quæ nihil commune habent cum quæstione de fructibus. Sed etsi Vlpianus in ea esset sententia, vt quantum ad subreptos fructus pertineret, in pendenti esset dominium, dissentiret quidem à Iuliano, sed non à Marcello, qui hoc ipsum adfirmabat in pendenti esse dominium fructuum, ideoque nec posse condictionem si proprietario competere cui eam Iulianus dabat. Fructuario autem nec Iulianus, nec Marcellus, nec Vlpianus vnquam dedit, vt ostendimus.

13. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SI cuius rei vsusfructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, vt officio iudicis hoc fiat. nam, sicuti debet fructuarius vtifrui, ita & proprietaris dominus securus esse debet de proprietate. Hęc autem ad omnem vsumfructum pertinere, Iulianus libro trigensimooctauo Digestorum probat.

SI vsusfructus legatus sit[b], non priùs dandam actionem vsufructuario, quam satis dederit, se boni viri arbitratu vsurum fruiturum. sed & si plures sint[c], à quibus vsusfructus relictus est, singulis satisdari oporret.

Ad l. Si cuius 13.

Ratio dubitandi. Legato non debet adijci onus quod testator ipse non adiecerit, ne testatoris liberalitas hoc ipso minuatur, Adeò vt si vni eidemq; personæ duo legata relicta sint quorum alterum sit cum onere, alterum sine onere possit legatarius consequi legatum quod sine onere datum est altero repudiato, *l. sed duobus 5. infr. De legat. 2.* Atqui satisdatio est onus, & quidem graue, quia non ita facile est cuilibet fideiussorem inuenire, *l. 1. § vlt. supr. De iudic.* Vnde est quod nemo superuacua cautione onerari debet, *l. hac stipulatio 14. infr. vt legat. seru. caus. cau.* Alioqui continger vt is cui testamento vsusfructus legatus est si satisdare nequeat nec vsumfructum percepturus sit quod à testatoris voluntate alienum certè fuerit.

Dec. Sicuti debet fructuarius vti frui, ita & proprietatis dominus securus esse debet de proprietate, Cùm nihil aliud sit vsusfructus quàm ius vtendi fruendi alienis rebus salua earum substantia, *l. 1. supr.* Non potest autem securus esse proprietarius nisi cautum ei sit per stipulationem illam Prętoriam quam introduxit Prętor, & quę habet duas clausulas De vtendo fruendo arbitrio boni viri & De re restituenda, *Tot. tit. infr. Vsufr. quem. caueat.* Cumq; sit illa stipulatio prætoria exigit satisdationem, vt generaliter cæteræ omnes prætoriæ stipulationes *l. 3. infr. de prætor. stipulat. l. de die 8. §. tutor vers. item de re restituenda supr. qui satisd. cogant.* Sed nõ ideò consequens est quod Accursius infert, vt fructuarius non antè faciat fructus suos quàm satis dederit. Aliud enim est dicere, Proprietarium posse satisdationem desiderare, quomodo Vlpianus hîc loquitur, Aliud verò, Non priùs fieri fructus fructuarij quàm ipse satisdederit. Nec pugnat *l. vxori fructu 24. De vsufr. leg.* quæ non de cautione ista loquitur sed de ea quam præstari ex senatusconsulto necesse est ad vsumfructum constituendum earum rerum quæ vsu consumuntur, De qua & in *l. 1. C. hoc tit.* vt dixi ad *d. l. 1. supr. eod.*

a *Ad omnem vsumfructum.* Id est, siue ex testamento, siue ex voluntario contractu vsusfructus constitutus est, vt loquitur Imp. Alexander in *l. vsufructu 4. C hoc tit.* Aliquando tamen hæc cautio fructuario remittenda est, vt in specie *l. si vsusfructus 9. §. planè si ex die infr. vsufr. quem. caueat.*

b *Si vsusfructus legatus sit.* Eadem huius versiculi sententia est quæ præcedentis, Nisi quòd paullò plenior est. Explicat enim quænam illa satisdatio sit quam dixerat posse desiderare proprietarium, scilicet de vtendo fruendo arbitrio boni viri. Sed

Digitized by Google

tamen nec satis plena est hæc interpretatio. Habet enim satisdatio illa sicut & stipulatio cui accedit duas partes, vt diximus, Vnam si aliter quis vtatur quàm vir bonus arbitrabitur, Alteram de vsufructu restituendo aut potiùs de ipsa re fructuaria restituenda. Quarum prior committitur statim atque aliter fuerit vsus, & sæpius committitur, sequens verò semel tantùm nec nisi finito demùm vsufructu, *l.1.§.habet autem infr. Vsufr. quem. cau.* Est igitur satisdatio hæc quædam veluti condicio sine qua actionem De vsufructu habere fructuarius non potest. Sed non sine qua fructus suos facere nequeat si fortè & ad petitionem admissus fuerit & traditus ei sit vsusfructus ante petitam satisdationem: Quippe quam remitti posse certum est à proprietario si nolit eam exigere, Cùm sufficiat per fructuarium non stare quominùs ea cautio præstetur, *l.1. §. non exigit infr vt in poss. legat.* Planè quin à testatore remitti ea possit non dubito. Nam quod contrà scriptum videtur in *l.1. C. hoc tit.* ad aliam cautionem pertinet quę facit substantiam vsusfructus, Earum scilicet rerum, quæ vsu consumuntur, vt suprà scripsimus. Et quæ cautio si per errorem, & imperitiam proprietarij omissa sit condici quandoque potest, tanquam sine qua nullus vsusfructus eorum rerum esse possit, *l.5.§.1. infr. De vsufr. ear. rer.* Quamquam & in alia cautione idem iuris est, *leg. 3. in fin. & l. etsi vsusfructus 7. infr. vsufruct. quem. caueat.*

c *Sed etsi plures sint.* Ratio dubitandi. Vnus tantùm est vsusfructus qui vni personæ à pluribus heredibus legatus est, & consequenter vnum duntaxat legatum. Ergo vnica satisdatio sufficit licèt plures sint heredes, Ne alioqui multiplicatis heredum personis multiplicata quoq; satisdatione fructuarius oneretur. Nam & dici solet ex personis heredum condicionem obligationis immutari non debere, *l.2.§.ex his infr. De verb. oblig.*

Dec. Satisdatio hæc non alia de causa iniungitur, quàm vt proprietarius securus sit de proprietate, vt iam diximus. Atqui quot sunt heredes tot sunt proprietarij. Totidem ergo stipulationes & satisdationes præstandæ sunt, Præsertim cùm alioqui ex stipulatione vnius ex heredibus quæri aliis actio nulla posset, ex reg. *l. quæcunque 11. infr. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig.* Nec eo magis oneratur fructuarius, Nisi hactenus vt plures habiturus sit creditores. Plures siquidem illæ stipulationes ad vnum & eundem vsumfructum restringuntur.

1 ¶ Cùm igitur de vsufructu agitur: non solùm quod factum est, arbitratur, sed etiam, in futurum quemadmodum vtifrui debet.

Ad §.1. Cùm igitur.

Ratio dubitandi. Satisdatio hæc continet, Fructuarium boni viri arbitratu vsurum fruiturum, vt proximo §. Vlpianus scripsit. Ergo ad id quod iam factum est non pertinet.

Dec. Idem arbitrium est boni viri de vtendo fruendo; tam pro tempore præterito quàm pro futuro. Nec aliter frui debuit fructuarius ante præstitam satisdationem quàm post, Cùm non ideò boni viri arbitrio frui debeat fructuarius quòd satisdederit, sed ideò satisdare quòd iuris & æquitatis ratio postulet vt boni viri arbitrio frui debeat etiam citra satisdationem.

a *Sed etiam in futurum.* Ratio dubitandi. Cautiones non solent interponi nisi de eo quod iam factum est vt si fortè lateat nulla inde captio sequatur, vt in *l. si post acceptum 18. & sequ. supr. De rei vindic.* Nec facilè ad iudicem pertinet futuri temporis tractatus, *l.1.§.1. infr. de vsur.*

Dec. Prout natura negotij fert de quo agitur, cauendum est nunc de tempore præterito, nunc de futuro, aliquando de vtroque, *l. egi 12. infr. si seruit. vindic. l. præterea 20 supr. de rei vindic. l. item si 14. §. quatenus supr. Quod met. caus.* Hæc autem potissimùm satisdatio pro futuro tempore interponitur maximè, Cùm hoc vnum caueat fructuarius se viri boni arbitrio fruiturum.

2 ¶ De præteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aquilia tenetur, & interdicto *quod vi aut clam*, vt Iulianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus, necnon furti, certum est: sicut quemlibet alium, qui in aliena re tale quid commiserit.

Ad §.2. De præteritis.

Ratio dubitandi. De præteritis damnis tenetur fructuarius actione ipsa De vsufructu, id est hactenus vt eum petentem vsumfructum non aliter audire Prætor debeat quàm si damna ante satisdationem illata sarcierit. Quid ergo necesse est eorum nomine dari quoque actionem legis Aquiliæ aut interdictum Quod vi aut clam. Nec enim frustra multiplicandæ sunt actiones, vt constat ex §. *prox. seq.* sicuti neque entia frustra vnquam multiplicanda sunt, secundum philosophos.

Dec. Non est nouum vt de vna & eadem re contra eandem personam variæ actiones competat variis respectibus, Dum ne per eas actor idem bis consequatur, *l. cum filius 76.§. variis de legat. 2. l. quod in heredem 9 §. eligere infr. de tribut. act. l. qui seruum 34. l. pen. infr de oblig. & act. l. si quis dolo 51.§.1. De re iudic.* In proposita autem specie fructuarius tenetur de damnis ante satisdationem datis tanquam fructuarius, actione ipsa de vsufructu, Lege autem Aquilia vel interdicto Quod vi aut clam sicuti alius quilibet. Datur enim illud interdictum omnibus, quorum interest nec minùs proprietario contra fructuarium, quàm contra extraneum, adeoque fructuario etiam contra proprietarium *l. is qui in puteum 11. §. vlt. cum duab. legib. sequent. infr. quod vi aut clam.* Neque est nouum vt vna eademque persona diuerso iure censeatur & vt quis teneatur & tanquam talis, & tanquam alius quilibet, *l. si paterfamilias 15. §.1. supr. de adopt.* Sed & plenior est actio De vsufructu quàm legis Aquiliæ & quàm interdictum Quod vi aut clam & furti, quia nec legis Aquiliæ nec interdictum illud, nec furti actio datur nisi de damnis datis, Actio autem De vsufructu etiamsi damnum nullum datum sit, si quid per negligentiam fructuarius omisetit, quod facere debuerit vt boni viri arbitrio frueretur, quemadmodum subiicit Vlp. in §. *seq.*

3 ¶ De-

3 ¶ Denique consultus quod bonum fuit, actionem polliceri prætorem cùm competat legis Aquiliæ actio, respondit quia sunt casus, quibus cessat Aquiliæ actio, ideo iudicem dari, vt eius arbitratu vtatur. nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Eadem & in vsuario dicenda sunt.

Ad §. 3. Denique.

Ratio dubitandi. Non sunt multiplicandæ frustra actiones, vt neque entia quemadmodum proximè diximus. Ergo cùm actio legis Aquiliæ competet proprietario contra fructuarium, itémque furti & interdictum Quod vi aut clam. Non debuit Prætor actionem vllam de vsufructu eo nomine polliceri & superuacua cautione fructuariũ onerare *l. hæc stipulatio 14. §. 1. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. cauea. l. 3. §. vlt & l. seq. infr. vt in poss. legat. l. iuris gentium 7. §. sed si fraudandi sup. de pact.*

Dec. Non est superuacua actio, vel satisdatio, quæ plenior est & vberiorem habet effectum. Est autem plenior actio quæ ex satisdatione competit, quia cæteræ actiones non nisi præter damna illata competunt. Hæc autem etiamsi per negligentiam quid non factum sit quod fieri debuit, vt in exemplis quæ ponit Vlpianus in hoc §. Puta si fructuarius agrum non proscindat, aut vites non subserat, aut aquarum ductus corrumpi patitur. His enim casibus & aliis 'excentis similibus legis Aquiliæ cessat actio, vt & cæteræ supradictæ, Non etiam hæc quæ ex satisdatione nascitur.

4 ¶ Sed si inter duos fructuarios sit controuersia: Iulianus libro trigensimooctauo Digestorum scribit.

Æquissimum esse, quasi communi diuidundo iudicium dari: vel stipulatione inter se eos cauere, qualiter fruantur. Cur enim (inquit Iulianus[a]) ad arma & rixam procedere patiatur prætor, quos potest iurisdictione sua componere? quam sententiam Celsus quoque libro vicensimo Digestorum probat: & ego puto veram.

Ad §. 4. Sed si inter duos.

Ratio dubitandi. Iudicium communi diuidundo nõ datur nisi pro rebus corporalibus, *l. 3. in princ. inf. Commun. diuid.* Atqui vsusfructus licèt sit ius in corpore, ius tamen est, *l. 1. & 2. supr.* Et consequenter est quid incorporale, *l. 1. §. quædam supr. De rer diuis. & Instit. tit. De reb corpor. & incorpor.*

Dec. Etiam iura veniunt in iudicium Communi diuidundo non quidem directum sed tamen vtile, *l. Lucio 4. in fin infr. De aqua quotid.* Quale autem officium arbitri esse debeat cùm agitur Communi diuidundo inter fructuarios explicat idem Vlpianus noster in *l. communis 7. §. cùm vsusfructus inf Commun. diuid.* vbi dicemus, Iunge *l. arbor 19. §. vlt eod.* Nec enim in cõmunione vsusfructus magis quàm alterius vllius rei manere quisquam compellitur, *l. vlt C. commun. diuid.* propter discordias quas materia communionis excitare solet, *l. cùm pater 77. §. dulcissimis de legat. 2. l. in re communi 26. infr. vrban præd.* Sed stipulationibus & cautionibus expediri ea res debet *l. sed etsi 14. §. 1. cum duab legib seq. infr. Famil. ercisc.* Idque est quod sequitur in textu *vel stipulatione inter se eos cauere.*

a *Cur enim, inquit Iulianus.* Hac ratione significat Iulianus hoc ipsum quod modò diximus, nihil nisi discordias ex communione nasci posse quæ socios & condiuisores ad arma & rixas prouocarent, nisi Prætor eos authoritate sua compesceret aut dictando inter eos iudicium Communi diuidundo, Aut iubendo cauere illos sibi inuicem qualiter separatim vtantur fruantur, *d. §. cùm vsusfructus*

Id autem maximè Prætori propositum esse debet vt numquam ad arma & rixas veniant litigatores, ne occasio maioris tumultus detur, *l. non est singulis 176. de regul. iur* Nam sicut ex discordiis rixæ, ita ex rixis arma, Ex armis tumultus, Ex tumultu seditiones, Ex seditionibus bella, Ex bellis cædes, incendia, interneciones, Deniq; quid aliud, nisi casus, & interitus Reipublicæ? Non tamen consequens est quod infert Accurs. Posse Iudicem authoritate sua compellere litigatores ad pacem & transactionem faciendam causa dirimẽdarum litium, quod ipsum districtè Iustin. prohibet in *Nouell. 124 vt litig. iurent in exord. In cap. vlt.* vbi de Referendariis quidem loquitur, sed vt ad eos extendat quod in aliis Iudicibus Imp. Iustinus constituerat. Voluntatem enim litigatorum audire debent iudices & pro sua prudentia moderari ac coercere, sed non iubere vt loquuntur Impp. in *l. omnium 20. in fin. C. de testam.* Sanè quin bonus Prætor & iudex quilibet id agere debeat quantum potest vt lites earúmque materiã diminuat certissimum est, *l. quidam 21. infr de reb cred.* & aliis iuris nostri plerisque locis quos Accurs. in hanc rem conquirit. Illud sanè optimum factu esset quod in constitutionibus Gallicis inter agnatos cognatósque prudentissimè sancitum est id ad quoscunque extendere vt nulli priùs litigare concederetur quam futurum aduersarium de transigendo interpellasset. Neque id à nobis prætermissum est in ea litium breuius tractandarum methodo quam nos ante hæc cõscripsimus & Codici nostro inseruimus, in Tit. vt *intr. cert. temp. crimin. quæst. termin.*

1 ¶ Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest[a]. Et[b] aut fundi est vsusfructus legatus: & non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis. Et, si fortè voluptate[c] fuit prædium viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debebit deiicere, vt fortè hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad reditum spectat.

Ad §.5. Fructuarius.

Ratio dubitandi. Satis securus est proprietarius præstita ei satisdatione de benè vtendo fruendo, vt initio huius legis scriptum est. Ergo non potest prohiberi fructuarius quominùs rem fructuariam pro arbitrio faciat deteriorem.

Dec. Non ideò interponitur satisdatio vt in aliena re grassandi & delinquendi facultatem sibi acquirat is qui satisdederit. *l. quia satisdatio 7. de suspect. tutor.* Meliùsque est prouideri ne fructuarius proprietatio iniuriam faciat quàm post vulneratam proprietatis causam remedium quærere, *l. vlt. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* Cæterùm si qua in re fructuarius deteriorè faciat eausam proprietatis antequàm prohibeatur, quod passim & facillimè contingit, committitur stipulatio quæ scilicet toties committitur quoties fructuarius non fruitur arbitrio boni viri. *l. 1. §. habet autē infr. Vsufr. quem. cau.* Non autem fruitur arbitrio boni viri qui rem fructuariam facit deteriorem.

a *Meliorem facere potest.* Ratio dubitandi. Fructuarius nec ampliare ædes fructuarias potest, nec si quid in iis inutile est detrahere quamuis melius repositurus sit, *l. vsufructu 7. §. vlt. & l. seq. supr.*

Dec. Melior conditio nostra fieri per alium potest, Deterior non potest, *l. soluendo 39. De negot. gest. l. melior 131. De regul. iur.* Illud tamen cauet fructuarius debet ne quid noui faciat quod statum & faciem rei immutet, vt diximus ad *d. §. vlt. ex l. vsufructuarius nouum tectorium 44. infr. hoc tit.*

b *Et is cui.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad primam partem sententię pręcedentis. Nā qui arbores frugiferas excidit aut etiam glandes ex sylua non cędua aut villam diruit, aut aliud quid facit in perniciem proprietatis, ille proculdubio viri boni arbitrio non vtitur fruitur.

c *Et si fortè voluptarium.* Ratio dubitandi. Vsusfructus legato aut aliter constituto quicunque rei reditus est & esse potest ad fructuarium pertinet, & quæcunque obuentiones sunt, & esse possunt, *l. vsufructu 7. in princip. supr.* Ergo fructuario permittendum est vt in re fructuaria faciat quicquid velit dummodò ex eo fructus & reditus agi augeatur. Cùm ea ratione fiat res melior & vtilior. Alioqui nec pleno vsufructu gaudere videretur.

Dec. Non potest fructuarius mutare statum pristinum rei fructuariæ quin faciat in pernicieē proprietatis, adeòque quin vlusfructus ipse intereat quasi alia re facta quàm cuius vsusfructus erat constitutus, *l. 5. §. 2. in. quib. mod. vsufr. amitt. iunct. l. proponebatur 76. supr. De iudic.* Neque enim semper preciosior res quæ sit vtilior. Quotus enim quisque est nisi auarus planè ac malè feriatus, qui voluptarium prædium viridaria vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atq; amœnas habens non pluris æstimet quàm hortos olitorios vel aliud quid quod ad reditum spectet? Ergo nec ei permittendum est vt infructuosas illas arbores deiiciat?

6 ¶ Inde est quæsitum, an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit. Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum, & huiusmodi metallorum inquirere poterit: ergo & auri, & argenti, & sulphuris, & æris, & ferri, & cæterorum fodinas: vel quas paterfamilias instituit, exercere potuit, vel ipse instituere si nihil agriculturæ nocebit. Et, si fortè, in hoc [a], quod instituit, plus reditus sit, quàm in vineis, vel arbustis, vel oliuetis, quæ fuerunt, forsitan etiam hæc deiicere poterit: siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.

Ad §. 6. Inde est quæsitum.

Ratio dubitandi. Aliud est tueri fructuarium quod acceperit. Aliud verò nouum aliquid facere etiam quod sit vtilius maiorisq; fructus & reditus. Prius licet fructuario, Posterius non licet *l. vsufructu 7. §. vltim. & l. seq. & §. prox. supr. l. vsufructuarius nouum tectorium 44. infr. hoc tit.* Atqui lapidicinas vel cretifodinas vel arenifodinas aut alias de quibus in hoc §. agitur, instituere, vt Vlpianus loquitur, nihil aliud quàm de nouo facere est, vt benè Accursius interpretatur. Non ergo permittendum est hoc fructuario, Nec si agri partem illam occupaturus sit, quæ non est agriculturæ necessaria.

Dec. Fundi est quicquid terra in se tenet, *l. fundi 17. infr. de act. emt.* Ergo & ad fundi fructuarium pertinere debet etiam vsusfructus eorum quæ in fundo latent. Nec igitur prohibendus est fructuarius huiusmodi fodinas instituere, etiam de quibus instituendis defunctus numquam cogitauerit, cùm ea ratione fundus non tantùm vtilior, sed etiam preciosior futurus sit non mutata facie rei. Est enim facies rei quæ supra terram est, non quæ sub terra. Dummodò tamen agriculturæ non noceatur. Hoc enim semper excipiendum est, cùm fundus fructuarius agriculturæ destinatus est. Extra hunc casum fructuario proprietatem meliorare permittitur, vt subiicit Vlpianus.

a *Et si fortè in hoc.* Ratio dubitandi. Non potest fructuarius vineta, vel arbusta, vel olineta quæ fuerunt, deiicere quin statum & faciem rei mutet, Quod tamen fructuario permittendum non esse proximè diximus, nec si ex eo futurum sit vt rei fructus & reditus augeatur. Planè quin fodinas quaslibet à defuncto institutas exercere pro arbitrio ac sine distinctione possit, dubitatio nulla est.

Dec. Fructuario permittitur meliorare proprietatem. Atqui cùm plus reditus est in fodinis quàm in vineetis, arbustis, & olinetis, quæ fuerunt, negari non potest, quin melior sit facta proprietas. Ergo & permittendum erit fructuario etiam ista deiicere. Atque ita Vlpianus noster ratiocinatur hic & concludit, sed tamen dubitantet adiecta dictione *forsitan*, vt significet rationem dubitandi esse fortissimam, qualis sanè est magisque vrgens, quàm quæ à nobis pro decidendi ratione allata est, quæ mallem vti ad persuadendum proprietario, vt vineta arbusta, & olineta deiici pateretur, quàm ad permittendum fructuario vt inuito proprietario deiicere audeat. Nam vt maximè liceat fructuario meliorare proprietatem quæ tota Vlpiani ratio est, non tamen ei licet hoc prætextu faciem & statum rei mutare quod facit proculdubio is qui vineta arbusta & olineta deiicit, vt fodinas nouas instituat,

statuat. Itaque mallem hac de re idipsum sequi quod idem Vlpianus aliter scripsit in *d. l. vsufructu 7. §. vlt. & l. sequ.* & accommodatiùs ad iuris rationem, & ad aliorum Iureconsultorum sententiam *d. l. vsufructuarius nouum tectorium 44. infr.* quàm quod hîc dubitanter, minúsque ni fallor ex arte iuris Accursius mirum in modum se torquet, nec hilum proficit.

7 ¶ Si tamen, quæ instituit vsufructuarius aut cœlum corrumpant agri, aut magnum apparatum sint desideratura, opificum fortè, vel legulorum, quæ non potest sustinere proprietarius: non videbitur viri boni arbitratu frui. sed nec ædificium [a] quidem positurum in fundo, nisi quod ad fructum percipiendum necessarium sit.

Ad §. 7. Si tamen.

Ratio dubitandi. Proprietarius nulla ratione potest impedire fructuarium vtentem ne condicionem eius deteriorem faciat, *l. sed etsi quid 15. §. proprietarius infr.* Ergo non eo minùs permittendum est fructuario augere fructum & reditum rei fructuariæ quod ita futurum sit vt aer corrumpatur, aut magnum apparatum sint desideratura quę instituit fructuarius, Opificũ fortè vel figulorum, aut si mauis legulorum, dum ne hoc nomine intelligas cum Cuiacio eos qui oleas legunt, Nisi fortè ex fodinis de quibus hîc agitur etiam oleas legi posse arbitramur. Nam quod proprietarius impensarum istarum onera ferre non possit, facere non debet vt de fructuarij iure aliquid detrahatur.

Dec. Non videtur arbitratu boni viri frui fructuarius qui onerat proprietarium eo sumptu quē præ inopia sustinere ipse non possit, & sine quo tamen futurum sit vt finito quoque vsufructu nullum rei vsumfructum sit percepturus, quem etsi leuiorem, aliquem tamen perciperet si in pristino statu res mansisset. Præter id quod eas quoque impensas tanquam necessarias fructuario restituere proprietarium oporteret quæ ab initio in perpetuam rei vtilitatem factæ essent ex *l. 3. §. 1. & l. sequ. ǰ. de impens. in reb. dotal fact.* Quas solas videtur Accursius noster *apparatus* nomine intellexisse. Nec satis benè meo iudicio. Fodinæ siquidem istæ magnum semper apparatum desiderant, Gallicè dicimus *grand attelage*, non modò cùm instituuntur, sed & quamdiu exercentur. Vtcunque sit nemo æquum dixerit onerari debere inopiam proprietarij huiusmodi sumptibus propter quos etiam laribus & sepulchris auitis carendum habeat, aut etiam re ipsa fructuariâ quamuis finito vsufructu, *l. in fundo 37. supr. De rei vindic. l. si seruos 25. infr. de pignor. act.* Magno itaque temperamento æquitatis, magnáq; iudicis prudentia & circumspectione opus est vt sicuti onerosus fructuarius audiendus non est, ita neque proprietarius nimis delicatus audiatur, *d. l. si seruos in fin.* Item vt æstimet quàm commodè aut quàm incommodè huiusmodi impensas & præteritas & futuras proprietarius ferre possit, arg. *l. Nepos Proculo 125. De verb signific.* Non enim ad impedimentum naturale hæc verba referenda sunt sed ad facultatem dandi quæ à naturali impedimento multum distat, *l. continuus 137. §. illud de verbor. obligat.* Aliud tamen est si quid commodè fieri non possit, aliud si non honestè. Quod enim honestè fieri nequit, nullomodo fieri posse creditur, *l. filius 15. ǰ. De condic instit.* Nec proinde Accursius noster debuit ista comparare.

a *Sed nec ædificium.* Ratio dubitandi. Proprietatem meliorare fructuarius potest, vt diximus in §. *prox.* Atqui meliorat proprietatem qui in solo vacuo ponit ædificium, Cùm vtique solum pluris futurum sit, *dict. leg. in fundo 37. cum l. praced. supr. De rei vindic.*

Dec. Non potest fructuarius meliorem facere proprietatem ita vt statum pristinum & faciem rei mutet, *l. vsufructu 7. §. vltim. & l. seq. supr.* Nec rursum ita vt impensam faciat quæ futura sit onerosa fructuario Nisi quantum ad fructus percipiendos & redigendos necesse est. Cui enim vsusfructus concessus est, cætera quoque omnia concedi debent sine quibus frui non posset, arg. *l. 2. supr de iurisd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. sup. de procurat.*

8 ¶ Sed si ædium vsusfructus legatus sit: Nerua filius & lumina immittere eum posse ait, sed & colores, & picturas, & marmora poterit, & sigilla, & si quid ad domus ornatum. Sed neque diætas transformare [a], vel coniungere, aut separare ei permittere: vel aditus, posticásve vertere: vel refugia aperire; vel atrium mutare: vel viridaria ad alium modum conuertere. excolere enim, quod inuenit, potest, qualitate ædium non immutata.

Ad §. 8. Sed si ædium.

Ratio dubitandi. Qui lumina immittit quæ antea non erant nouũ aliquid facit non minùs quàm qui claudit: quod tamen fructuario non licet, Cui satis abundéq; esse debet quod ius suum tueri possit non etiam augere, *l. 7. §. vlt. & l. seq. & l. vsufructuarius nouum tectorium 44. infr hoc tit.*

Dec. Proprietatio licet facere proprietatem meliorem dum ne mutet faciem rei nec suprà modũm oneret proprietarium, vt diximus in præcedentibus. Atquin is qui lumina nunc primùm immittit in ædes fructuarias, nec faciem rei mutat nec onerat proprietatem, sed eam simpliciter meliorem facit ac pretiosiorem. Quidni ergo liceat ei hoc facere? Idémque est si colores & picturas & marmora in iis ædibus posuerit, & sigilla & si quid aliud domus ornatum pertinet, vt sequitur in textu. Aliud est si fructuarius lumina velit obstruere & claudere, cùm ea ratione fiat deterior condicio proprietatis, *§. item Nerua infr.*

a *Sed neque diætas transformare* Ratio dubitandi. Potest fieri vt etiam diętas ædium transformando, vel coniungendo, vel separando, vel aditus posticásve euertendo, vel refugia aperiendo, & atrium mutando, vel viridaria ad alium modum conuertendo, melior fiat proprietas nec vllo sumptu superuacuo proprietarius oneretur. Quidni ergo ei liceat saltem hoc casu ista facere, vt ipse commodiùs fruatur?

Dec. Non possunt ista fieri quin ædium facies

& qualitas immutetur. Atqui potest quidem vsufructuarius id quod inuenit excolere sed qualitate tamen ædium non immutata, *l. vsufructuarius nouum tectorium 44. ẏ. hoc tit. l. 7. §. vltim. & l. seq.* Fit enim res deterior etiam in meliorem statum commutata, cùm species eius & qualitas commutatur, *l. vlt. infr. De vsu & habit.*

9 ¶ Item Nerua, eum, cui ædium vsusfructus legatus sit: altiùs tollere non posse: quamuis lumina non obscurentur: quia tectum magis turbatur, quod Labeo etiam in proprietatis domino [a] scribit. Idem Nerua, nec obstruere eum posse.

Ad §. 9 item Nerua.

Ratio dubitandi. Is cui vsusfructus ædium legatus est si eas altius tollat dum ita ne lumina obscuret, facit ædes preciosiores nec ipsarum statum & qualitatem commutat, sed auget.

Dec. Tectum ita magis turbatur irruente vi ventorum, Et prætereà nec ædes ampliare fructuario permittitur. *l. 7. §. vlt. supr* quod ita accipiendum est vt non magis in altitudinem quam in latitudinem ampliare possit.

a *Etiam in proprietatis domino*, vt scilicet non possit inuito fructuario ædes fructuarias altius tollere, At non ratione illa quam secundo loco attulimus quod ædes fructuarias ampliare proprietarius non possit. Quidni enim poterit cùm ea ratione futurum sit vt vsusfructus quoque amplietur? sed quia tectum magis turbatur atque ita deterior fit condicio fructuarij ad cuiusonus pertinent facta tecta, *l. eum ad quem 7. C. hoc tit. l. vsufructu 7. §. hac ratione supr.* vbi iam diximus.

b *Nec obstruere eum posse.* Fit enim apertè deterior condicio ædium, quarum lumina obstruuntur, secus si recludantur & aperiantur fenestræ, vt diximus ad *§. præcedentem.*

10 ¶ Item si domus vsusfructus legatus sit meritoria illic facere fructuarius non debet: nec per cœnacula diuidere domum. atquin locare potest: sed oportebit, quasi domum, locare: nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit, meritoria non facturum, ita accipe, quæ vulgò diuersoria, vel fullonica appellant. Ergo quidem: & si balneum [a] sit in domo vsibus dominicis solitum vacare in intima parte domus, vel inter diætas amœnas: non rectè nec ex boni viri arbitratu facturum, si id locare cœperit, vt publicè lauet: non magis, quam si domum ad stationem iumentorum locauerit: aut si stabulum, quod erat domus iumentis, & carruchis vacans, pistrino locauerit.

Ad §. 10. Item si domus.

Ratio dubitandi. Fructuario permittitur etiam locare domum fructuariam, *l. arboribus 12. §. vsufructuarius supr.* Ergo & meritoria illic facere, & per cœnacula diuidere domum poterit.

Dec. Locare quidem potest sed tanquam domum, alioqui si balneum ibi facere fructuarius velit, non est ei permittendum, cùm ea ratione res fiat deterior & qualitas ædium mutetur. Nam nec balneum priuatum si quod fuit in illis ædibus conuerti potest in publicum, vt sequitur in textu. Ergo nec domus habitationis commutari poterit in diuersorium aut fullonicam officinam, vt in *l. 3. infr. De aqua & aquæ pluu. arcend* Ne quidem per locationem. Quamuis enim facies & status ædium non mutetur, qualitas tamen mutatur ipso vsu mutato, quod per fructuarium fieri non potest, *§. sed si ædium 6. supr.*

a *Ergo quidem & si balneum.* Ratio dubitandi. Non mutatur qualitas domus, cùm balneum quod in domo solitum erat vacare vsibus dominicis licèt in parte intima domus, & inter amœnas diætas, locatur vt publicè lauet. Semper enim balneum est, nec nouum sed vetus, & illud ipsum, quod erat antea.

Dec. Mutatur qualitas balnei quod ex priuato fit publicum, Eaque mutatio facit proculdubio rem deteriorem, Plurium scilicet vsibus & iniuriis expositam. Ergo non rectè nec ex boni viri arbitratu fruitur is qui balneum priuatum locat vt lauet publicè: Perinde, inquit Vlpianus, atque si domum ad stationem iumentorum locauerit, Aut si stabulum quod erat iumentis domus & carruchis vacans, pistrino locauerit. Eadem namque hoc etiam casu dubitandi & decidendi ratio est. Denique his casibus fructuarius contumeliosè & iniuriosè videtur vti frui quod ei facere non licet, *l. si pendentes 27. §. 1. infr.*

14. PAVLVS libro 5. ad Sabinum.

LIcèt multò minùs ex ea re fructum percipiat.

Ad l. Licèt multo minùs 14.

Ratio dubitandi. Nemo credendus est velle sibi primùm iniuriosus esse vt alij iniuriam faciat & damnum inferat. Ergo non potest videri fructuarius in duobus supradictis casibus iniuriosè vel contumeliosè vti frui si ex locatione balnei vel stabuli quod ex priuato fecit publicum minorem fructum percipiat quàm nulla mutatione facta percepturus fuisset, arg. *d. l. si pendente. 27. §. 1. supr.*

Dec. Non eo minùs res mutatur, & fit deterior quod minus emolumenti percepturus sit fructuarius. Nec tam quid in fructuarij opinione sit inspiciendum est quàm quid in veritate.

15. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SEd, si quid inædificauerit, postea eum neque tollere hoc, neque refigere posse. refixa planè posse vindicare [a].

Ad l. Sed & si quid 15.

Ratio dubitandi. Fructuarius neque malæ fidei possessor est, neque donandi animum habere videri potest, cùm in solo fructuario aliquid ædificat vt vel vberiorem vel commodiorem vsumfructum perciperet. Proinde nõ videtur ei obiici posse quod aliis in alieno solo ædificantibus obiici solet, *l. 2. C. de rei vindic. l. Iulianus 37. §. eod. ill. tit. l. adeo 7. §. certe §. De acquir. rer. domin.* Cur non ergo licebit ei quod ædificauit posteà tollere, & refigere, Præsertim si sciente & patiente proprietario ædificauerit. Itemq; si sine læsione prioris status, rei quod ædificatum est tolli possit, *d. l. Iulianus l. domum 5. C. de rei vindic.* Dec. Quicquid inædificatũ est à fructuario, cedit solo & proprietati non minùs naturali quàm ciuili ratione, *l. 2. §. de superfic.* & cõsequenter cùm sit factum proprietarij tolli eo inuito nõ potest. Non tam ex lege 12. tab. de tigno iuncto, de qua in *l. 1. de tign. iunct. l. in rem 23. §. vlt. supr. de rei vindic.* quàm ex generali regula, *l. id quod nostrum est. non debet 74. De regul. iur.* Ergo permittendum non est fructuario vel inædificata tollere, vel fixa refigere.

a *Refixa plane posse vindicare.* Ratio dubitandi. Quæ semel infixa vel inædificata sunt proprietati cedũt vt modò diximus. Atqui id quod semel nostrum factum est, sine facto nostro auferri nobis non potest, *d. l. id quod nostrum.* Vindicatio autem nõ datur nisi domino, *d. l. in rem in princ. l. 1. & pass. supr. De rei vindic.* Ergo refixa vindicare non potest fructuarius sed tantùm proprietarius.

Dec. Quæ infixa sunt alienis ædibus cedunt quidem proprietati ædium sed non simpliciter & absolutè, at quandiu duntaxat cohærẽt ædibus, & partem ædium constituunt. Vbi verò separata sunt, sicuti iam non sunt ædium, ita nec proprietatis earũ causam sequuntur, sed ad priorẽ dominum redeunt *l. 2. C. illa tit. de rei vindic. l. habitator 59 § e d. tit.* Alio enim iure censentur ædes, alio antè cæmenta & tigna, ex quibus ædes cõstant, *... ædes 23. §. de vsucap.* Alia ratio est eorũ quæ ab inquilino in conductam domum inferũtur. Illa enim numquam locatoris fuerunt cum numquam ædibus locatis cohæserint, & ideò actio ex cõd ... datur conductori, vt eas locator restituere teneatur, *... ædes 25. § ... inquilinus infra ... ca.* Nos hic de fixis & refixis loquimur, de quibus & in *d. l. habitator 59. § ... de rei vind.* vbi diximus.

1 ¶ Mancipiorum quoque vsusfructus legato non debet abuti, sed secundum condicionem eorum vti. Nam si librarium rus mittat: & qualum, & calcem portare cogat: histrionẽ balneatorem faciat; vel de symphonia atriensem: vel de palæstra stercorandis latrinis præponat: abuti videbitur proprietate. Sufficienter autem alere & vestire debet, secundum ordinem & dignitatem mancipiorum. Et generaliter [a] Labeo ait, in omnibus rebus mobilibus modum eum tenere debere: ne sua feritate, vel sæuitia ea corrumpat: alioquin etiam lege Aquilia eum conueniri [b].

Ad §. 1. Mancipiorum.

Ratio dubitandi. Vsufructu constituto omnis fructus rei ad fructuarium pertinet, & rei reditus quicunque tandem ille sit, *l. vsufructu 7. § 1. §.* Ergo non debet prohiberi fructuarius quominùs iis seruis in quibus habet vsumfructũ pro arbitrio fruatur dummodo salua eorum substantia.

Dec. Illud etiam omnino requiritur ne fructuarius re fructuaria iniuriosè & cõtumeliosè vtatur, *l. si pendentes 27. §. 3. §.* Id enim nihil aliud est quàm abuti, id est non rectè vti nec arbitrio boni viri. Vtitur autem iniuriosè seruis fructuariis qui non secundum eorum cõdicionem & dignitatem vtitur, vt in exemplis hîc positis. Est enim etiam inter seruos ordo quidam condicionum, & dignitatum nõ qualis inter liberos & ciues Romanos, sed qualis inter seruos esse potest si inuicem conferantur, pro maiore scilicet dignitate, aut vtilitate officiorum quibus destinebatur. Idq; est quod sequitur in textu, *secu... dum ordinem & dignitatem mancipiorum.* Nã quod dici solet inter seruos nullam esse differentiam, *l. in seruorum 5. sup. De stat. homin.* ad condicionem seruilem pertinet, quia omnes iure ciuili pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. De reg. iur.* non ad ministeria seruilis cõdicionis. Vnde est quod Vlp. hîc subiungit, Debere fructuariũ seruos sufficienter alere & vestire secundum ordinem & dignitatem mancipiorum. Aliter enim atque aliter sunt alendi, & vestiendi pro dignitate aut vtilitate ministeriorum.

a *Et generaliter.* Eadem ratio dubitandi & decidendi est quæ ad sententiam præcedentem, videtur enim hæc quoque tantùm ad seruos fructuarios pertinere, non ad cæteras res mobiles. In eòque erratum esse puto quod sequitur *in omnibus rebus mobilibus* & pro *mobilibus* legendum esse *similibus*. Sequitur enim ratio quæ non nisi mancipiis conuenit, *ne sua feritate vel sæuitia ea corrumpat* Alioqui scribere debuisset *eas* si de omnibus rebus mobilibus locutus fuisset, Præterquam quod in res mobiles inanimatas exerceri feritas & sæuitia non potest, vt neq; lenitas, Hoc enim addo quia mallem pro *feritate* legere *lenitate.* Modus enim ille quẽ Vlpianus à fructuario seruandum esse ait, nullus est inter feritatẽ & sæuitiam sed inter sæuitiam, & lenitatem. Nec ignotum est nimia lenitate nõ minùs corrumpi ingenia seruorum, adeòque liberorum hominum quàm nimia sæuitia & feritate. Etsi quod sequitur *alioquin etiam lege Aquilia eum conueniri* contrarium potiùs suadet. Non enim actio legis Aquiliæ adomnes corruptelas pertinet, quomodo de actione serui corrupti scriptum est in *l. si quis seruum 9. §. 1. §. De seru. corrupt.* Sed ad eas tantùm quæ damnũ corpori infligunt, quod per nimiam sæuitiam duntaxat accidit, non per nimiam lenitatem.

b *Alioquin etiam lege Aquilia eum conueniri.* Ratio dubitandi. Habet hoc casu proprietarius actionem De vsufructu & ex stipulatione si fuerit interposita quæ plenior est quàm actio legis Aquiliæ, *l. si cuius 13. §. de praetoriis* vbi dixi §. Ergo nil est necesse dari etiam actionem legis Aquiliæ.

Dec. Actio legis Aquiliæ cùm sit pœnalis, *§. his autem verbis Instit. de leg. Aquil.* propriam habet naturam, & condicionẽ, quæ facit vt cum alia qualibet siue pœnali siue rei persecutoria possit concurrere *l. qui seruum 34. l. pen. §. de oblig. & act.*

2 ¶ Et, si vestimentorum vsusfructus legatus sit, non sicut quantitatis vsusfructus lege-

tur: dicendum est, ita vti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum: quia vir bonus ita non vteretur.

Ad §.2. Et si vestimentorum.

Ratio dubitandi. Fructuario permissum est rem fructuariā locare & quemcunque potest ex re fructuaria reditum & fructum redigere, *l. arboribus 12. §. vsufructuarius & l. vsufructu 7. §. 1. s.* Fructus enim rei est locare vt & pignori dare licere, *l. vlt. infr. de vsufr.* cùm videatur locator ipse frui per conductorem *l. non vtitur 38. ʒ. hoc tit.* Quidni ergo etiam vestimenta locare fructuarius poterit? Maximè verò cùm legato vsufructu vestimentorum non ad aliud videatur teneri fructuarius finito vsufructu quàm vt reddat eorum æstimationem, quemadmodum si quantitatis vsusfructus legatus esset cùm sint vestimenta ex earum rerum numero quæ vsu consumuntur, *i. 5. & pass. inf. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*

Dec. Ita debet fructuarius vti ne abutatur. Abutitur autem qui vestimenta locat, quorum scilicet vsus ita personalis est vt parum intersit an vestimētorum vsus an fructus legatus sit, quod & aliis quibusdam casibus euenire suprà diximus. Potest verò vsusfructus vestimentorum duobus modis legari, Aut tanquam generis, & quātitatis, vt æstimatio sola reddi debeat, Aut tanquā certæ speciei, Cùm scilicet ita vsusfructus vestimētorum legatus est vt ea ipsa corpora vestimētorum finito vsufructu restitui oporteat. Priore casu nullus quæstioni huic locus est cùm dominium vestimentorum ad fructuarium transeat qui non idem reddere cogitur, sed tantundem nec in vestimentis, sed in pecunia. Æstimatio siquidem eo casu facit emptionem, *l. si vini 7. ʒ. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* At posteriore casu cùm legatus est vsusfructus vestimentorū tanquam vestimentorum & certæ speciei, cogitur, fructuarius ea ipsa corpora vestimentorū reddere sufficitq; vt reddat quamuis facta deteriora, dummodo sine dolo malo ipsius deteriora facta sint, *l. si vsusfructus 9. §. si vestis ʒ. vsufr. quem caueat. l. si inter 21. C. de iur d. t. l. æstimatis 50. ʒ. solut. matr.* Non caret autem dolo qui vestimenta quibus vti ipse debuit alij locauit cuius facto longè deteriora fortassis facta sint quàm si fructuarius ipse vsus fuisset. Et hoc est quod Vlpianus noster significat his verbis, *si vestimentorum vsusfructus legatus sit nō sicut quantitatis vsusfructus legatur.*

3 ¶ Proinde & si scenicæ vestis vsusfructus legetur, vel aulæi, vel alterius apparatus: alibi, quàm in scæna, non vtetur. Sed an & locare possit, videndum est. & puto locaturum: & licèt testator[a] commodare, nō locare, fuerit solitus: tamen ipsum fructuarium locaturum tam scænicam, quàm funebrem vestem.

Ad §.3. Proinde.

Ratio dubitādi. Etiam scenica vestis appellatione vestimentorum continetur. Vestimenta autem locare fructuarius non potest quoniam abuti hoc esset non vti quemadmodum proximè diximus.

Dec. Sceniceę vestis vsus non æquè ac aliorum vestimētorum est personalis, sed ad vsum sceniç comparatus vt nomen ipsum demonstrat. Proinde nihil vetat, quominùs locari possit, scilicet ad vsum scenæ non aliter, vt hæc lex ait. Alioquin esset hoc abuti non vti, quemadmodum & si quis veste scenica alibi ipse quàm in scena vteretur.

a *Et licèt testator.* Ratio dubitandi. Consuetudo patrisfamilias solet voluntatem ipsius declarare: Neque enim potest melius illa coniici quàm ex facto testatoris, *l. 3. §. vlt. infr. de suppell. legat. cum finis ib.*

Dec. Fructuarius non ad aliud tenetur quàm vt arbitrio boni viri vtatur. Proinde illud tantùm inspici debet quomodo vir bonus vteretur, nō quomodo defunctus vti solitus sit, *l. item si fundi 9. s. le. supr. l. si pendentes 27. §. 1 inf. eod.* Atqui vir bonus proculdubio sic vteretur & scenica & funebri veste vt eam locaret, dum ne ad alium vsum quàm scenæ scenicam, funerum funebrem locaret.

4 ¶ Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ita vtentem, ne deteriorem eius condicionem faciat.

Ad §.4. Proprietatis.

Ratio dubitandi. Vnusquisq; suæ rei moderator est & arbiter, vulg. *l. in re mandata 21. Cod. mandat.* nec potest quisquam sibi eam legem dicere ne re sua pro arbitrio vtatur, *l. pen. s. de pact.* Imò & cùm proprietatis dominium duobus commune est, melior est causa prohibentis, *l. Sabinus 28. ʒ. Commun. diuid.* Multò igitur magis proprietarius potest prohibere ne fructuarius vtatur fruatur.

Dec. Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri, *l. nō debet 74. de reg. iur.* nec potest quisquam alterius ignorantis condicionem duriorem & deteriorem facere, *l. soluendo 39. s. de neg. gest. l. 2. inf. quod vi aut clam.* Atqui vsufructuarius habet ius videndi fruendi alienis rebus salua earum substantia, *l. 1. s.* Ergo non est permittendum proprietario vt impediat fructuarium vtentem fruentem ne deteriorem ipsius condicionem faciat. Ita enim permittitur vnicuique quod velit in suo & de suo facere, vt alterius ius non lædat, *l. 1. §. sed & fossas De aqua & aquæ pluu. arcend. l. si forte 6. §. Aristo ʒ. si seruit. vindic. l. quidam Hiberus 13. infr. vrban. præd.*

5 ¶ De quibusdam planè dubitatur, si eum vti prohibeat, an iure id faciat, vtputa doliis, si fortè fundi vsusfructus sit legatus. & putant quidam, & si defossa sit vti prohibendum. idem & in feriis, & in cuppis, & in cadis, & amphoris putant: idem & in specularibus, si domus vsusfructus legetur. Sed ego puto nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi, vel domus contineri.

Ad §.5. De quibusdam.

Ratio dubitandi. Dolia in prædio defossa sunt quodammodo pars prædij, eiusque proprietati cedunt, sicut & ea quæ ædibus infixa sunt, *l. quæsitum 12. §.*

12. §. *Papinianus* 23. *l. cum fundus* 21. *de instruct. & instrum. leg.* Ergo non continentur legato vsusfructus sed potiùs legato proprietatis & prædij. Idémq; est in seriis, cupis, cadis, & amphoris, de quibus in hoc §.

Dec. Multum interest an legatum sit prædium, an verò vsusfructus prædij. Legato prædio instrumentum prædij non intelligitur legatum nisi specialiter ipsum quoque legatum sit, *l. vltim. infr. de supellec. legat. l.* 1. *l. si cui fundum* 5. *& pass. de instruct. & instrum. legat.* At legato vsufructu prædii omne commodum & emolumentum rei continetur, *l. cum filius* 76. §. *dominus l. Meuius* 66. §. *fundo De legat.* 2. Nullum autem esset commodum prædii nisi etiam instrumenti fructus & commodum contineretur, *l. item si* 9. §. *pen. supr.* Benè igitur Vlpianus concludit aduersus eos qui contrà sentiebant, Domus vel fundi vsufructu legato nisi sit contraria voluntas testantis instrumentum quoque domus vel fundi contineri, scilicet hactenus vt eo quoque legatarius vtatur fruatur.

6 ¶ Sed nec seruitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere seruitutem[a]. Adquirere planè seruitutem[b] eum posse, etiam inuito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter[c], fructuarius quidem adquirere fundo seruitutem non potest, retinere autem potest[d], &, si fortè fuerint[e], non vtente fructuario, amissæ: hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis autem dominus[f] ne quidem consentiente fructuario seruitutem imponere potest.

Ad §. 6. Sed nec seruitutem.

Ratio dubitandi. Ius constituendæ seruitutis pendet à iure dominii & proprietatis. Cùm alius non possit constituere seruitutem quàm qui est fundi dominus, *l.* 1. *j. commun. præd.* Atqui rectè dicimus totum fundum nostrum esse, etiam cuius vsusfructus alienus est, *l. rectè dicimus* 25. *inf. De verb. signific.* Ergo nō potest vsusfructus impedire quominùs seruitutem fundo imponere proprietarius possit.

Dec. Non potest proprietarius vlla in re deteriorem facere condicionem fructuarii, §. *proprietarius*, 4. vbi dixi *supr.* Atqui facit deteriorem fundum qui facit seruientem, cum tantò minoris fiat æstimationis, *l.* 2. *j. si vsusfr. pet.* Quid enim aliud sunt iura prædiorū quàm ipsa prædia qualiter se habentia? *l. quid aliud* 86. *de verb. signific.* Ergò seruitutem fundo imponere proprietarius non potest, consentiente licèt vsufructuario, vt scriptum est in fine huius legis. Sed intelligi hoc debet eo demùm casu quo iam sit constitutus, & traditus vsusfructus: Alioqui permissum est proprietario, antequàm vsumfructū constituat & tradat seruitutes imponere, aliterve deteriorem vsusfructus condicionem facere, sed ita tamen vt eo nomine indemnitatem fructuario præstare posteà teneatur, *d. l.* 2. *j. si vsusfr. petat.* quæ cum hoc §. sic proculdubio concilianda est.

a *Nec amittere seruitutem.* Ratio dubitandi. Proprietarius qui seruitutem fundo fructuario debitam quoquomodo amittit, sibi primùm & principaliter nocet, fructuario autem nō nisi per consequentias vt apparet. Porrò attendi non solent quæ fiunt tantùm per consequentias, *l.* 1. *l. quod dicitur* 7. *infr. de author. tutor.* Nec rursus potest fructuarii fauor efficere quominùs non vtendo seruitus amittatur, si neque proprietarius, neq; fructuarius eas retineat vtendo, *l. vsu retinetur* 20. *& sequ. j. quem. seruit. amitt.*

Dec. Amissio seruitutis facit fundum deteriorem, sicut acquisitio facit meliorem & preciosiorem. Fructuarius autem non potest facere rem fructuariam deteriorem ne quidem consentiente fructuario, vt sequitur in textu.

b *Acquirere planè seruitutem.* Ratio dubitandi. Mutatur qualitas prædii ex seruitutis acquisitione, cùm ex prædio simplici fiat quale & dominans non minus quàm si fieret seruiens, *d. l. quid aliud* 86. *de verb. signif.* Non ergo permittendum est proprietario vt acquirat fundo fructuario seruitutē inuito fructuario. Cùm nec fructuarius possit vicissim quicquam facere inuito proprietario nec si ampliare rē velit, aut in melius reponere, *l. vsusfructu* 7. §. *vlt. & l. seq.* 5. *hoc tit.* Dec. Acquisitio seruitutis facit meliorē condicionem non modò proprietarii, sed etiā fructuarii, cùm ea ratione fundus fiat & preciosior ad vendendum, & commodior ad fruendum. Quidni ergo liceat proprietario condicionem suam meliorem facere, vt facit meliorem fructuarii? *l. soluendo* 39. *supr. De negot. gest.*

c *Quibus consequenter.* Ratio dubitandi. Fructuarius acquirēdo seruitutē fundo fructuario facit meliorem condicionē non modò suā, sed etiam proprietarii. Ergo non debet ei non licere. Dec. Is demùm acquirere seruitutē potest qui fundi dominus est, *l.* 1. *j. commun. præd.* Atqui fructuarius non est dominus nec in totū nec pro parte, *d. l. rectè dicimus.* Ergo seruitutē acquirere fundo fructuario nō potest. Nec si proprietarius consentiat, sed proprietarius ipse debet acquirere, vt proximè dictum est. Planè aliquo casu euenit quod & Accurs. notat, vt etiā is qui dominus nō est possit seruitutē acquirere, vt in specie *l. ex castrensi* 18. §. 1. *j. de castr. pecul.* Sed is casus specialē habet rationem, quæ ex verbis §. satis colligitur.

d *Retinere autem potest.* Ratio dubitādi. Seruitutes cohærent dominio, cùm ex dominii iure pendeant & æstimentur, *d. l.* 1. *j. cōmun. præd.* Ergo qua ratione fructuarius acquirere seruitutē nō potest, quia scilicet dominus non est, nec retinere potest. Dec. Vtendo retinetur seruitus siue is ipse vtatur qui prædii dominantis dominus est, siue pro eo alius, *l. vsu retinetur* 20. *cū quatuor seq. infr. quemad. seruit. amitt. l. nō vtitur* 39. *& seqq. j. h. t.* Ergo etiā per fructuariū seruitus retineri nō potest licèt ea ipse vtatur nomine suo nō proprietarii, *l. fructuarius* 21. *quem. seruit. amitt.* Quidni verò? cùm possit retineri seruitus etiā per malæ fidei possessorē, *l. licèt malæ fidei* 24. *eod.* Nimirū seruitutis ius in re est & rē afficit, *l.* 1. *& tot. tit. si seruit. vindic.* Proinde per quemcunque rei possessorem retineri potest dummodò is seruitute vtatur quasi debita non sibi sed prædio, *l. denique* 22. *eod.*

e *Et si fortè fuerint.* Ratio dubitandi. Nemo cogitur vti iure sibi cōpetente, *l. si iudex* 41. *ṡ. de minor. l. pē. C. de pact.* Ergo nō debet cōdemnari fructuarius ob id quod nō sit vsus seruitutibus licèt non vtente eo amissæ sint. Dec. Non debet vnius negligentia nocere alteri, sed sua cuique propria, *l. factum* 155. *l. in condemnatione* 173. §. *vnicuique De regul. iur.* Meritò igitur fructuarius ex sua negligentia tenebitur si per eam factum sit vt seruitutes non vtendo amissæ fuerint. Tanquam qui sua negligentia fecerit rē deteriorē: quod facere nō potest nec debet, *l. si cuius* 13. § *fructuarius* 5. Nec enim arbitrio boni viri fruitur is

qui non præstat diligentiam qualem rebus suis adhibere diligens paterfamilias debet vt proprietatis iura omnia conseruet integra. Præsertim cùm vsufructu durante non possit proprietarius vti seruitutibus ad eas vsu retinendas, Nisi quatenus iis vtitur per fructuarium, quamuis vtentem ipsum suo nomine, *d.l.fructuarius 21. infr. quemadm. seruit. amitt.* Sed hoc ita si fructuarius sciuerit seruitutem deberi, Alioquin proprietario imputabitur cur non certiorauerit fructuarium vt seruitutibus vteretur, sicuti benè notat Accursius ex *l.in vendendo 66. §.1.j. de contr. empt.*

f *Proprietatis autem dominus.* Ratio dubitandi. Volenti non fit iniuria, *l. in diem 9.§.1.infr. De aqua & aqua pluu. arcend.* Ergo si consentiat fructuarius, nihil prohibet quominus seruitutem proprietarius imponat, quamuis ita futurum sit, vt condicio vsufructus deterior fiat. Nam & totum vsumfructum potest fructuarius amittere ac derelinquere, si velit se ab oneribus quibus propter vsumfructum obstrictus est liberare, *l. cum fructuarius 64. infr.* Quod ergo in toto vsufructu facere potest, cur non & in parte vsusfructus facere poterit? quomodo Vlpianus argumentatur in *l.iuris gentium 7. §. adeò supr. De pact.* Nam qua ex parte res fit deterior per impositionem seruitutis, ex ea quoque parte fit detetior vsusfructus, & consequenter eatenus perire intelligitur. Quatenus enim quid deterius fit eatenus perit, ideóque nec reddi videtur, quod deterius redditur, *l.3. §.1. Commod.* quasi scilicet non totum redditur.

Dec. Impositio seruitutis inmutat qualitatem fundi, eúmque facit deteriorem: quod tamen facere proprietarius non potest nec debet, non magis, quàm fructuarius deteriorem facere condicionem proprietatis, *d.l si cuius 13.§.fructuarius supr.* Ex quo enim constitutus est vsusfructus, quod fit per separationem & abstractionem ipsius à proprietate, impedit vsusfructus ne proprietatem deteriorem facere possit proprietarius, si ex eo futurum sit vt causa vsusfructus lædatur, Nec si fructuarius consentiat, Nisi se vsufructu priuare velit. Hoc enim facere potest siue in totum, siue pro parte, *d.l. cùm fructuarius l.4.§.quæsitum est 12.infr. De dolo mal. except.* Sed non vult amittere vsumfructum nec in totum nec pro parte is qui consentit proprietario seruitutem imponenti, Et ideò non vsusfructus amittitur, sed impositio seruitutis vitiatur. Quod Accursius noster non videtur intellexisse, aut saltem explicuisse.

16. PAVLVS libro 4.ad Sabinum.

NIsi qua deterior fructuarii condicio non fiat: veluti si talem seruitutem vicino concesserit ius sibi non esse, altiùs tollere.

Ad l.Nisi qua 16.

Ratio dubitandi. Tùm quoque cùm talis seruitus imponitur à proprietario, per quam fructuarij condicio deterior non fiat, veluti si talem seruitutem vicino concesserit proprietarius vt non liceat sibi ædes fructuarias altiùs tollere, adhuc tamen qualitas ædium mutatur. Fiunt enim ex liberis seruientes & consequenter videntur aliquo ammodo ædes læsæ, Cùm nihil aliud sint iura prædiorum, quàm ipsa prædia qualiter se habentia, *l. quid aliud 86.de verb signific.* iunct. *l.repeti 5.§.1.j.quib.mod.vsusfr. amitt. l.si cuius 13 §.sed neque dictas,* in postremis illis verbis *qualitate ædium non immutata supr. hoc tit.* Ergo non magis permittendum est proprietario vt consentiente fructuario seruitutem hanc, quàm vt aliam vllam imponat.

Dec. Seruitus hæc & si qua est alia similis facit quidem deteriorem condicionem proprietatis, sed ita vt ex ea vsusfructus nullomodò lædatur. Nam nec etiam huiusmodi constitutionem seruitutis posset proprietarius, aut ipse etiam fructuarius ædes altiùs tollere, *d.l.si cuius 13.§.item Sterius supr.* vbi dixi *l.vsufructuarius nouum tectorium 44. infr. hoc tit.* Nec tamen talis seruitutis constitutio immutet qualitatem rei cuius faciem pristinam potius conseruat. Quidni ergo licere debeat proprietario talem seruitutem imponere, adeóque non requisito, aut expectato consensu fructuarij? Quod enim vni prodest & alij non nocet, cur non facilè concedatur? *l. in creditore 38. in fin. infr. de eucit.* Atque ita legem hanc intelligo.

17. VLPIANVS libro 18.ad Sabinum.

LOcum autem religiosum facere potest, consentiente vsufructuario. & hoc verum est fauore religionis. sed interdum [a] & solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest finge enim, eum testatorem inferre, cùm non esset, tam opportunè vbi sepeliretur.

Ad l.Locum autem consentiente 17.

Ratio dubitandi. Locus qui fit religiosus eximitur commercio hominum, sitque in nullius bonis hoc ipso quod fit diuini iuris, *l.1.l.in tantum 6.§.sacra res supr. De rer. diuis.* Et consequenter non potest fieri religiosus, quin vsusfructus qui in eo fuit amittatur. Ergo si non potest proprietarius seruitutem aliquam imponere, ne quidem consentiente fructuario per quam deterior fructuarij condicio fiat, vt proximè dictum est, Quantò minùs licere illi debet locum fructuarium religiosum facere etiam consentiente fructuario?

Dec. Fauor solus religionis hoc ius euicit; non ratio aliqua vel iuris vel æquitatis. Summa enim ratio semper est quæ pro religione facit, *l.sunt personæ 43.infr. De religios.* iunct. *l. 2. §.si vsumfructum eod.* Non quasi in eo loco, qui per illationem mortui religiosus factus est, possit saluus manere vsusfructus nec si fructuarius saluo iure suo consenserit, vt in *l.4.§.1.quib.mod.pign.vel hypoth. soluit.* quod inscitiiter teneat Accursius, sed ita vt in rebus cæteris saluus maneat vsusfructus fructuario qui consensit, Fauor enim religionis hac parte in eo versatur, non vt & locus religiosus fiat, & vsusfructus saluus sit, sed vt loco facto religioso vsusfructus amittatur, etiam maximè saluo vsufructu fructuarius consenserit, quoniam est illa protestatio contraria actui. Quod superiore casu dissimile est, in quo, vt diximus, vitiatur impositio seruitutis à proprietario facta, licet

Digitized by Google

licèt interueniente consensu fructuarij, Vsusfructus verò ipse retinetur; Planè si non consentiat vsufructuarius non poteſt fauor religionis facere vt inuito eo locus religiosus fiat. Generaliter enim verum eſt neminem poſſe facere locum religiosum qui seruit ſiue personalis ſeruitus ſit ſiue realis. Niſi conſentiat is cui ſeruitus debetur, *d. l. 2. §. locum infr. de religioſ.* Vbi quod additur, Præterquam ſi non minùs commodè per alium locum ſeruitute vti quis poſſit, quòd eo caſu nihil impediendæ ſeruitutis cauſa fieri videatur, ad reales tantùm non etiam ad perſonales ſeruitutes pertinet. Nec enim ſemper omnes partes prædij ſeruiunt prædio, ſed facta certa demonſtratione loci, qui ſeruiat, cæteræ partes omnes liberæ ſunt, At prædij fructuarij partes omnes ſeruiunt perſonæ nec vllam determinationem certi loci admittere poſſunt quia totius prædij emolumentum omne ad fructuarium pertinet, *leg. Mæuius 66. §. fundo De legat. 2.*

a *Sed interdum.* Ratio dubitandi. Locum qui ſeruit nemo religioſum facere poteſt niſi conſentiat is cui ſeruitus debetur. Ergo fructuarij conſenſus omnino neceſſarius eſt.

Dec. Cùm alius locus nullus eſt, in quo tam opportunè & commodè teſtator ſepeliri poſſit qui vſumfructum legauit, æquum eſt maiorem haberi rationem ſepulturæ, quàm vſusfructus. Idque non tantùm fauore religionis, vt ſuperiore caſu ſed etiam fauore ſepulturæ, & publicæ vtilitatis, ad quam maximè pertinet ne cadauera inſepulta iaceant ideòque neceſſariò locus parandus eſt in quo corpus condatur, *l. etſi quis 14. §. funeris cauſa & ſequ. l funeris 37. & ſequ. inf. De relig.* Ob memoriam ſcilicet humanæ condicionis, vt loquitur Modeſtinus in *l. quidam 27. infr de condic. inſtit.* Ergo permittendum eſt proprietario vt teſtatorem inferat in locum fructuarium etiam nõ requiſito conſenſu fructuarij, qui etiamſi prohibere ac reluctari vellet non eſſet audiendus, Eo ſcilicet caſu quo alius in hereditate locus ſit in quo tam commodè ſepeliri defunctus poſſit. Regula autem iuris eſt, Quicquid inuitis nobis fieri poteſt, fieri etiam poſſe nobis ignorantibus, *l. qui poteſt 26. De regul. iur.*

1 ¶ Ex eo, ne deteriorem condicionem fructuarii faciat proprietarius, ſolet quæri, an ſeruum dominus coercere poſſit. Et Ariſto apud Caſſium notat, pleniſſimam eum coercitionem habere, ſi modò ſine dolo malo faciat[a]: quamuis vſufructuarius, nec contrariis quidem miniſteriis, aut inuſitatis, artificium eius corrumpere poſſit: nec ſeruum cicatricibus deformare.

Ad §. 1. Ex eo.

Ratio dubitandi. Non poteſt ſeruos fructuarius cicatricibus deformari quin fiat deterior, Ideoque à fructuario id fieri non poteſt quia deteriorem proprietatis cauſam facere non debet, *d. l. ſi cuius 13. §. fructuarius ſupr.* Atqui non magis poteſt proprietarius deteriorem facere condicionem vſusfructus *l. ſed ſi quid 15. §. proprietatis & l. prox. 5.* Ergo non magis proprietarius, quàm fructuarius plenam coercitionem in ſeruum fructuarium habere debet, Et contentum eſſe vtrumque oporteret modica caſtigatione, *l idémque 24. infr.* qua nec maiorem habent magiſtratus ipſi municipales in ſeruos, *l. magiſtratibus 12. ſupr. de iuriſdict.* Cùm tamen nemo neſciat Magiſtratibus longè plura & maiora licere debere quàm priuatis, *l. non eſt ſingulis 176. De regul. iur.* Nam & nimia ſæuitia culpæ adnumeratur, *leg. præceptoris 6 in, f. ad leg. Aquil.* iunct. *§. vltim legis præced.* Nec tantùm præceptoris de quo ibi agitur, ſed etiam domini & proprietarij, *l. 2. § dominorum ſupr. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Publicéque intereſt ne quis re etiam ſua abutatur, Apud Iuſtinianum *Inſtit. eod. tit.*

Dec. Domini & proprietarij ius pleniſſimum eſt vt de re ſua pro arbitrio, & quo velit modo poſſit diſponere. Id enim eſt dominum eſſe vulg. *l. in re mandata 21. Cod. mandat. l. penult. ſupr. de pact.* Nec proinde cùm de ſeruis fructuariis coercendis quæritor æquiparandus eſt proprietarius fructuario, Cùm haberet olim dominus in ſeruos pleniſſimam adeoque vitæ ac necis poteſtatem quæ licèt per conſtitutionem Imp. Antonini ſublata ſit, attamen in eius locum manſit pleniſſima coercitio, hactenus ſcilicet vt omnia in ſeruum facere poſſit, dum ne occidat. Coërcere namque emendare eſt, non occidere. At fructuarius tanquam qui dominus non ſit longè minorem habere debet poteſtatem, nec vllo caſu permittendum ei eſt vt proprietatis condicionem deteriorem faciat. Sic enim debet vti frui tanquam rebus alienis. Et ſæuitia quæ in rebus propriis culpanda eſt, in alienis eſt coercenda, *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus infr. ſolut matr.* Excipe tamen cum Accurſio, Niſi ex iuſta aliqua cauſa ex *l. qui ſeruum 96 infr de verb. oblig. & l. quid ergo 53. §. ſi heres, de legat. 1.* Iunge *l. idémque 14. ȷ.*

a *Si modò ſine dolo malo faciat.* Ratio dubitandi. Non poteſt videri dolo malo facere, qui iure ſuo vtitur, *l. ſi duorum 51. de action empt* Nec enim executio iuris poteſt habere iniuriam, *l iniuriarum 13 in princip ȷ. de iniur.* Ergo non fuit ſubiicienda hæc exceptio.

Dec. Non ſolùm intereſt reipublicæ, ne quis re ſua abutatur, §. 1. *Inſtit de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* ſed etiam illud diligenter obſeruandum eſt ne malitiis vnquam indulgeatur, *l in fundo 37. ȷ. de rei vindic.* Nec dolus vnquam debet manere impunitus, ne tùm quidem, cùm aliis non nocet, quàm illi ipſi qui dolum fecit *l. procurator 11. §. 1. ȷ. de doli mal. except.* Ergo non eſt permittendum proprietario, vt prætexto dominij coerceat ſæuiùs ſeruum fructuarium, impediendi duntaxat vſusfructus gratia.

2 ¶ Proprietarius autem & ſeruum noxæ dedere poterit, ſi hoc ſine dolo malo faciat: quoniam noxæ deditio iure non peremit vſumfructum: non magis quàm vſucapio proprietatis quæ poſt conſtitutum vſumfructum contingit. Debebit planè denegari[a] vſusfructus perſecutio, ſi ei, qui noxæ accepit, litis æſtimatio non offeratur à fructuario.

Ad §. 2. Proprietarius autem.

Ratio dubitandi. Noxæ deditio facit pleno iure ſeruum accipientis, mutátque dominium ſerui, *l. 1. l. vali 33 & paſſ. ȷ. de noxal. act.* Ex quo autem is cui

deditio facta est, effectus fuit dominus, absurdum videtur, & iniquum auferri inuito ei vsumfructũ, nouusque ipsius consensus videtur in eam rem necessarius, arg. *l. si ergo 9. §. si res).de iur. dot.*

Dec. Neque vsusfructus, neque alia seruitus vlla dominij mutatione amittitur, *l. neque vsusfructus 19. infr. quib. mod. vsusfr. amit.* nec causas proprietatis & vsusfructus permisceri oportet *l. penul. de acquir. poss.* quoniam vsusfructus non magis quàm pignus aut possessio vlla dominij societate coniungitur, *l. iusto 44. §. non mutat. infr. De vsucap. l. 1. §. cùm prædium infr. de pignor. l. vsucapio 7. C. eod.* Ergo proprietarius etiam seruum fructuarium noxæ dedere poterit dummodò id faciat sine dolo malo, quoniam noxæ deditio non perimit vsumfructum. non magis quàm proprietatis vsucapio quæ post constitutum vsumfructum contingit. Cùm vsusfructus sit ius alienis rebus vtendi fruendi, *l. 1.* 5. nec debeat aut possit ignorantis fructuarij condicio lædi & deterior fieri sola voluntate & facto proprietarij, vulg. *l. id quod nostrum 11. l. non debet 74. De regul. iur. l. 2. quod vi aut clam.* Proprietarius quidem cùm seruum fructuariũ noxæ dedit, cogitur etiam vsumfructum facere actoris, *l. si ex duobus 17. §. 1. infr. de noxal. act.* Sed ea res non extinguit vsumfructum quominus possit fructuarius eum vindicare dummodò offerat litis æstimationem, vt mox sequitur in textu, & apertiùs scriptum est in *l. si noxale 27. eod. ill. tit. de noxal. act.* Operarum alia ratio est. Nam vsucapto seruo legatum operarum perit, *l. 2. in fin. de vsufr. legat.* Nimirum quia operæ sequuntur ius dominij, vsusfructus verò, vel pignus non item, vt docet Cuiac. *lib. 19. Obser. cap. 23.* & longè meliùs quàm hic noster Accursius.

a *Debebit plane denegari.* Ratio dubitandi. Qui noxæ dedit seruum fructuarium potest eum ipse redimere. Ergo teneri debet redimere vt fructuario liceat vti frui, arg. *l. quid ergo 53. §. si heres vers. sed si noxæ dedit.). de legat. 1.* vbi ob hanc causam scriptum est heredem si seruum legatum noxæ dederit, nihilominùs teneri, quia potest eum redimere.

Dec. Ex delicto serui potest noxali actione conueniri non tantùm dominus, sed etiam fructuarius tanquam qui hac parte quodammodo domini loco sit, Hactenus scilicet vt si seruum non defendat, persecutio vsusfructus ei deneganda sit, *l. 3. supr. si ex noxal. caus. agat.* Quòd si non cum illo agatur noxali actione sed cum proprietario, officio quidem iudicis continebitur si eum noxæ dederit, vt etiam vsumfructum actoris faciat: Sed per Prætorem consequi debet proprietatis domin⁹ vt aut vsufructuarium cogat Prætor conferre pro æstimatione vsusfructus ad litis æstimationẽ, aut vsufructu cedere si hoc expediat, *l. si ex duobus 17. §. 1.). de noxal. act.* Eadem igitur ratio facit, vt si id factum non sit, & proprietarius solus fuerit condemnatus, non aliter audiendus sit fructuarius rem euincens iure vsusfructus, quàm si ei qui noxæ accepit, litis æstimationem offerat. Iunge *l. si hominem 69.). de solut. l. si finita 15. §. ne quæritur inf. de damn. infect.* Nec aliud esse puto in seruo legato, quem heres noxæ dederit. Licèt enim redimere illum heres possit, non est tamen cogendus cùm ei non possit imputari cur seruum noxæ dederit. Nec enim cogendus est litis æstimationem præstare si malit seruo carere, *l. 1. infr. de noxal. act. l. si seruus 61. §. quod verò infr. de furt.* Ergo dicendum est, legatarium eum non teneri. Et ita omnino legẽdum est addita negatione in *d. l. quid ergo 53. §. si heres vers. sed si noxæ de legat. 1.* in illis verbis *& puto teneri.* Nato mendo vt credibile est ex errore interpretis existimantis præcedentia illa verba *quia potest redimere,* continere rationẽ dubitandi quæ continent potiùs decidendi. Idq; ita esse sequens etiam versic. ostẽdit qui per aduersatiuam conceptus est, Item quod in sequentibus speciebus in quibus dicitur heredem teneri, semper aliquid est quod heredi possit imputari & propter quod heredi teneri debeat. Accursius noster pessimè hunc §. explicat de seruo qui ductus sit iussu Prætoris non defendente proprietario, aut cuius nuda proprietas noxæ dedita sit. Neutram enim explicationem verba illa Vlpiani patiuntur, *& seruum noxæ dedere poterit.*

3 ¶ Si quis seruum occiderit: vtilem actionem, exemplo Aquiliæ, fructuario dandam numquam dubitaui.

Ad §. vlt. Si quis seruum.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non datur nisi domino *l. item Mela 11. §. legis autem & pass. infr. ad leg. Aquil.* Atqui fructuarius non est dominus cùm re sua nemo vti frui possit, *l. vti frui 5.). si vsusfr. pet.*

Dec. Verba quidem legis Aquiliæ non nisi de domino loquuntur, sed æquitas & vtilitas legis facit vt ad exemplum legis Aquiliæ, etiam fructuario & vsuario aliisque similibus personis eadem actio dari debeat non quidem directa sed vtilis, *d. l. item Mela §. vlt. l. eleganter 7. § si seruum supr. de dolo l. si quis 9. §. 1.). de seru. corrupt.*

18. Pavlvs libro 3. ad Sabinum.

Agri vsufructu legato, in locum demortuarum arborum aliæ substituendæ sunt: & priores ad fructuarium pertinent.

Ad l. Agri 18.

Ratio dubitandi. Re perempta, in qua vsusfructus constitutus erat, nõ potest durare vsusfructus, cùm vel sola rei mutatio sit modus extinguendi vsusfructus, *l. 5. §. rei mutatione infr. quib. mod. vsusf. amitt.* Nec enim eius rei quæ iam nulla sit, vsusfructus aliquis intelligi potest cùm non entis nullæ sint qualitates, *l. verum est 63. §. vltim. infr. pro socio. & §. peni. Instit. hoc tit.* Atqui arbores demortuæ iam nullæ sunt, scilicet quod ad vsumfructum pertinet cùm fructum nullum ferre possint. Ergo non est tractandum de aliis arboribus in earum locum substituendis à fructuario.

Dec. Arboribus demortuis non ideò vsusfructus perit fundi. Nec si arbores deciderint *l. fundi 8. infr. quibus mod. vsusfructus amitt.* Et cùm vsusfructus duret cogitur fructuarius vt arbitrio viri boni fruatur, ita frui vt proprietas non fiat deterior. Quod tamen contingeret si in locum demortuarum arborum aliæ non substituerentur. Faciunt enim arbores fundum preciosiorem & vtiliorem. Sed pro hoc incommodo habet fructuarius id commodum vt priores arbores ad eum

iurè

iure dominij pertinere incipiant. Nec quod arbores quas in demortuarū locum substituit aliæ sint, quàm quarum vsusfructus constitutus est, ad rem facit. Cùm enim substitutæ sint & subrogatæ in locum demortuarum, eodem prorsus iure censentur, Vt solet subrogatum sapere naturam eius in cuius locum subrogatur *l. si eum 10. §. qui iniuriarum]. si quis caution. l. sed quod inde 71. De legat. 2.* Aliud est si arbores vi ventorum deiectæ sint. Hoc enim casu non tenetur fructuarius alias arbores substituere, adeóque nec priores ad eum pertinent, vt benè hîc notat Accursius ex *l. arbores 59.]. & l. arboribus 12.] eo.*

9. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

PRoculus putat, insulam posse ita legari, vt ei seruitus imponatur, quæ alteri insulæ hereditariæ debeatur, hoc modo: *Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altiùs Ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vsumfructum do lego* vel sic: *ædium illarum, quo ad altius, quàm vti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi vsumfructum do lego.*

Ad l. Proculus 19.

Insulam ita posse legari. Malo legere *insula*, & supplere dictionem quæ sensum compleat *vsumfructum*. Nec enim lex hæc aut alia vlla huius tituli est de proprietate legata, sed de vsufructu legato, Idq; manifestissimè ostendunt duo exempla quæ subiiciuntur, in quibus verba illa sunt *vsumfructum, do, lego*. Qua ratione Accursius noster vt prima huius responsi verba quę de legata insula loquuntur concilieт cum vltimis quibus nihil nisi vsusfructus continetur, fateri cogitur in hac specie legato vsufructu legatam videri proprietatem: Quod certè stultum est, neque tale quid à prudentibus vnquã responsum inuenias, Præsertim verò in *l. vlt.] de vsufr. ear rer qua vsu consum. & l species 15.]. De aur & arg. leg.* quibus in hanc rem Accursius abutitur. Ibi enim apertis verbis legata erat proprietas non vsusfructus, sed additn tamen onere fideicommissi, vt ait *dict. l. species*. Nec rursus mouet ratio illa Accursij, quod prohibitio altiùs tollendi in solo proprietario possit esse vtilis ad imponendam seruitutem *l. si binarum 35.] vrban præd. l. 2. l. si quis duos 6.]. Commun. præd.* in fructuario autem inutilis, quippe qui etiãsi nulla esset prohibitio, altius tamen tollere nõ posset *l. si cuius 13. §. item Nerua, supr.* Nam illud primùm obseruandum est ex duobus exemplis quæ hic proponuntur, non posse rationem hanc priori accommodari, quod tale est *si ille heredi meo promiserit per se non fore, quominùs altiùs ea ædificia tollãtur, tunc ei eorum ædificiorum vsumfructum do, lego* Certum enim est nec proprietarium posse fructuarias ædes altiùs tollere, non magis quàm fructuarium *dict. §. item Nerua*, Quidni ergo vtilis erit impositio seruitutis ita facta, vt cogatur pati fructuarius, quod alioquin pati non cogeretur? Quanquam videtur hoc exemplum aliter intelligendum vt sit accommodatum ad id, de quo tractamus, id est, de seruitute imposita ædibus fructuariis, per quam fiat vt seruiant hereditariis. Hoc enim sensu, quem proximè diximus, non tam seruitus imposita videtur ædibus fructuariis quàm ius aliquod acquisitum heredi, vt possit fructuario inuito facere, quod alioqui non posset. Igitur ponendum est prohibitum fuisse fructuarium ne per eum fieret quominùs ædes hereditariæ altiùs tollerentur quamuis ex eo futurum esset vt fructuariæ obscurarentur. Etsi enim dici solet Cum eo qui altiùs tollendo obscuras vicini ædes quibus non seruiat nullam esse actionem *l. cum eo 9. infr. de seruitut. vrb. præd.* Non tamen hoc locum habet in proprietario qui altiùs tollendo ædes hereditarias obscurat fructuarias, cùm non possit deteriorem vsusfructus condicionem facere *d. l. si cuius 13. § proprietarius supr hoc tit.* Est itaque primum hoc exemplum de seruitute altius tollendi imposita ædibus fructuariis, & acquisita hereditariis. Aliud exemplum est de seruitute altiùs non tollendi si fortè dominus binarum ædium alterarum vsumfructum legauerit sub ea condicione, si altiùs non tollantur. In quo exemplo probabiliùs defendi potest interpretatio Accursij, cùm superuacua & inanis videatur ea impositio seruitutis, citra quam nõ magis posset fructuarius ædes fructuarias altiùs tollere, quod nec proprietario liceret *d. §. item Nerua.* Nisi quis dicat posse adhuc esse vtilem, si fortè vellet fructuarias ædes illas altiùs tollere proprietario consentiente. Hoc enim facere proculdubio posset si non ea lege & condicione legatus esset vsusfructus ædium, ne altiùs tollerentur. Qui vtique sensus est illorum verborum *ædium illarum quoad altius quàm nunc sunt, ædificata non erunt, illi vsumfructum do, lego.* Proinde non posset hoc casu fructuarius ædes altiùs tollere, nec si proprietarius consentiret, quia non posset consensus ille efficere ne condicio legati deficeret, quæ quoties negatiua est, nec vllo tempore coarctata in infinitum extenditur, & quandiu ædes fructuariæ altiùs sublatæ non sunt, non tam defecta intelligitur, quàm nondum impleta, vt in *l. hac condicio 10. in fine principij. infr. De condict. & demonstr.* Cùm verò altiùs tolli incipiunt, tũc deficit condicio legati, & vsusfructus consequenter extinguitur. Tanquam quem negari non possit si non sub condicione expressa, sed potiùs purè legatus est, saltem ad tempus relictum esse, quomodo relinqui posse eum diximus ad *l. 4. supr. l. & puto 16. §. 1. infr famil ercisc.* Verum igitur est, quod initio præfati sumus corruptum esse hunc textum & pro *insulam* legendum esse *insula* supplendamque dictionem *vsumfructum* ex lege præcedente quæ est de agri vsufructu legato. Etsi enim diuersorum Iureconsultorum responsa sunt, sic tamen ea accipi Iustinianus voluit, tanquam ab vnius Iustiniani ore profecta.

Ratio dubitandi est, quia cùm is qui binas ædes habet aliarum vsumfructum legat, ambæ tamen in hereditate remanent, & vnus idémque ambarum dominus est defuncto quoque testatore, Nimirum heres. Atqui nemini res sua seruire potest *l. in re commun 26. infr. Vrban. præd. l. vti frui 5. infr. si vsufr. petat.* Ergo fieri nequit vt ædes fructuariæ seruiant hereditariis, nec proinde vt per testamentum quo legatur vsusfructus, talis seruitus imponatur. Nec magis si proprietarium oneret testator, quàm fructuarium, ne altiùs ædes tollat, licèt apud Accursium quidam ista distinxerit.

Dec. Nõ tam seruitus propriè ista est quàm con

ditio quædam adſcripta legato eandem proprietario contra fructuarium vtilitatem præbens, quam præberet impoſitio veræ ſeruitutis ſi ædes fructuariæ ſeruirent hereditariis. Id enim facit non tantùm voluntas teſtatoris quæ in legato vſusfructus, vt & in aliis legatis omnibus potiſſimùm ſpectanda eſt, ſed etiam poteſtas condicionis, quæ cùm eſt extenſiua ad futurum tempus vt hæc non tantùm impleri debet, ſed etiam manere ſemper impleta, vt legatum perpetuò debeatur, nec tempore finiatur quando tale eſt vt contra communes iuris regulas tempore finiri poſſit *d.l.& puto §.t.iunct. l.nemo poteſt* 55. *de leg.*1. Nec adeò impropria hæc locutio videri debet, vt non etiam aliquo probabili iuris colore defendi poſſit. Nam qua ratione admittimus vſumfructum in quibuſdam dominij & portionis inſtar obtinere *l.* 4.*ſ. l.ſi Titio* 33.*§.*1.*ʒ.hoc tit.l.cùm filius* 76. *§.dominus de leg.*2.*l.qui vſumfructum* 58.*ʒ.De verb.oblig.* ea tem ratione fatendum eſt poſſe dici etiam ędes fructuarias ſeruire hereditariis, aut contrà hereditarias fructuarius, Non ſecus aeſi eſſent duorum dominorum, quaſi fructuarius, quandiu durat vſusfructus, etiam domini loco eſſe videatur. Hactenus ſaltem, vt in vtendo fruendo non minùs debeat ſequi voluntatem teſtatoris, & hac parte dominus eſſe quodammodo videatur.

1 ¶ Si arbores vento deiectas dominus non tollat, per quod incommodior is ſit vſusfructus, vel iter: ſuis actionibus vſufructuario cum eo experiundum.

Ad §. 1. *Si arbores.*

Ratio dubitandi. Natura ſeruitutum omnium illa eſt exempta ſeruitute oneris ferendi, vt dominus prædij quod ſeruitutem debet nihil facere cogatur, ſed tantùm pati *l. etſi fortè* 6.*§.etiam. ʒ.ſi ſeruit. vindic.* Idque in vſufructu etiam obtinet *l.* 3. *§.*1. in illis verbis *eum ve patiatur vti frui.ſup.* Ergo ſi arbores fructuarij fundi vento deiectas dominus non tollat, quamuis ex eo incommodior ſit vſusfructus, vel iter quod fructuario præſtandum eſt ad fruendum, non eo magis tamen actione vlla teneri debet proprietarius, debétque fructuario ſatis eſſe, ſi eum patiatur proprietarius arbores tollere, vt alia quælibet impedimenta, quę vſumfructum incommodiorem poſſent reddere.

Dec. Arbores vento deiectæ, de quibus ſolis hic §. loquitur ad fructuarium non pertinent, ſed ad proprietarium, vt diximus ad *l. prox.ſup.ex l arboribus* 12.*ſupr.& l.arbores* 59.*infr. hoc tit.* ideóque non poteſt fructuarius eas tollere ſua authoritate, ſed proprietarius. Qui ſi non tollat, cùm videt incommodiorem ex eo fieri vſumfructum, facit haud dubiè vſumfructum deteriorem, quod facere nullomodo poteſt, ſiue faciat aliquid quod facere non debet, ſiue non faciat id quod facere & poteſt, & debet. Cùm vtroque caſu perinde videatur facere contra id quod facere debet *l.qui non facit* 121.*ʒ.de regul.iur.* Proinde æquum eſt teneri eum fructuario actionibus omnibus & remediis tam ciuili quàm prætorio iure pro fructuario comparatis, hoc eſt, vt benè Accurſius explicat actione ex teſtamento, & Confeſſoria De vſufructu, itémque interdicto Quod vi aut clàm. Solent enim omnia hæc remedia fructuario competere *l.* 5 *§.vltim.cum l.ſeq.infr.quibus mod.vſusfr.amitt.l.denique* 13 *in princip.infr. Quod vi aut clam.* Etſi quod de interdicto Quod vi aut clam. non videtur ad hunc caſum accommodari poſſe: Cùm non ſit locus ei interdicto niſi de opere aliquo facto, vt in ſupradictis legibus. Hîc autem nullum opus factum eſt propter quod eo interdicto teneri proprietarius, poſſit aut debeat, ſiquidem ponimus non ab eo deiectas aut ſuccilas eſſe arbores, ſed ventorum vi deiectas. Neque aliud reſpondet Pomponius in hoc §. qui de actionibus tantùm loquitur, non etiam de interdictis, quæ licèt actionum nomine generaliùs ſumpto contineantur *l. actionis* 37. *ʒ.de verb oblig.* propriè tamen ab actionibus ſeparantur, quia prætoriæ cognitiones ſunt potiùs quàm datæ à Prætoribus actiones. Cæterùm dabuntur fructuario hæ actiones non vt aliquid faciat præciſè, ſed vt vel tollat arbores, vel eas pro derelicto habeat, vt ſubinde illas tollere fructuarius per ſe poſſit *l. Prætor* 5.*§.vlt.infr.De damn.infect. l.*2.*§.ſi ex fundo. ʒ.ne quid in loc public.*

20. VLPIANVS libro 18 ad Sabinum.

SI quis ita legauerit, *Fructus annuos fundi Corneliani Gaio Mænio do lego*: perinde accipi debet hic ſermo, ac ſi vſusfructus fundi eſſet legatus.

Ad l.Si quis ita 20.

Ratio dubitandi. Multùm diſtat vſusfructus à fructibus. Vſusfructus namque ius eſt, & in iure conſiſtit non in corpore, licèt ſit ius in corpore *l.*1.*&* 2.*ſ.l ſi à reo* 70.*§.ſi reo.infr.de fideiuſſ l. Meuius* 66. *§. fundo.De legat* 2. Fructus autem fundi ſunt corporales. Vnde eſt quod ipſam quoque perceptionem fructuum ab vſufructu diſtinguimus, Vt vſusfructus ſit ſemper iuris, fructuum autem perceptio facti *l. ſi vſusfructus* 66.*ʒ.de iur.dot.* Ergo ſi quis alij fructus annuos fundi legauerit, nō ideò vſusfructus fundi legatus dici poteſt, ſed quid potiùs ſimile vſufructui. Atque ita reſpondiſſe videntur Iureconſulti in *l.in ſingulos* 8.*l.Caius Seius* 12.*ʒ.de ann legat.l patrimonij* 22.*l.fundi Æbutiani* 38.*ʒ De vſufr.legat.*

Dec. Verba quidem huius legati non ſatis conueniunt legato vſusfructus, quia negari non poteſt quin aliud ſit legare vſumfructum fundi, Aliud verò fructus fundi annuos. Sed tamen perinde accipi hæc verba debent, acſi vſusfructus fundi legatus eſſet, vt hæc lex ait, quia hæc mens fuiſſe teſtatoris videatur *l cùm ita* 41.*de vſufr.legat.* Cùm in effectu is, qui vſumfructum fundi habet, nihil ex ea cauſa niſi eiuſdem fundi annuos fructus percipiat, Diſtinguit tamen Accurſius non inſubtiliter, quibus verbis legatum conceptum eſſe proponatur. Nam ſi verbis legati per vindicationem *do lego*, vt hîc, & in *d.l cùm ita*, vult id obtinere quod modò diximus. At non item ſi verbis legati per damnationem quæ illa fuerunt *dari volo*: quòd hoc caſu, inquit, appareat voluiſſe teſtatorem, vt legatarius caperet fructus per manus heredis, atque ita vt heres maneret dominus fructuum, etiam perceptorum, & per-

ipſum

ipsum aut per alium ipsius nomine à solo separatorum, quod legato, aut aliter constituto vsufructu diuersum esset *l. si fructuarius 13. §. quib. mod. vsusf. amit.* & dixi ad *l. arboribus 12. §. Iulianus, supr.* Nec sanè mala vel improbabilis ratio est. Etsi enim nemo dubitat quin verbis quoque legati per damnationem non minus quàm per vindicationem relinqui vsusfructus olim posset *l. 3.* vbi dixi *sup.* id tamen pertinet ad constituendum vsumfructum non ad ius ipsum fruendi. Constituto enim semel vsufructu, & tradito ex causa legati, vsufructuarius ita incipit esse dominus vsusfructus, vt ab eo tempore ius habeat percipiendorum sibi propria authoritate fructuum, eorúmque sibi si non per solam separationem à solo, vt bonæ fidei possessor quilibet, tamen per ipsam perceptionem acquirendorum *d. l. si fructuarius*, Quod non similiter dici potest, cùm non vsumfructum, sed fructus ipsos ab herede, dari fructuario testator voluit, siue ipsos fructus annuos omnes, siue ex fructibus aut ex reditibus annuis partem aliquam, vt in legibus supradictis, quæ aliter sanè aut melius conciliari nulla ratione possunt, In quo dignum obseruatione mihi videtur, quod etiam post sublatas à Iustiniano veteres illas omnes legatorum differentias quæ ex verborum & formularum diuersitate proficiscebantur in *l. 2. C. commun. de legat.* hæc tamen hodie durat, non tam propter diuersitatem verborum solam, quàm propter diuersam naturam rerum legatarum, quæ diuersitatem quoque inducit voluntatis, cuius coniiciendæ, & explorandæ non alia certior ratio esse potest, quàm si potestas verborum cum ipsius legati substantia & qualitate conferatur.

21. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

SI serui vsusfructus sit legatus; quidquid is ex opera sua adquirit, vel ex re fructuarii: ad eum pertinet, siue stipuletur, siue ei possessio fuerit tradita. Si verò heres institutus sit [a], vel legatum acceperit: Labeo distinguit, cuius gratia vel heres instituitur, vel legatum acceperit.

Ad l. Si serui 21.

Ratio dubitandi. Quicquid seruus acquirit, domino suo acquirit, ita vt ne momento quidē temporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. infr. de acquirend. hered.* adeóque inuito domino *l. etiam 32. infr. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verb. oblig.* Ergo non potest seruus fructuarius acquirere quicquam fructuario qui dominus non est, Nec si proprietarius consentiat.

Dec. Quod seruus fructuarius acquirit, siue stipulando, siue per traditionem accipiendo, non alij potest acquirere quàm fructuario, Quippe qui operas suas debeat, Cùm fructus hominis in operis consistat, & retrò serui operæ in fructu sint *l. 3. & 4. infr. de oper. seruor.* Multò magis quod ex re fructuarij acquirit hic seruus, debet fructuario acquirere, Quomodo etiam liber homo acquirens ex re bonæ fidei possessoris acquirit ei non sibi *l. aditio 45. §. vlt. de acquirend. hered l. qui bona 23. inf. De acquir. rer. domin* Nam nec alia ratione acquirit seruus alienus, aut homo liber fructuario, aut bonæ fidei possessoris ex operis suis, quàm quòd hoc ipso ex re fructuarij aut bonæ fidei possessoris acquisitio fieri intelligatur, propter alimenta quæ tam fructuarius quàm bonæ fidei possessor præstare illi debet à quo percipit operas *d. l. qui bona:* Extra hos casus, seruus fructuarius acquirit domino non fructuario, quoniam id extra causam vsusfructus est, & consequenter causam sequitur dominij & proprietatis. *§. de iis autem seruis. Instit. per quas person. cuiq. acquir. l. facta 63. §. si heres. infr. ad SC. Trebell.*

a *Si verò heres institutus sit.* Ratio dubitandi, Fructuario hereditas acquiri per seruum non potest *l. fructuario 47. inf. de acquirend. rer. domin.* cuius ratio redditur, quod in opera serui hereditas non sit. Quod & scriptum est in *l. aditio 45 de acquir. hered.* Qua ratione scribit etiam Pomponius in *l. liber homo 19. eo.* nec per liberum hominem qui bona fide nobis seruiat acquiri nobis hereditatem, aut legatum posse, quia neque ex re nostra, neque ex operis obuenit. Quænam enim opera, inquit, est in legato? quippe quod etiam ignoranti & dormienti quamuis non inuito acquiritur *l. cùm pater 77. §. surdo. De legat. 2.* Sanè in hereditate aliquatenus versari videtur opera serui; quando ipsius facto est opus ad adeundum. Sed tamen non eò minùs verum est aditionem hereditatis non esse in opera seruili *d. l. aditio.* Etsi enim non potest seruus heres institutus adire hereditatem, nisi iubente domino. Ideóque nec seruus hereditarius hereditatem acquirere hereditati potest cùm non possit hereditas iubere, quamuis domini personam repræsentet *l. hereditas 61. iunct. l. hereditas 34. eod. tit.* Non idcirco tamen à domino iubetur seruos adire quod operas domino debeat, sed quòd sit heres ipse institutus, siquidem institutio cùm sit facti non transit ad dominum *l. qui heredi 44. de condit. & demonstr.* Argumentum est quòd si dominus ipse institutus esset heres non seruus, nullam posset seruus operam domino præstare quantum ad acquirendam hereditatem. Nec enim per seruum magis quàm per liberum hominem acquiri nobis delata hereditas potest cùm ipsi sumus instituti. Non est igitur aditio hereditatis in opera seruili, siquidem nec vlla ipsorum opera est in eo, quod instituuntur cùm ignorantes quoque & dormientes instituantur. Consequens igitur est, vt nullo casu per seruum in quo vsusfructus alienus est possit acquiri hereditas, aut legatum fructuario, Nec adhibenda sit distinctio, quam ex Labeone Vlpianus in hac lege adhibet, Cuius contemplatione vtrum proprietarij an fructuarij hereditas ei data, vel legatum relictum sit. Finge enim quantum voles datam fuisse hereditatem, vel relictum legatum huic seruo contemplatione solius fructuarij, adeoque si iubeat etiam ab eo qui proprietarium infensum habuerit. Quomodo fieri obsecro potest, vt acquiratur per eum hereditas fructuario non iubenti, quæ nec proprietario ipsi citra iussum acquireretur? *l. qui in aliena 6. in princip.* & *l. si quis mihi bona 25. §. iussum. de acquirend. hered.* Quomodo autem iubebit fructuarius qui iubendi ius nullum habebit, cùm non sit dominus *d. l. aditio. §. præterea. de acquir. hered.* Iussum enim dominio cohæret *l. si liber homo 33. §. 1. infr. de stipulat. seruor.* vbi non *domino* legendum est, vt vulgo, sed *do-*

minio. Dec. Quod mei contemplatione alicui relictum est, mihi relictum intelligitur, adeóque quodammodo meum esse, *l. sed si plures 10. §. in adrogato 3. De vulg. & pupill. subst. d. l. facta 63. §. si heres in fin. infr. ad SC. Trebell.* Parum enim refert eum quo de supremis quis locutus sit, sed in quem voluntatis intentio dirigatur, *l. cùm pater 77. §. donationis de legat. 2.* Distinctio igitur illa necessaria est, Cuius contemplatione seruus fructuarius heres institutus sit, aut legatum acceperit an proprietarij an fructuarij. Non ob id solùm ne alterutri fiat iniuria, sed etiam ne testatoris voluntas circumueniatur, *l. si cui legatum 92. infr. De condic. & demonstr. l. vltim. C. de reb. credit. & iureiur.* Fatendum tamen est fieri non posse vt per seruum fructuarium hereditas, aut legatum fructuario per seruum acquiratur, Cùm neque ex operis serui, neque ex re fructuarij id sit. Quid ergo? Proprietario quidem acquiretur & legatum & hereditas, quam iussu domini seruus fructuarius adierit, etiam contemplatione fructuarij institutus. Nec enim iubente fructuario adire vnquam potest, *dict. §. praetereà.* Sed tamen quod ex ea causa proprietarius per seruum fructuarium acquisiuerit, fructuario restituere debebit, vt Pomponius concludit in *d. l. liber homo 19. De acquir. rer. domin.* Actione scilicet confessoria De vsufructu, per quam officio iudicis consequetur fructuarius vt nisi hereditatē illā aut legatum proprietarius ei restituat quāti ei nomine fructuarij interetit condemnetur. Est enim actio confessoria De vsufructu arbitraria vt & caeterae omnes in rem actiones, *l. 1. & pass. infr. si vsusfr. pet. l. harum actionum 7. infr. si seruit. vindic.* Nisi quis putet etiam hoc casu condictionem aduersus proprietarium fructuario dandam esse, vt in *l. penul. infr. De stipul. seruor.* quomodo & aliàs ad recuperationem datur vtile iudicium Communi diuidundo inter duos fructuarios si vni soli acquisitum sit quod etiam alteri acquiri debuit, in specie *l. si cùm duorum 13. eod. tit.* Et in hoc minus iuris videtur habere fructuarius, vt & in aliis plerisque, quàm bonae fidei possessor qui aut liberum hominem aut seruum alienum bona fide ac tanquam dominus possidet. Hic enim iubere potest ei quem possidet siue liber homo ille sit, siue seruus alienus vt hereditatem in qua sit institutus adeat, & illo adeunte fit heres si modò ipsius contemplatione seruus ille aut liber homo institutus proponatur. Quasi ex ipsius re acquisitio illa facta sit, vt Iulianus scribit in *d. l. aditio 45. §. vlt. De acquir. hered.* Nempe quia bonae fidei possessor quod ad fructus & commoda omnia quae per bona fide possessum acquiri possunt domini loco habetur. *l. bona fides 48. De acquir. rer. domin.* cùm se putet dominum, nec alius appareat dominus qui aditionem iubere ac imperare possit. Multóque magis idem est si liber homo sit ille, qui bona fide possidetur, quippe qui dominum nullum habet, ne quidem seipsum, *l. liber homo 13. infr. ad leg. Aquil.* At quisquis fructuarius est, sicuti se fructuarium esse scit, ita nec ignorare potest alium esse dominum qui iubere possit & debeat seruo fructuario vt adeat hereditatem, Cùm iussum dominio cohaereat, vt diximus ex *l. liber homo 35. §. 1. de stipulat. seruor.* Itaque licet fructuarij & bonae fidei possessoris ius in eo par sit & aequale, quòd vtrique ex eius re vel ex operis suis seruus acquirit, faciliùs tamen est vt ex re bonae fidei possessoris quàm vt ex re fructuarij seruus videatur acquirere hereditatem, in qua fuerit institutus contemplatione aut bonae fidei possessoris aut fructuarij, propter iubendi necessitatem quae faciliùs bonae fidei possessori quàm fructuario indulgeri potest. Ergo in legato cuius acquisitio nec aditionem vllam nec aliud personale serui factum vllum requirit, aliud probari poterit, vt si contemplatione fructuarij relictum sit, rectà per seruum acquiratur fructuario, tanquam quod hoc ipso non minùs ex re illius acquisitum videri debeat, quàm ex re bonae fidei possessoris quaesitum dici posset contemplatione ipsius relictum probaretur, argum. *d. l. aditio 45. §. vltim. de acquir. hered.* licèt paullo aliter sensisse Pomponius videatur in *d. l. liber homo 19. De acquir. rer. domin.* Hinc nimirum illud etiam fit, quod Accursius notat, vt seruus fructuarius peculium duplicis iuris habere possit, Vnum quod à proprietario habeat, aliud quod à fructuario, *l. hinc quaeritur 19. §. 1. infr. De pecul.* quod in seruo alieno aut libero homine bona fide possesso diuersum est. Is enim non ab alio quàm ab eo per quem bona fide possidetur, habere peculium potest. Alioqui nec bona fide possideretur.

22. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SEd & si quid donetur seruo, in quo vsusfructus alterius est: quaeritur, quid fieri oporteat. Et in omnibus istis: si quidem contemplatione fructuarij aliquid ei relictum, vel donatum est, ipsi adquiret: sin verò proprietarij, proprietario: siue ipsius serui [a], adquiretur domino. nec distinguimus[b], vnde cognitum eum, & cuius merito habuit, qui donauit, vel reliquit. Sed & si condicionis implendae causa [c] quid seruus fructuarius consequatur. & constiterit, contemplatione fructuarij, eam condicionem adscriptam: dicendum est, ipsi adquiri. nam & in mortis causa donatione [d] idem dicendum est.

Ad l. Sed etsi 22.

Ratio dubitandi. Quicquid seruus fructuarius acquirit ex re ipsius vel ex operis suis acquirit haud dubiè fructuario, *l. prox. supr.* Atqui quod acquirit seruus vel stipulando vel per traditionem accipiendo, acquirit ex suis operis. Negari enim non potest quin factum aliquod & serui opera in eo versetur, *l. liber. homo 19. infr. de acquirend. rer. domin.* Nec rursus fiebat olim donatio nisi vel per traditionem vel per stipulationem, *l. Papinianus 23. & l. cùm hic status 32. §. siue autem infr. De donat. int. vir. & vxor.* Ergo quicquid seruo fructuario donatum est, necesse est per eum acquiri vsufructuario. Nec proinde distinguendum est quomodo haec lex distinguit an proprietarij, an fructuarij contemplatione donatum sit.

Dec. Quod contemplatione fructuarij donatum est seruo fructuario, vtique acquiritur vsufructuario, siue quòd ex operis serui acquisitum intelligatur

telligatur, siue potiùs quod ex re fructuarij. At cùm proprietarij contemplatione donatum est seruo fructuario, ex re potiùs proprietarij acquisitum videri debet, licèt ex operis serui *l. adiitio 45. §. vlt. j. de acquir. hered.* Nec quicquam vetat seruum fructuarium acquirere ex operis suis proprietario, siue nominatim ei stipuletur, siue ex re ipsius, adeóque si proprietario stipuletur etiam ex re ipsius fructuarij, quamuis non possit è contrario seruus fructuarius stipulari fructuario ex re proprietarij *l. seruum fructuarium 22. & seq. l. si ex re domini 28. infrà de stipulat. seruor.* Ius enim dominij semper potentius est & fauorabilius. Quidni ergo acquiretur proprietario quod donatum est seruo fructuario, licèt stipulanti & per traditionẽ accipienti si contemplatione proprietarij donatum sit? Nec simile est quod Vlp. scribit in *l. Iulianus 13. §. si quid seruo. j. de action. empt.* Si quid seruo vendito donatum sit antequàm emptori traderetur, id quoque restitui debere. Hereditates quoque per seruum acquisitas & legata omnia, Nec distinguendum esse cuius respectu ista sint relicta. Id enim rationem illam habet, quia sicuti periculum rei venditæ, quamuis nondum traditæ ad emptorem pertinet, licèt nondum sit dominus, quòd non nisi per eum stet quominùs fiat dominus, cùm habeat actionem ex empto contra venditorem, vt cogat eum tradere atq; ita dominium quod habuit, transferre *§. cùm autem Instit. de empt. & vendit. l. necessariò 8. & pass. De peric. & commod. rei vendit.* Ita & lucrum omne quod rei vẽditæ, accedit necesse est restitui emptori, ex reg. *l. secundũ 10. de reg. iur.* Nam & inde est quod additur in *d. §. si quid seruo,* Etiam id quod vẽditus seruus ex operis suis præstiterit venditori, restituendum esse emptori, Nisi ideò dies traditionis protogatus est, vt ad venditorem operæ pertinerent. Neque rursum ait Vlpianus quod eiusmodi seruo donatur acquiri emptori quod falsum est, sed restitui emptori debere, quod longè diuersum est. Id enim demùm emptori restituendum est per venditorem quod acquisitum est venditori. Nec proinde distinguimus, Cuius contemplatione non an venditoris an serui, vt malè interpretatur Accursius, sed an venditoris an emptoris, quia scil. omni casu quicquid acquiritur per seruum venditum acquiritur venditori, ita & emptori restituendum est. Nihil acquiritur emptori, quoniam is nec dominus est ante traditionem, nec bonæ fidei possessor, nec fructuarius. Nihil verò penes venditorem remanet quia sicuti seruum venditum debet tradere, ita & omnia illa quæ rei venditæ accesserunt.

a *Siue ipsius serui.* Ratio dubitandi. Cùm neq; proprietarij, neque fructuarij contẽplatione, sed ipsius serui aliquid ipsi donatum est, videtur acquirere illum debere fructuario, cùm opera ipsius aliqua in eo versetur, siue per traditionem facta donatio sit, siue per stipulationem *d. l. liber homo 19. de acquir. rer. dom.* Quicquid autem seruus fructuarius ex operis suis acquirit, haud dubiè acquirit fructuario, vt proximè diximus.

Dec. Nihil interest an proprietarij, an serui contemplatione aliquid donatum sit seruo fructuario: Cùm seruus qui nullius acquisitionis capax est, nec tituli vllius capax sit, nisi ex persona domini *l. 1. De stipul. seruor.* iunct. *l. quod attinet 32. de regul. iur. l. non minus 31. in princ. j. de hered. instit.* Ergo dicendum est vtroque casu per fructuarium seruum acquiri proprietario, tanquam ex re ipsius proprietarij *d. l. adi-tio 45. §. vlt. infr. De acquir. hered.*

b *Nec distinguimus.* Ratio dubitandi. Non solent donationes cõferri, nec legata relinqui nisi ob meritũ aliquod personę *l. nec ambigi 9. j. pro socio l. Aquilius Regulus 27. j. de donat.* Ergo distinguẽdum est vnde cognitum seruum habuerit is qui donauit ei vel legauit, an ex familiaritate & amicitia proprietarij an ex fructuarij, Vt si ex proprietarij videatur donatũ contẽplatione ipsius proprietarij, sin ex fructuarij, contemplatione potiùs fructuarii, ideóque primo casu acquiratur proprietario, Posteriore autem fructuario secundum ea quę proximè diximus, Nimirum si seruo solius contemplatione donatum vel legatum fuit. Is enim solus casus est ad quem hic versiculus pertinet, quamuis contrà putet Accursius, Cùm si apertè constet, an proprietarij an fructuarij contemplatione donatum seruo vel legatum sit, res aut nullam, aut sanè minorem longè habeat dubitationem.

Dec. Vndecunque cognitus sit seruus quisquis ei legat aut donat ipsius serui cõtemplatione proculdubio personam domini intuetur, cuius hic seruus est potiùs quàm fructuarij qui nullum ius dominii in eo seruo habet ne quidem pro parte *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Videtur ergo etiã hoc casu quæsitum ex re proprietarii, & consequenter proprietario, vt diximus ad versic. pręcedentem. Aliud est cùm de eo quæritur quod filiofamilias militi donatum aut legatum est an sit castrensis peculii. Tunc enim inspiciendum est an notitia & affectione militiæ habuerit an non *l. miles 5. l. si forte 8. l. castrense 1. l. dotem 16. §. 1. inf. De castrens. pecul.* Nempe quia quod etiam sine militia filiusfamilias miles acquisiturus fuit, castrense ipsius peculium esse non potest *d. l. castrense.*

c *Sed etsi condicionis implendæ causa.* Ratio dubitãdi. Quod implendæ condicionis causa capitur, non tã iure testamenti, & ex iudicio testatoris, quã mortis causa capi intelligitur *l. qui precio 8. j. de mort. caus. dona. l. si quis sub condicione 8. j. si quis omiss. caus. testam. l. Maeuius 55. in fin. De condic. & demonst.* Non ergo inspiciendum est cuius contemplatione condicionem dandę seruo fructuario pecuniæ testator adscripserit, sed potiùs cui pecuniam acquisitam voluerit is qui condicionis implendæ causa dedit.

Dec. Non quidem capitur directo iure testamenti quod implendæ cõdicionis causa accipitur, quia scil. condicio nihil disponit, nec quisquam condicionem sibi adscriptam implere cogitur si eo quod sibi relictum est carere malit. Sed tamen negari nõ potest quin per indirectam occasionem saltem testamenti hoc quoque capiatur, Quandoquidẽ non caperetur nisi testator eam condicionem testamẽto adscripsisset. Perinde igitur distinguendum est cuius contemplatione an proprietarij, an fructuarij, an ipsius serui testator eam condicionem adscripserit, Vt si contemplatione fructuarij acquiratur ea pecunia fructuario, Extra hunc casum exteris omnibus acquiratur proprietario.

d *Nam & in mortis causa donatione.* Ratio dubitandi & decid. eadem est quæ ad primam legis huius sententiam. Nam cùm donationes causa mortis æquiparentur, partim contractibus, partim legatis & vltimis voluntatibus *§. 1. Instit. de donat. l. Marcellus 15. l. illud 37. j. de mort. caus. donat. l. vlt. C. eod.* cõsequẽs est vt quæ tam de donationib. inter viuos & stipulationibus quàm de legatis s. disputauimus, ad donationes quoq; causa mortis adaptari possint & debeãt

Digitized by Google

23. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

SEd sicuti, stipulando, fructuario adquiri: ita etiam paciscendo, eum adquirere exceptionem fructuario, Iulianus libro trigensimo Digestorum scribit.

IDémque, & si acceptum a rogauerit, liberationem ei parere.

Ad l. Sed sicuti 23.

Ratio dubitandi. Eadem est quæ ad leges præcedentes. Solent enim iisdem modis acquiri exceptiones quibus actiones acquiruntur, & per easdẽ personas. Sed decidendi illa specialior est quòd facilius sit vt per seruum fructuarium acquiratur exceptio fructuario quàm vt actio, vt solemus dicere, Cui damus actionem, multò magis exceptionem dandam esse, *l. 1. §. is autem infr. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* Eadem igitur distinctio adhibenda est, An ex re fructuarij, an ex re proprietarij paciscatur seruus fructuarius de non petendo. Vt si ex re fructuarij eo demùm casu acquirat exceptionem fructuario, non etiam si ex re proprietarij. Quid enim si ex pecunia proprietarij daret quinquaginta creditori fructuarij ne centum à fructuario peterentur? Non puto futurum vt exceptionem acquireret fructuario ex re proprietarij: Nec tamen rursum posset eam acquirere proprietario, qui sicut non esset debitor, ita nulla exceptione indigeret. In eóque differt exceptio ab actione per seruum fructuarium acquirenda. Nam seruo fructuario stipulante vel domino ex re fructuarij vel etiam fructuario ex re proprietarij, acquiritur proprietario quicquid fructuario acquiri non potest, *l. seruum fructuarium 22. l. si ex re domini 28. infr. De stipul. seruor.* vt proinde nullo casu inutilis sit stipulatio. At seruo fructuario paciscente fieri facilè potest vt inutilis sit pactio nec vllam exceptionem possit præbere neque fructuario si ex re proprietarij parta sit, neque proprietario si ad eum non pertineat negotium, vt consequenter nulla indigeat exceptione. Planè si seruus fructuarius paciscatur cum creditore proprietarij ne à proprietario petatur, dubitandum non est quin proprietario acquirat exceptionem etiam ex re fructuarij. Quòd si solam paciscendi operam seruus fructuarius præstiterit, ei demum exceptionem acquiret cuius negotium fuerit siue proprietarius ille sit siue fructuarius, Nec distinctione alia opus est, Cuius contemplatione pactum interpositum sit, quia nec contemplatione alterius paciscí seruus potuit, quàm cuius negotium fuit.

a *Idémque & si acceptum.* Ratio dubitandi. Seruus fructuarius acquirere quidem potest fructuario siue ex operis suis, siue ex re fructuarij, Sed extra caussam acquisitionis ex his duabus caussis nihil penitus iuris habet fructuarius in seruo fructuario. Atqui aliud est acquirere, aliud liberare, Per acceptilationem verò nihil nisi liberatio potest contingere. Est enim modus tollendæ obligationis, tanquam quæ sit imaginaria quædam solutio, §. 1. *Instit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo non est concedendum seruo fructuario, vt per acceptilationem liberet fructuarium, Præsertim cùm acceptilatio fiat per stipulationem, *l. 1. l. & vno 18. §. 1. & pass. De acceptil.* Ius autem stipulandi habeat seruus ex persona proprietarij non fructuarij. Vnde est quod nihil refert an sibi an domino stipuletur, *l. 1. infr. De stipul. seru.*

Dec. Species acquirendi est liberari ab obligatione, *l. species 11. inf. de acceptil.* ideóque locupletior fieri dicitur qui liberatur à suo creditore, *l. si pupilli 66. in fin. De solut.* Atqui seruus fructuarius potest acquirere fructuario ex operis suis vel ex re fructuarij, *l. 21. s.* Ergo quemadmodum per aliam stipulationem posset fructuarius seruus acquirere fructuario, ita & per acceptilationem liberare eum poterit, Nam cùm stipulatur acceptilationem, operam suam præstat, & hoc ipso ex re fructuarij à quo alimenta percipit stipulari videtur, vt ratiocinatur Iurec. in *dict. l. species iunct. l. qui bona fide 23. in princ. De acquir. rer. domin.*

1 ¶ Quoniam autem diximus, quod ex operis acquiritur, ad fructuarium pertinere; sciendum est, etiam cogendum eum operari. etenim modicam quoque castigationem fructuario competere; Sabinus respondit, & Cassius libro octauo iuris ciuilis scripsit. vbi neque torqueat, neque flagellis cædat.

Ad §. 1. Quoniam autem.

Ratio dubitandi. Nemo præcisè cogi potest ad factum quia non posset id fieri citra vim & impressionem quam semper exosam habet legislator, vnde est, quod in obligationibus faciendi in locum facti succedit obligatio & præstatio eius quod interest, *l. si quis ab alio 13 in fin. De re iudic. l. stipulationes 72. De verb. oblig.* Atqui opera in actu & in facto consistit, *l. 1. De oper. seruor.* Ergo non est permittendum fructuario vt cogat seruum operari inuitum.

Dec. Etiam vsufructuario modica castigatio non est deneganda si seruus fructuarius per contumaciam recuset operari, Modica inquã, id est sic tamẽ temperata vt neq; torqueat illum, neque flagellis cædat. In quo minùs iuris habet vsufructuarius, quàm proprietarius. Ille enim plenissimam habet coercitionem *l. locum 17. §. 1. s.* Nec absurdũ est vim & impressionẽ fieri seruo, quia iure ciuili pro nullo habetur, *l. quod attinet 32. de reg. iur.* adeóque pro quadrupede, *l. 2. §. ad l. Aquil.* Sed de homine tantùm libero dici potest cogẽdũ eum nõ esse præcisè ad factum, ne vis ei fiat, & impressio. Permittendum igitur est fructuario per castigationem modicam, vt cogat seruum fructuarium etiam nolẽtem operari.

24. PAVLVS libro 10 ad Sabinum.

SI quis donaturus Vsufructuario. spoponderit seruo, in quem vsumfructũ habet, stipulanti ipsi vsufructuario obligabitur: quia, vt ei seruus talis stipulari possit, vsitatum est.

Ad l. Si quis donaturus 24.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. sed etsi 22. in princ. supr.* Sensus enim idem est, Posse donationem acquiri vsufructuario per seruum

fructua

fructuarium siue per traditionem facta donatio sit siue per stipulationem, qui duo modi sunt & fuerunt iam olim perficiendæ donationis tam inter viuos, quàm mortis causa. Specialior autem ratio dubitandi circa donationis stipulationem ex eo peti potest, quod in ea stipulatione non magna versetur opera, cùm donatio tota pendeat ex voluntate, ac liberalitate donatoris, ita vt nec contractus esse videatur, *l. interdictum 14. in fin. de precar.* Quod in aliis aliarum causarum stipulationibus diuersum est, quæ pendent ex negotio aliquo contracto & præcedente, vt loquitur Pomponius in *l. stipulationum 5. vers. conuentionales. infr. de verbor. obligat.* id est, quæ præcedentem aliquem tractatum exigunt, & veluti negotiationem. Multò minùs potest videri seruus fructuarius hoc casu stipulari ex re fructuarij, cùm ex re ac liberalitate solius donatoris proficiscatur donatio. Tunc enim ex re fructuarij acquirere videtur seruus, cùm acquirit ex operis suis, *l. adiutio 45. §. vlt. de acquir hered. l. qui bona fide 23. & l. liber homo 19. de acquir. rer. domin.* Non autem multò maior exigi videtur opera in acquirenda donatione quàm in acquirendo legato, de quo in *dict. l. liber homo.* Atque ita summo iure, nec insubtiliter disputari posse videtur. Sed tamen ait Paulus visatum esse vt seruus talis, aut potiùs taliter, id est, ex causa donationis stipulari fructuario possit. Vt significet eo iure nos vti. Malo autem legere *taliter*, aut potiùs *talia*, quàm vt vulgò *talis*, quia nemo vnquam dubitauit quin talis seruus, id est, fructuarius possit stipulari ei qui vsumfructum in ipso habeat. Sed an ex causa donationis stipulari posset fructuario, si donator ei donatum vellet, de eo verò probabiliùs dubitari poterat.

25. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SEd & si quid stipuletur sibi aut Sticho seruo fructuario, donandi causa, dum vult fructuario præstitum: dicendum, si ei soluatur, fructuario adquiri.

Ad l. Sed & si quis 25.

Ratio dubitandi. Cùm quis stipulatur sibi aut Sticho fructuario non adiicitur Stichus obligationi causa, sed tantùm solutionis, *l. cùm quis 55. & l. seq. ff. qui sibi. l. iulianus 13. §. 1. infr de verbor. oblig.* Ergo non potest hoc casu actio via fructuario acquiri per Stichum, quia nec Sticho si liber esset acquireretur. Dec. Ei qui solutionis tantùm causa obligationi adiectus est, solui perinde potest, atque si obligatio ei quæsita esset, adeòque inuito stipulatore, quia certam legem habuit stipulatio quam immutare stipulator ex postfacto non potuit *l. vero procuratori 12. §. 1. infr. De solut.* itaque licet nihil ei acquiratur ex stipulatione nisi facultas accipiendæ solutionis, Acquiritur tamen ei per solutionem. Eadem igitur quæstio subesse potest, an per huiusmodi seruum fructuarium si solutionem acceperit acquiri possit fructuario an potiùs proprietario, si stipulator fructuario præstari voluerit. Ac proinde eadem dubitandi & decidendi ratio hic adhibenda est, quæ ad legem præcedentem. Illa tamen diffinctio necessaria est, An obligationi solutionis gratia quem adiiciat animo donandi an animo repetendi. Vt si animo repetendi non acquiratur irreuocabiliter. quoniam actione mandati cogitur quicquid accepit stipulatori reddere *dict. l. Iulianus. §. 1. §. si quis alij. Instit. de inutil stipulat.* Si autem animo donandi acquiratur irreuocabiliter, cùm nihil repeti ab eo possit *d. §. 1.*

1 ¶ Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius seruus, vtputa si seruum emit, & per traditionem accepit, nec dum pretium numerauit. sed tantummodo pro eo fecit satis: interim, cuius sit, quæritur. Et Iulianus libro trigensimoquinto Digestorum scripsit, in pendenti esse dominium eius, & numerationem pretij declaraturam cuius sit. Nam si ex re fructuarij, retrò fructuarij fuisse. Idémque est, & si forte stipulatus sit seruus numeraturus pecuniam. nam numeratio declarauit, cui sit adquisita stipulatio. ergo ostendimus, in pendenti esse dominium, donec pretium numeretur. Quid ergo, si, amisso vsufructu[a], tunc pretium numeretur? Iulianus quidem libro trigensimo quinto Digestorum scripsit.

ADhuc interesse, vnde sit pretium numeratum. Marcellus verò, & Mauricianus, amisso vsufructu, iam putant dominium adquisitum proprietatis domino, sed Iuliani sententia humanior est. Quod si ex re vtriusque[b] pretium fuerit solutum: ad vtrumque dominium pertinere, Iulianus scripsit: scilicet pro rata pretij soluti. Quid tamen, si fortè simul soluerit[c] ex vtriusque? vtputa decem millia pretii nomine debebat, & dena soluit ex re singulorum. cui magis seruus adquirat? Si numeratione soluit: interest cuius priores nummos soluat: nam, quos posteà soluerit, aut vindicauit, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent. si verò simul in sacculo soluit, nihil fecit accipientis. & ideò nondum adquisisse quisquam dominium videtur: quia, cùm plus pretium soluit seruus[d], non facit nummos accipientis.

Ad §. 1 Interdum tamen.

Ratio dubitandi. Non potest in pendenti esse stipulatio quæ pura est, *l. si seruus communis 21. l. vsusfructus 26. infr. de stipulat. seruorum.* Maximè verò illa quæ per seruum fructuarium aut alium quemlibet interponitur, Cùm quicquid per seruum acquiritur ita confestim acquiratur ei in cuius est potestate, vt ne momento quidem temporis possit acquisitio in persona serui consistere.

l.placet 79.infr.de acquir.hered. Ergo ne momento quidem temporis potest in pendenti esse stipulatio serui fructuarij si fortè stipulatus sit seruum quem emit, numeraturus postea pecuniam, Multóque minùs potest in pendenti esse dominium si fortè hic seruus rem aliquam emerit simpliciter ac per traditionem acceperit, necdum precium numerauerit, sed aliter tamen satisfecerit. Quomodo enim potest dominium in pendenti esse, cùm dominia iuris potestate acquirantur. Ius autem sicut finitum, ita certum semper sit *l.2.infr.de iur. & fact.ignor.* Et quemadmodum possumus rectè nostrum dicere totum id cuius nulla pars dici potest alterius esse, *l.rectè dicimus 25. de verb.signif.* Ita & dominium quod dici non potest cuius sit, nullius esse videatur, vt solemus dicere de liberto Vrcino, qui quoniam neque defuncti est neque heredis, nullius libertus esse dicitur in *l.4 in princ.de bon.libert.*

Dec. Potest fieri vt certum sit rem esse alicuius, nec tamen sciri adhuc possit cuius sit: quo casu neque nullius est, sed alicuius, neque tamen huius vel huius, Propter incertum rei futuræ euentum, ex quo causa & certitudo pendeat dominij: Quod in specie proposita euenit, cùm seruus fructuarius aliquid emit, & vel per traditionem accepit vel stipulatus est, necdum tamen precium soluit, sed aliter tantùm eo nomine satisfecit. Hoc enim casu dominium quidem à venditore discessit per traditionem quam ipse emptori fecerit, Cùm lex 12.tabul.nihil aliud in eam rem requirat, nisi vt fidem habuerit venditor de precio, aut ei fuerit aliter eo nomine satisfactum *l quod vendidi 19 l.vt res 53.infr.De contrah. empt.* non etiam vt precium ab emptore solutum sit: Et tamen precij numeratio illa est quæ sola declarare potest cui eiusmodi rei venditæ dominium acquisitum intelligatur. Nam si fructuarius seruus qui emit & per traditionem accepit aut stipulatus est, soluerit precium ex pecunia fructuarij, acquiretur fructuario dominium, tanquam acquisitum ex re fructuarij: sin secus, acquiretur proprietario, *l.seruus qui 43.§.vlt infr.de acquir.rer.domin. l.bouem 43. §.vltim.infr.de adil.edict.* vbi elegans ratio redditur, Cur huiusmodi vēditio quamuis pura sit in suspenso tamen sit; Nimirum *propter iuris condicionem*, id est, quia huic acquisitioni tacita iuris condicio inest, vt ita demùm facta censeatur fructuario, si ex eius pecunia fuerit precium numeratum, Contra verò ipsi proprietario si ex pecunia proprietarij. Nec nouum est vt ius quod ex facto pendet maneat ipsum quoque in suspenso propter facti suspensionem & incertitudinem, vt in *l qui in vtero 26. supr. de stat. homin.* & in fictione legis Corneliæ de confirmandis testamentis, & hereditatibus captiuorum, & in fictione postliminij circa captiuos ab hostibus reuersos *§.si ab hostibus. Instit. quibus mod.ius patr.potest.solu.* quæ ideò suspensi iuris constitutio eleganter dicitur à Papiniano in *l.pen.infr.de suis & legit.* iunct. *l.illa institutio 31. §.1.infr. de hered.instit.* Nempe quia per rerum naturam incertum est an qui hodie apud hostes est ab iis reuersurus quandoque sit an apud eos moriturus, Indéque nascitur etiam quod in aliis tam multis iuris partibus ex subsecuto euentu declaratur, & apparet quid anteà fuerit. Interim autem manet ius ipsum in suspenso, vt in exemplis, de quibus in *l.quadam 15.infr. de reb. dub. & in l.qui res 98.in princip.& §.1.& seq.infr.de solut.l.proinde 8.j. de rebus credit.l.pen.§.quid autem. infr. de castrens.pecul.* Obseruandum tamen est in his casibus non validitatem ipsam stipulationis aut traditionis pendere, quod fieri certè non posset, quomodo accipi debet quod suprà obiecimus ex *d.l.si seruus communis 21. & d l.vsusfructus 26. De stipulat.seruor.* sed potestatem & effectum ipsum traditionis aut stipulationis. Certum enim est ex quo die facta fuit traditio translatum fuisse à venditore dominium, ex qua translatione potissimùm traditio æstimatur, licèt primus & immediatus effectus eius sit vt transferat possessionem, per hanc autem mediatè dominium *l.traditio 20.§.vlt. de acquir.rer.dom. l.per procuratorem 8. C.de acquir.possess.* Quemadmodum & ex die interpositæ per seruum fructuariū stipulationis de ea re quam emerit, certum est acquisitam esse ex illa stipulatione actionem, atq; obligatum vtiliter promissorem fuisse, sed in quem trāslatum sit dominium, aut cui quæsita sit ex illa stipulatione actio. Hoc verò planè incertum est quādiu non fuit numeratum precium quod siue ad venditionem ipsam & traditionem, siue ad stipulationem implendam numerādum tandem est, *l si ita fueris 6.§.1.cum l.seq.infr.de nouat.* quia nescitur an seruus idémque emptor ex fructuarij an ex proprietarij pecunia vel aliūde precium conquisiturus, & numeraturus sit, Ex quo tamen tota illa de acquisitione pendet quæstio. Cui facta videri debeat an proprietario an fructuario, *l.si seruus 18.§. vlt.j.de stipul seruor.* Nec probari potest quod ait Accursius, esse acquisitionem istam in pendenti, attēta futura significatione, non præsenti statu. Quasi secundùm præsentem statū acquiratur proprietario, quòd hodie certum sit rem traditam non esse ex re fructuarij nec ex opera serui. Nā imò verò ita pendet dominium, vt etiam attento præsenti statu non magis dici possit esse proprietarij, quàm fructuarij. Alioqui semel acquisitum proprietario non posset ab eo inuito vel ignorante postea discedere vt post numerationem precij ex re fructuarij factā fructuario acquireretur, Et ob hoc ipsum nimirum pendere dominium necesse est, vt argumentatur Vlpian. in *l.si ego 9.§.si rei.infr.de iur.dot.*

a *Quid ergo si amisso vsufructu.* Ratio dubitandi, quæ Marcellum & Maurician̄ū aduersus Iulianum mouit, quod cùm amisso iam vsufructu, puta per capitis diminutionē seruus fructuarius numerat preciū, licèt ex pecunia fructuarij, fieri tamē nequit, vt dominium acquiratur fructuario qui amplius fructuarius non est. Nam cùm dominij acquisitionē necesse sit retrotrahi ad tempus factæ traditionis, aut stipulationis interpositæ, ne alioqui videatur aliquo tēpore aut dominiū, aut actio nullius fuisse, In proposito tamē casu nō potest fieri retroactio, quæ scilicet nequit fieri nisi per coniunctionē extremorū, quæ porrò cōiungi numquā possunt quoties intercedit medium inhabile *l.pen.in pr.j.Rat.rem hab.* Hîc autē mediū est inhabile propter amissionē vsusfructus quæ medio tēpore interuēnit. Imò verò deficere videtur extremū ipsum, & terminus à quo, Nā retroactionem fieri necesse esset à tempore numerationis: quo tempore iam nullus est fructuarius.

Dec. Pro Iuliano, cuius sententiam humaniorem esse Vlp.ait, ita admittēs, vt videtur, non tā iuris stricti summa ratione q̄ æquitatis & humanitatis intuitu defendi eā debere. Quòd hæc numeratio precij, etiā facta eo tēpore quo iā sit amissus vsusfructus, fit tamē in cōsequētiā emptionis, & traditionis, aut stipulationis ex ea causa interpositę, Ideoq; attēdendū videtur potiùs initiū gesti negotij, q̄ quod factū posteà est in consequentiam, *l.t.j. qui potior.in pignor. hab.*

hab. Nam & aliàs rhinds attendi solent quę fiunt in consequentia, *l.1.l.quod dicitur 7.infr.de autor.tutor.* & inspiciendum regulariter est initium contractus *l.non tantum 12.infr. de SC. Macedon.l.si procuratorem 8. in princip.mandat.l.1.§.si seruus deposuit 30. infr. Deposit.* Denique à primordio tituli posterior formatur euentus, vt ait *l.vnic ad fin. Cod.de impon.lucrat.descript. lib.10 tit. 35.* Obstare tamen huic legi valde creditur, quod ab eodem Iuliano scriptum est in *l.si seruus 24.in princip.infr.de action.empt.* in eàdem vt videtur specie si solutum sit à fructuario precium post amissum capitis diminutione vsumfructum; nihilomagis rem emptam acquiri fructuario, Accursius noster varias solutiones adfert, ex quibus tamen omnibus magis illam probat, vt quæ hîc refertur sententia sit humanior; vt textus ait: quæ verò illic sit verior. Sed mihi parum probabilis videtur conciliatio, cùm vtraque sententia sit Iuliani, Nisi quis addat Iulianum à seipso dissensisse, ac variasse. Priorem eius sententiam illam esse quæ extat in *d.l.si seruus*, Sumpta enim est ex Iuliani libro decimo quinto Digestorum, Posteriorem verò eam quæ in hac lege sumpta, scilicet ex eiusdem Iuliani libro trigesimo quinto Digestorum. Nam & idem accidisse Papiniano intelligimus ex *l.si venditor 6.§.1.& l.seq.infr.de seruis export.* Sed malo aliam eiusdem Accursij conciliationem probare quæ distinguit an seruus ipse qui emit tempore constituti durantisque vsusfructus numerauerit precium ex pecunia fructuarij post amissum vsumfructum, vt hîc, an fructuarius ipse vt ibi. Nam cùm fructuarius ipse soluit precium eo tempore quo iam finitus est & amissus vsusfructus, siue per capitis diminutionem, siue quo alio modo amissio illa contigerit, non potest videri hoc facere, nec tanquam fructuarius cùm non sit; nec ex persona serui qui emit, aut in consequentiam emptionis à seruo factæ, quandoquidem ponimus seruum emisse & rem aut per traditionem accepisse, aut stipulatum fuisse non fructuario nec proprietario: Vt proinde non iam debeat esse in potestate fructuarij qui amplius fructuarius non est vt ex sua pecunia soluendo precium eripiat proprietario acquirendi dominij facultatem, quod is proculdubio sibi acquireret, si de sua pecunia precium numeraret. At cùm durante adhuc vsufructu soluitur precium, licèt ab ipso fructuario qui non emit, non ab ipso seruo qui emit, vtitur iure suo fructuarius si soluat precium emptionis, vt rem à fructuario seruo emptam sibi acquirat, licèt ea ratione impediat ne proprietario acquiri vnquam ea res possit. Non enim proprietario iniuriâ facit fructuarius, tametsi prohibeat acquiri proprietario quod alioquin ei acquireretur, dum nihil faciat nisi quod ad causam vsusfructus pertineat: In eòque melioris conditionis est quàm proprietarius, cui numquam permitti debet vt quid faciat per quod fructuarius vti frui prohibeatur *l.3.& pass.supr.* Nec tamen videbitur proprietarius quicquam fecisse dolo malo, & in fraudem fructuarij si prior ipse precium obtulerit, & soluerit. Quidni enim debeat locus esse præuentioni? Fortassis etiam gratificationi, vt in specie *l.filium 20.versicul. Erit ergo. infr de bonorum poss.ff.contra tab.l.pupillus 24.infr.quæ in fraud.credit.* Est enim generale vt iuris executio numquam habeat iniuriam *l iniuriarum 13.§.1.infr. De iniur.* nec dolo facere videri potest is qui iure perpetuo vtitur *l.si duorum 52.infr. De action.empt.* Cùm verò seruus ipse qui durante vsufructu rem à se emptam, aut accepit per traditionem aut stipulatus est, numerat precium etiam post amissum vsumfructum ex pecunia illius qui fructuarius anteà fuit, nec amplius est, facit sanè quod debet, nec potest imputari cur de fructuarij potiùs quàm de proprietarij pecunia soluerit, Cùm neque de sua soluere potuerit, & soluendo ex pecunia fructuarij fortassis ex peculio quod habebat à fructuario, Hoc ipso declarare videtur, fuisse se ab initio eius voluntatis, vt fructuario potiùs quàm vt proprietario acquireret. Quod vtique cùm in ipsius arbitrio, & electione ab initio fuerit, Quidni erit etiam ex post facto? licèt amisso iam vsufructu: Atque hanc conciliationem innuit satis Iulianus, nec obscurè in *d.l.si seruus*, iis verbis, *Ante capitis autem diminutionem nihil interest tu soluas an seruus ex eo peculio quod ad te pertinet.* Quid enim potuit dicere apertiùs, vt intelligeremus, Ergo post capitis diminutionem interesse? Quid autem interesset si nec soluente seruo ipso ex pecunia pristini fructuarij, res tamen fructuario non acquireretur? Fuit ergo Iulianus perpetuò in ea sententia, vt crediderit ex emptione facta per seruum fructuarium durante vsufructu posse acquiri fructuario, etiam post amissum vsumfructum, si modò soluat & numeret precium ex eius pecunia qui fructuarius fuerat tempore emptionis, licèt ante numerationem esse desierit. Sanè quod Accursius distinguit ad *dict. l. si seruus*, An amissus sit vsusfructus per capitis diminutionem quomodo amittebatur olim per quamlibet etiam minimam, An verò non vtendo, vel rei interitu, vel quo alio modo, Quasi maxima vel media capitis diminutio quæ non nisi ex delicto contingit indignum faciat fructuarium, cui benigna interpretatione faueatur, Hoc verò prorsus improbabile est. Quid enim commune habet delictum cum acquisitione? Vt in dissimili specie argumentatur Vlpianus contra Papinianum in *l. denique 19. supr.ex quibus caus.maior.* Sed neque distinctio hæc ad aliam capitis diminutionem aptari potest quàm ad maximam & mediam, Cùm tamen Iuliani temporibus etiam per minimam vsusfructus perinde atque per cæteras vsusfructus amitteretur, ad Iustiniani vsque constitutionem in *l.corruptionem 16.C.hoc tit.* quæ vetus illud ius primùm correxit *§.1.Instit. De acquisit.per adrog.* Probabilior alia conciliatio esse videtur quam adfert idem Accursius, an seruo fructuario qui emit, tradita res sit durante vsufructu, an eo iam amisso. Sed hæc distinctio pertinet ad acquisitionem dominij quod sine traditione non transfertur, nec si precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum, Non autem ad acquisitionem actionis ex empto quę ex solo contractu emptionis nascitur statim atque is nudo consensu perfectus est, priùs etiam quàm traditio secuta sit, Cùm detur ad rem tradendam *l.1.l.ex empto 11.§.1.ꝭ.de action.empt.* quamuis non priùs exerceri ab emptore possit quàm is precium venditori obtulerit, & quidem totum *l.Iulianus 13.§.offerri eod.tit.*

b *Quòd si ex re vtriusque.* Ratio dubitandi. Non est cogendus quisquã inuitus incidere in cõmunionẽ *l.si non sortem 26.§.si centũ ꝭ de condict.indeb.* præsertim facto alterius. Nec possunt aut debent in domino cõiũgi proprietarius & fructuarius, quos diuersa ꝓprietatis & vsusfructus causa discernit *l.pen.ꝭ.de acq.poss.* Ergo etiamsi ex vtriusq; re ac pecunia solutũ sit

precium à seruo fructuario, non ideò tamen dominium vtrique acquiretur. Hoc enim dūtaxat in iis receptum videtur qui seruum communem habent iure dominij: Quo casu acquiritur eis dominium pro dominicis partibus *l. seruum commun. 5. & pass. de stipul. seru.* Atqui seruus fructuarius non est communis, sed totus proprietarij *l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* Dec. Dominium rei seruo fructuario venditæ illi ex duobus acquiritur, ex cuius re & pecunia solutum precium est, vt suprà disputauimus. Ergo vtrique si ex re & pecunia vtriusque. At non pro dominicis partibus, quæ nullæ sunt, sed pro rata precij soluti portione, vt hic Vlp. ex Iuliano scribit. Limitata námque causa necesse est vt limitatū patiat effectum, vulg. *l. in agris 16. ȷ. de acquir. rer. dom.* nec potest numeratio precij quicquam facere, nisi quatenus precium numeratum est.

c *Quid tamen si fortè simul soluerit?* Ratio dubitandi. Cùm seruus precium soluit totum ex re vtriusque proprietarij simul, & fructuarij, vt puta si cùm decem millia precij nomine deberet dena millia soluerit ex re singulorum, Non videtur distinguendum an numeratione, an simul in saeculo soluerit, Vt si numeratione, intersit cuius priores nummos soluerit, & quos posteriore loco soluerit aut vindicare dominus possit si extent, aut condicere si consumpti sint: Si verò simul in saeculo, nihil faciat accipientis, nec proinde dominium cuiquam acquiratur, quomodo Vlpianus ex Iuliano hîc distinguit, Sed dicendum potiùs indistinctè videtur, acquiri dominium vtrique pro dimidia, Quasi ea serui mens fuisse videatur vt acquireret vtrique, cùm ex re ac pecunia vtriusque soluerit, Vt qui priores nummi soluuntur vtrique imputentur, Qui verò posteriores, simul ex pecunia vtriusque decedant. Nam & solemus dicere in iis quæ simul & coniunctim fiunt ordinem temporis nullum esse *l. quidam 14. infr. de pecul. legat.* & ea quæ incontinenti fiunt inesse videri *l. iuris gentium 7. §. quinimò. ȷ. de pact. l. lecta 40. infr. de reb. credit.*

Dec. Dominium rei seruo fructuario venditæ ei acquiritur ex cuius re ac pecunia precium solutum est, vt proximè diximus. Ergo illi cuius priores nummi soluti sint, siue proprietarius ille sit, siue fructuarius. Vbi enim solutum est precium ex re vnius atque ita soluendi precij obligatio tota extincta est numeratione, fieri non potest vt secunda eiusdem quantitatis solutione tollatur iterum obligatio soluendi precij, quæ ampliùs nulla est; Cùm & omnis liberatio præcedentem supponat obligationem, *Tot. tit. Instit. quib. mod. tollit. oblig.* & semel extincta obligatio ressuscitari numquam possit *l. qui res 98. §. aream infr. de solut.* Necesse igitur est posterioris solutionis nullam omnino esse potestatem, nullúmque effectum ad producendam liberationem. Et consequenter nihil ex ea sequi posse, nisi aut vindicationem si nummi extent, aut indebiti condictionem si sint consumpt. *l. cùm duo 25. & l. seq. in princip. l. vlt. §. Titius. infr. De condict. indeb.* Nam ex quibus causis solutio parere liberationem non potest, necesse est vt prosit ad vindicationem dandam aut condictionem *l. cùm quis 38. §. qui hominem de solut.* Nisi in singulari casu *l. Neratius 63. de cond. indeb.* Atquin acquisitio dominij in specie proposita pendet ex solutione precij. Consequens ergo est vt quoties precij solutio non prodest ad liberationem, neque ad dominij acquisitionem prodesse possit.

d *Quia cùm plus precio soluit seruus.* Ratio dubitandi. In eo quod plus est vtique quod minus est continetur, vt habet iuris regula *l. in eo 110. de regul. iur.* Ergo qui soluit plus precio, etiam precium ipsum soluere intelligitur, Et proinde sicut liberationem precij, ita & dominiū rei emptæ acquirit vtrique, Proprietario scilicet & fructuario, & quidem pro dimidia, cùm alia rata portio soluti precij assignari non possit.

Dec. Non est nouum vt incertitudo facti impediat effectum & potestatem iuris quod ex facto nascitur, quód que certum semper esse debet *l. in tradendo 7. in princ. infr. commun. præd. l. cùm duo 17. in fin. de in diem addict. l. quæsitum 12. §. si quis eodem 14. de instruct. & instrum. legat. l. si fuerit 10. de rebus dub.* iunct. *l. 2. De iur. & fact. ignor.* Ergo si vtriusque & proprietarij & fructuarij nummos seruus fructuarius soluerit in saeculo, ita vt dignosci non possit cuius priores nūmos soluisse videatur, neutri acquiretur dominiū, quia nec sciri potest ex cuius pecunia soluerit. Dices, Quid si verò ex vtriusque pecunia soluisse creditur, vt acquirit dominium vtrique pro parte dimidia nec illis vindicatio competat, aut condictio nisi pro parte dimidia, quemadmodum si ipsi proprietarius & fructuarius pariter soluissent singuli totum? vt in *l. si pœna 19. § vlt. ȷ. de condict. indeb.* Et ita quoque Accurs. noster concludit. Sed male, & contra expressam Vlp. sententiam, Sed dicendum est nummos fieri nūmos accipientis, cùm plus precio ex vtriusque nummis soluit seruus fructuarius, nec proinde cuiquam acquiri dominiū, quia dici non potest nec sciri ex vtrius pecunia seruus soluerit, aut soluere noluerit, ex quo tamen pendet acquisitio tota dominij. Aliud esset si proprietarius ipse & fructuarius simul & pariter soluissent. Tunc enim dici posset videri vnumquemque pro parte dimidia soluisse, nec de alterutrius mente ac intentione dubitari quicquā posset, vt in *d. l. si pœna § vlt.* Quid tamen si in solle illo, vt loquitur *l. cùm seruus 82. inf. de condit. & demonstr.* & saeculo ita permixti essent nummi proprietarij & fructuarij, vt discerni nullomodo possent? Magis probarem, vt hoc casu fierent accipientis ad ratam vsque precij, tanquam soluti ex pecunia vtriusque, & consequenter vt dominium vtrique pro dimidia parte rei venditæ acquireretur, Pro alia verò dimidia cessante vindicatione condictio vtrique perinde pro parte dimidia dāda esset, arg. *l. si autem 78. ȷ. de solut.* Confusio enim licèt primò & per se non sit modus acquirendi dominij, sed potiùs amittendi, hoc ipso tamen quod inducit amissionem dominij ex vna parte, inducit per consequentias necessarias acquisitionem ex altera *l. adeò 7. §. sed etsi sine voluntate. de acquir. rer. domin. l. 1. §. præterea. De separat.*

2 ¶ Si operas suas iste seruus locauerit, & in annos singulos certum aliquid stipuletur: eorum quidem annorum stipulatio, quibus vsusfructus mansit, adquiretur fructuario: sequentium verò stipulatio ad proprietarium transit, semel adquisita fructuario: quamuis nō soleat stipulatio semel cui quæsita ad alium transire: nisi ad heredem, vel adrogatorē. Proinde si fortè [a] vsusfructus in annos singulos fuerit legatus, & iste seruus operas suas locauit, &

stipulata,

Digitized by Google

stipulatus est, vt suprà scriptum est, prout capitis minutione amissus fuerit vsusfructus, mox restitutus, ambulabit stipulatio, profectáque ad heredem redibit ad fructuarium.

Ad §.2. Si operas.

Ratio dubitandi. Non solet stipulatio semel alicui quæsita trãsire ad alium, nisi fortè ad heredem, iurisve successorem alium quemlibet, aut ad adrogatorem, *l. vlt. C. de hered. action. l. qui liberis 11. §. testamento. De bonor. poss. secund. tabul. §. 1. Instit. de acquisit. per adrogat.* Atqui cùm seruus fructuarius operas suas locauit, & in annos singulos certum aliquid stipulatur, Certum est ab initio acquiri stipulationem hanc fructuario, scilic. tanquam ex operis serui, Secundum ea quæ in præcedentibus disputauimus. Ergo etiamsi vsusfructus per totũ illud locationis tẽpus non manserit, dicendũ est soli fructuario acquisitã esse stipulationem totius temporis, nec ad proprietarium pro sequẽti tempore transire posse.

Dec. Hoc quoque casu, sicut & in specie *§. præced.* futuri euentus incertitudo facit, vt quamuis validitas stipulationis non pendeat, ius tamen ex ea quærendum in suspenso manere necesse sit. Incertum namque est in quot annos duraturus sit vsusfructus, ac proinde illud quoque incertũ esse consequens est pro quot annis stipulatio acquisita fructuario videri debeat, Cùm in longius tempus extendi non possit quàm quo duraturus est vsusfructus. Sufficit ergo vt singulorum annorum stipulatio cuiusque initio anni fructuario acquiratur, Domino autem, totius residui temporis quod superest finito vsufructu, vt ex Iuliano subtiliter Papinian. disputat in *l. si seruus communis 18. §. vlt. j. de stipulat. seruor.* Ex hoc inferens, Non transire igitur stipulationem à fructuario in proprietarium, vt paullò pinguiùs sentire hic Vlp. videtur, sed vnicuique tantùm acquiri quantum iuris ratio permittit. Vt annus quidem cœptus habeatur pro completo, quẽadmodum in fauorabilibus cæteris obseruari solet *l. 4. & 5. l. filia mea 22 infr. De ann. legat. l. qui filium 74. §. 1. ad fin. infr. ad SC. Trebell.* At locationis totum tempus non item, quamuis non sint tot locationes, aut stipulationes quot sunt anni, sed vna tantùm locatio, & vna stipulatio, in quo differt stipulatio annua à legato annuo *l. si Stichum 16. §. 1. de verbor. oblig. l. ex conducto 15. §. Papinianus, aliàs l. si vno. infr. loca.* In pendenti ergo est potestas huius stipulationis, quoniam in pendenti est duratio vsusfructus, quam tamen supponi necesse est, vt per fructuarium seruũ acquiratur ei qui vsumfructum habet, Nimirum propter iuris condicionem, vt loquitur Paulus in *l. bouem 43. §. vlt. infr. de ædilit. edict.*

a. *Proinde si fortè.* Ratio dubitandi. Stipulatio annui in singulos annos initio cuiusque anni fructuario acquiritur, vt proximè diximus ex Papiniano in *d. l. si seruus communis 18. §. vlt. j. de stipulat. seruor.* At quando legatur vsusfructus in annos singulos tot censentur legata esse quot sunt anni *l. 4. infr. de ann. legat.* Et tùm quoque cùm primi anni vsusfructus capitis diminutione extinctus est, sequentium tamen annorum durat, *l. 1. § vlt. infr. quibus mod. vsusfr. amitt.* Rursum primi anni vsusfructus cedit ab ipsius anni initio *l. à nobis 5. l. filia mea 22. De ann. legat.* Ergo non potest hoc casu ambulare emptio, nec proficisci ad heredem, vt redeat ad fructuarium.

Dec. Vsusfructus cùm per capitis diminutionem etiam minimam ex iuris veteris ratione amittatur, non potest durare ne quidem pro reliqua parte primi anni, sed quod ex primo anno superest ad proprietarium necessariò perti. et, vt scriptum est in *l. prox. seq.* quamuis diuersum sit, si in singulos annos aliquid legatum sit *dict. l. à nobis, & d. l. filia.* Nimirum quia vsusfructus quotidie non minus quàm quotannis constituitur, & quotidie amittitur, vt eleganter Celsus dicebat apud Vlpianum in *l. 1. §. interdum. j. tit. prox.* Legatum autem annuum initio tantùm cuiusque anni constituitur, & debetur, Ideóque tametsi in ipso anni ingressu decesserit legatarius, eius tamen anni legatum integrum heredi suo relinquit, quod in vsufructu diuersum est qui sine persona esse non potest *l. in singulos 8. De ann. legat.* iunct. *l. vsusfructus 26. j. De stipulat. seruor.* Necesse igitur est finitum capitis diminutione vsumfructum proficisci statim ad proprietatem atque ita recurrere ad heredem, Posteà vbi restitutus est, id est, vsumfructum sequentis anni qui per capitis diminutionem interire non potuit, cùm in singulos annos legatus fuit, rursus redire ad fructuarium. Sed hoc ita si pinguius rem æstimemus. Nam si subtiliùs cùm Iuliano & Papiniano in *d. l. si seruus communis 18. §. vlt. de stipulat. seruor,* negandum est ambulare vsumfructum, & transire à fructuario in heredem, mox ab herede redire ad fructuarium, Sed potiùs dicendum est, Ex serui fructuarij stipulatione tantum acquiri & proprietario, & fructuario quãtum iuris ratio permittit, Id est, pro toto eo tẽpore quo vsusfructus durat, fructuario, Pro residuo autem, ipsi proprietario. Interim igitur esse in pendenti stipulationem: quo admisso fit statim consequens, vt ambulare nec possit nec debeat.

3 ¶ Quæstionis est, an id, quod adquiri fructuario non potest, proprietario adquiratur. Et Iulianus quidem libro trigensimoquinto Digestorum scripsit, quod fructuario adquiri non potest, proprietario quæri. Denique scribit, eum, qui ex re fructuarij stipuletur nominatim proprietario, vel iussu eius, ipsi adquirere. Contrà autem [a] nihil agit, si non ex re fructuarij, nec ex operis suis fructuario stipuletur.

Ad §.3. Quæstionis est.

Ratio dubitandi. Fructuarij ius illud est, vt quod ex re ipsius acquirit seruus fructuarius, vel ex operis suis, totum id fructuario acquiratur, vt dictum est in præcedentibus. Ergo nec in ipsius serui fructuarij potestate esse debet lædere ius fructuarij, & ex re ipsius nominatim stipulãdo proprietario, ipsi proprietario acquirere, Nec rursus in potestate proprietarij iubendo vt seruus fructuarius ex re fructuarij stipuletur proprietario. Ita enim offenditur iuris regula *l. non debet 74. de reg. iur.* Ergo siue seruus fructuarius nominatim stipuletur proprietario, siue simpliciter iussu tamen proprietarij, dicendum est fructuario nõ proprietario acquiri stipulationẽ quę ex re fructuarij fit interposita. Dec. Domini & proprietarij ius est, vt quicquid stipulatur seruus, & vndecunq; stipuletur acquirat domino, Ita vt ne momẽto quidẽ tẽporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. de acq. her.* adeóq; quo magis est, nõ

tantùm ignorante, sed etiam inuito domino *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruum vetante 62. de verbor. oblig.* Scilicet cùm alius nemo est cui acquiri ea stipulatio possit & debeat. Atqui seruus fructuarius non alium habet dominum in solidum quàm proprietarium *l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* Et quamuis ita ferat iuris ratio vt perinde possit fructuario acquirere si modò vel ex re ipsius, vel ex operis suis stipuletur. Id tamen ita intelligendum est, Nisi vel ipsi proprietario stipuletur nominatim, vel saltem eius imperio, & iussu: Cùm priore casu apertissima sit voluntas serui stipulantis nolentis acquirere fructuario: Actus autem non debeant operari vltra intentionem agentium *l. non omnis 19. iunct. l. praeced. infr. De reb. credit. iuncta l. qui in aliena 6. §. vlt. alias l. eû qui meus infr. de acquirend. hered.* Posteriore verò non possit alij quàm proprietario iubenti acquiri stipulatio *l. per seruum 37. §. vlt. De acquir. rer. dom.* iunct. *l. qui mihi 13. infr. de donat.* Ne alioqui per ipsum proprietarium iubentem potiùs quàm per seruum fructuarium acquisita fructuario videretur contra regulam *l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* iunct. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* His ergo casibus & aliis si qui sunt similes, puta si seruus fructuarius rê ipsius fructuarij stipuletur *§. vlt. Inst. de stipul. seruor.* aut mancipium Christianum fructuario Iudaeo, vt in *l. Deo nobis 56. §. penult. C. de episc. & cleric.* dicendum est acquiri stipulatioñé proprietario ex mera iuris ratione, sed cum hoc tamen temperaméto, vt quicquid ex ea causa proprietarius acquisierit, possit fructuarius ab eo repetere per condictionem *l. pen. §. de stipul. seruor.* Ne aliter posito iure accidat vt locupletetur proprietarius ex iactura fructuarij contra *l. iure naturae 206. de regul. iur. l. nam hoc natura 14. de condict. indeb.* Et ex generali ratione *l. si & me & Titium 32. infr. de rebus credit.* quia pecuniam meam quae ad te peruenit, eam mihi abs te reddi semper bonum & aequum est, Et iure gentium condici possunt res omnes quas quis sine iusta causa possidet *l. rerum 25 in fin. infr. rer. amot.* Atque ita omnino intelligi debet quod scriptum est in hoc §. & in *dict. l. per seruum 37. §. fructuarius. de acquirend. rer. domin.* vt benè Accursius noster vidit. Iunge *l. 1. §. penult. infr. De stipulat. seruor.* vbi scriptum est, si fructuarius seruus stipulatus esset proprietario aut fructuario, id est, vtrique quidem, sed disiunctim tamen & alternatiuè, siquidem ex re fructuarij stipulatus esset, inutilem esse stipulationem, quia vtrique ex re fructuarij actionem acquirere potuisset. Incertum autem est vtri acquirere voluerit, cùm tamen noluerit vtrique coniunctim *l. item si seruus 9 §. vlt. cum quas seq. eod. tit.* Sed si aliud stipulatus fuisset, scilicet quam quod ex re esset fructuarij valiturum stipulationem in persona proprietarij, eúmque solum posse petere. Sed si promissor fructuario soluisset, liberari eum tanquam soluentem ei qui adiectus fuisset solutionis causa *l. sed si sibi 11. & l cùm enim 13. eod. tit.* Et hic sanè illius loci sensus est, Malè perceptis à vulgaribus interpretibus, & Haloandro qui in v. rbis *l. his actionem acquirere potuisset* negationem addiderunt, non modò contra Florentini exemplaris fidem, sed etiam contra veram iuris rationem.

a *Contrà autem.* intellige hunc versiculum, Tametsi seruus fructuarius siue ex re proprietarij, siue ex re alterius cuiuslibet, praeterquàm fructuarij, stipuletur ipsi fructuario, aut etiam iussu fructuarij. Hoc enim est in quo melioris est condicionis proprietarius, quàm fructuarius, propter eam rationem quam proximè attulimus. & ad *l. si serui 21. supr.*

4 ¶ Seruus fructuarius: si vsumfructum in se dari stipuletur, aut sine nomine, aut nominatim proprietario: ipsi proprietario adquirit, exemplo serui communis: qui stipulãdo rem alteri ex dominis, cuius res est, nihil agit: quoniam rem suam stipulando quis, nihil agit: alteri stipulando, adquiri solidum.

Ad §. 4. Seruus fructuarius.

Ratio dubitandi. Seruus fructuarius qui vsumfructum in seipso constitutum dari stipulatur ab ipso vsufructuario, etiamsi aut sine nomine, aut nominatim ipsi proprietario stipuletur, ex re tamen vsufructuarij stipulari intelligitur, Cùm vsusfructus non alterius esse possit, quàm fructuarij. Atqui quod fructuarius seruus stipulatur ex re fructuarij acquirit fructuario non proprietario *l. si serui 21. & pass. sup.* Et rursum, Quod quis stipulando ab alio mihi acquirit id à me ipso stipulando nihil agit, vt subiicitur in § *seq.* Ergo si seruus fructuarius stipuletur vsumfructum dari ab ipso fructuario nihil agit, nec eum obligat, nec proinde acquirit proprietario.

Dec. Multum interest an hic fructuarius seruus stipuletur domino suo aut sine nomine, vt puta *domino meo dari vsumfructum*, aut nominatim, id est nomine ipsius expresso, puta Titio. An verò stipuletur sibi aut etiam impersonaliter Vsumfructum dari. Et rursũ an ex operis suis, aut ex re fructuarij an aliunde. Si ex operis suis, aut ex re fructuarij stipuletur impersonaliter aut sibi, nihil agit, quoniã ex his causis stipulãdo ab alio acquireret fructuario. Sed si domino suo expressim stipuletur etiam ex his causis acquirit domino, vt diximus in praecedentibus ex *l. seruum 22. & l penult. §. de stipul. seruor.* Et ita hic locus intelligi debet *cum §. seq.* vbi *nominatim* dicit Vlpianus non vt significet expressionem nominis domini, sed tantùm expressionem qualitatis domini, Ad differentiam illius casus quo seruus fructuarius stipulatus sit, aut sibi aut simpliciter, & impersonaliter quibus casibus proculdubio nihil ageret. At neq; verum est fructuarium seruum stipulari ex re fructuarij eùm vsumfructum in se constitutum dari proprietario stipulatur ab ipso vsufructuario, sed rem potiùs vsufructuarij stipulatur, Ideóque nec ei quicquam acquirit, sed soli proprietario, Exemplo, inquit Vlpianus serui communis, qui stipulando rem alteri ex dominis cuius res est, nihil agit, Quoniam rem suam quis stipulando nihil agit, Sed alteri stipulando acquirit solidum *§. vlt. Instit. De stipulat. seruor.*

5 ¶ Idem Iulianus eodem libro scripsit.

SI seruo fructuarius operas eius locauerat, nihil agit: nam, & si ex re mea (inquit) à me stipulatus sit, nihil agit: non magis, quàm seruus alienus bona fide mihi seruiens: agendo, domino

domino quicquam adquirit. Simili modo, (ait) quidem si rem meam à me fructuario conducat, me non obligauit. Et regulariter definit: quod quis ab alio stipulando, mihi adquirit, id à me stipulando, nihil agit. nisi fortè (inquit[a]) nominatim domino suo stipuletur à me, vel conducat.

Ad §. 5. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Quod seruus fructuarius non potest acquirere fructuario acquirit proprietario, *§. quæstionis est supr.* Atqui seruus fructuarius, qui operas suas a fructuario conducit, nihil acquirit fructuario, quamuis ex operis suis acquirat, quia nec ideo talis stipulatio interponitur vt quicquam seruus acquirat fructuario, sed potiùs vt eum obliget. Ergo dicendum est stipulationem hanc acquiri proprietario.

Dec. Quod quis ab alio stipulando mihi acquirit id à me stipulando, nihil agit, quia scilicet id neque mihi acquirere potest neque sibi, Nec fieri potest vt à me acquirat mihi, nec vt me obliget is qui si ab alio idipsum stipularetur alium mihi obligaret. Atqui quod seruus fructuarius ex operis suis ab alio stipularetur acquireret fructuario, sicut & quod ex re ipsius fructuarij stipulatus esset. Ergo si ex his causis à fructuario ipso stipuletur, dicendum est nihil eum agere. id est non solùm fructuario non acquirere, sed nec proprietario. Non magis inquit Vlpianus ex Iuliano, quàm si seruus alienus bona fide mihi seruiens stipulando à me siue ex re mea siue ex suis operis, quicquam tamen domino acquireret, Nempe quia si ex his ipsis causis alij stipularetur, acquireret mihi. Et similiter dicendum est, si seruus fructuarius rem meam à me fructuario conducat, dicendum est eadem nimirum cogente iuris ratione me non obligari. Nec ipsi seruo qui scilicet obligationis sibi acquirendæ capax non est. Nec domino, quia nihil ea stipulatione actum est. Sed intelligi tamen hoc debet sub exceptione illâ quæ sequitur in textu.

a *Nisi fortè inquit*, Ratio dubitandi. Quod quis ab alio stipulando mihi acquireret, id si à me stipuletur, nihil agit. Ergo nihil interest an domino suo nominatim seruus fructuarius à me fructuario stipuletur vel conducat, an verò simpliciter.

Dec. Etiam quod ex operis suis vel ex re fructuarij seruus fructuarius ab alio stipulatur adquirit proprietario si nominatim ipsi vel etiam ipsius iussu stipuletur quandoquidem iussum pro nomine accipimus, vt subiicitur in *§. seq* Ergo non habet locum his casibus ratio & regula illa generalis quæ ponitur in hoc *§.* & ideò benè subiecta est hæc exceptio. Obseruat tamen Accursius, Cùm fructuarius operas serui fructuarij locat ipsi seruo & seruus eas conducit certa mercede, obligari proprietarium vt ex peculio suo cogatur præstare fructuario quod seruus promisit, *l. si creditor 37. §. vltim. infr. de pecul.* Sed debuit addere, quod additur in *d. §. vlt. Deducto tamen eo quod seruus peculij nomine apud fructuarium habet.* Constat enim posse fructuarium pro operis mercedem imponere seruo fructuario, *l. sed ipsi seruo 13. infr de vsu & habit.*

6 ¶ Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re seruus sit stipulatus: quæritur, vtrùm totum, an pro parte, qua habet vsumfructum, ei quæratur, nam & in duobus bonæ fidei possessoribus hoc idem est apud Scæuolam agitatum libro secundo quæstionum. Et ait, vulgò creditum, rationémque hoc facere, vt, si ex re alterius stipuletur: partem ei duntaxat quæri: partem domino: quod si nominatim sit stipulatus: nec dubitari debere: quin, adiecto nomine solidum ei quæratur. Idémque ait, & si iussu eius stipuletur; quoniam iussum pro nomine accipimus. Idémque & in fructuariis erit dicendum: vt, quo casu non totum adquiretur fructuario, proprietatis domino erit quæsitum; quoniam ex re fructuarij quæri ei posse ostendimus.

Ad §. Si duos fructuarios.

Ratio dubitandi. Cùm duo sunt fructuarij eiusdem serui, & is ex re vnius tantùm ex ipsis stipulatur, certum est nihil posse acquiri alteri fructuario ex cuius re non stipulatur, Quandoquidem nihil acquirere potest seruus fructuario nisi quod vel ex suis operis vel ex re ipsius stipulatur. Atque ita ratiocinatur Iureconsultus Scæuola cuius hic meminit Vlpianus in *l. si alienus 19. infr. de stipulat. seruor.* Præsertim cùm bonæ fidei conueniat vt sibi quisque proprium habeat quod ex eius re seruus quæsiuerit, *leg. communis 45. infr. De acquirend. rer. domin.*

Dec. Alia ratio est duorum dominorum aut bonæ fidei possessorum. Alia verò duorum fructuariorum: in duobus fructuariis indubitatè obtinet quod scribitur in hoc *§.* Vt si seruus stipulatus sit ex re vnius ex fructuariis neque acquirat totum ei ex cuius re stipulatur, quia nec potest cùm non sit ille fructuarius in solidum, neque alteri fructuario, quia neque ex re ipsius, neque ex operis suis stipulatus est, Consequens igitur necessariò fit, vt acquirat soli fructuario ex cuius re stipulatur, sed partem duntaxat, Aliam verò partem, quam neutri ex fructuariis acquirere potest, acquirat proprietario, Cui semper & omni casu potest acquirere etiam ex re fructuarij, *l. per seruum 37. § fructuarius De acquir. rer. domin.* At cùm seruus communis est duorum, aut duobus dominis bona fide seruit, longè maior dubitandi ratio est, an si ex re vnius stipuletur acquirat etiam alteri ex cuius re non stipulatur: quia nihil vetat eum acquirere etiam alteri siue domino siue bonæ fidei possessori. Et quidem de altero domino, cùm duo domini sunt, non dubitatur, *d. l. communis 45. eod. tit.* Si autem duo sint bonæ fidei possessores difficilius quidem est, vt idem iuris obtineat, quia non sunt domini. Sed tamen cùm penè dominorum loco habeantur, *l. bona fides 48. eod.* vt bona fides tantùm possidenti præstet, quantum veritas vbi lex impedimento non est, *l. bona fides 136. De regul. iur.* minus debet mirum

minio. Dec. Quod mei contemplatione alicui relictum est, mihi relictum intelligitur, adeóque quodammodo meum esse, *l. sed si plures 10. §. an adrogato j. De vulg. & pupill. subst. d. l. facta 63. §. si heres in fin. infr. ad SC. Trebell.* Parum enim refert eum quo de supremis quis locutus sit, sed in quem voluntatis intentio dirigatur, *l. cùm pater 77. §. donationis de legat. 2.* Distinctio igitur illa necessaria est, Cuius contemplatione seruus fructuarius heres institutus sit, aut legatum acceperit an proprietarij an fructuarij. Non ob id solùm ne alterutri fiat iniuria, sed etiam ne testatoris voluntas circumueniatur, *l. si cui legatum 92. infr. De condic. & demonstr. l. vltim. C. de reb. credit. & iureiur.* Fatendum tamen est fieri non posse vt per seruum fructuarium hereditas, aut legatum fructuario per seruum acquiratur, Cùm neque ex operis serui, neque ex re fructuarij id fit. Quid ergo? Proprietario quidem acquiretur & legatum & hereditas, quam iussu domini seruus fructuarius adierit, etiam contemplatione fructuarij instituatur. Nec enim iubente fructuario adire vnquam potest, *dict. §. præterea.* Sed tamen quod ex ea causa proprietarius per seruum fructuarium acquisiuerit, fructuario restituere debebit. vt Pomponius concludit in *d. l. liber homo 19. De acquir. rer. domin.* Actione scilicet confessoria De vsufructu, per quam officio iudicis consequetur fructuarius vt nisi hereditatē illā aut legatum proprietarius ei restituat quāti ei nomine fructuarij interest condemnetur. Est enim actio confessoria De vsufructu arbitraria vt & cæteræ omnes in rem actiones, *l. 1. & pass. infr. si vsusfr. pet. l. harum actionum 7. infr. si seruit. vindic.* Nisi quis putet etiam hoc casu condictionem aduersus proprietarium fructuario dandam esse, vt in *l. penul. infr. De stipul. seruor.* quomodo & aliàs ad recuperationem datur vtile iudicium Communi diuidundo inter duos fructuarios si vni soli acquisitum sit quod etiam alteri acquiri debuit, in specie *l. si cùm duorum 13. eod. tit.* Et in hoc minus iuris videtur habere fructuarius, vt & in aliis plerisque, quàm bonæ fidei possessor qui aut liberum hominem aut seruum alienum bona fide ac tanquam dominus possidet. Hic enim iubere potest ei quem possidet siue liber homo ille sit, siue seruus alienus vt hereditatem in qua sit institutus adeat, & illo adeunte fit heres si modò ipsius contemplatione seruus ille aut liber homo institutus proponatur. Quasi ex ipsius re acquisitio illa facta sit, vt Iulianus scribit in *d. l. aditio 45. §. vlt. De acquir. hered.* Nempe quia bonæ fidei possessor quod ad fructus & commoda omnia quæ per bona fide possessum acquiri possunt domini loco habetur. *l. bona fide 48. De acquir. rer. domin.* cùm se putet dominum, nec alios appareat dominus qui aditionem iubere ac imperare possit. Multóque magis idem est si liber homo sit ille, qui bona fide possidetur, quippe qui dominum nullum habet, ne quidem seipsum, *l. liber homo 13. infr. ad leg. Aquil.* At quisquis fructuarius est, sicuti se fructuarium esse scit, ita nec ignorare potest alium esse dominum qui iubere possit & debeat seruo fructuario vt adeat hereditatem, Cùm iussum dominio cohæreat, vt diximus ex *l. liber homo 35. §. 1. de stipulat. seruor.* Itaque licet fructuarij & bonæ fidei possessoris ius in eo par sit & æquale, quòd vtrique ex eius re vel ex operis suis seruus acquirit, faciliùs tamen est vt ex re bonæ fidei possessoris quàm vt ex re fructuarij seruus videatur acquirere hereditatem, in qua fuerit institutus contemplatione aut bonæ fidei possessoris aut fructuarij, propter iubendi necessitatem quæ faciliùs bonæ fidei possessori quàm fructuario indulgeri potest. Ergo in legato cuius acquisitio nec aditionem vllam nec aliud personale serui factum vllum requirit, aliud probari poterat, vt si contemplatione fructuarij relictum sit, recta per seruum acquiratur fructuario, tanquam quod hoc ipso non minùs ex re illius acquisitum videri debeat, quàm ex re bonæ fidei possessoris quæsitum dici posset contemplatione ipsius relictum probaretur, argum. *d. l. aditio 45. §. vltim. de acquir. hered.* licet paullo aliter sensisse Pomponius videatur in *d. l. liber homo 19. De acquir. rer. domin.* Hinc nimirum illud etiam fit, quòd Accursius notat, vt seruus fructuarius peculium duplicis iuris habere possit, Vnum quod à proprietario habeat, aliud quod à fructuario, *l. hinc quæritur 19. §. 1. infr. De peccul.* quod in seruo alieno aut libero homine bona fide possesso diuersum est. Is enim non ab alio quàm ab eo per quem bona fide possidetur, habere peculium potest. Alioqui nec bona fide possideretur.

22. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SEd & si quid donetur seruo, in quo vsusfructus alterius est: quæritur, quid fieri oporteat. Et in omnibus istis: si quidem contemplatione fructuarij aliquid ei relictum, vel donatum est, ipsi adquiret: sin verò proprietarij, proprietario: siue ipsius serui [a], adquiretur domino. nec distinguimus[b], vnde cognitum eum, & cuius merito habuit, qui donauit, vel reliquit. Sed & si condicionis implendæ causa [c] quid seruus fructuarius consequatur. & constiterit, contemplatione fructuarij, eam condicionem adscriptam: dicendum est, ipsi adquiri. nam & in mortis causa donatione [d] idem dicendum est.

Ad l. Sed etsi 22.

Ratio dubitandi. Quicquid seruus fructuarius acquirit ex re ipsius vel ex operis suis acquirit haud dubiè fructuario, *l. prox. supr.* Atqui quod acquirit seruus vel stipulando vel per traditionem accipiendo, acquirit ex suis operis. Negari enim non potest quin factum aliquod & serui opera in eo versetur, *l. liber. homo 19. infr. de acquirend. rer. domin.* Nec rursus fiebat olim donatio nisi vel per traditionem vel per stipulationem, *l. Papinianus 23. & l. cùm hic status 32. §. siue autem infr. De donat. int. vir. & vxor.* Ergo quicquid seruo fructuario donatum est, necesse est per eum acquiri vsufructuario. Nec proinde distinguendum est quomodo hæc lex distinguit an proprietarij, an fructuarij contemplatione donatum sit.

Dec. Quòd contemplatione fructuarij donatum est seruo fructuario, vtique acquiritur vsufructuario, siue quòd ex operis serui acquisitum intelligatur

telligatur, siue potiùs quod ex re fructuarij. At cùm proprietarij contemplatione donatum est seruo fructuario, ex re potiùs proprietarij acquisitum videri debet, licèt ex operis serui *l. aditio 45. §. vlt. ĵ. de acquir. hered.* Nec quicquam vetat seruum fructuarium acquirere ex operis suis proprietario, siue nominatim ei stipuletur, siue ex re ipsius, adeóque si proprietario stipuletur etiam ex re ipsius fructuarij, quamuis non possit è contrario seruus fructuarius stipulari fructuario ex re proprietarij *l. seruum fructuarium 22. & seq. l. si ex re domini 28. infrà de stipulat. seruor.* Ius enim dominij semper potentius est & fauorabilius. Quidni ergo acquiretur proprietario quod donatum est seruo fructuario, licèt stipulanti & per traditionẽ accipienti si contemplatione proprietarij donatum sit? Nec simile est quod Vlp. scribit in *l. Iulianus 13. §. si quid seruo. ĵ. de action. empt.* Si quid seruo vendito donatum sit antequàm emptori traderetur, id quoque restitui debere, Hereditates quoque per seruum acquisitas & legata omnia, Nec distinguendum esse cuius respectu ista sint relicta. Id enim rationem illam habet, quia sicuti periculum rei venditæ, quamuis nondum traditæ ad emptorem pertinet, licèt nondum sit dominus, quòd non nisi per eum stet quominùs fiat dominus, cùm habeat actionem ex empto contra venditorem, vt cogat eum tradere atq; ita dominium quod habuit, transferre *§. cùm autem Instit. de empt. & vendit. l. necessariò 8. in pass. De peric. & commod. rei vendit.* Ita & lucrum omne quod rei vẽditæ accedit necesse est restitui emptori, ex reg. *l. secũdũ 10. de reg. iur.* Nam & inde est quod additur in *d. §. si quid seruo,* Etiam id quod vẽditus seruus ex operis suis præstiterit venditori, restituendum esse emptori, Nisi ideò dies traditionis prorogatus est, vt ad venditorem operæ pertinerent. Neque rursum ait Vlpianus quod eiusmodi seruo donatur acquiri emptori quod falsum est, sed restitui emptori debere, quod longè diuersum est. Id enim demùm emptori restituendum est per venditorem quod acquisitum est venditori. Nec proinde distinguimus, Cuius contemplatione non an venditoris an serui, vt malè interpretatur Accursius, sed an venditoris an emptoris, quia scil. omni casu quicquid acquiritur per seruum venditum acquiritur venditori, ita & emptori restituendum est. Nihil acquiritur emptori, quoniam is nec dominus est ante traditionem, nec bonæ fidei possessor, nec fructuarius. Nihil verò penes venditorem remanet quia sicuti seruum venditum debet tradere, ita & omnia illa quæ rei venditæ accesserunt.

a *Siue ipsius serui.* Ratio dubitandi. Cùm neq; proprietarij, neque fructuarij contẽplatione, sed ipsius serui aliquid ipsi donatum est, videtur acquirere illum debere fructuario, cùm opera ipsius aliqua in eo versetur, siue per traditionem facta donatio sit, siue per stipulationem *d. l. liber homo 19. de acquir. rer. dom.* Quicquid autem seruus fructuarius ex operis suis acquirit, haud dubiè acquirit fructuario, vt proximè diximus.

Dec. Nihil interest an proprietarij, an serui contemplatione aliquid donatum sit seruo fructuario: Cùm seruus qui nullius acquisitionis capax est, nec tituli vllius capax sit, nisi ex persona domini *l. 1. De stipul. seruor.* iunct. *l. quod attinet 32. de regul. iur. l. non minus 31. in princ. ĵ. de hered. instit.* Ergo dicendum est vtroque casu per fructuarium seruum acquiri proprietario, tanquam ex re ipsius proprietarij *d. l. aditio 45. §. vlt. infr. De acquir. hered.*

b *Nec distinguimus.* Ratio dubitandi. Non solent donationes cõferri, nec legata relinqui nisi ob meritũ aliquod personę *l. nec adiecit 9. ĵ. pro socio. l. Aquilius Regulus 27. ĵ. de donat.* Ergo distinguẽdum est vnde cognitum seruum habuerit is qui donauit ei vel legauit, an ex familiaritate & amicitia proprietarij an ex fructuarij, Vt si ex proprietarij videatur donatũ contẽplatione ipsius proprietarij, sin ex fructuarij, contemplatione potiùs fructuarii, Ideóque primo casu acquiratur proprietario, Posteriore autem fructuario secundum ea quę proximè diximus, Nimirum si seruo solius contemplatione donatum vel legatum fuit. Is enim solus casus est ad quem hic versiculus pertinet, quamuis contrà putet Accursius, Cùm si apertè constet, an proprietarij an fructuarij contemplatione donatum seruo vel legatum sit, res aut nullam, aut sanè minorem longè habeat dubitationem.

Dec. Vndecunque cognitus sit seruus quisquis ei legat aut donat ipsius serui cõtemplatione proculdubio personam domini intuetur, cuius hic seruus est potiùs quàm fructuarij qui nullum ius dominii in eo seruo habet ne quidem pro parte *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Videtur ergo etiã hoc casu quæsitum ex re proprietarii, & consequenter proprietario, vt diximus ad versic. pręcedentem. Aliud est cùm de eo quæritur quod filiofamilias militi donatum aut legatum est an sit castrensis peculii. Tunc enim inspiciendum est an notitia & affectione militiæ habuerit an non *l. miles 5. l. si fortè 8. l. castrense 1. l. dotem 16. §. 1. inf. De castrens. pecul.* Nempe quia quod etiam sine militia filiusfamilias miles acquisiturus fuit, castrense ipsius peculium esse non potest *d. l. castrense.*

c *Sed etsi condicionis implendæ causa.* Ratio dubitãdi. Quod implendæ condicionis causa capitur, non tã iure testamenti, & ex iudicio testatoris, quã mortis causa capi intelligitur *l. qui precio 8. ĵ. de mort. caus. dona. l. si quis sub condicione 8. ĵ. si quis omiss. caus. testam. l. Meuius 55. in fin. De condic. & demonst.* Non ergo inspiciendum est cuius contemplatione condicionem dandę seruo fructuario pecuniæ testator adscripserit, sed potiùs cui pecuniam acquisitam voluerit is qui condicionis implendæ causa dedit.

Dec. Non quidem capitur directo iure testamenti quod implendæ cõdicionis causa accipitur, quia scil. condicio nihil disponit, nec quisquam condicionem sibi adscriptam implere cogitur si eo quod sibi relictum est carere malit. Sed tamen negari nõ potest quin per indirectam occasionem saltem testamenti hoc quoque capiatur, Quandoquidẽ non caperetur nisi testator eam condicionem testamẽto adscripsisset. Proinde igitur distinguendum est cuius contemplatione an proprietarij, an fructuarij, an ipsius serui testator eam condicionem adscripserit, Vt si contemplatione fructuarij acquiratur ea pecunia fructuario, Extra hunc casum cæteris omnibus acquiratur proprietario.

d *Nam & in mortis causa donatione.* Ratio dubitandi & decid. eadem est quæ ad primam legis huius sententiam. Nam cùm donationes causa mortis æquiparentur, partim contractibus, partim legatis & vltimis voluntatibus *§. 1. Instit. de donat. l. Marcellus 15. l. illud 37. ĵ. de mort. caus. donat. l. vlt. C. eod.* cõsequẽs est vt quæ tam de donationib. inter viuos & stipulationibus quàm de legatis ŝ. disputauimus, ad donationes quoq; causa mortis adaptari possint & debeat

Digitized by Google

23. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

SEd ficuti, ftipulando, fructuario adquiri: ira etiam pacifcendo, eum adquirere exceptionem fructuario, Iulianus libro trigenfimo Digeftorum fcribit.

I Démque, & fi acceptum [a] rogauerit, liberationem ei parere.

Ad l. Sed ficuti 23.

Ratio dubitandi. Eadem eft quæ ad leges præcedentes. Solent enim iifdem modis acquiri exceptiones quibus actiones acquiruntur, & per eafdē perfonas. Sed decidendi illa fpeciafior eft quòd facilius fit vt per feruum fructuarium acquiratur exceptio fructuario quàm vt actio, vt folemus dicere, Cui damus actionem, multò magis exceptionem dandam effe, *l. 1. §. is autem infr. de fuperfic. l. inuitus 156. §. 1. de regul. iur.* Eadem igitur diftinctio adhibenda eft, An ex re fructuarij, an ex re proprietarij pacifcatur feruus fructuarius de non petendo. Vt fi ex re fructuarij eo demùm cafu acquirat exceptionem fructuario, non etiam fi ex re proprietarij. Quid enim fi ex pecunia proprietarij daret quinquaginta creditori fructuarij ne centum à fructuario peterentur? Non puto futurum vt exceptionem acquireret fructuario ex re proprietarij: Nec tamen rurfum poffet eam acquirere proprietario, qui ficut non effet debitor, ita nulla exceptione indigeret. In eóque differt exceptio ab actione per feruum fructuarium acquirenda. Nam feruo fructuario ftipulante vel domino ex re fructuarij vel etiam fructuario ex re proprietarij, acquiritur proprietario quicquid fructuario acquiri non poteft, *l. feruum fructuarium 22. l. fi ex re domini 28. infr. De ftipul. feruor.* vt proinde nullo cafu inutilis fit ftipulatio. At feruo fructuario pacifcente fieri facilè poteft vt inutilis fit pactio nec vllam exceptionem poffit præbere neque fructuario fi ex re proprietarij pacta fit, neque proprietario fi ad eum non pertineat negotium, vt confequenter nulla indigeat exceptione. Planè fi feruus fructuarius pacifcatur cum creditore proprietarij ne à proprietario petatur, dubitandum non eft quin proprietario acquirat exceptionem etiam ex re fructuarij. Quòd fi folam pacifcendi operam feruus fructuarius præftiterit, ei demum exceptionem acquiret cuius negotium fuerit fiue proprietarius ille fit fiue fructuarius, Nec diftinctione alia opus eft, Cuius contemplatione pactum interpofitum fit, quia nec contemplatione alterius pacifci feruus potuit, quàm cuius negotium fuit.

a *Idémque & fi acceptum.* Ratio dubitandi. Seruus fructuarius acquirere quidem poteft fructuario fiue ex operis fuis, fiue ex re fructuarij, Sed extra caufam acquifitionis ex his duabus caufis nihil penitus iuris habet fructuarius in feruo fructuario. Atqui aliud eft acquirere, aliud liberare, Per acceptilationem verò nihil nifi liberatio poteft contingere. Eft enim modus tollendæ obligationis, tanquam quæ fit imaginaria quædam folutio, *§. 1. Inftit. quib. mod. tollit. oblig.* Ergo non eft concedendum feruo fructuario, vt per acceptilationem liberet fructuarium, Præfertim cùm acceptilatio fiat per ftipulationem, *l. 1. l. & vino 18. §. 1. & paff. De acceptil.* Ius autem ftipulandi habeat feruus ex perfona proprietarij non fructuarij. Vnde eft quod nihil refert an fibi an domino ftipuletur, *l. 1. infr. De ftipul. feru.*

Dec. Species acquirendi eft liberari ab obligatione, *l. fpecies 11. inf. de acceptil.* itéque locupletior fieri dicitur qui liberatur à fuo creditore, *l. fi pupilli 66. in fin. De folut.* Atqui feruus fructuarius poteft acquirere fructuario ex operis fuis vel ex re fructuarij, *l. 21. §.* Ergo quemadmodum per aliam ftipulationem poffet fructuarius feruus acquirere fructuario, ita & per acceptilationem liberare eum poterit, Nam cùm ftipulatur acceptilationem, operam fuam præftat, & hoc ipfo ex re fructuarij à quo alimenta percipit ftipulari videtur, vt ratiocinatur Iacec. in *dict. l. fpecies iunct. l. qui bona fide 23. in princ. De acquir. rer. domin.*

1 ¶ Quoniam autem diximus, quod ex operis acquiritur, ad fructuarium pertinere; fciendum eft, etiam cogendum eum operari. etenim modicam quoque caftigationem fructuario competere; Sabinus refpondit, & Caffius libro octauo iuris ciuilis fcripfit. vbi neque torqueat, neque flagellis cædat.

Ad §. 1. Quoniam autem.

Ratio dubitandi. Nemo præcisè cogi poteft ad factum quia non poffet id fieri citra vim & impreffionem quam femper exofam habet legiflator, vnde eft, quod in obligationibus faciendi in locum facti fuccedit obligatio & præftatio eius quod intereft, *l. fi quis ab alio 13 in fin. De re iudic. l. ftipulationes 71. De verb. oblig.* Atqui opera in actu & in facto confiftit, *l. 1. De oper. feruor.* Ergo non eft permittendum fructuario vt cogat feruum operari inuitum.

Dec. Etiam vfufructuario modica caftigatio non eft deneganda fi feruus fructuarius per contumaciam recufet operari, Modica inquā, id eft fic tamē temperata vt neq; torqueat illum, neque flagellis cædat. In quo minoris iuris habet vfufructuarius, quàm proprietarius. Ille enim pleniffimam habet coercitionem *l. lectum 17. §. 1. §.* Nec abfurdū eft vim & impreffionē fieri feruo, quia iure ciuili pro nullo habetur, *l. quod attinet 32. de reg. iur.* adeóque pro quadrupede, *l. 2 §. ad l. Aquil.* Sed de homine tantùm libero, dici poteft cogēdū eum nō effe præcisè ad factum, ne vis ei fiat, & impreffio. Permittendum igitur eft fructuario per caftigationem modicam, vt cogat feruum fructuarium etiam nolētem operari.

24. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

SI quis donaturus Vfufructuario, fpoponderit feruo, in quem vfumfructū habet, ftipulanti ipfi vfufructuario obligabitur: quia, vt ei feruus talis ftipulari poffit, vfitatum eft.

Ad l. Si quis donaturus 24.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. fed etfi 22. in princ. fupr.* Senfus enim idem eft, Poffe donationem acquiri vfufructuario per feruum

fructuarium siue per traditionem facta donatio sit siue per stipulationem, qui duo modi sunt & fuerunt iam olim perficiendæ donationis tam inter viuos, quàm mortis causa. Specialior autem ratio dubitandi circa donationis stipulationem ex eo peti potest, quod in ea stipulatione non magna versetur opera, cùm donatio tota pendeat ex voluntate, ac liberalitate donatoris, ita vt nec contractus esse videatur, l. *interdictum 14. in fin. de precar.* Quod in aliis aliarum causarum stipulationibus diuersum est, quæ pendent ex negotio aliquo contracto & præcedente, vt loquitur Pomponius in *l. stipulationum 5. vers. conuentionales. infr. de verbor. obligat.* id est, quæ præcedentem aliquem tractatum exigunt, & veluti negotiationem. Multò minùs potest videri seruus fructuarius hoc casu stipulari ex re fructuarij, cùm ex re ac liberalitate solius donatoris proficiscatur donatio. Tunc enim ex re fructuarij acquirere videtur seruus, cùm acquirit ex operis suis, *l. aditio 45. §. vlt. de acquir. hered. l. qui bona fide 23. & l. liber homo 19. de acquir. rer. domin.* Non autem multò maior exigi videtur opera in acquirenda donatione quàm in acquirendo legato, de quo in *dict. l. liber homo.* Atque ita summo iure, nec insubtiliter disputari posse videtur. Sed tamen ait Paulus visitatum esse vt seruus talis, aut potiùs taliter, id est, ex causa donationis stipulari fructuario possit, Vt significet eo iure nos vti. Malo autem legere *taliter*, aut potiùs *talia*, quàm vt vulgò *talis*, quia nemo vnquam dubitauit quin talis seruus, id est, fructuarius possit stipulari ei qui vsumfructum in ipso habeat. Sed an ex causa donationis stipulari posset fructuario, si donator ei donatum vellet, de eo verò probabiliùs dubitari poterat.

25. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SEd & si quid stipuletur sibi aut Sticho seruo fructuario, donandi causa, dum vult fructuario præstitum: dicendum, si ei soluatur, fructuario adquiri.

Ad l. Sed & si quis 25.

Ratio dubitandi. Cùm quis stipulatur sibi aut Sticho fructuario non adiicit, ut Stichus obligationis causa, sed tantùm solutionis, *l. cùm quis 55 & l. seq. & quis sibi l. iuliamus 13. §. 1. infr. de verbor. oblig.* Ergo non potest hoc casu actio vi a fructuario acquiri per Stichum, quia nec Sticho si liber esset acquireretur. Dec. Ei qui solutionis tantùm causa obligationi adiectus est, solui perinde potest, vt si obligatio ei quæsita esset, adeóque inuito stipulatore, quia certam legem habuit stipulatio quam immutare stipulator ex postfacto non potuit *l. vero procuratori 12. §. 1. in f. De solut.* itaque licet nihil ei acquiratur ex stipulatione nisi facultas accipiendæ solutionis, Acquiritur tamen ei per solutionem. Eadem igitur quæstio subesse potest, an per huiusmodi seruum fructuarium si solutionem acceperit acquiri possit fructuario an potiùs proprietario, si stipulator fructuario præstari voluerit. Ac proinde eadem dubitandi & decidendi ratio hîc adhibenda est, quæ ad legem præcedentem. Illa facè distinctio necessaria est, An obligationi solutionis gratia quem adiiciat animo donandi an animo repetendi. Vt si animo repetendi non acquiratur irreuocabiliter, quoniam actione mandati cogitur quicquid accepit stipulatori reddere *dict. l. Iulianus. §. 1. §. si quis alij. Instit. de inutil. stipulat.* Si autem animo donandi acquiratur irreuocabiliter, cùm nihil repeti ab eo possit *d. §. 1.*

1 ¶ Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius seruus, vtputa si seruum emit, & per traditionem accepit, nec dum precium numerauit, sed tantummodo pro eo fecit satis: interim, cuius sit, quæritur. Et Iulianus libro trigensimoquinto Digestorum scripsit, in pendenti esse dominium eius, & numerationem pretij declaraturam cuius sit. Nam si ex re fructuarij, retrò fructuarij fuisse. Idémque est, & si fortè stipulatus sit seruus numeraturus pecuniam, nam numeratio declarauit, cui sit adquisita stipulatio. ergo ostendimus, in pendenti esse dominium, donec pretium numeretur. Quid ergo, si, amisso vsufructu[a], tunc pretium numeretur? Iulianus quidem libro trigensimo quinto Digestorum scripsit.

ADhuc interesse, vnde sit pretium numeratum. Marcellus verò, & Mauricianus, amisso vsufructu, iam putant dominium adquisitum proprietatis domino, sed Iuliani sententia humanior est. Quod si ex re vtriusque[b] pretium fuerit solutum: ad vtrumque dominium pertinere, Iulianus scripsit: scilicet pro rata pretij soluti. Quid tamen, si fortè simul soluerit[c] ex vtriusque? vtputa decem millia pretij nomine debebat, & dena soluit ex re singulorum. cui magis seruus adquirat? Si numeratione soluit: intererit cuius priores nummos soluat: nam, quos posteà soluerit, aut vindicauit, si fuerint nummi consumpti, ad condictionem pertinent. si verò simul in sacculo soluit, nihil fecit accipientis. & ideò nondum adquisisse quisquam dominium videtur: quia, cùm plus pretium soluit seruus[d], non faciet nummos accipientis.

Ad §. 1 Interdum tamen.

Ratio dubitandi. Non potest in pendenti esse stipulatio quæ pura est, *l. si seruus communis 21. l. vsufructus 26. infr. de stipulat. seruorum.* Maximè verò illa quæ per seruum fructuarium aut alium quemlibet interponitur, Cùm quicquid per seruum acquiritur, ita confestim acquiratur ei in cuius est potestate, vt ne momento quidem temporis possit acquisitio in persona serui consistere,

l.placet 79.infr.de acquir.hered. Ergo ne momento quidem temporis potest in pendenti esse stipulatio serui fructuarij si fortè stipulatus sit seruum quem emit, numeraturus postea pecuniam, Multóque minùs potest in pendenti esse dominium si fortè hic seruus rem aliquam emerit simpliciter ac per traditionem acceperit, necdum precium numerauerit, sed aliter tamen satisfecerit. Quomodo enim potest dominium in pendenti esse, cùm dominia iuris potestate acquirantur. Ius autem sicut finitum, ita certum semper sit *l.2.infr.de iur.& fact.ignor.* Et quemadmodum possumus rectè nostrum dicere totum id cuius nulla pars dici potest alterius esse, *l.rectè dicimus 25. de verb.signif.* Ita & dominium quod dici non potest cuius sit, nullius esse videatur, vt solemus dicere de liberto Vrcino, qui quoniam neque defuncti est neque heredis, nullius libertus esse dicitur in *l.4 in princ.de bon.libert.*

Dec. Potest fieri vt certum sit rem esse alicuius, nec tamen sciri adhuc possit cuius sit: quo casu neque nullius est, sed alicuius, neque tamen huius vel huius, Propter incertum rei futuræ euentum, ex quo causa & certitudo pendeat dominij: Quod in specie proposita euenit, cùm seruus fructuarius aliquid emit, & vel per traditionem accepit vel stipulatus est, necdum tamen precium soluit, sed aliter tantùm eo nomine satisfecit. Hoc enim casu dominium quidem à venditore discessit per traditionem quam ipse emptori fecerit, Cùm lex 12.tabul.nihil aliud in eam rem requirat, nisi vt fidem habuerit venditor de precio, aut ei fuerit aliter eo nomine satisfactum *l quod vendidi 19 l.vt res 53.infr.De contrah. empt.* non etiam vt precium ab emptore solutum sit: Et tamen precij numeratio illa est quæ sola declarare potest cui eiusmodi rei venditæ dominium acquisitum intelligatur. Nam si fructuarius seruus qui emit & per traditionem accepit aut stipulatus est, soluerit precium ex pecunia fructuarij, acquiretur fructuario dominium, tanquam acquisitum ex re fructuarij: sin secus, acquiretur proprietario, *l.seruus qui 43.§.vlt infr.de acquir.rer.domin. l.bonem 43. §.vltim.infr.de ædilit.edict.* vbi elegans ratio redditur, Cur huiusmodi vēditio quamuis pura sit in suspenso tamen sit, Nimirum *propter iuris condicionem*, id est, quia huic acquisitioni tacita iuris condicio inest, vt ita demùm facta censeatur fructuario, si ex eius pecunia fuerit precium numeratum, Contra verò ipsi proprietario si ex pecunia proprietarij. Nec nouum est vt ius quod ex facto pendet maneat ipsum quoque in suspenso propter facti suspensionem & incertitudinem, vt in *l qui in vtero 26. supr. de stat. homin.* & in fictione legis Corneliæ de confirmandis testamentis, & hereditatibus captiuorum, & in fictione postliminij circa captiuos ab hostibus reuersos *§.si ab hostibus. Instit. quibus mod.ius patr.potest soluit.* quæ ideò suspensi iuris constitutio eleganter dicitur à Papiniano in *l.pen.infr.de suis & legit.* iunct. *l.illa institutio 32. §.1.infr. de hered.instit.* Nempè quia per rerum naturam incertum est an qui hodie apud hostes est ab iis reuersurus quandoque sit an apud eos moriturus, Indéque nascitur etiam quod in aliis tam multis iuris partibus ex subsecuto euentu declaratur, & apparet quid anteà fuerit. Interim autem manet ius ipsum in suspenso, vt in exemplis, de quibus in *l.quadam 15.infr. de reb. dub.& in l. qui res 98.in princip.& §.1.& seq.infr.de solut.l.proinde 8.ĵ. de rebus credit.l.pen.§.quid autem. infr. de castrens. pecul.* Obseruandum tamen est in his casibus non validitatem ipsam stipulationis aut traditionis pendere, quod fieri certè non posset, quomodo accipi debet quod suprà obiecimus ex *d.l.si seruus communis 21. & d l.vsusfructus 26. De stipulat.seruor.* sed potestatem & effectum ipsum traditionis aut stipulationis. Certum enim est ex quo die facta fuit traditio translatum fuisse à venditore dominium, ex qua translatione potissimùm traditio æstimatur, licèt primus & immediatus effectus eius sit vt transferat possessionem, per hanc autem mediatè dominium *l.traditio 20.§.vlt. de acquir.rer.dom. l.per procuratorem 8. C.de acquir.possess.* Quemadmodum & ex die interpositæ per seruum fructuariū stipulationis de ea re quam emerit, certum est acquisitam esse ex illa stipulatione actionem, atq; obligatum vtiliter promissorem fuisse, sed in quem trāslatum sit dominium, aut cui quæsita sit ex illa stipulatione actio. Hoc verò planè incertum est quādiu non fuit numeratum precium quod siue ad venditionem ipsam & traditionem, siue ad stipulationem implendam numerādum tandem est, *l.si ita fuerit 6.§.1.cum l.seq.infr.de nouat.* quia nescitur an seruus idémque emptor ex fructuarij an ex proprietarij pecunia vel aliunde precium conquisiturus, & numeraturus sit, Ex quo tamen tota illa de acquisitione pendet quęstio. Cui facta videri debeat an proprietario an fructuario, *l.si seruus 18.§. vlt.ĵ.de stipul seruor.* Nec probari potest quod ait Accursius, esse acquisitionem istam in pendenti, attēta futura significatione, non pręsenti statu. Quasi secundùm præsentem statū acquiratur proprietario, quòd hodie certum sit rem traditam non esse ex re fructuarij nec ex opera serui. Nā imò verò ita pendet dominium, vt etiam attento præsenti statu non magis dici possit esse proprietarij, quàm fructuarij. Alioqui semel acquisitum proprietario non posset ab eo inuito vel ignorante postea discedere vt post numerationem precij ex re fructuarij factā fructuario acquireretur, Et ob hoc ipsum nimirum pendere dominium necesse est, vt argumentatur Vlpian. in *l.si ego 9.§.si res.infr.de iur.dot.*

a *Quid ergo si amisso vsufructu.* Ratio dubitandi, quæ Marcellum & Maurícianū aduersus Iulianum mouit, quod cùm amisso iam vsufructu, puta per capitis diminutionē seruus fructuarius numerat preciū, licèt ex pecunia fructuarij, fieri tamē nequit, vt dominium acquiratur fructuario qui amplius fructuarius non est. Nam cùm dominij acquisitionē necesse sit retrotrahi ad tempus factæ traditionis, aut stipulationis interpositæ, ne alioqui videatur aliquo tēpore aut dominiū, aut actio nullius fuisse, In proposito tamē casu nō potest fieri retroactio, quæ scilicet nequit fieri nisi per coniunctionē extremorū, quæ porrò cōiungi numquā possunt quoties intercedit medium inhabile *l.pen.in pr.ĵ.Rat.rem hab.* Hîc autē mediū est inhabile propter amissionē vsusfructus quæ medio tēpore interuēnit. Imò verò deficere videtur extremū ipsum, & terminus à quo. Nā retroactionem fieri necesse esset à tempore numerationis: quo tempore iam nullus est fructuarius.

Dec. Pro Iuliano, cuius sententiam humaniorem esse Vlp. ait, ita admittēs, vt videtur, non tā iuris stricti summa ratione q̄ æquitatis & humanitatis intuitu defendi eā debere. Quòd hęc numeratio precij, etiā facta eo tēpore quo iā sit admissus vsusfructus, sit tamē in cōsequētiā emptionis, & traditionis, aut stipulationis ex ea causa interpositę, Ideoq; attēdendū videtur potiùs initiū gesti negotij, q̄ quod factū posteà est in consequentias, *l.t.ĵ. qui potior.in pignor. hab.*

hab. Nam & aliàs minùs attendi solent quę fiunt in consequentia. *l.1.l.quod dicitur 7.infr.de author.tutor.* & inspiciendum regulariter est initium contractus *l.non tantum 12.infr. de SC. Macedon.l.si procuratorem 8. in princip.mandat.l.1.§.si seruus deposuit 30. infr. Deposit.* Denique à primordio tituli posterior formatur euentus, vt ait *l.vnic ad fin. Cod.de impon.lucrat.descript. lib.10 tit. 35.* Obstare tamen huic legi valde creditur, quod ab eodem Iuliano scriptum est in *l.si seruus 24.in princip.infr.de action.empt.* in eâdem vt videtur specie si solutum sit à fructuario precium post amissum capitis diminutione vsumfructum; nihilomagis rem emptam acquiri fructuario, Accursius noster varias solutiones adfert, ex quibus tamen omnibus magis illam probat, vt quæ hîc refertur sententia sit humanior; vt textus ait: quæ verò illic sit verior. Sed mihi parum probabilis videtur conciliatio, cùm vtraque sententia sit Iuliani, Nisi quis addat Iulianum à seipso dissensisse, ac variasse. Priorem eius sententiam illam esse quæ extat in *d.l.si seruus*, Sumpta enim est ex Iuliani libro decimo quinto Digestorum, Posteriorem verò eam quæ in hac lege sumpta, scilicet ex eiusdem Iuliani libro trigesimo quinto Digestorum. Nam & idem accidisse Papiniano intelligimus ex *l.si venditor 6.§.1.& l.seq.infr.de seruis export.* Sed malo aliam eiusdem Accursij conciliationem probare quæ distinguit an seruus ipse qui emit tempore constituti durantisque vsusfructus numerauerit precium ex pecunia fructuarij post amissum vsumfructum, vt hîc, an fructuarius ipse vt ibi. Nam cùm fructuarius ipse soluit precium eo tempore quo iam finitus est & amissus vsusfructus, siue per capitis diminutionem, siue quo alio modo amissio illa contigerit, non potest videri hoc facere, nec tanquam fructuarius cùm non sit; nec ex persona serui qui emit, aut in consequentiam emptionis à seruo factæ, quandoquidem ponimus seruum emisse & rem aut per traditionem accepisse, aut stipulatum fuisse non fructuario nec proprietario: Vt proinde non iam debeat esse in potestate fructuarij qui amplius fructuarius non est vt ex sua pecunia soluendo precium eripiat proprietario acquirendi dominij facultatem, quod is proculdubio sibi acquireret, si de sua pecunia precium numeraret. At cùm durante adhuc vsufructu soluitur precium, licèt ab ipso fructuario qui non emit, non ab ipso seruo qui emit, vtitur iure suo fructuarius si soluat precium emptionis, vt rem à fructuario seruo emptam sibi acquirat, licèt ea ratione impediat ne proprietario acquiri vnquam ea res possit. Non enim proprietario iniuriã facit fructuarius, tametsi prohibeat acquiri proprietario quod alioquin ei acquireretur, dum nihil faciat nisi quod ad causam vsusfructus pertineat: In eóque melioris conditionis est quàm proprietarius, cui numquam permitti debet vt quid faciat per quod fructuarius vti frui prohibeatur *l.3.& pass.supr.* Nec tamen videbitur proprietarius quicquam fecisse dolo malo, & in fraudem fructuarij si prior ipse precium obtulerit; & soluerit. Quidni enim debeat locus esse præuentioni? Fortassis etiam gratificationi, vt *in specie l.filium 10.versicul. Erit ergo. infr de bonorum possess.contra tab.l.pupillus 24.infr.quæ in fraud.credit.* Est enim generale vt iuris executio numquam habeat iniuriam *l iniuriarum 13.§.1.infr. De iniur.* nec dolo facere videri potest is qui iure perpetuo vtitur *l.si donation 52.infr. De action.empt.* Cùm verò seruus ipse qui durante vsufructu rem à se emptam, aut accepit per traditionem aut stipulatus est, numerat precium etiam post amissum vsumfructum ex pecunia illius qui fructuarius anteà fuit, nec amplius est, facit sanè quod debet, nec potest imputari cur de fructuarij potiùs quàm de proprietarij pecunia soluerit, Cùm neque de sua soluere potuerit. & soluendo ex pecunia fructuarij fortassis ex peculio quod habebat à fructuario, Hoc ipso declarare videtur, fuisse se ab initio eius voluntatis, vt fructuario potiùs quàm vt proprietario acquireret. Quod vtique cùm in ipsius arbitrio, & electione ab initio fuerit, Quidni erit etiam expost facto? licèt amisso iam vsufructu: Atque hanc conciliationem innuit satis Iulianus, nec obscurè in *d.l.si seruus*, iis verbis, *Ante capitis autem diminutionem nihil interest tu soluas an seruus ex eo peculio quod ad te pertinet.* Quid enim potuit dicere apertiùs, vt intelligeremus, Ergo post capitis diminutionem interesse? Quid autem interesset si nec soluente seruo ipso ex pecunia pristini fructuarij, res tamen fructuario non acquireretur? Fuit ergo Iulianus perpetuò in ea sententia, vt crediderit ex emptione facta per seruum fructuarium durante vsufructu posse acquiri fructuario, etiam post amissum vsumfructum, si modò soluat & numeret precium ex eius pecunia qui fructuarius fuerat tempore emptionis, licèt ante numerationem esse desierit. Sanè quod Accursius distinguit ad *dict. l. si seruus*, An amissus sit vsusfructus per capitis diminutionem quomodo amittebatur olim per quamlibet etiam minimam, An verò non vtendo, vel rei interitu, vel quo alio modo, Quasi màxima vel media capitis diminutio quæ non nisi ex delicto contingit indignum faciat fructuarium, cui benigna interpretatione faueatur, Hoc verò prorsus improbabile est. Quid enim commune habet delictum cum acquisitione? Vt in dissimili specie argumentatur Vlpianus contra Papinianum in *l. denique 19. supr.ex quibus caus.maior.* Sed neque distinctio hæc ad aliam capitis diminutionem aptari potest quàm ad maximam & mediam, Cùm tamen Iuliani temporibus etiam per minimam vsusfructus perinde atque per cæteras vsusfructus amitteretur, ad Iustiniani vsque constitutionem in *l.corruptionem 16.C.hoc tit.* quæ vetus illud ius primùm correxit *§.1.Instit. De acquisit.per adrog.* Probabilior alia conciliatio esse videtur quam adfert idem Accursius, an seruo fructuario qui emit, tradita res sit durante vsufructu, an eo iam amisso. Sed hæc distinctio pertinet ad acquisitionem dominij quod sine traditione non transfertur, nec si precium solutum sit aut aliter eo nomine satisfactum, Non autem ad acquisitionem actionis ex empto quę ex solo contractu emptionis nascitur statim atque is nudo consensu perfectus est, priùs etiam quàm traditio secuta sit, Cùm detur ad rem tradendam *l. 1.l.ex empto 11.§.1.ʒ.de action.empt.* quamuis non priùs exerceri ab emptore possit quàm is precium venditori obtulerit, & quidem totum *l.Iulianus 13.§.offerri eod.tit.*

b *Quòd si ex re vtriusque.* Ratio dubitandi. Non est cogendus quisquã inuitus incidere in cõmunionẽ *l.si non sortem 26.§.si centũ ʒ.de condict.indeb.* præsertim facto alterius. Nec possunt aut debent in domino cõiũgi proprietarius & fructuarius, quos diuersa proprietatis & vsusfructus causa discernit *l.pen.ʒ.de acq poss.* Ergo etiamsi ex vtriusq; re ac pecunia solutũ sit

precium à seruo fructuario, non ideò tamen dominium vtrique acquiretur. Hoc enim dũcaxat in iis receptum videtur qui seruum communem habent iure dominij: Quo casu acquiritur eis dominium pro dominicis partibus *l. seruum communem 5. & pass. de stipul. seru.* Atqui seruus fructuarius non est communis, sed totus proprietarij *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Dec. Dominium rei seruo fructuario venditæ illi ex duobus acquiritur, ex cuius re & pecunia solutum precium est, vt suprà disputauimus. Ergo vtrique si ex re & pecunia vtriusque. At non pro dominicis partibus, quæ nullæ sunt, sed pro rata precij soluti portione, vt hic Vlp. ex Iuliano scribit. Limitata namque causa necesse est vt limitarũ pariat effectum, vulg. *l. in agris 16. §. de acquir. rer. dom.* nec potest numeratio precij quicquam facere, nisi quatenus precium numeratum est.

c *Quid tamen si fortè simul soluerit?* Ratio dubitandi. Cùm seruus precium soluit totum ex re vtriusque proprietarij simul, & fructuarij, vt puta si cùm decem millia precij nomine deberet dena millia soluerit ex re singulorum, Non videtur distinguendum an numeratione, an simul in sacculo soluerit, Vt si numeratione, intersit cuius priores nummos soluerit, & quos posteriore loco soluerit aut vindicare dominus possit si extent, aut condicere si consumpti sint: Si verò simul in sacculo, nihil faciat accipientis, nec proinde dominium cuiquam acquiratur, quomodo Vlpianus ex Iuliano hic distinguit, Sed dicendum potiùs indistinctè videtur, acquiri dominium vtrique pro dimidia, Quasi ea serui mens fuisse videatur vt acquireret vtrique, cùm ex re ac pecunia vtriusque soluerit, & qui priores nummi soluuntur vtrique imputentur, Qui verò posteriores, simul ex pecunia vtriusque decedant. Nam & solemus dicere in iis quæ simul & continuò fiunt ordinem temporis nullum esse *l. quidam 14. infr. de pecul. legat.* & ea quæ incontinenti fiunt inesse videri *l. iuris gentium 7. §. quinimmò. ff. de pact. l. lecta 40 infr. de reb. credit.*

Dec. Dominium rei seruo fructuario venditæ ei acquiritur ex cuius re ac pecunia precium solutum est, vt proximè diximus. Ergo illi cuius priores nummi soluti sint, siue proprietarius ille sit, siue fructuarius. Vbi enim solutum est precium ex re vnius atque ita soluendi precij obligatio tota extincta est numeratione, fieri non potest vt secunda eiusdem quantitatis solutione tollatur iterum obligatio soluendi precij, quæ ampliùs nulla est. Cùm & omnis liberatio præcedentem supponat obligationem, *Tot tit. Instit. quib. mod. toll. oblig.* & semel extincta obligatio ressuscitari numquam possit *l. qui res 98. §. aream infr. de solut.* Necesse igitur est posterioris solutionis nullum omnino esse potestatem, nullúmque effectum ad producendam liberationem. Et consequenter nihil ex ea sequi posse, nisi aut vindicationem si nummi extent, aut indebiti condictionem si sint consumpti *l. cùm duo 25. & l. seq. in princip. l. vlt. §. Titius. infr. De condict. indeb.* Nam ex quibus causis solutio parere liberationem non potest, necesse est vt prosit ad vindicationem dandam aut condictionem *l. cùm quis 38. §. qui hominem de solut.* Nisi in singulari casu *l. Neratius 65. de cond. indeb.* Atquin acquisitio dominij in specie proposita pendet ex solutione precij. Consequens ergo est vt quoties precij solutio non prodest ad liberationem, neque ad dominij acquisitionem prodesse possit.

d *Quia tùm plus precio soluit seruus.* Ratio dubitandi. In eo quod plus est vtique quod minus est continetur, vt habet iuris regula *l. in eo 110. de regul. iur.* Ergo qui soluit plus precio, etiam precium ipsum soluere intelligitur, Et proinde sicut liberationem precij, ita & dominiũ rei emptæ acquirit vtrique, Proprietario scilicet & fructuario, & quidem pro dimidia, cùm alia rata portio soluti precij assignari non possit.

Dec. Non est nouum vt incertitudo facti impediat effectum & potestatem iuris quod ex facto nascitur, quod sane certum semper esse debet *l. in tradendo 7. in princ. infr. commun. præd. l. cùm duo 17. in fin. de in diem addict. l. quæsitum 12. §. si quis eodem 14. de instruct. & instrum. legat. l. si fuerit 10. de rebus dub.* iunct. *l. 2. De iur. & fact. ignor.* Ergo si vtriusque & proprietarij & fructuarij nummos seruus fructuarius soluerit in sacculo, ita vt dignosci non possit cuius priores nũmos soluisse videatur, neutri acquiretur dominiũ, quia nec sciri potest ex cuius pecunia soluerit. Dices, Quid si verò ex vtriusque pecunia soluisse creditur, vt acquirit dominium vtrique pro parte dimidia nec illis vindicatio competat, aut condictio nisi pro parte dimidia, quemadmodum si ipsi proprietarius & fructuarius pariter soluissent singuli totum: vt in *l. si pœna 19. §. vlt. §. de condict. indeb.* Et ita quoque Accurs. noster concludit. Sed malè, & contra expressam Vlp. sententiam, Sed dicendum est non fieri nũmos accipientis, cùm plus precio ex vtriusque nummis soluit seruus fructuarius, nec proinde cuiquam acquiri dominiũ, quia dici non potest nec sciri ex vtrius pecunia seruus soluerit, aut soluere noluerit, ex quo tamen pendet acquisitio tota dominij. Aliud esset si proprietarius ipse & fructuarius simul & pariter soluissent. Tunc enim dici posset videri vnumquemque pro parte dimidia soluisse, nec de alterutrius mente ac intentione dubitari quicquã posset, vt in *d. l. si pœna § vlt.* Quid tamen si in folle illo, vt loquitur *l. cùm seruus 82 inf. de cond. & demonstr.* & sacculo ita permixti essent nummi proprietarij & fructuarij, vt discerni nullomodò possent? Magis probarem, vt hoc casu fierent accipientis ad ratam vsq; precij, tanquam soluti ex pecunia vtriusque, & consequenter vt dominium vtrique pro dimidia parte rei venditæ acquireretur, Pro alia verò dimidia cessante vindicatione condictio vtrique pertineret pro parte dimidia dãda esset, arg. *l. si alieni 78. §. de sol'ut.* Confusio enim licèt primò & per se non sit modus acquirendi dominij, sed potiùs amittendi, hoc ipso tamen quod inducit amissionem dominij ex vna parte, inducit per consequentias necessarias acquisitionem ex altera *l. adeò 7. §. sed etsi sine voluntate. de acquir. rer. domin. l. 1. §. præterea. De separat.*

2 ¶ Si operas suas iste seruus locauerit, & in annos singulos certum aliquid stipuletur: eorum quidem annorum stipulatio, quibus vsusfructus mansit, adquiretur fructuario: sequentium verò stipulatio ad proprietarium transit, semel adquisita fructuario: quamuis nõ soleat stipulatio semel cui quæsita ad alium transire: nisi ad heredem, vel adrogatorẽ. Proinde si fortè vsusfructus in annos singulos fuerit legatus, & iste seruus operas suas locauit, & stipulatus,

stipulatus est, vt suprà scriptum est, prout capitis minutione amissus fuerit vsusfructus, mox restitutus ambulabit stipulatio, profectáque ad heredem redibit ad fructuarium.

Ad §. 2. Si operas.

Ratio dubitandi. Non solet stipulatio semel alicui quæsita trásire ad alium, nisi fortè ad heredem, iurisve successorem alium quemlibet, aut ad adrogatorem, *l. vlt. C. de hered. action. l. qui liberis 11. §. testamento. De bonor. poss. secund. tabul. §. 1. Instit. de acquisit. per adrogat.* Atqui cùm seruus fructuarius operas suas locauit, & in annos singulos certum aliquid stipulatur, Certum est ab initio acquiri stipulationem hanc fructuario, scilic. tanquam ex operis serui, Secundum ea quæ in præcedentibus disputauimus. Ergo etiamsi vsusfructus per totũ illud locationis tẽpus non manserit, dicendũ est soli fructuario acquisitã esse stipulationem totius temporis, nec ad proprietarium pro sequẽti tempore transire posse.

Dec. Hoc quoque casu, sicut & in specie *§. præced.* futuri euentus incertitudo facit, vt quamuis validitas stipulationis non pendeat, ius tamen ex ea quærendum in suspenso manere necesse sit. Incertum namque est in quot annos duraturus sit vsusfructus, ac proinde illud quoque incertũ esse consequens est pro quot annis stipulatio acquisita fructuario videri debeat, Cùm in longius tempus extendi non possit quàm quo duraturus est vsusfructus. Sufficit ergo vt singulorum annorum stipulatio cuiusque initio anni fructuario acquiratur, Domino autem, totius residui temporis quod superest finito vsufructu, vt ex Iuliano subtiliter Papinian. disputat in *l. si seruus communis 18. §. vlt. j. de stipulat. seruor.* Ex hoc inferens, Non transire igitur stipulationem à fructuario in proprietarium, vt paullò pinguiùs sentire hic Vlp. videtur, sed vnicuique tantùm acquiri quantum iuris ratio permittit. Vt annus quidem cœptus habeatur pro completo, quemadmodum in fauorabilibus cæteris obseruari solet *l. 4. & 5. l. filia mea 22 infr. De ann. legat. l. qui filium 74. §. 1. ad fin. infr. ad S.C. Trebell.* At locationis totum tempus non item, quamuis non sint tot locationes, aut stipulationes quot sunt anni, sed vna tantùm locatio, & vna stipulatio, in quo differt stipulatio annua à legato annuo *l. si Stichum 16. §. 1. de verbor. oblig. l. ex conducto 15 §. Papinianus*, aliàs *l. si vno. infr. loca.* In pendenti ergo est potestas huius stipulationis, quoniam in pendenti est duratio vsusfructus, quam tamen supponi necesse est, vt per fructuarium seruũ acquiratur ei qui vsumfructum habet, Nimirum propter iuris condicionem, vt loquitur Paulus in *l. bouem 43. §. vlt. infr. de ædilit. edict.*

a. *Proinde si fortè* Ratio dubitandi. Stipulatio annui in singulos annos initio cuiusque anni fructuario acquiritur, vt proximè diximus ex Papiniano in *d. l. si seruus communis 18. §. vlt. j. de stipulat. seruor.* At quando legatur vsusfructus in annos singulos tot censentur legata esse quot sunt anni *l. 4. infr. de ann. legat.* Et tùm quoque cùm primi anni vsusfructus capitis diminutione extinctus est, sequentium tamen annorum durat, *l. 1. §. vlt. infr. quibus mod. vsusfr. amitt.* Rursum primi anni vsusfructus cedit ab ipsius anni initio *l. à nobis 5. l. filia mea 22. De ann. legat.* Ergo non potest hoc casu ambulare emptio, nec proficisci ad heredem, vt redeat ad fructuarium.

Dec. Vsusfructus cùm per capitis diminutionem etiam minimam ex iuris veteris ratione amittatur, non potest durare ne quidem pro reliqua parte primi anni, sed quod ex primo anno superest ad proprietarium necessariò pertinet, vt scriptum est in *l. prox. seq.* quamuis diuersum sit si in singulos annos aliquid legatum sit *dict. l. à nobis, & d. l. filia* Nimirum quia vsusfructus quotidie non minùs quàm quotannis constituitur, & quotidie amittitur, vt eleganter Celsus dicebat apud Vlpianum in *l. §. interdum. j. tit. prox.* Legatum autem annuum initio tantùm cuiusque anni constituitur, & debetur, Ideóque tametsi in ipso anni ingressu decesserit legatarius, eius tamen anni legatum integrum heredi suo relinquit, quod in vsufructu diuersum est qui sine persona esse non potest *l. in singulos 8. De ann. legat. iunct. l. vsusfructus 26. j. De stipulat. seruor.* Necesse igitur est finitum capitis diminutione vsumfructum proficisci statim ad proprietatem atque ita recurrere ad heredem, Posteà vbi restitutus est. id est, vsumfructum sequentis anni qui per capitis diminutionem interire non potuit, cùm in singulos annos legatus fuit, rursus redire ad fructuarium. Sed hoc ita si pinguiùs rem æstimemus. Nam si subtiliùs cùm Iuliano & Papiniano in *d. l. si seruus communis 18. §. vlt. de stipulat. seruor*, negandum est ambulare vsumfructum, & transire à fructuario in heredem, mox ab herede redire ad fructuarium, Sed potiùs dicendum est, Ex serui fructuarij stipulatione tantum acquiri & proprietario, & fructuario quãtum iuris ratio permittit, Id est. pro toto eo tẽpore quo vsusfructus durat, fructuario, Pro residuo autem, ipsi proprietario. Intereum igitur esse in pendenti stipulationem: quo admisso fit statim consequens, vt ambulare nec possit nec debeat.

3 ¶ Quæstionis est, an id, quod adquiri fructuario non potest, proprietario adquiratur. Et Iulianus quidem libro trigensimoquinto Digestorum scripsit, quod fructuario adquiri non potest, proprietario quæri. Denique scribit, eum, qui ex re fructuarij stipuletur nominatim proprietario, vel iussu eius, ipsi adquirere. Contrà autem [a] nihil agit, si non ex re fructuarij, nec ex operis suis fructuario stipuletur.

Ad §. 3. Quæstionis est.

Ratio dubitandi. Fructuarij ius illud est, vt quod ex re ipsius acquirit seruus fructuarius, vel ex operis suis, totum ad fructuario acquiratur, vt dictum est in præcedentibus. Ergo nec in ipsius serui fructuarij potestate esse debet lædere ius fructuarij, & ex re ipsius nominatim stipulãdo proprietario, ipsi proprietario acquirere, Nec rursus in potestate proprietarij iubendo vt seruus fructuarius ex re fructuarij stipuletur proprietario. Ita enim offenditur iuris regula *l. non debet 74. de reg. iur.* Ergo siue seruus fructuarius nominatim stipuletur proprietario, siue simpliciter iussu tamen proprietarij, dicendum est fructuario nõ proprietario acquiri stipulationẽ quæ ex re fructuarij sit interposita. Dec. Domini & proprietarij ius est, vt quicquid stipulatur seru[us], & vndecunq; stipuletur acquirat domino, ita vt ne momẽto quidẽ tẽporis consistat acquisitio in persona serui *l. placet 79. de acq. her.* adeóq; magis eũ, nõ

tantùm ignorante, sed etiam inuito domino *l. etiam 32. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verbor. oblig.* Scilicet cùm alius nemo est cui acquiri ea stipulatio possit & debeat. Atqui seruus fructuarius non alium habet dominum in solidum quàm proprietarium *l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* Et quamuis ita ferat iuris ratio vt perinde possit fructuario acquirere si modò vel ex re ipsius, vel ex operis suis stipuletur. Id tamen ita intelligendum est, Nisi vel ipsi proprietario stipuletur nominatim, vel saltem eius imperio, & iussu: Cùm priore casu apertissima sit voluntas serui stipulantis nolentis acquirere fructuario: Actus autem non debeant operari vltra intentionem agentium *l non omnis 19. iunct. l. praeced. infr. De reb. credit.* iuncta *l. qui in aliena 6. §. vlt.* aliàs *l. eum qui metu infr. de acquirend. hered.* Posteriore verò non possit alij quàm proprietario iubenti acquiri stipulatio *l. per seruum 37. §. vlt. De acquir. rer. dom.* iunct. *l. qui mihi 13. infr. de donat.* Ne alioqui per ipsum proprietarium iubentem potiùs quàm per seruum fructuarium acquisita fructuario videretur contra regulam *l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* iunct. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* His ergo casibus & aliis si qui sunt similes, puta si seruus fructuarius rē ipsius fructuarij stipuletur *§. vlt Inst. de stipul. seruor.* aut mācipium Christianum fructuario Iudæo, vt in *l. Deo nobis 55. §. penult. C. de episc. & cleric.* dicendum est acquiri stipulationē proprietario ex mera iuris ratione, sed cum hoc tamen temperamēto, vt quicquid ex ea causa proprietarius acquisierit, possit fructuarius ab eo repetere per condictionem *l. pen. ĵ. de stipul. seruor.* Ne aliter posito iure accidat vt locupletetur proprietarius ex iactura fructuarij contra *l. iure natura 206. de regul. iur. l. nam hoc natura 14. de condict. indeb.* Et ex generali ratione *l. si & me & Titium 32. infr. de rebus credit.* quia pecuniam meam quæ ad te peruenit, eam mihi abs te reddi semper bonum & æquum est, Et iure gentium condici possunt res omnes quas quis sine iusta causa possidet *l. rerum 25 in fin. infr. rer. amot.* Atque ita omnino intelligi debet quod scriptum est in hoc §. & in *dict. l. per seruum 37. §. fructuarius de acquirend. rer. domin.* vt benè Accursius noster vidit. Iunge *l. 1. §. penult. infr. De stipulat. seruo.* vbi scriptum est, si fructuarius seruus stipulatus esset proprietario aut fructuario, id est, vtrique quidem, sed disiunctim tamen & alternatiuè, siquidem ex re fructuarij stipulatus esset, inutilem esse stipulationem, quia vtrique ex re fructuarij actionem acquirere potuisset. Incertum autem est vtri acquirere voluerit, cùm tamen noluerit vtrique coniunctim *l. item si seruus 9 §. vlt. cum quat seq. eod tit.* Sed si aliud stipulatus fuisset, scilicet quàm quod ex re esset fructuarij valituram stipulationem in persona proprietarij, eúmque solum posse petere. Sed si promissor fructuario soluisset, liberari eum tanquam soluentem ei qui adiectus fuisset solutionis causa *l. sed si sibi 11. & l cùm enim 13. eod. tit.* Et hic sanè illius loci sensus est. Malè percept is à vulgaribus interpretibus, & Haloandro qui in verbis illis *actionem acquirere potuisset* negationem addiderunt, non modò contra Florentini exemplaris fidem, sed etiam contra veram iuris rationem.

a *Contrà autem.* Intellige hunc versiculum, Tametsi seruus fructuarius siue ex re proprietarij, siue ex re alterius cuiuslibet, preterquàm fructuarij stipuletur ipsi fructuario, aut etiam iussu fructuarij. Hoc enim est in quo melioris est condicionis proprietarius, quàm fructuarius, propter eam rationem quam proximè attulimus. & ad *l. si serui 21. supr.*

4 ¶ Seruus fructuarius: si vsumfructum in se dari stipuletur, aut sine nomine, aut nominatim proprierario: ipsi proprietario adquirit, exemplo serui communis: qui stipulādo rem alteri ex dominis, cuius res est, nihil agit: quoniam rem suam stipulando quis, nihil agit; alteri stipulando, adquiri solidum.

Ad §. 4. Seruus fructuarius.

Ratio dubitandi. Seruus fructuarius qui vsumfructum in seipso constitutum dari stipulatur ab ipso vsufructuario, etiamsi aut sine nomine, aut nominatim ipsi proprietario stipuletur, ex re tamen vsufructuarij stipulati intelligitur, Cùm vsusfructus non alterius esse possit, quàm fructuarij. Atqui quod fructuarius seruus stipulatur ex re fructuarij acquirit fructuario non proprietario *l. si serui 11. & pass sup.* Et rursum, Quod quis stipulando ab alio mihi acquirit id à me ipso stipulando nihil agit, vt subiicitur in § *seq.* Ergo si seruus fructuarius stipuletur vsumfructum dari ab ipso fructuario nihil agit, nec eum obligat, nec proinde acquirit proprietario.

Dec. Multum interest an hîc fructuarius seruus stipuletur domino suo aut sine nomine, vt puta *domino meo dari vsumfructum*, aut nominatim, id est nomine ipsius expresso, puta Titio. An verò stipuletur sibi aut etiam impersonaliter Vsumfructum dari. Et rursū an ex operis suis, aut ex re fructuarij an aliunde. Si ex operis suis, aut ex re fructuarij stipuletur impersonaliter aut sibi, nihil agit, quoniā ex his causis stipulando ab alio acquireret fructuario. Sed si domino suo expressim stipuletur etiam ex his causis acquirit domino, vt diximus in præcedentibus ex *l. seruum 22. & l penult. ĵ de stipul. seruor.* Et ita hic locus intelligi debet *cum §. seq.* vbi *nominatim* dicit Vlpianus non vt significet expressionem nominis domini, sed tantùm expressionem qualitatis domini, Ad differentiam illius casus quo seruus fructuarius stipulatus sit, aut sibi aut simpliciter, & impersonaliter quibus casibus proculdubio nihil ageret. At neq; verum est fructuarium seruum stipulari ex re fructuarij cùm vsumfructum in se constitutum dari proprietario stipulatur ab ipso vsufructuario, sed rem potiùs vsufructuarij stipulatur, Ideóque nec ei quicquam acquirit, sed soli proprietario, Exemplo, inquit Vlpianus serui communis, qui stipulando rem alteri ex dominis cuius res est, nihil agit, Quoniam rem suam quis stipulando nihil agit, Sed alteri stipulando acquirit solidum *§. vlt. Instit. De stipulat seruor.*

5 ¶ Idem Iulianus eodem libro scripsit.

SI seruo fructuarius operas eius locauerat, nihil agit: nam, & si ex re mea (inquit) à me stipulatus sit, nihil agit: non magis, quàm seruus alienus bona fide mihi seruiens: agendo,

domino

domino quicquam adquirit. Simili modo, (ait) quidem si rem meam à me fructuario conducat, me non obligauit. Et regulariter definit: quod quis ab alio stipulando, mihi adquirit, id à me stipulando, nihil agit. nisi fortè (inquit[a]) nominatim domino suo stipuletur à me, vel conducat.

Ad §.5. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Quod seruus fructuarius non potest acquirere fructuario acquirit proprietario, *§. quæstionis est supr.* Atqui seruus fructuarius, qui operas suas a fructuario conducit, nihil acquirit fructuario, quamuis ex operis suis acquirat, quia nec ideo talis stipulatio interponitur vt quicquam seruus acquirat fructuario, sed potiùs vt eum obliget. Ergo dicendum est stipulationem hanc acquiri proprietario.

Dec. Quod quis ab alio stipulando mihi acquirit id à me stipulando, nihil agit, quia scilicet id neque mihi acquirere potest neque sibi, Nec fieri potest vt à me acquirat mihi, nec vt me obliget is qui si ab alio idipsum stipularetur alium mihi obligaret. Atqui quod seruus fructuarius ex operis suis ab alio stipularetur acquireret fructuario, sicut & quod ex re ipsius fructuarij stipulatus esset. Ergo si ex his causis à fructuario ipso stipuletur, dicendum est nihil eum agere. id est non solùm fructuario non acquirere, sed nec proprietario. Non magis inquit Vlpianus ex Iuliano, quàm si seruus alienus bona fide mihi seruiens stipulando à me siue ex re mea siue ex suis operis, quicquam tamen domino acquireret, Nempe quia si ex his ipsis causis alij stipularetur, acquireret mihi. Et similiter dicendum est, si seruus fructuarius rem meam à me fructuario conducat, dicendum est eadem nimirum cogente iuris ratione me non obligari. Nec ipsi seruo qui scilicet obligationis sibi acquirendæ capax non est. Nec domino, quia nihil ea stipulatione actum est. Sed intelligi tamen hoc debet sub exceptione illa quæ sequitur in textu.

a *Nisi fortè inquit*, Ratio dubitandi. Quod quis ab alio stipulando mihi acquireret, id si à me stipuletur, nihil agit. Ergo nihil interest an domino suo nominatim seruus fructuarius à me fructuario stipuletur vel conducat, an verò simpliciter.

Dec. Etiam quod ex operis suis vel ex re fructuarij seruus fructuarius ab alio stipulatur adquirit proprietario si nominatim ipsi vel etiam ipsius iussu stipuletur quandoquidem iussum pro nomine accipimus, vt subiicitur in *§. seq* Ergo non habet locum his casibus ratio & regula illa generalis quæ ponitur in hoc §. & ideò benè subiecta est hæc exceptio. Obseruat tamen Accursius, Cùm fructuarius operas serui fructuarij locat ipsi seruo & seruus eas conducit certa mercede, obligari proprietarium vt ex peculio suo cogatur præstare fructuario quod seruus promisit, *l. si creditor 37. §. vltim. infr. de pecul.* Sed debuit addere, quod additur in *d. §. vlt. Deducto tamen eo quod seruus peculij nomine apud fructuarium habet.* Constat enim posse fructuarium pro operis mercedem imponere seruo fructuario, *l. sed ipsi seruo 13. infr de vsu & habit.*

6 ¶ Si duos fructuarios proponas, & ex alterius re seruus sit stipulatus: quæritur, vtrùm totum, an pro parte, qua habet vsumfructum, ei quæratur, nam & in duobus bonæ fidei possessoribus hoc idem est apud Scæuolam agitatum libro secundo quæstionum. Et ait, vulgò creditum, rationémque hoc facere, vt, si ex re alterius stipuletur: partem ei duntaxat quæri: partem domino: quod si nominatim sit stipulatus: nec dubitari debere: quin, adiecto nomine solidum ei quæratur. Idémque ait, & si iussu eius stipuletur: quoniam iussum pro nomine accipimus. Idémque & in fructuariis erit dicendum: vt, quo casu non totum adquiretur fructuario, proprietatis domino erit quæsitum: quoniam ex re fructuarij quæri ei posse ostendimus.

Ad §. Si duos fructuarios.

Ratio dubitandi. Cùm duo sint fructuarij eiusdem serui, & is ex re vnius tantùm ex ipsis stipulatur, certum est nihil posse acquiri alteri fructuario ex cuius re non stipulatur, Quandoquidem nihil acquirere potest seruus fructuario nisi quod vel ex suis operis vel ex re ipsius stipulatur. Atque ita ratiocinatur Iureconsultus Scæuola cuius hic meminit Vlpianus in *l. si alienus 19. infr. de stipulat. seruor.* Præsertim cùm bonæ fidei conueniat vt sibi quisque proprium habeat quod ex eius re seruus quæsiuerit, *leg. communis 45. infr. De acquirend. rer. domin.*

Dec. Alia ratio est duorum dominorum aut bonæ fidei possessorum. Alia verò duorum fructuariorum: in duobus fructuariis indubitatè obtinet quod scribitur in hoc §. Vt si seruus stipulatus sit ex re vnius ex fructuariis neque acquirat totum ei ex cuius re stipulatur, quia nec potest cùm non sit illi fructuarius in solidum, neque alteri fructuario, quia neque ex re ipsius, neque ex operis suis stipulatus est, Consequens igitur necessariò fit, vt acquirat soli fructuario ex cuius re stipulatur, sed partem duntaxat, Aliam verò partem, quam neutri ex fructuariis acquirere potest, acquirat proprietario, Cui semper & omni casu potest acquirere etiam ex re fructuarij, *l. per seruum 37. § fructuarius De acqu r. rer. domin.* At cùm seruus communis est duorum, aut duobus dominis bona fide seruit, longè maior dubitandi ratio est, an si ex re vnius stipuletur acquirat etiam alteri ex cuius re non stipulatur: quia nihil vetat eum acquirere etiam alteri siue domino siue bonæ fidei possessori. Et quidem de altero domino, cùm duo domini sunt, non dubitatur, *d. l. communis 45. eod. tit.* Si autem duo sint bonæ fidei possessores difficilius quidem est, vt idem iuris obtineat, quia non sunt domini. Sed tamen cùm penè dominorum loco habeantur, *l. bona fidei 48. eod.* vt bona fides tantùm possidenti præstet, quantum veritas vbi lex impedimento non est, *l. bona fides 136. De regul. iur.* minùs debet mirum

videri in iis ius idem obtinere, quod in duobus dominis quantum ad hoc, vt quod vni ex bonæ fidei possessoribus acquiri non potest, quod ex ipsius re non fit, alteri soli & in solidum acquiratur, non autem dimidia pars ei ex bonæ fidei possessoribus ex cuius re acquisitum est, altera verò pars proprietario, si is qui bona fide seruit, seruus alienus sit, aut illi ipsi, si sit liber homo. Cæterùm in eo differentia est, quod ei ex cuius re facta acquisitio non est nihil acquiritur, sed totum ei ex cuius re, Quod in duobus dominis diuersum est, *d.l.communis.* Et ratio diuersitatis euidens, quoniam bonæ fidei possessor cùm dominus non sit non potest id ius habere, vt ei ex alterius re acquiratur: quod ius habet dominus. Et tamen fuit hoc ius de duobus bonæ fidei possessoribus dubium apud Scæuolam. Is enim lib.2. Quæstionum scripsit partem dimidiam duntaxat acquiri bonæ fidei possessori, aliam verò partem proprietario, Quasi crederet nullam esse differentiam inter duos bonæ fidei possessores & duos fructuarios. Quæ sententia refertur ab eodem Vlpiano nostro in *l.qui bona* 23. *§.si quis duobus De acquir.rer.domin.* Vbi tamen scriptū legimus contrà quàm hic scriptum fit, si alienus seruus duobus bona fide seruiat & ex v... us eorum re acquirat, rationem facere vt ei duntaxat in solidum acquirat: Quod Scæuolam sensisse euidentissimè falsum est, si quod Vlpianus in hoc §. scribit, verum est. Ideoque benè ac subtiliter vir doctissimus Iacob. Cuiacius locum illum emendauit sublatis illis verbis *in solidum* pro quibus reposuit *partem*: quæ dictio verisimiliter detracta est ab imperito interprete decepto ex eo quod Scæuola dixerat *ei duntaxat* acquiri ex cuius re stipulatus est seruus. Quasi nihil intersit an dicas cum Scæuola *acquiri ei duntaxat*, an verò quomodo ipse intellexit *acquiri ei soli*. Quòd si soli, Ergo in solidum, Nec animaduertit malus interpres dictionem *duntaxat* non ad priorem illam esse referendam esse, sed ad posteriorem quæ immediatè sequebatur *partem* & quæ hic prætermissa non est licèt priore loco posita sit. Et certè debuerat Scæuola itemque Vlpianus ita scribere *vt ei duntaxat & in solidum acquirat.* Alioquin esset insulsa repetitio, cùm nihil aliud sit acquiri ei duntaxat quàm acquiri in solidum. Nec rursus rectè dici potest acquiri aliquid in solidum duntaxat cùm vltra solidum acquiri nihil possit. Sed & quod statim apud Vlpianum & Scæuolam sequitur aduersatiuè *sed si adijciat eius nomen ex cuius re stipulatur, nec dubitandum esse ait quin ei soli acquiratur*, an non apertissimè ostendit aliud iuris eum constituisse in priore specie? quomodo & ante nos bene Cuiacius noster argumentatus est, *lib.4. Obseruat. cap.* 1. Idem tamen Scæuola in posterioribus Quæstionum libris, id est lib. 13. vnde sumpta est *dict.l.si alienus* 19. *De stipulat. seruor.* mutauit sententiam & verius credidit, Eum seruum qui duobus dominis bona fide seruiat, si ex alterutrius re stipuletur ei soli & in solidum acquirere, non etiam partem proprietario, non magis quàm alteri bonæ fidei possessori. Quæ fuit primùm Iuliani sententia tandem à cæteris prudentibus magis probata, licet antea vulgò contrà crederetur, vt Scæuola referebat, qui primùm vulgi opinionem secutus posteà comperit, non semper vulgi opiniones cum ratione iuris consentire, vt intelligamus pudere Iudices non debere ab iis quoque interpretum erroribus recedere quos vulgo anteà probatos fuisse vident, si veritate tandem comperta didicerint, sententiam in melius mutandam esse. Accursius noster in huius loci interpretatione, ut supradictarum legum conciliatione frustrà & inutiliter laborat, quòd neque variationem Scæuolæ obseruauerit, neque variandi rationes quas ille habuit, percipere potuerit.

7 ¶ Quod autem diximus: ex re fructuarij, vel ex operis posse adquirere: vtrùm tunc locum habeat, quotiens iure legati vsusfructus sit constitutus, an & si per traditionem, vel stipulationem, vel alium quemcumque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam & Iulianus libro sextodecimo secutus est, omnia fructuario adquiri.

Ad §.vlt. Quod autem diximus.

Ratio dubitandi. In testamentis pleniùs voluntates testantium interpretamur, *l. in testamentis* 12. *infr. De regul.iur.* Mirum ergo non esset meliorem condicionem esse illius cui vsusfructus testamento legatus est, quàm eius cui per traditionem, vel per stipulationem, vel per alium quemcunq; modum constitutus sit.

Dec. Vsusfructus non tantùm testamento, sed etiam stipulationibus & aliis pactionibus constituitur, *l.3.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Ergo quocunque tandem modo constitutus sit, dicendum est æquale ius habere fructuarium vt ei ex operis serui & ex re ipsius fructuarij per seruum fructuarium si aliud nihil obstet, omnimodo acquiratur. Itaque legendum hîc est non *vt vulgo omnia*, sed *omni fructuario*, quomodo ex Basilicis Iacob. Cuiacius docuit *lib.* 11. *Obseruat.cap.* 36.

26. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI operas suas locauerit seruus fructuarius, & imperfecto tempore locationis, vsusfructus interierit: quod superest, ad proprietarium pertinebit. Sed & si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit: capite deminuto eo, idem dicendum est.

Ad l. Si operas 26.

Ratio dubitandi. Non solet stipulatio semel alicui quæsita facilè ad alium transire nisi ad heredem, vel adrogatorem, *l.prox. §. si operas supr.* Ergo si operas suas locauerit seruus fructuarius, & ante perfectum tēpus locationis vsusfructus interierit, quod superest ad proprietarium pertinere non potest, sed penes fructuarium ipsum qui stipulationem interposuit remanere potiùs debet. Cui sci licet quisquis ille sit, ex re ipsius vel ex operis serui fructuarij omnimodo acquiritur, vt proximè diximus.

Dec. Non potest finito vsufructu quicquam acquiri fructuario per seruum, Nec magis ex operis serui

serui aut ex re fructuarij quàm ex alia qualibet causa, Cùm non aliam quàm vsusfructus causam habeat ea acquisitio, nec latiùs patere possit effectus quàm causa vulg. l. in agris 16. infr. De acquir. rer. domin. Ergo quod initio vsusfructu ex tempore locationis superest, non ad aliam quàm proprietarium pertinere potest, ad quem scilicet recurrit vsusfructus consolidationis iure postquàm in persona vsufructuarij finitus est, l. 3. §. vltim. infr. tit. prox. §. pen. & vlt. Instit. De vsufr. Neque ideò putandum est transire hoc casu stipulationem à fructuario ad proprietarium, sed potiùs vnicuique tantùm acquiritur quantum ratio iuris permittit, vt elegãter ac subtiliter suo more ratiocinatur Papinianus in l. si seruus communis 18. §. vltim. infr. De stipulat. seruor. Et nos latiùs explicauimus ad dict. §. si operas.

a *Sed etsi ab initio.* Ratio dubitandi. Cùm ab initio locationis seruus fructuarius certam propter operas suas certas & certi temporis stipulatus est, nihil impedit quominùs spectari debeat vnicum illud tempus initij contractus cùm sit vna summa iam inde ab eo tempore debita. Nam & in contractibus omnibus id generale est vt initium cuiusque contractus spectari oporteat, l. si procuratorem 8. in princip. mandat. l. 1. § si seruus Deposit. l. non tantum 12. inf. De SC. Maced. Maximè verò in stipulationibus cùm tractatus cui acquiratur stipulatio, l. si filiusfamilias 78. infr. De verbor. obligat. Atquin initio huius stipulationis inspecto nemo dubitat quin acquisita sit fructuario tota stipulatio, cùm eo tempore ius habuerit acquirendi sibi solidum per seruum fructuariũ siue ex re sua siue ex operis serui, vt diximus ad §. vlt. legis praecedentis. & ad l. si serui 21. supr. Ergo quamuis postea capite diminutus sit fructuarius antè finitum tempus locationis, dicendum est totam stipulationem manere acquisitam fructuario, nulla ex parte proprietario.

Dec. Vsusfructus per capitis diminutionẽ etiam minimam amittitur inspecto iure Pandectarum quod Pauli temporibus obtinebat. Amissus autem ad proprietatem recurrit, nec proinde ab eo tempore amissi vsusfructus nihil acquiri potest fructuario, sed quod ei non acquiritur totum id proprietario acquiri necesse est, sicuti proximè diximus. Nec quod certae summae stipulatio ab initio fuerit interposita, ad rem facit. Etsi enim vna tantùm summa, vnaque stipulatio est attamen ad vninersum tempus locationis pertinet distributiuè in singulos dies, menses, & annos. Et consequenter, non tam quo tempore interposita stipulatio sit inspiciendum est, quàm pro quo & quanto tempore, Nec magis hoc casu quàm superiore transit stipulatio à fructuario in proprietarium, sed vnicuique distributiuè pro rata temporis tantùm acquiritur, quantum ratio iuris permittit, vt Papinianus loquitur in d. l. si seruus 18. §. vlt. infr. De stipulat. seruor. Habet enim huiusmodi stipulatio tacitam istis condicionem, Si tanto tempore durabit vsusfructus: Quemadmodum & cùm in suspenso est ex cuius re ac pecunia seruus fructuarius acquisierit, vt in l. bouem 45. §. vlt. & fr. De aedilit. edict. Ita ut nihil attinet cum Accursio dubitare, an fructuarius passus sit maximam aut mediam capitis diminutionem an minimam, id est, an ex causa delicti alicuius amiserit vsumfructum, an ex alia, Cùm ex qualibet capitis diminutione amitteretur vsusfructus temporibus Pauli qui hic non distinguit. Nec rursus quicquam habet commune causa delicti cum amissione vsusfructus, Exemplo eius quod in simili disputat Vlpianus contra Papinianum in l. Papinianus 20. supr. de minor. Meliùs fortè idem Accursius distinguit, an de vsufructu agatur, an de legato in annos singulos. Nam legatum in annos singulos debetur pro toto anno ab initio cuiusque anni, Vsusfructus verò non nisi pro rata praeteriti temporis, leg. defuncta 58. infr. hoc titul. leg. à vobis 5. lege in singulos 8. De ann. legat. Quod nos iam docuimus ad §. si operas leg. proxim. supr.

27. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SI pendentes fructus iam maturos reliquisset testator: fructuarius eos feret, si die legati cedente, adhuc pendentes reprehendissent. nam & stantes fructus ad fructuarium pertinent.

Ad l. Si pendentes 27.

Ratio dubitandi. Fructus pendentes & maturi censentur adhuc pars fundi, l. fructus 44. supr. de rei vindic. Ergo ad fructuarium pertinere non possunt cui vsusfructus legatus est, sed ad heredem ad quẽ fundi proprietas spectat, licèt vsusfructus legati dies iam cessisset, quod fit per aditionem hereditatis, l. vnic. infr. quand. dies vsufr. legat. ced. Nisi dolo malo heredis aditio hereditatis dilata sit vt tardiùs ad legatariũ peruenirет vsusfructus cedẽte tardiùs die legati, l. si vsusfructus 35. infr. hoc tit. iunct. l. si quis rogatus 53. infr. De fideic. libert.

Dec. Aliud est de fructibus ipsis tractare, Aliud verò de iure vsusfructus legati. Fructus quidem ipsi ad fructuarium non pertinent quamdiu fundo cohaerent, quia sunt pars fundi & eius causam sequuntur. At ius ipsum vsusfructus quod nihil aliud est quàm ius percipiendorum fructuum non vindicandorum, pertinet ad fructuarium ex quo dies legati cessit, aut mora per heredem facta est quominùs cederet. Ergo eos fructuarius ferre debet, vt haec lex ait, id est porcipere, vt eos suos faciat perceptione, l. si fructuarius 13. §. 1. quib. mod. vsufr. amitt. Nam si pendentes & maturi non essent, sed extantes aut potiùs stantes, (sic enim malo legere & stantes, vt Florentiae) adhuc tamen ad fructuarium pertinerent.

1 ¶ Si dominus solitus fuit tabernis ad merces suas vti, vel ad negotiationem: vtique permittetur fructuario locare eas & ad alias merces. & illud solùm obseruandum, ne vel abutatur vsufructuarius, vel contumeliosè, iniuriosève vtatur vsufructu.

Ad §. 1. si dominus.

Ratio dubitandi. Non potest fructuarius vti meliùs arbitrio boni viri, quàm si vtatur re fructuaria ad eum modum quo defunctus paterfamil.

lias vti solebat qui vsumfructũ legauit, *l. item si fundi 9. §. vlt. & l. is cuius 13. §. vnde est quæsitum, vers. & quas paterfamilias instituit, exercere poterit supr.* Ergo si dominus solitus fuerit tabernis vti ad merces suas, vel ad negotiationem non debet permitti fructuario locare illas ad alias merces. Quasi hoc ipso abutatur quòd non vtitur eo modo quo paterfamilias vti, & tabernas locare solebat.

Dec. Vtitor quidem arbitrio boni viri is qui eo modo vtitur, quo defunctus vtebatur, sed non ideò consequens est, vt aliter quàm viri boni arbitrio vtatur is, qui aliter vtitur quàm defunctus vteretur. Illud enim solùm obseruandum est, ne vel abutatur vsufructuarius, vel contumeliosè, aut iniuriosè vtatur vsufructu. Puta si domum meretricibus locare vellet aut fructuarios seruos corrumpere, *dict. l. item si fundi 9. §. vltim. & l. sed & si quid 15. §. 1. vers. & generaliter supr.* Modus enim vtendi non qualitas inspicitur, vt benè Accursius notat ex *dict. leg. 9. §. vltimo.*

2 ¶ Si serui vsusfructus legatus est, cuius testator quasi ministerio vacuo vtebatur: si eum disciplinis, vel arte instituerit vsufructuarius: arte eius, vel peritia vtetur.

Ad §. 2. Si serui.

Ratio dubitandi & decidendi eadem ferè est quæ ad §. præcedentem. Non enim videtur fructuarius vti seruo fructuario ad eum modum quo defunctus testator vtebatur, nec proinde arbitrio boni viri si vtatur arte & peritia illius serui quem liberalibus disciplinis vel arte aliqua instituit si testator eius ministerio quasi vacuo, & inutili vtebatur: vt sunt plerique seruorum adeò inutiles, vti ne quidem custodiendis porcis, quo exemplo Accursius vtitur inseruire possint. Sed tamen decidendi ratio est, quia non ideò vel contumeliosè vel iniuriosè videri potest vti is, qui nullius precij vel vtilitatis seruum liberali aliqua scientia vel arte instituit, vt eum faciat preciosiorem: Proinde nec abuti credendus est si eo ita instituto vtatur, bonique consulere proprietarius debet quod seruum hunc sumptu & diligentia fructuarij non modò doctiorem sed etiam meliorem factum, vt loquitur, *l. pen. in fin. Ad exhib. l. Aquilius 27. infr. de donat.* tandem aliquando habiturus sit, finito saltem vsufructu, *l. ceterùm 31. & seq. supr. de rei vindic.* Nec similiter quod domum ampliare non potest fructuarius, nec diætas mutare quamuis in melius repositurus sit, *l. vsufructu 7. in fin. & l. sequ. supr.* Felix enim illa mutatio animi est in melius, & quæ etiam ad publicam vtilitatem pertinet. Non item ampliatio vel mutatio ædium etiam facta in melius, quæ rem non modò alteram, sed & aliam quodammodo facit.

3 ¶ Si quid cloacarij nomine debeatur: vel si quid ob formam aquæductus, quæ per agrum transit, pendetur: ad onus fructuarij pertinebit: sed & si quid ad collationem viæ, puta hoc quoque fructuarium subiturum. ergo & quod, ob transitum exercitus, confertur ex fructibus, sed & si quid municipio. nam solent possessores certam partem fructuum municipio, viliori pretio addicere solent & fisco fusiones præstare. hæc onera ad fructuarium pertinebunt.

Ad §. 3. Si quid cloacarij.

Ratio dubitandi. Onera ista cloacarij, aquæductus, refectionis viarum, & publicarum functionũ, & alia huiusmodi de quibus in hoc §. agitur, sunt omnia realia, cùm vt nemo non videt, propter ipsã rem præstentur. Ergo ad proprietarium pertinere debent qui dominus rei est, non ad fructuarium ad quem nulla ex parte dominium spectat: Aut si quis velit hoc casu vt & in aliis quibusdam vsumfructum censeri velut partem dominij ex *l. 4. supr. & l. si Titio 33. §. 1. infr. hoc tit.* Dicendum est saltem pro parte onera hæc ad proprietarium pertinere, nec nisi pro alia parte ad fructuarium.

Dec. Sunt ista quidem onera rei sed quæ tamen penduntur propter emolumẽtum quod ex re ipsa percipitur, Ita vt non tam rei quàm fructuum onera esse videantur. Ergo à fructuario ipso præstanda sunt ad quem commodum & emolumentum pertinet, *l. Mæuius 66. §. fundo De legat. 2. l. vsufructu. 6. §. quoniam*, vbi iam diximus *supr. hoc tit.* Aliud est si ponas vsumfructum legatum ab eo qui fundum alienum conduxerat. Hoc enim casu mercedes à proprietario debent præstari tanquam quæ non tam pro fructibus quàm vice fructuum debeantur, & quas si fructuarius ipse præstaret, nullum ex vsufructus legato commodum sentire videretur *l. qui quatuor 30. §. 1. infr. De legat. 3.* Planè quod ob transitum exercitus confertur, ne quid ille per lasciuiam faciat, & cùm certa pars fructuum municipio addicitur vili precio, aut annonæ functiones fisco præstantur, de quibus etiam in hoc §. Vlpianus tractat, nemo non facilè agnoscit onera ista esse fructuum potiùs quàm proprietatis: & ideò spectare ad fructuarium debere. Nec enim exercitus prætereiens per lasciuiam aufert fundum sed fructus fundi, *l. ex conducto 15. §. 1. ad fin. infr. locat.* Iunge *l. quæro 28. inf. de vsufr. legat.*

4 ¶ Si qua seruitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere vnde, & si per stipulationem seruitus debeatur, idem puto dicendum.

Ad §. 4. Si qua seruitus.

Ratio dubitandi. Seruitutes reales de quibus hîc agitor, quæ & iura prædiorum appellantur, nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. De verb. signific.* Atqui nihil habet commune proprietas cum vsufructu *l. penult. infr. De acquir. poss.* Ergo etiamsi seruitus à testatore imposita sit, non ideò fructuarius pati eam debet, qui seruitutem neo ipse constituit, nec constituentis heres est.

Dec. Seruitutes reales eum sint iura prædiorum rem ipsam afficiunt, ac proinde rem sequuntur, & quem-

quemcunque rei possessorem, Quandoquidem neque per legatum, neque alia qualibet ratione potest fieri alienatio nisi cum sua causa *l. alienatio 67. infr. de contrah. empt. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. admin. l. debitorem 15. C. de pignor.* Ergo fructuarius quoque seruitutem à testatore suo impositam pati cogitur. Nec videbitur vti frui arbitrio boni viri si nolit pati seruitutem quam proprietarius & heres ipse pati cogeretur, Scilicet eùm non ab herede imposita est, sed à testatore ante constitutum vsumfructum. Legatarius enim licèt iuris successor non sit *l. quadam 9. §. nihil interest. supr. De edend.* tamen in re legata quasi heres quodammodo esse intelligitur *l. id tempus 14. §. 1. infr. De vsucap.* Et absurdum est plus iuris habere illum cui fundus legatus est, quàm heredem, aut testatorem ipsum si viueret, vt habet iuris regula *l. aliud est 160. §. vlt. De regul. iuris.*

a *Vnde etsi per stipulationem.* Ratio dubitandi. Ex stipulatione non nisi personalis obligatio nasci potest, *Tot. tit. De verbor. obligat. & in princip. eiusdem tituli apud Iustinianum.* Atqui obligatio non sequitur singularem iuris successorem, *l. vltim. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres. infr. ad SC. Trebell. l. aris alieni 15. C. de donat.* Ergo ex stipulatione defuncti non debet cogi fructuarius, vt seruitutem ab eo impositam patiatur.

Dec. Etiam per stipulationem seruitutes constituuntur scilicet cùm stipulationem sequitur traditio aut aliud quod sit vice traditionis, vt puta patientia *l. 3.* vbi dixi *supr. hoc tit. l. vlt. infr. de seruit. l. 1. §. vltim. infr. rustic. prad.* Et quamuis per stipulationem prædium ipsum affici non possit, cóstitutio tamen seruitutis quæ fit per quasi traditionem illa est, quę facit prædium quale non minùs, quàm si seruitus constituta esset per legatum, aut per pactionem in venditione dictam, vt in *l. venditor 13. infr. Commun. prad.* Denique nęc in hac specie fruetur arbitrio boni viri fructuarius, si non patiatur impositam seruitutem, vt subiicitur in *§. seq.*

5 ¶ Sed & si seruus sub pœna emptus sit[a], interdictis certis quibusdam: an, si vsusfructus eius fuerit legatus, obseruare hæc fructuarius debeat? & puto debere eum obseruare. alioquin non boni viri arbitratu vtitur, & fruitur.

Ad §. vlt. Sed & si seruus.

Ratio dubitandi. Cùm seruus emptus est sub pœna, id est, ita vt ei interdicatur certis locis, & terris quibusdam, quomodo hîc malim legere ne cum Accursio supplendum habeamus *locis*, nulla tamen ex eo contractu actio nascitur alia quàm ex vendito ad id quod interest venditoris si quid fiat contra legem venditionis, cùm tanto minoris seruum vendiderit *l. si venditor 6. §. 1. infr. de seru. export.* Atqui personalis obligatio aut actio non sequitur singularem successorem, vt proximè diximus ex *l. vlt. §. 1. infr. de contr. empt. l. 1. §. si heres ad SC. Trebell.* Ergo non est cogendus fructuarius qui non nisi singularis successor est, obseruare venditionis legem si velit emptum seruum morari in locis interdictis.

Dec. Vsufructuarius non aliter quàm arbitrio boni viri re fructuaria vti debet, déque ea re cauẽdum habet ex *tot. tit. infr. vsufr. quemadm. caueat.* Atqui non vteretur fructuarius boni viri arbitrio si non obseruaret eam ipsam legem venditionis, quam obseruare debuit testator ipse qui vsumfructum legauit, & quam secundus quoque emptor obseruare teneretur, *l. Titius 9 infr. eod. ill. tit. De seru. export.* vbi additur solitam plerunque olim reseruari ex hac causa manus iniectionem cuius potestas etiam contra secundum emptorem poterat exerceri. Quidni ergo multò magis contra fructuarium qui dominus non est, quique cùm vice heredis vtatur fruatur, non alio vtique iure frui debet quàm quo ipse heres frueretur & alius vir bonus quilibet. Numquam autem vir bonus arbitrabitur seruandam non esse legem quæ in venditione dicta est, & sine qua non fuerat venditor seruum venditurus, *l. vlt. C. de pact. inter emptor. & venditor.* Id enim decipere esset non pacisci, vt noster Vlpianus loquitur in *l. qui cum tutoribus 9. §. 1 supr. De transact.* Vnde est quod dicimus, In traditionibus rerum quodcunque pactum interpositum sit illud valere *l. in traditionibus 44. supr. de pact.* id est etiam illud quod alioqui per se non valeret, vt in specie *l. ei fundo 19.* iunct. *l. quoties 15. infr. de seruit. & l. venditor 13 in princip. infr. Commun. prad.* Nec est contrarium quod potest fructuarius non minùs quàm emptor conductorem expellere si in constituendo vsufructu id exceptum non sit *l. arbores 59. §. 1. infr. hoc titul.* iunct. *l. emptorem 9. C. de locat.* quem tamen non posset heres ipse locatoris expellere, nisi in casibus, de quibus in *l. ade. C. eod.* Non enim haberet fructuarius liberum ius vtendi fruendi si non per se, sed per conductorẽm duntaxat frui posset, id est si ei conductorem expellere non permitteretur: Quod dissimile est in seruo fructuario quem vellet fructuarius morari in locis etiam interdictis: Non enim id esset vti frui arbitrio boni viri, neque ex bona fide quoniam violaretur lex contractus ex quo peruenit seruus ad testatorem qui eius vsumfructum legauit, quem nec legare potuisset si seruum non emisset, nec emere ab eo qui non alia lege & conditione fuerat eum venditurus, Quæ ratio etiam est *dict. l. Titius & l. si quis sub hoc 56. infr. de contr. empt.* Quanquam videtur huius §. sententia minùs esse generalis, & restringenda ad eum casum, quo seruus fructuarius non tantùm ea lege venditus sit ne in certis locis moraretur, sed adiecta etiam pœna si quid contrà fieret, Quod verba illa huius §. indicant *si seruus sub pœna emptus sit.* Hoc enim casu certùm est si fructuarius faciat contra legem venditionis, committi pœnam aduersus proprietarium, qui scilicet factum præstare debet fructuarij, qui licèt non ab herede, tamen ab emptore ius habet: Ideóque nimirum non videtur vti frui arbitrio boni viri fructuarius qui suo facto conijcit heredem in eas angustias, vt contra ipsum pœna committatur, quæ alioqui non committeretur. Ex quo apparet quàm diuersus sit hic casus, ab illo, de fructuario conductorem expellente, quamuis ex ea expulsione damnum heres sentiat, qui præstare cogitur conductori, quanti ob eam causam ipsius intersit. Non enim prohibetur id omne facere, per quod proprietarius damnum aliquod sentire possit, sed id tantùm per quod proprietarius damnum passurus sit ob iniuriam non ipsi proprietario factam aut habenti causam à proprietario, sed ei à quo ius habeat proprietarius, cuius proinde maiorem quàm ipsius proprietarij ra-

Digitized by Google

tionem haberi sanè æquum est. Ergo etiamsi nulla pœna venditioni adiecta sit, idem tamen dicendum erit, quia condemnatur hoc casu prior emptor ad id quod primi venditoris interest, Nec minus iniquum est & contra arbitrium boni viri vt proprietarius ex facto fructuarij ad id quod venditoris interest, quàm vt ad pœnam condemnetur, *d. l. si venditor. §. 1. & d. l. si quis sub hoc.*

28. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

NOmismatum aureorum, vel argenteorum veterum, quibus pro gemmis vti solent, vsusfructus legari potest.

Ad l. Numismatum 28.

Ratio dubitandi. Numismatum siue aureorum siue argenteorum qui certum precium & valorem nullum habent, ideóque nec numeratæ pecuniæ appellatione continentur, sed quibus plerique pro gemmis vti solent, nullus potest esse fructus, nullus reditus, Fructus enim non est nisi qui vel rena scitur *l. fructus 7. §. si vir. infr. solut. matrim.* vel qui saltem rei nq it saluam rei substantiam, *l. 1. supr. hoc tit.* Ergo huiusmodi numismatum vsusfructus legari non potest.

Dec. Vsusfructus legari potest omnium rerum quæ salua rei substantia commodum aliquod & emolumentum adferre possunt, quoniam vsusfructus omne rei emolumentum continet, *l. Mauius 66. §. fundo De legat. 2.* Possunt autem hæc numismata commodum illud afferre non tantùm, vt iis pro gemmis vti quis possit, quemadmodum in hac lege scriptum est, sed etiam vt pignori dari possint. Nam & fructus rei est pignori dare licere *l. vlt. infr. De vsur.* cùm ea ratione possit quis faciliùs inuenire pecuniam aut fideiussorem, quorum neutrum sine pignoribus facilè inuenitur. Nec obstat quod Accursius obiicit ex *l. interest 6. C. hoc tit.* Non posse fructuarium dare pignori rem fructuariam. Id enim sic accipiendum est, vti non possit fructuarius obligare proprietatem ipsam, quomodo eadem lex explicat, Non autem vt non possit constituere in ea re pignus tamdiu duraturum, quandiu durabit vsusfructus, Arg. *l. peto 69. §. prædium De legat. 2.* Nam & vsumfructum ipsum si vellet dare potiet pignori etiam inuito proprietario, vt scrip simus ad *l. arboribus 12. §. vsufructuarius supr.* Ex *l. si qui 11. §. vsufructus infr. De pignor.* Potest etiam horum numismatum fructus aliquis in eo constitui, quod commodari possunt saltem iudicis causa, & ad ostentationem, vt in *l. 4. infr. Commod.* Quid ergo vetat vsumfructum eorum legari? Nam & sufficeret posse ex iis rebus quarum vsusfructus legatus est, aliquam capi oblectationem, licet in eas plus impenderetur, quàm ex iis commodi redigeretur, vt in *l statua 41. in princip & §. 1. infr hoc titul.* Quare non est quod cum glossatoribus quibusdam dicas in hac specie legatum vsufructu legatam videri proprietatem, vt in *l. Proculus 19. supr.* Numquam enim ea interpretatio recipi potest vt vsufructu legato proprietas legata videatur, Ne quidem in specie *dict. l. Proculus*, vt ad eam notauimus, Iunge *l. Iulianus 9. § si tibi decem. inf. ad exhib.*

29. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

OMnium bonorum vsumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis æstimationem, Celsus libro trigensimo secundo Digestorum, & Iulianus libro sexagensimo primo scribit. & est veriùs.

Ad l. Omnium 29.

Ratio dubitandi. Lex falcidia quæ liberam testandi facultatem à lege 12. tabul. primùm concessam restituit quam leges Furia & Voconia valde restrinxerant, non patitur vt quicquam legetur ex quadrante, quem vult integrum & illibatum manere penes heredem, quasi nec de eo testari & disponere testator possit *l. 1. & pass. infr. ad leg. falcid.* Nec tantùm quadrantem salutum heres habere debet, sed etiam quartæ fructus ex die mortis, *l. quod bonis 15. §. fructus eod. tit.* non modò si filius sit heres institutus vt Accursius noster putat, sed etiamsi extraneus vt constat ex *d. §. fructus*, qui generaliter & indistinctè de quolibet herede loquitur, vt & Vlpianus in *l. mulier 22. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* Ergo fieri non potest vt bonorum omnium vsusfructus legetur, Ne alioqui nullum ex hereditate commodum & emolumentum penes heredē remaneat, Cùm vsusfructus ipse commodum omne & totum rei emolumentum contineat *l. Mauius 66. §. fundo infr. de legat. 2.*

Dec. Nihil prohibet legari vsumfructum bonorum omnium, & tamen remanere quadrantem integrum penes heredem etiam cum quadrantis fructibus. Recipit enim legatus vsusfructus aliam atque aliam æstimationem pro ætate legatarij, *l. computationi 56. infr. ad leg. falcid.* Quod cùm eueniet, satis sit proculdubio legi falcidiæ quæ aliud propositū nullum habuit quàm vt aliquo veluti præmio imitaretur heres ad adeundum. Et quamuis nullum ex fructibus commodum penes heredem maneat, quandiu durat vsusfructus, Non eo minùs tamen verum est etiam eo tempore, & ex die mortis heredem habere suum quadrantem & quidem cum fructibus, scilicet in æstimatione & valore bonorum quæ tanto pluris sunt detracta totius vsusfructus bonorum omnium æstimatione. Idque est quod in hac lege Vlpianus ex Iuliano scribit *nisi excedat dodrantis æstimationem.* Cùm enim vsusfructus non excedit dodrantis hereditarij æstimationem, fieri nequit, vt non remaneat penes heredem quātum necesse est ad quadrantem integrum ex die mortis ac proinde ad illius quadrantis fructus quoque. Quare nec aliud iuris esse puto etiamsi filius institutus heres proponatur. Nullum enim habet in hoc filius priuilegium supra extraneum heredem, vt constat ex *l. Papinianus 8. §. vnde si quis supr. De inoffic. testam. l. iubemus 6. C. ad SC. Trebell.* Nisi quod hodie quadrante legitimario aucto ad trientem vsque *Nouell. 18. De trient. & semiss.* Consequens est, vt ho-

vt hodie si quis velit hanc legem ad filium quoque heredem institutum extendere, Mutanda exceptio est:& ita demùm permittendum patri vt à filio herede instituto leget vsumfructum bonorum omnium si æstimatio vsusfructus non excedat bessem, vt triens filio, eidemque heredi non pro falcidia, sed pro legitima saluus esse possit: Nec quod *interim* vsufructu durante nullos fructus sit percepturus ad rem facit, cùm tantò pluris æstimari bonorum omnium vsumfructum oporteat. Fit enim hoc casu æstimatio non tantùm vsusfructus sed etiam proprietatis, vt obseruat Accursius, id est ita vt & ex ætate fructuarij æstimetur vsusfructus & proprietas quoque ex vsusfructus cōparatione. Dodrans autem vsusfructus ex proportione totius assis hereditarij. Atque ita ex hac lege interpretandum esse quod scriptum est in *l. si mihi 49. infr. hoc tit. & l. vxori mea 37. de vsuf. legat.* benè hìc monet Accursius Scilicet vt quoties legimus bonorum omnium legatum esse vsumfructum sicuti in dictis locis, subintelligere debeamus exceptionem: Dummodò æstimatio vsusfructus non excedat dodrantem siue in filio siue in extraneo situs vetus inspiciamus, Aut hodiè bessem in filio. Qui si fortè mallet legitimam solam habere cum fructibus præsentibus, ex eáque causa hereditate paterna abstinere vtique meo iudicio nō esset audiendus. Non magis quàm qui alio quolibet casu causam testamenti vellet omittere vt solam haberet legitimam. Secundum ea quæ nostri tractant post Bart. ad *l. quia poterat 4. infr. ad SC. Trebell.* Nec enim videri posset fraudis excludendæ gratia hoc fecisse qui fraudem in legitima nullam passus esset, quippe qui legitimam integram, & legitimæ fructus habere nihilominùs intelligeretur. Itaque ad hanc speciem accommodari non potest quod scriptum est in *l. quia autem 6. §. si patronus ȷ̄. si quis omiss. caus. testam. l. cùm pater 77. §. Titio fratri autep. ȷ̄. De legat. 2.* Et hæc quidem ex mera iuris ratione verissimè disputantur. Iustinianus tamen aliud nominatim constituit in filio herede instituto cuius matri bonorum omnium legatus est vsusfructus, Ne interim dum finis & peremptio vsusfructus expectatur, filius fame pereat *dict. Nouell. 18. De triente. & semiss. §. prohibemus cap. 3.* Ac proinde verum est quod vult Accursius etiam hodie esse hac parte rationem filij, aliam extranei instituti. Nec illud quoque malè Accurs. notat quod hic dicitur, Omnium bonorum vsumfructum legari posse, accipiendum esse secundum terminus habiles, id est, ita vt eorum bonorum quorum vsusfructus verè ac propriè legari potest vsusfructus proprius legetur. Improprius autem id est non nisi quasi vsusfructus earum rerum quarum propriè constitui vsusfructus non potest: puta rerum incorporalium vt iurium omnium, maximè verò seruitutum. Itéque earum quæ vsu consumuntur *l. 3. inf. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. §. constituitur Instit. hoc tit. l. 1. C. eod.* hæc omnia bonorum appellatione etiam propriè continentur *l. bonorum 49. inf. de verb. signif.*

30. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI is, qui binas ædes habeat, aliarum vsumfructum legauerit: posse heredem, Marcellus scribit alteras altius tollendo, obscurare luminibus: quoniam habitari potest, etiam obscuratis ædibus. quod vsq. adeò temperandum est: vt non in totum ædes obscurentur: sed modicum lumen, quod habitantibus sufficit, habeant.

Ad l. Si is qui binas 30.

Ratio dubitandi. Non potest proprietarius deteriorem facere condicionem fructuarij *l. si quid. 15. §. proprietarius l. locū 17. §. 1. ȷ̄.* Atqui deterior fit condicio fructuarij cùm obscurantur ædes fructuariæ, quādoquidē ita fit vt in ijs minùs cómodè habitetur. Nō potest igitur proprietarius obscurare ædes fructuarias. Dec. Habitari potest in ædibus etiam obscuratis, Dummodò ita hoc temperetur, vt non in totum ædes obscurentur, sed modicum lumen habeant, quod habitantibus sufficiat. Nō ergo prohibendus est heres, idemq́, proprietarius ædes hereditarias altiùs tollere quamuis ex eo futurum sit vt ædes fructuariæ obscurentur, id est fiant obscuriores. Nihil enim est quod præstaré proprietarius debeat, si modò possit frui vsufructuarius licèt cum aliquo incommodo *l. 1. §. vlt. ȷ̄. si vsusfr. pet.* Igitur obstruere ædes fructuarias heres nō poterit altiùs tollendo hereditarias, quoniam obstruendo faceret inutiles *l. si cuius 13. §. idem Nerua in fin. ȷ̄.* Ideò autem loquor de altiùs sublatis hereditariis ædibus, quia si heres haberet ędes sibi proprias ex alia causa quā hereditaria, posset vtique altiùs tollendo legatas ædes obscurare etiam in totum ac sine vllo temperamento *l. cum eo 9. inf. de seruit. vrb. præd. l. altius 8. C. de seruit. & aqua.* In hereditariis autem ideò minùs iuris habet, quod ex qua causa eas habet, ex eâdem vsumfructum præstare cogitur, cuius commodum & emolumentum præripere fructuario non potest quod tamē præriperet si eas in totū obscuraret non etiā si ex parte tātùm minuendo lumina, non prorsus auferendo *l. Gaurus 10. ȷ̄. Vrban. præd.* Quid ergo si quis binas ædes habens alias vni legauerit, alij verò alterarū vsumfructum? Idē iuris erit *d. l. Gaurus.* Non vt possit heres altiùs tollere fructuarias & obscurare legatas, quomodo malè Cuiacius interpretatur *lib. 1. Obseru. cap. 7.* vt illius legis pro arbitrio suo emēdandæ occasionem arripiant. Pugnaret cum sententia illa, quod & ipse fatetur cum *l. 7. §. vsufructu legato & d. l. si cuius 13. §. item Nerua ȷ̄. hoc tit.* Sed vt possit legatarius tanquam proprietarius ædes sibi legatas altiùs tollere, & obscurare fructuarias. Quidni enim idem iuris habeat in legatis ędibus, quod heres in hereditariis, cùm ęquè sit proprietarius legatarum ędiū atq; heres hereditariarū *l. legatū 80. de legat. 2.* & in re legata quasi heres quodammodo esse videatur *l. id tēpus 14. §. 1. ȷ̄. de vsucap.* Proinde nec aliud erit si duabus singularū ędiū proprietatē legatā proponas vt in *l. binas 36. ȷ̄. Vrbā. præd.* Cum eodem scilicet tēperamento, dum ne adeò sint obscuratæ ædes vt in iis habitari non possit *d. l. Gaurus.* Nec quod in *d. l. Gaurus,* Caius Marcelli sententiā refert, quā & Paulus hîc probat facere debet vt eadē species vtrobique tractata videatur. Nā in prima illius legis specie, de qua refertur Marcelli sententia, apparet legatas fuisse alteras ædes non vt in hac lege alterarum vsumfructum. Et quod ibi additur *Idem dicendum est si alteri ædes, alteri aliarum vsumfructum legauerit,* non ex Marcello est, sed ex Caio, quem nihil vetat aliam speciem addidisse

ad eas quas Marcellus tractauerat. Nihil ergo in ea lege emendandum est, vt ibi dicemus. Aliud est si quis etiam extraneus altiùs tollendo ædes suas obscuret eas, quæ sunt coductæ. Tenetur enim hoc casu locator conductori qui non est cogendus habitare minùs cõmodè, quàm eo tẽpore quo conduxit: Ideoq; licet ei cõductionẽ relinquere *l. si merces 25. §. si vicino ĵ. locat.* quia nõ aliter fuerat cõducturus.

31. PAVLVS libro 16. ad Sabinum.

EX re fructuarij etiam id intelligitur, quod ei fructuarius donauerit, concesseritve, vel ex administratione rerum eius compendii seruus fecerit.

Ad l. Ex re fructuarij 31.

Ratio dubitandi. Quod fructuarius donat seruo si donatio valeat, neq. penes fructuarium manere potest, quia donauit, neque seruo acquiri, quoniam incapax est acquisitionis. Necesse igitur est vt acquiratur proprietario, vt consequenter quod ex re illa donata acquiritur non ex re fructuarij, sed ex re proprietarij acquisitum intelligatur. Multò minùs ex re fructuarij quæsitum videri potest quod ex administratione rerum eius compendium seruus fecerit, cùm totum id non tam ex rebus quæ administrantur, quàm ex negotiatione percipiatur *l. venditor 21. infr. de hered. vel act. vendit.*

Dec. In potestate fructuarij est quemadmodum seruo donet. Potest enim ita donare, vt id quod donat separet duntaxat à suis rationibus, maneat autem in peculio serui. Potest etiam ita vt donet seruo tanquam alij cuilibet in quo vsumfructum nullum haberet. Nam & in vno ex dominis serui communis eadem distinctio locum haberet *l. per seruum 37. §. 1. infr. de acquir. rer. domin.* Priore casu habet seruus rem donatam in peculio fructuarij, Posteriore autem in peculio proprietarij *l. quis ergo 16. infr. de pecul. l. si ita 16. §. vltim. infr. De vsu & habit.* Ad posteriorem lex hæc pertinet, non ad priorem, vt constat ex *l. quod fructuarius 49. infr. De acquirend. rer. domin.* Quod autem seruus per negotiationem lucrum consecutus est ex re fructuarij, idipsum quoque ex re fructuarij esse intelligitur, quia per occasionem rerum ad fructuarium pertinentium acquisitum est quod sustinuit, arg. *l. debitor 59. §. vlt. ibi nec occasione hereditatis ad SC. Trebell.*

32. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SI quis vnas ædes, quas solas habet, vel fundum tradit: excipere potest id quod personæ, non prædii est: veluti vsum & vsumfructum. Sed si excipiat[a], vt pascere sibi, vel inhabitare liceat, valet exceptio, cùm ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione[b] siue temporali, siue vsque ad mortem eius, qui excepit, vsus videtur exceptus.

Ad l. Si quis vnas 32.

Ratio dubitandi. Non potest quis excipere sibi & reseruare id quod nec habet nec habuit vnquã. Est enim omnis exceptio & reseruatio iuris duntaxat competentis. Atquin is qui vnas tantùm ædes habet quas vendit, aut vnum duntaxat fundum, neque vsum aut vsumfructum in eo habet, neque habere vnquam potuit, quia nemini res sua seruit, nec quisquam iure seruitutis re sua vtitur fruitur *l. vtifrui 5. infr. si vsusfr. pet.* Ergo nec in vendendo ædes illas, aut fundum illum potest quis excipere sibi vsum vel vsumfructum.

Dec. In traditionibus rerum quodcunq. pactum interpositum sit valet, *l. in traditionibus 44. sup. de pact.* etiam quod alioqui non valeret puta si exceptum sit aliquod ius, quod neque prædij sit, neque hominis, ac proinde inutilis *l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. inf. de seruit.* aut si per tale pactum lex mari imponatur *l. venditor 13. ĵ. Commun. præd.* Nec enim circumueniendus est is qui rem suam eã lege tradidit, quã non aliter fuerat traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit.* Ergo etiam vsumfructum vel vsum sibi excipere quis potest in venditione sine ędium, siue fundi. Neque nouum est vt quis excipiat sibi vsumfructum vel vsum etiam rei suæ quamuis eum nec habeat, nec vnquam habuerit. Est enim hoc generaliter proditum in vsufructu vt possit quis in aliũ transferre vsumfructum quem nõ habet *l. quod nostrum 63. ĵ. hoc tit.* Quanto igitur magis sibi excipere, & retinere? Imò plus potest exceptio & retentio vsusfructus quàm stipulatio, quod inducit ficta traditionem rei venditæ vel donatæ, adeò vt nulla sit alias opus traditione ad transferendum rei dominiũ *l. quisquis 28. C. de donat.* Et hoc est quod diximus in *l. 1. supr.* etiam pactionibus, & traditionibus posse vsumfructum constitui, scilicet per exceptionẽ, & retentionem. Benè autem hic Pomponius loquitur de exceptione illius iuris quod personæ non prædij sit. Seruitutem enim realem, & prædialem nemo acquirere sibi potest neque stipulando, neque excipiendo nisi qui habeat prædium *l. 1. infr. Commun. præd. & §. ideò Instit. De seruit. præd.*

a *Sed & si excipiat.* Ratio dubitandi. Ius pascendi pecoris est seruitus realis & inter rusticorum prædiorũ seruitutes enumeratur *§. Inter rusticorum Inst. De seruit. præd. l. 1. §. 1. l. 3. l. pecoris 4. ĵ. rustic. præd.* Ergo si ab eo excipiatur, qui nullum habeat aliud prædium quàm quod vendit, vel donat, non potest valere exceptio.

Dec. Potest hoc ius pascendi pecoris ita excipi vt non tam pro seruitute reali, quàm pro iure quodã vsusfructus censeri debeat, vt puta si talis sit saltus venditus, ex quo vt ex multis saltibus sola pastione fructus percipiatur: quo casu personalis seruitus potiùs quàm realis excepta intelligitur, vt in *l. Mela ait 14. §. quidam liberis infr. De aliment. & cibar. legat.*

b *Et habitationis exceptione.* Ratio dubitandi. Id plerisq; differt habitatio ab vsu, & vsufructu *l. cùm antiquitas 13. C. hoc tit.* siue temporalis habitatio sit, siue vsque ad mortem. Ergo non potest excepta habitatione vsus videri exceptus.

Dec. Licèt habitatio non sit propriè ac formaliter vsus, proximè tamen accedit ad vsum. Non solùm

solùm quantum ad commodum, sed etiam quantum ad hoc maximè vt sit ius personæ, non prædij. Est enim seruitus personalis, & ideò tùm quoque cùm perpetua est perit & finitur morte illius cui acquisita est, *§. sed si cui Instit. de vsu & habit.* Non tamen capitis diminutione *l. penult. supr. de capit. minut.* vbi ratio redditur, quia legatum habitationis in facto potiùs quàm in iure consistit, vt tantò magis intelligamus habitationem esse quid merè personale, vt sunt cætera omnia quæ in facto consistunt, *leg. qui heredi 44. infr. De condic. & demonstr.*

33. PAPINIANVS libro 17. Quæstionum.

SI Titio fructus, Mæuio proprietas legata sit, & viuo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum heredem relinquetur. & id Neratius quoque respondit.

Ad l. Si Titio 33.

Ratio dubitandi. Cùm quis Titio fundi Corneliani vsumfructum legat, & eundem fundum Mæuio ea procuIdubio testatoris mens & voluntas est, vt vsusfructus inter eos communicetur, *l. si alij 19. infr. De vsufr. legat.* Atqui cùm Titius viuo testatore decedit nulla pars vsusfructus ad eum peruenire potest, quippe cuius legati dies non cedit nisi ab adita hereditate *l. vnic. §. quand. dies vsusfr. legat. ced.* quæ porrò viuentis adhuc hominis nulla esse potest *l. 1. infr. De hered. vel act. vend. l. 1. Pro herede.* Ergo cùm pars sola dimidia vsusfructus ad Mæuium pertineat, idque non tam iure vsusfructus illius, quem interpretes formalem vocant quàm iure plenæ proprietatis, vt eleganter scriptum est in *d. l. si alij.* Consequens est, vt pars alia vsusfructus quæ ad Titium pertineret hodie si viueret, eo præmortuo remaneat penes heredem, Ne alioqui videamur liberaliores testatore si vsumfructum totum demus Mæuio cui testator non nisi partem dedit quod absurdum esset *l. debitor. 59. in fine principij & l. facta 63. §. si sub condicione infr. ad SC. Trebell.*

Dec. Legatarius plenæ proprietatis censetur legatarius etiam totius vsusfructus, quippe qui non minùs fundi quàm plenæ proprietatis appellatione continetur, Adeò vt quamuis alia & contraria testatoris voluntas proponatur non aliud tamen dicendum sit, Nisi proprietas legata sit, deducto vsufructu, *d. l. si alij*, quæ ait eleganter, quod non abs re mirari quis possit, in quæstione illa quæ pendet à mera testantis voluntate, plus valere quod scriptum, quàm quod à testatore actum est. Nec quod vsusfructus inter eum, & alium vsusfructus eiusdem fundi legatarium communicandus est si ambo ad legatum perueniant, ad rem facit. Non enim id fit quod pars duntaxat vsusfructus Mæuio legata sit, sed propter concursum Titij, qui partem vsusfructus consequendo, impedit procuIdubio ne totum illum habere Mæuius possit. Fiunt siquidem partes istæ per concursum, vt contingit, quoties eadem res pluribus in solidum legata est, *l. coniunctim 80. De legat.* Nec minùs in vsufructu quàm in proprietate *l. 3. § interdum infr. tit. prox.* Atqui non potest concurrere Titius cui vsusfructus legatus est si is viuo testatore decesserit. Idem igitur est etiamsi post mortem testatoris dummodò ante diem legati cedentem, id est ante aditam hereditatem. Quid si postquàm vsusfructus legati dies cessit? Adhuc idem dicendum est, quoniam vsusfructus habet hoc ius speciale & diuersum à proprietate, quod etiam acquisitus & amissus, nihilominùs admittit ius adcrescendi *dict. §. interdum*, vbi dicemus. Obseruandum autem est in hac specie Titium & Mæuium videri coniunctos, Non quidem in proprietate, vt malè tentat Accursius, eo prætextu quòd vsusfructus interdum sit pars dominij *l. 4. supr. & § prox. huius legis*, Sed in vsufructu quia & vsusfructus totus legatus est Titio. & eiusdem fundi vsusfructus æquè totus ad Meuium pertinet iure legati, cum ei plena proprietas legata sit, *d. l. si alij & l. 3. §. non solùm infr. tit. prox.* Quid ergò si Mæuio legata esset proprietas nuda, id est detracto vsufructu? Nulla quidem hic esset coniunctio neque realis neque verbalis, nec quod ad proprietatem nec quod ad vsumfructum. Sed tamen non eominùs ad proprietarium rediret vsusfructus. Adeòque tametsi non nisi pars vsusfructus data esset Titio, ita vt altera pars remaneret penes heredem. Non enim ideò coniuncti possent dici in vsufructu heres & Titius, cùm habeant partes à testatore ipso distinctas *l. idem est. 7. §. 1. 3. tit. 1.* Quamuis si nulli esset legatus vsusfructus, sed proprietas sola Mæuio, remanere vsumfructum penes heredem necesse esset *l. fundus 4. §. si vsusfr. pet.* vbi tamen additur aliud esse etiamsi sub condicione vsusfructus alicui legatus proponeretur. Tunc enim dicendum esset, Interim, id est pendente condicione coniunctum esse illum cum proprietate: quia cùm paterfamilias detracto vsufructu fundum legat, & alij vsumfructum sub condicione, non hoc agit vt vllo casu vsusfructus apud heredem remaneat, vt Iulianus eleganter eo loco ratiocinatur. Malè igitur Accursius noster negat, & post eum Cuiacius ad Papinianum in hac specie coniunctum fuisse Mæuium cum Titio. Fuit enim coniunctus in vsufructu, vt diximus ex *d. l. si alij*, ideoq; iure adcrescendi habet Mæuius partem Titij *d. l. 3. §. non solùm §. tit. prox.* iunct. *l. interdum 10. eod.* Malè item ait, Extra hunc casum fore, vt legatum quod esset caducum aut in causa caduci adcrescere deberet heredi si legatarius aut viuo testatore, aut post eius mortem ante apertas tabulas defunctus collegatarium aut substitutum in eo legato non haberet. Nec enim ius adcrescendi potest esse inter heredem & legatarium tanquam ex diuerso iure succedentes *l. nec ipsa 7. §. de collat. dot.* Sed voluit Accursius, ni fallor, dicere futurum vt legatum remaneret penes heredem quasi nec datum quod nos admittimus, sed extra causam, vt & ipse adiicit legati vsusfructus, Vt enim vsusfructus ad proprietatem recurrat, nulla opus est coniunctione nulloq; iure adcrescendi, sufficiente in eam rem sola vi & potestate proprietatis, quæ ad se trahit vsumfructum, qui & ipse sua sponte ad proprietatē recurrit tanquam ad suam causam *d. l. sed etsi §. 1. & d. l. fundus.* vnde & causalis à nostris appellatur. Vnde etiam est quod leges caducariæ non habebant locum in vsufructu, Quo scilicet semper abscedente, quia fiscus nec moritur vnquam, nec capite minuitur, inutilis in perpetuum fuisset proprietas, vt benè Cuiacius docuit.

1 ¶ Vsumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere conuenit, vnde si fundi, vel fructus portio petatur, & absolutione secuta, postea pars altera: quæ adcreuit vindicetur, in lite quidem proprietatis, iudicatæ rei exceptionem obstare[a], scribit Iulianus, quoniam portio fundi, velit alluuio, portioni: personæ fructus adcresceret.

Ad §.1. Vsumfructum.

Ratio dubitandi. Exceptio rei iudicatæ non obstat nisi quoties eadem res petitur & idem corpus & ab eâdem persona, ex eodem iure *l. cum quæritur 12. & seqq. infr. de except. rei iudic.* Atqui pars quę petita est iudicio vindicationis, & de qua petitor succubuit, absoluto possessore non est eadem illa quæ accreuit postea, & quæ nunc petitur. Ergo non potest hoc casu exceptio rei iudicatæ locum habere.

Dec. Portio accrescit portioni velut alluuio, ac proinde non alio iure ad eum pertinet cui accrescit quàm eo ipso ex quo prior portio ad eum pertinebat. Ergo cùm iudicatum est priorem portionem ad petitorem non pertinere, hoc ipso pronunciatum intelligitur, nec aliã quæ accreuit ad ipsum pertinere. Ex eodem enim iure vtramque partem deferri necesse est cùm inter eos qui ex diuerso iure succedũt non sit locus iuri adcrescendi *l. nec ipsa 7. infr. de collat. dot.* Nec distinguendum est quomodo in priore iudicio, pronunciatum sit, id est an absolutus fuerit possessor quòd ad actorem nõ pertineret, an quòd etiam ad possessorem ipsum iure dominij spectaret: quamuis aliquando ea distinctio sit necessaria, vt in *l. si tutor me 15. de except. rei iudic.* Semper enim verùm est priorem quoq; partem videri rursum peti cùm posterior petitur quæ accreuit: quia nec accrescere potest ei qui portionem nullã habet cùm accrescat portioni, vt diximus, *l. si totam 83. iunct. l. si duo 38. l. qui ex duabus 54 in prin. & §. 1. De acquir. hered.* Aliud esset si petita parte fundi & absoluto possessore, alia pars contra eundem possessorem peteretur licet ex eodem prorsus iure, eâdemq; causa vincendi vel succumbendi. Nam alia res esset, vt benè monet Accursius, nec ista decidendi ratio locum haberet.

a *In fructus verò non obst.* Ratio dubitandi. Vsusfructus in multis casibus pars dominij est *l. 4. supr.* Adeò vt qui vsumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis esse dicatur ei qui partem fundi dari stipulatur, deinde totum, quia fundus dari nõ intelligitur si vsusfructus detrahatur *l. qui vsumfructum 58. infr. De verbor. oblig.* Ergo nihil interest an portio fundi accrescat an vsusfructus, Et perinde dicendum est exceptionem rei iudicatæ obstare si is qui in petitione partis fundi succubuit vsumfructum petat, atque si peteret aliam partem, quę post rem iudicatam accreuisset.

Dec. Vsusfructus in nonnullis quidem causis partem dominij obtinet, sed non in omnibus *d. l. 4.* vbi diximus s. in iure siquidem non in parte cõsistit quamuis rei emolumentum contineat *l. Meuius 66. §. fundo de legat. 2.* In proposita verò specie ideò partis locum non obtinet, quia portio deficiens accrescit portioni, vt proximè diximus. Vsusfructus verò quoniam personæ debetur non prædio atque ideirco personalis non realis seruitus esse dicitur, non portioni accrescit sed personæ, nec minus personæ fructuarij acquiritur, cùm quoque cum portionem vsusfructus quam habuit, amittit, quàm si non amisisset, dummodò alia adcreuerit ante prioris amissionem *l. interdum 10. infr. tit. prox.* vbi diximus & ad *l. 3. §. pen. inf. quib. mod. vsusfr. amitt.* Id enim est quod Vlpianus ait in *l. 1. §. interdum infr.* ut differre in eo vsumfructũ à proprietate quod etiam amissus, tamen admittit ius accrescendi, tanquam qui quotidie constituatur, & quotidie amittatur. Idem tractat Paulus in *l. & an eadem 14. §. 1 inf. de except. rei iudic.* Denique tunc tantùm obstat exceptio rei iudicatæ si alia res in posterius iudicium deducatur quàm quę in prius deducta fuerit, si posterior petitio prioris quædam accessio & sequela necessaria sit vt cùm alia pars iure accrescendi accessit portioni priore loco petitæ, vel cùm aduersus prius iudicatum nihil in posteriore iudicio statui potest quin prius iudicatum infringatur, Aut denique si è contrario prior petitio talis sit quæ per se, ac citra rem iudicatam possit tollere tollatque posteriorem, Puta si fundum meum esse petiero & succubuero, deinde posteà vsumfructum eiusdem fundi petam qui ex illa causa ex qua fundus meus erat meus sit, exceptiò mihi obstabit, quia qui fundum habet vsumfructum suum vindicare non potest *l. vti frui 5. infr. si vsusfr. petat.* & qui fundum dicit suum esse, hoc ipso fatetur vsumfructum suum non esse *l. si cum argentum 21. §. si fundum inf. de except. rei iudic.* Allegat enim hic contraria licet non eodem tempore, & ideò non est audiendus, vulg. *l. Cod. de furt. & ser. corrup.*

54. IVLIANVS libro 35. Digestorum.

QVoties duobus vsusfructus legatur. ita, vt alternis annis vtantur fruantur: siquidem ita legatus fuerit, *Titio & Mæuio*, potest dici, priori Titio, deinde Męuio legatum datum, si vero duo eiusdem nominis[a] fuerint & ita scriptum fuerit. *Titius vsumfructum alternis annis do*, nisi consenserint, vter eorum prior vtatur, inuicem sibi impedient. Quòd si Titius eo anno[b], quo frueretur, proprietatem accepisset interim legatum non habebit: sed ad Mæuium alternis annis[c] vsusfructus pertinebit &, si Titius proprietatem alienasset[d], habebit eum vsumfructum, quia, & si sub condicione[e] vsusfructus mihi legatus fuerit, & interim proprietatem ab herede accepero, pendente autem condicione, eandem alienauero, ad legatum admittar.

Ad l. quoties 54.

Ratio dubitandi. In coniunctionibus, id est in iis quæ coniunctim scripta sunt, ordo nullus est *l. quidam. 54. inf. de petit.* nec ordo scripturæ debet impedire causam ordinemq; iuris, & voluntatis *l. cum pater 77. §. fidei de legat. 2. l. nec enim 6. infr. de solut.* Ergo si duobus legetur vsusfructus ita vt alternis annis vtantur fruantur, etiamsi ita legatum fuerit, *Titio & Mæuio* non est dicendum priori Titio, deinde Mæuio legatum esse.

Dec.

Dec. Non attenderetur ordo scripturæ, si quis alius esset ordo aut iuris, aut voluntatis. Atqui nullus hic est quia neque ius, neque voluntas Mæuio fauet magis quàm Titio. Cùm ergo alterutrū priorem frui necesse sit nec possint ambo frui simul quos testator alternis annis frui voluit, nihil aliud melius dici potest, quàm vt cæteris omnibus paribus præferri debeat Titius qui prior nominatus fuit. Nec enim negari possit quin ordo hic scripturæ qualem qualem præbeat significationem & indicium eius ordinis quem testator inter legatarios seruari voluit, vt & in *l. generaliter* 24. §. *quid ergo* 17. *infr. De fideicomm. libert. l. si quis habens* 24. *infr. qui & à quib. manum. Nouell.* 1. *De heredit. & falcid.* §. *si verò uniius.*

a *Si verò duo eiusdem nominis.* Ratio dubitandi. Cùm nescitur de quo priore testator senserit potest & debet forte res dirimi potiùs quàm vt voluntas testatoris impediatur, vt & in *l. sed cùm ambo* 14. *supra De iudic. l. vltim. in princip. Cod. commun. de legat. dict. leg. generaliter* 24. §. *quid ergo infr. De fideicommiss. libert. l. si quæ sunt* 5. *infr. famil. ercisciund. l. 2. Cod. quand. & quib. quart. pars lib.* 10. *& Nouell.* 162. *cap.* 3. *in fin.* Quid enim facere meliùs Prætor aut iudex possit vt neq; gratiæ neque ambitionis suspicionem vllam subeat? inquit Vlpianus in *d.* §. *quid ergo.*

Dec. Voluntas testatoris hoc facit *l.* 1. §. *vltim. infr. quib. mod. vsufr. amitt.* quæ omnimodo sequenda est, ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiscitur *l. verbis* 7. *infra de vulg. & pupill. substit. l. huiusmodi* 84. §. *vltim. de leg.* 1. *l. debitor* 59 *in fine princip. l. facta* 63. §. *si sub conditione infr. ad SC. Trebell. l. qui soluendo* 42. *ad fin. infr. de heredit. instit.* Nec nouum est vt etiam in seruitute reali per contractum constituta idem ius sit, vt in *l. iteuere* 28. *infr. de seruit. rustic. præd.* Atqui voluntas testatoris fuit cùm duobus Titiis vsumfructum alternis annis legauit, vt in vsufructu non concurrerent, sed vnus anno vno frueretur, alius altero, Vnus prior, alius posterior. Ergo si non consentiant inuicem, necesse omnino est vt se impediant. Nam etsi in eundem annum consentirent, vsusfructus alternis annis vacaret *dict. leg.* 2. §. *vltim. infr. quib. mod. vsufruct. amitt.* Nec tam deficeret hoc casu probatio, quàm ius ipsum, & voluntas, Contrà quàm in *l. duo sunt Titij* 30. *infr. de testam. tutel.* Non enim voluntas testatoris magis facit hic pro vno ex Titiis quàm pro alio, quia testator de vtroque Titio sensit, non vt in *dict. l. duo sunt Titij*, de altero duntaxat, Planè an non debet iudex interuenire vt cogat eos consentire ne testatoris voluntas intercidat, vt in *dict. leg. huiusmodi* 84. §. *vltim. de legat.* 1. quippe quam exitum habere non modò legatariorum sed etiam publicè interest *l. vel negare* 6. *infr. Testament. quem. aper.* aut ne patiatur ad arma & rixam eos procedere, quos possit ipse sua authoritate compescere *l. si cui* 13. §. *sed si inter duos, supr. hoc titul.* Sicut & ex aliis variis causis possunt plures cogi per Prætorem, vt in vnum & idem votum consentiant, vt in *dict. leg. quod si nolit* 31. §. *si plures infr. de edilit. edict. & l. iam tamen* 5. §. *penultim infr. iudic. solui.* In proposito autem valde stulti fuerint legatarij nisi consentiant vt saltem forte res dirimatur potiùs quàm vt se impediant si aliter consentire non possint. Dicam ad *dictam leg.* 2. §. *vltim. infr. quib. mod. vsusfructus amitt.*

b *Quod si Titius eo anno.* Ratio dubitandi Cùm Titius acquisiuit proprietatem fundi eo anno quo fruebatur, fatendum est saltem pro eo anno vsumfructum ad proprietatem redire, nec posse ad collegatarium Mæuium pertinere, cui scilicet non est legatus vsusfructus, nisi vt alternis annis frueretur, Nec rursus ad heredem qui proprietatem amisit, quam & nudam continuis annis esse testator voluit, nec proinde vsumfructum apud heredem remancre *d. l.* 2. *in princip. quib. mod. vsufr. amitt.* iunct. *l. fundus* 4. *infr. si vsufr. pet.* Ergo necesse est vt interim, id est, dum annus sequens expectat vt vsusfructus ad Titium eundemque proprietarium pertineat.

Dec. Non potest vsusfructus, quem formalem vocant, consolidatus cum proprietate durare, cùm re sua nemo possit *l. vti frui* 5 *eod. titu.* Habet tamen Titius pro vsufructu formali causalem, qui plenam proprietatem constituit, quique alius est à formali, & qui iure proprietatis acquiritur, quasi ex noua causa acquisitus intelligitur *l. si cùm argentum* 21. §. *si fundum infra De except. rei iudic.* Nec aliud est in *l. eere* *l.* 2. §. *non solùm inf. tit. prox.* Nisi quod in ea specie vsusfructus qui effectu causalis est, habet tamen naturam formalis, vt rectè nec insubtiliter notat Accursius. Accessit enim & acquiritur tanquam formalis, sed acquisitus efficitur causalis. Qui casus certè singularis & valde notandus est.

c *Sed ad Meuium alternis annis.* Ratio dubitandi. Vsusfructus ab vno ex collegatariis amissus ad alium pertinere debet iure adcrescendi quod inter fructuarios locum habere solet in fauorem eius quoque qui partem suam amisit, vt in *l.* 1. §. *interdum & l. ante ep. infr. tit. prox.* Quidni ergo multò magis ei qui vsumfructum sibi alternis annis legatum numquam amisit?

Dec. Non inter fructuarios omnes locus est iuri adcrescendi, sed inter eos demùm qui si nnn re & verbis saltem re coniuncti sunt *l.* 1. *in princip. & d.* §. *interdum* iunct. *l. penult. eod. tit. prox. id* est qui sibi partes faciunt per concursum *d.* §. *interdum &* §. *vltim.* vbi dicitur eleganter, si duobus heredibus institutis deducto vsufructu proprietas legetur, ius accrescendi heredes non habere, Videri enim vsumfructum constitutum diuisum, id est, ab initio, non per concursum. Atqui coniuncti non possunt dici neque partes facere per cócursum quos testator disiunxit tempore, non alia mente quam vt ne possent vnquam concurrere *d. l.* 2. *in princ.* §. *quib. mod. vsufr. amitt.* Est enim alius vsusfructus, qui est alterius temporis, cùm vsusfructus quotidie constituatur, & quotidie amittatur *d.* §. *interdum*, Nempe quia ex facto ipso vtendi fruendi consistit, quod fit quotidie *l.* 1. *infr. quand. dies vsufr. legat. ced.*

d *Et si Titius proprietatem alienasset.* Ratio dubitandi. Illis qui actiones suas vltrò amittunt non facile dandus est ad eas regressus cùm imputare sibi debeant cur amiserint *l. quæritur* 17. §. *si venditor infr. De edil. edict.* Nam nec ei qui retentionem quam solam habuit amisit vllo alio modo succurritur *l. si in area* 33. *in fin. de condict. indeb. l. heres* 21. *ad SC. Trebellian.* Ergo qui vsumfructum semel vltrò amisit per consolidationem cùm nemo eum cogeret, proprietatem acquirere, non potest iterum eundem vsumfructum habere, Præsertim cùm neque proprietatem amplius, neque partem vsusfructus vllam habeat.

Dec. Vsusfructus non portioni accrescit, vt proprietas, sed personæ, vt ex Papia diximus in *l. præced.*

& ex Vlp. in *l. interdum* 10. *§. tit. prox.* Ergo nec amissio vsusfructus quæ contigit per acquisitionem proprietatis, nec ipsa rursum proprietatis amissio facere potest, ne amissa proprietate ad Titium redeat vsusfructus quem per ipsius proprietatis acquisitionem amiserat, Imò verò sicuti consolidatio illa fuit quæ vsumfructum extinxit, Ita & extincta consolidatione quasi cessante causa extinctionis vsumfructum reuiuiscere rationis est. Nec quod dici solet ius semel extinctum numquam reuiuiscere, vt de obligationibus omnibus scriptum est in *l. qui res* 98. *§. aream de solut.* ad vsumfructum pertinet, qui quoniam ex vtendo fruendo consistit, quotidie constitui & nasci intelligitur, vt ad versiculum proximum scripsimus ex *d. l. 1. §. interdum §. prox. tit.*

e *Quia etsi sub condicione* Ratio dubitandi. Non videtur bona hæc ratio quia Iulianus superioris versiculi sententiam probare nititur. Nam cùm sub condicione legatus est vsusfructus Titio, & is pendente condicione proprietatem fundi acquisiuerit, eamq; subinde alienauerit, verum est numquam amissum fuisse à Titio vsumfructum quem ipse numquam habuit *l. Titio vsusfructus* 96 *§. de cond. & demõst.* Proinde minùs videri mirum debet ad hunc vsumfructum admitti Titium existente condicione, quia legati dies non priùs cessit, etiam si ante condicionis euentum adita hereditas fuerit *l. 2. & seqq. §. quand. dies legat. ced. l. si sub condicione* 16. *§. quib. mod. vsusfruct. amitt.* At in specie superioris versiculi vsusfructus & acquisitus fuerat, & amissus. Est ergo casus ille multò dubitabilior, vt & is de quo Papin. in *l. dominus* 57. *§. hoc tit.*

Dec. Eadem vtriusque speciei ratio est. Nam & cùm in annos siue singulos siue alternos vsusfructus legatus, legatum quidem primi anni purum esse intelligitur, sed sequentium condicionale *l. 4. §. De an legat.* quia tot legata esse intelliguntur quot sunt anni & ideò per singula legata ius capiendi inspiciendum est *l. cum in annos* 11. *eod.* Ergo quamuis primi anni vsusfructus Titio acquisitus sit, & postmodum amissus non debet ea res magis ipsi nocere quominùs sequentibus alternis annis ad vsumfructum admittatur quasi ex nouo legato quàm si prioris anni vsumfructum nec habuisset vnquam nec amisisset.

1 ¶ Si colono tuo vsumfructum fundi legaueris, vsumfructum vindicabit, & cum herede tuo aget ex conducto [a]: & consequetur, vt neque mercedes præstet, & impensas, quas in cultutam fecerat [b], recipiat.

Ad §. 1. Si colono.

Ratio dubitandi. Colonus hoc ipso quod colonus est ius habet percipiendorum omnium fructuum. Frustra igitur ei legatur vsusfructus, quippe qui nihil aliud est quàm ius percipiendi fructus, & æquè alienis rebus vtendi fruendi salua earum substantia *l. 1. §.* Imò si verum amamus plus iuris habet colonus in percipiendis fructibus quàm fructuarius. Certè non minùs, Cùm percipiendo æquè faciat fructus suos quia percipit eos ex domini voluntate *l. si seruus* 61. *§. locaui §. de furt.*

Dec. Legatum valet quodcunque legatario adferre commodum aliquod potest *l. si creditori* 28. *cum l. seq. §. de leg. 1. l. verbis legati* 5 *ad leg. falcid. l. 1. & tot. tit. De dot. releg.* Atqui hoc legatũ vsusfructus factum colono adfert ei commodum quidem vt vel magis percipere possit fructus vel eos percipiendo fieri magis eorũ dominus, sed vt nullã pro iis fructibus mercedem soluere teneatur, quam soluere deberet si colonus tantum esset, non etiam fructuarius. Valet igitur huiusmodi legatum vsusfructus, & consequenter vindicari poterit vsusfructus per actionem confessoriam De vsufructu *Tot. tit. §. si vsusfr. pet.*

a *Et cum herede tuo aget ex conducto.* Ratio dubitandi. Si legatum vsusfructus valet, vt proximè diximus, consequens ergo est vt condictio ampliùs non teneat cùm incipiat colonus nunc frui ex causa legati non conductionis, Quemadmodum si is cui res legata erat sub condicione imprudens eam emerit, postea verò legati codicio existat, dicitur nunc habere rem ex causa legati. Quomodo scriptum aut saltem legendum est in *l. cui res* 29. *§. de action. empt.* vt scripsi *lib. 5. Coniect. cap.* 14. Proinde nec videtur actio ex conducto superesse, præsertim verò ad hoc vt nullas mercedes colonus præstet quas potiùs ex contractu locationis præstare debeat, Et vt impensas quas in culturam fecerit recipiat: Ex eáq; causa videretur agendum ex testamento non ex conducto, vt in *l. si in lege* 24. *§. vlt. §. locat.*

Dec. Non est nouum vt actio ex conducto detur etiam ad distrahendam conductionem & ad hoc vt conductor ab actione locati liberetur. *l. si quis domũ* 9. *§. vlt. & l seq eod tit locat.* Sicut & ex empto actio, aut ex vendito datur interdum, ad distrahendã emptionem *l. ex empto* 11. *§. si quis virginem & sequ. infr. De action. empt.* Nec quicquam vetat etiam in empto facto fundo aut resoluta iam conductione, actionem tamen ex empto aut ex conducto superesse ad præstationes illas omnes quæ sunt ex bona fide, Cùm in huiusmodi cõtractibus qui sunt bonæ fidei magis id quod actum, quàm quod dictum est, sequendum sit, vt ratiocinatur Pomponius in *l. sed Celsus* 6. *§. si fundus §. de contr. empt.* Vnde est quod in specie *d. l. cui res*, legatarius qui rem sibi sub condicione legatam imprudens ab herede emit & precium eius soluit postmodum existente condicione precium repetit actione ex empto: *l. huiusmodi* 84. *§. qui seruum §. de lega. 1.* Idem est si fundus non legatus fuerit sed donatus *d. l* 9. *§. vlt. locat.*

b *Et impensas quas in culturã fecerat.* Ratio dubitandi. Nihil in legato de illis impensis restituendis dictũ est. Ergo non potest propter legatum vsusfructus teneri heres vt huiusmodi impensas in culturam factas restituat, Præsertim cùm & impensæ quæ in culturam & pro fructibus percipiendis fiunt, soleant eum ipsis fructibus, & debeant compensari *l. pen. infr. de impens. in reb. dot. al. fact.*

Dec. Qui fundum locauit tenetur ipse impensas facere quæ sunt necessariæ ad hoc vt conductor frui possit re conducta, in eámq; causam cõpetit conductori ex conducto actio *l. ex conducto* 15. *§. 1. §. locat.* Multò igitur magis actio illa ex conducto cõpetet conductori ad repetendas impensas quas fecerit si tales sint quas facere locator debuerit, & quæ ad perpetuam rei vtilitatem, non ad solam fructuum percipiendorum causam pertineant *l. 3. §. 1. de impens. in reb. dot. al. fact.* Hæc enim distinctio adhibenda necessariò est quam nec Accursius prætermisit. Et quamuis heres non teneatur reficere rem fructuariam, nisi testator iusserit *l. si extranio* 46. *§. 1. & l. seq. infr.*

infr. hoc tit. dubitari tamen non potest quin legando vsumfructum colono, de iis quoque impensis ei præstandis senserit, quas alioqui actione ex conducto facit. illi heres debuisset, vt quicquid veniret in actionem ex conducto veniat hoc casu etiam in actionem ex testamento, & contrà: Etsi enim actio ex testamento bonæ fidei non est, sed stricti iuris *l. aliàs 6. infr. de in lit. iur. l. si heres 5. infr. De eo quod cert. loc.* in plerisque tamen bonæ fidei actiones imitatur *l. 3. C. in quib. caus. non est necess. in integr. restit.* in eo maximè quod plenissimam recipit interpretationem ex testatoris voluntate *l. in testamentis 12. De reg. iur.*

2 ¶ Vniuersorum bonorum, an singularum rerum vsusfructus legetur, hactenus interesse puto: quòd si ædes incensę fuerint, vsusfructus specialiter ædium legatus peti non potest: bonorum autem vsufructu legato, areę vsusfructus peti poterit. quoniam qui bonorum suorum vsumfructum legat: non solùm eorum quæ in specie sunt, sed & substantiæ omnis vsumfructum legare videtur: in substantia autem bonorum etiam area est.

Ad §. 2. Vniuersorum.

Ratio dubitandi. In vniuersali genere vniuersæ rei singulæ continentur *l. semper specialia 14. de regul. iur.* Ergo in vniuersitate bonorum continentur ædes singulæ. Proinde nihil potest interesse quātum ad ædes pertinet, vtrum ędium duntaxat an vniuersorum bonorum vsusfructus legatus sit, Nisi quod hoc posterius in eo est plenius, quod aliarum quoque rerum omnium prçter ædes vsumfructum cōtinet. Igitur etiamsi ędium duntaxat vsusfructus legatus fuerit, quæ postea incendio sint absumptæ, dicendum est adhuc areæ quę superest vsumfructū peti posse, non minùs quàm si vniuersorum bonorum vsusfructus legatus esset. Pręsertim cùm area sit pars ædium & quidem maxima, cui etiam superficies cedit *l. qui res 98. §. aream infr. de solut.*

Dec. Vsusfructus vniuersorum bonorum plenior est quàm vsusfructus ædium, non in eo solùm quòd cæterarum quoque rerum omnium extra ædes vsumfructum continet, sed etiam quantùm ad ædes ipsas quarum specialiter legatus est. Quoniam qui ædium vsumfructum specialiter legat non aliū legare intelligitur quàm qui sit huius speciei ædium quatenus ædes sunt. Atqui ædiū species nulla superest absumptis incendio ędibus, & non tantùm facie mutata ædium, sed etiam extincta *l. proponebatur 76. in fin. supr. De iudic.* Nec quod superest area, ad rem facit, cùm nō possit dici area pars ædium quæ iam nullæ sunt. Cùm verò vniuersorum bonorum vsusfructus legatus est, non solùm eorum, quæ in specie sunt, sed omnis etiam substantię vsusfructus legatus esse intelligitur, quia continet vniuersitatē substantiæ. In substantia autem bonorum etiā area est, vt hic Iulianus ait, Ergo areæ quoq; vsusfructus peti adhuc poterit nō tāquā partis ędiū, sed tanquā partis bonorum, siquidem area non minùs est pars bonorum iam consumptis ędibus, quàm iis adhuc extātibus. Iunge *l. quid tamen 10. §. 1. ʒ. quib. mod. vsusfr. amitt.* Nec tamen existimandum est areæ vsumfructum super esse quasi legato bonorum omnium vsufructu etiam futura bona contineantur, Nam etsi ad bona pręsentia restrictus esset vsusfructus, quod in dubio prçsumendum est *l. si ita 8. ʒ. de aur. & argēt. leg.* nō eo minùs tamē area contineretur, cùm iā testamenti tēpore area illa esset in bonis testatoris licèt tanquā pars ędium, non tanquā area simpliciter. Erat enim tùm pars ædium. non area *l. seruitutes 20. §. si sublatum infr. de seruit. vrban. præd.*

35. IVLIANVS libro 1. ad Vrseium Ferocem.

SI vsusfructus legatus est: sed heres scriptus ob hoc tardiùs adit, vt tardiùs ad legatum perueniretur: hoc quoque præstabitur, vt Sabino placuit.

Ad l. Si vsusfructus 35.

Ratio dubitandi. Non potest quicquam deberi fructuario ex causa legati vsusfructus, priùs quàm dies legati cessisset, hoc est pro toto eo tēpore quod pręcessit diem legati cedentē. Cùm cedere diē nihil aliud sit q̄ incipere deberi *l. cedere diē 213. de verb. signif.* Atqui nō cedit dies vsusfructus legati ante aditam hereditatē *l. vnic. ʒ. quand. dies vsusfr legat. ced. l. 2. & 3. ʒ. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Ergo etiāsi tardiùs adita sit hereditas, nihilo magis tamē condemnandus est heres ad sarciendū damnum quod ex aditione retardata fructuarius passus est. Pręsertim cùm heredi nullū tēpus à iure sit præstitutū ad hereditatem adeundā, quippe quā adire tandiu potest quādiu nō repudiauit *l. si curatoris 9. C. de iur. delib.* Nec in eo vlla fit iniuria legatariis aut creditoribus, quibus ob eā causam liberū est adire Prætorē, & ab eo postulare vt heredi præstituant tēpus ad deliberandum *l. 1. & tot. tit. ʒ. eod. & tit. de iur. delib. l. 1. §. largius ʒ. de success. edict.* Nec rursus interdictū cuiquā est vt omittat hereditatē, ne tùm quidē cùm nulla fuit ratio eius omittendæ *l. 4. infr. ad SC. Trebell.* Quāto magis permittendū ei est vt tardiùs adeat? siquidē hereditas quandocunq. adita ex die mortis adita esse retrofingitur *l. heres quandoque 49. ʒ. de acquir hered.*

Dec. Nemini vnquam debet frustratio sua prodesse *l. hominem 37. infr. mandat.* Dolo enim malo fit quicquid frustrādi causa fit *l. sciendum 21. & seq. inf. de vsur.* Et quod diximus nemini interdictum esse vt omittat hereditatē aut eam tardiùs adeat ita verum est si sine fraude id fiat *l. quia autem 6. §. si patronus ʒ. si quis omiss. caus. testam.* Fraus autē est, cum heres ideò differt aditionē vt tardiùs cedat dies legati vsusfructus, Et cùm facit morā aditioni facit etiam præstationi vsusfructus in necessariū consequens *l. si quis seruo 84. de legat. 1. l. si cui legatum 92 de condic. & demon.* Æquū igitur est, si heres ideò duntaxat adierit hereditatem tardiùs, vt legatum quoq. vsusfructus tardiùs ad fructuarium perueniret, hoc quoq; præstare illum legatario, quòd minùs percepturus sit legatarius ob dilatā aditionē *l. quæsitum 37. l. quòd si heres 47. infr. hoc tit.* Nā & qui potest facere vt possit, iam videtur posse *l. qui potest facere 174. de regul. iur.* & in toto iure ita cōparatum est, vt quod per te stetit quominùs factū sit hoc ipsum pro facto in tui præiudiciū haberi oporteat *l. in iure ciuili 161. eod. tit. l. in-*

re ciuili 24. de condic. & demonstr. Multò magis dicendum est teneri ex testamento hunc heredem si ante aditam hereditatem fructus immaturos perceperit, vt hîc notat Accursius. Nam & immaturi fructus ad fructuarium pertinent, *l. si absente 48. §. 1. inf. hoc tit. l. pen. infr. de vsufr. legat.*

1 ¶ Vsusfructus serui mihi legatus est, isque cùm ego vti frui desissem, liber esse iussus est. deinde ego ab herede æstimationem legati tuli. nihilo magis eum liberum fore, Sabinus respondit. namque videri me vti frui homine, pro quo aliquam rem habeam, conditionem autem eius libertatis eandem manere: ita vt mortis meæ, aut capitis diminutionis interuentu liber futurus esset.

Ad §. 1 Vsusfructus serui.

Ratio dubitandi. Is cui legatus est vsusfructus serui ea lege vt cùm vti frui desisset, seruus ille liber esset si ab herede æstimationem legati tulerit, vendidisse vsumfructum intelligitur cùm litis æstimatio pro venditione & emptione sit *l. 1. & 2. ĵ. pro emptor. l. tim rei 46. sup. de rei vindic.* Nec proinde potest amplius vti frui seruo qui exinde ad eum quem ponimus litis æstimationem soluisse iure dominij & plenę proprietatis pertinet. Ergo dicendũ est statutæ libertatis diem ab eo die cedere ac libertatem competere quasi impleta condicione.

Dec. Fructuarius non eo minùs videtur adhuc vti frui seruo quod litis æstimationẽ acceperit, cùm pro vsufructu habeat eam æstimationem, Quoniam & qui precio rei fructuariæ fruitur non minùs habere vsumfructum intelligitur, quàm qui re ipsa principali vtitur fruitur *l. quia qui precio 39. inf.* Multò magis qui ipsius vsusfructus precium habet vt in hoc §. Non enim ponimus æstimatum seruum ipsum, sed tantùm serui vsumfructum: Qua ratione verum est quod Azo dicebat, finito vsufructu non esse ęstimationem illam restituendam, non magis quàm fructus ipsi restituendi essent, quos durante vsufructu fructuarius percepisset, si qui adhuc superessent, Imo etsi nõ percepisset si modò deberentur, vt ind. *l. quod si heres 47. inf.* Quod secus esset si seruus ipse esset æstimatus *l. hoc senatusconsultum 5. §. si pecuniæ infr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Condicio igitur libertatis eadem manet quę fuerat ante acceptam litis ęstimationem, Ita vt qui tùm liber factus non est saltem morte mea vel capitis diminutione interueniente liber fiat, perinde acsi æstimatio vsusfructus neque facta, neque soluta vlla fuisset. Nã & cùm fructuarius vsumfructũ vendidit quod etiã in fauorẽ extranei facere potest *l. arboribus 12. §. vsufructuarius ĵ. l. non vtitur 38. & seq. inf. hoc tit.* ius ipsum tamẽ vsusfructus qđ personale est, totũ in vẽditoris psona residet. & ex eius non ex emptoris persona ęstimatur *l. necessario 8. §. vl. ĵ. de peric. & cõmod. rei vendit.*

36. AFRICANVS libro 5. Opinionum.

QVi vsumfructum areæ legauerat, insulam ibi ædificauit. ea, viuo eo, decidit, vel deusta est. vsumfructum deberi existimauit. Contrà autem non idem iuris esse[a], si insulæ vsufructu legato area, deinde insula facta sit. Idémque esse, & si scyphorum[b] vsusfructus legatus sit, deinde massa facta, & iterum scyphi. Licèt enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum vsusfructus legatus sit.

Ad l. Qui vsumfructum 36.

Ratio dubitandi. Vsusfructus mutatione rei extinguitur *l. repeti 5. §. rei mutatione inf. quib. mod. vsusfr. amitt.* Atqui nõ potest negari quin mutatio rei cõtigerit eùm area cuius vsusfructus legatus fuerat conuersa est in insulam ab ipso testatore ædificatá quamuis insula illa eodẽ testatore viuo deciderit, & facta rursum sit area. Duplex enim hîc mutatio est, Prima areæ in insulã, Altera insulę in areã. Ergo vsusfructus areæ quæ mortis tẽpore inuenitur deberi nõ potest tãquam qui nec relictus esse videatur.

Dec. Area quæ inuenitur tempore mortis testatoris eadẽ area est de qua testator sensit cùm areæ vsumfructum legauit, & in qua post testamentum insulam ædificauit, Nec enim mutatur areę substãtia ob id quod in ipsa ædificatũ sit: Et ratio est quoniam area non est quid tale quod habeat certá speciem, cùm nihil aliud sit quàm solum ipsum quod immobile, vt Azo dicebat & immutabile est, & in primæuo suo statu permanens, Scilicet quandiu in eo ædificatum non est, Cùm enim ædificatum est iam non tam area est quàm pars ędificij & quidem maxima cui etiam superficies cedit *l. qui res 98. §. aream ĵ. de solut. l. seruitutes 20. §. si sublatum ĵ. de seruit. vrb. præd.* Ædificium autem ipsum est quid specificũ vt dicebamus ad *l. quoties 34. §. vlt. supr.* Non igitur eo minùs debetur & vindicari potest vsusfructus areæ quod in ea fuerit ædificatũ medio tempore, dummodo nullum in ea sit ædificium tempore mortis non magis quàm si ædificatum non fuisset cùm rursum sit area, & quidem ipsa eadem quæ priùs fuit.

a *Contrà autem non idem iuris esse.* Ratio dubitandi. Insulæ vsufructu legato si viuo testatore insula deciderit, & ad aream vsque deposita sit, tùm in area illa testator rursum ædificauerit, nulla rei mutatio contigisse videtur. Non magis quàm si areę vsufructu legato in ea testator postea ædificauerit, & deposito in totum ædificio rursus area facta sit, qui casus est de quo proximè scripsimus. Imò, si verum amamus videtur casus ille de area longè dubitabilior: quia testator ædificando in area videtur hoc ipso recedere à priore voluntate quam habuerat testamenti tempore legandi vsumfructum areæ, Cùm sciat futurum vt non habeat vsumfructum insulæ is cui non nisi areæ vsusfructus legatus fuit. Nec quod postea extincto ædificio rursus area esse cœperit, coniecturam præbere potest reuersæ voluntatis, Cùm id præter spem ac mentem testatoris, ac contra ipsius votum acciderit. At cùm testator legauit vsumfructum insulæ quæ postea deciderit si rursus in eadem area insulam ædificauerit an non videri potest id facere ea mente vt restituẽdo insulam restituat eum ipsum vsumfructum quẽ legaue-

Digitized by Google

legauerat, & [illegible] per incendium insulæ intercidisset, [illegible] Dec. Insula quæ post testamentum ædificata est, alia prorsus insula est, quam quæ [illegible] tempore testamenti, & cuius fuit legatus vsusfructus. Nemo enim dubitat quin prior illa insula perierit, cum eius species extare desierit. Cum cuius rei forma & species peremta est, eam rem interiisse dicendum sit *l. [illegible] supr. de [illegible] Iulianus 9. §. sed & si [illegible] ad exhib. l. Seia [illegible] inf. de aur. & argent. legat.* Ergo non potest [illegible] nouæ insulæ vsusfructus aut deberi aut vindicari, licet eadem si voles qualitas & forma insulæ [illegible] restituta sit, quoniam semper verum est non tamen illam esse insulam cuius vsusfructus legatus est.

b *Idemque esse etsi schyphorum.* Intellige cum Azone & Accursio idem esse hoc casu quod dictum est in proximo de vsufructu legato insulæ postea consumptæ, deinde restitutæ, vt si schyphorum vsusfructus legatus sit, deinde massa facta & iterum schyphi eorum vsusfructus non debeatur. Quia scilicet rem & speciem mutatam esse certum est, licet eadem materia manserit. Ergo eadem dubitandi & decidendi ratio ad hanc speciem accommodanda est, quæ ad superiorem. Recte autem Accursius monet, in legato quidem vsusfructus ista procedere, sed in legato proprietatis aliud esse, In quo non tam illud inspicimus vtrum eadem res, species & forma permanserit, quam vtrum eadem materia. Semper enim materiam deberi dicimus licet forma & species mutata sit, dum ne aliqua probetur aliunde mutatio voluntatis *l. seruum filij 44. §. si pocula & §. si area De legat. 1. l. item legato 49. §. penultim. l. [illegible] §. vltim. De legat. 3.* Idem enim corpus hic accipimus, non vtique omni pristina qualitate seruata, nulla adiectione vel diminutione facta sed pinguius pro communi hominum vtilitate, vt loquitur Paulus in *leg. & an eadem 14. in princip. infr. de except. rei iudic. & in l. seruitutes 20. §. si sublatum infr. De seruit. vrban. præd.* vbi hæc ipsa differentia manifeste ponitur inter vsumfructum & proprietatem. Allegat enim Accursius quod ex Celso scriptum est in *l. si chorus 79. §. penultim. & vltim. de legat. 3.* de area legata in qua ædificatum est & quæ rursum area esse cœpit, & de seruo legato qui a testatore manumissus postea rursum seruus factus est. Sed quemadmodum quod ad aream pertinet probat ille locus cum hac lege consentiens nullam esse inter legatam proprietatem & legatum vsumfructum areæ differentiam, ita quod ad insulam in area illa ædificatam pugnare videtur Celsi sententia cum Vlpiano in *dict. leg. seruum filij 44. § si area de legat. 1.* Et quod de seruo legato manumisso & iterum in seruitutem redacto cum sententia Pauli in *l. seruum 27. § 1. infra De adim. legat.* Sed de illarum legum interpretatione & ratione alibi scripsimus & suis locis, si Deus Opt. Maxim. dabit, scribemus. Alia ratio est nauis quæ censetur eadem esse, tametsi tota dissoluta sit, dummodo tamen [illegible] vt ex iisdem tabulis postea reficeretur *d. leg. qui [illegible] 98. [illegible] aream De solut.* quod & Accursius monet & differentiæ rationem quæ nec valde obscura est, satis aperte docet.

1 ¶ Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum, detracto vsufructu. Titius decessit. Quæsitum est, quid mihi heredem eius præstare oportet. Respondit, referre, qua mente vsusfructus exceptus sit. nam siquidem hoc actum est, vt in cujuslibet persona vsusfructus constitueretur, solam proprietatem heredem debiturum sin autem id actum sit, vt promissori duntaxat vsusfructus reciperetur, plenam proprietatem heredem eius debiturum. Hoc ita se habere[a], manifestius in causa legatorum apparere. etenim si heres a quo, detracto vsufructu, proprietas legata sit, prius, quam ex testamento ageretur, decesserit, minus dubitandum, quin heres eius plenam proprietatem sit debiturus. Idemque, & si sub condicione similiter[b] legatus sit, & pendente condicione heres decessit.

Ad §. 1. Stipulatus sum.

Ratio dubitandi. Qui sibi aliquid stipulatus aut pactus est plerumque non minus heredi suo quam sibi ipsi pactus intelligitur *l. si pactum 9. infr. de probat.* Ergo si stipulatus sim a Titio fundum Cornelianum detracto vsufructu, & Titius decesserit, dicendum est generaliter & indistincte heredem Titij solam proprietatem debiturum quia Titius non tantum sibi sed etiam heredi suo vsumfructum excepisse intelligitur.

Dec. In iis quæ personalia sunt, nec sui [illegible] ad heredem transeunt, qualis est vsusfructus, [illegible] nec in dubio intelligitur comprehensa persona heredis, tanquam quæ hoc casu sit extranea. [illegible] quam enim persona extranea in stipulatione subintelligitur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus [illegible] iunct. l. si stipulatus fuero [illegible] infr. De verbor. obligat.* Distinguendum igitur necessario, [illegible] hic distinguit [illegible], qua mente vsusfructus a contrahentibus exceptus sit. Nam si hoc actum est [illegible] id est etiam futuri heredis cuius semper incerta est persona vsusfructus constitueretur, solam proprietatem & nudam heres debebit, sin autem id actum sit vt promissori duntaxat non etiam ipsius heredi vsusfructus reciperetur quod in dubio potius sentiendum esse diximus, plenam proprietatem Titij heres debebit stipulatori. Quod si vsusfructus non per stipulationem sed per legatum constitutus sit, eadem distinctio adhibenda erit circa testatoris voluntatem *l. Sempronius Attilius 26. infr. De vsufr. legat.* Cæterum etiamsi in excipiendo vsufructu de heredis quoque persona cogitatum sit, ad primum heredem restringi exceptionem oportebit, non ad vlteriores heredum gradus porrigi, Nec alioqui semper inutilis sit proprietas abscedente in perpetuum vsufructu *l. antiquitas 14. C. hoc tit.* Nescio autem cur Accursius hic notet, Morte finiri actionem pro vsufructu competentem, non minus quam vsumfructum, nam constitutam quasi subrogatam in locum vsusfructus ex *l. [illegible] 10. §. qui iniuriarum supr. si [illegible].* Nec enim actio hic vlla competit pro vsufructu qui tantum exceptus est a promissore, non etiam promissus, ideoque nec [illegible] exceptionem & retentionem constitutus intelli-

gitur, vt & in *l. quisquis 28. C. de donat.* Vera tamẽ propositio est, Actione pro vsufructu cõpetentem nõ minùs finiri morte quàm vsumfructum ipsum.

a *Hoc ita se habere.* Ratio dubitandi. Cùm proprietas testamento legata est detracto vsufructu non potest negari quin de heredis persona cogitauerit testator, vt ei exciperet vsumfructum, Cùm alius nemo sit in cuius fauorem & vtilitatem detrahi vsufructus possit. Ergo hic casus non est similis superiori in quo de hoc ipso dubitabatur an heredi de quo nihil in stipulatione dictum fuerat, vsusfructus exceptus intelligeretur.

Dec. Similitudo casuum istorum in eo est, quod cùm possit dubitari an vsusfructus exceptus videri debeat in persona illius tantùm qui primus vsumfructum habere potest, an verò ad heredem ipsius extendi; Magis tamen probamus, vt ad primi personam exceptio restringi debeat. Sed posterior casus minùs dubitabilis est quia longè difficilius est, vt testator de heredis sui herede sensisse videatur, ne alinqui proprietas in perpetuum inutilis remaneat semper abscedente vsufructu cùm etiam vlterior heres sit primi heres testatoris *d. l. antiquitat. 14. C. hoc tit. l. vlt. C. de hered. instit.* quàm vt stipulator heredi suo excepisse credendus sit quod sibi exceperit *d. l. si pactum 9. infr. de probat.*

b *Idémque etsi sub condicione similiter.* Ratio dubitandi. Non potest morte aut capitis diminutione interire vsusfructus, qui nondum initium habuit *d. l. Sempronius 26. inf. de vsufr. legat.* Atqui cùm sub condicione legatus est vsusfructus similiter, id est detracto vsufructu, & heres pendente adhuc condicione decessit, nunquam vsusfructus initium habuit, quia nec legati dies cedit ante euentum condicionis, ne quidem adita iam hereditate *l. cedere diem 213. de verb. signif. l. 5. & pass. infr. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. sin autem sub condicione. C. de caduc. tollend.* Ergo si pendente condicione heres decesserit, non ideò tamen fieri potest vt plena proprietas legatario debeatur, Ne alioquin nulla sit detractio vsusfructus, quæ in prædefuncti heredis persona effectum habere non potuit.

Dec. Potest fieri vt ab heredis herede incipiat vsusfructus, qui postea in ipsius persona finiatur, sed potest etiã fieri, vt de primi tantùm heredis persona testator senserit, Quo casu extincto primo herede, testator vtique solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmittat ab herede ad successorem suum, qui nondum habere cœpit vsumfructum, quàm si habere cœpisset. Est igitur hoc quoque casu quæstio voluntatis vt scriptum est in *d. l. Sempronius.*

2 §. Vsusfructus serui Titio legatus est: cùm per heredem staret, quo minùs præstaretur: seruus mortuus est. aliud dici non posse ait, quàm in id obligatum esse heredem, quanti legatarij interfuit moram factam non esse: vt scilicet ex eo tempore in diem, in quo seruus sit mortuus, vsusfructus æstimetur. Cui illud quoque consequens esse, vt, si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore, quo mora sit facta, in diem mortis æstimatio vsusfructus heredi eius præstaretur.

Ad §. 2. Vsusfructus serui.

Ratio dubitandi. Si vsusfructus serui Titio legatus sit, & cùm per heredẽ iam staret, quominùs præstaretur, seruus mortuus sit, nõ potest durare vsusfructus perempta ea re, in qua fuerat cõstitutus. Est enim ius in corpore quo sublato & ipsum tolli necesse est. *l. 2. supr.* Ergo nec de vsufructu actio durare potest. Cùm, vt ex Accursio ad §. superiorem disputanimus, perinde actio de vsufructu finiatur morte aut capitis diminutione, ac ipse vsusfructus arg. *l. si cum 10. §. qui iniuriarum 3. si quis caution.*

Dec. Quoties per heredẽ steterit quominùs vsumfructum daret, perinde haberi debet acsi dedisset, Ne alioqui ei prosit sua frustratio, aut noceat legatario, quod vtrumque iniquum est *l. hominem 37. inf. mandat. l. factum 155. de regul. iur.* vt diximus ad *l. prox. praeced. in prin §.* Ex regula *l. in iure ciuili 161. eod. & l. iure ciuili 24. de cond. & demonst.* Ergo quamuis vsusfructus morte fructuarij pereat, totius tamen præteriti temporis æstimatio præstanda est & obligatur heres quanti interest legatarij moram factam non esse, vt scilicet in eum vsque diem quo seruus mortuus sit, vsusfructus æstimetur; vt in *l. prox. §.* Nihil etenim vetat, præteritorum fructuum nomine dari actionem finito quoque vsufructu *l. vti frui 5. insi post litem 3. si vsusfr. pet.* Idem igitur est tametsi non seruus ipse, cuius vsusfructus Titio legatus est, sed Titius post moram ab herede in vsufructu præstando factam decessisse proponatur. Nam & hoc casu similiter dicendum est ex quo tempore mora facta est Titio, in diem vsque mortis Titij æstimationem vsusfructus heredi eius præstandam esse. Quid enim refert, an Titij an serui fructuarij morte vsusfructus finiatur? Accursius noster nescio quid nugatur de alia lectione quæ habet *seruo Titij,* sed falsa illa & prorsus improbabilis est.

37. Africanus libro 7. Quæstionum.

QVæsitum est, si, cùm in annos decem proximos vsumfructum de te dari stipulatus essem, per te steterit, quominùs dares, & quinquennium transierit, quid iuris sit. Item, si Stichi decem annorum proximorum operas de te dari stipulatus sim, & similiter quinquennium præterit. Respondit, eius temporis vsumfructum, & operas [a] rectè peti, quod per te transactum est, quo minùs daretur.

Ad l. Quæsitum 37.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *§. vlt. legis praecedentis.* Sensus enim effectu ipso idem penè est, vt scilicet mora heredis in tradendo vsufructu neque prosit heredi frustratori neq; noceat legatario. Specialior tamen dubitandi ratio illa afferri potest quod cùm vsusfructus legatus est in annos decem proximos, non priùs decipit decennium illud currere quàm constitutus fuerit vsusfructus. Sed decidendi illa, quod haberi debeat pro constituto in præiudicium heredis à quo tempore mora in eo tradendo per heredem facta est. Adeò vt nec

vt nec audiendus sit heres qui per totum quinquennium moram fecit, si aliud quinquennium in præteriti locum substituere paratus sit. Iam enim cœpit deberi æstimatio vsusfructus pro toto eo tempore quod præteriit, nec pótest mora purgari ita vt pro cà æstimatione sequentis temporis vsusfructus præstetur, Non solùm quia in faciendi obligationibus succedit præstatio eius, quod interest *l. si quis ab alio 13. §. vlt. de re iudic. l. stipulationes 72. l. quoties quis alium 85. l. cùm stipulatus 13. §. vlt. inf. de verbor. oblig.* Sed etiam, quia vsusfructus ille sequentis temporis sicuti alterius, esset temporis quàm cuius legatus erat propter adiectionem illam *proximos*, ita & alius esset quàm qui legatus fuisset, quomodo in alia quamuis specie argumentatur Africanus in *l. prox. in prin. sup.* Et hoc mirum est quod hæc lex ait *eius temporis vsumfructum rectè peti*, Ait enim *eius non tanti aut paris.*

a *Et operas.* Ratio dubitandi Opera in actu consistit *l. 1. inf. de oper. seruor.* cùm nihil sit aliud quàm diurnū officium *l. 1. & 3. inf. de oper. l. 2. de ann. legat.* Non ergo priùs cedere potest dies operarum fructui legatarū, nec decennium currere, quàm cœperint actu ipso esse præstitæ aut saltē præstari posse: quod tandiu fieri non potest quandiu per hæredem fit quominùs tradatur seruus, qui operas præstare debeat.

Dec. Est singulare ius operarum, vt nūquam possint peti nisi præteritæ, & consequenter eo tēpore quo dari amplius nō possunt *l. si quando 8. §. de oper. libert.* id enim est, quod ait *d. l. 1. de oper. seruor.* Operas non priùs in rerum natura esse quàm dies venerit, adeoq; præterierit quo præstandæ sunt: Ergo vel præstandæ sunt suo tempore, vel si nō sint præstitæ ad earum æstimationem petendam, præstandámq; necessariò decurrendū est. Quo fit vt in operis facilius admitti possit quod in vsufructu proximè dixim⁹.

38. MARTIANVS libro 3. Institutionum.

NOn vtitur vsufructuarius, si nec ipse vtatur, nec nomine eius alius: puta qui emit, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium eius gerit. Planè illud interest: quòd si vendidero vsumfructum, etiam si emptor nō vtatur, videre vsumfructum retinere.

Ad l. Non vtitur 38.

Ratio dubitandi. Qui vsumfructum vendidit, nec ipse vtitur quia vendidit, nec eius nomine emptor. Suo enim potiùs ille vtitur, tanquam qui emerit *l. Pomponius 29. inf. quib. mod. vsusfr. amitt.* iunct. *l. si seruus* [illegible] *§. lotauit infr. de furt.* Et tamen retinet vsumfructum, vt in hac ipsa lege sequitur.

Dec. Etiam qui vendit, aut qui locat fruitur *l. arboribus 12. §. vsufructuarius* 2. quoniam vt subiicitur in *l. prox. seq.* qui precio fruitur, non minùs habere intelligitur, quàm qui principali re vtitur fruitur. Proinde non potest amittere vsumfructum quasi non vtēdo. Nec si vti nolit is qui à fructuario emit, vel conduxit, vel negotia eius gerit, vt sequitur in hac lege. Sufficit enim alterutrum vti, semper autē vtitur is qui precium venditionis habet aut mercedem conductionis. Sed hoc ita intelligi debet, vt benè notat Accursius dum ne alius vtatur proprio nomine, qui nec verè nec interpretatiuè videri possit frui nomine fructuarij, vt in specie *d. l. Pomponius*, vbi proponebatur conductor vsusfructus idemque proprietarius fundum vendidisse non detracto vsufructu. In qua specie placet Vlpiano & Pomponio, amitti vsumfructum non vtendo, sicut & si vsumfructum proprietarius locasset suo nomine, quamuis pensionem, quod mirum est, fructuario quotannis persoluisset: quia non fructuarij sed suo nomine fruitus esset emptor aut colonus.

39. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

QVia qui pretio fruitur, non minùs habere intellegitur, quàm qui principali re vtitur fruitur.

Ad l. Quia qui pretio 39.

Ratio dubitandi. Longè aliud est res ipsa, Aliud verò rei precium *l. si aliq. 42. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo qui precio fruitur non ideò re ipsa principali cuius vsusfructus constitutus est, frui videtur.

Dec. Precium subintrat plerumque locum rei & rem ipsam repræsentat. Maximè verò in vniuersalibus iudiciis & in iuribus, quæ & ipsa vniuersalia sunt, & subrogationem ac repræsentationem illam facilè admittunt, nec tantùm precij pro re sed etiā vnius rei pro re altera *l. si & rem 22. §. de pet. hered. l. sed si quis 37. & seq. infr. de pecul. l. sed quod inde 71. infr. De legat. 2.* In vsufructu autem hoc maximè obtinet. Quo enim iure habet fructuarius precium vsusfructus venditi aut mercedem cōducti vsusfructus nisi tanquam fructuarius & iure ipso vsusfructus? Nam & cùm vsusfructus venditus aut locatus est, ius ipsum vsusfructus residet, ac remanet penes fructuarium & ex ipsius persona æstimatur, nec in emptorem aut conductorē transit nisi perceptio fructuum *l. necessariò 8. §. vlt. §. de peric. & commod. rei vendit.* iunct. *l. si vsusfructus 66. in fin. de iur. dot.* Ex quo intelligimus falsum esse quod Accurs. ad legem præcedentem notat, Vsumfructum formalem transire in emptorem quasi in eo melior sit causa emptoris quàm heredis: quod ille notat quasi singulare, Et esset sanè si esset verum: Nec probatur ex *l. peto 69. §. prædium de leg. 2.* Meliùs itaque concludit tandem non esse hoc ius, quod in emptorem transfertur, sed, vt ille loquitur, commoditatem quandam.

40. MARTIANVS libro 3. Institutionum.

QVod si donauero, non aliàs retineo, nisi ille vtatur.

Ad l. Quod si donauero 40.

Ratio dubitandi. Qui vsumfructū donat, quamuis liberalitatem exerceat, nec quicquam vicissim pro illa liberalitate percipiat, hoc ipso tamen acquirit, beneficij debitorem, quæ species lucri nec exigua est, cùm quis de suo largitur. *l. si pignore 54. §. 1. De furt.* Obligat enim accipientē ad ἀντίδωρα, quæ si posteà accipiat non dubitatur, quin ex iis fiat lo-

cupletior *l. sed et si 25. §. consuluit. ʒ. de hered. pet.* Quanquam & liberalitas ipsa satis ampla sibi merces est, dignúsque est decipi qui beneficium dat vt recipiat; quemadmodum eleganter ait Seneca *lib. 1. De benefic. cap. 1.* Ergo non debet hac parte constitui differentia inter venditorem vsusfructus, & donatorem, vt per hunc minùs quàm per illum fructuarius re fructuaria frui videatur.

Dec. Donare nihil aliud quàm perdere est *l. filiusfamilias 7. §. 1. infr. De donat.* nec quisquam donando fit locupletior ob hoc solùm quod obligauerit donatarium ad remunerationes quousque aliquas perceperit *d. §. consuluit.* Nihil ergo est propter quod vsusfructu donato videri possit fructuarius vti re fructuaria ad retinendum vsumfructum, nisi eo demùm casu quo donatarius ipse vtatur: Quod in venditore qui precio fruitur, & in locatore qui mercede, certè dissimile est.

41. MARCIANVS libro 7. Institutionum.

STatuæ & imaginis vsumfructum posse relinqui magis est: quia & ipsæ habent aliquam vtilitatem, si quo loco opportuno ponantur.

Ad l. Statua 41.

Ratio dubitandi. Nullus ex statuis & imaginibus percipi fructus aut reditus potest, sunt enim res istæ ex earum numero quæ steriles dicuntur, ne ad commodum aliquod, sed ad oblectationem, neque tam ad vsum quàm ad visum comparatę sunt. Ergo earum vsusfructus legari aut aliter constitui non potest.

Dec. Sufficit ad constitutionem vsusfructus vt aliqua vtilitas inde percipi possit, Cùm vsusfructus omne rei commodum & emolumentum cōtineat *l. Manius 66. §. fundo. De legat* 2. Possunt autem etiam statuæ & imagines aliquam habere vtilitatem, Non quidem pecuniariam qualis ei esset, quam somniat Accursius, quòd quilibet daret nummum vt posset videre, vt fit, inquit, de leone qui est Florentiæ, sed quæ ad causam honestatis & voluptatis magis pertineat, puta si quo loco, vt lex ait opportuno ponantur. Quod intellige de statuis non in loco ciuitatis publico positis quæ non sunt ciuium & quarum legari certè vsusfructus non potest, cùm non sint in commercio *l. statuas 41. ʒ. de acquir. rer. domin.* Sed quæ sunt priuati, siue in eius honorem non ornandi municipij gratia in priuato loco positę sint, *l. fideius 29. ʒ. de reb. author. iudic. posid.* Nā & propriis eius expensis ad cuius honorem spectant erigendæ & collocandę sunt *l. vlt. C. de statuis & imagin.* Quanquam malo hanc legem intelligere de statuis illis, & imaginibus quæ non tam ad priuati alicuius honorem eriguntur, quàm ostentationis gratia ponuntur, nec nisi præclaram sculptoris aut pictoris manum atque industriam mirandam prębent, quales hodie tam multæ Michaelis Angeli Romæ videntur, vt nescias an prestantior fuerit ille sculptor an pictor. Iunge *l. numismatum 28.* vbi diximus *supra.*

1 ¶ Licèt prædia quædam talia sint, vt magis in ea impendamus, quàm de illis adquiramus, tamen vsusfructus eorum relinqui potest.

Ad §. 1. Licèt prædia.

Ratio dubitandi. Fructus rei nullus intelligitur nisi deducto eo quod ad percipiendos fructus necessariò in eam rem impendendum est *l. pen. vers. sed ipsa res ʒ. de impens. in reb. dotal. fact.* Ergo si tale sit prędium vt in illud plus impendi oporteat quàm ex eo percipi & acquiri possit, fieri certè nequit, vt fructus eius aliquis esse intelligatur. Sunt enim huiusmodi prædia damnosa potiùs & nocentia & fœnea vt loquitur Iustin. in Nouell. 7. *de non alien. aut permut. reb. eccles. cap. 12. §. sicut autem damnosas*, & quæ onerant potiùs patrimonium quàm vt augeant & fructus sint, vt in *l. item veniunt 20. §. hoc aduersus vers. nisi forte & §. quid si post. ʒ. de hered. petit.* Sic dicimus propriè bona non esse quę minus habent commodi quàm incommodi *l. proprie 83. De verb. signific.*

Dec. Fieri facilè potest vt quis tanti habeat re aliqua frui voluptatis tantùm gratia, vt impensam omnem quantumuis grauem nihili ducat, malitq; impensa illa, quàm oblectatione carere. Quidni ergo hoc saltem casu huiusmodi quoque prędiorum vsusfructus constitui poterit? Suas enim vtilitates sibi quisque arbitrio suo metitur, nec præscribendum cuiquam est vt dicat quem fructum ex re aliqua velit redigere. Cùm variæ sint hominum voluntates, vt circa aditionem damnosa hereditatis vel repudiationem opulentæ ratiocinatur Vlp. in *l. 4. ʒ. ad SC. Trebell.* Quare nec illud requirendum puto quod Accursius tamē requirit, vt ex eiusmodi prædio fructuario tandem aliquando fructus aliquis percipi possit, Ex *l. si infantis 55. ʒ. hoc tit.* vbi scriptum est si infantis vsusfructus tantummodò legatus sit, etiamsi nullus ipsius interim sit vsusfructus, id est quandiu infans est, valere tamen legatum, quoniam vbi infantis ætatem excesserit, fructus eius aliquis esse incipiet. Nam in prædio de quo hîc tractamus hoc amplius est quàm in infante, quod præsentem suam habet vtilitatem non quidem pecuniariam quod nec est necesse, sed voluptariam, & ex ipsius legatarij quando ita vult adlectione soli æstimandam, vt in *l. 1. §. & aliàs videamus infr. si quid in fraud. patron.*

42. FLORENTINVS libro 21. Institutionum.

SI alij vsus, alij fructus eiusdem rei legetur: id percipiet fructuarius, quod vsuario supererit. nec minus & ipse fruendi causa, & vsum habebit.

Ad l. Si alij 42.

Ratio dubitandi. Fructui etiam vsus inest, nec potest fructus esse sine vsu, quamuis vsusfructus desit *l. per seruum 14. §. si vsusfructum.* Quod & lex ista docet in iis verbis *nec minus ipse fruendi causâ & vsum habebit.* Ergo dicendum est aut non posse alij legari vsum alij vsumfructum. Aut si quando id contingat potiorem debere causam esse fructuarij

quàm

quàm vsuarij. Nam vt ambo simul vsum habeant, non magis videtur dici posse quàm vt ambo simul & in solidum possideant cùm siue vtendi, siue fruendi causâ, necesse sit eos possidere saltem naturaliter *l. naturaliter 12. in princ. De acquir. poss.* Atqui duo simul & in solidum possidere non possunt non magis quàm illud fieri, vt in quo loco ego sto, tu stare videaris *l. 3. §. ex contrario eod. l. duo 19. infr. de precar.*

Dec. Potest apud alium esse vsus apud alium fructus sine vsu *l. 5. §. 1. j. vsufr quemadm. caueat.* & apud alium proprietas, Veluti si quis habens fundum legauerit Titio vsum, mox heres eiusdem fundi fructum tibi legauerit, vel alio modo constituerit *d. l. per seruum 14. §. vl. De vsu & habit.* Quod cùm euenit, habet quidem etiam vsum ille qui habet fructum, quia fieri nequit q. in is qui fruitur hoc ipso vtatur. licèt non habeat seruitutem vsus, quemadmodum nec potest quis habere seruitutem actus sine itinere, quamuis possit sine seruitute itineris *l. 4. §. 1. infr. Si seruit. vindic. l. 2. inf. quemadm. seruit. amitt. l. 1. j. De admin. legat.* Sed hoc casu licèt is qui fructum habet, etiam vsum habeat, Non tamen concurrit in partem cum vsuario, quomodo si tibi vsus, mihi fructus legatus esset *d. l. per seruū. §. vsu legato.* Quemadmodum si cui proprietas fundi legata esset, alteri verò eiusdem fundi vsusfructus, in vsufructu cōcurrerent *l. si alij 19. infr. de vsufr. legat.* Sed id tantùm percipiet fructuarius quod vsuario supererit, Vt detracto eo quod est in vsu, totúmque ad vsuarium pertinet, reliquum quod ad fructus causam spectat, fructuario præstetur. Id enim est quod supradicta verba significant *nec minus & ipse*, scilicet fructuarius *fruendi causa & vsum habebit.* In eo nimirum quo fruetur, ac proinde in eo tantùm quod deducto vsu supererit, Vt intelligamus istos in vsu non concurrere: Ponendum igitur est alij vsum sine fructu, alij fructum sine vsu legatum esse, vt in *d. l. per seruum. §. penult. & dict. l. 5. §. 1. De vsu & habit.* Alioqui sanè in vsu concurrerent vsuarius & fructuarius tanquam re coniuncti *d. §. pen.* qui locus aliter cum hac lege pugnaret; Idque ab Accursio non fuisse obseruatum miror.

1 ¶ Rerum, an æstimationis vsusfructus tibi legetur, interest. nam si quidem rerum legetur: deducto eo, quod præterea tibi legatum est ex reliquis bonis vsumfructum feres. sin autem æstimationis vsusfructus legatus est: id quoque æstimabitur, quod præterea tibi legatū est. Nam sæpius idem legando, non ampliat testator legatum. re autem legata, etiam æstimationem eius legando, ampliare legatum possumus.

Ad §. 1 Rerum.

Ratio dubitandi. In ipsa re cōtinetur ipsius quoque rei æstimatio si non formaliter, vt loquuntur Logici, saltem virtualiter & eminenter. Vnde est quod qui rem habet, æstimationem quoque habere videtur *§ si res aliena Instit. de legat. l. plane 34. §. 1. l. huiusmodi 84. § qui seruum. l. si seruus 108. §. Stichum. de legat. 1.* Quid ergo potest interesse quod ad augendum legatum attinet an rerum hereditariarum, an æstimationis vsusfructus legetur?

Dec. Non quemadmodum æstimatio in re ita in æstimatione res continetur nec illa conuertuntur. Nā is quidem qui rem habet etiam æstimationem habere intelligitur. At non vicissim rem ipsam habere creditur qui habet æstimationem, vt ex locis supradictis apparet, quàmuis & is qui precio fruitur, re quoque ipsa frui videatur *l. quia qui pretio 39. supra.* Proinde cùm proprietas alicuius rei legata ei est, cui rerum omnium vsusfructus quoque relictus est, deducendum necessariò est ex legato vsusfructus id cuius proprietas specialiter legata fuit, quia se re sua nemo vtitur fruitur, nec potest vsusfructus consistere rei propriæ *l. vti frui 5. infr. si vsusf. pet.* Itaque perinde haberi debet, acsi cæterarū duntaxat rerum vsusfructus legatus esset. At cùm æstimationis bonorum vsusfructus legatur, nihil vetat id quoque æstimari cuius proprietas eo testamento eidem legata est, quoniam ita fit, non vt sæpius eadem res legata videatur, sed vt legatum proprietatis ampliatum sit per vsumfructum legatum æstimationis. Quidni verò? Cùm ei quoque cui legata res est possit præterea legari eiusdem rei æstimatio *d. l. plane. §. 1 & sequent. l. nutu 21. §. 1. De legat. 3.* Multò igitur magis vsusfructus æstimationis. Quare non obstat quod qui rem iam habet, ipsam quoque æstimationem habere videtur, vt diximus, nec eam petere præterea potest. Id enim tum obtinet cùm æstimatio ipsa expressim legata non est, aut æstimationis vsusfructus. Cùm tamen non sit in potestate testatoris legare sæpius eandem rem non magis quàm facere, vt eadem res sæpius præstetur *d. l. plane. §. 1. l. quibus 18. de verb. oblig.*

43. VLPIANVS libro 7. Regularum.

ETiam partis bonorum vsusfructus legari potest. Si tamen non sit specialiter[a] facta partis mentio, dimidia pars bonorum continetur.

Ad l. Etiam partis 43.

Ratio dubitandi. Non solet seruitus pro parte constitui *l. pro parte 11. inf. de seruit.* Ergo nec vsusfructus pro parte bonorum, cùm sit seruitus.

1 Dec. Vsusfructus seruitus quidem est, sed diuidua, in eoq; differt à cæteris omnibus seruitutibus, non modò realibus, sed etiam personalibus. *l. 1. §. si vsusfructus j. ad leg. falcid. l. 6. § boetus. ipnct l. vsus pars 19. infr. De vsu & habit.* Nihil ergo vetat legari vsumfructum partis bonorum, Partis inquam pro diuiso. Nam bonorum pro parte diuisa etiam vsus legari posset, & alia quælibet seruitus: quia tot censentur esse res solidæ, quot sunt partes diuisæ *l. rectè 25. §. vlt. de verbor. signific.*

a *Si tamen non sit specialiter.* Ratio dubitandi. Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur, vt habet iuris regula. Maximè verò fauore heredis cui semper in dubio parcendum est *l. Sempronius 47. De legat. 2.* Atqui pars dimidia non est minima.

Dec. Partis appellatione simpliciter prolata non alia quàm dimidia contineri potest, quia nulla est tam minima quæ non possit alia minor constitui. Sunt enim partes iuris & assis diuisibiles in infinitum si non actu saltem potentia, vt de partibus

Digitized by Google

quantitatis continuæ Physici iactare solent *d l. recte 25. §. vlt. l. nomen filiarum 164. §. 1. eod. tit. de verbor signif.* vbi monet Vlpianus hoc in dubio dicendum esse, sed tamen etiam partem propriè dici eam quę maior aut minor sit dimidia.

44. NERATIVS libro 3. Membranarum.

VSufructuarius nouum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest: quia, tametsi meliorem excolendo ædificium, domini causam facturus esset, non tamen id iure suo facere potest. aliudque est tueri, quod accepisset an nouum facere.

Ad l. Vsufructuarius 44.

Ratio dubitandi. Etiamsi vsufructuarius nouum tectorium parietibus imponat, non tamen ex eo substantia rei læditur, sed fit res melior & pretiosior, cùm parietes isti antea rudes fuissent, & impoliti. Cur non ergo liceat ei & suam & proprietarij conditionem meliorem facere sine vllius damno? arg. *l. in creditore 38. infra de euict.* Nam & certum est fructuarium posse meliorem proprietatis conditionem facere, quamuis deteriorem non possit *l. si cuius 13. §. fructuarius. sup.* Proprietatis verò dominum non debere fructuarium impedire ita vtetem dum ne deteriorem eius condicionem faciat *l. sed si quid 15. §. fructuarius. 5. eod.* Vnde est quod etiam rem fructuarius reficere potest fructuarius *l. vsufructu 7. §. quoniam autem. & d. l. si cuius 13. §. sed si ædium. 5.*

Dec. Longè aliud est facere, aliud reficere, vt bene explicat *l. 5. §. penult. De itin. act. priuat.* Et aliud est tueri fructuarium quod acceperit, Aliud verò nouum aliquid facere. Prius ei licet, posterius non licet; adeò vt nec inchoatum ædificium possit perficere, etiamsi quod magis mirum est aliter eo loco vti non possit *l. vsufructuarius nouum riuum 61. infr. hoc titul.*

45. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

SIcut impendia cibariorum, in seruum, cuius vsusfructus ad aliquem pertinet, ita & valetudinis impendia ad eum respicere natura manifestum est.

Ad l. Sicut impendia 45.

Ratio dubitandi. Valetudinis impendia videntur ad causam proprietariis, & consequenter ad onus proprietarij pertinere, cùm per ea fiat vt substantia ipsa serui fructuarij conseruetur, & pro capite ipso præstentur, vt Paulus loquitur in *l. si id quod 28. inf. de donat. inter vir & vxor.*

Dec. Nec fructus vllus percipi potest ex operis serui ęgroti. Ergo naturali rationi & iuri cōueniens est, vt non minus valetudinis quàm cibariorū impendia respiciant ad fructuarium tāquam quæ fructus ipsos necessariò minuere debeant, vt tātò minùs fructuū ex seruo fructuario percepisse fructuarius videatur, vt in *l. pen. §. de impens. in reb. dotal. fact. l. sed si quid 15. mancipiorum 3. hoc tit.* Non tamen eadē semper est ratio cibariorum & impendiorū in valetudinis causam factorū. Illa enim naturali ratione facilius quàm ista debentur, vt constat ex *l. in rebus 18. possunt. §. commod.* vbi tamen distinguitur inter maiores & minores impensas, quomodo & interpretes nostri solent distinguere in specie *l. quod in vxorem 13. C. de negot. gest.* Sed in huius legis specie, id est, in fructuario nulla talis adhibenda distinctio est, cùm omni casu præstari debeant à fideicommissario, cui scilicet liberum est vsumfructum derelinquere si eum sibi onerosum esse arbitretur *l. si absente 48. l. cùm fructuarius 64. infr.*

46. PAVLVS libro 9. ad Plautium.

SI extraneo scripto & emancipato præterito, matri defuncti, deducto vsufructu, proprietas legata sit: petita contra tabulas bonorum possessione, plena proprietas, pietatis respectu, matri præstanda est.

Ad l. Si extraneo 46.

Ratio dubitandi. Ex Prætoris edicto *De legat. præst.* conseruantur quidem legata relicta cōiunctis personis omnibus, sed non ita vt augeantur. Nec enim id vnquam agere Prætor potest aut debet, vt in re testatoris liberalior sit testatore *l. facta 63. § si sub cōditione. l. debitor 39. in fine princip. §. ad SC. Trebell.* Atqui in proposita specie fuerat matri defuncti legata proprietas nuda & deducto vsufructu. Ergo nulla ratio est vt ei plena proprietas præstetur.

Dec. Rupto patris testamento per bonorum possessionem contra tabulas à filio præterito petitam certum est iure Prætorio legata omnia corruere, sicut & cætera quæ in testamēto continentur, Exceptis tantùm iis quæ certis, & coniunctis personis relicta inueniuntur *l. 1. & tot. tit. de legat. præst.* Inter quas personas descendentes omnes & ascendentes potissimùm computantur, Ergo & mater. Proinde si matri legata sit proprietas, licèt nuda, dubitādum non est quin legatum conseruetur. Vsusfructus verò qui ex verbis testamenti, & voluntate testatoris ad heredem extraneum institutum pertinere debuerat, euanescit, nec conseruatur tanquam datus extraneo, quem nullo fauore dignum Prætor iudicat: Porrò cùm euanescit vsusfructus, qui penes heredem manere debuerat, necesse est vt ad proprietatem matri legatam redeat, & cōsequenter vt matri plena proprietas præstanda sit. Sed cùm hæc omnia ex iuris ratione fiant, Iuris quidem prætorij quatenus legatum matri conseruatur, Iuris verò etiam ciuilis quatenus vsusfructus cum proprietate consolidatur, Quid illud esse potest quod Paulus noster ait plenam proprietatem pietatis prætextu matri prestādā esse? Hoc enim est quod Accurs. noster explicare non potuit. Putò ego in hoc solo piè agi eum matre, quod vsusfructus qui remansurus erat penes heredē, si iure prætorio testamentū ruptum non fuisset per contra tabulas, rupto eo manere deberet penes filium, eundémq; bonorū possessorē qui iure prætorio non solū heredis loco est *l. 1. & 2. §. de bonor poss.* sed etiam ex testamento succedere intelligitur succedendo per contra tabulas. *§. sunt autem. Inst. eod.* Ac sanè ita esset si alij quàm matri nudā proprietas legata proponeretur. Matri, in-

quam

quam, siue defuncti, siue ipsius filij. Vtrobique enim eadem viget ratio pietatis, sed priore casu in persona testatoris qui præmoriens matri suæ legitimam saltem portionem piè relinquere debuit, ne testamentum subiaceret querelæ *l. nam etsi 15. supr. de inoff. testam.* Posteriore verò in persona ipsius filij eiusdemque bonorum possessoris quem tam auarè ac inhumaniter cum matre agere non oportet. Ex quo intelligimus q̃ malè nonnulli putēt rationem hanc à Paulo expressam *pietatis respectu* non esse nisi coloratam, vt & in *l. vxorem 41. §. codicillis. De legat. 3.* Est enim adeò vera & necessaria, vt si quo casu pugnamus eam cessare, aliud proculdubio dicendū sit. Puta si alij, q̃ matri nuda proprietas legata fuisset, quamuis alioqui coniunctæ personæ. Nam & illud præterea concurrere Paulus vult, vt extraneus fuerit heres institutus. Vt intelligamus si heres scriptus fuisset vnus ex liberis, aut ex aliis coniunctis personis, quibus Prætor conseruat legata ex *Tit. de legat. præstand.* debuisse illi vsumfructum acquiri & conseruari. Cùm ex eo titulo non tantū legata, sed etiam institutiones conseruentur, tanquā qui pleniore honore deferantur q̃ legata *l. filium 5. §. sed etsi portio eod. tit.* In proposito autem vsusfructus hereditexceptus intelligitur, non alio vtique iure q̃ àm quasi instituto, cùm nuda proprieta & deducto vsufructu legata est. Alioqui cur de extraneo herede scripto Paulus hic loqueretur, si esset idem in non extraneo? Neque rursus existimandum est in specie *d. §. codicillis*, esse tantùm coloratam rationem illam *intuitu pietatis* qua sola mouetur ibi Scæuola vt pro patre contra defuncti vxorem responderet, quæ verbis testamenti nitebatur. Sic & Papin. in *l. cum annus 102. de condic. & demonst. plus dictum minus scriptum*, respondit *Coniectura pietatis* sine qua non idē fanè fuerat responsurus. Nam minus errant qui ex hac lege notant, id quod per querelam inofficiosi extraneo ereptum est prodesse matri. Non enim de querela inofficiosi testamenti Paulus hic agit, sed de bonorum possessione contra tab las. Qua petita Prætor conseruat lega a quæ coniunctis personis relicta sunt, non etiam in proposita sit querela inofficiosi testamenti, Per quam testamentum rescinduntur iudicia defuncti eo colore quasi fuerit ille demēs & insanus, & qui proinde nō magis legare potuerit aut fideicommittere q̃ heredem instituere *l. 2. l. Titia 14. §. de inoff testam.* Neque moueri debuerunt ex *§. vlt l. 5. de legat. præd.* vbi æquè agitur de bonorum possessione contra tabulas, non de querela inofficiosi. & illud tantùm dicitur legata extraneis relicta nō tantùm instituto prodesse, sed etiam tis cōiunctis omnibus, tametsi institutio conseruetur. At nos eum casum tractamus in quo vsusfructus qui extraneo heredi exceptus fuerat non ad cæteras coniunctas personas, sed ad matrem solam pertineat, Item de legato non ab ipso extraneo qui heres scriptus est p æstādo, sed à filio qui petiit contra tabulas. Ergo illud etiam falsum est quod hic notat Accurs. Consolidationem vsusfructus in specie huius legis fieri de necessitate, vt in *l. sub condicione 54. §.* Nulla enim fieret consolidatio, sed ad filium qui contra tabulas bonorum possessionem petiit pertineret, nisi respectus solius matris contrarium sententiam induceret. Nec feliciùs idem Accursius tentat hodie nō esse locum huic legi, Non quasi mater cui proprietas deducto vsufructu legata est, plenam proprietatem habere non debeat. Sed quoniam non sit hodie necessaria ratio pietatis ad conseruandum matri legatum, ex *tit. de legat. præst.* postquàm placuit Iustiniano vt iupto ex causa præteritionis vel exheredationis testamento quantum ad institutiones legata nihilominus & fideicommissa rata permaneant Nouell. 115. *Vt cùm de appell cognosc. §. aliud quoque capitulum.* Vnde sumpta est Auth. ex c usa C. de *liber. præter.* Nam præter id quod ad præteritionem paternam constitutio illa non pertinet, sed ad eam tantùm quæ pro exheredatione haberi possit & debeat, vt alibi scripsimus, Non magis conseruantur hodie legata quæ coniunctis personis relicta sunt quàm conseruabantur olim ex *Tit. de leg. præst.* Nec pietatis ratio qua hîc Paulus mouetur in eo consistit quod legatum matri conseruatur, vt contra Accursium iam disputauimus, sed in eo tantùm quod vsusfructus qui heredi exceptus fuerat, in fauorem matris redit ad proprietatem, qui alioqui remanere apud successorem vniuersalem debuisset. Ad quem casum certè noua illa Iustiniani constitutio nil pertinet.

1 ¶ Si testator iussefit, vt heres reficeret insulam, cuius vsumfructum legauit: potest fructuarius ex testamento agere, vt heres reficeret.

Ad §. 1. Si testator.

Ratio dubitandi. Neque proprietarius, neque fructuarius cogitur insulam fructuariam reficere *l. vsusfructu 7. §. quoniam. supr.*

Dec. Testatoris voluntas quoties legibus non repugnat pro lege habetur, Imò verò lex est propter legem duodecim tabularum *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto. l. verbis legis 120. de verbor. signific.* Ergo si testator inseruit vt heres reficeret insulam cuius vsumfructum legauerit vtique permittēdum est fructuario agere ex testamento contra heredem vt reficiat. Sic dicimus, Non posse fructuarium perficere inchoatum ædificium, etiamsi eo aliter vti non possit fructuarius, Sed addimus exceptionem, Nisi in legando vsufructu hoc specialiter adiectum sit vt ei liceat *l. vsufructuarius nouum riuum 61. infr. hoc tit.* Quare nec ad rem facit si quis obiiciat, Eum cuius prædium seruitutem aliquam debet nihil cogi facere. sed tantùm pati extra seruitutem oneris ferendi *l. sed & si fortè 6. §. etiam. infr. si seruit. vindic.* Id enim verum quidem est ex natura seruitutis, sed exceptionem illam perpetuam habet, Nisi in constituenda seruitute aliter conuenerit. Tuetur enim Prætor conuentiones omnes factas in seruitute imponenda, quamuis sint contra naturam seruitutum *l. 4. infr. de seruit.*

47. POMPONIVS libro 5. ex Plautio.

QVod si heres hoc non fecisset, & ob id fructuarius frui non potuisset: heres etiam fructuarij eo nomine habebit actionem, quanti fructuarij interfuisset, non cessasse heredem: licèt vsusfructus morte eius interisset.

Ad l. Quòd si heres 47.

Ratio dubitandi. Vsusfructus interit morte fructuarij *l.3.§.vlt.infr.quib.mod. vsusfr. amitt.* nec minùs actio de vsufructu *l.qui vsumfructum 36.§.1. in fin.* vbi scripsi *supr.hoc tit.* Ergo si heres non refecerit insulam quam refici testator iussit, quamuis fructuarius ob eam causam frui non potuerit, heres tamen fructuarij nullam eo nomine actionem habere debet.

Dec. Quod per heredem stetit quominùs factum sit cùm fieri ab eo ex testatoris voluntate debuerit pro facto haberi debet in eius præiudicium, Ex iuris regula *l.in iure ciuili 161.de regul. iur. l. iure ciuili 24. De condic.& demonstr.* Ergo quamuis morte interierit vsusfructus, itemque actio de vsufructu quæ vsumfructum ipsum inseparabiliter concomitatur. Actio tamen illa quæ ex testamento semel competiit non intercidit pro toto eo tempore quo durauit vsusfructus. In quam proinde venire debet æstimatio totius damni præteriti non futuri, vt benè Accursius notat ex *d l. qui vsumfructum 36.§.1.& l. supr. l. vsufructu 57.solut.matr.* Nec absurdum est etiam heredi fructuarij actionem de vsufructu dari, dùmodò præteritorum duntaxat fructuum nomine *l.vti frui 5.§ si post litem. j. si vsusfr.pet.* Ne alioqui prosit heredi sua frustratio *l.hominem 37.j.mandat.*

48. PAVLVS libro 9. ad Plautium.

SI absente fructuario, heres, quasi negotium eius gerens, reficiat: negotiorum gestorum actionem aduersus fructuarium habet, rametsi sibi in futurum heres prospiceret. Sed si paratus sit [a] recedere ab vsufructu fructuarius: non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur.

Ad l. Si absente 48.

Ratio dubitandi. Heres qui absente fructuario & quasi negotium eius gerens reficit insulam fructuariam, eo quoque casu quo ad fructuarium refectio pertineat, non minùs sibi prospicit in futurum quàm fructuario in præsens, cùm per eiusmodi refectionem fiat vt res conseruetur, quæ alioquin aut periret, aut deterior futura esset. Est enim hæc definitio necessariarum impensarum *l. impensa 79. de verbor. signific. l. impensa 14. inf. de impens. in reb. dotal. fact.* Ergo non minùs suum negotium gerit, quàm absentis fructuarij, & consequenter negotiorum gestorum actionem ad eiusmodi impensarum restitutionem habere non potest *l. creditor 12.§. si prior j. qui potior. in pign. hab.* Dec. Etiam ad fructuarium refectio pertinet, Ea scil. quæ vel necessaria sit vt res farta tecta conseruetur, vel modica *l. vsufructu 7. §. quoniam. 3. hoc t.* Proinde si heres absentis fructuarij nomine talem impensam faciat, negari non potest quin fructuarij negotium hoc ipso vtiliter gerat, tametsi suũ quoque in consequentiam. Non enim attendi solent quę fiunt per consequentias, sed tantùm quę principaliter *l. 1. l. quod dicitur 7. j. De ambor. tuter.* Sed & quod ea refectionis impensa proprietario quoque profutura sit ad fructuarij non minùs quàm ad proprietarij vtilitatẽ pertinet, Cùm si ob non factam eam impensam res deterior facta fuisset, vtique fructuarius ea de causa cœpisset teneri ex stipulatione De vsufructu tanquam qui fructus non esset arbitrio boni viri *l.1.& tot.tit. j. vsuf. quemadm. caueat.* Quo casu nec permittendum esset fructuario ad se liberandum derelinquere vsumfructum, quia iam cœpisset interesse proprietarij *l. sed cùm fructuarius 65 infr.*

a *Sed si paratus sit.* Ratio dubitandi. Cùm quis absentis negotia gerit, nascitur vltrò citróque obligatio tam ei qui gessit, quàm alij cuius negotia gesta sunt *l.1.& tot. tit. supr. de negot. gest.* Numquam autem in potestate debitoris esse potest an debeat *l. 2.§.1 De eo quod cert. loc. l. sub hac 8. j. de oblig. & action.* Ergo etiamsi paratus sit fructuarius recedere ab vsufructu, non est ei permittendum vt facto suo se liberet ab actione negotiorum gestorum *l. si sciens 91. §. nunc videamus j. de verb. oblig.* cùm actio & iudicium reddatur in inuitum *l. inter stipulantem 8. §.1.e.*

Dec. Actio negotiorum gestorum licèt sit in personam, non tamen datur proprietario contra fructuarium in specie huius legis, nisi propter vsumfructum. Nec enim videri potest proprietarius reficiendo rem fructuariam vtiliter gerere negotium absentis fructuarij, nisi quatenus ille fructuarius est. Ergo si paratus sit fructuarius discedere ab vsufructu, nulla superest causa, propter quã teneri debeat, ad restitutionem impensarum, quatenus ille vtilitatem nullam perceperit, nec vnquam percepturus sit, sed solus proprietarius cuius commodo totum id cessurum est: Et generale est vt quisquis ratione rei tenetur ad onus aliquod, eo onere exui possit statim atque paratus est rem derelinquere, dummodò bona fide ac citra fraudem id faciat. *l. cùm fructuarius 64.& seq. j. l. Prætor ait. 7.§. vlt. infr. de damn. infect. l. si cum eo quo 7.§.1. De aqua & aquæ pluu. arcend.*

1 ¶ Siluam cæduam, etiamsi intempestiuè cæsa sit, in fructu esse constat: sicut olea immatura lecta, item fœnum immaturum cæsum in fructu est.

Ad §.1. Siluam cæduam.

Ratio dubitandi. Fructus etiam pendentes, quo nomine eos qui iam maturi sunt, significamus, fundi pars videtur *l. fructus 45 sup. de rei vindic.* Ergo non sunt in fructu. Nec enim potest eadem res esse fructus, & pars fundi. Multò igitur minùs in fructu esse possunt fructus immaturi, quales sunt ij de quib. in hoc loco agitur, id est, qui intempestiuè praeponuntur collecti. Dec. Plerique fructus sunt quos immaturos percipi melius est quã maturos, vt cernere est in oliua, & in persicis vinearũ, vt Accursius notat. Olea namque immatura plus habet reditus, quàm si matura legatur *l. pen. j. de vsuf. leg.* vbi additur in fructu id esse intelligi quod ad vsũ hominis inductum est. Neque enim maturitatem naturalẽ hic spectandam esse, sed id tempus quo magis domino colonóve fructũ illum tollere expedit: si quis tamẽ fructus immaturos perciperet dolo malo, prouidẽs fore vt ante maturitatem finiatur vsusfructus qui & reipsa finitur antequàm maturitatis naturalis tẽpus venerit, non debet ei dolus eius prodesse, quominùs proprietario teneatur eorum fructuũ æstimationẽ præstare, quia si nõ essent percepti, essent hodie in fundo, & iure proprietatis ad fundi dominũ pertinerent. Fundi.n. sunt eiusq; partẽ constituũt quã diu à solo separati nõ sunt *d. l. fructus. l. fundi 17. j. De actio. empt.*

empt. Cæterùm ea res non faciet vt illos vindicare proprietarius possit, Cùm per separationem à solo quanuis dolosam facti sint fructuarij. Nã vt eius fiant sufficit, quoquomodo esse illos separatos à solo, deinde ab ipso fructuario perceptos *l. si fructuarius messem 13. in princ. & §. 1. j. quib. mod. vsusfr. amitt. l. si eius fundi 78.* vbi diximus *supr. de rei vindic.* Quòd si vsusfructus duret in tempus vsque naturalis maturitatis, nihil est quod inter proprietarium & fructuarium tractari possit, cùm ex euentu appareat non alij eum quàm sibi ipsi fecisse iniuriam, vt in specie *l. legis Aquiliæ 54. iunct. l. si seruus 27. §. si oliuam 25. j. ad leg. Aquil.* Extra fructuarium aliud iuris in aliis est. Nam si quis ex aliena re immaturos fructus dolo malo perceperit furti tenetur, vt in *d. §. si oliuam*, aut ex locato vel conducto, vt in specie *l. & hac distinctio 35. §. 1. j. locat.* vbi licèt de fructibus insequentis anni dolo malo corruptis tractetur, quid tamen aliud est fructus immaturos percipere qui nullius vtilitatis futuri sint, quàm corrumpere? Est etiam hoc casu interdum actio Communi diuidundo, aut quæ tutior est, Præscriptis verbis & Incerti ciuilis si merces nulla interuenerit, vt in *l. si conuenerit 23. j. Commun. diuid.* Denique in silua cædua extra causam vsusfructus, multum interest an à non domino immatura cæsa sit, an matura, Vt qui maturam interceperit furti teneatur, tanquam qui siluæ fructum, & rem proinde mobilem intercepérit (nec enim rei immobilis furtum fit *l. quam. rem 38. j. De vsucap.*) Si verò immaturam non iam furti teneatur, sed actione legis Aquiliæ, tãquam qui rem immobilem corruperit. Sic enim Vlpianus distinguit in *d. §. si oliuam. versic. idem & in silua ad leg. Aquil.* Quod tamen de fructuario immaturos fructus colligente in hoc §. scriptum est, nostri protrahunt ad patronum qui fructus bonorum vasalli præmaturè collegit, Item ad legatarium qui vltimo anno legati in decem fortè annos relicti, fructus sequentis anni intempestiuè perceperit. Denique ad colonum, & ad eum qui restituere fundum rogatus in fraudem fideicommissarij collectionem fructuum anticipauit, Et generaliter ad eos omnes, qui ius aliquod habent percipiendorum fructuum: De quo succinctè quidem, sed breuiter & clarè, vt solet noster hic Gothofredus. Iunge *l. item si fundi 9. §. vlt.* & quæ ibi scripsimus, & in *l. seq. § hoc tit.*

49. POMPONIVS libro 7. ad Plautium.

SI mihi, & tibi à Sempronio, & Mucio heredibus vsusfructus legatus sit: ego in partem Sempronij quadrantem, in partem Mucij alterum quadrantem habebo: tu item in vtriusque parte eorum quadrantes partes.

Ad l. Si mihi & tibi 49.

Ratio dubitandi. Cùm mihi & tibi à Sempronio & Mucio heredibus vsusfructus legatus est, nemo dubitat quin semissem vnum ego habere debeam, tu alterum. Concurrimus namque in vsufructu, & consequenter habemus partes per concursum, quæ porrò cùm à testatore factæ non sunt, non aliæ fieri à iure possunt quàm æquales: nec rursum aliæ æquales inter duos tantùm quàm semisses *l. e tiam partis 43.* vbi dixi *supr. hoc tit.* Porrò vsusfructus hic nobis debetur à Sempronio & Mucio heredibus, quos æquè constat nullis partibus hereditariis à testatore adscriptis heredes esse ex semissibus, & ad vsusfructus legati præstationem teneri pro hereditariis portionibus, quandoquidem hereditas eos obligat *l. siue à certis 17. j. de duobus reu. l. vlt. & pass. C. de heredit. act.* Expeditius igitur est & commodius, vt dicamus deberi mihi semissem vsusfructus à Sempronio, & tibi à Mutio, quàm vt à singulis heredibus singulos quadrantes exigere tu, & ego debeamus, Cùm ea ratione fiat, vt, quod semper incommodius est, debitorum, & creditorum numerus multiplicetur *l. & ancillarum 27. §. vltim. inf. de pecul. l. 3. in princip. inf. De alim. & cibar. legat.* Auget enim ea res numerum litium, quas potiùs minui Reipublicæ interest *l. quidam existimauerunt 21. in fr. de rebus credit.* Et ea magis sequenda sententia est quæ multas quæstiones & lites dirimit *l. 1. §. si heres. in fin. infr. ad SC. Trebell.*

Dec. Vsusfructus à duobus heredibus legatus mihi, & tibi debetur vtrique nostrum ab vtroque heredum. Nec enim negari potest quin duo sint legata, & consequenter à singulis heredibus præstanda. Nec rursum dici possit cur meum semissem vsusfructus à Sempronio petere debeam potiùs q̃ à Mucio, Aut tu tuum à Mucio potiùs quàm à Sempronio. Consequens igitur necessariò est quod in hac lege scribitur, vt ego in parte Sempronij quadrantem habere debeam, & in partem Mucij alterum quadrantem, Tu quoque similiter in partem vtriusque quadrantem habere debeas, *l. 1. §. quinimò § si pars hered. petat.* Sed hoc ita intellige cum Accursio, vt saluam legis falcidiæ rationem semper esse oporteat, secundum ea quæ scripsimus ad *l. omnium 29. supr.* Idque est quod dici solet, In singulis heredibus, siue à singulis, siue ab omnibus simul suprà dodrantem legatum sit legi falcidiæ locum esse, acsi duæ essent hereditates *l. in singulis 77. & seq. j. ad leg. Falcid. §. & cum quæsitum. Instit. eod.*

50. PAVLVS libro 3. ad Vitellium.

TItius Mæuio fundum Tusculanum reliquit, eiusque fidei commisit, vt eiusdem fundi partis dimidiæ vsumfructum Titiæ præstaret. Mæuius villam, vetustate corruptam, necessariam cogendis, & conseruandis fructibus ædificauit. Quæsitum est, an sumptus partem, pro portione vsusfructus, Titia agnoscere debeat. Respondit Scæuola, si priùs, quàm vsusfructus præstaretur, necessariò ædificasset, non aliàs cogendum restituere, quàm eius sumptus ratio haberetur.

Ad l. Titius 50.

Ratio dubitandi. Sumptus à legatario facti ad reædificandam villam vetustate corruptam quæ etat necessaria colligendis & conseruandis fructibus, si facti sint antequàm legatarius ex causa fideicommissi vsumfructum dimidiæ partis

fideicommissario præstiterit, non tam propter causam vsusfructus facti videri possunt, quàm propter proprietatem, Cùm neque vsusfructus adhuc vllus præstitus esset, neque minùs fuerit proprietario necessaria villæ refectio ad colligendos & adseruãdos fructus etiam post præstitum vsumfructum, quàm fructuario, si quidem pars dimidia fundi iure plenę proprietatis ad legatarium pertinebat. Ad fructuarium verò nõ nisi vsusfructus alterius dimidiæ partis. Ergo suum magis quàm fideicommissarij negotium gessisse in solidum intelligitur legatarius qui villam reædificauit, Præsertim cùm non cogatur fructuarius ea quæ vetustate corruerunt reficere, *l. vsufructu 7. §. quoniam. supr. hoc tit.*

Dec. Onus impensarum omnium quæ ad colligendos & conseruandos fructus necessariæ sunt, spectant ad fructuarium pro qua parte vsusfructus ad eũ pertinet, nec recusare potest fructuarius quominùs tale onus subeat. Quasi tãtò minùs futurum sit in fructibus, quantò plus ad eos colligendos & adseruandos impensum fuerit *l. pen. infr. De impens. in rebus dotal. fact. l. si à domino 36. §. vltim. sup. de hæred. petit.* Ergo si legatarius de restituendo vsufructu dimidię partis grauatus villam vetustate collapsam refecerit quæ colligendorum & conseruandorum fructuum gratia erat necessaria cùm nondum præstitus & restitutus esset vsusfructus, Non aliàs cogendus est actione ex testamento vsumfructum dimidiæ partis restituere quàm earum sumptuum pro eadem parte vsusfructus ratio habeatur *l. generali 32. §. Lucius. j. de vsufr legat.* vbi hæc eadem Pauli sententia iisdem verbis ex Scæuola proponitur, à quo & alia multa tãquam à magistro Paulus discipulus sumpsit. Nec quod ea refectio fuerit necessaria legatario priùs quàm fideicommissario ante fideicommissum restitutum, adeóque post vsumfructum præstitum, non minùs legatario penes quem plena proprietas pro dimidia parte remanet quàm fructuario ad rem facit. Etsi enim ab initio verum est legatarium villam reficiendo suum duntaxat gessisse negotium, Ex postfacto tamen apparet fructuarij quoque negotium vtiliter gestum esse, Non quidem vt negotiorum gestorum actio aliqua eo nomine proprietario contra fructuarium possit competere, vt malè putat Accursius ex *l. si absente 48. supr.* quæ ad hunc casum sanè non pertinet, cùm non ea mente sumptum fecerit vt fructuarium obligaret *l. in hoc iudicium 14. §. 1. infr. commun. diuid.* Aut etiam iudicium Communi diuidundo, cùm neque eo tempore quo impensa facta est res fuerit communis, neque sit hodie *l. rectè dicimus 25. infr. de verbor. signific.* Sed vt actione de vsufructu quę arbitraria est, id est arbitrio iudicis quod summam ęquitatem semper adnexam habet *§ præterea. Instit. de action. l. 4. infr. de eo quod cert. loc.* sumptuum istorum ratio habeatur in restitutione vsusfructus, Ne alioqui eueniat vt ex legatarij iactura fideicommissarius locupletetur cõtra naturalem æquitatem *l. iure naturæ 206. de regul. iur. l. nam hoc natura 15. de condict. indeb.* Qua ratione tametsi fortè restitutus esset ex fideicommisso vsusfructus nulla eiusmodi impensarum facta deductione, Dicendum esset condictionem incerti & indebiti dandam legatario aduersus fideicommissarium ad condicendum fideicommissum quasi plus debito solutum esset *l. qui exceptionem 40. §. si pars. eod. titul. l. hæres 21. ad Senatuscons. Trebell.* Nihil enim hac parte interest an vsusfructus in fideicommisso sit, vt in hac lege, an proprietas, vt in *dict. §. si pars l. domus 58. cum tribus sequentib. infr. de legat. 1.* Simile aliquid est in *l. si ex duobus 17. §. vlt. supr. de noxal. act.* Nec est contrarium quod rescriptum est in *l. si quis sciens 11. C. de rei vindic.* Non aliter dandam exceptionem doli & retentionem rei pro sumptibus quàm si bona fide facti sint, & ab eo qui rem alienam esse ignorabat. Non enim hîc agimus de sumptibus à non domino in rem alienam factis, sed à legatario in rem propriam, Qui cùm sit dominus, certè plus quàm bonæ fidei possessor est, Nec quod sciat vsumfructum à se relictum præstandúmque facere potest, vt eò minùs interim verus dominus videri debeat *l. non ideo 66. supr. de rei vindicat.* Quòd si malæ fidei possessor dici non potest qui emit à vero domino, vt ait *l. si quis cùm sciret 8. j. pro emptor.* dum ne ab eo quem lex aut Prætor prohibuerit vendere *l. si ab eo 12. inf. de vsucap. l. quemadmodum 7. in fin. C. de agric. & censit. lib. 11.* quantò minùs malę fidei possessor videri potest, qui ipse est dominus? Itaque non est quod cum Accursio dicamus legatarium in huius legis specie sumptum fecisse in refectionem nomine fructuarij ad quem dimidia pars villæ ex causa vsusfructus per fideicommissum peruentura sperabatur, quod totum falsum & commentitium est. Nam etsi post vsumfructum pręstitum ea impensa facta esset, adhuc tamen dici oporteret factam à legatario impensam tam suo quàm fructuarij nomine: quandoquidem cœpisset iam negotium ad vtrumque pertinere, vt in *l. vlt. j. quand. ex fact. tutor.* Cur ergo, inquies, exigit Paulus, vt impensam fecerit legatarius ante præstitum vsumfructum? Nempe quia post vsumfructum præstitum, nullus relinquitur locus arbitrii iudicis, cùm nulla supersit ampliùs actio arbitraria, Sicuti solemus dicere post extinctam actionem bonæ fidei nullum amplius officium iudicis pro fructibus superesse *l. qui per collusionem 49. §. 1. infr. de action. empt.* Nec rursum tanta est æquitas succurrendi legatario qui præstito iam vsufructu villam refecerit, siue inuito, siue ignorante fructuario, Cùm possit ei imputari cur id fecerit, cùm non cogeretur, si iam diuisa erat pars fructuaria ab alia parte dimidia plenæ proprietatis: Quòd si erat indiuisa, nec poterat legatarius villam reficere pro sua parte quin pro parte etiam fideicommissarij reficeret, æquum erit dari ei hoc nomine actionem Communi diuidundo *l. si communes 40. supr. de neg. gest. l. si quis putans 6. § siue autem. versic. cæterùm. infr. Commun. diuid.* Non enim potest negari quin aliqua sit inter legatarium, & fideicommissarium communio quantum ad vsumfructum, licèt ex vna parte sit formalis, ex altera causalis *l. 3. infr. tit. proxim. l. si alij 19. infr. de vsufr. legat.*

5. MODESTINVS libro 9. Differentiarum.

TItio cùm morietur vsusfructus inutiliter legari intelligitur: in id tempus videlicet collatus, quo à persona discedere incipit.

Ad l. Titio cùm morietur 51.

Ratio dubitandi. Instans mortis computatur vitæ, vt sæpius scripsimus, quia mortuus non moritur, sed viuus *l. vltim. infr. de condic. instit. l. qui duos 18. §. 1. infr. De manum. testam.* Ergo non inutiliter confertur legatum vsusfructus in tempus quo legatarius morie-

morictur: Quomodo & stipulatio conferri potest in illud instans quo stipulator ipse morictur, *l. scrupulosam 11. C. de contr. & commutt stipulat.* vbi Iustinianus constituit, vt non aliud deinceps obseruetur in legato, quàm in stipulatione.

Dec. Vsusfructus fruitur morte, & incipit à persona discedere eo tempore quo incipit illa mori *l. 3. §. vlt. & pass. inf. quib. mod. vsufr. amitt.* Atqui implicat contradictionem vt eodem instanti incipiat & desinat deberi: Prius enim est vt quid initium aliquod quàm vt finem suum habeat *l. Titio vsusfructus 96. inf de condic. & demonstr.* Nec potest discedere vsusfructus ab eo qui numquam illum habuit *l. non potest 208. de regul. iur.* Ergo ficti nequit vt valeat legatum vsusfructus collatum in tempus mortis legatarij. Idemq; in vsusfructus stipulatione est eadem penitus ratione *l. 5. inf. de vsufr. legat.* Non enim hac parte ponenda differentia cit inter legatum & stipulationem vsusfructus vt quidam ponunt, sed inter vsumfructum, & cæteras res quæ morte legatarij vel stipulatoris non intereunt. In quibus rebus sufficeret cœpisse deberi vel vnico illo instanti quo stipulator vel legatarius moriebatur vt ad heredem transmitti posset petitio licet neque legatarius, neque stipulator petere vnquam potuisset. Diem enim legati cessisse satis est ad transmissionem legati *l. 1. & tot. tit. infr. quand. dies legat. ced. l. cedere diem 213. de verb. signific.* In stipulatione verò ne illud quidem requiritur vt dies viuo stipulatore cesserit cùm stipulatio condicionalis ad heredem transmittatur *l. si cui 42 de oblig. & act. §. ex condicionali Instit de verb. oblig.* Quid verò in vsufructu prodest quærere an dies cesserit viuo legatatio aut stipulatore, vsusfructus non transeat ad heredem *l. 2. & 3. quand. dies legat ced.* Præsertim verò cùm parum sit vsumfructum cœpisse debeti nisi præstitus sit, & per traditionem aut patientiam quæ traditionis vice sit, constitutus *l. 3. & l. prox. supr.* Non potest autem fieri vt eodem instanti & debeatur & tradatur vsusfructus, quæ traditio facti est *l. consilio 7. §. vltim. infr. de curat. furios.* & prætereà vsusfructus consistit ex vtendo fruendo *l. vnic. infr. quand. dies vsufr. legat. ced.* quod ipsum pariter facti est, Nihil autem est eorum quæ sunt facti, quod fieri in instanti possit; siquidem neque natura neque homo quicquam operatur in instanti sed omnia in tempore, lex autem sola Dei Opt. Max. exemplo in instanti *l. vltim. De condic instit.* Dices videri hoc legatum esse purũ quo collatus est vsusfructus in tempus quo legatarius morietur, cùm certum sit eum moriturum, & condicio omnimodo extitura non habeatur pro condicione *l. quòd si ea condicione 16. inf. de condict. indeb. l. si pupillus 9. §. qui sub condicione infr. de nouat.* Etsi enim legatum hoc nulla condicione suspenditur mora tamen suspenditur quia tempus mortis necessariò expectandum est *l. heres meus 79. in princip. de condict. & demonstr.* Ergo si benè inspicimus legati huius dies statim cedit. ab adita hereditate: quæ alia nec inelegans ad hunc locum ratio dubitandi esse potuit. Purum enim legatum est *l. 5. infr. quand. dies legat. ced.* Sed cùm mora suspendatur in id vsq; tempus quo vsusfructus à persona discedere incipiat, dicimus legatum non valere. Mala igitur ratio est, quam nonnulli adferunt, quod talis vsusfructus qui deberet incipere à persona videatur è cõtrario incipere à non persona hoc ipso quod incipit à moriente. Nec enim qui moritur nullus est, cùm sit adhuc viuus, vt diximus. Neque rursus ad hanc speciem pertinet, quod ex multis legibus probat Accursius, Videri quamlibet dispositionẽ factam esse eo tempore in quod collata sit potiùs quàm quo tempore facta est, Ex *l. quod sponsa 4. C. de donat. ant. nupt l. si ego 9. § si res. l. si res 12. in princ. l si pater mulieris 76 infr. De iur. dot. l. libertas 17. l. Stichus 59. j. De manum. testam. l. ambiguitatem 12. C. hoc tit.* id enim ad dispositiones inter viuos factas pertinet sed non ad vltimas voluntates quæ licet conferantur in id tempus, quod post mortem testatoris futurum sit, non ideò tamen videri possunt factæ eo tempore, ne ab homine iã mortuo factæ videãtur: Sed ratio huius legis sola illa est, quam attulimus, quòd non possit vsusfructus ibi incipere vbi incipit desinere.

51. MODESTINVS libro 6. Regulatum.

VSufructu relicto, si tributa eius rei præstentur, ea vsufructuarium præstare debere dubium non est: nisi specialiter nomine fideicommissi[a] testatori placuisse probetur, hęc quoque ab herede dari.

Ad l. Vsufructu 52.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *l. vsufructu 7. §. quoniam vers. vnde Celsus* & ad *l. si pẽdentes 27. §. si quid cloacarij supr. hoc tit.* vbi hoc ipsum scriptum est quod in hac lege, tributa, cæteraque rei onera omnia quę ad fructuum causam spectant, ad fructuarium pertinere. Obserua autem verba illa *si tributa eius rei præstentur* non sic esse accipienda, vt faciant condicionem, quasi loquatur Modestinus de vsufructu relicto sub ea condicione *si tributa præstentur*, qui casus nullam prorsus haberet dubitationem, neque facilè illam exceptionem admitteret quæ sequitur in textu, *Nisi specialiter nomine fideicommissi testatori placuisse probetur, hoc quoque ab herede dari*, Siquidem cùm tam aperta sunt verba testamenti, vt in iis nulla sit ambiguitas non debet admitti quęstio voluntatis *l. ille aut ille 23. §. 1. de legat. 3.* Sed hoc significat Modestinus, si prædium cuius vsusfructus legatus est tale sit vt eius nomine tributum aliquod præstandum sit (nec enim prædia omnia sunt tributaria) fructuarium id præstare debere, Nisi specialiter testator ab herede id præstari voluerit: Voluntas enim testatoris haud dubiè sequenda erit, *l. si extraneo 46. §. 1.* vbi diximus *supr. hoc tit.* Quod ergo lex ait *præstentur* sic intellige acsi scriptum esset *præstanda sint.*

a *Nisi specialiter nomine fideicommissi.* Intellige Nisi hoc quoque onus iure quodam noui fideicommissi iniunctum sit heredi vt tributum præstet quod alioqui à fructuario præstari oporteret. Vereor tamen ne adiectio & exceptio hæc sit Triboniani, Non quòd eam falsam putem, sed quia voluntas testatoris semper excepta satis intelligitur, Et familiare est Triboniano specialem voluntatis expressionem requirere, etiam vbi specialitas nulla necessaria est, vt alibi tractatum à nobis est post Cuiacium ad *leg. qui vsumfructum 58. De verborum oblig.*

53. IAVOLENVS libro 2. Epistularum.

SI cui insulæ vsusfructus legatus est: quandiu quælibet portio eius insulæ remanet, totius soli vsumfructum retinet.

Ad l. si cui insula 53.

Ratio dubitandi. Non quemadmodum pars fundi quælibet fundus est, Ita & pars quælibet insulæ insula dici potest. Est enim fundus ex genere corporum vnitorum, Ædificium verò & insula ex genere corporum connexorum *l. rerum mixtura* 30. *j. de vsucap.* Nec quisqoam dixerit consumpta parte insulæ, partem aliam quæ superest adhuc esse insulam. Ergo dicēdum est, si cui insulę vsusfructus legatus sit, etiamsi portio aliqua eius insulæ remaneat, non posse totius insulæ vsumfructum retineri, Aut saltem adhibendam esse distinctionem quæ adhibetur *in l. domum* 57. *j. de contr. empt.* quanta pars domus incendio consumptæ (sic enim lego non *consumpta*) permaneat, an dimidia tantùm pars vel minor, an verò maior. Non igitur quamlibet portionem sufficit remanere, vt hæc lex ait.

Dec. Etsi consumpta fortè incendio parte insulæ cuius vsusfructus legatus fuit verum est non superesse insulam, Negari tamen non potest, quin pars quę superest insulę, sit pars eius ipsius insulę, cuius totius legatus vsusfructus fuit. Nam in toto pars continetur *l. si quis cùm totum* 7. *in princ. infr. de except. rei iudic.* Non est autem nouum, vt per partem totum retineatur *l. cùm scimus* 22. *§ vltim. C. de agricol. & censit. lib. 11. titul.* 47. & consequenter vsusfructus totius soli, cùm legato vsufructu insulæ, totius quoque soli, quod insulæ subiacet, vsusfructus contineatur. Ergo si quælibet pars Insulæ supersit, dicendum est totius soli vsumfructum remanere, Non quasi rei indiuiduæ, Vt in *l. vna est via* 18. *rustic. præd.* Cùm vsusfructus sit diuiduus *l. 1. § si vsusfructus. infr. ad leg. falcid.* Sed quia per incendium partis insulæ non tanta rei mutatio facta est, vt non appareat & supersit idem solum totum cuius vsusfructus in vsufructu insulæ continetur: Quidni ergo totius soli vsumfructum retinebit fructuarius, quandiu superest aliqua portio quanta aut quantulacunque illa sit insulæ cuius totius fuerat legatus vsusfructus. Aliud ergo est si tota Insula perierit, & ad aream vsque vel deposita vel consumpta sit *l. qui vsumfructum* 36. *in princip. supr.* Non enim vsusfructus soli legatus est, sed insulæ, quam proinde superesse necesse est, vel totam, vel saltem pro parte aliqua, vt supersit vsusfructus, qui re, siue omnino extincta, siue mutata intercideret *d. l. repeti* 5. *§.* 2. *infr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. seruitutes* 20. *§. si sublatum in fin. De seruit. vrban. præd.* Et quamuis non possit negari, quin per combustionem partis insulæ mutatio aliqua in re fructuaria facta sit, quia tamen non facto aliquo hominis circa rem illam, sed potiùs casu & fato, vt loquuntur, aliquo naturali contingit, vt in simili ferè ratione loquitur eleganter Tryphoninus *in l. filius* 28. *§.* 1. *in fin. De liber. & posthum.* & pars quæ superest, reuera & naturaliter eadem pars est quę anteà fuit, nec vllomodo immutata, non potest parere extinctionem vsusfructus, Qui licèt diuiduus sit, non tamen facilè diuidendus est quandiu conseruari integer potest, Ne tam leuiter inducamus diuisioné iuris & voluntatis *l. eum qui* 18. *§. vlt. infr. de his quæ vt indign.* Alia species & quæstio est quæ tractatur in *d. l. domum* 57. *j. de contr. empt.* cuius tamen totus ferè contextus & tot distinctionibus redundans sententia certè Tribonianum magis quàm Paulum sapit, vt aliquo Coniecturarum nostrarum loco docuimus, & ad eam legem, si Deus dabit, dicemus.

54. IAVOLENVS libro 3. Epistularum.

SVb conditione vsusfructus fundi à te herede, Titio legatus est, tu fundum mihi vendidisti, & tradidisti, detracto vsufructu. Quæro, si non extiterit conditio, aut extiterit, & interiit vsusfructus, ad quem pertineat. Respondit: Intellego, te de vsufructu quęrere, qui legatus est. itaque, si conditio eius legati extiterit, dubium non est, quin ad legatarium is vsusfructus pertineat: & si aliquo casu ab eo amissus fuerit[a], ad proprietatem fundi reuertatur. quod si conditio non extiterit[b], vsusfructus ad heredem pertinebit: ita vt in eius persona[c], omnia eadem seruentur, quæ ad amittendum vsumfructum pertinét, & seruari solent. Cęterùm in eiusmodi venditione spectandum id erit, quod inter ementem vendentémque conuenerit[d]: vt si apparuerit legati causa eum vsumfructum exceptum esse, etiam si conditio non extiterit, restitui à venditore emptori debeat.

Ad l. Sub conditione 54.

Ratio dubitandi. Cùm fundus cuius vsumfructum testator tibi sub condicione ab herede suo legauerat, mihi venditus est pendente adhuc condicione, certum est venditum mihi fuisse ab eo qui plenam proprietatem vēditionis tempore habuit, cùm legati vsusfructus condicio nondum extitisset. Ergo si fundum illum vendiderit detracto vsufructu, quomodo Iauolenus hîc ponit, fatendum est etiamsi legati tui condicio extiterit, quæ prima huius legis species est non ad te legatarium, sed ad heredem perinde vsumfructum pertinere, atque pertinebat ante euentum condicionis cùm tibi eum heres exceperit, non tibi cui nec potuit. Nemo enim alteri in cuius non sit potestate vsumfructum, vt nec aliam rem quamlibet excipere & acquirere potest *l. 1. C. per quas person. nobis acquir. l. stipulatio ista* 38. *§. alteri. de verb. oblig.*

Dec. Legatum condicionale cuius condicio tandem extitit, habetur exinde pro eo acsi ab initio purum fuisset *l. & post litem* 12. *§. res quæ. infr. Famil. erc. l. is cui via* 11. *§.* 1. *infr. quemadm. seruit. amitt.* Atqui si legatum vsusfructus fuisset purum non potuisset fundus vendi ab herede in præiudicium legatarij, nec si vendidisset illum heres purè non detracto vsufructu. Fuisset enim Ius legatarij antiquius ad euincendum vsumfructum ex causa legati, Adeò vt, si legatarius ipse imprudens eum emisset non tam ex emptionis quàm ex legati causa eum habere videretur *l. cui res* 29. secundum nostram emendationem

nem *infr. de action. empt.* Ergo & si fuerit legatus vsusfructus sub condicione & ea pendente alius quàm legatarius fundum emerit, siue detracto, siue non detracto vsufructu, idem dicendum erit vt existente quandocunque condicione fundi vsumfructum vindicare possit legatarius ab herede quidẽ si fundus venditus sit detracto vsufructu, vt in specie huius legis, ab ipso autem legatario si fundum simpliciter emerit non detracto vsufructu. Habet enim hoc casu vsumfructum tanquam sibi iam purè legatum, non quasi ab herede exceptum, Ne tùm quidem cùm vsusfructus ab herede exceptus fuit, Nec alia stipulationis condicionalis ratio est si condicio tandem extiterit *l. qui balneum 9. l. potior 11. ꝗ. qui potior. in pign. habeant.*

a *Et si aliquo casu ab eo amissus fuerit.* Ratio dubitandi. Cùm heres pendente legati condicione fundum vendidit, & vsumfructum sibi excepit, id egisse videtur, vt si contra emptorem consuleret nẽ aliud quicquam præter nudam proprietatem ei vendidisse videretur. Alioqui cur vendidisset detracto vsufructu? Ergo si vsusfructus hic ad legatarium ex causa legati peruenerit, & aliquo casu puta morte vel capitis diminutione legatarij vsusfructus interierit, ad heredem redire debet propter exceptionem in venditione adiectam, nõ autem ad proprietatem quę penes emptorem est, recurrere, Ne alioquin eueniat vt exceptio ab herede facta sit ei inutilis, & è contrario emptor plus cõsequatur ex venditione quàm venditum ei fuerit. Nàm & cùm quæritur quid & quantum venierit, non quid ex post facto acciderit inspiciendum est, sed ex tempore contractus, & ex lege venditionis æstimandum *l. Rutilia 69. infr. De contr. empt.*

Dec. Vsusfructus sui natura proprietatem appetit, & ad eam facilè ac suâ sponte reuertitur, vt cum ea consolidetur à qua discesserat *§ vlt. Instit. hoc titul. l. 3. vers. ne tamen. & pass. supr. hoc tit.* Ergo si vsusfructus ex causa legati acquisitus legatario, posteà fuerit ab eo amissus non ad heredem, quamuis eum in venditione exceperit pertinere debet cùm proprietatem non habeat, sed ad emptorem ad quem spectat proprietas *l. fundum cuius 46. in princip. infr. de euict.* Nec ideo videri potest heres vsumfructum inutiliter sibi excepisse. Credendus enim est eo demum casu sibi excepisse quo vsusfructus ad legatarium numquam pertinuisset, id est, quo legati condicionem deficere contingeret. Vt scilicet ea ratione vsumfructum abstraheret à proprietate, sibique retineret, non vt iam abstractum in fauorem legatarij, deinde amissum sibi acquireret. Aliud enim est acquirere aliud retinere *l. ei fundo 19. iunct. l. quoties 15. ꝗ. de seruit l. venditor 13. infr. Commun. præd.* Vsusfructus nondum abstractus abstrahi nunc primùm & retineri potest. Sed abstractus iam semel & amissus non retineri amplius potest, sed tantùm acquiri, quod per solam exceptionem fieri certè nequit. Sufficit autem dari casum vnũ vtilem quo possit exceptio locum habere ne inutiliter adiecta videatur *l. Stichus 39. infr. de manum. testam. l. heres à debitore 21. §. cùm & tu infr. De fideiuss.*

b *Quòd si condicio non extiterit.* Intellige acsi scriptum esset *Quòd si condicio defecerit.* Alioqui certũ est aliud est: Defeciam fuisse condicionem, aliud verò nondum impletam cùm ea quæ needum impleta est, nec defecit, possit adhuc & impleri & deficere *l. hæc condicio 10. in fin. princ.* iuxta emendationem Cuiacij *infr. de condic. & demonstr.*

Ratio dubitandi. Vsusfructus sui natura & sua sponte ad proprietatem reuertitur, vt proximè diximus. Ergo siue legatum vsumfructum amiserit legatarius per mortem aut capitis diminutionem, siue per defectum condicionis, dicendum est redire illum debere ad proprietatem quæ penes emptorem est non ad heredem qui proprietatem nullam habet.

Dec. Non potest legatarius videri vsumfructum amisisse quem numquam habuit defecta legati cõdicione *l. non potest 108 de legat. 1. l. Titio vsusfructus 96. De condic. & demonst.* Ergo nec potest hic vsusfructus ad proprietatem reuerti, à qua nũquam abstractus & separatus fuit. Nec rursum ad emptorem pertinere iure contractus, cùm is fundum emerit detracto vsufructu, id est nudam fundi proprietatem. Consequens igitur necessario est vt ad heredem pertineat vi exceptionis adiectæ in contractu, Quę alioquin esset inutilis omnino si non hoc casu locum haberet, ad constituendum heredi vsumfructum, qui nulli adhuc constitutus & acquisitus intelligitur. Verba autem, omnia siue in testamento, siue in contractu adhibita semper debent ita accipi, vt aliquid operentur nec inutiliter adiecta videantur *l. si quando 109. de legat. 1. cum simil.* Et certè cùm vsusfructus qui in fundi venditione exceptus est, non alius esse possit quàm qui per abstractionem à proprietate constituatur, apparet heredem cùm excepit vsumfructum in venditione fundi nõ de vsufructu iam abstracto per testatorem in casum euenientis condicionis cogitasse, sed de eo qui tùm primùm esset abstrahẽdus per heredem. Non enim exceptio facta est ad extinguendum vsumfructum, aut in casum quo esset finitus, sed ad eum potiùs constituendum, & in eum casum quo nondum fuisset constitutus: Quod non alio casu euenire potest, quàm quo legatum vsusfructus interciderit per defectum condicionis.

c *Ita vt in eius persona.* Ratio dubitandi Vsusfructus non potest discedere à persona emptoris, qui plenam proprietatem numquam habuit, nec à proprietate, quæ semper nuda fuit, abstrahi ad eum heredi constituendum: Nec rursus potest acquiri heredi ab ipso herede, Vi exceptionis appositę in venditione fundi. Cùm nemo possit re sua vti frui iure vsusfructus, & seruitutis *l. vti frui 5. ꝗ. si vsusfr. pet.* Ergo exceptio ista vsusfructus non alium effectum habere potest, quàm vt prosit ad retinendum ab herede illum ipsum vsumfructum quem habebat iam eo tempore, ac proinde causalem, non formalem. Nemo si quidem potest excipere id quod non sit *l. in lege fundi 77. infr. de contr. empt.* Atqui causalis vsusfructus, neque morte, neque capitis diminutione amittitur, non magis quàm proprietas. cuius censetur esse pars quædam integralis *l. qui vsumfructum 58. ꝗ. de verb. oblig. l. si cùm argentum 21. §. si fundum ꝗ. De except. rei iudic.* Ergo fieri non potest, vt in heredis persona obseruentur eadem omnia quę in alterius cuiuslibet fructuarij persona seruarentur.

Dec. Cùm heres in vendendo fundo excipit vsumfructum, id agit proculdubio, vt formalem vsumfructum excipiat, non vt causalem. Nam quemadmodum formalis nullus est nisi qui constituitur per abstractionem à proprietate, Ita neque causalis vllus, nisi qui cum proprietate coniunctus est. Atqui cùm heres vendit fundum detracto vsufructu, hoc ipso separatur vsusfructus à proprietate. Formalis ergò vsusfructus ille est, non causalis, &

Digitized by Google

consequenter aliam naturam habere non potest, quàm quæ esset si vsusfructus in fauorem alterius quam heredis aut exceptus aut constitutus proponeretur. Nec impeditur cōstitutio huiusmodi formalis vsusfructus ex eo quod exceptus sit ab herede plenam proprietatem habente. Id enim generale est in cōstituendo quolibet vsufructu, vt id quod nostrum non est transferamus ad alios, *l. quod nostrum 63. infr.* Vsumfructum scilic. formalem. Quidni ergo similiter poterit heres plenam habens proprietatem formalem vsumfructum in vendendo fundo sibi excipere, quamuis oec habeat illum, nec habere possit eo tempore quo fundum vendit deducto vsufructu? Excipit sanè quod non habet. Sed vendendo nudam proprietatem facit, vt habere iam possit.

d *Quod inter ementem vendentémque conuenerit.* Scilicet vt sequentia explicant, An venditor vsumfructum exceperit legati tantùm causa, id est, propter legatum duntaxat, & eo metu ne si condicionem legati existere quandoque contingeret, ex eáque causa euinci vsumfructum, teneretur ipse emptori de euictione vsusfructus, *l. in vendendo 66. infr. de cont. empt.* An verò ad suam ipsius vtilitatem vt quo casu condicio legati deficeret, posset ipse venditor ad suum commodum detrahere vsumfructum, nec vllo casu haberet emptor plenam proprietatem, nisi ex causa consolidationis. Priore casu etiamsi condicio defecerit restitui vsumfructum emptori à venditore oportebit quasi nec exceptum. Cùm in venditionibus potissimùm cæterisque contractibus bonæ fidei, adeóque in stipulationibus semper sequendum sit id quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* Posteriore verò casu non item. In dubio tamen credemus venditorem excepisse vsumfructum non propter legatum, sed sui potiùs causa, quoniam id faciunt verba contractus, cùm simpliciter & generaliter vsumfructum exceperit vendendo fundum detracto vsufructu, vt benè Accursius tradit, Ex *l. qui vsumfructum 36. §. 1.* vbi diximus *supr. argum. l. qui pecuniam 22. infr. de statuliber. l. si pactum 9. De probation.* Quamuis dici soleat obscuritatem pacti nocere venditori qui potuit legem apertiùs dicere *l. Labeo 21. infr. De contrahend. empt.* Neque enim vlla in verbis huius venditionis obscuritas est.

55. POMPONIVS libro 26. ad Quintum Mucium.

SI infantis vsus tantummodo legatus sit: etiam si nullus interim sit, cùm tamen infantis ætatem excesserit, esse incipit.

Ad l. Si infantis 55.

Ratio dubitandi. Infantis neque vsus, neque fructus vllus esse potest, cùm illa ætas non tantùm iudicio, sed etiam propemodum sensu careat, nec operas vllas præstare possit *l. vlt. §. 1. 3. De oper seru* Ergo sine vsus ta tummodò sine fructu, siue vsusfructus tantummodo sine proprietate legatus sit, non potest valere legatum, tanquam quod nullam vtilitatem habiturum sit. Nec enim aut vsus aut vsusfructus aliquis esse, vel intelligi potest sine aliquo emolumento *l. statua 41. 3 hoc tit.* Præsertim verò vsusfructus, cùm is omne rei commodum & emolumentum contineat *l. Mænius 66. § fundo. De legat. 2.* Idémque in furioso etiam vel ægrotante tractari potest, quorum perinde neque sensus, neque opera vlla esse possit *l. si tibi §. 5. vnius. infr. de opt. legat.*

Dec. Sufficit ad constituendum vsumfructum vt aliqua rei fructuariæ vtilitas esse possit si nō in præsens saltem in futurum: Atqui potest infans vbi ætatem illam excesserit aliquam præstare vtilitatem. Et quamuis hodie sit infans & inutilis, potest tamen crescere, sicut & furiosus resipiscere & ægrotus conualescere, vt Paulus ait *lib 3 sentent. tit. 6. §. 18.* Ergo nihil vetat etiam infantis, & furiosi & ægroti vsum siue fructu, vel fructum siue proprietate legari. Idque significat dictio *tantummodò* posita in hac lege. Nam si testator dixisset se infantis tantum modò legare vsum vel vsumfructum, inutile esset legatum, quippe quod post infantiam finiretur, vt Accursius benè docet.

56. GAIVS libro 17. ad Edictum Prouinciale.

AN vsusfructus nomine actio municipibus dari debeat, quæsitum est. periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte, nec facilè capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente vsufructu. sed tamen placuit dandam esse actionem. Vnde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo vsufructu municipes, & placuit, centum annos tuendos esse municipes: quia is finis vitæ longæui hominis est.

Ad l. An vsusfructus 56.

Ratio dubitandi. Si vsusfructus legari municipibus posset, periculum certè esset, ne perpetuus fieret, atque ita inutilis in perpetuum maneret proprietas semper abscedente vsufructu. Cùm neque morte, neque capitis diminutione perire possit, quia ciuitas neque mori potest, neque capite minui. Atqui absurdum est inutilem in perpetuum manere proprietatem propter vsumfructum. Ideóque nimirum placuit certis modis finiri vsumfructum, vt tandem aliquando ad proprietatem reuertatur *l. 3. §. ne tamen. supr. hoc tit.* Sed neque videtor fieri posse, vt municipes vsumfructum habeant, cùm possidere nihil possint, *l. 1. §. vlt. infr. de acquirend. possess.* Sine possessione verò saltem naturali vsusfructus esse nequeat *l. naturaliter 12. in princip. eod.* Oportet enim fructuarium esse saltem in prædio *l. certè 6. §. is qui negauit. infr. de precar.*

Dec. Etiam ciuitas aliquando patitur capitis diminutionem, vt puta si aratrum in ea inducatur, vt passa est olim Carthago, idcóque quasi morte definit habere vsumfructum *l. si vsusfructus 21. infr. quibus mod. vsusfr. amitt.* Sed quia rarius id contingit, & ad ea quæ rarò eueniunt, adaptari iura non solent *l. nam ad ea 6. supr. De legibus* Placuit alia ratione finiri posse vsumfructum ciuitati relictum, scilicet spatio centum annorum. Non quòd præsumendus sit quilibet viuere centum annis, vt ex hac lege vulgò

male

malè creditur, contrà quàm apertè scriptum sit in *l. computationi* 56. *infr. ad leg. falcid.* Sed quia finis ille longeui hominis esse à communiter accidentibus existimetur, vt Caius hic scribit, & in *l. vsumfructum* 8. *infr. De vsufr. legat.* & longissimum vitæ hominum tempus, vt Iustinianus loquitur in *l. vt inter* 23. *C. de sacros. eccl.* Ex qua lege infert benè Accursius, Etiam Ecclesiæ sicut & ciuitati relictum vsumfructũ centum annis finiri. Aliud est, si de æstimando tantùm vsufructu tractetur. Nam & qui reipublicæ relictus est, ex triginta annorum computatione æstimatur *d. l. computationi.* Sed non ideò fit, vt triginta annis finiatur: quod & Accursius noster benè vidit, & post eum Cuiacius *Tit. de præscript. cap penult.*

57. PAPINIANVS libro 7. Responsorum.

DOminus fructuario prędium, quod ei per vsumfructũ seruiebat, legauit, idque prędium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti rectè pertulerat coactus est. mansisse fructus ius integrum ex postfacto apparuit.

Ad l. Dominus 57.

Ratio dubitandi Vsusfructus finitur, & amittitur per consolidationẽ quoties vsufructuarius fit proprietarius *l. 3. §. non solum inf. de vsufr. adcresc. §. vlt. Inst. hoc tit.* Atqui cùm dominus legauit fructuario prędium, quod ei per vsumfructum seruiebat, acquirit fructuarius proprietatem prædij ex causa legati *l. legatum* 80. *de legat.* 2. ita vt dominium recta via transeat à testatore in legatarium numquã factum heredis, quemadmodum ibi scriptum est. & in *l. à Titio.* 64. *infr de furt.* Ergo vsumfructum per consolidationem amitti dicendum est. Et quamuis testamentum quo legatum continetur posteà rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, Non potest tamen ea res facere, vt ius vsusfructus integrum fructuario manserit, Cùm querela inofficiosi non nascatur nisi ex die aditæ hereditatis *l. Papinianus* 8. *§. si condicioni supr. De inoff. testam. l. scimus* 56. *§. illud. C. eod. tit.* Aditio autem hereditatis cùm sit facti non potest haberi pro infecta, Nec proinde legatum acquisitum fructuario haberi pro non acquisito. Igitur licèt filius iniustè à patre exheredatus obtinuerit in querela inofficiosi testamenti, & per sententiam illud prędium filio restituere fructuarius coactus fit, Fieri nequit vt extinctum ius vsusfructus per consolidationem, posteà per sententiam restituatur *l. si tibi* 17. *infr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

Dec. Testamentum inofficiosum rescinditur per querelam eo colore quasi non sanæ mentis fuerit testator, sed demens, adeoque furiosus cùm suprema ordinaret *l. 2 supr. de inoffic. testam.* Ideoque nihil in eo testamento relictum valere potest, Nec si repetitum fuerit legatum per modum fideicommissi à legitimis heredibus *l. Titia* 14. *eod.* quia non magis codicillos, quàm testamentum facere licèt furioso, Nec magis legatum aut fideicommissum quàm hereditatem relinquere. Proinde testamentum, quod per querelam inofficiosi rescissum est, non potest facere, vt ex eo legata fructuario proprietas vnquam acquisita videri possit, cùm legati causa recidat ad causam non legati, & perinde habeatur hereditas, ac si adita numquam fuisset. *l. cum qui* 21. *§. vlt. eod. tit.* Vnde est quod hoc casu testator, qui heredem testamẽtarium per aliquod tempus habuit, intelligitur tamẽ decessisse intestatus, adeoq; quod magis mirum est decedere interdum pro parte testatus, & pro parte intestatus contra vulgares iuris regulas *l. circa* 24. *eod. tit.* Atqui si adita non fuisset hereditas, nec vlla consolidatio vsusfructus cum proprietate per legatum facta dici posset, quandoquidem non adita ex testamento hereditate legata omnia corruunt *l. si nemo* 9 *j. de testam. tutel. l. ea quam* 14. *C. de fideicom.* Vsumfructum ergo qui neque per consolidationem, neque alio modo extinctus est saluum & integrum manere necesse est. Non est contrarium quod scribit Iulianus *in l. si tibi* 17. *infr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Si tibi vsusfructus fundi purè, proprietas autem sub condicione Titio legata sit, & pendente condicione dominium proprietatis acquisieris, deinde condicio extiterit, Titium pleno iure fundum habiturum, Propterea quòd, inquit, dum proprietatem acquisiuisti, ius omne legati vsusfructus amisisti. Est enim hæc species illis dissimilis in eo, quod hîc acquisitio facta est ex ea causa, ex qua fingitur posteà numquam facta fuisse, quod ibi non ita est. Nam euincitur quidem proprietas ex causa legati condicionalis, Sed ea res nõ facit quin verum sit legatarium vsusfructus emisse proprietatem, atque ita effecisse quantum in ipso fuit, vt purum legatum vsusfructus per consolidationem intercideret. Nec enim superueniens euictio tollit intellectum emptionis: quam è contrario præsupponit potiùs, adeoque traditionem ex ea causa secutam *l. si rem* 62. *& pass. j. de euict.* Alioqui secuta euictione actio ex empto superesse non posset, quod tamen falsum est *l. si in venditione* 60. *eod. l. ex empto* 11. *§. 1 infr. de contr. empt.* Iunge quæ dicam ad *d. l. Si tibi.*

1 ¶ Per fideicommissum fructu prædiorum ob alimenta libertatis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit.

Ad §. 1. Per fideicommissum.

Ratio dubitandi. Liberti plures quibus vsusfructus ob alimenta relictus est videntur in vsufructu coniuncti. Ponimus enim vna eademque oratione relictum iis esse coniunctim vsumfructum, vt non tantùm re, sed etiam verbis coniuncti videantur. Ergo est inter eos locus iuri adcrescendi *l. 1. l. interdum* 10. *infr. tit. prox.*

Dec. Legandi causa illa *ob alimenta* inducit disiunctionem & separationem, vt & aliquando sola enumeratio personarum, vt in *l. cur fundus* 56. *infr. De condic. & demonstr.* quasi singulis vsufructu legato in causam alimentorum. Alia enim sunt alimenta quę vni ex libertis debentur, Alia quæ alij sicut aliæ sunt, & distinctæ ipsorum personæ, ita vt proindè taxationis cuiusdam vicem obtineant verba illa *ob alimenta*, atque ita impediant ius adcrescendi, arg. *l cum certus* 5. *j. de tritic. vin. & oleo legat.* Quid enim habent quod conquerantur alij, dummodò alimenta eis præstentur, ob quæ sola vsumfructum eis testator dedit? Et quamuis dici soleat rationem legandi legato non cohærere, Vnde est quod falsa causa

obesse legato non solet *l. cum tale 72. §. falsam causam inf. de condic. & demonstr.* Id tamē ad eam demùm falsam causam pertinet quæ impulsiua est nō ad illam quæ finalis. Nam ex finali semper deducitur coniectura voluntatis quid testator fieri voluerit vel noluerit *l. cùm pater. 77. §. dulcissimis de legat. 2. l. vlt infr. de hered. instit.* Causa verò finalis ex eo potissimùm dignoscitur quod ex legatarij aut heredis persona non ex testatoris vtilitate æstimatur. Non enim creditur restator aliter fuisse legaturus quod legauit ob causam aliquam finalem, Quo casu etiamsi impulsiua tantùm non finalis causa esset, doli tamen exceptio locū haberet *d. §. falsam causā* Ergo si quis decesserit, aut capite minutus sit ex libertis, quibus ob alimenta legatus fuit vsusfructus, decedendum est deficientem portionem non cæteris libertis accrescere, sed ad proprietatem reuerti, vt & in *l. 3. versic. debebit. infr. de alim. & cibar. legat.* Alia ratio est proprietatis legatæ pluribus coniunctim, licèt ob alimenta. Est enim tam remotum legatum plenę proprietaris à legato alimentorum, vt neque interpretationem, neque restrictionem capere possit ex alimentis, vt inter legatarios re coniunctos impediatur ius accrescendi si quis eorum fortè decesserit antè diem legati vel fideicommissi cedentem *l. 4. infr. eod. tit.*

58. SCÆVOLA libro 3. Responsorum.

DEfuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, menseOctobri per colonos sublatis: quæsitum est, vtrum pensio heredi fructuarię solui deberet, quamuis fructuaria ante Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeāt, decesserit: an diuidi debeat inter heredē fructuariæ, & rempublicam, cui proprietas legata est. Respondi, rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere: fructuarię verò heredem sua die, secundum ea quæ proponerentur, integram pensionem percepturum.

Ad l. Defuncta 58.

Ratio dubitandi. Vsusfructus finitur morte nec transit ad heredem, neque alios fructus habere fructuarij heres potest quàm qui collecti & percepti sint viuo fructuario *l. si fructuarius messem 13. infr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. in singulos 8. infr. de ann. legat.* Atqui ponimus decessisse fructuariam mense Decembri, Pensionem verò per colonos ex cōtractu locationis debitam non ante sequentes Calendas Martias inferri à colonis debuisse. Non ergo potuit fructuaria transmittere ad heredem ius percipiendæ pensionis cuius dies nondum venerat.

Dec. Pensio debetur à colono propter fructus, & fructuum perceptionem. Atqui ponimus decessisse fructuarium post fructus omnes collectos perceptosq; qui in fundo fructuario nascebantur, qui si locatio nulla facta fuisset vtique ad fructuariā iure vsusfructus pertinuissent, & consequenter ea postmodum defuncta ad heredē ipsius transmissi fuissent. Nec enim nouum est vt actio De vsufructu detur etiā heredibus fructuarij dummodò pro fructibus & damnis præteritis agat *l. qui vsumfructum 36. §. vlt. & l. seq. 5. hoc tit. l. vti frui 5. §. si post litem ī si vsusfr. pet* Ergo cùm pensio vicem obtinere videatur fructuum subrogata sit, consequens est vt eodē iure censeatur quo fructus ipsi cēserentur si locatus fundus nō fuisset. Deniq. nō transmittitur vsusfructus ad heredē, sed fructus ipsi iam percepti & collecti trāsmittuntur, ac proinde pēsio quoq. pro iis debita Non ergo requirimus vt pensionis dies venerit, sed tantum vt cesserit si præterea illud cōcurrat vt fructus percepti sint. Nā etsi dies venisset ante fructus perceptos nec nisi post fructuarij mortē fructus percepti essent, nō ea magis tamē pensio ad heredē fructuarij transmitteretur, quia nec fructus ad eū pertinerēt, ne quidē pro rata tēporis quo vsusfructus durasset *d. l. singulos in fin* In quo differt fructuarius à marito, ad quem pertinent fructus dotales pro rata tēporis quo matrimoniū fuit *l. fructus 7. §. Papinianus ī. solut matr* Nēpe quia fructus rei dotalis pertinēt ad maritū in cōpensationē onerum matrimonij *l. pro oneribus 20. C. de iur dot.* Ergo quatenus maritus fuit, & sustinuit matrimonij onera: At fructuarius nullum ius habet acquirendorum sibi fructuum nisi perceptione, & quatenus eos percepit, adeò vt non sufficiat quòd sint à solo separati *d. l. si fructuarius 13. ī quib. mod. vsusfr. amitt. l. qui scit 25. §. præterea ī. de vsur. l. bonæ fidei 48 ī. de acquir. rer. domin.* Alia quęstio est quę tractatur in *l. vlt. de iur. fisc.* De cuius sententia scripsimus lib. 1. Coniect. c. 13. itemque de huius legis ratione, & interpretatione. Illud certè constat quod hîc respondet Scæuola nullam actionem habere posse Rempubl. cui proprietas legata erat cum colono qui fundum à fructuaria conduxerat: Non solùm quod per liberam fructuarij personam nulla actio acquiri possit proprietario, sed etiam quod finito vsufructu non possit finita non esse locatio facta per fructuarium. Ne qui vsumfructum ipsum trāsmittere non potest, locationem, quam fecit quasi fructuarius, transmittat pro futuro tempore ad heredem *l. necessariò 8. §. vlt. de peric. & commod. rei vendit. l. si vsumfructum 16. de iur. dot.*

1 ¶ *Sempronio do lego ex redactu fructuum oleis, & porrinæ, quæ habeo in agro farrariorum partem sextam.* Quæritur, an iis verbis vsusfructus legatus videatur. Respondi non vsumfructū, sed ex eo, quod redactum esset, partem legatam. Item quæsitum est, si vsusfructus non esset, an quotannis partem sextam redactam legauerit. Respondi, quotannis videri relictum: nisi contrarium specialiter ab herede adprobetur.

Ad §. 1. Sempronio.

Ratio dubitandi. Cùm quis legauit fructus annuos fundi Corneliani perinde accipi debet hic sermo acsi vsusfructus eiusmodi legatus esset *l. si quis ita 20. § h. t.* Dec. Aliud est legari fructus annuos alicuius fundi. Aliud verò ex reditu fructuum quos quis in eo fundo habeat partem sextam, vt in hac lege, Priore casu legatus videtur vsusfructus *dict. l. si quis ita.* Posteriore nō item, sed tantùm pars aliqua ex eo quod fructuum nomine redactum esset. Rationē diuersitatis attulimus ad *d. l. si quis ita.* vbi vide.

a *Item quæsitum est.* Ratio dubitandi. In dubio parcēdum est heredi, vt ea capiatur interpretatio quæ ipsum minori præstatione obliget *l. Sempronius 47. iunct. l. Titia 34. §. qui inuita. de legat. 2.* Ergo cùm non iusserit testator quotannis præstari ex reditu fundi partem sextam, sed simpliciter non declarato an primo tantùm anno eam partem præstari voluerit magis probandum videtur, vt ad primum annum restringi legatum debeat.

Dec.

Dec. Fructus æstimantur potissimùm ex eo quòd singulis annis renascantur *l. fructus 7. § si vir inf. solut. matrim.* Vnde & *reditus* appellantur. Non à reddendo, vt sentire videntur ij qui nomen hoc duplici d describunt, sed à redeundo quia redeunt, si nō quotannis semper saltem suo tempore. Ergo & quod ex fructibus redactum præstandum est, quotannis relictum videri debet in dubio & ex præsumpta testantis voluntate. Vt ex comparatione fructuum sumatur coniectura quid de reditu ex fructibus præstando testator senserit. Idem obseruatur circa legatam habitationem *l. si habitatio 10. §. vtrum autem infr. de vsu & habit.* & circa alimenta *l. Mela 14. infr. De alim. & cibar. legat.* Intellige tamen cum exceptione quæ sequitur *Nisi specialiter contrarium ab herede probetur.* Voluntatis enim ratio semper salua & præcipua esse debet, Cùm in quæstionibus ad vltimam voluntatem pertinentibus voluntas testatoris illa sit quæ totum facit *l. si mihi & tibi 12. in fin. De legat. 1.*

59. PAVLVS libro 3. Sententiarum.

ARbores vi tempestatis, non culpa fructuarij, euersos, ab eo substitui non placet,

Ad l. Arbores 59.

Ratio dubitandi. Vsufructuarius vti frui debet arbitrio boni viri & eo prorsus modo quo diligens paterfamilias frueretur, & quomodo ipse in re sua faceret *l. 1. & pass. infr. vsufr. quem. caueat.* Atquin boni patrisfamilias est in locum arborum etiam vi tempestatis euulsarum alias substituere ne fundus deterior, & vilior fiat.

Dec. Arbores vi tempestatis non culpa fructuarij euulsæ ad fructuarium non pertinent, sed ad proprietarium, Nec potest iis vti fructuarius nisi ad suum vsum & eius villæ cuius vsumfructum habet *l. arboribus 12. in princ. supr.* vbi dixi. Ergo nec in earum locum alias substituere cogendus est, ne ad eum pertineant onera ad quem non pertinent commoda, Contrà *l. secundum naturam 10. De regul. iur.* Aliud igitur est in demortuis arboribus, vt in earum locum alias substituere fructuarius debeat, Quia nimirum priores ad fructuarium pertinent *l. agri 18. supr. eod.*

1 ¶ Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pensiones quoque[a] iam antea locatorum agrorum si ipsæ quoque specialiter comprehensæ sint. Sed ad exemplum venditionis[b], nisi fuerint specialiter exceptæ, potest vsufructuarius conductorem repellere.

Ad §. 1. Quicquid.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *l. Item si fundi 9. in princ. supr. hoc tit.* vbi ex Vlpiano eadem sententia proponitur quæ hîc ex Paulo.

a *Pensiones quoque.* Ratio dubitandi. Pensiones agrorum ante constitutum vsumfructum locatorū exinde incipiunt deberi licèt earum dies nondum venerit. Eius namq. pecuniæ quæ in diem certum debetur dies statim cedit, vt incipiat deberi quamuis nondum peti possit *l. cedere diem 213. de verb. signif.* Atqui absurdum est dicere Deberi quicquam fructuario antequàm vsusfructus constitutus sit. Prius enim est talem quem esse, quàm vt ei tanquam tali aliquid debeatur. Ergo fieri nequit vt pensiones fundorum ante locatorum debeantur fructuario, Neo si specialiter in vsufructu comprehendantur.

Dec. Pensiones sunt vice fructuum eorumq; locum & ius repræsentant, vt diximus ad principium *l. prox. supr.* Atqui tractamus de pensionibus fundorum quidem ante locatorum, sed quorum tamen fructus nondum fuerint percepti eo tempore quo constituitur vsusfructus. Quid ergo vetat ita vsumfructum constitui, vt in eo pensiones quoque fundorum ante locatorum comprehendantur? Sanè si fructus iam percepti essent aliud probādum esset, cùm neque fructuarij fiant nisi sola perceptione, Nec iterum possint percipi qui iam semel percepti fuerunt *d. l. si fructuarius 13. inf. quib. mod. vsusf. amitt.* Quid si pensionum dies iam venisset? Difficilius certè esset vt in constituendo vsufructu comprehendi possent, Sed tamen verius est vt conuentione id fieri possit, dum ne iam percepti sint fructus pro quibus pensio debetur. Potest enim hoc facilè contingere si ponas quod aliquando licèt minùs frequenter obseruatur, vt initio anni & ante perceptos fructus pensionem solui & prorogari oporteat, quod & Accurs. noster ad præcedétem legem adnotauit. Extra conuentionem aliud est *l. Iulianus 13. § si fructibus inf de action. emp.*

b *Sed & ad exemplum vēditionis.* Ratio dubitādi. Absurdum est plus iuris habere legatarium quàm heredē aut ipsum testatorem si viueret *l. aliud est 160. §. 1. de reg. iur.* Atqui non potuisset testator cōductorem expellere. Adeoq; nec heres ipsius *l. viam veritatis 10. C. de locat.* Nisi in casibus certis, de quibus in *l. ede 3. eod. tit.* Ergo nec legatarius vsusfructus poterit qui ab ipso locatore ius habet, quemadmodū & fructuarius tenetur stare seruituti impositę à proprietario *l. si pendentes 27. § pen. & vlt. supr. hoc tit.*

Dec. Is cui vsusfructus legatus est non est iuris successor, vt nec alius quilibet legatarius, sed singularis *l. quadam 9. §. nihil interest 5. de edend. §. legatariis Instit. de testam. ordin.* In quem proinde iura defuncti non transeunt nec actiua nec passiua *l. vlt. C. de heredit. action. iunct. l. 1. § si heres 3. ad SC. Trebell. l. vlt. in prin. de contr. empt.* Non igitur obligatus esse potest ex cōtractu defuncti si nulla ex eo nasci potuit actio nisi personalis quę numquā sequitur singularem successorem nec eum quidē qui causam habeat lucratiuam *d. § si heres & l. aris alieni 15. C. de donat.* Aliud est si res ipsa fructuaria onere aliquo reali sit affecta, vt in *d. l. si pendentes 27. § pen. & vlt. 5.* Potest ergo fructuarius conductorem expellere non minùs quàm emptor, Nisi aliud specialiter conuenerit *l. emptorem 9. C. de locat.* Fructus enim rei venditæ etiā qui maturi iam tùm fuerunt ad emptorē pertinent *d. l. Iulianus 13. §. si fructibus De act. empt.* Intelliguntur tamen excepta illa tam in venditione quàm in vsufructu, scilicet vt & emptor & fructuarius colono stare teneantur si specialiter actum fuerit vt pensiones & emptori cedant, & fructuario, quandoquidem non possunt deberi pensiones nisi propter locationem quā proinde ratā manere necesse est, vt ex ea pēsiones debeātur. Iunge *l. si cùm fundum 68. 5 de cōtr. empt.*

2 ¶ Cæsæ harundinis: vel pali compendium, si in eo quoque fundi vectigal esse consueuit, ad fructuarium pertinet.

Ad §.2. Casæ harundinis.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. item si fundi 9. §. vltim. sup. hoc tit.* vbi diximus. Obserua autem verba illa *si in eo quoque fundi vectigal esse consueuit*, non ita esse accipienda quomodo accipit Accursius, quasi fundus hic vectigal aliquod debeat alij fundo aut huic alius, Sed sic potiùs acsi scriptum esset *si fundi reditus in eo quoque constitui solebat, vt casæ harundinis vel pali compendium ex eo perciperetur*, vt in *d. l. item si fundi §. vltim.* Sed Accursium fefellit corrupta lectio quæ sic habet *in eo quoque fundo*. Legendum enim est, vt Florentiæ *si in eo quoque fundi vectigal esse consueuit.*

60. PAVLVS libro 5. Sententiarum.

CVIuscunque fundi vsufructuarius prohibitus, aut deiectus, de restitutione omnium rerum simul occupatarum agit: sed & si, medio tempore[a] alio casu interciderit vsusfructus: æquè de perceptis anteà fructibus vtilis actio tribuitur.

Ad l. Cuiuscunque 60.

Ratio dubitandi. Interdictum Vnde vi fructuario quidem competit, adeoq; necessarium est siue prohibitus sit ingredi fundum fructuarium siue de fundi possessione deiectus sit, cùm vtroque casu prohibeatur vti frui vsufructu fundi *l. 3. §. Vnde vi interdictum* (est enim ab iis verbis inchoandus *§. non ab illis, In id quod peruenit ad eum qui prohibuit*, quę omnino reiicienda sunt in *§. præcedentem*) *infr. vnde vi.* Atqui certum est interdictum illud ad res mobiles non pertinere *l. 1. §. illud vtique 6. eod.* vbi dicitur pro rebus mobilibus vi ereptis comparatas esse alias proprias actiones, scilicet furti, vi bonorum raptorum & Ad exhibendum, quas fructuario quoque perinde competere nemo ambigit *l. inter omnes 46. §. si seruus infr. de furt. l. 2. §. in hac actione Vi bonor. rapt.* Ergo si fructuarius de fundi possessione vi deiectus sit, de solius fundi non etiam de aliarum rerũ omnium restitutione interdicto agere debet, quamuis omnes simul occupatæ fuerint.

Dec. Non competit quidem interdum Vnde vi pro rebus mobilibus separatim occupatis & vi ereptis, sed si quæ sint res mobiles in fundo vel in ædibus vnde vi quis deiectus est, etiam earum nomine interdictum competere certum est *d. §. illud vtique & § si fundus, 2. iunct. §. rectissimè d. l. 1. vnde vi.* quoniam hoc casu res mobiles tanquam accessoriæ sequuntur fundum pro quo principaliter interdictum exercetur. Frustra enim fit per plura quod per pauciora fieri potest saltem æquè commodè. Nec nouum est vt quædam accessoriè veniant in actionem quæ principaliter & per se non venirent. Nec enim attendi solent quæ fiunt tantùm per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. infr. De author. tutor.*

a *Sed si medio tempore.* Ratio dubitandi. Fructuarius non alios fructus suos facere potest quàm quos ipse percipiat *l. si fructuarius 13. §. infr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. qui scit 25. §. prætereà inf. De vsur.* Atqui nullos fructus percipere potest fructuarius ex quo vi deiectus est de possessione fundi. Ergo nec de fructibus illis agere potest etiamsi vsusfructus adhuc duret, Multò magis si alio casu, puta capitis diminutione aliqua vsusfructus interciderit. Quomodo enim amisso iam vsufructu actio aliqua siue de vsufructu siue propter vsumfructum superesse potest?

Dec. Interdictũ Vnde vi est restitutorium & ideò comparatum, vt omne id quod vi ereptum est restituatur, & omne damnum quod passus ille sit qui vi deiectus est *l. 1. §. qui vi deiectus est infr. vnde vi.* Ergo si fructuarius quia vi deiectus est, fructus percipere non potuerit, quos potuisset si deiectus non esset, quamuis posteà vsusfructus per capitis diminutionem interciderit, dicendum tamen est interdictum quidem ei non competere summo iure, qui fructuarius esse desiit, sed tamen vtilem actionem in factum vice interdicti ei tribuendam esse de fructibus ante amissum vsumfructum perceptis, quando certum est fructuarium eos fructos fuisse percepturum, si vi deiectus non fuisset. Benè autẽ Azo verba illa *si medio tempore alio casu interciderit vsusfructus*, sic intelligit vt de eo vsufructu Paulus sentiat, qui non sit amissus non vtendo propter vim illatam, sed propter superuenientem capitis diminutionem. Nam si fructuarius amiserit vsumfructũ non vtendo propterea quòd vi deiectus sit habet interdictum Vnde vi ad hoc ipsum, vt restituatur vsusfructus si dominus ille sit qui vi deiecit, Aut vt præstetur quanti interest fructuarij si alius quàm dominus deiecerit *l. si plures 9. §. 1. & l. si de fundo 10. eod. tit. Vnde vi.* Verum enim est damnum amissi vsusfructus propter vim illatam accidisse: Aut cùm vsusfructus superueniente aliqua capitis diminutione amittitur, nihil habet commune amissio illa cum vi illata. & ideò cessante interdicto quod pertinet ad vsumfructum, necesse est agi actione vtili non ad vsumfructum restituendum aut ad damnum quod ex vi illata contigit, sed tantùm ad fructus perceptos ante amissum vsumfructum ab eo qui vim intulit, & quos percepisset fructuarius haberetque hodie amisso etiam vsufructu si vim passus non fuisset. Etsi enim cessant hoc casu verba interdicti, non tamen cessat æquitas, cùm verum sit vi deiectum aliquando fuisse fructuarium & ex ea causa damnum fructuum perpessum esse. Nec tantùm de perceptis fructibus tenetur is qui vim intulit, sed etiam de percipiendis, id est quos fructuarius, & verus possessor percipere potuisset si deiectus non fuisset *d. l. 1. §. non solùm 40. infr. Vnde vi & l. si de possessione 4. C. eod.*

1 ¶ Si fundus cuius vsusfructus petitur, non à domino possideatur, actio redditur. Et ideo si de fundi proprietate inter duos quæstio sit, fructuarius nihilominus in possessione esse debet[a]. satisque ei à possessore cauendum est, quòd non sit prohibiturus frui eum, cui[b]

vsusfru-

vsusfructus relictus est, quandiu de iure suo probet. Sed si ipsi vsufructuario[c] quæstio moueatur, interim vsusfructus eius offertur, sed caueri de restituendo eo, quod ex his fructibus percepturus est, vel, si satis non detur, ipse frui permittitur.

Ad §.1. Si fundus.

Ratio dubitandi. Alius non potest teneri actione De vsufructu quàm qui vsumfructum ipse constituit aut heres eius, Ne alioqui eueniat, vt ex conuentione inter alios facta alius obligetur, contra iuris regulam quæ non patitur res inter alios actas aliis nocere *tot. tit. Cod. int. alios act. aliis non nocere.* Atqui vsumfructum non alius constituere potest quàm qui verus dominus est, plenamque habet proprietatem, siquidem nec aliter constitui vsusfructus potest quàm per abstractionem & separationem à proprietate *l. quod nostrum 63 infr.* & nos diximus ad *l.1. supr. eod.* Ergo si fundus cuius vsusfructus petitur à non domino possideatur actio De vsufructu contra possessorem reddi non potest.

Dec. Actio De vsufructu, id est per quam vsusfructus petitur non in personam, sed in rem actio est siue confessoria illa sit, siue negatoria, cùm per eam fructuarius vindicet vsumfructum & suum esse dicat, vel ad alium pertinere neget *Tot. tit. si vsusfr. pet. vel ad alium pertin. neget. infr.* Nam & petitionis nomine specialiter sumpto vindicationes potissimùm significantur *l. pecunia 178. §. actionis infr. De verb. signific.* Atqui actiones in rem omnes sui natura competunt aduersus quemlibet rei possessorem *l. qui petitorio 36. iunct. l. officium 9. & l. vlt. supr. De rei vindic. l. pignoris 17. & l. si fundus 16. §. in vindicatione inf. De pignor.* Ergo & actio De vsufructu contra possessorem quemlibet. Competit enim pro vsufructu non modò debito, sed etiam constituto iam & acquisito *l.3. & pass. infr. si vsusfr. petet.* Non potest quidem vsusfructus constitui à non domino, sed tamen à domino constitutus, etiam à non domino detineri potest qui possideat fundum cuius vsusfructus petitur *l. vsufruct 5. §. verum autem eod. tit.*

a *Fructuarius nihilominùs in possessione esse debet.* Ratio dubitandi. Fructuarius licet dicatur possidere naturaliter *l. naturaliter 12. in princip. inf. De acquir poss.* propriè tamen non possidet *l. certè 6. §. is qui rogauit infr. De precar. l. penultim. infr. De acquir. poss.* Ergo si de proprietate fundi cuius vsusfructus petitor controuersia sit inter duos quorum alter possideat, non debet possessori sua auferri possessio, vt in fructuarium transferatur.

Dec. Aliud est possidere, aliud verò esse in possessione *l. si quis ante 10. eod. tit.* Vsusfructuarius propriè quidem non possidet quia possidere est sibi habere & animo domini quod in fructuarium cadere non potest, qui scit se non nisi alienæ rei fructum habere posse: sed tamen est in possessione saltem naturali *d. l. naturaliter.* Quomodo enim frui posset fructusque percipere si non esset naturaliter & verè in prædio? *d. §. is qui rogauit.* Cùm ergo inter duos cõtrouersia est de proprietate fundi, quorum alter fundum possidet, neuter verò controuersiam vsusfructus facit, debet nihilominùs esse fructuarius in possessione fundi vt possit vti frui, Cùm ex eo ius proprietatis non lædatur, quia nihil commune habet proprietas cum vsufructu, sicut neque cum possessione *d. l. pen.* iunct. *d. l. naturaliter 12. §.1. De acquir. poss.* Nec existimandum est ideò fieri duos eiusdem fundi possessores contra iuris regulas *l.3. §. ex contrario eod. tit. l. duo 19. infr. de precar* cùm fructuarius non sit possessor, vt diximus, sed tantùm in possessione. Nec enim permisceri oportet causam possessionis & vsusfructus *d. l. pen.*

b *Satisq; et à possessore cauendum est.* Ratio dubitandi. Non est quisquam onerandus superuacua cautione, & ex qua nullam vtilitatem sit ipse percepturus *l. hac stipulatio 14. §.1. infr. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Atqui si verum est quod modò diximus debere hoc casu fructuarium esse in possessione nullam vtilitatem possessor fundi percipere potest ex huiusmodi cautione, id est tametsi caueat quòd nõ sit prohibiturus frui eum cui vsusfructus relictus est, vt textus explicat, *quandiu de iure suo probetur.* id est, vt Accursius interpretatur, quandiu apparebit aut apparere poterit de iure possessoris. Nam si agens rei vindicatione probaret se dominũ esse fundi fructuarij, stipulatio inciperet esse inutilis in persona possidentis qui exinde habẽdus esset pro extraneo, vt ait Accursius, tanquã nihil omnino iuris habẽs in re fructuaria. Nisi malis intelligere supradicta verba *quandiu de iure suo probetur* pro eo ac si scriptũ esset *quandiu de fructuarij iure constabit,* hoc est quandiu durabit vsusfructus. Nec enim stipulationẽ pro vsufructu interpositã in tẽpus longius protrahi oportet quàm ius ipsum vsusfructus protrahatur. Finge post stipulationem interpositã periisse vsumfructum aut non vtendo aut capitis diminutione. Euanescet proculdubio stipulatio, arg. *l.1. §. si quis sub cõdicione. ĵ. vt legat. seruand. caus. l. si legati 56. de legat. 1.* Et hæc sanè interpretatio mihi magis placet, de qua nec quisquã dubitabit qui legat vt Florẽtiæ *quandiu de iure suo probet,* nõ quomodo apud Accursium *probetur.* Qua dictione retenta nõ possent hæc verba referri ad fructuariũ quin pro *suo* reponeretur *eius,* vt bona esset grammatica. Nec est contrarium quod ait Accursius tractari in hoc versic. casum illũ quo nulla fiat fructuario de vsufructu controuersia. Quasi eo casu nihil probandum habeat de iure suo. Nam cùm vsusfructus certis modis finiatur, nihil vetat illud ipsum ius fructuarij quod stipulationis tẽpore certum fuit, postea extingui & finiri. Ideoq; benè Paulus sic loquitur *quandiu de iure suo probet,* vt & in *l. pen. ĵ. de aqua quotid. & æstiu.* non quomodo interpretatus videtur Accursius *quousq; de iure suo probet.* Dictio enim *quandiu* denotat præsens ius & præsentem eius iuris probationem, sed quæ tamen postea aliquo casu & tempore possit intercidere. Dictio autem *quousque* futurum ius aut saltem futuram præsentis iuris probationem, necdum competentem. Proinde debuerat Paulus scribere *quandiu de iure suo non probet,* si Accursij sensum habuisset. Cæterùm siue hoc siue illo modo legas & intelligas eadem semper est ratio dubitandi.

Dec. Prodest hæc cautio possessori ad hoc vt possessor remaneat quamuis fructuarius non eo minùs sit in possessione. Alioqui transferenda esset possessio non quidem in fructuarium, sed in petitorem qui paratus esset pati fructuarium vti frui. Aliud autem est possidere, aliud esse in possessione, vt modò diximus ex *l. si quis ante 10. ĵ. de acquir. poss.* Et hoc quoque Accurs. certè nõ intellexit.

c *Sed si ipsi vsufructuario.* Ratio dubitandi. Nihil commune habet causa proprietatis cum vsufructu *l. permisceri. penult. inf. de acquir. possess.* Ergo si interduos controuersia sit de proprietate fundi cuius vsusfructus legatus est, quamuis fructuario fiat controuersia, nulla tamen ratio est cur differri debeat quęstio De vsufructu. Præsertim cùm actio illa De vsufructu perinde competat aduersus possidentem non dominum, atque aduersus dominum possidentem. Et lis de proprietate non red[...] at incertam causam possessionis nec personam possidentis, quandoquidem ante omnia constituendus est certus possessor adhoc vt rei vindicatio institui possit *l. si qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. s. de rei vindic.*

Dec. Cùm inter duos controuersia est de proprietate, & nihilominùs fructuario quoque fit controuersia vsusfructus, non potest fructuarius extorquere aut restitutionem vsusfructus aut cautionem illam, de qua proximè diximus, antequam probet vsumfructum ad se pertinere. Prius enim est vt actor suam intentionem impleat, quàm vt possit vincere *l. 4. Cod. de edend. l. vltim. [...] de rei vindic. l. 2. inf. vti possid.* Interim igitur necessariò differtur, (sic enim legendum est, vt apud Accursium & Haluandrum non vt vulgo *Offertur*) non quidem quæstio De vsufructu, sed vsusfructus ipse: nec quicquam causæ est cur pendente lite prohibeatur possessor fructus percipere, cùm non debeat iste incognito priuari commodo suæ possessionis, sed in eo statu manere in quo fuit initio litis institutæ *d. l. qui petitorio 36. & l. vltim. de rei vindic. sup. l. memor. 4. C. si seruus export. ven.* Et satis abundeque consulitur fructuario, si satisdetur ei à possessore de restituendo omni eo quod possessor ex fructibus percepturus sit, vt remedio cautionis indemnitati eius prospiciatur, totaque hæc difficultas, vt alibi sæpe, accidit, cautionibus expediatur, vt in *l. si bona fide 25. supr. de rei vindic. l. [...] si heres ad SC. Trebell. [...] item si cùm 14. §. quatenus supr. quod met. caus.* Vicissim igitur cauere debet fructuarius se interim non vsurum, vt in *d. l. penultima. infr. De aqua quotid. & æstiu.* Quòd si satis non detur fructuario, ipse fructuarius frui permittitur, vt Paulus subiicit. Transfertur scilicet in eum possessio, quamuis non ita possidendi quàm fruendi causa, in pœnam scilicet non præstitæ cautionis: quæ hoc casu arbitrio iudicis ex æquitate interponitur *§ præterea Institut. De action.* non minus quàm officio iudicis in iudiciis bonæ fidei *l. in omnibus [...] supr. de iudic.* Iunge *d. l. pen. infr. de aqua quotid. & æst.*

63. NERATIVS libro 2. Responsorum.

VSusfructuarius nouum riuum parietibus non potest imponere. Ædificium inchoatum, fructuarium consummare non posse, placet: etiamsi eo loco aliter vti non possit: sed nec eius quidem vsumfructum esse. Nisi in constituendo, vel legando vsufructu, hoc specialiter adiectum sit, vt vtrumque ei liceat.

Ad l. Vsusfructuarius 61.

Putat Iacobus Cuiacius eandem esse huius loci sententiam quæ est *l. vsufructuarius 44. s. hoc tit.* ideoque locum hunc sic emendandum esse, vt pro *riuū* legamus *tectorium.* Nec est improbabilis correctio, cùm vterq; locus sit Neratij, & de parietibus loquatur quibus tectorium potest & solet imponi nō riuus, Nisi riuum intelligas cum Accursio & Russardo pro genere quodam stillicidij. Sed ego Cuiacij emendationē magis probo: itaq; ratio dubitandi & decidēdi ad hāc legē eadē ponēda est quę ad *d. l. 44.*

a *Ædificium inchoatum.* Ratio dubitandi. Cui aliquid conceditur cætera etiam omnia concessa esse videntur sine quibus concessio illa foret inutilis *l. 2. s. de iurisd. omn. iudic. l. ad legatum 62. l. ad rem mobilem 56. de procur.* Ergo si cui legatus sit vsusfructus ædificij inchoati, quo non aliter possit vti fructuarius quàm si ædificium inchoatum perficiat, dicendum est perficere ei licere, Ne alioqui legatum sit inutile. Nam & eadem ratione fit, vt si non aliter frui possit ædibus aut fundo quàm si aditum habeat, aditus quoq. præstandus ei sit; quamuis de eo nihil testator dixerit *l. 1. §. sed si vsusfructus & seq. s. si vsusf. petat.* Imò quod magis est si vsufructu legato testator adimatur, expressa voluntate ademptio inutilis est, quia semper & necessariò iter sequitur vsumfructum *d. l. 1. §. 1. vers. item si vsufructu.* Vsusfructus enim sine quibusdam adminiculis quibusdam indiget sine quibus vti frui quis non potest, inquit Vlpianus in *d. §. 1. in princ.*

Dec. Aliud est tueri fructuarium quod acceperit, Aliud verò nouum quid facere. Prius licet, Posterius nō licet *d. l. vsufructuarius 44. s.* Nec enim potest res illa noua quę à legatario facta est, eadē illa videri cuius vsusfructus legatus est. Quomodo argumentatur African. in *l. qui vsumfructum 36. in princ. s. eod.* Et hoc est quod hic subiicit Neratius *sed nec eius vsumfructum esse.* Longeq; aliud est, Aliquod adminiculū petere fructuarium, vt possit vti frui ea re cuius vsusfructus ei legatus est. Aliud verò mutatæ rei & alterius q[uam] cuius vsusfructus legatus sit vsumfructū vindicare, quod tamen hic contingeret. Subiicienda tamen exceptio est, quam Neratius non prætermisit, Nisi in constituendo vel legando vsufructu hoc specialiter adiectum sit, vt vtrumque ei liceat, Quis enim dubitet voluntatem testatoris sequendam esse: *l. si extraneo 46. §. 1.* vbi diximus *s. eod.* Ergo vt benè Accursius infert non inspicimus quid testator facturus fuerat, sed quid à fructuario fieri posse voluerit. Quamuis in aliis quibusdam casibus contrà obseruetur, vt in *l. vel vniuersorum 13. & l. si seruos 25. infr. de pignor. act.*

62. TRYPHONINVS libro 7. Disputationum.

VSufructuarium venari in saltibus, vel montibus possessionis probè dicitur: nec aprum, aut ceruum, quem ceperit, proprium domini capit, sed fructus aut iure (ciuili), aut gentium suos facit.

Ad l. Vsufructuarium 62.

Ratio dubitandi. Venatio non est in fructu nisi fructus in venatione consistat *l. venationem 26. infr. De vsur.* Ergo non potest vsusfructuarius venari nec qui-

ne quidem in saltibus & montibus, Nec si aprum aut ceruum quem ceperit proprium sibi facit, sed proprium domini ad quem proprietas fundi pertinet.

Dec. Aut fructus fundi ex venatione consistit, aut non, si consistit, nemo dubitat quin non tantùm venatio ipsa, sed etiam venationis reditus in fructu sit *d. l. venationem l. item si 9. §. aucupiorum supr. De vsufr.* atque ita hunc locum intelligit Accursius, & ad casum illum restringit. Aut non consistit fructus fundi ex venatione. Et tunc licèt venatio non sit in fructu nec proinde aut reditum vllum ex venatione percipere fructuarius possit, aut venantem dominum prohibere, quomodo posset si reditus fundi ex venatione consisteret, ipse tamen venari in saltibus & montibus potest, id est in iis locis in quibus non potest venatio damnum adserre proprietati, & in quibus etiam extraneus qualibet venari posset dum ne possessionem ingredi à domino prohiberetur *§. feræ igitur bestiæ. Instit. De rer. diuis. l. 1. §. 1. l. 2. & 3. infr. de acquir. rer. domin.* In hoc autem plus iuris habet fructuarius quàm extraneus quilibet quod à domino etiamsi maximè is præuiderit prohiberi non potest ne fundum ingrediatur cùm naturaliter possideat fundum fructuarium *l. naturaliter 12. in princip. ī. de acquir. possess.* & eum ad fruendum necesse sit esse in prædio *l. certè 6. §. is qui rogauit infr. de precar.* Ergo quem ceruum vel aprum fructuarius quoquomodo ceperit, non faciet propriũ domini sed suum, Aut iure ciuili si vsusfructus fundi ex venatione constet, quo casu cepisse videbitur tanquam fructuarius, Aut iure gentium si fructus fundi ex venatione non constet, quo casu cepisse videbitur tanquam extraneus quilibet, iure siquidem gentium & naturali ratione euenit, vt quod anteà fuit nullius fiat primi occupantis *d. l. 2. & 3. De acquir. rer. domin.* Itaque distinctio illa, vtrum fructus fundi ex venatione constet an non, ad illam quæstionem non pertinet, Cuius aper aut ceruus factus sit quem fructuarius ceperit, sed ad illam duntaxat, An ciuili an gentium iure fructuarius eum ceperit, De quo solo in hac lege quæritur: ad quam proinde hæc Accursij distinctio sumpta, ex *dict. leg. venationem*, accommodari nullomodo potest. Benè igitur Tryphoninus ait fructuarium suos fructus facere, *aut iure gentium aut iure ciuili*, quos per venationem ceperit.

1 ¶ Si viuariis inclusæ feræ in ea possessione custodiebantur, quando vsusfructus cœpit: num exercere eas fructuarius possit, occidere non possit? aliàs si quas initio incluserit operis suis, vel post sibimet ipsæ incederint, delapsæve fuerint, hæ fructuarij iuris sint? commodissimè tamen, ne per singula animalia facultatis fructuarij, propter discretionem difficilem, ius incertum sit sufficit eundem numerum per singula quoque genera ferarum, finito vsufructu, domino proprietatis adsignare, qui fuit cœpti vsusfructus tempore.

Ad §. 1. Si in viuariis.

Ratio dubitandi. Non potest fructuarius deteriorem facere proprietatis condicionem *l. si cuius 13. §. fructuarius supr.* Ergo neque occidere feras in viuariis inclusas tempore constituti & traditi vsusfructus, sed tantùm exercere. Quod verò ad alias feras pertinet quas fructuarius ipse operis suis incluserit, aut quæ posteà sibimetipsæ inciderint aut delapsæ fuerint, Non videntur posse fructuarij iuris esse, cùm initio constituti vsusfructus nondum fuerint viuariis inclusæ, atque ita certum sit non esse illas ex earum numero quarum vsusfructus constitutus fuit, quod vnum inspiciendum est cùm quæritur de iure vsusfructus *l. qui vsumfructum 36. in princip. & l. prox. supr.* Ergo ad fructuarium pertinere debent feræ illæ posteà inclusæ, & quidem proprietati non vsusfructus iure, & proinde finito vsufructu nullas ex iis restituendas esse.

Dec. Non habet proprietarius quod conqueratur si modò per singula quoque genera ferarum idem numerus domino proprietatis finito vsufructu assignetur, Vt interim liberum sit quas velit non tantùm exercere, sed etiam occidere ex illis quarum vsusfructus legatus fuit. Maximè verò si ab aliis quæ posteà inclusæ vel delapsæ sunt dignosci facilè non possint. Est enim certè discretio difficilis, Et alioqui per singula momenta singulaq; animalia ius facultatis fructuarij erit incertum, quod non modò esset incommodum, sed etiam iniquũ. Similis ratio affertur à Papiniano in *l. peregrè 44. §. quæsitum inf. de acquir. possess.* Nec nouum est vt propter difficultatem discretionis aliquid fiat quod alioqui non fieret, vt Accursius hîc notat ex *l. item si fundi 9. §. sed si insula supr. hoc titul. l. nam etsi fur. 13. §. 1. infr. si cert. petat. l. si pœna 19. §. 1. De condict. indeb. l. si aliem 78. infr. De solut.* Sunt qui obseruent in hoc §. Tribonianismum à quibus non facilè dissentio qui Tryphonini elegantiam in his interrogatiunculis, & responsione minùs benè concinnata nullam animaduerto, licèt quod ad iuris rationem attinet, nihil sit in huius §. sententia improbandum.

63. PAVLVS libro singulari de Iure singulari.

QVod nostrum non est, transferemus ad alios: velut is, qui fundum habet, quamquàm vsumfructum non habeat, tamen vsumfructum cedere potest[a].

Ad l. Quod nostrum 63.

Ratio dubitandi. Nemo plus iuris in alium trãsferre potest quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 54. de regul. iur. l. traditio 20. infr. De acquir. rer. domin.* Ergo fieri nequit vt quod nostrum non est transferamus ad alios, Nec proinde vt qui fundum habet, id est plenam fundi proprietatem vsumfructum constituat quem ipse nec habet, nec habere potest, cùm nemo re sua vtatur fruatur *l. vti frui 5. infr. si vsufr. pet.* Nemo enim dat quod non habet *dice la campana di San Petro*, Inquit Bart. ad *l. si vniuersa 15. C. de legat.*

Dec. Vsusfructus non potest constitui nisi per abstractionem & separationem à proprietate, vt diximus ad *l. 1. & 3. supr. hoc tit.* Non potest autem fieri vt abstrahatur à proprietate nisi quæ sit plena,

Et consequenter dicendum est vel constitui vsumfructum nullomodo nullóque casu posse, vel ab eo constituendum esse, qui vsumfructum non habeat, sed plenam proprietatem. Quamquam dici etiam illud potest in plena proprietate quæ vsumfructũ causalem, vt loquuntur, quasi partem integralem continet etiam formalem, vt vocant contineri, non quidem formaliter, sed eminenter & virtualiter, vt philosophi solent dicere, cùm ex causali formalis fiat, nec tam re ipsa quàm ratione ab eo distinguatur. Est enim commune vtrique vt emolumentum rei contineat *l. Mænius 66. §. fundo de legat. 2.* Vnde & portionis instar obtinere dicitur in *l. cùm filius 76. §. docuimus eod.* & partis dominij *l. 4. l. si Titio 33. §. 1. s hoc tit.* iunct. *l. si cùm argentum 21. § si fundum inf de except. rei iudic. l. qui vsumfructum 58. de verb. oblig.* Neque tamen in hoc solo casu euenit vt quis in alium transferat dominium, quod non habet. Id enim accidit tùm quoque cùm creditor pignus distrahit iure creditoris, quia distrahit ex domini voluntate *Instit. quib. alien. licet vel non l. qui à creditore 18. & tot. tit. C. de distract. pignor.* sicut è contrario euenit interdum vt qui dominus est transferre dominium non possit puta lege aliqua prohibente, vt in fundo dotali aut pupilli aut furiosi aut prodigi aut alterius si quis est cui lex aut Prætor inhibeat alienationem *l. 1. & tot. titul. j. De fund. dotal. l. si ab eo 12. infr. De vsucap.*

a *Tamen vsumfructum cedere potest.* Ratio dubitandi. Vsusfructus, cedi extraneo non potest, & si cedatur amittitur fructuario, nec eo magis tamen in cessionarium transfertur, sed ad proprietatem reuertitur *l. si vsusfructus 66. infr. de iur. dot. §. finitur Instit. hoc titul.*

Dec. Non potest cedi vsusfructus formalis iam constitutus nisi domino, Ea scilicet cessione quæ fiebat olim in iure, & erat vnus ex modis sex transferendi dominij iure Quiritium, Apud Vlpianum in *Fragment. tit. 19. de acquisit. rer.* Sed potest cedi & transferri vsusfructus nondum constitutus ad hoc vt constituatur, & ex causali fiat formalis, quomodo proximè diximus. Et ita locus hic intelligi debet, non quomodo à quibusdam accipitur de domino nudæ proprietatis, vt in *l. si dominus 72. infr. hoc tit.* Etsi enim verum est etiam nudæ proprietatis dominum posse vsumfructum legare, quod certè difficilius tamen ne dicam mirabilius est. Id tamen ita debet intelligi, vt eo demùm casu valeat legatum quo vsusfructus ad proprietatem redierit, vt illa lex ait. Sed tamen illud quoque verum est, Eum qui cùm sit plenæ proprietatis dominus vsumfructum alicui constituit transferre in alium id quod non habet. Nec est cur ad huius legis exemplum conquirendum ad nudæ proprietatis dominum qui vsumfructum legauerit confugiamus. Nec illud etiam probare possum quod quidam putant tractari in hac lege de cedendo vsufructu eo planè modo qui extat in *l. si infantu 55. supr.* Quasi non incipiat vsusfructus eo tempore quo constituitur, sed tunc tantùm cùm redit ad proprietatem. Nihil enim est quod ad constitutionem & acquisitionem vsusfructus expectari debeat, cùm vsusfructus constituitur à domino, siue plenæ siue nudæ proprietatis si de ipso vsusfructus iure agamus, Non magis quàm si infantis vsusfructus legatus sit, Sed vtilitas tantùm differtur huius iuris, & aliqua esse incipit cùm dominus nudæ proprietatis vsumfructum acquisiit, aut infans eam ætatem excessit *d. l. leg. si infanti*; vbi *fructum* dixit Iurisconsultus non pro iure ac seruitute vsusfructus, sed pro commodo & vtilitate rei fructuariæ. At cùm dominus plenæ proprietatis vsumfructum constituit, qui propriè casus est quem nos tractamus, non tantùm ius vsusfructus, sed etiam commodum & emolumentum omne exinde pertinet ad fructuarium, nec vlla aut condicione, siue expressa, siue tacita, aut mora suspenditur.

64. VLPIANVS libro 51. ad Edictum.

CVm fructuarius paratus est vsumfructum derelinquere, non est cogendus domum reficere, in quibus casibus & vsufructuario hoc onus incumbit. Sed & post acceptum contra eum iudicium parato fructuario derelinquere vsumfructum, dicendum est absolui eum debere à iudice.

Ad l. Cùm fructuarius 64.

Ratio dubitandi. Nemo potest mutare consilium in alterius fraudem & iniuriam *l. nemo potest 75. De regul. iur.* Ergo qui vsumfructum sibi acquisiuit siue ex causa legati, quod agnouerit, siue ex propria stipulatione aliáve conuentione qualibet non potest vsumfructum posteà derelinquere vt se liberet ab iis oneribus quæ ad fructuarium pertinent quòd non nisi in fraudem & iniuriam proprietarij hoc facere videatur. Et ab initio præuidere debuerit ac prospicere hoc euenire posse, vt ait Vlpianus in *l. si quis domum 9. §. idem quærit inf. locat.* Sera siquidem repudiatio esse solet iuris iam acquisiti *l. 1. §. decretalis j. de success. edict.* etiam cùm de legato agitur *l. Titia 34. §. Lucia de legat. 2.* non minùs quàm cùm de hereditate *l. 4. C. de repud. vel abstin. hered.*

Dec. Qui vsumfructum derelinquit vt euitet onera quæ fructuarium sequi solent, plus præstat quàm debeat *l. vt cum quo 7. in fin. de aqua & aquæ plu. arcend.* & consequenter id ipsum facit quod debet, Cùm in eo quod plus est, etiam id quod minus est contineatur *l. in eo 110. de regul. iur.* sicuti solemus dicere de eo qui ante diem soluit quod non nisi post diem debuit *l. eum qui 15. infr. de ann. legat.* Et sanè si animalia nostra quæ noxam commiserunt non vltrà solent nos onerare quàm vt noxæ ea dedamus, vnde & noxales actiones comparatæ sunt *l. 1. infr. de noxal. act.* Multò magis ea quæ anima carent, non vltra onerare nos debent, vt idem Vlpianus noster ratiocinatur in *l. Prætoris 7. §. hoc edictum infr. de damn. infect.* Ergò si vsufructuarius paratus sit vsumfructum derelinquere ne domum reficiat illo etiam casu quo refectionis onus ei incumbit, non ideò potest videri quicquam facere dolo malo & in fraudem vel iniuriam proprietarij, cùm iure suo vtatur *l. si duorum 52. infr. de act. empt.* nec iuris executio iniuriam habeat *l. iniuriarum 13. §. 1. infr. de iniur.* iunct. *l. si absente 48. versic. sed si paratus supr.* Denique generale est, vt quoties ad onus aliquod

quis

quis tenetur propter rem liceat ei rē derelinquendo se liberare, vt diximus ad *d. l. si absente.* Non tamen simile est quod Accursius noster pro simili adducit ex *l. 2. §. hoc interdicto non tenetur 37. & seq. infr. ne quid in loc. public.* Ibi enim non quidem tenetur interdicto, directo is qui viam quam corrupit reliquit & pro derelicto habuit, quoniam, vt lex ait, non habet opus quod fecit, sed tamen tenetur interdicto vtili, vt ibidem subiungit Vlpianus quia fecit, & corrupit. Hic autem nullomodo tenetur fructuarius qui vsumfructum derelinquit, nec si eius absentis nomine proprietarius aliquem sumptum fecerit, sed absoluendus est etiam ab actione negotiorum gestorum *d. l. si absente.* Iunge *l. quod si nolit 31. in princip. infr. de adilit. edict.* Idemque est etsi post acceptum iudicium paratus sit fructuarius vsumfructum derelinquere: Licet enim iudicium accipiendo nouam obligationem contraxisse videatur quia in iudicio quasi cōtrahitur *l. 3. §. idem scribit. infr. de pecul. l. delegare 11. §. 1. De nouat.* quæ noua ad hunc locum dubitandi ratio erat, Illa tamen noua quoque obligatio non nisi propter vsumfructum est, Quidni ergo vsumfructum derelinquendo audietur & absoluetur?

65. POMPONIVS libro 5. ex Plautio.

SEd cùm fructuarius debeat, quod suo suorúmque facto deterius factum sit reficere: nō est absoluendus, licet vsumfructum derelinquere paratus sit: debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, & ipse facere.

Ad l. Sed cùm fructuarius 65.

Ratio dubitandi: Plus præstat quàm debeat fructuarius, qui vsumfructum derelinquit, vt diximus ad legem præcedentem ex *l. si cum quo 7. in fin. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Ergo etiamsi facto ipsius deterior facta sit res fructuaria, perinde tamen absolui debet, si vsumfructum derelinquere paratus sit, Ne alioqui propter vsumfructum in plus onereretur quàm quanti vsusfructus ipse est.

Dec. Vsusfructuarius omne id quod diligens paterfamilias in sua domo facit, debet & ipse in re fructuaria facere. Id enim demùm est vestrui arbitrio boni viri. Ergo debet reficere quicquid suo suorumque facto deterius factum est in re fructuaria, vt de emptore quoque in causa ædilitij edicti proditum est in *l. Ædiles 25. §. 1. infr. de adilit. edict.* Neque hoc casu propter vsumfructum oneratur fructuarius, sed propter factum suum & suorum, quod vtique præstare ille debet. Factum enim cuique suum nocere debet non alteri *l. factum 155. De regul. iur.*

1 ¶ Non magis heres reficere debet, quod vetustate iam deterius factum reliquisset testator, quàm si proprietatem alicui testator legasset.

Ad §. 1. Non magis.

Ratio dubitandi. Heres non minùs præstare debet factum defuncti quàm suum proprium *l. cùm à matre 14. C. de rei vindic. l. venditrici. 3. C. de reb. alien. non alienand. l. post mortem 25. supr. de adopt.* Atqui si fructuarius ipse passus esset rem fructuariam vetustate fieri deteriorem ob non factas impensas necessarias per quas fieri potuisset ne deterior res fieret, reficere illum cogitur, adeò vt nec audiri debeat si ad se liberandum derelinquere vsumfructum paratus sit, vt proximè diximus. Ergo & quod vetustate iam deterius factum testator reliquerit, reficere heres debet.

¶ Dec. Præstat quidem heres factum defuncti quod defunctus ipse præstare alij deberet, quòd eadem heredis quæ defuncti persona esse existimetur *Nouell. De iuretur. à mor. præst. in princ.* Sed non debet præstare legatariis, quibus nihil vnquam defunctus debuit. Obligatio enim legatorum incipit ab herede *l. hereditariarum 40. infr. De oblig. & action.* cum nihil aliud sit legatum quàm donatio quod pertinet ad testatorem *l. legatum 36. De legat. 2.* De rebus autem donatis quæ ante donationem perfectam deteriores factæ sint apud donatorem ipsum nulla potest actio competere. Vnde etiam est quod ad res donatas edictum Ædilium non pertinet, ne eo casu donatot liberalitatis suæ pœnam patiatur, Inquit *l. ad res donatas 64. infr. de Ædilit. edict.* Bonique debet consulere legatarius quod ex liberalitate testatoris vsumfructum habeat rei qualisqualis est etiamsi deterior sit cùm versetur ipse in mero lucro quod etiam abiicere ac repudiare si libet, licet, Nemo enim legatum agnoscere cogitur præsertim quod suspicetur sibi futurum oneri magis quàm commodo *l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de legat. 1. l. ei qui 13. de condic. instit.* Nisi in casu *l. sed duobus 5. De legat. 2.* Sed hæc ita nisi testator aliud iusserit. Nam si præcepetit heredi vt ædificium cuius vsumfructum legatum voluit reficeret, voluntas eius sequenda erit *l. si extrante 46. §. 1. supr.* Nec distinguimus an proprietatem, an vsumfructum testator legauerit. Non enim hac parte plus iuris habet legatarius proprietatis quàm is cui vsusfructus legatus est. Certè nec minùs. Quo igitur iure peteret fructuarius cogi heredem domum vetustate iam factam deteriorem reficere, quod nec proprietatis legatarius petere posset? Sic enim argumentatur Vlpianus à proprietatio ad fructuarium. Idq; adeò verum est, vt si quas impensas fecisset heres ad meliorandam rem quam testator deteriorem reliquisset, & quam alij ex causa fortè fideicommissi restituere iussus esset, haberet ille eo nomine non modò retentionem, sed etiam condictionem soluto integro per errorem fideicommisso *l. domus hereditarias 58. cum seqq. De legat. 1. l. qui exceptionem 40. §. si pars infr. De condict. indeb. l. mulier 21. §. sed etiam vers. sed & ipse infr. ad SC. Trebell.* Aliud est in eo qui ædes factas iam deteriores locauerit, & quæ indigeant refectione vt iis frui conductor possit. Onus enim talis refectionis ad locatorem non ad conductorem pertinet *l. ex conducto 15. §. 1. infr. locat.* Nimirum quia conductor causam habet onerosam, non vt legatarius lucratiuam.

66. PAVLVS libro 47. ad Edictum.

CVm vsufructuario non solùm legis Aquiliæ actio competere potest, sed & serui corrupti, & iniuriarum, si seruum, torquendo, deteriorem fecerit.

Ad l. Cum vsufructuario 66.

Ratio dubitandi. Legis Aquiliæ actio non competit nisi domino *l. liber homo 13. in princ. & §. si seruus. & pass. infr. ad leg. Aquil.* sicut nec actio serui corrupti *l. 1. & pass. de seru. corrupt.* Nec iniuriarum *l. item apud Labeonem 15. §. si vsumfructum antep. infr. de iniur.* Atqui fructuarius non est dominus *l. falsus 43. §. vlt. infr. de furt.* Ergo fructuario nulla ex his actionibus competere potest, Contrà quam in hac lege scriptum sit si cum Accursio & vulgata editione legas *Vsufructuario*, non vt Florentiæ *cum vsufructuario.*

Dec. Non quidem directa actio legis Aquiliæ aut serui corrupti competit fructuario, Ratione illa quam attulimus quòd non sit dominus, sed vtilis tamen danda est, quia quod ad ius percipiendorum fructuum attinet domini loco est *l. ita Mela 11. §. vlt. & l. seq. infr. ad legem Aquil. l. si seruum communem 9. §. si in seruo. infr. de seru. corrupt.* In actione autem iniuriarum ahibenda distinctio est quæ ponitur in *dict. l. item apud Labeonem 15. § penult. De iniur.* An seruo fructuario illata sit iniuria in contumeliam proprietarij an fructuarij, vt hoc posteriore casu etiam fructuario iniuriarum actio dari possit: adeòque noxalis contra dominum ipsum. Nec enim debet esse deterior condicio fructuarij ob id solùm quod vsumfructum in seruo habeat vt ratiocinatur Vlpianus in *l. sed si vnius 17. §. si seruus 9. eod. tit.* Sed non puto hanc Pauli esse sententiam, Magisque probo Florentinam lectionem quæ habet, Cum vsufructuario non solùm legis Aquiliæ actionem competere posse, sed etiã serui corrupti & iniuriarum, vt Paulus loquatur de his actionibus non ipsi fructuario, sed contra fructuarium dandis. Hoc enim probant euidenter postrema illa legis verba *si seruum torquendo deteriorem fecerit*, quæ ad alium quam fructuarium referri non possunt. Igitur secundùm hanc lectionem Ratio dubitandi illa erit, quòd non sit deneganda fructuario modica castigatio in seruum fructuarium dum ne illum defotmet cicatricibus *l. locum 17. §. ex eo supr. hoc tit.* vbi dixi mus, sed decidendi hæc erit, quod soli domino permittenda sit plenissima coercitio *d. §. ex eo.* Non etiam fructuario qui cùm non sit dominus abstinere debet à grauiore iniuria ne nimia feritate & sæuitia seruum corrumpat, quod vtique facit qui eum immodicè torquendo facit deteriorem *l. sed si quid 15. § sufficienter. vers. & generaliter*, vbi dixi *supr. eod. dict. l. si quis seruum 9. §. si in seruo 3 de seru. corrupt.*

67. IVLIANVS libro primo ex Minicio.

CVi vsusfructus legatus est, etiam inuito herede, eum extraneo vendere potest.

Ad l. Cui vsufructus 67.

Ratio dubitandi. Vsusfructus est seruitus personalis, & dicitur cohærere personæ *l. 3. §. vlt. infr. quib. mod. vsufr. amitt.* ideoque nec cedi extraneo potest, & si quando cedatur nihil agitur *l. si vsufructum 66. §. de iur. dot. §. finitur. Instit. hoc tit.* Ergo non potest legatum sibi vsumfructum fructuarius vendere alteri; Præsertim herede inuito, cuius valde interest ne res fructuaria seruiat alteri quàm cui eam seruire testator voluit, Nec potest emptor dicere se fructuarium, non magis quàm legatarium, cùm de illo testator non cogitauit. Is enim demùm legatarius aut fideicommissarius est in quem testator voluntatis suæ intentionem direxit *l. cùm pater 77. §. donationis de legat. 2. l. si quis sub condicione 8. in fin. si quis omiss. caus. testam.* & dari pignori *l. vlt. infr. de vsur.* Cùm is qui precio fruitur etiam ipsa re fructuaria frui videatur *l. quia qui precio 39. supr. hoc tit.* Itaque ius ipsum vsusfructus totum residet in persona fructuarij eiusdémque venditoris, vt ipsius morte & capitis diminutione pereat, in emptorem verò nihil transit nisi perceptio fructuum *l. necessariò 8 §. vlt. infr. de peric. & commod. rei vend. dict. l. si vsufructus 66. in fi. de iur. dot.* Nihil ergo est quod impediat quominus hoc sensu possit fructuarius vsumfructum vendere aut alio quolibet modo in alium transferre *l. arboribus 12. §. vsufructuarius l. non vtitur 38.* vbi dixi *supr.* Aliud est in vsu, qui fit à fructu separatus. Nec enim is vendi potest *§. 1. Instit. de vsu & habit.* Aliud quoque ius in emphyteusi quam non potest emphyteuta vendere citra consensum domini, quem directum vocant, Alioqui res in commissum cadit ex Iustiniani constitutione quæ hoc specialiter induxit in *l. vlt. §. 1. Cod. de iur. emphyt.* De quo scripsimus aliquid ad *Tit. si ager vectig. vel emphyt. petat supr.* Et latius in posterioribus Decadibus Chiliadis nostræ De error. pragmat.

Dec. Cùm vsusfructus venditur, non tam ius ipsum vsusfructus vendi intelligitur, quàm commodum & emolumentum omne quod ex vsufructu ad fructuarium pertinet. Hoc ipsum enim fructus rei est vt possit emolumentum vendi, adeòque

68. VLPIANVS libro 7. ad Sabinum.

VEtus fuit quæstio, an partus ad fructuarium pertineret. sed Bruti sententia obtinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest, hac ratione nec vsumfructum in eo fructuarius habebit. Quid tamen, si fuerit [a] etiam partus vsusfructus relictus? an habeat in eo vsumfructum? &, cùm possit [b] partus legari, poterit & vsusfructus eius.

Ad l. Vetus fuit quæstio 68.

Ratio dubitandi. Quicquid ex re fructuaria nascitur, & inde percipi potest fructus ipsius est *l. item si fundi 9. in princ. sup.* Ergo partus qui nascitur ex ancilla fructuaria, fructus est ancillæ, ac proinde ad fructuarium pertinet.

Dec.

Dec. Absurdum est hominem esse in fructu hominis, cùm hominum gratia rerum natura fructus omnes comparârit *l. in pecudum 28. infr. de vsur.* Nec rursum facilè ad hoc comparantur ancillæ vt pariant *l. ancillarum 27. in princ.* vbi diximus *supr. de her. petit.* Proinde in partu ancillæ fructuariæ non potest fructuarius habere vsumfructum, sed ad proprietatium pertinebit partus pleno iure. Eaque fuit iam olim Bruti sententia quæ post multas prudentum disputationes tandem obtinuit, vt Vlpianus hic refert; Vbi tamen obseruandum est mendum subesse in illis verbis *fructuarium in eo locum non habere*, & pro *fructuarium* legendum esse *fructum* eo sensu quo Papinianus, Vlpianus, & alij passim solent *fructum* pro *vsufructu* dicere, Iunge *l. in his rebus 66. §. mancipia. solut. matrim. l. qui vas 48. §. ancilla. De furt. §. in pecudum. Instit. de rer. diuis.* Cæterùm quamuis partus in fructu non sit, causæ tamen appellatione contineatur, & extra tractatum huius legis, & illius quæstionis, de qua in *dict. §. ancilla*, de vsucapiendo partu ancillæ furtiuæ, eadem ferè in omnibus ratio est partus quæ fructuum, vt accessio sit & causa *l. præterea 20. §. de rei vindic. d. infr. de vsur. d. l. ancillarum, & sexcentis similibus.*

a *Quid tamen si fuerit.* Ratio dubitandi. Partus nullo casu potest esse in fructu propter eam rationem, quam proximè attulimus. Ergo nec si vsusfructus partus fuerit relictus, poterit fructuarius in eo habere vsumfructum.

Dec. Aliud longè est, Partum esse in fructu, quod nec volente testatore fieri potest, Aliud verò partus vsumfructum constitui. Potest enim testator si velit in partu, vt & in alia re qualibet vsumfructum constituere, sicut & ipsam partus proprietatem legare, quemadmodum hic Vlp. noster ratiocinatur. Omnium enim rerum quæ in bonis nostris sunt, vsusfructus legari potest *l. 1. infr. de vsufr. legat.* Nemo autem dubitat, quin partus ancillæ perinde sit in bonis nostris, atque ancilla ipsa. Hoc verò non videtur percepisse Accursius qui ad hunc versic. notat, Expressa prodesse contra iuris regulam quæ vult nocere potiùs, vt intelligamus prodesse nunquam, *l. expressa 195. De regul. iur. l. nonnunquam 52. de condic. & demonstr.*

1 ¶ Fœtus tamen pecorum [a] Sabinus, & Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere.

Ad §. 1. Fœtus tamen.

a *Fœtus tamen pecorum.* Ratio dubitandi. Solet in toto ferè iure eadem constitui ratio partuum qui ex ancilla nascuntur, & fœtuum qui ex cæteris animantibus, Omnes enim sunt accessiones, & augent hereditatem & causæ appellatione continentur *l. 2. infr. De vsur. l. item veniunt 20. §. item non solum. iunct. l. ancillarum 27. §. de petit. hered.* Ergo quemadmodum partus ancillæ fructuariæ ad fructuarium non pertinent, vt proximè diximus, Ita neque fœtus pecorum ad eum pertinebunt.

Dec. Differentia est hac parte maxima inter partus & fœtus. Partus enim non sunt in fructu. Fœtus sunt in fructu *d. l. qui vas 46. §. ancilla. inf. de furt.* Quicquid autem in fructu est ad fructuarium pertinet *l. item si fundi 9. in princ. & pass. supr. eod.* Videtur tamen ea res non caruisse apud veteres aliqua dubitatione, cùm Vlpianus hîc referat Sabinum & Cassium ita fuisse opinatos, Quasi diuersæ scholæ authores, id est, Proculiani; aut ex iis quidam aliter senserint, aut de eo saltem dubitauerint.

2 ¶ Planè, si gregis [a], vel armenti sit vsusfructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere: id est, in locum capitum defunctorum.

Ad §. 2. Planè si gregis.

a *Planè si gregis.* Ratio dubitandi. Fœtus pecorum ad fructuarium pertinent, vt modò diximus, qui proinde eos percipiendo suos facit *l. bonæ fidei 48. §. De acquir. rer. domin. l. 4. §. lana. De vsucap.* Nec rursus periculum rei fructuariæ ad fructuarium pertinet, sed ad proprietatium tanquam ad dominum *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. in fin. De reg. iur.* Ergo si gregis vel armenti vsusfructus legatus sit, & capita quædam deperierint sine culpa fructuarij, non est cogendus ex agnis gregem supplere, & in locum capitum defunctorum, vel inutilium alia summittere. Ne ita eueniat vt periculum fati de suo præstare videatur, dum suo damno præstat indemnem proprietarium. Nec enim hac parte similis est fructuarius bonæ fidei possessori. Nam bonæ fidei possessor percipiendo fructus facit eos suos non absolutè ac simpliciter, sed interim vt Paulus loquitur *in dict. l. bonæ fidei*, id est, quousque res ipsa sit euicta. Tunc enim eos restituere officio iudicis tenetur, Nisi eos aut consumpserit, aut vsuceperit. Quibus demùm casibus eos lucratur *l. 4. §. post litem. infr. Fin. regund. dict. l. 4. §. lana. De vsucap.* At fructuarius facit eos suos absolutè, ac sola perceptione *l. si fructuarius 13. infr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

Dec. Fructuarius facit quidem fructus suos, sed ita tamen vt boni viri arbitratu fruatur *l. item si fundi 9. in princip. supr.* Is demùm autem fruitur arbitrio boni viri, qui in re fructuaria facit ea omnia quæ diligens paterfamilias in re sua faceret *l. sed cùm fructuarius 65. supr.* Atquin boni ac prouidi patrisfamilias est in locum demortuorum, aut inutilium capitum alia summittere ac substituere, vt ex Columella notat Cuiacius *libr. 11. Obseru. cap. 36.* & ex loco illo Virgilij *Ne post amissa requiras Anteueni, & sobolem armentis sortire quotannis.* Neque enim recusare debet fructuarius, quominùs ea lege & condicione fruatur, qua vsumfructum nactus est *l. agri 18. supr. hoc tit.* Nec tam videtur hoc casu fructuarius de suo quicquam præstare, quàm minus fructuum percipere, *arg. l. penult. vers. sed ipsa res. infr. De impens. in rebus dotal. fact.*

69. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

VEl inutilium, alia summittere: vt, post substituta, fiant propria fructuarij, ne lucro ea res cedat domino. Et sicut substituta statim domini fiunt, ita propria quoque, ex natura fructus, desinunt eius esse. Nam alioquin quod nascitur, fructuarij est: &, cùm substituit, desinit eius esse.

Ad l. Vel inutilium 69.

Ratio dubitandi & decidendi eadem ferè quæ ad legem præcedentem, Nisi quod in capitibus gregis quæ non demortoa sunt, sed tantùm facta inutilia, maiorem dubitationem habere res videtur, cùm adhuc extent, & quandiu extant maneant propria proprietarij. Nec enim iustus modus est amittendi dominij quòd res aliqua inutilis fiat, Cùm nihil vetet habere nos aliquid etiam quod nobis inutile fit *l. pen. ℥ de seruit.* quamuis ea quæ nobis omnino inutilia futura sunt acquirere non possimus, quia nihil nostra interest *l. quoties 15 eod. tit.* iunct. *l. stipulatio ista 38. §. alteri. infr. de verb. oblig.* Rursum si capita inutilia remanent proprietarij, an non absurdum est in eorum locum alia substitui, quæ perinde futura sint proprietarij? Sic enim fiet vt duplici lucro adficiatur proprietarius, Duplici autem damno fructuarius. Sed decidendi ratio specialior, quantum ad capita gregis inutilia ex eo petenda est, quod cùm fructuarius in eorum locum alia capita substituit post factam substitutionem, sicuti ea quæ substituta sunt à fructuario fiunt proprietarij, Ita & ea in quorum locum alia substituta sunt, fiunt propria fructuarij, Ne lucro ea res cedat domino, qui sicut damnum sentire non debet propter fructuarium, Ita neque lucrum ex damno fructuarij *d. l. agri.* Fit igitur vtrumque ex natura fructus, vt hic scribit Pomponius, vt quemadmodum quod nascitur fructuarij est, & cùm substituit desinit eius esse, sic & priora capita in quorum locum substitutio fit hoc ipso desinant esse proprietarij, fiántque fructuarij quasi & ipsa vicissim substituta in locum substitutorum, eandémque proinde naturam induentia *l. sed quod inde 71. de legat. 2.*

70. VLPIANVS libro 70. ad Sabinum.

QVid ergo, si non faciat, nec suppleat? teneri eum proprietario, Gaius Cassius scribit libro decimo iuris ciuilis.

Ad l. Quid ergo 70.

Ratio dubitandi. Non facilè datur in alium actio ex eo solo quod aliquid non fecerit. Ne alioqui videatur is qui conuenitur vrgeri præcisè ad factum, quod numquam ferendum est *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. quoties quis alium 81.* iunct. *l. stipulationes non diuiduntur 72. de verborum oblig.* Atqui substituere capita in locum demortuorum vel inutilium facti est, vt scribitur in fine huius legis, nec habetur pro facto, vt hæc lex maximè probat. Ergo si fructuarius non substituerit, nulla tamen actione eo nomine teneri potest, Non ex stipulatione De bene vtendo fruendo, quia vti frui facti est, non autem non facti *l. vnic. infr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* Nec rursus actione in factum, vt tentat Accursius ex *l. partis 10. infr. de præscr. verb.* Actiones enim in factum vt nomen ipsum sonat ex facto nascuntur non autem ex non facto.

Dec. Qui non facit id quod facere debet, hoc ipso facit contra id quod debet facere *l. qui non facit 121. De regul. iur.* Facit ergo fructuarius contra id quod facere debet, cùm non substituit ex fœtibus & fructibus alia capita in locum demortuorum vel inutilium, ideóque committitur contra eum stipulatio, si qua sit interposita de vtendo fruendo arbitratu boni viri. Arbitrium enim boni viri non minùs in eo versatur si non fiat quod fieri debuit, quàm si fiat quod fieri non debuit *l. pen. & vltim. supr. de procurat.* Quòd si non sit interposita stipulatio, facit eadem ratio vt actioni in factum subsidiariæ locus esse possit & debeat *d. l. partis.* Ne alioqui impunè fructuarius vsufructu abusus sit, non vtendo arbitratu viri boni. Longéque aliud est, Cogi quem præcisè ad factum, quod numquam permittitur, nisi causatiuè, vt loquuntur, id est, nisi malint indictam ni faciant pœnam aliquam subire, quomodo accipi debet quod scriptum est in *l. 4. & pass. inf. ad SC. Trebell.* de grauato herede cogendo ad hereditatem adeundam Et in *l. 4. §. illud sciendum in fin. Rem pupill. sal. for.* de cogendo tutore ad gestionem tutelæ, Aliud verò Conueniri quem ad id quod interest ob id quod ea non fecerit quæ facere debuit. Hoc enim ordinarij iuris est, Idque nimirum est quod supradictis locis scribitur, In obligationibus faciendi succedere obligationem & præstationem eius quod interest.

1 ¶ Interim tamen, quandiu summittantur, & suppleantur capita, quæ demortua sunt, cuius sit fœtus quæritur. Et Iulianus libro tricensimoquinto Digestorum scribit, pendere eorum dominium[a]: vt, si summittantur, sint proprietarij, si non summittantur, fructuarij: quæ sententia vera est.

Ad §. 1. Interim tamen.

a *Pendere eorum dominium.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. arboribus 12. §. Iulianus 5.* alias *l. si fur. ℥* vbi diximus & ostendimus, Posse etiam rerum dominia pendere, Et ad *l. sed etsi quis 25. §. 1. ℥ eod* Nam & in *d. §. Iulianus* hoc ipsum exemplum adfertur de fœtu qui summittitur, Cuius dominium ideò pendere necesse est, quia sicuti si summittatur proprietarij fuisse ab eo tempore intelligitur, Ita si non summittatur, fructuarij manere necesse est. Igitur hæc quoque res ex earum numero est in quibus ex postfacto appaset quid anteà fuerit, vt loquitur Paulus in *l. qui res 98. §. rem autem. infr. de solut.* & Marcianus in *l. quædam sunt 15. de reb. dub.*

2 ¶ Secundùm quæ, si decesserit fœtus[a] periculum erit fructuarij, non proprietarij: & necesse habebit alios fœtus summittere. Vnde Gaius & Cassius[b] libro octauo scribit, carnem fœtus demortui ad fructuarium pertinere.

Ad §. 2. Secundum.

a *Si decesserint fœtus.* Scilicet antequam summittantur. Ratio dubitandi. Non tenetur fructuarius in locum demortuorum aut inutilium capitum gregis nisi ex ipsis fœtibus gregis, qui proinde si nulli sint, non est cogendus alia de suo comparare. Ergo si fœtus

Digitized by Google

si fœtus antequàm substituerentur decesserint, non habet necesse fructuarius alios fœtus summittere.

Dec. Periculum fœtuum qui summitti debuerût nec summissi sunt, non ad alium potest pertinere quàm ad fructuarium qui interim dominus eorum est, vt diximus in §. præced. Ergo si interim decedant non potest liberatus videri fructuarius ab ea obligatione qua tenebatur proprietario, vt fœtus summitteret. Non enim debitor est certæ speciei vt eius interitu liberari possit l. si ex legati 23. & seq. de verb. oblig. Sed generis quod perire numquam potest l. incendium 11. C. si cert. petat. vt taceam, quod in mora est fructuarius hoc ipso quod in locum demortuorum aut inutilium capitum alia non summittit. Hoc enim statim faceret bonus & diligens paterfamilias, Ideóque non potest interitus fœtuum tanquam post moram contingens fructuarium liberare d. l. si ex legati, l. si seruum 91. §. sequitur & sequ. infr. De verb. oblig. Mora enim obligationem perpetuat, Estq; hic vnus ex casibus, in quibus mora ipso iure contracta intelligitur, & citra interpellationem hoc ipso quod fructuarius incipit vti frui aliter, quàm arbitratu boni viri statim atque cessat in faciendo eo quod vir bonus & diligens paterfamilias facere deberet.

b *Vnde Carus & Cassius.* Ratio dubitandi. Dominium fœtus quandiu vixit fuit in pendenti, vt scriptum est initio huius §. Ergo non potest caro fœtus demortui & præmortui ad fructuarium solum pertinere.

Dec. Meum est, quod ex re mea superest, eiúsque vindicandi ius habeo l. solum 49 §. supr de rei vindic. Atqui fœtus præmortuus numquam fuit proprietaris, sed semper fructuarij, quia neque fuit vnquã summissus in locum capitum demortuorum, neque summitti ampli⸗s potest, cùm sit mortuus, quomodo argumen⸗ta⸗ur Scæuola in l Gallus 29. §. nunc videndum in fin infr De liber & posthum. Et ideò præmoriente fœtu nihil iam causæ est cur dominium pendere dicamus, quia ratio cur penderet non alia erat quàm quòd fœtus quandiu viueret, summitti posset & non summitti quod vtrumque facti erat, & quidem futuri, vt sequitur in fine huius legis, & consequenter incerti. Cessante igitur suspensione illa dominij per mortem fœtus, Omnino consequens est vt caro fœtus demortui ad fructuarium tota pertineat, quamuis ad proprietarium pertinuisset si fructuarius fœtum summisisset. Sic dicimus mortuo boue qui legatus fuit, neq; carnem neque corium deberi legatario sed heredis manere l. mortuo boue 49. De legat. 2.

§. 3 ¶ Sed, quod dicitur [a] debere eum summittere, totiens verum est, quotiens gregis vel armenti, vel equitij, id est, vniuersitatis vsusfructus legatus est. cæterùm, si singulorum capitum, nihil supplebit.

Ad §. 3. Sed quod.

a *Sed quod dicitur.* Ratio dubitandi. Cùm legatur vsusfructus gregis, intelligitur legatus vsusfructus singulorum corporum quæ in grege continentur, ita vt si diminutum ex eo grege pecus esset adeò vt vel vnus tantùm bos superesset, is tamen vindicari adhuc posset, quamuis grex esse desiisset l. si grege 22. ad fin. infr. De legat. 1. Atqui cùm gregis vsusfructus legatus est, tenetur fructuarius in locum demortuorum capitum alia substituere, vt proximè diximus. Ergo & cùm vsusfructus singulorum corporum legatus est.

Dec. Multum interest an vsusfructus gregis legatus sit, an singulorum corporum. Legatum enim vsusfructus gregis est legatum vsusfructus vniuersitatis. Cùm grex sit quid vniuersale & ex genere eorum corporum quæ dicuntur constare ex pluribus distantibus in l. rerum mixtura 30. infr. De vsucap. l. proponebatur 76 supr. De iudic. Vniuersalia autem recipiunt facilè augmentum & diminutionem l. item veniunt 20. §. item non solum l. ancillarum 27. supr. de hered. petit. itémque subrogationem vnius rei in locum alterius l. si & rem & precium 28. vbi dixi sup. eod. illi tit. l. Imperator 70. §. vltim. & l. seq. infr. de legat. 2. & consequenter suppletionem. Fit enim suppletio per subrogationem, & substitutionem fœtuum in locum animalium demortuorum l. vetus 68. in fin. & l. sequ. supr. At singularia neque augmentum recipiunt neque diminutionem, neque suppletionem neque subrogationem, quoniam habent certam specificam & indiuiduam substantiam, quæ nullam potest recipere functionem in sua specie l. 2. §. 1. infr. De reb. credit. Et cùm ea corpora quæ supplentur in locum demortuorum quotum vsusfructus specialiter fuerat legatus alia fi⸗t, Consequens etiam est vt eorum alius sit vsusfructus, quàm qui fuit legatus, vt in l. qui vsumfructum 36. supr. hoc tit. quod non similiter dici potest vsufructu gregis legato. Idem enim grex est, idémque corpus etiam cùm singula corpora mutata sint omnia dum per partes l. proponebatur l. grege legato 22. & seq. de legat. 1. l. grege 13. in prin. infr. De pignor.

§. 4 ¶ Item, si fortè eo tempore, quo fœtus editi sunt, nihil fuit quod summitti deberet: nunc & post editionem verùm ex his, quæ edentur, summittere debebit: an ex his, quę edita sunt, videndum est: puto autem verius: ea, quæ pleno grege edita sunt, ad fructuarium pertinere, sed posteriorem gregis casum nocere debere fructuario.

Ad §. 4. Item si fortè.

Ratio dubitandi. Fœtus editi ante diminutum gregem cuius vsusfructus legatus est pertinent pleno iure ad fructuarium cùm eo tempore nihildum esset quod summitti ac substitui deberet. Ergo etiamsi posteà contingat gregem diminui & post diminutum gregem nullos fœtus edi, non est cogendus fructuarius gregem supplere ex fœtibus posteà editis. Alioqui nulla erit differentia inter fœtus ante aut post diminutum gregem editos.

Dec. Vsusfructus gregis legatus idem semper est siue diminutus sit grex, siue non diminutus, quia & grex ipse idem est, vt proximè diximus. Ergo siue ante siue post diminutum gregem emergat necessitas supplendi gregis dicendum est suppleri eum à fructuario debere ac proinde nocere

ipsi casum posteriorem, vt si nolit post diminutum gregem fœtus sint editi ex quibus fieri possit suppletio, necesse sit fieri eam ex ante editis, Ne alioqui perinde quis velit dicere, Diminutum gregem ante vllos fœtus editos qui suppleri possint & debeant, ne quidem ex post editis supplendum esse quòd eo tempore quo supplendi necessitas cœperat nihil adhuc esset quod summitti posset: Quod tamen absurdum esset. Parum enim refert, quo tempore aut grex diminuatur, aut fœtus edantur, Dummodo aliquod tandem tempus emergat, in quo concurrat vtrumque, vt & aliqua corpora deperierint quæ suppleri oporteat, & alia esse edita quæ supplere & in aliorū locum substitui possint.

5 ¶ Summittere autem facti est, & Iulianus propriè dicit, dispertire, & diuidere, & diuisionem quandam facere: quòd dominium erit summissorum proprietarij.

Ad §.5. Summittere.

a *Summittere autem facti est.* Sensus est, Summissionem hanc, quæ fit fœtuum in locum demortuorum non fieri ipso iure, sed facto hominis, quod & verbum ipsum satis indicat. Est enim actiuum sic vendere, Contrahere, Tradere & alia huiusmodi dicuntur esse facti *l. consilio 7. §. vltim. De curat. furios.* Itémque fugere in *l. bouem 43. §. 1. infr. De aedilit. edict.* vbi dicitur *fuga* nomen non tantùm esse consilij, sed etiam facti. Quo exemplo potest etiam dici *summittere*, non tantùm esse consilij, sed etiam facti, Vt intelligamus, Quamuis fructuarius consilium & propositum summittendi habuerit, non priùs tamen summisisse dici possit, quàm re vera diuisionem fecerit fœtuum summissorum & non summissorum, vt hæc maneant fructuarij, illa fiant proprietarij.

71. MARCELLVS libro 17. Digestorum.

SI in area, cuius vsusfructus alienus esset, quis ædificasset: intra tempus, quo vsusfructus perit, superficie sublata, restitui vsumfructum, veteres responderunt.

Ad l. Si in area 71.

Ratio dubitandi. Cùm in area cuius vsusfructus alienus erat ædificatum fuit, constat vsumfructum quasi mutationem rei intercidere, quoniam aliud est area, aliud ędificium, nec vsusfructus ędificij legatus proponitur sed areæ, quamuis area pars sit ædificij, inquit Paulus in *l. seruitutes 14. §. si sublatum]. De seruit. vrban. præd.* & Vlpianus in *l. repeti 5. §. rei mutatione & seq. infr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Idque demonstrat etiam verbum *restituendi* quo Marcellus hîc vtitur. Non enim tractari potest de restituendo vsufructu nisi qui amissus sit *l. si ager 23. & seq. eod. tit.* Ergo etiamsi superficies intra tempus quo vsusfructus perit sublata sit, non debet restitui vsusfructus inuito proprietario qui semel liberatus fuit. Repugnat enim iuris regulæ quæ obligationem semel extinctam ressuscitari & restitui numquam patitur *l. qui res 98. §. aream]. De solut.*

Dec. Succurrendum semper est ei qui aliquod ius suum amisit non negligentia vel culpa sua, sed alieno facto *l. & Attilicinus 35. infr. rustic. præd.* Atqui nihil est quod possit imputari fructuario qui propter ædificium ab alio in area fructuaria positum amisit vsumfructum. Ergo vsusfructus ei restituendus est dummodò non sit amissus non vtendo, Idque benè veteres responderunt. Restituitur autem in hoc casu, non tantùm iure prætorio, vt Accursius noster putat, sed etiam ipso iure ciuili ex summa æquitate, quoniam intra tempus constitutum superficie sublata res in pristinum statum reposita est, in quo erat antequàm vsusfructus amissus esset. Nam neque fructuario noceret etiam nullo ædificio in area posito, tametsi area non esset vsus, dummodò tempus tantum non prætermisisset quo vsusfructus non vtendo amitti solet: Cùm tamen magis ei posset imputari in illo casu quo non ædificatum in area, quàm quo ædificatum esset. Longéque differens hic casus est ab illo de quo in *d. l. Et Attilicinus.* Ibi enim is cui seruitus aquæ ducendæ debebatur amiserat seruitutem nō vtendo, quòd per legitimum tempus aquam non duxisset nec ducere potuisset; quoniam fons exaruerat ex quo ducenda erat. Idcirco facto & indulgentia non Prætoris, vt in ordinaria restitutione in integrum ex Prætoris edicto & clausula *Illa si qua mihi iusta causa videbitur l. 1. supr Ex quib. caus. maior.* sed Imperatoris opus fuit, vt amissum ius seruitutis restitueretur, vt in grauioribus causis & extraordinariis quasi cessante vi & potestate Edicti, vt in *l. cùm quidam 30. in princip. infr. de acquir. hered.* & in *l. Pannonius 86. eod. tit.* At in huius legis specie tractamus de vsufructu qui sola rei mutatione perierat non etiam non vtendo, Quem ipso iure restitui quid prohibet, cùm res ipsa quæ mutata fuerat in pristinum statum restituta est? Quasi vsusfructus interim non tam extinctus fuisse, quàm cessasse videatur, vt in *dict. §. aream.* Et ideò benè Marcellus addit *intra tempus quo vsusfructus perit superficie sublata*, vt significet, non æquè restitutum iri vsumfructum si tempus prætermissum, quo vsusfructus non vtendo amittitur. Tunc enim non restitutione, sed renouatione vsusfructus opus fuisset. *leg. si locus 14. infra quemadm. seruit. amitt.* etsi locus ille non de vsufructu est, sed de seruitute reali, cuius dispar aliquantulum ratio est ab vsufructu, Quoniam vsusfructus sicut facilius amittitur, ita difficilius retinetur, & difficilius quoque cùm amissus est restituitur, Difficilius etiam renouatur, vt constat ex *l. si eo loco 9. infra si seruit. vindic.* vbi dicitur dandam esse ob hanc causam fructuario actionem De dolo, cùm amisit vsumfructum per ædificationem, Alia quæstio est quæ ab Africano proponitur in *l. qui vsumfructum 36. sup. hoc tit.* De area cuius vsusfructus legatus sit, & in qua testator post testamentum ædificauerit, & quæ tamen post testamentum viuo adhuc testatore deciderit vel deusta sit. In qua specie ait Africanus vsumfructum deberi, quia non poterat esse locus quæstioni De vsufructu restituēdo qui numquam amissus fuisset, quandoquidem nec poterat amitti vsusfructus qui numquam initium habuisset, vt in *l. Titio vsusfructus 96. De condic. & demonst. l. non potest videri 208. De regul. iur.* cuius (scilicet

liceat dies nunquam cessisset, quippe qui nec viuo testatore potest cedere, vt neque aliorum legatorum, nec post mortem quidem testatoris, nisi ab adita hereditate *l. vn. infr. quand. dies vsusfr. legat. ced. l. vnic. §. in nouissima. C. de cadus. tollend.* Hic autem non agitur, An vsusfructus debeatur quē constat amissum iam fuisse, Sed an restituē dus sit, quod ex veterum prudentum sententia Marcellus magis probat.

72. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

SI dominus nudæ proprietatis, vsumfructum legauerit: verum est, quod Mæcianus scripsit libro tertio Quæstionum de fideicommissis, valere legatum, & si fortè in vita testatoris, vel ante aditam hereditatem proprietati accesserit, ad legatarium pertinere. Plus admittit Mæcianus [a], etiam si post aditam hereditatem accessisset vsusfructus, vtiliter diem cedere, & ad legatarium pertinere.

Ad l. Si dominus 72.

Ratio dubitandi. Vsusfructus non potest constitui nisi per abstractionem & separationem à plena proprietate, vt diximus ad *l. 1. & l. quod nostrum 63. supr.* Atqui dominus nudæ proprietatis cùm non habeat, nisi nudam proprietatem nihil habet à quo possit abstrahere vsumfructum. Nec enim potest abstrahi à nuda proprietate. Quippe quæ non aliam ob causam nuda dicitur, quàm quòd sit destituta commodo & emolumento vsusfructus illius quem nostri causalem vocant. Ergo non potest fieri vt dominus nudæ proprietatis leget vsumfructum; Ne alioqui videatur legare id quod non habet contra legem duodecim tabularum, quæ sic locuta est *Paterfamilias vti super re sua pecuniave legassit ita ius esto. l. verbis legis 120. de verb. sign.* Et contra regulam iuris gentium & ciuilis, de qua in *l. nemo plus iuris 54. De regul. iur. l. si vniuersæ 15. C. de legat.*

Dec. Dies vsusfructus legati non cedit nisi ab adita hereditate, vt diximus ad *l. praeced. ex l. vnic. infr. Quand. dies leg. et ced. vel fideicom. ced. l. vnic. §. in nouissima, C. de cadus. tollend.* Sufficit ergo ad validitatem legati vsusfructus alieni, vt possit redire vsusfructus ille ad proprietatem, & consolidatus esse cum proprietate ante aditam hereditatem. Nec enim regula Catoniana pertinet ad legata quorum dies non cedit, nisi post aditam hereditatem *l. 3. infr. de regul. Caton.* Alioqui dicendum esset ex illa regula, Non valiturum legatum vsusfructus ab eo relictum qui testamenti tempore dominus fuisset nudæ proprietatis, quia fuisset inutile si testamenti tempore testator decessisset *l. 1. eod.* Neque ad rem pertinet si quis obiciat, Etiam alienam rem legari posse dummodò à sciente *l. cùm alienam 10. C. de legat.* Ergo & alienum vsumfructum. Id enim ad eas demum res pertinet quæ possunt emi, & quarum æstimatio præstanda est legatario si dominus nolit eas vendere *l. non dubium 15. De legat. 3.* At ius ipsum vsusfructus quod legatum ponimus non potest vendi, adeòque nec cedi extraneo quamuis ipsa perceptio fructuum vendi possit *l. si vsusfructus 66. infr. de iur. dot. l. necessariò 8. De peric. & commod. rei vendit.* Imò nec vsusfructus vllus esse intelligitur, nisi qui fit per abstractionem à proprietate, vt diximus. Impossibile autem est, iterum abstrahi vsumfructum qui iam sit abstractus. Multò minùs obiici potest quod à quibusdam tradi video pro explorato, Valere legatum vsusfructus factum à domino nudæ proprietatis ex eo solo quod possimus in alium transferre vsumfructum etiam qui noster non sit *l. quod nostrum 63. supr. eod.* Est enim longè alia illius loci sententia & ad dominum plenæ non nudæ proprietatis pertinet, vt nos ad eam explicauimus. Habet igitur hæc lex solam illam rationem, quod vsusfructus legati dies non cedit, vt diximus, nisi ab adita hereditate. Inspiciendum igitur est tempus illud aditæ hereditatis. Quo tempore si vsusfructus proprietati iam accessisse proponatur, siue in vita testatoris, siue post eius mortem, sed tamen ante aditam hereditatem valebit legatum, quia dies eius vtiliter cedit, quod vnum in legatis cùm quæritur an valeant inspiciendum est *l. vlt. infr. Commun. præd.* Nisi enim regula Catoniana obstat *d. l. 3. De regul. Caton.* Hoc verò Accursius noster non intellexit qui legem hanc restringit ad eum casum quo vsusfructus non purè legatus sit, sed ita *cùm ad illum desierit pertinere*, arg. *l. si dies 21. infr. quand. dies legat. ced.* Alioqui, inquit, si sciens alienum vsumfructum purè illum legauerit, adita hereditate cedit dies vsusfructus, & æstimatio eius legatario præstabitur, sicut in qualibet aliena re legata *§. non solum. Instit. de legat.* Quod certè falsum est ob rationem illam dubitandi, quam attulimus, & vel maximè ex hac lege conuincitur.

a *Plus admittit Mæcianus.* Ratio dubitandi. Cùm vsusfructus non nisi post aditam hereditatem accessit proprietati, non videtur eius dies cessisse vtiliter si vera sunt quæ proximè disputauimus, Cùm tempore aditæ hereditatis nullus fuerit vsusfructus qui abstrahi potuerit à proprietate quæ nuda fuit. Ergo non potest ad legatarium pertinere vsusfructus qui accessit hereditati post aditam hereditatem tanquam cuius dies inutiliter cesserit *d. l. vlt. in fin. Commun. præd.*

Dec. Legatum vsusfructus licèt purum sit, neque conditione aliqua suspendatur, mora tamen suspenditur, vt in *l. heres meus 106. de condit. & demon.* quia expectandum est non modò aditam esse hereditatem ad hoc vt dies legati cedat, sed etiam vt accedat vsusfructus proprietati non quidem ad hoc ipsum vt dies legati cedat vtiliter, Sed vt aliqua legati vtilitas esse possit, quæ scilicet nulla esse potest, quin vsusfructus à proprietate abstrahatur, Neque rursus abstractio illa fieri quoadusque proprietas plena sit. Itaque ex re ipsa capit legatum dilationem, vt in pura quoque stipulatione interdum contingere Paulus scribit in *l. interdum 73 de verb. oblig.* Neque tamen ideò differtur dies legati quominùs statim ab adita hereditate cedat, & quidem vtiliter perinde ac si iam tùm vsusfructus proprietati accessisset, quia sufficit vt aliqua legati vtilitas sperari aliquo casu, & aliquo tempore possit ad hoc ne ipsius dies inutiliter cessisse videatur, Alioqui dicendum erit nec si legatus sit vsusfructus infantis cedere vtiliter diem legati ab adita hereditate: quod tamen euidenter falsum est, cùm sufficiat posse aliquam vtilitatem esse huiusmodi vsus-

fructus postquam infans puerilem illam ætatem excesserit *l. si infantis 55. sup. hoc tit.* Denique in dispositionibus omnibus quæ fiunt, siue inter viuos, siue in vltima voluntate ad hoc vt valeant sufficit vt casum aliquem vtilem habere possint, Nec aliter fiunt inutiles quàm si vtilem casum nullum habeant *l. Stichus 39. in fin. infr. De manum. testam. l. heres à debitore 21. §. cùm & tu. De fideiuss.* Cęterùm vel ex hoc ipso versicul. tantò apertiùs fit quod proximè aduersus Accursium disputauimus, Non valere legatum vsusfructus relictum à domino nudæ proprietatis, nisi in eum solum casum quo proprietati vsusfructus accesserit, siue viuo adhuc testatore, siue eo iam mortuo, sed ante aditam hereditatem, siue denique post aditam hereditatem, Etsi postremus hic casus omnium difficillimus est.

73. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

SI areæ vsusfructus legatus sit mihi: posse me casam ibi ædificare, custodiæ causa earum rerum, quæ in area sint.

Ad l. Si area 73.

Ratio dubitandi. Fructuarius areæ non potest in area ædificium ponere *l. vsusfructu 7. §. 1. sup. hoc tit.* Ergo neque casam ibi ædificare, licèt custodiæ causa earum rerum quæ in area sint.

Dec. Vsusfructus legatus adminiculis quibusdam indiget sine quibus vti frui quis non potest *l. 1. §. 1. inf. si vsusf. pet.* Atqui non potest quis commodè vti area quin casam ibi ædificet custodiæ causa earum rerum, quæ in area sint. Ergo hoc ei permittendum est, præsertim quod sine dispendio proprietarij, adeoque ipsius lucro potiùs cessurum sit *l. in creditore 38. in fi. De euict. l. ex his 8. in fi. infr. Quæ in fraud. credit.* Quamuis non permittatur fructuario inchoatum ædificium consummare, etiamsi eo loco aliter vti non possit *l. vsufructuarius 61. sup.* vbi rationem diuersitatis attulimus.

74. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

SI Sticho seruo tuo, & Pamphilo meo legatus fuerit vsusfructus: tale est legatum, quale si mihi, & tibi legatus esset. & ideò dubium non est, quin æqualiter ad nos pertineat.

Ad l. Si Sticho 74. & vlt.

Ratio dubitandi. Quæ sunt facti non transeunt à seruo in dominum, vt nec à patre in filium *l. qui heredi 44. inf. de condic. & demonstr.* Atqui vsusfructus consistit ex vtendo fruendo quod meri facti est *l. vnic. in princip. infr. Quand. dies vsusfruct. leg. ced.* Ergo si Sticho seruo tuo & Pamphilo seruo meo legatus sit vsusfructus non potest tale videri legatum quale si mihi & tibi legatus esset, cùm neque tibi, neque mihi legatus sit, sed seruis nostris, Ideóque dicendum est vel inutile esse legatum, vel ad seruos nostros pro æqualibus partibus non ad nos pertinere.

Dec. Vsusfructus licet æstimetur ex facto ipso vtendi fruendi, tamen quod ad ipsius substantiam pertinet in iure consistit non in facto cùm sit ius & seruitus *l. 1. sup. l. Maximus 66. §. fundo. De legat. 2. l. si à reo 70 §. fin. reo. infr. de fideiuss.* Ergo si legetur vsusfructus seruo non potest valere legatum ex ipsius serui persona cùm serui omnes incapaces sint eorum omnium quæ sunt iuris ciuilis, adeóque prætorij *l. quod attinet 32. de regul. iur. l. qui testamento 20. §. seruus infr. Qui testam. facer. poss.* Nec proinde possunt habere testamenti factionem passiuam, nisi ex persona dominorum *l. non minùs 31. in princ. inf. de hered. instit.* cùm testamenti factio non minùs passiua, vt loquuntur, quàm actiua sit iuris publici *l. 3. inf. qui testament. facere poss.* Ergo cùm valeat legatum dicendum est nihil referre an duobus duorum seruis, an duobus ipsis seruorum dominis legatus sit vsusfructus *l. sed vsusfructus 81. in princip. ad leg. falcid.* Proinde ad nos pro æquis partibus vsusfructus pertinebit *l. 4. in fin. inf. tit. prox.* quod & in proprietatis legato contingeret, vt benè Accursius notat ex *l. si duobus 40. De legat. 2.*

Digitized by Google

DE VSVFRVCTV ADCRESCENDO.

TITVLVS II.

1. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

QVOTIENS vsusfructus legatus est, ita inter fructuarios est ius adcrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus. cæterùm si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat.

Ad l. Quotiens 1.

Ratio dubitandi. Triplici modo coniunctio fit, aut re tantùm, aut verbis tantùm, aut re & verbis simul *l. triplici 142. de verb. sign.* Et quidem inter re & verbis coniunctos quæ omnium arctissima & fortissima coniunctio est quin locus sit iuri adcrescendi nemo dubitat, nec dubitandi causa vlla est, Cùm necesse sit ius adcrescendi quod ex coniunctione nascitur, vel hoc casu locum habere, vel penitus nullo. Inter eos autem qui re tantùm coniuncti sunt non etiam verbis similiter ius adcrescendi locum habere certum est. Coniunctim siquidem heredes institui, aut coniunctim legari nihil aliud est, quàm totam hereditatem, aut tota legata singulis ab initio data esse. Partes autem concursu fieri *l. coniunctim 80. de legat. 3.* Vt proinde si coheres aut legatarius non possit, aut nolit concurrere necesse sit totum habere illum cui testator totum dedit *l. verbis ciuilibus 7. infr. de vulgar. & pupill. substit.* Vnde est quod ius hoc non tam adcrescēdi quàm non decrescendi deberet dici. Quid enim est quod possit ei adcrescere qui iam suo iure totum habet? Aut quid potest ille optare nisi vt nihil ei decrescat? Itaque tantundem iuris habet hic qui re tantùm coniunctus est quantum si re & verbis coniunctus esset, scilicet quod attinet ad ius adcrescendi. Nam quod ad ius prælationis spectat quod ex adcrescendi iure nascitur, sicuti ius ipsum adcrescendi ex iure coniunctionis, Fatendum est in concursu illius qui re tantùm, & illius qui re & verbis coniunctus sit præferri eum debere qui re & verbis simul coniunctus sit, tanquam qui duplici coniunctionis vinculo nitatur *l. re coniuncti 82. de legat. 3.* At inter eos qui verbis tantùm coniuncti sunt non potest locus esse iuri adcrescendi, quoniam semper habent partes, vt loquitur *dict. l. re coniuncti*, hoc est iam inde ab initio per testatorem ipsum factas: Itaque cùm ius adcrescendi in legatis ex voluntate testatoris sola proficiscatur, non vt in hereditatibus ex legis authoritate, Essemus liberaliores testatore in re testatoris, si cui testator non nisi partem dedit, nos daremus totum, quod absurdum esset *l. debitor 59. in fine principij. l. facta 63. § si sub conditione. infr. ad SC. Trebellian.* Vt autem semper & iam inde ab initio partes à testatore ipso factas habeant illi qui verbis tantùm coniuncti sunt, ex eo fit quod non possunt verbis tantùm coniungi nisi quibus testator ipsis verbis legati partes adscripsit, & quidem æquales per hæc verba *pro æquis partibus*. Nam quemadmodum essent re coniuncti illi quibus testator eâdem oratione fundum, aut fundi vsumfructum aut quidlibet aliud legasset nullis adscriptis partibus, ita necesse esset verbis & oratione disiunctos eos esse quibus testator inæquales partes adscripsisset, quia inæqualitas partium necessariò inducit pluralitatem orationum, quamuis vnicum esset verbum *lego*, puta sic concepto legato *Fundum Cornelianum Titio pro triente, Sempronio pro besse lego*, quandoquidem subintelligendum necessariò esset ad orationis constructionem aliud verbum *lego* quod nihil interest, an bis expressum sit, an semel expressum & iterum subintelligendum, Adeóque licèt partes æquales factæ essent dum ne per verba illa *pro æquis partibus*, veluti in hunc modum *Titio fundi Corneliani partem dimidiam, Sempronio partem dimidiam lego*, vt in *l. Maujo 41. in principio de legat. 2.* Potest enim oratio perfecta esse nullo etiam verbo expresso dummodo aut subintelligi, aut ex alia oratione repetitum videri possit *l. 1. § si autem sic scribat. infr. de hered. instit.* Et sanè qui sic loquitur *Titio & Sempronio fundum Cornelianum pro æquis partibus do lego*, vnam quidem duntaxat orationem concipit, sed legatariis dat partes separatas, & suam cuique legat, Ideóque nimirum verbis tantùm coniuncti dicuntur non etiam re, quia quod ad rem ipsam attinet sunt omnino disiuncti & separati *dict. l. re coniuncti. l. penultim. infr. hoc titul.* vbi hanc ob causam apertè dicitur, Inter tales legatarios quibus eiusdem rei vsusfructus pro æquis partibus legatus est non esse locum iuri adcrescendi: Nimirum, quia testator qui sic locutus est non tam coniunxisse legatarios aut heredes quàm celerius dixisse videtur, vt eleganter Pomponius loquitur in *l. si ita quis 66. inf. de hered. instit.* Ergo non potest generaliter verum esse, quod initio huius legis Vlpianus scribit, Quoties vsusfructus pluribus legatus est, ita inter fructuarios esse ius adcrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus. Excipiendi enim sunt illi qui verbis tantùm coniuncti sunt, Quicquid in contrarium sentiant Accursius, Bartolus, cæterique vulgares interpretes, Contra quos latissimè disputauimus *Decade 49. & 50. Chiliadis nostræ de error. pragmat.*

Decisio. Ius adcrescendi nascitur ex iure coniunctionis, vt diximus, sed eius tamen quæ sit realis, non quæ verbalis tantùm. Quid enim prodesse potest quòd verbis coniuncti sint qui re ipsâ sunt disiuncti? Effectus vtique magis inspiciendus est quàm nudus verborum sonus, *l. 1. § hæc autem verba. suprà quod quisque iur. l. penultim. § docere. Ne quis eum qui in ius vocabitur vi exim.* Generaliter igitur vera Vlpiani propositio est, Inter coniunctos fructuarios locum esse

iuri adcrescendi: Sed falsum est quod Accursius & alij supponunt tanquam verũ, Pro coniunctis habendos etiam illos esse qui verbis tantùm coniuncti sunt. Disiuncti enim potiùs dici debẽt qui partes à testatore ipso habent *l. & Proculo 20. de legat.* 2. *l. idem est, etsi apud 6. §. 1. & d. l. pen. inf. & l. si ita quis 66. de hered. instit.* Nisi quando per concursum tertij fit, vt qui ab initio verbis coniunctus tantùm fuit, euadat ex postfacto in coniunctum re & verbis, quo casu non tantùm habet ius adcrescendi, sed etiam ius prælationis, vt collegatario qui re solummodo coniunctus est præferatur: Quæ vera & elegãs sententia ac ratio est *d. l. re coniuncti 89. in fin. de leg. 3.* ab Antonio Goueano benè ac feliciter non minùs quã subtiliter explicata in Animaduersionũ libris, & ante eũ à nemine, vt verissimè gloriatur, intellecta: is enim vnus locus est qui omnes interpretes cæteros præcipites egit, adeòque, quod magis mirandum est, ipsum etiam Curacium in errorem illum tam absurdũ, vt crediderint, Inter legatarios verbis tantùm coniunctos locum esse iuri adcrescendi: quo falsius dici nihil potest, nihil ineptius. Neque ipsorum errorem adiuuat, quod in textu nostro sequitur, si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessare, Quasi Vlpiani sensus ille sit, quem summario concludit Bartolus, Vt non inter alios legatarios ius adcrescendi cesset, quàm inter eos qui totaliter, vt ipse loquitur, disiũcti sunt, id est, ne quidem verbis coniuncti. Etsi enim Vlpianus ait inter eos cessare ius adcrescendi, quibus & separatim, id est, diuersa oratione & vnicuique partis rei, ac proinde disiunctæ & separatæ vsusfructus legatus est, Non tamen ita loquitur ad exclusionem eorum qui verbis tantùm coniuncti sunt, sed ad exclusionem eorum qui re tantùm, Quoniam si duobus separatim legatus esset vsusfructus fundi Corneliani, non eò minùs essent coniuncti re, ideóque esset etiam inter eos ius adcrescendi. Nisi essent etiam disiuncti re, quod contingeret si vnicuique partis rei vsusfructus legatus esset. At cùm separatio incipit à re non à verbis, vt euenit in iis qui verbo tantũ coniũcti sunt, nulla maior alia disiunctio & separatio exigitur ad impediendum ius adcrescendi, quia sufficit esse illos re disiunctos, tametsi verbis coniuncti sint cùm nulla eius coniunctionis quæ verbalis tãtùm est ratio haberi, nullúsque effectus esse possit. Alioqui iam non esset verbalis tantùm coniunctio, sed maximè realis quæ talem tantúmque effectum in re ipsa haberet. Planè vno casu potest fieri, vt etiam inter verbis tantùm coniunctos locus sit iuri adcrescendi, Scilicet quando inter eos fiunt partes per concursum quod cõtingit, si fortè testator Titio & posthumis viriles partes adscripserit, vt in *l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* Nec enim partes possunt habere posthumi ab initio & antequàm sint nati, Nec rursum alij quàm qui nascuntur. Proinde partes habent per concursum qui habent viriles. Omnes quidem viriles portiones sunt æquales, sed non omnes æquales sunt viriles. Æquales partes quæ non sint viriles testator solus facit, At viriles quamuis æquales solus facit concursus eorum qui viriles petunt. Atqui diximus ius adcrescendi esse inter omnes eos qui concursu partes faciunt, quod & Vlpianus noster docebit in *§ interdum. & l. idem Neratius 4. in princip. infr.* Ratio igitur iuris postulat, vt etiam inter verbis tantùm coniunctos quibus viriles partes testator dedit locus sit iuri adcrescendi. Et tamen quod diximus, Inter fructuarios re coniunctos locum esse iuri adcrescendi, Valde obstare creditur quod Papinianus respondit in *l. mulieri 74. infr. de condic. & demonstr.* multúmque se torquet Accursius, vt Papinianum cum Vlpiano conciliet. Nos conciliationem & veram illius loci explicationem attulimus in *Error. Decad.* 50. neque hîc repetimus.

1. ¶Denique apud Iulianum libro trigensimoquinto Digestorum quæritur, si communi seruo vsusfructus sit relictus, & vtrique domino adquisitus, an, altero repudiante, vel amittente vsumfructum, alter totum habeat. & putat, ad alterum pertinere: &, licèt dominis vsusfructus non æquis partibus, sed pro dominicis adquiratur: tamen persona eius, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietari accedere.

Ad §. 1. Denique.

Ratio dubitandi. Cùm seruo communi duorum dominorum vsusfructus legatus est, constat non valere legatum ex persona serui, sed ex persona dominorum ea qua sola habet, seruus non ex propria passiuam testamenti factionem *l. non minus 31. infr. de hered. instit.* Itaque perinde esse debet ac si dominis ipsis legatum esset *l. vltim.* vbi dixi *sup. tit. proxim.* Atqui si dominis legatum esset, haberent illi ab initio partes, & quidem dominicas, id est, quales, quantásque in dominio serui haberent si ipsis tanquam dominis Stichi communis serui legatum proponeretur. Ergo non potest inter eos esse ius adcrescendi, quippe quod diximus numquam habere locum posse inter eos qui ab initio partes habent ex *l. idem est etsi apud 6. § 1. & l. pen. infr. hoc tit.* Atq; ita ratiocinatur Proculus, & post eum Celsus pater rursúmque post patrem Celsus filius existimarunt in proposita specie quod seruo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret alteri non adcrescere, sed ad proprietatem reuerti

l. & Proculo 20. de legat. 1.

Dec. Etsi legatum vsusfructus aut alterius rei cuiuslibet factum seruo communi non nisi ex persona dominorum valet, quod ad ius ipsum legati attinet, non tamen dominis ipsis à testatore factum est, sed seruo communi, & consequenter ad colligendam testatoris voluntatem, quæ ipsa quoque facti est. *l. voluntatis 7. C. de fideicomm.* serui persona inspicienda est non dominorum. Legatum enim huic aut illi esse facti est. Legatarium verò esse iuris. Quæ autem facti sunt non transeunt ad dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonstrat.* sed ea tantùm quæ sunt iuris *l. placet 79. de acquirend. hered.* Ergo cùm seruo communi duorum legatum est, censeri debent domini coniuncti in legato serui. Et consequenter tanquam coniuncti debent habere inter se ius adcrescendi. Ea regula & propositione generali ab Vlpiano nostro tradita initio huius legis. Ex qua etiam pendet illatio quæ ponitur in hoc §. vt apparet ex dictione illa *denique* quæ apud nostros interpretes illationem continet ex præcedentibus, ac si scriptum esset, *& ideò*, vt sæpius

plus nominibus, & passim occurrit. Ac quamuis negari non possit quin ex huiusmodi legato, siue vsusfructus, siue proprietatis quod seruo communi factum est, dominos ipsius partes habere, fatendum tamen est eas non à testatore factas esse, sed herili lege & ex sola huius potestate, vt ex eo apparet, quod partes illae dominicae sunt, non viriles, & aequales. Et cum quoq; cum sunt aequales, quod cum dominium contingit, cum dominij quoque partes sunt aequales. Non ideo tamen sunt aequales quod tales factae sint à testatore & sub illa formalitate, vt ita dicam, sed tanquam dominicae, & quia dominicae sunt aequales. Nam si inaequales fuissent perinde pro dominicis, & consequenter pro inaequalibus partibus legatum ad dominos pertineret. Atqui has quotiescunque partes habent legatarij, etiam ab initio, impeditur inter eos ius adcrescendi, sed ita demum si eas habeat à testatore ipso factas non à lege. Tum enim duntaxat verendum & cauendum est ne simus liberaliores testatore in re testatoris secundum ea quae disputauimus in praecedentibus, cum restitit, non autem cum lex eas fecit. Ergo quamuis pro dominicis partibus, siue aequales, siue inaequales illae sint legatum dominis acquiritur, dicendum est impedimentum seruo non dominorum personae legatum quod alter dominorum omiserit vel amiserit ad alterum ex dominis pertinere, nec proprietati accedere. Atque ita Vlpianus hic ex Iuliano concludit. Cuius sententiam licet in quaestione dubitabili probabiliorem esse arbitror. Conuincit enim rationem Proculi & Proculianorum. Et frustra laboremus cum Accursio & Ioanne vt prudentes conciliemus, qui vltrò dissentire voluerunt, & dissentiendi rationes tam probabiles habuerunt. Illa sane distinctio prorsus improbabilis est quam ex Ioanne adfert Accursius an de legato vsusfructu quaestio sit, an de legata proprietate. Etsi enim vsusfructus facilius adcrescit, quam proprietas, quoniam amissio quoque adcrescit, & amittenti, vt probat hic *§. cum l. interdum 10 inf. hoc tit.* non idcirco tamen facilius recipit ius coniunctionis, quia coniunctio fit à solo testatore & per verba testamenti. Ius autem adcrescendi nascitur in hereditatibus quidem ex sola legis potestate etiam inuito testatore qui inter cohaeredes ius adcrescendi prohibere non potest, vt in Chiliade probauimus. Sed in legatis ex verbis testamenti, coniuncta voluntate testatoris. Et verò rationes quibus Iulian. & Proculus in contrarias partes mouebantur, non minus ad proprietatem pertinent quam ad vsumfructum, & contrà, vt apparet ex iis quae diximus.

2 ¶ Idem ait, & si communi seruo, & separatim Titio vsusfructus legatus sit: amissum ab altero ex sociis vsumfructum, non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum coniunctum: quae sententia vera est. nam, quamdiu vel vnus viuit potest dici vsumfructum in suo statu esse. Idem est, si duobus coniunctim, & alteri separatim vsusfructus esset relictus.

Ad §. 2. Idem ait.

Ratio dubitandi. Communis seruus duorum seruorum personam sustinet *l. 1. §. communis inf. de stipul. seruor.* Ergo cum seruo communi duorum, & Titio separatim vsusfructus fundi legatus est, perinde haberi debet ac si duobus seruis separatim & Titio vsusfructus legatus esset, aut etiam duob. dominis *l. vlt. supra tit. prox.* Atqui eo casu amissus ab altero ex sociis vsusfructus non ad solum socium excluso Titio pertinere deberet tanquam ad solum coniunctum, sed pertinet ad Titium atque ad socium, quia omnes simul pari ac eodem vinculo coniuncti essent. Ergo neq; hoc casu solus socius habere debet ius adcrescendi excluso Titio qui aequè re saltem coniunctus est.

Dec. Quia re & verbis coniunctus est praefertur vtrique ei qui re tantum *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* vt diximus ad initium huius legis. Atqui in re legata seruo communi duo domini censentur esse coniuncti, non re tantum aut verbis tantum, sed re & verbis simul. Re quidem, quia seruus ipse cui legatum fuit, non nisi ad vnam rem vocatus est, non autem ad duas eius rei partes ex [illegible]: Verbis autem quoniam vna appellatione non pluribus est nec immerito, cum ipse vnus & idem sit. Ergo cum per mediam serui communis personam domini coniungantur, necesse est adquiescere, Coniunctos illos esse re & verbis simul, ac proinde praeferendos Titio, qui licet aequè re coniunctus sit, non tamen verbis. Hoc tamen non admitteret Proculus, cuius sententiam Celsus adulescens refert & probat in *l. et Proculo 20. de legat. 2.* de qua proximè diximus. Putabat enim seruum communem non tantum duorum seruorum personam sustinere, vt Iulianus dicebat, sed duorum etiam dominorum, quod non aequè Iulianus admisisset. Itaq; dicendum esset secundum illam Proculi sententiam, vsumfructum ab vno ex sociis vel omissum vel amissum, neq; ad socium solum, neque ad socium & Titium simul tanquam pariter coniunctos, sed ad solum Titium tanquam solum coniunctum pertinere. Nam quin Titius dominis re coniunctus sit negari non potest, neq; in eo Proculus à Iuliano dissentiret. At non similiter Proculus Iuliano concederet, Dominos serui communis in re seruo legata coniunctos esse, aut re, aut verbis: Non re, quia partes habent singulis legatas, Non verbis, quia non possunt verbis tantum coniungi, nisi quibus partes aequales ab initio & à testatore ipso adscriptae sunt. In proposito autem non aequales partes factae sunt, sed dominicae quae tam inaequales possunt esse quam aequales. Et cum quoq; cum aequales sunt, non tam pro aequalibus habendae sunt quam pro dominicis. Proinde sicut & Proculi sententia solus Titius re coniunctus reperiretur, ita & soli Titio ius adcrescendi datum esset excluso socio; Cum tamen è contrario Iulianus solum socium admittat, excluso Titio. Quae Iuliani sententia cum ab Vlpiano probetur, vtiq; & à nobis probanda est. Nam, vt ex eodem Iuliano Vlp. hic subiicit, quamdiu vel vnus ex dominis viuit, potest dici vsumfructum in suo statu esse, quippe qui non duob. relictus est, sed vni, Seruo sc. communi, quem benè Iulian. dicebat duorum seruorum personam sustinere, [illegible] sed non aequè duorum dominorum. Nam ex persona serui legatum aestimandum est. Ergo tam quam vnum non duplex, & tanquam vni non duobus datum. Nec huic sententiae obstat quod scriptum est in *l. item quod Sabinus 17. §. 1. inf. de hered. instit.* Si duo fuerint instituti sine parte, & tertius ex certa parte, & portio vnius ex duob. sine parte institutis deficiat, ad omnes simul eam pertinere. Id enim fit, quia in hereditatibus quod

pertinet ad ius adcrescendi, hoc est ad ius prælationis, de quo solo inter heredes tractari & dubitari potest non sunt coniuncti qui sine parte scribuntur, quandoquidem suam quisque partem à lege habet, & quidem separatam, qualem quantámque lex definit pro numero heredum. Quemadmodum necessent coniuncti qui & ex certa parte & ex partibus scripti proponerentur, puta hoc modo *Titius & Sempronius heredes sunto ex besse pro æquis partibus, Mæuius heres esto.* Vt enim, sit inter eos ius prælationis institutos esse illos oportet ex parte sine partibus hoc modo, *Titius & Sempronius ex besse heredes sunto.* Alioqui si ex partibus instituantur tum quoque cum ex certa parte scripti sunt non tam videtur testator eos coniunxisse quàm celeriùs dixisse *l. si ita quis 66. eod. titul. de hered. instit.* Atq; ita intelligi debet quod de heredibus institutis ex partibus aut sine partibus scribit Iauolenus in *l. heredes sine partibus 63. eod.* Heredes sine partibus verum coniunctim an separatim scribantur hoc interesse, quòd si quis ex coniunctis decesserit hoc non ad omnes sed ad reliquos solos qui coniuncti erāt, pertinet: Nempe si ita instituti erant sine partibus, vt tamen instituti essent ex certa parte, Ex *d. l. item quod 17. §. 1. eod.* At in proposita specie non admittit Iulianus plures esse legatarios in eo quod seruo communi legatum, & quatenus ei legatum est licèt plures sint domini, sed vnum tantùm, aut si plures saltem pro vno habendos, inspecta scilicet persona serui qui vnus tantùm est, vt diximus ad §. præcedentē. Accursius noster neque hoc intellexit. Adeò torquet se, vt ad supradictam obiectionem respondeat, Et recurrit rursum ad differentiam illā vsusfructus & proprietatis quæ à nobis iam satis confutata est. Nec feliciùs se expedit ab alia obiectione, quam mouet ex *l. Mæuio 41. in princ. de legat. 2.* vbi eadem re duobus per partes & separatim legata, itémq; alij tertio in solidum placet Iauoleno, si vnus ex duobus priorib. partem suam repudiet, vtrique illam adcrescere. Ait enim Accursius id fieri ea ratione quod re coniuncti essent quibus testator ita legauerat *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego*, quasi vocatis ambobus ad vnā eandémque partem, quod certè falsum est, pugnatque non minùs cum verbis Iauoleni quàm cum verbis testatoris, *quia cùm separatim*, inquit Iauolenus *& partes fundi & totus fundus legatus sit.* Quibus verbis an non significat apertissimè neque re nec verbis coniunctos eos esse? Non verbis, cùm ait *separatim*, id est *separata oratione.* Non re, cum subiicit *& partes fundi*, Diuersæ scilicet nō vna & eadem *d. l. & Proculo 20. eod. l. penult. infr.* Sunt igitur illi totaliter, vt Bartolus loquitur, id est & re & verbis disiuncti, vt proinde non tā mirum sit, quod tertiū, id est Titium nō excludant, quàm quòd ab eo nō excludantur, cùm sit Titius verbis quidem disiunctus, sed tamen re coniunctus tam Mæuio quàm Seio, tanquam vocatus in solidum ad totum eundem fundum ad quem pro dimidia quisque vocati erant Seius & Mæuius. Debuit Accursius dicere, In specie *d. l. Mæuio* fuisse quidem Mæuium & Seium ab initio re & verbis disiunctos, sed tamen ex postfacto fieri coniunctos re propter concursum Titij, cui ponimus eundem totum fundum legatum fuisse: Non tamen coniunctos etiam verbis quia verbalis coniunctio quæ ab initio non fuit, nunquā potest ex postfacto accidere, in quo differt à coniunctione reali quæ per concursum tertij superuenire facilè potest, vt & in *d. l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Cùm itaq; sint omnes re coniuncti, & quidem re tantùm, mirum nō est pari iure omnes censeri, & ad legatum concurrere, ita vt neuter alteri præferatur. Quòd si fuissent Seius, & Mæuius ab initio verbis tantùm coniuncti, euasissent procul dubio in coniunctos re & verbis, ideóque in portione Seij Mæuius tanquam re & verbis coniunctus præferendus fuisset Titio re tantùm coniuncto, qui casus est *d. l. re coniuncti.* At in specie huius §. non est Titius re coniunctus cum vno ex dominis serui communis partem suam omittente vel amittente, sed cum ipso seruo cui vsusfructus legatus est, & cuius portio non potest videri deficere quandiu ex dominis vnus vtitur fruitur, licèt alius vti frui vel nolit vel non possit. Nihilne igitur proderit Titio quod in legato vsusfructus seruo relicti fuerit re coniunctus? Imò proderit hactenus, vt quoniam seruus ipse legatum, cuius ipse ex propria persona est incapax nec repudiare potest nec amittere, possit eius pars adcrescere Titio si vterque dominus legatum repudiet aut amittat: quæ pars alioqui ad proprietatem rediret si Titius in eo legato non magis re quàm verbis coniunctus seruo fuisset. Ideóq; benè subiungit Vlpianus, Idem esse si duobus coniunctim, & alteri separatim vsusfructus relictus sit, vt scilicet repudiante vno ex duobus illis coniunctis pars eius alij soli qui re & verbis coniunctus est adcrescat soli non etiam ei cui separatim idem vsusfructus relictus fuit quique non illi re coniunctus est.

3 ¶Interdum tamen, etsi non sint coniuncti, tamen vsusfructus legatus alteri adcrescit: vtputa si mihi fundi vsusfructus separatim totius, & tibi similiter fuerit relictus. Nam (vt & Celsus libro octauo decimo digestorum, & Iulianus libro trigensimoquinto scribit) concursu partes habemus, quod & in proprietate contingeret: nam altero repudiante, alter totum fundum haberet. Sed in vsufructu hoc plus est: quia & constitutus & postea amissus, nihilominus ius adcrescendi admittit. omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt. & (vt Celsus, & Iulianus eleganter aiunt) vsusfructus cottidie constituitur, & legatur: non, vt proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur. cùm primùm itaque non inueniet alter eum, qui sibi concurrat, solus vtetur in totum. nec refert, coniunctim, an separatim relinquatur.

Ad §. 3. Interdum.

Ratio dubitandi. Ius adcrescendi nō minùs in vsufructu legato quàm in cæteris legatis nascitur ex iure coniunctionis, vt diximus in præcedentibus. Ergo nullo casu fieri potest, vt inter fructuarios qui coniuncti non sint ius adcrescendi locum habeat.

Dec. Coniuncti de quibus diximus & magis pro-

priè

prie tanquam qui omnium maximè coniuncti sint dicuntur illi qui re & verbis coniuncti sunt: Neque tamen coniunctio tanta necessaria est ad inducendum ius adcrescendi. Sed sufficit sola coniunctio realis, non tamē similiter, sola verbalis quæ disiunctionem & separationem potiùs quàm coniūctionem continet. Est igitur hic §. intelligendus de cōiunctione reali tantùm ad exclusionē maioris coniunctionis quæ fit & realis & verbalis simul: Hoc sensu vt inter fructuarios re tantùm coniunctos locus sit iuri adcrescendi, etiamsi verbis separati sint. Idque apparet euidenter ex proposito exemplo, si mihi vsusfructus totius fundi Corneliani separatim fuerit legatus, & tibi similiter eiusdem totius fundi. Item ex ratione quam subiicit Vlpianus ex Celso & Iuliano, *quia concursu partes habemus*. Nec enim ratio hæc ad eos solos pertinet qui re & verbis simul coniuncti sunt, sed ad illos etiam qui re tantùm *l. planè 34. §. sed si in pupillari. de legat. 1. l. coniunctim 80. de legat. 3.* Generaliter autem verum est, Quoties non fiunt partes nisi per concursum toties ius adcrescendi locum habere, Idque iure quodam non decrescendi si propriè ac pariter loqui volumus potiùs quàm adcrescendi. Nihil enim aliud est, quod ei possit adcrescere cui testator totum dedit, nisi quod potuisset decrescere. Qua ratione defendimus, Inter coniunctos verbis tantùm non esse ius adcrescendi, quia scil. partes habent non per concursum, sed ab initio & factas à testatore *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* De quibus soleo intelligere quod scriptum est in *d. l. planè 34. §. si coniunctim. de legat. 1.* Neque hac parte differentia vlla est inter proprietatem & vsumfructum, vt Vlpianus in hoc §. subiungit. *Nam altero repudiante, inquit, alter totum fundum haberet.* Eadem scil. iuris ratione, quia partes per concursum habent *l. vnic. §. si verò non omnes. C. de caduc. tollend. § si eadem res. Instit. de legat.* Idem euenit in causa damni infecti si plures mittantur in possessionem ædium ob non præstitam cautionem de damno infecto. Nam & illi singuli in totas ædes mittuntur, partes autem per concursum habent *l. si finita 15. §. cum autem. inf. de damn. infect.* In hereditatibus quoque idem est. Licèt enim partes hereditariæ fiant à lege, testator tamen qui plures in institutione coniungit, totam hereditatem dat singulis, partes autem per concursum fiunt *d. l. coniunctim 80. de legat. 3. l. cum quæstio 53. C. de legat.*

a *Sed in vsufructu hoc plus est.* Ratio dubitandi. Ius adcrescendi non habet locum in portione iam agnita *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* Nam cùm ad eum casum res redit, vt portio iam agnita pro non agnita haberi debeat aut propter abstentionem, vt in *l. ex contractu 44. infr. de re iudic. l. si duo 38. l. cum hereditate 55. l. pen. & vlt. de acquirend. hered.* aut propter imploratam restitutionem in integrum *l. si minor 61. eod.* aut propter aliquam iuris constitutionem, vt in specie *Nouell. 1. de hered. & falcid. §. si quis autem non implens.* Ergo fieri non potest vt vsusfructus iam constitutus & posteà amissus ius adcrescendi admittat.

Dec. Alia vsusfructus causa est hac parte, alia verò proprietatis. Et ratio differentiæ illa quæ in textu exprimitur, quòd proprietas eo solo tēpore acquiritur & quidem in perpetuum, quo vindicatur. Vsusfructus autem, vt Celsus & Iulianus eleganter dicebat, quotidie constituitur, & quotidie legatur, & consequenter quotidie amittitur. In eoque iuris authores omnes apud Plautium consenserunt, vt Vlpianus refert, id est, Proculiani & Sabiniani, quos sub Celsi & Iuliani nominibus significare Vlpianus voluit, cùm Celsus fuerit Proculianus *l. & Proculo 20. de legat. 2.* Iulianus autem Sabinianus qui in aliis plerisque De vsufructu quæstionibus dissenserunt, vt docuimus ad §. 1. huius legis.

b *Vsusfructus quotidie constituitur, & legatur.* Ratio dubitandi. Quamuis vsusfructus ex fruendo consistat, id est, ex facto aliquo eius qui vtitur fruitur, Eius tamen cùm legatus est semel tātùm cedit dies, Nimirum ex die aditæ hereditatis *l. vn. infr. tit. prox.* Nisi cùm vel in dies, vel in menses, vel in annos singulos legatur, vt eadem lex subiicit: Ergo non potest verum esse, quod hîc dicitur, Vsumfructum quotidie constitui, & quotidie legari: Alioqui dicendum esset quotidie quoque diem eius cedere. Separandum enim est ius vsusfructus à facto ipso vtendi fruendi. Et aliud est dicere, Fructuarium quotidie vti frui, quod verū est. Aliud verò, Ipsum vsumfructum qui in iure consistit quotidie constitui, & quotidie legari.

Dec. Etsi vsusfructus formaliter, vt ita dicam, consistit in iure non in facto, materialiter tamen consistit in ipsa fruitione & perceptione fructuum & æstimatur ex facto ipso vtendi fruendi *d. l. vn. tit. prox. inf.* Vnde est quod dicimus vsumfructum vendi & locari, & donari posse *l. arboribus 12. § vsufructuarius. sup. tit. prox.* Nempe quantum ad commodum percipiendorum fructuum, non quantum ad ius ipsum vsusfructus *l. si vsusfructus 66. infr. de iur. dot. l. necessariò 8. §. vlt. de peric. & commod. rei vendit.* Indéque etiam fit vt vsusfructus diuiduus sit, cùm tamen cæteræ seruitutes omnes & personales, & reales sint indiuiduæ *l. 1. § si vsusfructus. inf. ad leg. falcid.* quia nimirum perceptio ipsa fructuum diuidua est. Hoc igitur sensu & respectu vsusfructus semel constitutus & legatus quotidie constitui, & quotidie legari intelligitur, quia vsusfructus hodiernus non est idem ille qui fuit hesternus, aut qui erit crastinus, Cùm alij sint fructus & alia perceptio, Idque in vrbanis prædiis apertius est, quorum fructus quotidianus esse dicitur & percipi prout quisque in iis habitauerit *l. item quæritur 13. § vlt. in fin. inf. locat.* Proinde si collegatarius meus cui ego in legato vsusfructus coniunctus sum, & qui in hunc vsque diem partem mihi fecit per concursum amiserit vsumfructum, ita vt non possit amplius mecum concurrere. Dicendum est posse me solum vti frui in totum, nec pro sequenti tempore posse mihi nocere concursum præcedentem, Quia concurrere quoq; facti est, nec tam fit concursus fructuariorum in agnoscendo iure legati vsusfructus, quàm in facto ipso vtendi fruendi. Et quemadmodum perceptio fructuum quotidiana est, pro iis videlicet diebus quibus percipi aliquis fructus potest, Ita & cōcursum in percipiēdis fructibus quotidianum necesse est. At in causa proprietatis & dominij tale nihil tractari potest. Nam qui semel cœpit concurrere in proprietate & dominio, non magis potest desinere vt concurrat, quàm facere vt non sit dominus, cùm dominia non ad tempus acquirantur, sed in perpetuum, neque ex causa temporali, sed ex perpetua *l. 6. infr. de iur. dot.* neque sola voluntate, sed certis duntaxat & legitimis modis acquirantur *l. si quis vi 17. § differentia. infr. de acquirend. possess.* Proinde concursus legatarij in proprietate totum ius adcrescendi quod sperare collegatarius poterat, ex

Digitized by Google

tinguit in perpetuum, quia proprietas & dominium iuris tantùm est, non etiam facti, quomodo vsusfructus materialiter sumptus. Neque alia ratio quærenda est cur faciliùs adcrescat vsusfructus qui semel acquisitus, & postea amissus est quàm proprietas. In quo valde se torquet Accursius, nec illi proficit, quia nec illud intelligere potuit quem sensum aut quam rationem habeat, quod ex Celso & Iuliano Vlpianus hîc scribit, Vsumfructum quotidie constitui & quotidie legari.

c *Nec refert coniunctim an separatim relinquatur.* Intellige cum Accursio nihil referre quod ad ius adcrescendi pertinet, An legatarij coniuncti sint in vsufructu re & verbis simul an re tantùm. Vtroque enim casu est inter eos ius adcrescendi. Sed tamen interest quomodo coniuncti sint, An re, an verbis tantùm, quoniam qui verbis tantùm cõiuncti sunt pro disiunctis magis quàm pro coniunctis haberi debent, vt contra Accursium cæterosque interpretes supra disputauimus.

4 ¶ Idem Iulianus libro trigensimoquinto Digestorum scripsit:

SI duobus heredibus institutis, deducto vsufructu, proprietas legetur: ius adcrescendi heredes non habere: nam videri vsumfructũ constitutum, non per concursum diuisum.

Ad §. vlt. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Cùm duobus heredibus institutis proprietas alicui legatur deducto vsufructu, non potest videri deductus vsusfructus, nisi in fauorem heredum simul, & per consequens videntur coheredes in vsufructu coniuncti, non tantùm re, sed etiam verbis. Ergo inter eos esse debet ius adcrescendi secundùm ea quæ in tota hac lege disputauimus. Vt proinde si pars vsusfructus ab vno ex heredibus amissa sit, siue per mortem, siue per capitis diminutionem quamlibet ea non ad proprietarium, eundemque legatarium redire debeat ad coheredem consfructuarium.

Dec. Videtur hoc casu constitutus heredibus vsusfructus ab ipso testatore diuisus per partes hereditarias, quia & coheredes singuli pro partibus hereditariis tenentur ad præstationem legati cùm hereditas eos obliget *l. siue a certis 17. inf. de duobus reis.* Non enim possunt deducere vsumfructum, nisi ex proprietate quam præstant legatario, & quam præstarẽt plenam, si vsusfructus non deduceretur: Ergo nun nisi quatenus præstãt proprietatem, id est, pro sua quisque parte hereditaria, distributiuè non cõiunctiuè *l. 2. C. de hered. act. l. 2. C. ad SC Trebell.* Proinde nec re, nec verbis coniuncti in vsufructu videri possunt, Non re, quia vnicuique vsusfructus relictus est portionis suæ hereditariæ quæ distincta est à portione coheredis, Non etiam verbis, quia non possunt verbis tantùm coniungi, nisi quibus æquas partes testator adscripsit *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Hic autem non æquas partes testator fecit, sed hereditarias, quamuis hereditariæ possint ex accidenti etiam æquales esse. Nulla igitur ratio est, vt quod pertinet ad vsumfructum ius adcrescendi sit inter illos coheredes: quamuis posset esse, essetque omnimodo etiã inter inuitos, quantũ ad portiones ipsas hereditarias. Neque tamen aliud esset etiamsi testator institutis coheredibus singulis ex semisse proprietatem alicuius fundi legasset deducto vsufructu adiectis illis verbis *pro æquis partibus.* Non tantùm, quia sola coniunctio verbalis nunquam vtilis est ad inducendum ius adcrescendi, vt toties diximus, Sed etiam quia videretur testator ea verba adscripsisse in consequentiam necessariam eius, quod heredibus adscripsisset portiones hereditarias æquales. Nam si fortè inæquales adscripsisset, non potuisset iubere deduci vsumfructum pro æquis partibus, Cùm non possit deduci nisi ex proprietate, & pro rata proprietatis quam amittit is qui per abstractionem vsusfructus facit ex proprietario fructuariũ. Nescio autem quid sibi velit Accursius, cùm ait aliud responsurum fuisse Vlpianum si testator expressim iussisset deduci vsumfructum ab heredibus pro portionibus hereditariis, Ex *l. si mulieri 8. inf. hoc tit.* Nisi fortè ad id respexit quod apertius scribit Bartolus, Eos qui vocantur ad vsumfructum non ex verbis testatoris non habere ius adcrescendi. Habere autem si vocentur ex verbis, Quod ipsum tamen falsum est, Nam cùm seruo communi legatur vsusfructus, nulla in verbis testamenti fit mentio dominorum. Tantum abest, vt ex testamenti verbis sint coniuncti. Et tamen inter eos esse ius adcrescendi, dixit Vlpianus ex Iuliano in *l. 1. supr.* Nec probarẽt Accursij aut Bartoli sententiam ex *d. l. & mulieri,* vbi nihil est de vsufructu deducendo, sed de vsufructu legato mulieri cum liberis heredibus institutis, siue soli sint instituti, siue mixti extraneis heredibus: Qui casus à nostro planè diuersus est. Neque rursus expressa mentio portionum hereditariarum facere potest, vt eò magis videri debeant coheredes coniuncti in vsufructu, in quo nec legatarij esse intelliguntur, quandoquidem in ipsis legari nihil potuit *l. & quidem totum 18. l. legatum 110. §. 1. de leg. 1.* Nec si essent legatarij in vsufructu coniuncti, tamen videri possent aut re, aut verbis, qui pro partibus hereditariis, ac proinde saltem aptitudine inæqualibus, & effectu diuersis vocati essent, vt ostendimus.

2. AFRICANVS libro 5. Quæstionum.

IDeóque amissa pars vsusfructus ad legatarium, eundemque proprietarium redibit.

Ad l. Ideóque 2.

Hæc lex quamuis Africani sit & alterius Iurisconsulti quàm cuius lex superior, nihil tamen nisi relationem continet ex eo quod dictum est in §. *vlt. legis præcedentis.* Quare nec dubitandi aut decidendi nouam rationem vllam admittit.

3. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

IDem Neratius putat, cessare ius adcrescendi, libro primo Responsorum. cui sententiæ congruit ratio Celsi dicentis, totiens ius adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui insolidum habuerunt, concursu diuisus est.

Ad l. Idem Neratius.

Ratio dubitandi & decid. eadem est quæ ad §. *vlt. l. 1. supr.* Eadem enim quæstio est in qua monet Vlpianus consensisse Iulianum & Neratium. Vtriusque verò sententiam confirmat Vlpianus ex ratione Celsi dicentis, Toties ius adcrescendi esse inter duos fructuarios, quoties in duobus, id est, inter duos qui in solidum habuerunt, id est, quibus in solidum legatus fuit concursu diuisus est: Toties igitur non esse quoties citrà concursum partes habent legatarij, siue à testatore, siue à iure ipso factas, vt euenit inter legatarios verbis tantùm coniunctos, licèt Accursius noster perpetui erroris sui memor hîc quoque contrà putet. In proposita autem specie de duobus heredibus à quibus testator legauit fundi alicuius proprietatem deducto vsufructu habēt coheredes vsumfructum quidem deducēdum, sed iam ab ipso testatore diuisum simul cum ipsa hereditate per partes hereditarias, siue de portionibus hereditariis aliquid testator dixerit, siue nihil. Alia quæstio est, de qua in *l. sed etsi 6. §. 1. inf. eod.* & in *l. 3. §. pen. infr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

1 ¶Vnde Celsus libro octauodecimo scribit, si duo fundi domini, deducto vsufructu, proprietatem tradiderint: vter eorum amiserit vsumfructum ad proprietatem redire. sed non ad totum [a], sed cuiusque vsumfructum ei parti accedere, quam ipse tradiderit. ad eam enim partem redire debet, à qua initio diuisus est.

Ad §. 1. Vnde Celsus.

Ratio dubitandi & decid. eadem est quę ad §. *vlt. l. 1. supr.* Eadem enim quæstio est de proprietate fundi à duobus tradita deducto vsufructu. Sed dissimilis facti species in eo quòd superior est de vsufructu à pluribus heredibus deducto ex proprietatę legata. Hæc verò de vsufructu à duobus dominis deducto ex proprietate inter viuos tradita. Nihil autem inter hos casus quantum ad rationem iuris interest, cùm eædem iuris regulæ in vsufructu locum habeant, siue in vltima voluntate, siue inter viuos constituitus sit, siue dę iure coniunctionis, siue de iure adcrescendi quæratur.

a *Sed non ad totum.* Ratio dubitandi. A tota proprietate totus vsusfructus abstractus est per traditionem à duobus dominis factā proprietatis fundi deducto vsufructu. Ergo ad totum fundum redire debet pars illa vsusfructus quàm alteruter dominorum amiserit.

Dec. Quemadmodum vsusfructus constituitur per abstractionem & separationem à proprietate vt toties inculcauimus, Ita separatus & abstractus naturaliter appetit vt redeat ad proprietatem, tanquam ad suam causam. Naturaliter enim, vt ille dicebat, *Ortus cuncta suos repetunt*, & vt vulgari nostrorum iactatur brocardico, Vnaquæque res facilè redit ad suam naturam, vulg. *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. supr. de pact.* Ergo ad eam proprietatis partem redire vsusfructus debet, à qua diuisus ab initio, & abstractus fuit, non ad aliam à qua nunquam discessit, quia nec ei coniunctus vnquam fuit. Potest autem fieri vt intersit scire ad quam proprietatis partem recurrat pars vsusfructus quæ perit, si forrè vnus ex dominis qui vsumfructum tradiderūt minor fuerit, & aduersus venditionem à se factam restitutus sit, siue ex capite minoris ætatis, siue ex alia iusta qualibet. Vsumfructum enim quem per capitis diminutionem fortassis amiserat, recuperabit per restitutionem in integrum recuperata proprietate quam vendiderat.

2 ¶Non solùm autem, si duobus vsusfructus legetur, est ius adcrescendi: verum & si alteri vsusfructus, alteri fundus legatus est. nam amittente vsumfructum altero, cui erat legatus, magis iure adcrescendi ad alterum pertinet, quàm redit ad proprietatem. nec nouum: nam, & si duobus vsusfructus legetur [a], & apud alterum sit consolidatus, ius adcrescendi non perit, neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo: & ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem & nunc amittet. & ita & Neratio, & Aristoni videtur: & Pomponius probat.

Ad §. 2 Non solùm.

Ratio dubitandi. Cùm alteri vsusfructus fundi Corneliani legatur, alteri verò fundus ipse Cornelianus non possunt videri coniuncti in vsufructu, cùm alter habeat vsumfructum formalem tātùm, id est abstractum, & separatum à proprietate, Alter verò causalem, id est, cū proprietate coniunctum. Ergo non potest inter eos esse ius adcrescendi. Et præterea videtur in proposita specie inutilis esse quæstio De iure adcrescendi. Nam cùm legatarius vsumfructum sibi legatum repudiat, vel amittit, Cui alij potest acquiri quàm legatario proprietatis, siue iure adcrescendi id fiat, siue quòd vsusfructus redeat ad proprietatem?

Dec. Quoties vni legatur vsusfructus, alij plena proprietas, necessariò communicatur inter eos vsusfructus, adeoque quod mirum est, etiamsi testator alia fuerit voluntate, *l. si alij 19. De vsufr. legat.* Nec enim videretur dari fundus si daretur detracto vsufructu *l. qui vsumfructum 58. infr. de verb. oblig. l. si tibi 6. inf. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Nisi si quando iudex familiæ erciscundę vni fundum, alteri eiusdem fundi vsumfructū adiudicet. Tunc enim non communicabitur inter eos vsusfructus *l. & puto 16. §. 1. inf. famil. ercisc.* cùm iudicium illud Familiæ erciscūdæ non ad communionem inducendam accipiatur, sed ad eam quæ est tollendam *l. 1. & pass. eod.* Et quamuis eadem persona sit proprietarij, & illius ad quem vsusfructus iure adcrescēdi pertinet, multùm tamen interest an iure adcrescendi vsumfructū quis habeat, an quòd vsusfructus redeat ad proprietatem. Vsusfructus enim adcresceret etiam nō habenti proprietatem, quoniam adcrescit personę *l. si Titio 33. §. 3. sup. tit. prox.* Cùm autem redit ad proprietatem non alij acquiri potest quàm ei qui proprietatem habeat *l. interdum 10. inf. hoc tit.* Est autem fauorabilius ius adcrescendi, quoniam ex testatoris voluntate proficiscitur, quæ in omnibus quæstionibus circa vltimas voluntates emergentibus prima lex est, & locum præcipuum obtinet *l. si mihi & tibi 12. in fin. De legat. 1.* Ergo quamuis in personæ vnius vsusfructus sit formalis, in alterius verò sit

Digitized by Google

causalis non eò minus inter eos est ius adcrescendi l. *si mulieri* 8. *infr. hoc tit.* Sufficit enim ad inducendum inter eos ius adcrescendi quod testator vsum fructum inter ipsos communicari voluerit. Nam nec differentia inter formalem & causalem vsumfructum vlla est quantum ad testatoris volūtatem, sed tantùm propter repugnantiā ex parte rei quòd nemo re sua vti frui possit *l. uti frui* 5. *infr. si vsusfr. pet.* Cæterùm quemadmodum iuris ratio non debet damno adficere creditorem qui sibi diligēter prospexerat, vt eleganter Papinianus respondit in specie l. 3. *infr. de separat.* Ita neque impedire debet voluntatem testatoris, nec proinde ius adcrescendi quod nascitur ex voluntate.

a *Nam et si duobus vsusfructus legetur.* Ratio dubitandi. Per consolidationem perit vsusfructus §. *finitur. Instit. de vsufr.* quia non potest vsusfructus durare fructuario nacto proprietatem, cùm nemo possit re sua vti frui iure seruitutis *d. l.* 5. *infr. si vsusfr. pet.* quia nemini res sua seruiat *l. in re communi* 26. *infr. Vrban. præd.* Sicuti solemus dicere non posse pignus perseuerare domino constituto creditore *l. penult.* §. 1. *ad fin. De except. rei iudic.* Ergo & perit ius adcrescendi in vsufructu. Quomodo enim potest ius adcrescendi inter fructuarios perseuerare amisso extinctóque per consolidationem vsufructu?

Dec. Vsusfructus qui per consolidationem amittitur, non ex voluntate testatoris, sed ex iuris ratione amittitur, quæ porrò testatoris voluntatem, vt proximè diximus, tollere non potest. Ergo neque ius adcrescendi quod ex voluntate proficiscitur. Ergo si duobus vsusfructus legatus sit, & apud alterum consolidatus per acquisitionem proprietatis, dicendum est non eò magis ius adcrescendi inter fructuarios perire: quia nec vsusfructus absolutè perit, sed tantùm quatenus formalis est, cùm nihil aliud iuris noui afferat consolidatio, nisi quod vsumfructum ex formali facit causalem. Quid porrò interest quod ad testatoris voluntatem pertinet an' vsusfructus formalis sit an causalis? Aut quid minus nonnum in iure nostro, quàm vt ratio iuris licèt plerunq; consentiat cum ratione voluntatis, vt in *l. cùm pater* 77. §. *fidei. de leg.* 2. *l. eum qui* 18. *in fin. de his quæ vt indign.* ab ea tamen aliquando dissentiat? Nam & ratio ipsa iuris semper excipit rationem voluntatis. Siue igitur is apud quem consolidatus est vsusfructus formalis, causalem amiserit, siue collegatarius formalem, dicendum est ius adcrescendi durare: Imò, quod magis est, iisdem modis quibus perisset vsusfructus formalis ante consolidationem, iisdem perire etiam post consolidationem, vt ex Neratio, Aristone, ex Pomponio subiicit Vlpianus. Quia licèt vsusfructus consolidatus, & ex formali factus causalis incipiat esse pars integralis plenæ proprietatis *d. l. qui vsumfructum* 58. *de verbor. oblig. l. fictum argentum* 21. §. *si fundum. infr. de except. rei iudic.* Proprietas autem nec in totum, nec pro parte amittatur, aut morte, aut capitis diminutione, quæ ad postremam huius §. sententiam vera, dubitandi ratio est, Voluntas tamen testatoris qui vsumfructum constituit, illa est, quam spectari solam oportet, non minùs eùm de amittendo, quàm cùm de adcrescendo vsufructu quæritur, Cùm ius adcrescendi amissionem vsusfructus præsupponat in necessarium antecedens.

4. IVLIANVS libro 35. Digestorum.

SI tibi proprietas fundi legata fuerit: mihi autem & Mæuio, & tibi eiusdem fundi vsusfructus: habebimus ego & Mæuius trientes in vsufructu: vnus triens proprietati miscebitur a. siue autem ego, siue Mæuius b capite minuti fuerimus: triens inter te, & alterutrum nostrum diuidetur: ita vt semissem in vsufructu habearis, qui ex nobis capite minutus non fuerat: ad te proprietas cum parte dimidia vsusfructus pertineat.

Ad l. Si tibi 4.

Ratio dubitandi. Testator qui fundi Corneliani proprietatem tibi legauit, mihi autem & Mæuio & tibi eiusdem vsumfructum ex voluntate fuisse videtur, vt quatuor partes vsusfructus constituerentur: quarum vnam tu haberes tanquam proprietarius, aliæ tres æqua lance inter nos diuiderentur. Exemplo eius quod scriptum est in *l.* 4. *infr. de stipul. seruor.* Si seruus communis sibi & vni ex dominis stipuletur perinde habendum esse ac si omnibus dominis, & præterea vni ex his stipuletur: veluti Titio & Mæuio & Titio: Quo casu probabile est vt Titio dodrans, Mæuio quadrans debeatur, quasi Titium adiecerit in virilem portionem. Secundum quam sententiam dicendum videretur tibi tanquam legatario fundi, dimidiam vsusfructus totius fundi deberi, Aliam verò dimidiam in tres partes diuidendam, vt eius quoque tertiam partem habeas, atque ita totius vsusfructus bessem feras, Ego autem, & Mæuius trientem ex æquo inter nos diuidendum. Alioqui minus iuris habebit in vsufructu legatarius proprietatis quàm si nulla pars vsusfructus ei legata esset, Quandoquidem si tibi proprietas fundi Corneliani legata esset, mihi autem & Mæuio vsusfructus eiusdem fundi dicendum esset semissem vsusfructus ad te pertinere, ad me autem & Mæuium non nisi alterum semissem l. *si tibi proprietas* 9 *infr. hoc titul. l. Sempronius* 26. *in fin. infr. de vsufr. legat.* Absurdum autem videtur minorem in vsufructu portionem habere legatarium proprietatis ob id solum, quòd pars etiam aliqua vsusfructus ei legata sit, arg. *l. sed si vnius* 17. §. *si seruus infr. de iniur.*

Dec. Testator qui post legatam vni proprietatem postea legat eiusdem fundi vsumfructum pluribus, & inter alios illi ipsi cui proprietatem legauit, credendus est proprietatem legasse deducto vsufructu, & consequenter non aliam partem in vsufructu legatario proprietatis dedisse, quam quæ per concursum aliorum legatariorum ad eum pertinere possit. Ne alioqui duplici præstatione eiusdem vsusfructus causalis erga legatarium proprietatis heredes obstrinxisse videatur, quod numquam verisimile est *l. Titia* 34. §. *qui inuitata. de legat.* 2. *l. vxorem* 41. §. 1. *De legat.* 3. Et quamuis ea res non tam ad heredum quàm ad collegatariorum onus, & incommodum pertinere videatur, qui tantò minùs ex proprio legato percepturi sunt, Attamen nec illud credibile est voluisse testatorem fundi legatario maiorem partem vsusfructus relinquere, quàm cæteris quos in vsufructu & te & verbis simul coniunxit. Qui enim re &

& verbis simul coniuncti sunt, sicuti non habent partes per concursum, ita nec nisi æquales partes habere possunt. Habent siquidem viriles quæ non possunt esse nisi æquales, cùm tot fiant portiones quot sunt capita concurrentium *l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1. l. 2. C. ad SC. Orfit.* Aliud ergo est si legatario fundi nullus vsusfructus legatus sit. Tūc enim creditur testator voluisse communicari vsumfructum cum formali & ad eum pertinere dimidiam partem vsusfructus, ad alios verò quotquot sint aliam dimidiam inter eos diuidendam *d. l. finalj.* Sed & inter hos casus alia differentia illa est quod cùm vni proprietas fundi legata est, duobus autem aliis eiusdem fundi vsusfructus, ius adcrescendi est inter fructuarios tantùm non etiam inter eos & proprietarium *d. l. Sempronius 26. in fin. de vsufr. leg.* Nempe quia nec re nec verbis coniuncti sunt, quos tamen vt adcrescendi ius habere possent saltem re coniunctos esse oporteret. At in specie legis nostræ habet legatarius proprietatis ius adcrescendi cum fructuariis, quia & ipse fructuarius est & quidem re & verbis coniunctus cæteris non tanquam legatarius proprietatis, sed tanquam is cui perinde ac cæteris vsusfructus legatus est quamuis cum hac differentia quod vsusfructus ad eum pertinere non potest nisi tanquam causalis, qui ad alios pertinet tanquam formalis. Sed hæc differentia & diuersitas qualitatis in vsufructu non potest inducere diuersitatem voluntatis, neque quod ad ius adcrescendi pertinet, neq; quod ad ius coniunctionis, vt diximus ad legem præcedentem. Aliud rursum est in proprietate legata, si fortè Titio fundus sit legatus, & rursum eidem Titio & Mæuio, ac præterea tibi eiusdem fundi vsusfructus. Quæ species ab Accursio nostro proponitur. Hoc enim casu dimidiam vnam vsusfructus habere solus Titius debet, & alterius dimidiæ tertiam, vt benè concludit Accursius Ex *d. l. 4. de stipulat. seruor.* atque ita habebit bessem vsusfructus sed causalem, non formalem. Nec est contrarium quod Accursius obiicit pro contrario ex *l. dominus seruum 22. §. 1. inf. de pecul. legat.* Si seruum dominus, qui cum eo vicarium communem habebat testamento manumiserit & peculium ei legauerit, deinde ipsum vicarium, qui communis erat nominatim & ipsi & libertæ suæ legauerit, partem quartam libertæ, Reliquam partem quartam liberti futuram, cùm tamen dodrans dimidiæ partis quam in eo vicario testator habebat, pertinere ad libertum videretur, Seruis quidem propter legatum ei peculium, quadrans autem illius dimidiæ propter legatum commune liberto & libertæ factum. Nam respondendum est in ea specie non contineri vicarium in legato peculij, quod specialiter de eo testator disposuisset, cùm generi per speciem in toto iure derogetur *d. l. vxorem 4. §. Felicissimo 3. l. seruis vrbanis 99. §. vlt. de legat. 3. l. in toto iure 80. de reg. iur.* Perindéque est acsi seruo manumisso legatum fuisset peculium deducto vicario. Quemadmodum & in specie huius legis dicimus legatum fundi debere intelligi deducto vsufructu, propter legatum vsusfructus eidem fundi legatario & mihi & Mæuio posteà factum. Aliud ergo fuisset in specie *d. l. dominus §. 1.* si vicarius nominatim legatus fuisset vicario ac præterea liberto & libertæ Tunc enim dicendum esset dodrantem dimidiæ peruenturū ad libertum, quadrantem verò duntaxat eiusdem dimidiæ ad libertam. Nec ad hunc casum pertinet Iustiniani constitutio in *l. cùm questio 23. C. de legat.*

a *Et triens vnus proprietati miscebitur.* Id est iure plenæ proprietatis, ac proinde tanquam vsusfructus causalis ad te fundi proprietarium pertinebit.

b *Siue autem ego siue Mæuius.* Ratio dubitandi. Siue ego siue Mæuius capite minuti fuerimus, videtur triens qui deficit ad eum duntaxat ex nobis qui superest pertinere, Non ad te qui totius fundi proprietatem habes, quamuis vsumfructum æquè pro triente habeas, quia vsusfructus ille causalis est, vt modò diximus, Qui verò mihi & Mæuio legatus fuit formalis est, vt proinde maior coniunctio inter me ac Mæuium quàm inter te & nos esse intelligatur. Coniuncti namque sumus inter nos in eadem specie vsusfructus. Tecum verò in alia specie, Ergo minùs specifica, minùsque stricta coniunctione. Dec. Testator qui post tibi legatam fundi proprietatem, eiusdem fundi vsumfructum legauit tibi & mihi & Mæuio coniunxit nos in vsufructu, & quidem re & verbis, qua fortior & strictior coniunctio alia esse nulla potest ad inducendum ius non modò adcrescendi, sed etiam prælationis. Nec quod vsusfructus mihi & Mæuio legatus sit formalis, tuus verò causalis inducere potest diuisionem voluntatis, vt in præcedentibus disputauimus. Est enim idem vsusfructus materialiter, habénsque idem commodum & emolumentum fructuum licèt formaliter alius sit. Igitur siue ego siue Mæuius capite minuti fuerimus, triens ille qui deficiat, inter te & alterum nostrum ex æquo diuidetur, ita vt semissem illius in vsufructu habeat is qui ex nobis capite minutus non fuerit, ad te verò proprietas cum dimidia parte vsusfructus pertineat; id est partim plena, partim nuda. Eâdem ergo ratione dicendum est, si tale quid tibi contigisset, æquè me & Mæuium ius adcrescendi in tua portione habituros fuisse. Absurdum enim & iniquum esset portiones nostras posse tibi quoque adcrescere, non etiam nobis tuam. Et inauditum est inter quos sit locus iuri adcrescendi, non esse inuicem & ex vtrâque parte *argum. l. iam hoc iure 4. versic. incongruens enim videbatur infr. de vulg. & pupill. substit.* Et cui non perit ius adcrescendi nec ab eo perit *l. prox. §. vlt. supr.* vbi additur, quod ad rem nostram valde pertinet, iisdem modis amitti hoc casu vsumfructum causalem quibus formalis amitteretur. Vt proinde non possim satis mirari quod Azo adnotauit, quæstionem hanc à Iuliano hic prætermissā nec decisam fuisse. Et magis quod Accursius addit nec ab Vlpiano in *dict. l. proxim. §. vlt. supr.*

5. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

ETsi tradideris alicui proprietatem, deducto vsufructu, nihilo minùs putat Iulianus adcrescere: nec videri nouum tibi adquiri vsumfructum.

Ad l. Etsi tradideris 5.

Ratio dubitandi. Cùm tu cui legata erat fundi Corneliani proprietas à testatore qui eiusdem fundi vsumfructum & tibi & Mæuio & mihi legauerat, eum fundum alicui vendidisti & tradidisti deducto vsufructu, quamuis perinde atque antea

vsumfructum habeas, videtur tamen mutata causa vsusfructus tui, Cùm ex causali, qualis erat, factus sit formalis. Et consequenter videtur nouus esse vsusfructus, & alius quàm qui à testatore tibi legatus fuerat *l. cùm argentum 21. §. si fundum. infr. de except. rei iudic.* Ergo non videtur superesse verus illud ius adcrescendi, quod inter nos locum habere ex testatoris voluntate debuisset si vsusfructus in eâdem causa mansisset.

Dec. Nouus vsusfructus non est qui eiusdem fundi est, nec formalis à causali reipsa distinguitur & materialiter, sed tantùm formaliter, & ratione quadam abstractionis, quæ non potest voluntatem testatoris immutare, nec rursum facto tuo potuisti ius Mæuij & meum lædere, nobísque ius illud adcrescendi adimere quod iuris ratio ex voluntate testatoris nobis dederat *l. 2. infr. quod vi aut clam. l. pen. inf. de pact. l. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 74. infr. de reg. iur.* Non est autem apertior in iure locus quo probari possit vsumfructum causalem non distingui realiter, neque specie à formali, sed tantùm ex mera iuris ratione.

6. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

IDem, & si apud vnum ex tribus fructuariis consolidatus sit vsusfructus.

Ad l. Idem & si apud 6.

Ratio dubitandi & decid. eadem est quæ ad leges præcedentes. Quid enim refert quod ad volũtatem testatoris pertinet, & ad inducẽdum ius adcrescẽdi an vsusfructus ex causali fiat formalis, an ex formali causalis? Proinde nec quicquam refert an dominus proprietatis, idémque legatarius vsusfructus pro parte tertia, eam proprietatem vendiderit deducto vsufructu, vt in *l. prox. sup.* an verò apud me aut Mæuium consolidatus sit vsusfructus per acquisitionem proprietatis. Perinde enim atque anteà saluum erit inter nos ius adcrescendi.

1 ¶Sed si cui proprietas, deducto vsufructu, legata sit: & mihi pars vsusfructus: videndum erit, an inter me, & heredem eius adcrescendi versetur. & verum est, vt quisquis amiserit, ad proprietatem reuertetur.

Ad §. 1. Sed si cui proprietas.

Ratio dubitandi. Cùm alicui proprietas fundi Corneliani legata est deducto vsufructu, mihi autem pars dimidia vsusfructus, perinde esse videtur acsi mihi & heredi coniunctim vsusfructus legatus esset, cùm æquè fiat vt inter me & heredem vsusfructus communicetur. Ad quem enim alium prætterquàm ad heredem alia pars vsusfructus pertineret? Quidni ergo erit inter nos ius adcrescendi vt pars quæ deficiet ad alterum ex nobis perueniat non ad proprietatem reuertatur.

Dec. Ius adcrescendi non habet locum, nisi inter eos demùm fructuarios qui aut re & verbis, aut saltem re tantùm coniuncti sunt *l. 1.* vbi dixi *supr.* hoc tit. Atqui nulla hîc inter me & heredem coniunctio est ne quidem realis tantùm, Cùm testator partes ab initio fecerit *l. & Proculo 20. de legat. 2.* Hoc ipso scilicet quod partem duntaxat vsusfructus mihi legauit, aliam verò partem penes heredem reliquit. Non addo cum Accursio, Ne quidem verbis tantùm coniunctos nos esse, quoniam etsi hoc quoque verum est, ad rem tamen nihil pertinet, cùm inter verbis tantùm coniunctos non magis sit locus iuri adcrescendi quàm si omnino, id est, & re, & verbo disiuncti essent. iunge *l. 1. §. vlt.* vbi dixi *supr.* Ergo prout quisque ex nobis, vel ego, vel heres partem vsusfructus nostram amiserimus ea non alteri adcrescet, sed ad dominum proprietatis reuertetur.

2 ¶Si mihi vsusfructus fundi purè, tibi sub condicione legatus sit: potest dici, totius fundi vsumfructum ad me pertinere interim: &, si capite minutus fuero, totum amittere [a]. sed, si extiterit conditio [b], totum vsumfructum ad te pertinere, si fortè capite deminutus sum. cæterùm, cùm in meo statu maneo [c], communicandum vsumfructu.

Ad §. 2. Si mihi vsusfructus.

Ratio dubitandi. Res quæ sub condicione legatur interim est heredis pleno iure *l. & post litem 12. §. 1. inf. famil. ercisc. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum.* Ergo vsusfructus qui tibi sub condicione legatus est, interim, id est, pendente cõdicione heredis esse debet non meus, saltem pro ea parte, quę ad te pertineret si condicio tui legati extiteret, quo casu proculdubio in vsufructu cõcurreremus, perinde atque si quemadmodum mihi ita tibi si purè legatus est vsusfructus. Nam dispositio quælibet condicionalis postquàm semel purificata est, perinde habetur acsi ab initio fuisset pura *l. vlt. §. 1. infr. de vulg. & pupill. substit. l. potior 11. §. 1. qui potior. in pign. hab.* Non potest igitur verum esse quod hîc Vlp. scribit totius fundi vsumfructum ad me interim pertinere. Dec. Vsusfructus qui mihi purè, & tibi sub condicione legatus est, sicuti non potest pẽdente condicione ad te vlla ex parte pertinere, ita neque ad heredem, Cùm mihi legatus sit totus purè, & in re legata potiorem oporteat esse causam legatarij quàm heredis *l. legatum 86. De legat. 2.* Nam & legatarius in re legata, quasi heres quodammodo esse videtur *l. id tempus 14. §. 1. inf. de vsucap.* Neque verò aliam ob causam heres pendente legati cõdicione dominus remanet pleno iure, quàm quia nec legatarius esse intelligitur, quamdiu condicio non extitit, nec condicionalis legati dies cessit *l. 5. §. 1. inf. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. sin autem sub condicione. C. de cadus. tollend.* Atqui in specie proposita licet nullus tibi legatus esset vsusfructus, non eò minùs tamen verum esset legatum purè mihi eum fuisse, & quidem totum. Ergo quod te collegatarium habeo sub condicione non debet facere quominus interim, id est, condicione pendente totum vsumfructum interim habeam, & heredi pro parte tibi legata præferri debeam, Non propterea quòd legatum tuum condicionale sit, sed quia meũ purum est.

est. Idem est in liberto vni purè, alij sub condicione assignato, vt Accursius obseruat ex *l. sub condicione* 10. §. 1. *infr. de assign. libert.*

a *Et si capite minutus fuero, totum amittere.* Ratio dubitandi. Non potest amitti vsusfructus qui numquam initium habuit *l. Sempronius Attalus* 26. *infr. de vsufr. legat. l. Titio vsusfructus* 96. *de condic. & demonstrat.* Atqui vsusfructus tibi sub condicione relictus nunquam initium habuit, quandiu condicio pependit. Ergo nec si capite minutus sim, possum tamen amittere partem vsusfructus quæ ad te peruentura esset si condicio extitisset, sed eam duntaxat portionem quam haberem omnimodo, etiamsi condicio legati tui extitisset.

Dec. Vsusfructus qui purè mihi legatus est ad me totus pertinet etiam pendente legati tui condicione, vt modò diximus, Non ex tua persona, nec quia legati tui condicio pendeat, sed ex mea propria mihi legatus est. Ergo totum eum possum amittere non pro parte, quia nec pro parte minui capite possum *l. excepta* 14. *infr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Obstare creditur *l. mulieri* 74 *infr. de condic. & demonstrat.* Sed non obstat si bene intelligatur, & eo modo quo explicauimus in *Error. Decad.* 50. *De error. pragmatic.*

b *Sed etsi extiterit condicio.* Ratio dubitandi. Existens condicio legati tui non potest legatum meum augere, sed tantùm facere vt legati tui dies vtiliter cedat *d. l.* 5. §. 1. *& pass. inf. quand. dies legat. ced.* Ergo etiamsi capite minutus sim, non tamen potest legatum vsusfructus totum ad te pertinere, sed pro ea tantùm parte quam in vsufructu haberes si ego concurrerem, id est, pro dimidia. Quod enim ego non concurro magis prodesse debet heredi quam tibi, vt aliam partem vsusfructus heres habeat quàm tu. Nec ob id solùm quod sit heres, ac proinde fauorabilior *l. Titia* 34. §. *qui inutia. l. Sempronius* 47. *De legat.* 2. *l. vxorem* 41. §. 1. *De leg.* 3. sed etiam quia penes eum proprietas est ad quam facilè ac sua sponte vsusfructus reuertitur §. *proxim. supr.*

Dec. Legatum condicionale cuius condicio extitit pro eo habetur acsi ab initio purum fuisset, quia condicio nihil est nisi puritatis, vt ita dixerim, quædam priuatio, nec quicquam ponit in re *dict. l. potior* 11. 3. *qui potior. in pignor. hab. l. is cui via* 1. §. 1. *infr. quem seruit. amitt. dict. l. & post litem* 12. §. 1. *famil. ercisc. dict. l. vltim.* §. 1. *de vulg. & pupill. substit.* Atqui si fuisset ab initio purum, fuissemus tu & ego saltem re coniuncti, atque inter nos ita fuisset locus iuri adcrescendi, quia non nisi per concursum partes habuissemus *l.* 1. §. *interdum l.* 3. *in princip. supr.* Ergo & idem in proposito casu dicendum est. Condicio enim legati tui licèt acquisitionem tuam & per consequens ius adcrescendi suspendat, & impediat, ius tamen coniunctionis ex quo ius adcrescendi nascitur, & quod ex verbis testamenti, & ex mente testatoris totum pendet, nec impedit, nec suspendit.

a *Cæterùm cùm in meo statu maneo.* Sensus est si legatum tui condicio extiterit, nec ego capite minutus fuero perinde communicandum esse inter nos vsumfructum, atque si ab initio vtrique nostrum coniunctim & purè legatus vsusfructus fuisset. Rationes dubitandi & decidendi iam attulimus.

7. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI quis Attio & heredibus suis vsumfructum legauerit: dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quod si ita scriptum sit, *Attio, & Seio, cum heredibus meis* [a]: tres partes fient, vt vnum habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Seius, nec enim interest, ita legetur, *illi & illi, cum Mæuio*, an ita, *& illi, & Mæuio.*

Ad l. Si quis Attio 7.

Ratio dubitandi. Heredi à semetipso inutiliter legatur *l. & quidem* 18 *l. legatum* 116. §. 1. *De legat.* 1, ideoque pars eius ad collegatarium pertinet *l. planè* 34. § *si duobus eodem.* Ergo si quis heredibus suis, & Attio vsumfructum fundi legauerit, non dimidiam habere debet Titius, sed totum vsumfructum iure scilicet adcrescendi cùm fuerit ei totus legatus, nec possint heredes partem facere per concursum, quia nec possunt concurrere ij in quorum persona legatum non consistit *d.* § *si duobus.*

Dec. Heredes testatoris licèt non possint iure legati habere vsumfructum formalem, possunt tamen habere causalem ex voluntate testatoris non quidem tanquam legatarij, sed vt faciant partem eicui vsusfructus formalis relictus est, & pro illa parte habeant plenam proprietatem, & eatenus minuant vsumfructum qui alij legatus est, vt scribit Vlpianus in *l. sequ.* In eoque differt legatum proprietatis à legato vsusfructus: quia proprietatem legatam heredi non potest habere heres qui habet collegatarium coniunctum, quin habeat ex causa legati, nec rursum potest habere ex causa legati inutiliter relicti. At vti frui potest fundo hereditario etiam pro qua parte inutile legatum est, Non minùs quàm si legatum esset vtile. Hac sola differentia, quòd si legatum vsusfructus vtile in ipsius persona esset, formalem haberet vsumfructum, quem habet tantùm causalem inualido existente legato. Perinde igitur dimidiam habere heredes debent, & dimidiam Attius, atque si in heredum persona legatum vsusfructus consisteret. Qua ratione in legato quoque proprietatis interdum euenit, vt qui partem rei legatæ habet iam suo iure, licet ad legatum non admittatur, partem tamen faciat, vt puta si Titio & Mæuio legatus fuerit Stichus qui erat Titij. Mæuio enim pars Stichi tantùm debebitur *l. huiusmodi* 84. §. *si Titio infr. de legat.* 1. Sed cur non diuiditur vsusfructus in trientes si fortè duo sint heredes, aut in quadrantes si tres sint, vt vnusquisque virilem suam vsusfructus partem ferat? Dicendum est heredes licèt eorum mentio in plurali numero facta sit, quia tamen nominati sunt sub appellatione heredum vnius tantùm personæ vice fungi, sicut & vnius testatoris personam repræsentant, nec ob id maiorem posse consequi vsusfructus portionem quòd sint plures, quia etsi vnus tantùm heres esset tantumdem iuris haberet ad vsumfructum causalem totius fundi retinendum nisi quatenus formalis alij legatus esset. Alioqui dici oporteret, si vnus ex heredibus repu-

diaret hereditatem futurum vt alius perinde duas partes habere deberet quamuis solus heres esset: quod vtique foret absurdum. Planè nec de illo dubitandum videtur quin repudiante vno ex heredibus coheres qui superest tantundem ferat ex vsufructu solus quantum laturi erant ambo si vterque heres fuisset. Non enim potest vsusfructus hic causalis qui proprietatem sequitur non adcrescere illi cui ipsa adcrescit hereditas, Præter id quod magis coniuncti sunt qui non solùm ad vnam eandemque portionem sunt vocati, vt & in *l. liber homo 59. §. Titius inf. de hered. instit.* sed etiam sub vna eademq; heredum appellatione *arg. l. Sempronius 26. in fi. inf. de vsufr. legat.* Cæterùm ad hanc legem nil pertinet constitutio Iustiniani in *l. vlt. in fi. C. de impub. & aliis substit.* vt mox dicemus. Suanes verò sunt interpretes qui notant in primis illis verbis huius legis *si quis Attio & heredibus suis* æquiuocum subesse an testator de suis heredibus, an de Attij legatarij heredibus senserit, & an de filiis Attij qui propriè sint sui heredes, an de aliis ipsius heredibus etiam extraneis. Quasi verò non debuerit Paulus ita scribere *si quis Attio & heredibus eius vsumfructum legauerit*, si de Attij heredibus sensisset. Et tamen in id ferè procliuiores sunt vt de liberis Attij malint intelligere vt effugiant supradictam obiectionem ex *d. l. planè 34. § si duobus de legat.* Nisi quod qui nobiscum intelligunt de liberis testatoris ponunt legatum fuisse heredi à coherede vel à legatario, quod æquè ridiculum est. Nam neque à legatario legari olim poterat *l. 2. C. comm. de legat. §. 1. Inst. de singul. reb. per fideic. relict.* Et cùm heredi legatur, necesse est legati partem capere heredem à seipso, partem à coherede, Nisi cùm de pecunia legata agitur, quæ tota ex vna portione redigi potest *l. cùm pater 77. in princ. de legat. l. in quartam 91. ad leg. falcid. l. deducta 58. §. accepta ad SC. Trebell.* Vsusfructus autem non potest fieri vt ex vna tantùm parte totus redigatur; Quare nec aliud erit si fortè vnus tantùm sit heres eique & Attio vsumfructum testator legauerit. Perindeque enim his casibus atque si nulla heredum facta mentione proprietatem alicui deducto vsufructu legasset, vt in *l. 1. §. vlt. & l. 2. sup. eod.* vbi diximus; Necessariò igitur ad eam decidendi rationem recurrendum est quam nos attulimus.

a *Quòd si ita scriptum sit Titio cum heredibus & Mæuio.* Ratio dubitandi. Titius & heredes videntur ad vnam eandemque portionem vsusfructus vocati per illa verba, *Titio cum heredibus meis.* Ergo ad vnam tantùm dimidiam, Mæuius verò ad aliam dimidiam *arg. l. vlt. in fi. C. de impub. & aliis substit.*

Dec. Per hanc formulam coniuncti sunt in vsufructu Titius, Mæuius, & heredes testatoris, ac proinde videntur facti tres trientes quorum vnum ferre debet Titius, alterum Mæuius, tertium heredes. Nam vt sequitur in textu nihil refert an legetur illi & illi cum Mæuio, an verò illi & illi & Mæuio siquidem syllaba *cum* perinde facit coniunctionem *l. Titia 36. §. nihil distat. l. si quis inquilinos 112. §. si ita legatum de legat. 1. l. illi cum illo 40. de vsufr. legat. l. triplici 142. de verb. signific.* Idque erit apertius si Florentinam lectionem sequamur quæ sic habet, *Attio & Seio cum heredibus meis.* Non enim posset dici cui magis coniuncti sint heredes testatoris an Attio an Seio vt ad vnam eamdemque cum ipso portionem vocati intelligantur. Et sanè Florentina hæc lectio melior est, tollitque dubitationem quæ fit ab interpretibus an de testatoris an de Attij heredibus testator senserit. Indéque fit vt ad hunc casum non possit ea Iustiniani constitutio pertinere quæ extat in *d. l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* Ibi enim coniuncti erant cum herede filij & heredes ipsius heredis. Hic autem heredes testatoris cum aliis legatariis, quod & Azo tam olim benè obseruauit, licèt malè subiiciat legatum fuisse heredibus testatoris à coherede vel legatario. Quod nos iam improbauimus. Aut quasi non idem fuerit responsurus Paulus si testator vnum duntaxat heredem reliquisset atque ita scripsisset, *Attio & Seio cum herede meo* quod æquè falsum esse ostendimus. Quamuis etiam pluribus institutis heredibus nihil interesse soleat an de herede loquatur testator in numero singulari, an de heredibus in plurali *l. si plures 98. de legat. 3.*

8. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

SI mulieri cum liberis suis vsusfructus legetur: amissis liberis, ea vsumfructum habet. sed, & matre mortua, liberi eius nihilominus vsumfructum habent iure adcrescendi. Nam & Iulianus libro trigensimo digestorum ait, idem intelligendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit licèt non, vt legatarios, eos nominauerit, sed vt ostenderet magis velle se, matrem ita frui, vt liberos secum habeat fruentes. Sed & Pomponius quærit b, quid, si mixti fuerint liberi, & extranei heredes: & ait, filios legatarios esse intelligendos. & è contrario c, si voluerit eos liberos simul cum matre frui, debere dici, matrem legatariam esse intelligendam, & per omnia similem esse & in hoc casu iuris euentum.

Ad l. si mulieri 8.

Ratio dubitandi. Quoties testator mulieri cum liberis suis vsumfructum legat, videtur ea mente legare & sub ea velùti condicione tacita & quoadiu cum liberis moraretur. Quæ condicio mortuis ante matrem liberis deficere videtur *arg. l. Iulius Paulus 81. infr. de condic. & demonstr.* Nam & hæc ratio dubitandi erat ad *l. annua 20. inf. De ann. legat.*

Dec. Supradictis verbis coniunctim legatur vsusfructus & matri & liberis purè ac sine vlla condicione perinde atque si mulieri & liberis simul esset legatus siue ponas liberos esse institutos quomodo lex ponit, siue non esse. Idemque etiamsi præmoriantur liberi non eo minus debebitur vsusfructus matri. Nam & deberetur etiamsi sub ea nominatim condicione relictus esset si cum liberis moraretur *d. l. annua.* Debebitur autem matri vsusfructus totus iure adcrescendi, quia in eo fuit cum liberis re & verbis coniuncta. Idemque est è contrario si mater præmortua sit. Habebunt enim similiter liberi totum vsumfructum iure adcrescendi vt

Digitized by Google

di vt lex ait, Multoque magis. Nam etsi matri condicio talis esset adscripta quæ liberorum mortem defecisset, adhuc tamen dicendum esset legatum liberis vsumfructum purè, Et coniunctionem illam non tam ad coniungendam condicionem, quàm ad matris & liberorum necessitudinem demonstrandam pertinere, vt eleganter scriptum est in *d. l. Iulius Paulus*. Sed quid indigent liberi iure adcrescendi cùm sunt heredes instituti? Nimirùm quia potest interesse an vsusfructus matri relictus ad eos reuertatur iure adcrescendi, an iure consolidationis, vt in *l. 3. §. non solùm supr. hoc tit.*

a *Nam & Iulianus*. Ratio dubitandi, Cùm liberi soli heredes instituti sunt non potest fieri vt sint legatarij, cùm heredi à semetipso inutiliter legetur *l. & quidem 18. l. planè 34. §. si duobus l. legatum 116. §. 1. de leg. 1.* Ergo etiamsi matri cum liberis vsusfructus fundi relictus sit, vsumfructum non possunt liberi habere cum matre tanquàm legatarij, nec proinde ius adcrescendi matre præmortua.

Dec. Parum refert an liberi legatarij sint, necne, Dummodò ex testamenti verbis appareat eam testatoris voluntatem fuisse, vt mater frueretur quidem, sed ita vt liberos haberet secum fruentes. Hoc verò satis apparet cùm testator legauit vsumfructum mulieri cum liberis suis. Ita ergo fit vt liberi iidemque heredes patris nullam partem vsusfructus habeant iure legati, sed tanquam heredes habeant nudam fundi proprietatem, pro parte propter vsumfructum matri relictum: plenam autem pro alia parte id est coniunctam cum vsufructu causali. Sed ea res non facit quin præmortua matre debeant habere liberi ius adcrescendi ex testatoris voluntate, ad quam quod pertinet nihil refert an liberi vsumfructum formalem habeant, an causalem, Vt quoniam vsusfructus in fruendo potissimùm consistit quod facti non iuris est, *l. vnic. infr. tit. prox.* in legato vsusfructus non tam ius hac parte quàm factum spectemus. Quomodo de legato habitationis, quod æquè in facto magis quàm in iure consistit, & ad vsumfructum proximè accedit, scriptum est in *l. pen. sup. de cap. min.* Et sanè nemo dixerit debere ob id condicionem liberorum esse deteriorem in vsufructu adcrescendo quòd sint heredes instituti, cùm institutiones pleniore honore deferantur quàm legata *l. filium 5. §. sed etsi portio inf. de legat. præst.*

b *Sed & Pomponius quærit*. Ratio dubitandi. Cùm liberis heredibus institutis mixti sunt heredes extranei facilius quidem est vt liberi censeantur legatarij pro ea parte vsusfructus quam à coheredibus extraneis accipere intelliguntur, sed tamē pro ea parte quàm accipiunt à seipsis æquè verum est dicere legatum non valere, quoniam heredi à semetipso inutiliter legitur, vt proximè diximus. Ergo hic casus eandem quam superior recipit dubitandi rationem, Adeoque maiorem in eo quod absurdum videtur vt ex iisdem illis verbis quibus matri cum liberis vsusfructus legatus est, liberi habeāt vsumfructum duplici iure partim formalem, partim causalem, & partim tanquam heredes, partim tanquam legatarij. Videtur enim hæc interpretatio pugnare cum vulgari illa quam interpretes vocant vniformis determinationis ex *l. 4. infr. de vulg. & pupill. substit.* & cum eo quod prudentes ipsi solent dicere, non esse inducendam facilè diuisionem volūtatis *l. cum quis 8. in fi. inf. de his quæ vt indign.*

Dec. Eadem iuris ratio quæ facit superiore casu cùm soli liberi heredes instituti sunt vt quamuis liberi non censeantur legatarij pro vlla parte, partem tamen virilem totius vsusfructus cum matre habere debeant ex voluntate testatoris, iure vsusfructus causalis non formalis. Facit etiam vt cùm mixti sint liberis heredes extranei sicuti sunt legatarij pro ea parte quam à coheredib. extraneis accipiunt, pro reliqua tamen parte quam capiunt à seipsis & pro qua legatum valere non potest habeant causalem vsumfructum, ex eaque causa ius adcrescendi integrum in portione matris perinde atque si formalem haberent, Vel ob hoc ipsum vt fiat vniformis & æqualis determinatio, Quæ certè non fieret si pro vna parte id est ratione vsusfructus formalis ius adcrescendi haberent liberi, Pro alia verò parte id est quantum ad vsumfructum causalem non haberent. Essetque hoc demùm inducere diuisionem voluntatis, Quæ ne inducatur præsertim cùm agitur de iure adcrescendi quod totum ex voluntate testatoris pendet, fatendum est non debere distingui hac in re vsumfructum causalem à formali. Ergo non tantùm pro dimidia illa parte quam liberi accipiunt à coheredibus extraneis, quibus mixti sunt, fruentur fundo, sed etiam pro aliis partibus quam capiunt à seipsis, atque ita virilem cum matre portionem habebunt, vt benè iam olim sensit Irnerius, Ac longè melius quàm Azo qui credidit ad matrem pertinere vsumfructum non tantùm pro virili, sed pro illa etiam parte quæ heredibus legata est à semetipsis. Ea tantùm ratione quòd ipsis à seipsis legari non potuerit: Quæ ratio iam à nobis confutata est, tametsi Accursius in eam sententiam pro Azone contra Irnerium propendēre videatur. Nisi fortè Irnerius sic intellexit cùm vsumfructum à proprietate distinxit quasi proprietas legari quidem non possit heredi à semetipso, vsusfructus tamen possit: quod esset certè falsissimum. Sed in eo differentiam proprietatis & vsusfructus constituere debemus, quòd proprietas tota in iure consistit, Vsusfructus autem si non quantum ad substantiam, saltem quantum ad commodum & effectum in facto magis quàm in iure, Vt proinde parum sit curandum an formalis vsusfructus sit an causalis, cùm inter causalem & formalem non facto sed iure tantùm intersit. Vnde est quod etiam circa proprietatem quoties facto ipso partem quis habet licèt alio quàm legati iure, attamen facit partem collegatario, vt in *l. huiusmodi 84. § si Titio de legat. 1.*

c *Et è contrario*. Nihil ergò interest an testator voluerit matrem frui cum liberis suis, an verò liberos cum matre. Vtroque enim casu censentur coniuncti in vsufructu & vocati in viriles omnimodo sed cum hac differentia quod semper vocatur mater quæ instituta non est ad formalem vsumfructum quia semper legataria est vt lex ait, liberi verò aliquando ad formalem tantùm si non sint heredes instituti. Aliquando verò ad causalem tantum si soli scripti sint. Aliquando denique partim ad causalem, partim ad formalem si sint quidem ipsi instituti, sed mixti aliis extraneis heredibus. Omni autem casu est inter eos ius adcrescendi mutuum, & hinc inde. Id enim est quod sequitur in fine legis *& per omnia similem esse in hoc casu iuris euentum*. Nempe quia omni casu coniuncti sunt mater & liberi, non minùs quàm si testator matri, & liberis per copulam & vsumfructum legasset secundum ea quæ diximus ad finem legis præcedentis.

9. AFRICANVS lib. 5. Quæstionum.

SI proprietas fundi duobus, vsusfructus vni legatus sit, non trientes in vsufructu habent, sed semissem duo, semissem fructuarius. Item contra, si duo fructuarij, & vnus fundi legatarius sit.

Ad l. si proprietas 9.

Ratio dubitandi. Cùm duobus fundi proprietas legata est, & eiusdem fundi vsusfructus alteri, non poteſt videri proprietariis legatus vsusfructus, cùm nemo rei ſuæ vsumfructum habere poſſit *l. uti frui 5. infr. si vſusfr. pet.* Ergo totum vsumfructum debet habere is ſolus cui vsusfructus eſt legatus, Legatarij verò proprietatis nudam proprietatem, Aut ſi quis etiam proprietarios pro legatariis vsusfructus habere velit, Vsusfructus, in quam, ſi non formalis, ſaltem cauſalis, dicendum erit cùm duo ſint legatarij proprietatis & alius legatarius vsusfructus, trientes in vsufructu fieri debere vt ſuccedant ſinguli & fruantur in viriles, Non autem vt Africanus hic ſcribit in ſemiſſes.

Dec. Qui legat fundum licèt alij eiuſdem fundi vſumfructum leget, tamen niſi adiiciat *deducto vſufructu* plenam proprietatem legare intelligitur, id eſt eam cum qua coniunctus ſit vſusfructus *l. ſi alij 19 infr. de vſufr. legat. l. 3. §. non ſolùm*, vbi dixi *ſupr. hoc tit.* neque ita facit vſufructuarium enim qui eſt legatarius proprietatis, licèt vſufructu cauſali non formali. Ergo ſi fundi proprietas duobus ſimul & eiuſdem fundi vſusfructus vni alij legatus ſit, debent legatarij proprietatis cum fructuario concurrere in vſufructu, ſed ita vt non trientes fiant, ſed ſemiſſes, qui legatarij proprietatis ſicut in eo legato coniuncti ſunt, ita & ad vnum eundémque ſemiſſem vocati intelliguntur, Alterum ſemiſſem legatarius vſusfructus feret. Idemque iuris erit ſi duo ſint fructuarij & vnus fundi legatarius. Vt ſcilicet hoc etiam caſu vſusfructus in ſemiſſes diuidatur, non in trientes, & ſemiſſem vnum ferant duo fructuarij, alterum legatarius proprietatis. Cæterùm ſi ſemiſſis illius ad quem coniunctim vocantur duo ſiue proprietarij ſiue fructuarij, pars aliqua deficiat, ad coniunctum pertinebit, non ad legatarium alterius ſemiſſis, Non quia his quoque non ſit re coniunctus, Cùm vſusfructus totus relictus ſit legatariis proprietatis & totus fructuario, nec niſi per concurſum partes faciant, Sed quia coniunctiores ſunt illi qui ad vnam eandémque portionem, ſiue proprietatis, ſiue vſusfructus vocantur *l. Sempronius Attalus 26. in fin. infr. de vſufr. legat.* quò locus huic coniungendus eſt, vt quod huic deeſt circa ius adcreſcendi ex illo ſuppleatur. Nec aliud in proprietate iuris eſt, vt notat Accurſius ex *l. Attius 11. infr. De hered. inſtit.*

19. VLPIANVS lib. 17. ad Edictum.

INterdum pars vſusfructus & non habenti partem ſuam, ſed amittenti adcreſcit. nam ſi vſusfructus duobus fuerit legatus, & alter lite conteſtata, amiſerit vſumfructum, mox & collegatarius, qui litem conteſtatus non erat, vſumfructum amiſit, partem dimidiam duntaxat, quam amiſit, qui litem conteſtatus eſt aduerſus eum qui ſe liti obtulit à poſſeſſore conſequitur. pars enim collegatarij ipſi adcreſcit, non domino proprietatis. vſusfructus enim perſonæ adcreſcit, & ſi fuerit amiſſus.

Ad l. Interdum 10.

Ratio dubitandi. Ius adcreſcendi comparatur alluuioni, quia portio adcreſcit portioni. Ergo non alij quàm ei qui portionem habeat *l. ſi ſolam 83. infr. de acquir. hered.* Ergo nec poteſt vſusfructus adcreſcere illi qui partem nullam habeat, quique amiſerit eam quam habebat.

Dec. Vſusfructus in eo diſſimilis eſt à proprietate, quod cùm ſit ſeruitus perſonalis, id eſt, perſonæ non rei debita, adcreſcit perſonæ non portioni, vt in huius legis fine ſcriptum eſt, & in *l. ſi Titio 33. §. 1. ſup. tit. proxim.* Ergo ſi vſusfructus duobus fuerit legatus, & alter lite conteſtata vſumfructum amiſerit, non per capitis diminutionem quæ ſuperuenerit, ſed abſolutione ſecuta forraſſe per imperitiam iudicis, vt in *dict. l. ſi Titio 33. §. 1.* Mox & collegatarius, qui litem conteſtatus non erat, vſumfructum quoquomodo amiſerit, dicendum eſt eum qui litem conteſtatus eſt & ſuccubuit aduerſus eum qui tanquam poſſeſſor ſe liti obtulit, cùm poſſeſſor non eſſet, non ideò quidem partem ſuam bene vindicaturum, quæ amiſſa iam adcreuit collegatario portionem ſuam adhuc cùm habenti (nec enim potuit pars illa amiſſa acquiri aut victori qui non poſſidebat, aut poſſeſſori qui non litigauerat, aut denique teneri ad proprietatem cùm adeſſet collegatarius re & verbis coniunctus) ſed collegatariū qui poſterior amiſit portionem ſuam, ſiue non vtendo, ſiue per aliquam capitis diminutionem, rectè acturum de amiſſa primi portione aduerſus veterem poſſeſſorem, licèt eo tempore nullam habeat portionem qui ſuam amiſit. Conſequitur ergo à poſſeſſore partem illam vſusfructus quam primus amiſerat, qui litem conteſtatus erat cum non poſſeſſore vltrò ſe liti offerente. Atque ita hæc lex alioqui ſatis perplexa & obſcura explicanda eſt, nō quomodo ab Accurſio poſt Rogerium qui verbū *conſequitur* refert ad eum qui litem conteſtatus eſt, quod referri debet ad ſecundum collegatariū qui litem conteſtatus non eſt, nec ſuccubuit: Eodémque errore pergit Accurſius Vlpianum intelligere de amiſſa portione illius qui litem conteſtatus nō eſt, cùm tamen Vlpianus apertè ſcribat *partem dimidiam duntaxat quam amiſit, qui litem conteſtatus eſt.* Nec felicius Azo ad verba illa Vlpiani *aduerſus eum qui ſe liti obtulit* notat idem fore etiſi contra poſſidentem egiſſet. Id enim falſum eſt, quia poſſeſſor qui fructuarium primum viciſſet, plenam proprietatem ſibi adhærere potuiſſet oppoſita rei iudicatæ exceptione non modò contra primum fructuarium ſuperatum, ſed etiam contra ſecundum qui in ius condemnati ſucceſſiſſet *l. ſi ita à te 9. §. 1. l. iudicata 19. §. 1. inf. de except. rei iudic.* Sed eo caſu ſi ſecundus fructuarius quoque ſuam portionem amitteret, diſtinguendum eſſet meo iudicio vter prior ſuam portionem amiſiſſet, Vt ſi Primus non adcreſceret, illa Primo tanquam nullam portionem iam

iam tum habenti, sed proprietario. *Si autem secundus prior amisisset, adcresceret portio secundi, Primo nondum tunc superato licèt posteà superatus esset*, Non autem possessori, qui licèt petitorem vsusfructus vicerit, non ideò tamen potest se fructuarium dicere, Nec rursum proprietario cuius scilicet nulla ratio habetur quandiu superest aliquis qui in vsufructu saltem re coniunctus sit. Quę species & sententia est *d. l. si Titio 33. §. 1. supr. tit. prox.* vbi quod scriptum est *posteà pars altera quæ adcreuit vindicetur* de ea parte debet accipi, quæ postea quidem vindicetur, sed quæ adcreuerit post victum Primum ante amissam à Secūdo portionem. Nam post eam amissam non puto posse quicquam ei adcrescere, nisi cùm vsusfructus repetitus est *l. 3. §. idē Papinianus infr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Quòd si Primus non per sententiam amisisset suam portionem, sed siue non vtendo siue per capitis diminutionem vtique dubitandum non esset quin adcresceret illa Secundo tùm adhuc portionem suam habenti, sed Secūdo posteà suam quoque amittente, nihil posset adcrescere Primo, non quia portionem nullam haberet (mala enim esset illa ratio) sed quia toto vsufructu ad Secundum deuoluto, nullum Primi ius in vsufructu superesse potest, vt benè docet Iac. Cuiac. *lib. 9. Obser. c. 11.* vbi hanc legem totam interpretatur feliciter, & vt solet eruditè, nisi quòd Papinianum in *d. l. si Titio 33. §. 1.* sic intelligit vt etiam ei qui propriam suam portionem iam amisit possit aliæ collegatarij portio adcrescere, quod non probo ex *d. §. idem Papinianus*. Ergo quod sequitur *Pars enim collegatarij ipsi adcrescit non domino proprietatis* intelligendū est de parte primi collegatarij amissa per sententiam, & quod ait *ipsi* referendum ad Secūdum qui posterior suam portionem amisit. Nec obstat quod Accursius obiicit ex *l. dominus 57. §. 1. sup. tit. prox.* vbi deficiens portio vsusfructus non ad collegatarios fructuarios pertinet, sed ad proprietatem reuertitur. Id enim rationem propriam habet quia vsusfructus ob alimenta relictus erat, ideoque diuisim non coniunctim datus videbatur, vt ad eum locum docuimus.

11. PAPINIANVS libro 2. Definitionum.

CVm singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarij separari videntur non minùs, quàm si æquis portionibus [a], duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset. vnde fit [b], vt inter eos ius adcrescendi non sit.

Ad l. Cùm singulis 11.

Ratio dubitandi. Plures legatarij quibus singulis legatus est totus vsusfructus eiusdem fundi à singulis heredibus, puta si Testator institutis Titio & Sempronio heredibus legauerit à Titio vsumfructum fundi Corneliani Mænio & à Sempronio eiusdem fundi vsumfructum Seio videntur saltem re coniuncti cùm totus vsusfructus singulis legatus sit *l. coniunctim 89. inf. de leg. 3.* Ergo habent ius adcrescendi, sufficit enim vt sint re coniuncti licèt non etiam verbis *l. 1. §. interdum sup.*

Dec. Ij demùm legatarij re coniuncti intelliguntur & habent ius adcrescendi qui partes concursu faciunt *d. l. coniunctim & d. §. interdum.* Atqui nō possunt concurrere, nec proinde partes per concursum facere illi quibus singulis legatus est vsusfructus quamuis totius eiusdem fundi à singulis heredibus, quandoquidem hoc casu necesse est alium ab alio herede suum vsumfructum vindicare, & consequenter separatim, cùm separatæ sint personæ & heredum & legatariorū, vt ex Vlpiano subiicitur in *l. seq.* Ergo fatendum est esse illos & re & verbis disiunctos, ideóque nec ius adcrescendi habere posse. Non magis inquit Paulus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei vsusfructus legatus fuisset, Quo casu non esset dubitandū quin re separati essent quibus partes ab initio separatæ datæ essent.

a *Non minùs quàm si æquis portionibus.* Ratio dubitandi. Legatarij quibus eiusdem fundi vsusfructus legatus est pro æquis portionibus sunt saltem verbis coniuncti *l. re coniuncti 89. de legat. 3.* Ergo non possunt videri omnino separati, debetque habere ius adcrescendi secundum interpretum ferè omnium sententiam quam probari putant ex *d. l. re coniuncti in fi.* vbi verbis tantùm coniunctus non modò habet ius adcrescendi, sed etiam ius prælationis, vt ei qui re tantùm coniunctus est præferatur. Item ex *l. si duobus 6. §. vlt. de legat. 2.* vbi scriptum est Si testator Titio & posthumis viriles partes dari noluerit, adeoque licèt id expressetit, totum legatum nihilominus Titio deberi non nato posthumo.

Dec. Testator qui legatarios verbis tantùm coniunxit non tam eos coniunxisse, quàm celeriùs dixisse videtur, vt eleganter & arguté loquitur Pomponius in *l. si ita quis 66. inf. de hered. instit.* Dat enim illis partes iam inde ab initio *d. l. re coniuncti & l. planè 34. § si coniunctim de leg. 1.* ideoque sicuti partes per concursum habere non possunt, ita neque ius habent adcrescendi *d. l. coniunctim 80. de legat. 3. d. l. 1. §. interdum sup. hoc tit.* Nec alius iuris locus apertior quàm hic quærendus est, quo probetur, Inter verbis tantùm coniunctos non esse locum iuri adcrescendi. Vnde est quod tantopere se torquent interpretes in huius legis interpretatione voluntque Paulum intelligi de iis legatariis quibus eiusdem quidem fundi vsusfructus legatus sit à diuersis & singulis heredibus. Non quidem totius fundi, vt differat hic casus à præcedente, sed pro æquis portionibus, in hunc modum *A Titio lego Sempronio, & à Corneliano lego Ciceroni vsumfructum in fundo Gabiano pro æquis portionibus*, sic enim exemplum ponit Accursius, Quasi sint hi legatarij verbis tantùm coniuncti. Quod tamen falsum est. Sunt enim duæ orationes quamuis vnum duntaxat sit verbum *lego*, quoniam illud necessariò supplendum ac subintelligendum est quod æquè separatam facit orationem acsi expressum esset, vt in *l. Mævio 41. in pr. de legat. 2.* Nec ad inducendam coniunctionem verbalem tantùm sufficiunt verba illa *pro æquis partibus* nisi in eadem oratione ponantur, quia nec potest vnica oratio plures heredes aut legatarios verbis tantùm coniungere non etiam re, quin verba illa *pro æquis partibus* adiiciantur. Itaque si Accursij exemplum retineremus verum esset, quod Ioannes dixit, esse legatarios istos omnino disiunctos, nec minùs verbis quàm re. Sed verius est loqui Paulum de legatariis qui verbis tantùm coniuncti sint, & quibus eiusdem rei vsusfructus legatus sit pro æquis portionibus, non à pluribus & singulis heredibus, vt in specie præcedente, sed ab vno eodémq; herede: Ponit enim Paulus duobus quidem legatum fuisse eiusdem fundi vsumfructū æquis portionibus, sed non repetit *à duobus*, quia cùm à duobus heredibus

legatum ex duobus legatariis, frustrà requiras vt testator adiecerit, *pro æquis partibus* ad legatarios re disiungendos, qui iam satis disiuncti sunt hoc ipso, quod à singulis heredibus legatum iis est, vt diximus. Neque verò vllus iuris locus est quo probari contra nos possit; Inter coniunctos verbis tantùm esse locum iuri adcrescendi. Nam in *d. l. re coniuncti in fin.* ideò verbis tantùm coniunctus habet ius non modò adcrescendi, sed etiam prælationis, quia per concursum illius qui re tantùm coniunctus erat euadit ex postfacto coniunctum re & verbis, Et in specie *l. si duobus §. vlt. De legat.* 1. testator non æquas partes adscripserat, sed viriles: quæ licèt sint etiam æquales, hoc tamen amplius habent quod non fiunt ab initio à testatore ipso, sed per concursum solum. Quod cùm accidit, semper est ius adcrescendi, vt pluribus docuimus ad *l. 1. sup. & tota Decade* 49. & 50. *Chiliadis nostræ De error. pragmat.*

b *Vnde fit.* Redit ad priorem casum De vsufructu singulis legatariis relicto à singulis heredibus, qui maiorem dubitationem ideò habere videbatur quod testator ab initio nullas partes inter legatarios fecisset, atque ita coniunxisse illos saltem re videretur, sed non ita est. Nam separando personas heredum à quibus singulis vsumfructum singulis legatariis præstari voluit, satis eos separasse intelligitur, iisq; separatas partes adscripsisse cùm heredes singulos non grauauerit nisi pro hereditatis portionibus quæ ipso iure per legem duodecim tabularum distinctæ sunt & separatæ *l. 1. Cod. si cert. petat. l. 2. & pass. C. de heredit. act.* Cæterùm nec de eo dubitat Paulus, quin locus non sit iuri adcrescendi inter eos quibus vnica oratione legatus est vsusfructus fundi einsdem pro æquis partib. quamuis ab vno herede. Argumentatur enim à casu indubitabili ad dubitabilem, vt quod in indubitabili consentiente tota iurisprudentia receptum est etiam in alio qui dubitabilior videri poterat recipiatur. Itaque non monet, Inter eos quibus eiusdem fundi vsusfructus legatus est pro æquis partibus non esse ius adcrescendi, de quo ne anus quidem Pauli temporibus dubitasset cùm sint illi omnino re disiuncti, sed inter eos demùm quibus singulis legatus est vsusfructus eiusdem fundi siue totus, siue simpliciter, à diuersis tamen & singulis heredibus.

12 VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

CVm alius ab alio herede vsumfructum vindicat.

Ad l. vlt. Cùm alius.

Hæc lex rationem continet eius quod in lege præcedente dictum est, Legatarios quibus singulis vsusfructus legatus est à singulis heredib. quamuis totius eiusdem fundi, Esse omnino disiunctos & separatos, id est non tantùm verbis, quod parum referret, sed etiam re, nec proinde inter eos esse ius adcrescendi, cùm alius ab alio herede vsumfructum sibi legatum vindicare debeat: sed non pertinet hæc lex ad aliam speciem De vsufructu eiusdem fundi per eandem orationem legato pluribus ab vno eodémque herede pro æquis portionibus: Nec enim ad hanc speciem accommodari posset. Neque sanè fuit quod tamen redderetur eius sententiæ & propositionis quæ habet, Inter legatarios verbis tantùm coniunctos non esse ius adcrescendi. Adeò erat illa certa & indubitata, satisq; fuit Paulo argumentari ab iis qui verbo tantum coniuncti essent ad eos qui re & verbis omnino essent separati tanquam à maiori ad minus. Nam si inter eos qui verbis tantùm coniuncti sunt, non est ius adcrescendi, Quantò minùs inter eos qui nec re nec verbis?

QVANDO DIES VSVSFRVCTVS LEGATI CEDAT,

TIT. III.

1. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

QVAMQVAM vsusfructus [a] ex fruendo consistat, id est facto aliquo eius qui fruitur & vtitur: tamen semel cedit dies. aliter atque si cui in menses, vel in dies, vel in annos singulos, quid legetur: tunc enim per dies singulos, vel menses, vel annos dies legati cedit. Vnde quæri potest [b], si vsusfructus [c] cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat. & puto, non cedere simul, sed per tempora adiecta, vt plura legata sint. & ita libro quarto digestorum Marcellus probat in eo, cui alternis diebus vsusfructus legatus est.

Ad l. vnic. Quamquam.

a *Quamquam vsusfructus.* Ratio dubitandi. Vsusfructus ex vtendo fruendo consistit, vt nomen ipsum sonat, id est ex facto aliquo eius qui vtitur fruitur, & ex ipsa perceptione fructuum quæ facti magis est quàm iuris *l. si vsusfructus 66. infr. de iur. dot. l. necessariò 8. §. vlt. infr. de peric. & commod. rei vendit.* Atqui quotidie fit alia atq; alia perceptio fructuum. Indéque est quod vsusfructus quotidie constitui & quotidie legari dicitur in *l. 1. §. interdum supr. tit. prox.* Ergo fieri non potest vt vsusfructus legati dies

semel

semel tantùm cedat, sed quotidie potius & per singulos dies, quemadmodum contingeret si per singulos dies vsusfructus legatus esset, vt Vlpianus hîc subiungit.

Dec. Potest vsusfructus dupliciter considerari, Materialiter scilicet, & formaliter. Materialiter sumptus facti magis est, quàm iuris, & æstimatur ex fructibus qui sunt corporales & diuidui. Vnde est quod diuiduus etiam dicitur in l. 1. § *si vsusfructus inf. ad leg falcid.* Consistit enim ex vtendo & fruendo, quod facti est, & quidem per singula tempora diuisibilis: At formaliter sumptus totus iuris est cùm nihil aliud sit quàm ius ac proinde incorporale, quamuis sit ius in corpore *l. 1. & 2. sup. de vsufr.* ideóque in iure consistere dicitur non in parte *l. Mauius 66. § fundo l. cùm filius 76. § dominus de legat. 2. l. si à reo 70. § si reo infr. de fideiuss.* Atqui diem legati cedere iuris est non facti, Cùm cedere diem nihil aliud sit quàm incipere deberi *l. cedere diem 213. de verb. signif.* & aliter cedat dies legatorum ex iure vetere legis duodecim tabularum, Aliter ex lege Iulia Papia, Aliter denique ex Iustiniani constitutione in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* pro iuris noui & veteris diuersitate. Semel ergo diem legati vsusfructus cedere necesse est non sæpiùs, cùm vnus tantùm vsusfructus est. Nam si plura sint legata & condicionalia, quod contingit si in menses, vel in annos, vel in dies singulos vsusfructus aut aliud quid legetur, *l. 4. l. cùm in annos 12. inf. de annu. legat. l. 1. § si in annos ad leg. falcid.* Ita plures quoque diem eorum cedere necesse est *l. cùm in annos 10. & seqq. l. cùm in annos 23. infr. quand. dies legat. ced. l. Senatus 32. § vlt. infr. de donat. caus. mort.* In quo legatum annuum differt à stipulatione annua quæ vna est & pura *d. § vlt. & l. si Stichum 16. § 1. De verb. oblígat.* Distinguendum tamen est legatum annuum aut quod idem est in annos singulos à legato fructuum annuorum. Est enim hoc legatum simile legato vsusfructus, non etiam illud *l. in singulos 8. De ann. legat. l. antep. infr. de vsufr. legat.* Ac proinde semel tantùm huius legati dies cedet, id est ab adita hereditate, vt postea dicemus: Aliter atque si in menses vel dies vel annos singulos alicui legetur. Tunc enim per menses, vel dies vel annos singulos dies legati cedit, vt subiicit Vlpianus.

b *Vnde quæri potest.* Quæstio noua est & elegans. Nam cùm dixerimus diem vsusfructus semel tantùm cedere, diem verò legati relicti in dies aut menses aut annos singulos non semel cedere, Dubitari potest quid ergo dicendum sit si vsusfructus quidem legatus sit, sed in annos singulos. Nam qua vsusfructus legatus est, videtur dies eius semel tantùm cedere, Qua verò in annos singulos, non semel. Cedet ergo semel & non semel simul, quod implicat contradictionem. Respondet tamen Vlpianus ex Marcello, Non semel cedere sed per tempora adiecta, quę faciunt vt plura legata sint. Nam si id obtinet in cæteris omnibus legatis annuis aut menstruis, quidni obtinebit etiam in vsufructu relicto in annos aut menses singulos? Idq; Marcellus scripsit in eo cui alternis annis vsusfructus relictus est. Nam huius legati diem non semel cedere ex eo apparet quod si fructuarius hic diminutionem capitis patiatur, non amittit alium vsumfructum quàm qui præcessit, Sequentis autē temporis non amittit quia nec eius dies adhuc cessit *l. 1. § vlt. infr. tit. prox.* Ne alioqui eueniat vt priùs finiatur vsusfructus quàm initium acceperit, quod absurdum esset *l. Sempronius 26. de vsufr. legat. l. Titio vsusfructus 96. de cond. & demonstr.*

1 ¶Et ideò si vsusfructus legatus sit, qui cottidie percipi non potest: non erit inutile legatum: sed dies habebunt legatum, quibus frui potest.

Ad § 1. Et ideò.

a *Et ideò si vsusfructus.* Ratio dubitandi. Cùm vsusfructus in dies singulos legatus est, cedit legati dies quotidie. Ergo si talis vsusfructus sit qui quotidie percipi non possit, cedit inutiliter. Ac proinde dicendum est inutile esse legatum cuius nimirum dies inutiliter cesserit *l. vlt. in fin. infr. Commun. præd.*

Dec. Huius legati dies non eo minùs vtiliter cedit à primo die, vt exinde sit verum dicere Vsumfructum incipere deberi, sed commodum & vtilitas legati ad eos tantùm dies pertinebit, quibus percipi aliquis fructus possit. Vtiliter enim diem legati cedere, non illud est, Vtilitatem aliquam legati esse iam ab eo tempore, sed hoc tantùm incipere legatum deberi, vt ex eo apparet quod si cui legata sit alicuius rei proprietas in diem certum dies legati statim cedit, vt incipiat legatum deberi adeoque transmissibile sit ad heredem legatarij si non repugnet natura legati, Cùm tamen non possit legatum peti nec proinde vtilitas aliqua ex legato percipi ante diem *d. l. cedere diem 213. de verb. signific. l. si post diem 5. § 1. infr. quand. dies legat.* Itaque si cui vsusfructus in annos singulos legatus sit, legatum quidem non erit quotidie vtile & fructuosum si talis rei sit vsusfructus, vt quotidie percipi non possit, sed non eo minùs tamen legati dies quotidie vtiliter cedet.

2 ¶Dies autem vsusfructus, item vsus, non priùs cedet, quàm hereditas adeatur: tunc enim constituitur vsusfructus, cùm quis iam frui potest. Hac ratione, & si seruo hereditario [a] vsusfructus legetur, Iulianus scribit, quamuis cetera legata hereditati adquirantur, in vsufructu tamen personam domini expectari, qui vti & frui possit.

Ad § 2. Dies autem.

Ratio dubitandi. Legatorum dies cedit ex legibus nouis, id est Iulia & Papia ab apertis tabulis, Ex iure autem vetere legis duodecim tabularũ quod Iulianus tandem restituit in *l. vnic. § in nouissimo C. de cadu. tollend.* à die mortis restatoris, & ante aditam hereditatem. Ita enim ius constitui oportuit, vt à primo instanti post mortem inciperet heres debere legata, Ne alioqui voluntas testatoris exploranda esset an vellet legatum deberi, cuius semel dominus pleno iure factus fuisset *l. legatum 80. de legat. 2. l. si ego 9. § si reo infr. de iur. dot.* Quidni ergo idem iuris in vsufructu obtinebit?

Dec. Legata quædam sunt quorum dies numquam potuit cedere à die mortis, at neque ab a-

Digitized by Google

pertis tabulis, sed ab adita dũtaxat hereditate *l. Catoniana 3. inf. de regul. Caton.* Eiusmodi sunt semperque fuerunt legata vsusfructus & libertatis *d. §. in nouissimo l. 2. & 3. l. heredis 5. §. aditio & l. seq. infr. Quand. dies legat. ced.* Sed propriis & separatis rationibus. Nam in vsufructu legato, illa ratio est quam Vlpianus hîc adfert quòd non possit priùs constitui vsusfructus, quàm aliqua persona sit quæ frui possit, siue quòd vsusfructus in fruendo consistat quod facti est vt initio huius legis diximus, quæcunque autem facti sunt personam aliquam, eamque certam & veram exigunt *l. 1. § Scæuola infr. si is qui testam. lib. esse iuss.* Siue quòd vsusfructus non possit constitui nisi per abstractionem & separationem à proprietate, quæ abstractio & separatio non aliter fieri potest, quàm si distinctæ sint personæ proprietarij & fructuarij, nec rursus distinctio illa fieri personarum ante aditam hereditatem, quandoquidẽ ex die duntaxat aditæ hereditatis, heres proprietarius est. Aditio enim illa est quæ heredem facit dominum non testamentum aut institutio quæ scilicet hereditatem tantùm defert, non etiam acquirit. Tractamus namque de extraneis heredibus in quibus necessaria est aditio aut pro herede gestio non de suis & necessariis, de quibus *l. in suis 14. infr. De suis & legit. l. in suis 11. de liber. & posthu.* Hæc autem ratio quam dicimus hoc ius in vsufructu induxisse, etiam in habitatione & in vsu locum habet. Proinde nec eorum dies cedit statim sed ab adita tantùm hereditate *d. l. 2. quand. dies legat. ced.* In libertatibus verò, vt idem iuris sit, alia fecit ratio petenda, quod non immeritò quis miretur, ex fauore ipso libertatis. Nam cùm eius fauor tantus sit, vt quæ semel competiit reuocari nunquam possit ne quidem prætextu minoris ætatis aut alio vllo quasi id impossibile sit, vt ait *l. si ex causa 9. §. vlt. supr. de minor. tot. tit. Cod. si aduers. libert. l. quidam 25. § si quis filium infr. ad SC. Trebell. § si is qui Instit. De eo cui lib. causa. bon. addic.* Consequens fuit ita ius constitui vt non posset competere ante aditam hereditatem nec si purè & directò data esset: quoniam alioqui non potuisset intercidere repudiata postmodum ex testamento hereditate, Cùm tamen eo casu ratio non patiatur quicquam valere omnium eorum quæ testamento relicta sunt, nec magis libertates quàm cætera *l. si nemo 9. de testam. tutel. l. generaliter 24. § ex testamento De fideic. libert. l. si nemo 181. de regul. iur. l. ea quam 14. C. de fideic.* Expectanda igitur aditio est quæ testamentum iam à lege quidem cõfirmatum, sed quod destitui adhuc potest confirmet irreuocabiliter *l. si hereditas 10. § qui filium de testament. tutel.* Cùm enim semel adita hereditas est, tùm demùm ac tum primùm omnis defuncti volũtas rata constituitur *l. si patroni 55. § qui fideicommissam infr. ad SC. Trebell.* In cæteris legatis heredis aditio facit quidẽ moram petitioni legatorum, sed cessioni diei non facit *d. l. heredis aditio 6. inf. quand. dies legat. ced.* Nempe quoniam absurdum non est cœpisse ea iam deberi aliquando & ante aditionem, Et tamen postea desinere deberi & intercidere si contingat hereditatem posteà repudiari: quia hereditatis aditio, licèt non sit causa efficiens legatorum, sed voluntas sola testatoris, vnde & hereditariarum actionũ loco habentur legata *l. hereditariarum 40. inf. de oblig. & action.* Est tamen veluti condicio sine qua non potest fieri vt legata efficaciter debeantur. Tantùm abest vt citra vel ante aditionem possint quãtum ad dominium acquiri legatariis. Nec ad aliud prodest legatariis quod dies legatorum vtiliter cesserit, à morte testatoris, nisi exinde morientes ante aditam hereditatem, possint tamen legatorum petitionem ad heredes suos transmittere; tunc competitura cùm adita fuerit ex testamento hereditas *d. l. si post diem 5. in princ. & d. l. 6. quand. dies legat. ced.* At in libertate directa non distinguimus instans quo deberi incipiat ab instanti quo fit acquisita, quia quo instanti debetur competit. Vbi autem semel competit nunquam retractatur *d. § si is qui Instit. De eo cui libert. caus. bon. addic.* Et verò quid prodesset dicere Diem vsusfructus legati aut libertatis directò datæ cedere ante aditam hereditatem, Cùm neque vsusfructus, neque libertas ad heredem transmittatur? Sic enim Vlpianus noster ratiocinatur in *l. 3. Quand. dies legat. ced.* Sed & in libertate hoc amplius est quòd si quid seruo cum libertate legetur nec legati illius dies cedit antequàm sit adita hereditas *d. l. heredis 6. § vlt cum l. seq. eod.* vbi ratio redditur, quia si dies eius cederet antequàm ipsa libertas competeret, inutile legatum foret, vt puta si seruo purè legetur & liber esse sub condicione iubeatur & pendens condicio inueniatur, etiam post aditam hereditatem. Si tamen heres dolo malo differat aditionem frustrandi fructuarij gratia tenebatur eo nomine *l. si vsusfructus 55. supr. de vsufr.*

a *Hac ratione etsi seruus her. ditatis.* Ratio dubitandi. Seruus hereditarius ius habet acquirendi tàm ex vltima voluntate quàm inter viuos ipsi hereditati tanquam dominæ sicut alius seruus quilibet domino suo & ex persona domini. Hereditas enim dominæ loco est & personæ defuncti vicem sustinet *l. non minùs 31. in princip. & § 1. infr. de hered. instit. l. in eo 33. § vltim. cum l. seq. infr. De acquir. rer. domin. l. debitor 82. § vlt. de leg. 2.* Ergo etiam vsusfructus seruo hereditario legatus acquiri per eum hereditati potest.

Dec. Hereditas quidem in multis partibus iuris pro domino habetur, sed in his sanè in quibus factum personæ operæve substantia desideratur, nihil hereditati acquiri per seruum potest *l. hereditas in multis 61. De acquir. rer. domin.* vbi ex hoc infertur, Quamuis seruus hereditarius institui heres possit, Attamen quia domini adire iubentis persona desideratur heredem expectandum esse. Itémque quod in hoc vers. scriptum est Vsumfructum quia sine persona constitui non potest, nec acquiri per seruum hereditarium hereditati posse. Hereditas enim personam quidem eamq; veram scilicet defuncti repræsentat, sed non est ipsa persona vera, sed ficta, quæ nec pedes, nec manus, nec linguam habet, ideoq; nec vti frui potest quod facti est, non magis quàm possidere. Ex quo etiam illud fit vt rei hereditariæ furtum fieri non possit *l. hereditariæ rei 68 infr. De furt. d. l. 1. § Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess iuss.* Similis ratio & ratiocinatio est in *l. vsusfructus 26. inf. de stipul. seruor.* Hinc etiam fit vt vsusfructus legatus seruo hereditario ei acquiratur, qui reperitur dominus eo tempore quo dies legati cedit, quamuis non fuerit mortis tempore *l. si seruo 18. inf. tit. prox.*

3 ¶ Item si ex die vsusfructus legetur, dies eius nondum cedet, nisi cùm dies ve-

nit:

nit: posse enim vsumfructum [a] ex die legati & in diem, constat.

Ad §. 3. Item si ex die.

Ratio dubitandi. Aliud est cedere diem, aliud venire. Nam cedere diem est incipere deberi, Venire autem est incipere posse peti *l. cedere diem 213. de verb. signific.* Non potest ergo dies vsusfructus legati & cedere & venire in eodem instanti. Tum verò quid si dies in quem, aut ex quo vsusfructus legatus est venerit ante aditam hereditatem, quo demum tempore diximus diem vsusfructus legati cedere. An non absurdum erit venisse diem priùs quàm cessisse? Aut ne quidem tùm cedere hoc casu cùm venerit? Dec. singularia pleraque recepta sunt circa vsumfructum, sicut & circa pecuniam creditam tractat Vlp. in *l. singularia 15. infr. de reb. credit.* Illud verò inter cætera, vt dies vsusfructus legati cedat & veniat simul, quia omnino exigit personã quæ frui possit, ac proinde cui possit deberi & à qua possit peti. Sed hoc ita intelligi debet vt si hereditas adita sit antequàm dies ex quo aut in quem vsusfructus legatus est expectandum sit tempus quod à testatore præstitutum est vt incipiat vsusfructus & deberi & peti posse. Neque hoc casu cedat ab adita hereditate, quoniam in vsufructu, vsu & habitatione & aliis si qua sunt huiusmodi quæ ad heredem non transeunt, nihil prodest dicere Cessisse diem antequàm venerit *l. 3. infr. quand. dies legat. ced.* Similiter autem si dies à testatore præscriptus venerit ante aditam hereditatem, Non ideò tamen aut cessisse aut venisse dies videbitur ante aditam hereditatem, sed aditionis tempus omnimodo expectandum erit vt eodem instanti, & cessisse & venisse intelligatur. In cæteris enim legatis ex die vel in diem relictis ideò distinguimus instans quo dies cessit ab instanti quo dies venit, vt appareat ea differre à legatis puris quorum dies statim & cedit & venit. Atqui dies vsusfructus etiam purè legati non cederet statim, sed ab adita duntaxat hereditate, Ergo nec si in diem aut ex die relictus sit, Ne alioqui melior sit conditio legati vsusfructus ex die aut in diem quàm si purè relictus esset. Sed in vsufructu in diem aut ex die legato hoc amplius est quod nec quicquam proficit diem venisse quousque sit adita hereditas. Cùm nihil aliud facere possit aduentus diei quàm vt legatum quod ab initio ex die aut in diem fuit, iam purum habeatur. Atqui etiamsi purè datus fuisset vsusfructus non tamen dies eius cessisset antè aditam hereditatem. Ergo neque hoc casu cedet, Nec proinde venisse videbitur eo sensu quo in legatis diem venisse dicimus, vt scilicet peti possint, quãuis venerit tempus à testatore constitutum: Esset enim præposterum venisse diem priùs quàm cessisse. Denique verbum istud *venisse diem* habet duplicem significationem: Vnam facti referendam ad diem quem testator præstituit, Alteram iuris referendam ad diem illum quo incipiat legatum posse peti. Priore sensu potest dici vsusfructus legati venire ante aditam hereditatem, Posteriore non potest. Cedere verò nunquam, quia *cedere diem* non nisi vnicam habet, eamque iuris significationem.

a *Posse enim vsumfructum.* Ratio dubitandi, & decidendi eadem est quæ ad *l. 4. supr. de vsufru.* vbi hæc ipsa extat sententia iam satis eo loco à nobis declarata.

4 ¶Non solùm autem vsusfructus, ante aditam hereditatem, dies non cedit: sed nec actio de vsufructu, idémque, & si ex die fuerit legatus vsusfructus. denique Scæuola ait [a], agentem ante diem vsusfructus, nihil facere: quamuis aliàs, qui ante diem agit, malè agit.

Ad §. 4. Non solùm.

Ratio dubitandi. Alia videtur constituenda ratio vsusfructus, Alia verò actionis de vsufructu. Nam vsusfructus quidem duplici modo considerari potest, materialiter & formaliter, vt materialiter sumptus facti magis sit quàm iuris, Formaliter verò sumptus totus iuris sit & in iure consistat, quemadmodum ad initium legis diximus. At actio de vsufructu nihil nisi iuris est vt & cæteræ actiones omnes, & tota semper in iure consistit, licèt exercitio eius sit facti; Agere siquidem facti est, Sed actionem habere iuris. Nec nouum est vt actio aliqua competat priùs etiam quàm exerceri possit, vt in actione in factum cernere est, quæ ex iudicato statim nascitur, & cuius dies statim venit, sed quæ non potest exerceri antequàm venerit tempus datum iudicatis ad soluendum *l. cùm militi 16. §. 1. infr. de compensat.* Item in actionibus de legatis quæ hereditariarum actionum loco habentur, licèt ab herede incipiant, nec nisi contra heredem exerceri possint *l. hereditariarum 40. inf. de oblig. & action.* Dec. Non potest actio de vsufructu priùs competere, aut dies actionis illius cedere priùs quàm sit aliquis vsusfructus qui peti aut saltem deberi possit. Priùs enim materiam actionis aliquam esse oportet quàm aliqua sit actio, Cùm nihil aliud sit actio quàm ius persequendi in iudicio quod sibi debetur *l. nihil aliud 54. eod. tit.* Atqui vsusfructus legati dies non cedit nisi ab adita hereditate. Ergo neque actionis confessoriæ de vsufructu competentis *l. vti frui 5. & pass. infr. si vsusfr. pet. l. 2. infr. si seruit. vindic.* Vnde est quod & in cæteris ferè omnibus eadem ratio constitui solet vsusfructus & actionis de vsufructu, Vt puta in eo quod morte finiatur *l. qui vsumfructum 36. §. 1. supr. de vsufr. & capitis diminutione l. 1. in prin. inf. tit. prox.* Ac sanè præposterum esset cedere diem actionis confessoriæ De vsufructu antequàm dies ipse vsusfructus cessisset, siue purè, siue ex die aut in diem vsusfructus relictus proponatur.

b *Denique Scæuola ait.* Ratio dubitandi. Qui ante diem agit malè agit quia petit plus tempore, ideóque litis & rei debitæ iacturam olim patiebatur *§. si quis agens Instit. de action.* Quisquis enim agebat siue benè siue malè, hoc ipso actionem consumebat, vt eam iterùm exercere non posset, Vnde erat quod ante finitam tutelam agi tutelæ nec olim poterat nec hodie potest, ne actio tutelæ consumatur ante pubertatem *l. 4. de tutel. & ration. distr.* Ergo si vsufructuarius ante diem vsusfructus cedentem agat, malè agit, & consequenter actionem amittit, vt quamuis adeatur postea hereditas, non

Digitized by Google

ideò tamen actionem illam exercere iterùm possit?

Dec. Non potest actio consumi priùs quàm competat. Esset enim id quoque præposterum. Nec rursus potest actio competere antè quàm dies eius cedat. Nihil enim aliud est, Actionem incipere competere, quàm diem eius cedere. Atqui non cedit dies actionis de vsufructu antequàm ipsius vsusfructus dies cedat, nec dies vsusfructus cedere ante aditam hereditatem, vt modò diximus. Ergo si ante diem vsusfructus cedentem agat fructuarius nihil facit, id est non tam malè agit quàm nihil agit, quia scilicet nemo potest agere sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. supr. de negot. gest.* nisi contra seipsum *l. quoties 9. §. & generaliter. inf. de administ. tutor.* Quam enim actionem consumere potuit, qui nullam habuit? Condemnationem tamen expensarum ob temerariam litem illatam non euitabit *l. eum quem temerè 79. supr. de iudic.* & apud Iustin. *Tit. de pœn. temer. litig.* Huc pertinet elegans illud verbum Plinij in Epistolis *Præstat otiosum esse quàm nihil agere*, id est quàm tale quid agere quod sit nihil. Non enim de simplici abnutiuo Plinius intelligit vt verbis Pauli nostri vtar in *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* sed de actione inutili & nullius effectus. Sed addamus nos ex hoc ipso loco, Melius tamen esse nihil agere quàm malè agere, Non solùm si secundum Iureconsultos nostros de actione malè instituta intelligas; sed etiam si cum Philosophis moralibus de mala & viciosa actione quæ virtuti & bonis moribus repugnet.

QVIBVS MODIS VSVSFRVCTVS VEL VSVS AMITTITVR.

TIT. IIII.

1. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

NOn solum vsumfructum amitti [a] capitis minutione constat, sed & actionem de vsufructu [b]. & parui refert [c] vtrùm iure sit constitutus vsusfructus, an verò tuitione prætoris. Proinde traditus quoque vsusfructus [d]: item in fundo vectigali, vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

Ad l. Non solùm 1.

a *Non solùm vsumfructum amitti.* Ratio dubitandi. Vsusfructus debetur personæ, & ei cohæret *l. 3. §. vlt. infr.* & æstimatur ex vtendo fruendo quod facti naturalis est *l. vnica supr. tit. prox.* Atqui per capitis diminutionem non desinit esse re vera eadem illa persona quæ erat antea. Ergo non potest vsusfructus per capitis diminutionem perire: Non magis quàm legatum habitationis, quod Modestinus negat in *l. pen. supr. De capit. minut.* perire per capitis diminutionem, quoniam, inquit, tale legatum in facto potiùs quàm in iure consistit. In iis enim quæ facti sunt non tam inspici debet quid sit ciuiliter quàm quid naturaliter & reuera, Vnde est quod naturaliter dicimus aperiri tabulas quæ re vera, & vt loquitur, de facto aperiuntur *l. 3. §. aperire 19. inf. de SC. Silan.* & licere contrahentibus in emendo & vendendo naturaliter se decipere *l. in causa 16. §. idem Pomponius supr. de minor. l. item si pretio 22. §. vlt. infr. locat.*

Dec. Vsusfructus licèt materialiter sumptus in facto magis quàm in iure consistat, formaliter tamen iuris est, & in iure magis quàm in facto versatur *l. 1. sup. de vsufr. l. Mæuius 66. §. fundo de legat. l. si à reo 70. §. si reo de fideiuss.* Forma porrò illa est quæ dat esse rei secundum philosophos, à quibus nec prudentes nostri hac parte dissentiunt *l. Iulianus 9. §. sed si quis in rem inf. Ad exhib. l. si conuenerit 18. §. pen. de pignor. act. l. proponebatur 76. sup. de iudic. l. Seia 6. infr. de aur. & argent. legat.* Ergo sublata rei substantia rem quoque ipsam tolli necesse est. Atqui per capitis diminutionem quæ iuris est persona ipsa mutari iure intelligitur; aliaque persona esse censetur quàm quæ fuit antea, licèt reuera ac naturaliter eadem maneat *l. 3. §. vlt. & l. seq. sup. de capit. minut. l. seruum 27. in fin. de adim. legat.* Quæ res dedit causam Edicto *de capit. minut.* ad restituendas in integrum obligationes quæ per capitis diminutionem intercidisse videbantur vt nos ad illum Tit. adnotauimus. Perire ergo vsumfructum qui iuris est per capitis diminutionem necesse est vt cætera quæ sunt iuris. Magis enim æstimandus est ex forma sua quàm ex materia ac proinde ex iure magis quam ex facto. Aliud in habitatione iuris est. Nam etsi habitatio quoque cùm sit seruitus personalis non tantùm iuris sed etiam ius est vt cæteræ seruitutes omnes, tam personarum quàm rerum. Verbum tamen ipsum habitationis quod apud Grammaticos verbale actiuum est factum ipsum habitandi præcisè significat, Vt proinde non abs re dicatur habitatio in facto magis quàm in iure consistere *d. l. pen. sup. de capit. min.* vbi scripsimus idem esse in legato quoque alimentorum *l. in singulos 8. de ann. legat.*

b *Sed etiam actionem de vsufructu.* Ratio dubitandi. Non est nouum vt actio de vsufructu supersit etiam post extinctum vsumfructum, vt in *l. qui vsumfructum 36. §. vlt. l. quod si heres 47. sup. de vsufr.*

Dec. Non potest actio superesse de vsufructu si vsusfructus iam nullus sit, vt diximus ad *§. vlt. l. vnic. supr. Tit. prox.* Nisi ratione præteritorum fructuum, & damnorum, vt in superioribus legibus, & in *l. vti frui 5. § si post litem infr. si vsusfructus pet.* Nos autem hîc tractamus de actione confessoria, de vsufructu pro tempore futuro. Ergo quemadmodùm per capitis minutionem vsusfructus amittitur, Ita & actionē

de

Digitized by Google

de vsufructu amitti ac perire necesse, est. Et quidem ipso iure, nec video cur excipiat Accursius casum illum quo vsusfructus amissus sit non vtendo. Etsi enim tempus non est modus tollendę ipso iure obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. de oblig. & act.* nec proinde actionis quæ ex obligatione vt filia ex matre gignitur *l. licèt 42. §. ex obligatio supr. de procurat.* Cum tamen actio confessoria De vsufructu sit in rem, & vindicatio quæ non ex obligatione aliqua nascitur, vt nec cæteræ in rem actiones *§. 1. Instit. de action.* sed ex præsenti possessione ex parte illius qui conuenitur *l. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de vindic.* ex præsenti autem dominio ex parte actoris *l. 1. & pass. supr. de rei vindic. l. vltim. Cod. eodem.* Consequens omnino est vt amisso vsufructu quoquomodo id est, etiam non vtendo perinde atque per capitis diminutionem nulla de vsufructu actio superesse ipso iure possit. Quomodo enim vsumfructum vindicare ac suum dicere potest is qui iam ipso iure eum amisit? Itaque sicut distinguendæ sunt actiones personales à realibus in eo quod personales nascuntur ex aliqua obligatione præcedente, reales autem ex nulla, Ita & in eo quòd personales difficiliùs extinguntur tempore, quàm reales, Dominio namque amisso & extincto ipso iure, quod per vsucapioné accidit, quamuis nó æqué per longi temporis possessionem, Vindicationem quoque ipso iure perimi necesse est. Porrò quod facit vsucapio in acquisitione rerum corporalium, & vt pristino domino eripiat dominium, hoc facit non vsus in amissione seruitutum. Nam & modi omnes amittendi vsusfructus siue morte siue capitis diminutione, siue non vtendo, siue consolidatione sunt ex iure ciuili nó ex prætorio. Extinguunt igitur vsumfructum ipso iure nulla requisita ope exceptionis, Quod omnium optimè probat *l. qui vsumfructum 3. infr. si vsusfructus petat.* Quod autem dicimus amitti vsumfructum per capitis diminutionem non de maxima tantùm & media intelligi debet per quam aut libertas amittitur aut saltem ciuitas, sed etiam de minima per quam familia sola mutatur, Inspecto scilicet iure vetere quod Vlpiani nostri temporibus obtinebat, Iustinianus enim hoc immutauit, quantum ad minimam capitis diminutionem *l. corruptionem 16. C. de vsufruct. & Instit. §. 1. de acquisit. per adrogat.*

c *Et parui refert.* Ratio dubitandi. Nihil tam naturale est quàm vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est vulg. *l. nihil 35 de regul. iur. l. prout 80. de solut.* Atqui capitis diminutiones omnes sunt ex iure ciuili non ex iure prætorio. Per quod è contrario rescinduntur capitis diminutiones. *Tot. tit. supr. de capit. minut.* Ergo fieri non potest, vt vsusfructus tuitione prætoria duntaxat constitutus per capitis diminutionem amittatur.

Dec. Absurdum est plus iuris habere illos qui possessionem duntaxat vsusfructus nacti sunt tuitione prætoria, quàm qui dominium ex iure ciuili *d. l. qui vsumfructum 3. infr. si vsusfr. petat.* Est enim ius ciuile dignius & potentius iure prætorio, Quo autem infirmius aliquid est eo facilius amittitur. Ergo si vsusfructus etiam qui iure ciuili constitutus est, per capitis diminutionem perit, quantò magis ille qui non est constitutus nisi tuitione prætoria? Exemplum autem bonum adfert Accurs. in vsufructu tradito ex causa fideicommissi. Nec enim titulus fideicommissi est iustus & legitimus cùm sit incognitus legibus ideoque egeat auxilio & tuitione Prætoris fideicommissarij vt refert Iustin. in *Tit. de fideic. hered.* Quæ ratio & sententia est *d. l. qui vsumfru. 3. in & l. si legatum 4. inf. hoc tit.* Non enim quælibet traditio transfert dominium ex iure Quiritiú, sed illa tantùm quæ fit ex iusta causa, id est iure ciuili ac legibus cognita & approbata *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Item de vsufructu constituto in solo superficiario aut vectigali *l. 1. §. vltim. infr. de superfic.* Aut in testamento quod iure ciuili non valeat, defendatur tamen iure Prætorio, vt in specie *l. posthumus 12. in princ. & §. 1 inf. de iniust. rupt.* vt idem Accurs. noster benè notat ad *l. si vsumfructum mihi 9. §. 1. infr. Vsufr. quem caueat.*

d *Proinde traditus quoque vsusfructus.* Malo pro *quoque* legere *quomodocunque*, quod iam alibi monui. Hoc scilicet sensu vt capitis diminutione qualibet amittatur vsusfructus quoquomodo traditus, id est ex quacunque causa siue legati, siue fideicommissi aut si magis generalius siue causa illa iusta sit & legitima, siue tantùm prætoria. Addit Vlpianus, *Item in fundo vectigali vel superficie non iure constitutum*, quia nimirum non potest superficiarius, aut is qui vectigalem fundum habet iure constituere in eo fundo vsumfructum, vt nec aliam seruitutem quamlibet, cùm non sit dominus, sed tantùm ius habeat in fundo *l. 1. 2. & 3. supr. Si ager vectig. id est emphyt. pet.* vt pluribus ostendimus in *Error. 6. decad. 64. de error. pragmat.* Quod non benè ab iis intellectum est qui in verbis illis *non iure constitutus*, negationem tanquam suspectam & irrepititiam delendámque asterisco notarunt.

1 ¶ Sed ita demum amittitur capitis deminutione vsusfructus, si iam constitutus est. ceterùm, si antè aditam hereditatem, aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti.

Ad §. 1. Sed ita demùm.

Ratio dubitandi. Absurdum est plus iuris & commodi habere aliquem ob id quod minùs iuris habeat *l. qui vsumfructum 3. infr. si vsusfruct. pet.* & è contrario deterioris conditionis esse fructuarium ob id quod vsumfructum habeat quàm si non haberet *l. sed si manu 17. § si seruus infr. de iniur.* Atqui is qui vsumfructum habet iam constitutum amittit eum per capitis diminutionem, vt proximè diximus. Ergo & multò magis ille cui nondum fuit constitutus & traditus si modò fuerit iam legatus aut promissus.

Dec. Non potest perire id quod nondum est *l. si partem 19. in princip. inf. quemad. seruit. amitt. l. Licinius pen. inf. quib. ad libert. proclam. non licet, l. non videntur 83. l. non potest 208. de regul. iur.* Nec fieri potest vt finem vsusfructus habeat priùs quàm initium acceperit *l. Sempronius 26. de vsufr. legat. l. Titio vsumfructus 96. de condic. & demonstr.* Atqui vsusfructus etiam legatus aut per stipulationem promissus nondum tamen fructuario acquisitus est quousque fuerit constitutus per traditionem aut per patientiam quæ possit esse vice traditionis. Aliud enim est debitum esse vsumfructum, Aliud verò constitutum & acquisitum. Nec enim nostrum iam videri

Digitized by Google

potest quod nobis est debitum, aut debitum adhuc esse quod iam nostrum est §. *sic itaque Instit. de action. l. non vt ex pluribus 159. de regul. iur.* Ergo si ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem fructuarius capite minutus sit, vsumfructum quem nondum habet non amittet. Rectè autem Vlp. hæc distinguit quasi separata *ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem*, quia licèt vsusfructus legati dies cedat ab adita hereditate ad exclusionem temporis mortis testatoris aut apertutæ tabularum. Potest tamen fieri vt non cedat tam citò, Puta si adita sit hereditas ante diem ex quo aut in quem vsusfructus relictus sit, Tunc enim nec ab adita hereditate cedit, sed à quo tempore dies venerit à testatore præstitutus est, quia in vsufructu speciale est vt nunquam cedat eius dies priùs quàm veniat, nec rursum veniat potiùs quàm cedat *l. vnic. §. pen.* vbi dixi *sup. tit. prox.*

2 ¶Si tibi fundus ex die legatus est, & vsumfructum mihi rogatus es restituere: videndum erit, si capite minutus fuero intra diem legato tuo insertum, ne fortè saluus sit mihi vsusfructus, quasi, ante diem cedentem capitis minutio interueniat, quod benignè dici poterit.

Ad §. 2. Si tibi fundus.

Ratio dubitandi. Cùm tibi legatus est fundus ex certo die, & vsumfructum mihi restituere rogatus es & ego capite minutus sum quamuis intra diem legato tuo insertum, videtur tamen hæc capitis contingere post diem legati cedentem. Ponimus enim terminos habiles & consequenter aditam esse iam hereditatem, vt casus hic differat à superiore & sit dubitabilior. Ergo dicendum est per hanc capitis diminutionem amittere me vsumfructum, Præsertim cùm dies quoque legati tui cesserit, licèt nondum venerit. Exinde enim sicut debetur tibi omnimodo legatum, quia venturum diem certum est, ita & obligatus es tu vt quandoque eueniente die vsumfructum mihi restituas. Quidni ergo ius meum per capitis diminutionem perire possit? Dec. Dies vsusfructus legati ex die non cedit ab adita hereditate, quomodo cederet dies vsusfructus legati purè, sed ex quo tantum fructuarius vti frui potest *l. vnic. § penult.* vbi dixi *sup. tit. prox.* Atqui non possum vti frui priusquam vsusfructus mei dies venerit, nec dies venisse antequàm legati quoque tui dies veniat, cùm vsumfructum per tuas manus accipere debeam, quem porrò restituere mihi non potes, priusquàm plenam fundi proprietatem ex legato tuo acceperis. Atqui non potest vsusfructus perire cuius dies numquam cesserit, vt dictum est in §. *præced.* Ergo verius est in hac specie saluum mihi esse vsumfructum, quasi ante diem cedentem capitis diminutio interuenerit. Quod cùm ita sit, de illo solo dubitari potest, Cur dicat Vlpianus benignè hoc dici posse. Solent enim prudentes nostri sic loqui, cùm stricta iuris ratio repugnat, vt in *l. qui negotia 34. infr. mandat. l. Scæuola 76. ad SC. Treb.* Nisi quis dicat, in hac specie summo iure cessisse diem vsusfructus mihi per fideicommissum relicti, cùm & adita sit hereditas, & fideicommissum vsusfructus mihi relictum sit purum, nec tam die aut condicione vlla quàm mora suspendatur, vt in *l. heres meus 106. de cond. & demonst. l. heredis 6. inf. quand. dies legat. ced.* Benigna tamen interpretatione perinde habetur hic vsusfructus acsi dies eius non cessisset, vt mihi scilicet saluus sit etiam post capitis diminutionem.

3 ¶Vsque adeo autem capitis minutio eum demum vsumfructum peremit, qui iam constiturus est: vt, si in singulos annos, vel menses, vel dies legatus sit: is demum amittitur, qui iam processit, &, si fortè in annos singulos legatus est, illius duntaxat anni vsusfructus amittetur. &, si in menses, eius mensis, si in dies, eius diei.

Ad §. 3. Vsque adeò.

Ratio dubitandi. Quamuis vsusfructus quotidie constituatur & quotidie legetur, *l. 1. §. interdum sup. de vsufr. adcresc.* eius tamen dies semel tantùm cedit *l. vnic. in pr. sup. tit. prox.* Ergo etiamsi in singulos dies vel menses vel annos vsusfructus legatus sit, dicendum est superueniente post aditam hereditatem capitis diminutione vsumfructum amitti totum, id est non eum duntaxat qui iam præcessit, sed etiam futurum, & totius sequentis temporis, Tanquam qui amissus sit post diem cedentem.

Dec. Multum refert verum legetur vsusfructus simpliciter, an verò in annos, aut menses, aut dies singulos. Priore casu cedit dies legati semel & simul pro toto eo tempore quo vsusfructus est duraturus quia vnum & purum legatum est, Posteriore verò sicuti sunt plura legata primi quidem anni purum, sequentium autem condicionalia, ita dicendum est pluries diem cedere *d. l. vnic. in pr. sup. tit. prox.* vbi dixi. Ac proinde per superuenientem capitis diminutionem amitti duntaxat vsumfructum qui præcessit quòd eius tantùm dies cesserit. Non amitti sequentis temporis vsumfructum tanquam cuius dies nondum cesserit. Nec separanda est amissio quæ fit per capitis diminutionem ab ea quæ non vtendo, licèt Accurs. separet ex *l. si sic. 7. infr. quemad. seruit. amitt.* quæ ad hunc casum non pertinet sed ad illum quo amissa sit seruitus quæ vna erat. Hîc enim plura erant legata vsusfructus.

2. PAPINIANVS libro 17. Quæstionum.

SI duobus separatim, alternis annis vsusfructus relinquatur: continuis annis proprietas nuda est: cùm, si legatarium vnum substituas, cui alternis annis legatus sit vsusfructus, plena sit apud heredem proprietas eo tempore, quo ius fruendi legatario non est: Quòd si ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit. neque enim adcrescere alteri quicquam potest: quoniam propria quisque tempora, non concurrente altero, fructus integri habuit.

Ad l. Si duobus 2.

Ratio dubitandi. Testator qui duobus legat vsumfructum alternis annis, ea mente esse videtur, vt proprietas vno anno sit nuda, vsufructu scilicet absce-

abscedente, Altero autem plena, Vsufructu ad eã redeunte. Alioqui quid prodesset legasse vsumfructum alternis annis si proprietas continuis annis nuda esset?

Dec. Cùm duobus separatim vsusfructus ita legatus est, vt alternis annis fruantur, aperta est voluntas testatoris, vt nullo anno resideret vsusfructus penes heredem quamdiu fructuarij viuerent, & frui possent ac vellent, siquidem inter alternos annos medium tempus nullum est, quo heres frui possit. Aliud esset si duobus quidẽ, aut etiam pluribus, sed coniunctim vsusfructus alternis annis legatus esset. Tunc enim fructuarij omnes vno eodemq; anno simul fruerentur, tanquam coniuncti in vsufructu, sequẽti autem anno vacaret vsusfructus, & ad proprietatem, heredemque recurreret. Ideoq; benè Papinianus ita scribit *Si duob. separatim*. Iunge *l. quoties* 34. vbi dixi *sup. de vsufr.*

a *Cùm si legatarium vnum substituas.* Ratio dubitãdi. Substitutus legatarius in locũ duorum legatariorum quibus alternis annis separatim vsusfructus relictus erat, succedit in locũ vtriusque legatarij. Quid enim aliud est substitui quẽ duobus, quàm in eorum ius & locum subrogari? *l. coheredi* 41. §. *vlt. inf. de vulg. & pupil. substit.* Atqui duo illi legatarij quibus hic substitutus fuit, cùm esset eis legatus alternis annis vsusfructus sic frui potuerunt, vt continuis annis proprietas esset nuda, quomodo proximè Papinianus respondit. Ergo non potest plena esse apud heredem proprietas alternis annis, sed æquè continuis annis nuda. Dec. Legati status & condicio mutatur, cùm duobus quibus separatim alternis annis vsusfructus legatus erat vnus substituitur. Nec enim fieri potest vt vnus & idẽ legatarius separatim fruatur alternis annis, quin vno anno proprietatem penes heredẽ plenã manere necesse sit, Id enim esset continuis annis frui non alternis; deberétq; in eam rem vni legatario legari vsusfructus non alternis annis, sed in annos singulos, vt idem noster Papin. ait in §. *prox.* Et hoc maximè casu potest dici esse difficile, imò impossibile, vt quis duorũ vicẽ & personam sustineat *l. si plures* 9. *sup. de pact.* Cùm ergo nõ possit hîc substitutus negare quin sit substitutus in vsufructu alternis annis relicto, neq; cõtinuis annis frui debet, neq; recusare quominùs alternis annis maneat plena proprietas apud heredem, & eo tempore quo fruendi ius legatario non est, vt ait Papinianus.

b *Quòd si ex duobus.* Redit ad priorem casum de vsufructu duobus relicto alternis annis, nemine substituto, aut si aliquis substitutus fuit, ponendũ est substitutum datum fuisse ambobus coniunctim, non alterutri separatim. Itaque si ex duobus illis quibus vsumfructum alternis annis legatum fuisse ponimus alter decedat, proprietas per vices temporum erit plena.

Ratio dubitãdi. Certam legem habuit ab initio legatum hoc vsusfructus vt continuis annis nuda esse deberet. Ergo ex posteriore euentu non debet immutari lex legati, vt proprietas vllo casu aut tẽpore plena sit, apud heredẽ arg. *l. vero* 12. §. *pen. inf. de solut.* Dec. In omnibus legatis, aliisque etiam inter viuos dispositionibus subintelligitur semper clausula *Rebus sic stantibus, & si in eodem statu res maneat l. cùm quis* 38. *in princ. eod. tit.* Nec potest in proposita specie ius esse adcrescendi inter legatarios quibus vsusfructus alternis annis legatus fuit, Cùm non possint videri in vsufructu coniuncti qui ad diuersos, id est, diuersorum temporum vsusfructus vocati sunt. Id enim est quod Papin. ait *Quoniã propria quisque tempora non concurrente altero fructus integri habuit*: Vbi quod addit *non concurrente altero* non per modum condicionis debet intelligi *si alter non concurrat*, sed absolutè, & vt ita dicam, positiuè ac rationis loco, *quia concurrere alter non potest*, cùm sc. habeant singuli distincta sua fruẽdi tempora. Ex quo tantò magis intelligimus quàm verum sit quod in præcedentibus contra interpretes omnes disputauimus. Inter coniunctos verbis tantũ non esse ius adcrescendi. Nec enim illi soli verbis tantùm coniuncti videri possunt, quib. eâdem oratione vsusfructus eiusdem fundi pro æquis partibus legatus est, vt in *l. pen. supr. de vsuf. adcresc.* Sed illi etiam quib. in hæc verba vsusfructus alternis annis legatus est *Titio & Sempronio alternis annis vsumfructũ fundi Cornelianí singulis do lego.* Vnica enim tantùm hîc oratio est, Diuersi verò vsusfructus, & per distincta tẽpora distincti. Et tamen negat Papinianus inter eos ius adcrescẽdi locũ habere. Neq; est quòd quis dicat non tractari hunc casum à Papiniano qui posuit non coniunctim, sed separatim duobus relictũ esse alternis annis vsumfructum. *Separatim* namq; intellexit *re non verbis* propter adiectionem illam *alternis annis*, & illam *singulis*, quę si non essent vtique inuenirentur Titius & Sempronius, & re & verbis coniuncti, saltem proximo anno §. *vlt. infr.*

1 ¶Si non mors, sed capitis deminutio intercesserit: quia plura legata sunt: illius anni tantùm, si modò ius fruendi habuit, fructus amissus erit. quod in vno legatario, qui fructum in singulos annos accepit ᵃ; defendendum est: vt commemoratio temporum repetitionis potestatem habeat.

Ad §. 1. Si non mors.

Ratio dubitandi. Per capitis diminutionem non minùs quàm per mortem fructuarij vsusfructus amittitur *l. prox. supr.* Ergo non fuit cur Papinianus distingueret mortem à capitis diminutione.

Dec. Vtroque quidem modo vsusfructus amittitur, sed cum hac differentia quòd amissus per capitis diminutionem vsusfructus potest repeti, vt & alia qualicũq; ratione sit amissus, dummodò non morte *l. repeti* 5. *in pr. inf.* At morte amissus non magis potest repetì quã amissa vita restitui. Atqui cũ vsusfructus alternis annis duob. relictus est, aut vni in annos singulos, sola cõmemoratio temporũ repetitionis potestatẽ obtinet, cùm tot sint legata quot sunt anni *l. vnic. post prin.* vbi diximus *sup. tit. prox.* Ergo si capitis diminutio post aliquot annos vni ex legatariis superuenerit, amissus quidem erit vsusfructus totius præteriti tẽporis quo frui legatarius ille potuit, *si modò ius fruendi habuit*, inquit Papinĩad est, vt ego interpretor, dũmodò adita sit hereditas, & dies legati vsusfructus cesserit, quoniã alioqui vsusfructus cuius dies nõ cessisset, amitti nõ posset *l. 1. §. 1. & 2.* Sed sequẽtiũ annorũ vsusfructus nõ erit amissus, sed cẽsebitur potiùs repetitus. Quã quã nõ video quęnã hîc subesse possit causa inducẽdę repetitionis, cũ vt Papin. fatetur, vsusfructus futuri tẽporis nõdũ sit amissus, nec amitti possit, quia neq; dies eius cessit. Sic enim apertius est vt dies legati

vsusfructus cedat quàm vt amitti vsusfructus possit, Ita & prius est ordine naturæ & temporis, vt amissus sit vsusfructus quàm vt repeti possit *d.l.repetij 5.in princ.inf.* Sic ergo Papiniaanus necessariò intelligendus est, vt dicat Posse fructuarium etiam post capitis diminutionem toto sequenti tempore vti frui, Duplici ratione. Et quia sequentis illius temporis vsusfructus numquam amissus est, cùm eius dies numquam cesserit, Et quia etiamsi amissus esset, repetitus tamen per commemorationem temporum censeretur.

a *Qui fructum in annos singulos accepit.* Quo casu iam diximus plura esse legata quorum dies non nisi in singulos annos cedit *dict.l.vnic.sup.tit.proxim.* & nihilominùs repetitum intelligi vsumfructum per annos singulos. Est igitur ad hunc versicul. eadem ratio dubitandi & decidendi quæ ad præcedentem.

2 ¶Cùm singulis fructus alternis annis legatur, si consentiant in eundem annum, impediuntur: quòd non id actum videtur, vt concurrerent. multùm etenim refert: duobus simul alternis annis legetur, quod sanè vltra primum annum procedere non poterit, non magis quàm si vni legatus ita fuisset: an singulis alternis annis, si concurrere volent, aut impedient inuicem propter voluntatem, aut si ea non refragabitur, singulorum annorum fructus vacabit.

Ad §.2.Cùm singulis.

Ratio dubitandi. Cùm vsusfructus singulis legatur alternis annis etiamsi in vnum eundémque annũ cõsentiant, non est dicendum eos impediri ne frui possint, cùm per concursum faciant sibi partes, & melius sit dicere concurrere illos, vt singul. partem habeant, quàm vt neuter quicquam habeat. Maligna enim est illa interpretatio per quã fit vt dispositio reddatur inutilis *l.si ita stipulatus 126. §.Chrysogonus.infr.de verb.oblig.*

Dec. Non potest videri testator voluisse, vt in hoc vsufructu concurrerent legatarij, quibus singulis distincta ad fruẽdum per annorum alternationem dedit tempora. Non est autem permittendum legatariis, vt faciant sibi partes per concursum, nisi cùm ea voluntas testatoris fuit, vt in *l.1.§. interdum.* & in *l.3.in princ.sup.de vsufr.adcresc l.planè 34. §.sed si in pupillari. de legat. 1.l.coniunctim 80.de legat.3.* Ergo si in vnum eundémque annum consentiant legatarij se mutuò impedient, quod & Iulianus scripsit in *l.quoties 34.supr.de vsufr.* vbi diximus, Multùm enim refert an testator duob. simul vsumfructum leget alternis annis, an verò singulis legatariis. Priore casu potest videri testator voluisse, vt in vsufructu cõcurrerent cùm iis simul & coniũctim vsumfructũ legauerint non totum singulis, Sed ita tamen vt concursus ille non possit vltra primũ annum procedere, quemadmodum hic Papin.ait, Ne alioqui reperiatur inutilis & fiat contradictoria adiectio illa *alternis annis*, quæ tamen sicut sensum suũ habet, ita & suũ effectum habere debet. Nec enim verba vlla, siue in contractibus; siue in testamentis frustra & superuacuò apposita censeri debent, sed ita semper accipi, vt aliquid operentur *l.si quando 109.de legat.1.* *Non magis* addit Papinianus *quàm si vsusfructus vni legatus ita fuisset*, id est, *alternis annis* quo casu nemo diceret futurũ, vt continuis annis posset ille frui. Repugnarent enim verba illa legari *alternis annis*. Quid autẽ referre potest, an vni tantùm, an verò duob. simul quos testator pro vno habuerit vsusfructus alternis annis legatus sit? At posteriore casu cùm eiusdẽ fundi vsusfructus legatur non solùm alternis annis, sed etiam singulis, hoc est, nõ coniunctim, sed separatim, quãuis non separata oratione, quomodo Papinianus noster initio huius legis locutus est, Alterutrũ euenire necesse est si velint concurrere, Aut vt se impediant inuicem propter voluntatem testatoris quæ nõ illa fuit vt concurrerent, Aut si voluntas testatoris non refragetur, singulorum annorum fructus vacet, & proprietas plena maneat apud heredẽ alternis annis, perinde acsi alternis annis vsusfructus vni legatus esset quãdoquidem nec nisi alternis annis frui legatarios testator voluit, eo scil. casu quo propria quisque tempora fructus integri haberet altero non concurrente. Sed eo casu, quo vellent cõcurrere, nõ præcepit testator vt continuis annis fruerentur in solidum, Neque hanc interpretationem pati possunt verba illa *alternis annis*, quæ hunc proculdubio sensum habent, vt neuter annis continuis frui possit, Tantùm abest vt vtrumq. continuis annis frui testator voluerit. Habeãt igitur hãc pœnam suæ pertinaciæ, vt qui singuli potuissent alternis annis vsumfructum integrum percipere si non in vnum eundémque annum concurrere voluissent, cogantur hodie contenti esse dimidia parte vsusfructus in alternos annos, quia tanti habuerunt alia parte dimidia carere, & maluisse hoc videntur, arg. *l.4.§.1.supr.de alien.iudic.mut.caus.fact.l.si patre 22.de rit.nupt.* Sed quid? An non ea testatoris voluntas saltem in dubio præsumenda fuit, vt quẽ ex duobus fructuariis priorem nominauit, primi quoque anni vsumfructum perciperet? Ita sanè Iuliano visum est in *dict.l.quoties 30.supr.de vs. fr.* à quo nec facilè Papinianus noster dissentire solet. Est igitur hic locus restringendus ad eum casum, quo nesciri possit, quis prior à testatore in hoc vsusfructus legato nominatus sit, Puta si testator dixerit *Titiis vsumfructum alternis annis do lego*, vt in *eãd.l. quoties*, aut qua alia de causa. Atqui tùm quoque cùm nesciri potest quem ex fructuariis priorem frui testator voluerit, An non ad Prætoris officium pertinet, vt eos se inuicem impedientes coerceat, nec ad arma, vel rixam patiatur eos procedere quos possit iurisdictione sua componere, Præscribendo ipsis qualiter frui eos velit? Ita quoque est *l.si cuius 13.§. sed si inter duos. supr.de vsufr. l.huiusmodi 84.§.vlt. de legat.1.* Sed in proposita specie si velint fructuarij concurrere, atque ita vel inuicem se impedire, vel intermedij anni fructum vacare, Non debet se interponere Prætor, ne dum fructuariis consulere vult, iniuriam faciat heredi, ad quẽ vsusfructus ille reditur[illegible]est, & quidem ex testatoris voluntate. Tunc ergo debet se interponere, cùm de fructuariorum duntaxat iure agitur, & periculum est nẽ ad rixas & arma prosiliant, quod Accurs. noster nõ videtur benè percepisse, Nec nos satis clarè explicauimus ad *dict.l. quoties*, vbi ferè adnuimus cum Accursio Prætorem in hac quoque specie debere interuenire: quod tamen non omnino adfirmauimus, Nos nunc non putamus. Et alia species est, de

est de qua in *d. l. vlt. §. vlt.* vbi agitur de legato iam agnito & acquisito, licèt nondum petito; quod apud heredem manere, aut ad eum regredi ampliùs numquam potest.

3. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

Sicut in annos singulos vsusfructus legari potest, ita & capitis minutione amissus legari potest: vt adiiciatur, *Quotiescunque capite minutus erit, ei lego*, vel sic, *quotiens amissus erit*. & tunc, si capitis minutione amittatur, repetitus videbitur. Vnde tractatũ est, si cui, *quandiu viuat*, vsusfructus legatus sit, an videatur repetitus, quotiens amissus est: quod & Marcianus temptat. & puto repetitum videri. Quare si vsque ad tempus sit legatus, vtpûta vsque ad decennium, idem erit dicendum.

Ad l. Sicut in annos 3.

Ratio dubitandi. Nemo inuitus patitur minimã capitis diminutionem vt familiam mutet, siue per emancipationem, siue per adrogationem, Et paret familias qui se dat adrogandum, vltrò cum capite suo trãsfert fortunas omnes suas in familiam alienam *l. qui ex liberis 11. §. testamento. infr. de bonor. poss. secund. tab.* Illis porrò qui iura sua vltrò amittunt, non facilè dandus est ad ea regressus *l. quaeritur 17. §. si venditor. infr. de aedilit. edict.* Ne leges in ludibrio esse videantur *l. vlt. §. vlt. C. de bon. quae liber. l. adoptare 37. §. 1. sup. de adopt.* Ergo nec admittendum est repeti posse vsumfructum postquàm semèl amissus fuerit. Et si verò non idem dici posset de maxima capitis diminutione, nec de media per quas aut libertas, aut saltem ciuitas pœnæ nomine adimitur etiam inuito, Ideò tamen loquimur de minima capitis diminutione, quoniam ei qui mediam, vel maximam passus esset relinqui vsusfructus nõ posset, nec magis per repetitionem quàm alio modo, cùm veramque testamenti factionem & actiuam & passiuam amiserit *l. 1. C. de hered. instit.* quam scilicet nemo habere potest, nisi qui & liber & ciuis Romanus est *l. 1. infr. ad leg. falcid.* Idq; Accursius noster benè obseruat. Proinde non videtur bona comparatio quę hîc fit ab Vlpiano, vt sicuti vsusfructus in annos singulos legari potest, ita & capitis diminutione amissus iterum legari & repeti possit. Nam cùm in annos singulos legatur tot sunt legata quot anni, & singulorum legatorum dies initio cuiusq; anni cedit *l. vnic. sup. tit. prox. l. 4. & 5. l. in singulos 8. & l. cum in annos 11. infr. de ann. legat.* vbi dicitur hoc casu per singula legata ius capiendi in persona legatarij inspiciendum esse, quia sequentium annorum vsusfructus non priùs amitti potest quàm dies eius cesserit *l. 1. §. 1. & 2. sup. hoc tit.* At cùm vsusfructus legatum vnicum est, & cuius dies semel tantùm cedat, quemadmodum totus statim ex quo tempore dies cessit, acquiritur, ita si amittatur totus amittitur: ideoq; totam legati vim dissolui necesse est, vt ex eo legato nihil ampliùs debeat legatario vnquam possit. Alioqui videtur testator facere contra leges, aut saltem in fraudem legum quoties iubet vsumfructum amissum restitui, eumq; repetit ne per capitis diminutionem possit intercidere, quem tamen ius nostrum eo modo vult perire. Nemo autem facere potest quin leges in suo testamento locum habeant *l. nemo potest 55. de legat. 1.* Quod dissimile est cùm in annos singulos vsusfructus legatur. Nihil enim fit contra leges si plura fiant legata vsusfructus, vt vno pereunte, alia quæ sequuntur & quorum dies nondum cesserit, non pereant. Imò verò eo remedio possit testator consulere legatario vsusfructus, ne per capitis diminutionem eum amittat in futurum, néve vlla repetitione sit opus, tantò difficiliùs permittendum videtur testatori, vt vsumfructũ repetat qui iam ipso iure sit amissus. Dec. Vsusfructus, à testatore repetitus in eum casum, & in id tempus quo fructuarius capite minutus fuerit, nõ est idẽ numero qui fuit amissus, sed alius planè ac nouus, Ita vt verè dici possit hac parte quod de generationib. rerum naturalium solent physici dicere, corruptionem vnius esse generationem alterius *§. pen. inf.* vbi dicitur repetitum vsumfructum resumi eo momento quo amittitur. Nihil ergo facit contra leges aut in fraudem legũ testator qui amissum per capitis diminutionem aut non vtendo, repetit. Faceret sanè si prohiberet, ne per capitis diminutionem, aut non vtendo, aut alius legitimis modis amitteretur: Sed cùm amissum repetit, facit quod ei per leges licet, cùm pendeant ista omnia ex testatoris voluntate, Maximè quantũ ad vsumfructũ, qui quodam in facto quotidiano, & in fructuũ perceptione consistit, quotidie cõstitui & legari intelligitur, tùm quoq; cùm semel cõstitutus & legatus est *l. 1. §. interdum* vbi diximus *sup. de vsuf. adcresc.* Quidni ergo etiã amissus repeti poterit iure noui cuiusdã vsusfructus? Nam & idẽ ferè cõtingit cùm in annos singulos vsusfructus legatur, Non quod hoc quoq; casu repetitus intelligatur is qui amissus fuit, sed vt perinde plura sint legata, pluresq; vsusfructus acsi vsusfructus primi anni esset in singulos annos repetitus. Et in hoc nimirũ comparatio illa versatur quã ponit hîc Vlp. inter legatũ vsusfructus in annos singulos, & legatum vsusfructus repetitũ, quod in vtroq; casu plura sunt legata, & eorũ dies nõ simul & semel, sed pluries cedit. Quid enim aliud est dicere, Plura esse legata, quã dicere Primum legatum esse sæpius repetitum? Repetiti porrò vsusfructus nõ priùs dies cedit quàm repetitionis casus euenerit: Sed horum casuum differentia in eo est, quod cùm in annos singulos vsusfructus legatus est plura legata sunt, etiãsi nullus vsusfructus amittatur: Cùm verò repetitur, non aliter multiplicantur legata quã si prior vsusfructus amissus fuerit. Ex quo intelligimus quid illud sit quod Iunius Mauricianus scribit in *l. liber 15. inf. de vsuf. leg.* Licere testatori repetere legatum vsusfructus, vt etiam post capitis diminutionem debeatur. Et hoc nuper Imperatorẽ Antoninum ad libellum rescripsisse, Nec tãtùm esse constitutioni locum cùm in singulos annos vsusfructus relegatur, vt subtiliter locum illum emendat Iac. Cuiac. *lib. 14. Obs. cap. 17.* Sensus enim haud dubiè hic est, Non tantùm posse repeti vsumfructum relegando eum in annos singulos quo casu repetitus in singulos annos intelligitur vsusfructus etiã qui amissus nunquam fuit, Multò magis eũ quoq; qui amissus est, sed etiã posse repeti expressè in eum casum quo amissus sit, quamuis hoc difficilius videretur propterea quod expressa plerumq; nocent quæ nõ expressa non nocent, vt habet iuris regula *l. expressa 195. de reg. iur. l. nonnunquam 52. de cond. & dem.* Nec certè defendi potest quod habet vulgata lectio, Tunc tãtùm cõsti-

turioni locum esse eùm in annos singulos legatus est vsusfructus, & hoc ipso tacitè repetitur. Quādoquidē ea ipsa lex probat, Posse etiam repeti vsumfructum, Nō modò in illum expressim casum quo sit amissus, sed etiam quod magis est quo sit amissus per capitis diminutionē. Quod & scriptum est in tota hac lege, & *l.1.§.vlt.l.2.§.si nō mors supr.eo.* Neque rursum vsusfructus repetitionē impedire debet, quòd vsusfructus non possit amitti per capitis diminutionem sine facto & voluntate fructuarij. Non enim potest ea res impedire voluntatem testatoris, Nec si ex delicto suo libertatem cum ciuitate, aut ciuitatem sine libertate amiserit fructuarius. Quid enim commune habet culpa fructuarij cum voluntate testatoris? vt contra Papinianum Vlp. disputat in *l. Papinianus exuli 20. sup. de minor.* Sed hoc ita tamen si fructuarius sit aduersus sententiam restitutus, vt Accurs. notat ex *l.1.§. de qua autem. sup. de postul. l.1. C. de sent. pass. & restit.* Sed & illud benè, Non amitti hodie vsumfructum per minimam capitis minutionem *l. corruptionem 16. C. de vsufr.* ideoq; nec posse tractari de huiusmodi repetitione, nisi præsupposita in integrum restitutione.

a *Vnde tractatum est.* Ratio dubitandi. Cùm alicui legatur vsusfructus *quandiu viuat* vnicum videtur legatum & vnica oratione, adeoq; vno propemodū verbo expressum, in quo nihil de vsufructu repetēdo. Ergo non potest videri repetitus, Cùm repetitio fieri nequeat quin legata multiplicentur, vt proximè diximus. Dec. Verba hæc *quandiu viuat* habēt tractum temporis extensum in totum tēpus vitæ, vt in effectu parum differat ab illo quo vsusfructus legatus sit in singulos dies aut annos, de quo iam dictū est, Nisi quod per hæc verba *quandiu viuat* nō itatim singuli anni, & singuli dies designantur, sed singulæ quinq; horæ, & singula momēta. Ergo si legatō in singulos annos vsufructu plura legata cōtineri dicimus, & tot legata esse quot sunt anni, ob idq; videtur in singulos annos repetitus vsusfructus, Quidni idem admittemus legato tibi vsufructu quandiu viuas? Vt etiamsi capite minutus sis, gerinde tamen possis eo frui atq; anteà quasi ex nouo & repetito vsufructu. Quo exemplo benè Bartolus docet, si quis liberos habens legauerit vxori vsumfructum bonorum suorum omnium, restringendum ad alimenta fauore liberorum ex cōsuetudine quadam seruata in Curia Bulgari, vt interpretes memorant, & post aditam hereditatem, aut aliter acquisitam successionem defunctis liberis substituti fortè pupillares velint manere legatū vsusfructus, perinde atque anteà restrictum ad alimenta, non esse illos audiendos, quoniam, inquit, legatum hoc non vnum est, sed multiplex, scilicet si vsusfructus relictus sit matri *quandiu viuet.* Alioqui si simpliciter relictus esset, aliud respondendum, quia licèt non possit extendi vsusfructus vltra vitam, nisi heredibus quoq; legetur *l.5.inf.* Plenius tamen est legatum vsusfructus ita relictum *quandiu viuat legatarius*, quàm quòd simpliciter relictum est, vel ob hoc ipsum quod & plura legata continet, & repetitionem vsusfructus, quàm vsusfructu simpliciter legato nemo vnquam dixit contineri. Denique vsusfructus simpliciter legatus non potest quidem vltra mortem extendi, sed tamen finiri ante mortem facilè potest, iis scilicet omnibus modis quibus finitur vsusfructus aliter quàm morte. Ac vsusfructus alicui quandiu viuat relictus non magis ante mortem vllo casu finiri potest quàm vltra mortem porrigi cùm in singula vitæ momenta repetitus intelligatur, Idemq; est si vxori legatus sit vsusfructus, quomodo fieri adsolet, *quandiu vitam vidualem seruauerit*, vt in exemplo quod affert Bartolus. Illud difficilius est quod ex hoc ipso loco tētat Bartolus, si in legato apposita sit dictio *quandocunque* impediri præscriptionem. Ita enim fieret vt in specie *l.5. C. de pact. inter empt. & vend.* præscriptio locum habere non posset, si fortè is qui redimendę rei ius haberet, pecuniam intra triginta annos non obtulisset. Quod etsi Doctores quidam defendere voluerunt, Contraria tamen sententia & frequentior & verior est, & à nostro quoque Senatu probata: Potest enim & debet dictio illa *quandocunque* commodam interpretationem recipere à iure communi *dummodo intra legitimum tempus.* Nam nec adiectio ista *quandiu viuas* in vsufructu legato impedit ne vsusfructus amittatur non vtendo, sed facit vt amissus repetitus videatur: quod in cæteris legatis ad causam proprietatis pertinentibus non ita facilè fit, vt tacitè repetita vnquam intelligantur, & speciale est hoc ius in vsufructu, quoniam & facilius amittitur, & tùm quoq; cùm repetitus est, non vltra vitam porrigitur. Facilius admitti posset quod Baldus quodam loco tradidit, Posse ita impediri præscriptionem si in legato aut in contractu facta sit repetitio expressa iuris præscripti, vt etiam postquàm fuerit præscriptum, tamen restituatur & quodam modo resuscitetur. Quænam enim difficultas subesse potest in tam aperta siue testatoris, siue contrahentium voluntate? Nulla siquidem iniuria fit volenti, neque rursum legibus, quæ licèt iura omnia certis temporibus præscribi velint, præscripta tamen restitui, & ex voluntate resuscitari non prohibent.

b *Quare etsi vsque ad tempus.* Ratio dubitandi. Vsusfructus eodem modo & eodem iure legari potest vsque ad certum tempus quo legatur perpetuus, id est, vsque ad mortem. Non enim adiicitur certum tempus quàm vt vsusfructus sit breuior, quàm si tempus nullum adiectum esset, Quo casu ad mortem vsque porrigeretur. Proinde non debet fauorabilior esse vsusfructus legatus ad certum tempus quàm si legatus esset perpetuus, Ne alioqui inducta & addita ad diminutionem prosint ad augmentum, contra *l. legata 19. De legat. 1. l. legata inutiliter 24. de adm. legat. l. in ratione 30. §. tametsi ad leg. falcid.* Atqui legatus perpetuus non ideò tamen repetitus esse censeretur, Alioqui frustra fieret ac requireretur tacita repetitio, si tacitè cuilibet legato vsusfructus inesse intelligeretur. Ergo nec repetitus videri debet vsusfructus qui vsq; ad certum diem relictus est.

Dec. Dictio *vsque* habet eandem vim, quam verbum *quandiu* ad repetitionem vsusfructus inducēdam. Etsi enim vtraque dictio distributiua temporum omnium quæ ipsis sensu continentur, Eāque distributio temporum vim habet repetitionis, pro qua inducenda etiam sola commemoratio tēporum posset sufficere, vt Papin. respondit in *l.2.§. 1 an fi sup.* Aliud ergo iuris est in vsufructu purè legato sine vlla commemoratione aut distributione temporum, Neque in eo absurdi quicquam est: Non enim legatus vsusfructus ea cogitatione vt amittatur aliter quàm morte. Ideoque nunquam habendus est pro repetito, nisi cùm ex verbis, aut expressis, aut æquipollentibus colligi potest eam fuisse mentem legantis.

1 §Hæc

1 ¶Hæc autem repetitio, quæ fit post amissum capitis minutione vsumfructũ, quæritur, an & ius adcrescendi secum saluum habeat. vtputa Titio, & Mæuio vsusfructus legatus est, & si Titius capite minutus esset, eidem vsumfructum legauit. quæsitum est, si Titius ex repetitione vsumfructum haberet, an inter eos ius adcrescendi saluum esset. & Papinianus libro septimo decimo Quæstionum scribit, saluum esse, perinde ac si alius esset Titio in vsufructu substitutus: hos enim, tametsi non verbis, re tamen coniunctos videri.

Ad §.1. Hæc autem repetitio.

Ratio dubitandi. Vsusfructus repetitus nouus vsusfructus est, Ergo alius quàm in quo fuerant cõiuncti legatarij, ac proinde non potest in hoc vsufructu repetito saluũ manere inter legatarios ius adcrescendi quod non oritur nisi ex coniunctione, vt toties diximus ad Tit. præced. Præsertim cùm repetitio vsusfructus facta est in eum expressim casum quo prior vsusfructus amissus esset. Non enim potest repetitio talis fieri, nisi per separatã orationem, quæ disiunctionem etiam verbalem semper inducit, quod & Bartolus ad hunc locum notat.

Dec. Vt saluum sit ius adcrescendi inter legatarios, sufficit esse illos re tantùm coniunctos & habere partes per concursum, licèt verbis disiuncti sint *l.1.§. interdum. & l.3. in pr. sup. de vsufr. adcresc.* Atqui repetitio vsusfructus etiam facta per clausulam & orationem separatam, licèt disiungat verbis eos qui anteà re & verbis coniuncti erant, coniunctionem tamen realem non tollit, quæ ex eo nascitur, quòd plures non ad eundem vsumfructum, sed ad eiusdem fundi vsumfructum vocati sint. Etsi verò alius vsusfructus est numero, & formaliter is qui repetitur, non tamen alterius fundi est quàm cuius erat anteà. Ergo non minus saluum esse debet ius adcrescendi inter Titium qui capite minutus est, & Mæuium, quàm si Titio quilibet tertius esset in eo vsufructu substitutus. Quo casu esset quidem alius & nouus vsusfructus in persona substituti, quę alia esset ac mutua: Sed tamen non ideò quisquam diceret esse substitutum, & Mæuium re disiunctos, cùm sint ad eiusdem fundi vsumfructum vocati, perinde atque erant Titius & Mæuius, quamuis verbis disiunctus semper sit qui substitutus est. Quidni ergo dicamus in proposito casu Titium qui capite minutus est, & in cuius persona repetitus fuit vsusfructus, videri sibi substitutum, quasi repetitio vim habeat substitutionis, nec deterioris esse conditionis in eo vsufructu, in quo & collegatarius primus nominatus fuit, & per repetitionem sibi ipsi substitutus intelligitur quàm esset nudus substitutus qui ad eum vsumfructum semel tãtùm vocatus fuisset? Quod enim recipitur in duab. personis, cur non multò magis in vna eademq; persona recipietur? Quandu idem Vlp. noster argumentatur in specie *l. singularia 15. inf. de reb. credit.* Huc pertinet quod vulgari nostrorum brocardico iactari solet, Repetitionem intelligi factam cum præcedentib. omnibus suis qualitatibus *l. in repetendis 63. De legat. 3.*

2 ¶Idem Papinianus quærit, si Titio & Mæuio vsufructu legato in petitione vsusfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur coniuncti. & ait, si quidem Titius amiserit[a], totum socio adcrescere: quòd si Mæuius amisisset[b], non totum adcrescere: sed partem ad eum, partem ad proprietarem redire. quæ sententia habet rationem. neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit vsumfructum, & resumit, etiam ipsi quicquam ex vsufructu adcrescere. placet enim nobis ei, qui amittit vsumfructum, ex eo, quod amittit, nihil adcrescere.

Ad §.2. Idem Papinianus.

a *Et ait, si quidem Titius amiserit.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad §. præcedentem, vbi diximus in vsufructu repetito saluum esse ius adcrescendi inter legatarios. Quod ita debet intelligi vt saluum sit, non solùm ei, qui capite minutus est, & in cuius persona vsusfructus repetitus fuit, sed etiam illi qui capite diminutus non est in persona diminuti, vt siue huius, siue illius pars deficiat ea collegatario adcrescat.

b *Quòd si Mæuius amisisset.* Intellige postquàm Titius partem suam amisit per capitis diminutionem, eaq; adcreuit Mæuio quatenus non fuit repetitus in Titij persona vsusfructus, id est, pro dimidia parte. Ponit enim Vlpianus ex Papiniano, Titio & Mæuio vsumfructum legatum esse. In repetitione autem vsusfructus non totum, sed partem duntaxat Titio relegatam esse: Partem, inquam, non dimidiæ, sed totius, siquidem vsusfructus legatus fuerat Titio, & totus Mæuio, sed partes factæ fuerant per concursum, ita vt dimidiam totius vsusfructus haberet Titius, aliam dimidiam Mæuius. Perinde ergo fuit post amissum à Titio & repetitum in ipsius persona vsumfructum, ac si Mæuio totius fundi vsusfructus legatus esset, Titio autem pars dimidia eius vsusfructus, vt benè notat Accursius. Ita fit, vt vtroque concurrente & per concursum dimidiam duntaxat vsusfructus habente, ac Titio posteà dimidiam suam amittente, repetitio vsusfructus non restituat Titio dimidiam integram, quod contingeret si totus vsusfructus in eius persona repetitus esset, sed dimidiæ duntaxat dimidiam, id est, quartam totius. Quæstio igitur in eo est, an in parte illa repetita & resumpta Titius & Mæuius re coniuncti sint, vt saluum sit inter eos ius adcrescendi. Tota enim difficultas ex eo nascitur, quod in parte duntaxat repetitus fuerat vsusfructus, non totus. Distinguebat autem Papinianus, cuius distinctionem Vlpianus quoque probat, an Titius partem suam solus amiserit, id est, dimidiam illam quam per primum concursum habuit, an verò post Titium etiam Mæuius. Priore casu dicebat totam portionem Titij, socio eius Mæuio adcrescere. Quod proculdubio accipiendum est non de tota dimidia, quam per primum concursum habuit Titius, cùm eius dimidiæ

Digitized by Google

partem eodem modo resumat propter repetitionē quæ impedit vtique ne pars illa repetita possit adcrescere, sed de tota illa parte quam Titius amisit irrecuperabiliter, id est quæ non fuit repetita. Ea igitur adcrescit tota Mæuio, id est ita vt nulla eius pars redeat ad proprietatem. Nec enim dubitari potest quin Titius & Mæuius fuerint ab initio re & verbis coniuncti in vsufructu, vt demonstrant prima illa verba huius §. *Si Titio & Mævio vsusfructus legatus est.* Quid ergo est ex tota portione Titij quod ad proprietatem redire debeat? Quòd si poneres morte Titij amissam esse ipsius portionem, certum quidem esset totam partem dimidiam quæ fuisset Titij adcrescere Mæuio, quia repetitio in hoc casu locum habere non posset *l.5.in princ.inf.* Sed tractari hunc casum ab Vlpiano nec placet Accursio nec mihi. Non solùm quod minùs propriè videatur amitti vsusfructus qui morte fructuarij finitur veriùs quàm amittitur, cùm fructuarij quoq; persona ipsa amittatur, sed etiam quia non poterat locus esse quæstioni sequenti de iure adcrescendi in portione Mæuij quæ amissa fuisset post amissionē partis Titij si Titius decessisset. Sequitur apud Papin. *Quòd si Mæuius amisisset*, Nempe vsumfructum totum quem habebat, id est non illam tantùm partē dimidiam quam per primum cum Titio concursum habuerat, sed etiam partem illam dimidiam portionis Titianæ quæ ipsi adcreuerat ob id quod in ipsa non fuisset vsusfructus in persona Titij repetitus, atq; ita totius vsusfructus dodrantem Mæuius amisisset siue morte siue capitis diminutione, nihil enim refert; *non totum Titio adcrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire.* Sensus est non totum dodrantem Titio adcrescere qui quadrantem reliquum habet suo iure propter repetitionem in eo quadrante factam, sed tantùm eatenus quatenus re coniunctus est cum Mæuio, id est pro illo quadrante & ad ratam quadrantis. Pro reliquo igitur semisse redibit vsusfructus Mæuianus ad proprietatem, id est ad heredem qui proprietatis dominus est. Ratio dubitandi. Vsusfructus non adcrescit portioni vt alluuio, sed personæ *l.si Titio fructus 33.§.1.in fin.supr.De vsufr.* ideoq; potest interdum adcrescere illi etiam qui partem suam non habeat, sed eam iam amiserit *l.interdum 10.supr.De vsufr.adcresc.* Ergo quamuis Titius in casu nostro partis suæ dimidiam amiserit nec eam ex repetitione nisi pro parte recuperauerit, perinde tamen adcrescere illi debet tota portio Mæuij, ac si nihil ipse ex sua amisisset.

Dec. Non potest dici eo momento quo quis amittit vsumfructum & resumit quicquam ei ex vsufructu adcrescere. Non quidem partem illam quam resumit, quia eam habet ex resumptione & repetitione expressa, nō ex iure adcrescendi quod non nisi tacita nititur testantis voluntate *l.si Titio 6.§ Iulianus de leg.2.l.non iustam 4.C.ad SC.Trebell.* Nec rursum portionem illam quam non resumit, & quam amisit irrecuperabiliter, quia nec illa potest adcrescere. Placet enim nobis, inquit Vlpianus, Ei qui amittit vsumfructum ex eo quod amittit nec resumit, nihil adcrescere, sed ea eo tantùm, quod non amittit. Consequens igitur est, vt ex semisse tantùm Mæuij adcrescat tanta pars Titio, quanta est illa quæ repetita est in persona Titij; & in qua reperitur re coniunctus Mæuio, id est pro quarta parte totius. Reliquus autem quadrans qui superest ex dicto semisse, item quadrans quem irrecuperabiliter, vt Accursius loquitur amisit Titius, quia non est in ea repetitus vsusfructus, ad heredem eundemq; proprietarium pertinebit. Nec ad rem pertinet quod etiam ei qui partem suam vsusfructus amisit pars altera vsusfructus possit adcrescere *d.l.interdum supr. de vsufr.adcresc.* Id enim nō ita debet intelligi, vt ex ea parte quam ipse amisit, possit aliquid ei adcrescere, sed vt ex alia quam nō amisit, sed quæ ab alio collegatario amissa est, cum quo erat re coniunctus, & quatenus fuit coniunctus. Atqui non fuit coniunctus Mæuio Titius nisi in quarta parte totius vsusfructus, cùm pro ea tantùm parte facta repetitio sit, vt diximus. Mirum ergo non est totum semissem Mæuij quem ex persona sua habuit, non adcrescere Titio tanquam extra quadrantem non coniuncto. Nec totus semis potuisset & debuisset ei adcrescere, si repetitio nulla facta fuisset, Imò neque quadrans ipse, quoniam coniunctio quæ fuit à testatore facta, tollitur per amissionem, Nec fieri potest vt pro coniuncto habeatur is qui nullam partem ampliùs habet, licèt aliquando habuerit, sed repetitione expressa opus esset vt coniunctio quæ primùm fuit, post amissionem quoq; durare adhuc videatur §.*prox.sup.* Neq; pugnat quod contra scriptum videtur in *d.l.interdum.* Interdum partem vsusfructus etiam non habenti partem suam sed amittenti adcrescere: Id enim non sic accipiendum est quomodo Accursius accipit, vt etiam illi qui partem suam iam amisit pars collegatarij postmodum amissa debeat adcrescere, sed ita potiùs vt collegatarius qui partē suam posterior amisit, possit nihilominùs partem socij & collegatarij sui priùs amissam vindicare quasi iure adcrescendi iam acquisitam. Nec enim superueniens amissio propriæ partis extinguere potest ius adcrescendi quod iam locum habuit, Cùm effectū suum exerat ipso iure vt cæteræ quæ sunt iuris. Atqui ponimus in specie nostra Titium priorem amisisse portionem suam, nec resumpsisse ex repetitione nisi partem partis, Mæuium autem postea totam suam partem propriam amisisse, simùlque quod ei ex portione Titij adcreuerat. Quis ergo miretur, non totum semissem Mæuii, sed quadrantem tantùm totiùs, id est semissis illius semissem Titio adcrescere? Accursium fefellit quod sententiam *d.l.interdum*, non benè percepit. Credidit enim post Rogeriū in specie illius legis portionem posteriore loco amissam à collegatario ei adcrescere qui priorem ex persona propria sibi competentem iam amisisset, Quod non ita est. Nam qui prior litem de sua vsusfructus parte cōtestatus fuerat, aduersus eum, qui se pro possessore liti obtulerat, portionem suam prior amiserat, quoniam in lite succubuerat. Deinde collegatarius portionem quoque suam alia de causa fortè per capitis diminutionem amiserat, Propter quod videbatur non esse audiendus petens à possessore portionem collegatarii tanquam quæ iure adcrescendi ad eū pertinere iam cœpisset, antequam ipse suam amisisset. Quasi amittendo suam portionem etiam ius adcrescendi amisisse videretur, quod nullum habuisset si antea suam partem illam amisisset. Verùm contrà respondet Vlpianus, Parte legati amissa nō ideò amissam esse portionem aliam, quæ iam adcreuerat, & quæ tamen non potuisset adcrescere, si post amissam priorem defecisset. Itaque si apertiùs & veriùs loqui volumus, dicendum est post amissam portionem ab vno ex collegatariis non

tam saluum ei manere ius adcrescēdi in futurum, quàm saluam manere portionem quæ iam adcreuit, licèt nondum sit vindicata, & vindicetur eo tempore quo is qui vindicat, nullam amplius portionem habeat. Sufficit enim quòd habuerit eo tempore quo alia portio deficiebat. Qua de causa obseruandum est non sic loqui Vlpianum in *d. l. interdum*, vt dicat generaliter portionem vsusfructus adcrescere ei qui portionem suam iam amiserit, quod generaliter falsum esset: Numquam enim id obtinet nisi cùm amissus vsusfructus repetitus est, & quatenus repetitus est, vt constat ex hoc §. iuncto præcedente. Sed ait interdum vsusfructus partem deficientem ei adcrescere non qui portionem suam iam amiserit, vt malè interpretatur Accursius, sed *amittenti*, id est, qui eam nunc primùm amittat postquàm ius adcrescendi vires suas iam exeruit. Quando autem? Nimirum in casu *l. si Titio fructus 33. §. 1. supr. de vsufr. & dict. l. interdum*, cuius casus certè singularis est; Non ratione illa quam adfert Accursius, quòd ibi iniustè victus fuisset fructuarius, hic verò iustè per capitis diminutionem amisisset vsumfructum, Sed quia victus fuerat Primus antequàm Secundus suam portionem amisisset. Atque ita totum hunc §. satis alioqui perplexum & difficilem explicandum, & cum supradicta *lege interdum*, conciliandum esse arbitramur.

3. ¶Morte quoque amitti vsumfructum, non recipit dubitationem: cùm ius fruendi morte extinguatur: sicuti si quid aliud, quod personæ cohæret.

Ad §. vlt. Morte.

Non potest hic §. vllam admittere dubitandi rationem si verum est quod Vlpianus ait non recipere dubitationem quin vsusfructus morte fructuarij intereat, Nisi quod potest dici vsumfructū materialiter sumptum, quomodo in præcedentibus tam sæpè accipitur, non finiri morte cùm consistat in vtendo fruendo, & in perceptione fructuum, quæ ad heredem commodè transmitti potest. Sed decidendi ratio est quæ adfertur in hoc §. quòd vsusfructus formaliter sumptus non tam in vtendo fruendo consistit quàm in iure vtendi fruendi, quod ius cùm personale sit proculdubiò cum persona extinguitur, sicut & alia iura omnia quæ personæ cohærent *l. non solùm nostrum 8. §. tale legatum. infr. de liber. legat. l. quia tale 14. solut. matrim. l. ex pluribus 41. infr. de admin. tutor.* Et certè fuit rationi conuenientissimum ita ius constitui vt vsusfructus morte finiretur, cùm si ad heredes transmitteretur, eueniret facilè vt in perpetuum esset proprietas inutilis abscedente ab ea perpetuò vsufructu *l. 3. §. ne tamen. supr. de vsufr. l. antiquitas 14. C. eod. l. fundum 70. de verbor. signif.* Sic in *l. singulos 8. infr. de ann. legat. l. si quis vsumfructum 29. & pass. de vsufr. legat. l. 3. l. ambiguitatem 12. l. pen. C. de vsufr.*

4. MARTIANVS libro 3. Institutionum.

SI legatum vsumfructum legatarius alij restituere rogatus est: id agere prætor debet, vt ex fideicommissarij persona magis, quàm ex legatarij pereat vsusfructus.

Ad l. Si legatum 4.

Ratio dubitādi. Vsusfructus legatus ei qui subinde ipsum alij restituere etiam rogatus est, postea quàm restitutus fuit, in legatarij tamen dominio adhuc manere intelligitur, quia legatum legitimus modus est transferendi dominij, non etiam fideicommissum *l. 3. infr. si vsufr. pet.* Nempe quia legata cùm ea sint quæ legis modo imperatiuè relinquātur, vt Vlpianus in Fragmentis definit *Tit. De legat.* ex ipsis verbis legis 12. tab. initium habuerunt *l. verba legis 120. de verb. signif. l. 1. inf. ad leg. falcid.* Fideicommissa non item quæ Augusti temporibus cœperūt esse, & solo fauore defendi ex iurisdictione Prætoris fideicommissarij qui in eam rem, id est, proconsum initione creatus primùm fuit, vt latè Iustinianus noster tractat *in Instit. Tit. De fideic. hered. & Titul. De codicill.* post Pomponium in *l. 2. §. capta deinde Sardinia. vers. Post deinde supr. De orig. iur.* Ergo legatarij non fideicommissarij persona inspicienda est, cuius morte aut capitis diminutione vsusfructus pereat. Exemplo eius quod euenit si fructuarius vsumfructum suum, aut vendiderit, aut locauerit. Nec enim vsusfructus perit ex persona emptoris, aut conductoris, tametsi perceptio fructuū ad eum pertineat, sed ex persona venditoris aut locatoris apud quem residet ius & dominium vsusfructus *l. necessariò 8. §. vlt. De peric. & comm. rei vendit. l. si vsumfructum 66. infr. De iur. dot.*

Dec. Ipsò quidem iure vsusfructus soli legatario acquisitus est per legatum, & acquisitus remanet etiam post restitutionem factam fideicommissario, quia fideicommissum non est legitimus modus, nec acquirendi nec amittendi dominij, ne quidem secuta traditione *d. l. 3. infr. si vsufr. petat.* ita vt traditio quæ fit ex causa fideicommissi tanquam facta ex causa non iusta, sit nuda, nec dominium proinde transferre possit *l. numquam nuda 31. De acquir. rerum domin.* Sed tamen cùm ex Prætoris fideicommissarij iurisdictione fideicommissa tantam vim habeant, quantā si iuris ciuilis authoritate niterentur, Consequens est vt Prætor, cuius est actionem de vsufructu dare vel denegare, id agere sua iurisdictione debeat, quod acturus esset, si ei cui ex fideicommisso restitutus est vsusfructus, legatus vsusfructus fuisset, vt elegantèr Caius scribit in *l. si quis vsumfructum 29. infr. De vsufr. legat.* Habet enim Prætor fideicommissarium post factam restitutionem pro domino si non Quiritiario saltem bonitario, quomodo accipi debet *d. l. 4. si vsufr. peti. l. facta 63. in princ. infr. ad SC. Trebell. iunct. §. restituta. Inst. de fideic. hered.* Eòdem pertinet quod Vlp. ex Pomponio scribit in *l. Pomponius 29. §. vlt.* aliàs *l. si legatum. inf. hoc tit.* vbi dicemus.

5. VLPIANVS libro 27. ad Sabinum.

REpeti potest legatus vsusfructus, amissus qualicunque ratione: dummodo non morte*, nisi fortè heredibus legauerit.

Ratio dubitandi & decid. eadem est quæ ad initium *l. 3. supr.* Videbatur enim non posse repeti vsumfructum semel amissum, quin fraus fieret legibus quę vsumfructum certis modis amitti volunt, ne in perpetuum sit inutilis proprietas semper abscedente vsufructu *l. 3. §. pen. sup. de vsufr.* Constat autem neminem posse facere quin leges in suo testamento locum habeant *l. nemo potest 55. de legat. 1.* Sed decidendi illa est, quòd nihil fit in fraudem legum, nec magis contra leges, cùm amissus repetitur, quomodo fieret si testator prohiberet, ne vsusfructus, aut morte, aut capitis diminutione, aut nō vtendo, aut etiam consolidatione finiretur: Leges enim volunt quidem vsumfructū finiri certis modis, sed non prohibent ne repetatur. Est ergo hæc repetitio præter leges potiùs quàm contra leges, quod longè diuersum est *l. nemon 28. §. quoad tutt. sup ex quib. caus. maior.*

a *Dummodò non morte.* Ratio dubitandi. Non minùs extinguitur vsusfructus aliis modis, quā morte: Ergo non minùs repeti potest vsusfructus amissus morte quàm si alio quouis modo amissus esset, cùm in eo nihil fiat contra leges, vt proximè diximus. Dec. Cæteris modis vsusfructus amittitur quidem, sed ita tamen vt non pereat ea persona, quę habebat vsumfructum. At morte non tantùm perit vsusfructus, sed etiam persona cui ius fruendi cohærebat *§. vlt. l. prox. sup.* quę persona extincta reuiuiscere numquam potest. Ergo nec vsusfructus repeti nisi heredibus ipsis relegatus sit: Quod cùm fit, in heredis tamen primi persona consistere debet vsusfructus, ne alioqui perpetuus fiat & immortalis sit ad heredes omnes in infinitum extendatur, vt dixi ad *§. vlt. l. 3. supr. ex l. antiquitas 14. C. de vsufr.* Iunge *l. licèt 25. infr. de vsufr. legat.* Inde est quod nec stipulatio illa *Vti frui sibi licere* ad heredem pertinet *l. stipulatio ista 38. §. si quis ita stipulatus 10. infr. de verb. oblig.* quamuis soleamus dicere, Eum qui sibi stipulatur etiam suis heredibus stipulari *l. si pactum 9. inf. de probat. l. cùm quo 56. in fin. infr. ad legem falcidiam.* Nempe, quia & stipulatio talis est, qualis & ea res, quæ in stipulationem deducta est, ac proinde personalis si ius quod in stipulationem deducitur sit personale. Sicut & stipulatio certa dicitur in quam certum aliquid deducitur. Incerta, in quam incertum *l. stipulationum 74. & seq. de verbor. oblig. l. 1. §. si quis sub conditione. infr. Vt legat. seruand. caus. caueat.* Quod autem Accursius notat vsumfructum hunc in heredis persona repetitum, diuersum esse vsumfructum, verum quidem est, sed non valde nouum. Nam & qui in eiusdem heredis persona repetitur nouus est, vt suprà diximus, licèt retineat idem ius adcrescendi, & eandem coniunctionem *l. 3. §. 1. sup. hoc tit.*

1 ¶ Si quis vsumfructum solum serui alienauerit, per quem vsusfructus ei adquisitus est, dubium non est, quin vsusfructus per eum adquisitus retineatur.

Ad §. 1. Si quis vsumfructum.

Ratio dubitandi. Vsusfructus consistit ex vtendo fruendo quod facti est *l. vnic. supr. tit. prox.* Quæ autem facti sunt non transeunt à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Atqui caput serui cui relictus est vsusfructus est penes eum cui dominus serui vendidit vsumfructum, cùm necesse sit rem fructuariam naturaliter à fructuario ipso possideri *l. naturaliter 12. in princ. inf. De acquir. possid.* Ergo vsusfructus per seruum acquisitus venditori ad emptorem pertinere debet ad quem vsusfructus ipsius serui pertinet: Quasi hoc ipso videatur seruo frui, quod vsumfructum ei relictum habet ex eius persona. Id enim demùm est vti frui si quis omne commodum percipiat quod ex re fructuaria percipi potest absque proprietaris detrimento *l. item fundi 9. in princip. infr. De vsufr.*

Dec. Qui vendit solum vsumfructum serui, nihil vendit eorum, quæ per seruum illum iam acquisita sunt, sed ius duntaxat acquirendi in posterum ex operis suis, vel si quid ex re ipsius stipuletur seruus, aut aliter acquirat *l. si serui 21. eod. tit.* Ergo neque vsumfructum illum vendere intelligitur, quem per seruum acquisiuerat. Nec enim vsusfructus huiusmodi sequitur caput serui, cui legatus est, sed caput eius cui per seruum acquisitus fuit. Cohæret enim illius personæ, non autem personæ serui *d. l. si serui cum seqq.* Sed etsi sequeretur caput serui, Non ibi tamen caput serui esse intelligitur vbi vsusfructus serui est, sed vbi dominiū: quia & ciuilis possessio penes dominum est quamuis non naturalis *d. l. naturaliter l. certè 6. § is qui rogauit. inf. De precar.* Vsusfructus ergo per seruū quæsitus domino, per eum retinetur etiamsi vsusfructus serui alienatus sit: Quidni verò: Cùm acquisitio illa facta sit, non iure vsusfructus, sed iure dominij & proprietatis, cuius causa nón immutatur? Aliud sanè esset, si poneres vsumfructum solum alienatum non fuisse, sed proprietatem totam serui: Tunc enim vsusfructus sequeretur personam & caput serui, vt quisquis dominus inueniretur, haberet ab eo tempore vsumfructum seruo legatum, & per seruū alteri iam acquisitū. Mutato enim domino serui vsumfructum qui per seruum acquisitus est perire necesse est *l. si seruo 18. inf. hoc tit.* vbi subtiliter Pompon. negat vsumfructum relictum seruo hereditario amitti per aditionem hereditatis quasi mutato domino, quòd inquit, legati vsusfructus dies non cedat ante aditam hereditatem. Quod non similiter dicendum esset in proprietate acquisita. Nec enim ambulat acquisitio cum capite & dominio, licèt dominium ipsum per multas personas ambulet. Et ratio diuersitatis illa est, quàm ex Celso adfert Vlpianus in *l. 1. § interdum. supr. de vsufr. adcresc.* quòd vsusfructus semel constitutus & legatus quotidie cōstitui, & legari intelligitur, non vt proprietas eo solo tempore quo primùm acquiritur & vindicatur. Quin & alienata duntaxat parte serui, non defuerūt ex antiquis prudentibus qui dicerent totum vsumfructum priori domino amitti, & nouo acquiri. Nec rursum qui distinguerent, vt pro qua parte alienatus seruus esset vsusfructus amitteretur, pro alia verò retineretur, tanquam diuiduus *l. 1. §. si vsusfructus ad leg. falcid.* Sed præualuit tandē Saluij Iuliani sententia, vt per retentionē partis dominij totus vsusfructus retineatur: eámq; quasi fauorabiliorem Iustinianus confirmauit in *l. inter antiquam 15. C. de vsuf.* Quò alludere videtur hic Vlp. cùm ait, Si quis vsumfructū solum alienauerit serui per quem vsusfructus ei quæsitus est *dubium non esse* quin vsusfructus per eum acquisitus retineatur, Vt significet

dubium

dubium fuisse an æquè retineatur si non solus vsusfructus alienatus sit, sed proprietas ipsa nō quidem in totum qui casus nullam perinde habuit olim dubitationem, sed pro parte tantùm. Et vereor ne ex eo maximè peti debuerit ratio dubitandi ad hunc locum, Quòd vsusfructus in multis iuris partibus instar dominij & portionis obtineat *l. 4. l. si Titio fructus 33. §. 1. sup. hoc tit. l. cùm filius 76 §. dominus de legat. 2. l. qui vsumfructū 58. inf. de verb. oblig.* Vt proinde idem iuris constituendum videretur solo vsufructu alienato, quod constitueretur alienata parte proprietatis, secundùm illorū saltem opinionē à quibus Iulianus dissentiebat, sed placuit omnibus vsumfructum in hac specie non tam in parte quàm in iure consistere. Sed & Iustiniano nostro tandem placuit in *l. vlt. C. de vsufr.* nec quacunque serui alienatione interrumpi, aut amitti vsumfructum, Tanquam qui siue per seruū, siue per filium fuerit iam acquisitus. Hoc etiam addito vt pater maximam quoque vel mediam capitis diminutionem passus fuerit, non ideò tamen filio vsusfructus intercidat, sed propria quadam ratione quòd plerunq; verisimile sit testatorē contemplatione magis filij quàm patris vsumfructū ei reliquisse. In quo diuersa condicio est filiifamilias & serui q propriū nihil habere sibi potest, licet eadem sit ratio patris & domini.

2 ¶Rei mutatione interire vsumfructū, placet. veluti: vsusfructus mihi ædium legatus est: ædes corruerunt, vel exustæ sunt: sine dubio extinguitur: an & areæ? certissimū est, exustis ædibus, nec areæ, nec cæmētorum vsumfructum deberi. & ita Iulianus.

Ad §. 2. Rei mutatione.

Ratio dubitandi. Vsusfructus appellatione continetur quicquid ex re fructuaria percipi potest *l. item si fundi 9. in princ. supr. de vsufr.* Atqui extinctis & exustis ædibus fructuariis superest adhuc area ex qua fructus aliquis percipi potest. Ergo etiamsi ædium vsusfructus perierit, quia ædes ampliùs nullæ sunt, vsumfructum tamen areæ superesse dicēdum est, vt quemadmodū meum est quod ex re mea superest, eiúsq; vindicādi ius habeo *l. solum 49. §. 1. sup. de rei vind.* Ita meus adhuc sit vsusfructus qui ex pleniore vsufructu superest, eúmq; vindicare possim.

Dec. Vsusfructus est ius in corpore, quo sublato & extincto ipsum quoq; vsumfructum tolli & extingui necesse est *l. 2. sup. de vsuf.* Similiter igitur mutato corpore vsumfructum quoq; mutari necesse est, & fieri alium quàm qui ab initio legatus aut aliter constitutus fuit, Quod sufficit vt penitus extinguatur *l. qui vsumfructum 36. in princ.* postremis illis verbis *non tamen illos esse, quorum vsusfructus legatus sit.* Atqui ponimus nō areæ sed ædiū vsumfructum legatum esse, ædes autem amplius nullas esse licèt supersit area: quæ antea pars erat ædium *l. seruitutes 20. §. si sublatum in fi. inf. de seruit.* Ergo etiam areæ extinctum esse vsumfructum fatendum est, quia nec ædes amplius sunt nec pars vlla ędium quę esse desierunt. Ad rem ergo non pertinet si quis obiiciat quod scriptum est in *l. si cui 53. sup. eod. ill. tit.* si cui insulæ vsusfructus legatus est, quādiu quælibet portio eius insulæ remanet, totius insulę vsumfructum retineri, vt ad eam legem scripsi pluribus, & ad *d. l. qui vsumfructum 36. in princ. eod.* Idem iuris est in vsufructu cæmentorum ex quibus ædes constabant. Aliud enim sunt ædes, aliud cæmenta ædium *l. cum qui ædes 23. inf. de vsucap.* Iunge quæ dixi ad *l. quoties 34. §. vlt. sup. de vsufr.* Sed ponendum est cum Accurs. exustas esse ædes in totum, id est ad aream vsque, vt in *d. §. sicut.* Aliud est in specie *l. fundi 8. inf. hoc tit.*

3 ¶Si areæ sit vsusfructus legatus, & in ea ædificium sit positum: rem mutari, & vsumfructum extingui constat. Planè si proprietarius hoc fecerit [a]: ex testamento, vel de dolo [b] tenebitur.

Ad § vlt. Si area.

Ratio dubitādi. Cùm in area ædificatur non ideò area extinguitur, sed remanet in rerū natura, éstq; pars ædificij *l. seruitutes 20. § si sublatum in fi. inf. de seruit. vrb. præd.* & quidem maxima cui etiam superficies cedit & naturali & ciuili ratione *l. qui res 98. §. aream inf. de solut. l. 2. inf. de superfi.* Ergo si areæ vsusfructus legatus & in ea ædificatum sit, dicendum est vsumfructum tamen non extingui. Argumento est quod si insula ibi ædificata viuo testatore deciderit vel deusta sit, vsusfructus nihilominus debetur *l. qui vsumfructum 36. in princ. sup. de vsufr.* quod tamen vix dici posset si quando vsusfructus intercidisset.

Dec. Area in qua ædificatum est licèt remaneat in rerum natura, mutatur tamen quia desinit esse area, fitq; pars ædium *d. § si sublatum.* Area enim dici non potest quandiu in ea ędificatū est, licet destructo ædificio eadē sit area, quæ antè fuit *d. l. qui vsumfructum:* Atqui mutatione rei extinguitur vsusfructus, vt proximè dictū est. Ergo si areæ vsusfructus sit relictus, & in ea positum sit ædificium, vsusfructus extinguitur. Sed hoc Accursius ita intelligit vt in vsufructu quidē verum sit at non etiam in proprietate, quoniam inquit si area ædificata redeat rursus ad aream, valet & durat legatum *l. si chorus 79. §. area de legat. 3.* sed in eo fallitur meo iudicio, Nam & in vsufructu areæ legato idem est *d. l. qui vsumfructum 36. in princ.* vbi diximus. Planè si legata insula combusta sit area nihilominus potest vindicari *l. si grege 22. in fin. de legat. 1.*

a *Planè si proprietarius hoc fecerit.* Ratio dubitādi. Potest dominus quilibet pro arbitrio de re sua disponere *l. in re mandata 21. C. mandat.* adeò vt nec sibi possit quisquam eam legem imponere ne re sua pro arbitrio vtatur *l. pen. sup. de pact.* Non facit autem dolo qui iure suo vtitur *l. si duorum 52. inf. de act. empt.* nec iuris executio habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. inf. de iniur.* Ergo si proprietarius ædificauerit in area fructuaria nulla est ratio cur eo nomine ex testamento vel de dolo teneatur. Præsertim cùm non possit videri ædificasse ad inuidiam vt noceret fructuario, sed potiùs vt sibi prodesset, adeóque reipublicæ. Nam publicè interest ædificia ornari ciuitatem non ruinis deformari *l. Prætor ait 20. § hoc interdictum prohibitorium De oper. noui nunciat. l. 2. §. si quis nemine & l. vlt. inf. Ne quid in loc. public.*

Dec. Permittitur quidem domino cuilibet rem suam facere meliorem, sed ita ne deteriorem vicini faciat *l. 1. §. sed & fossas 4. inf. de aqua & aqua pluu. arcend. l. seruitutes 20. § pen. inf. vrban. præd.* Non enim debe alteri per alterum iniqua condicio inferri, vt habet iuris regulā 74. Neem potestate cuiusquam

esse vt alterius ignorātis condicionem facit duriorem *l. 2. inf. quod vi aut clam*, Aut in facto suo tollat suam obligationem *l. sequitur 91. § nunc videamus, inf. de verb. oblig.* Obstat nimirum causa numquam permittitur proprietario vt fructuarij causam deteriorem faciat *l. sed si quid 15. § proprietatis. inf. de vsufr.* vbi iam diximus. Quantò minùs permittendum est proprietario, vt prætextu sui commodi extinguat penitus vsumfructum? Ergo si in area cuius vsusfructus legatus erat ædificauerit, atque ita vsumfructum extinxerit teneri eo nomine debet actione ex testamento non quidem vt areæ vsumfructum restituat, in eamque rem ædificium tollat & ad aream vsque deponat, quod fieri non posset saluo decore ciuitatis, sed vt præstet quanti interest fructuarij extinctum non esse vsumfructum, vt in d. l. qui vsumfructū 36. § vlt. & l. quòd si heres 47. sup. de vsufr.

b *Vel de dolo.* Ratio dubitandi. Actio de dolo numquam datur nisi in subsidium & alio quouis auxilio iuris deficiente etiam extraordinario, quoniam est odiosa cùm sit famosa *l. 1. § ait Prætor, & § idem Pomponius. supr. de dol. mal.* Atqui cùm proprietarius ædificauit in area fructuaria atq; ita vsumfructum extinxit, tenetur eo nomine actione ex testamento, vt proximè diximus, itémque interdicto Quod vi aut clam, vt subiicitur in *l. seq.* Ergo non potest in hac specie dari actio de dolo *l. & eleganter 7. § si seruum vsuarium, & seq. sup. De dol. mal.* quemadmodum & cùm proprietarius occidit aut vulnerauit seruū fructuarium *l. sed etsi proprietarius 12. infr. ad leg. Aquil.* Iunge *l. si imaginem 12. De aur. & arg. legat.*

Dec. Potest fieri, vt neque ex testamento actio, neque alia vlla contra proprietarium cōpetat fructuario, neq; interdictum ipsum Quod vi aut clā. Finge vsumfructum non testamento legatum, sed pactione aliqua cōstitutum, & traditum fuisse, Nemo dixerit posse actionem ex testamento competere, Neque rursus actionē ex stipulatu aut præscriptis verbis, cùm vsusfructus iam constitutus & traditus sit, nec euictus, sed extinctus. Sed neq; potest fructuario cōsuli data ei vindicatione & petitione vsusfructus per actionem confessoriam ex *titul. si vsufr. pet.* cùm extincto vsufructu non possit vindicatio vsusfructus superesse. Quid rursū si legatum fuisse vsumfructum heres ignorauerit, cùm fortè relictus esset vsusfructus in codicillis testamento confirmatis necdum eo tempore repertis quo heres ædificabat? Quid si codicillos quidem sciebat, sed agnitū à legatario vsumfructum ignorabat? His casibus nemo dixerit videri heredē aliquid vi aut clam fecisse, qui præsente fortassis & sciente fructuario ædificauerit. Ergo & interdictum cessabit. Proinde actio de dolo necessaria est, vt indemnitati fructuarij succurratur. Nā etsi ponas nihil dolo malo factum esse à proprietario cùm ædificaret, nūc tamen dolo facit cùm vsumfructū extinctum esse vult hodie, ex eaque causa fructuarium in damno morari, vt in specie *l. 2. § circa de dolo mal. excep.* Et ita locus hic explicandus videtur, In cuius interpretatione mirum est quantùm se noster torqueat Accursius, Ita vt cogatur tādem ad illū casum confugere quo legatus sit vsusfructus areæ alienæ, in qua dominus extraneus ædificauerit ea mente, vt vsusfructus areæ extingueretur. Quo casu, inquit, cùm neque heres, neq; extraneus ille teneri ex testamento possit, solum superest, inquit Accursius auxilium actionis De dolo contra extraneum. Sed quis non videt casum illum nihil ad hunc §. pertinere, in quo agitur de danda actione De dolo contra illum ipsum qui etiam actione ex testamēto teneri aliquo casu posset? Quod non potest habere locū nisi contra heredem legantis, Numquam verò contra extraneum, qui certè nullo penitus casu teneri potest de dolo, nō magis quàm ex testamēto propter ædificium in area fructuaria positum, cùm iure suo id fecerit, nec prohiberi potuerit quominùs faceret. Nec enim legatum rei alienæ, vt neque vēditio dominum obligare potest quominùs rem suam habeat & euincat *l. cùm alienam 10. l. vxor patrui 20. C. de legat. l. non dubium 15. § 1. infr. eod. tit. 3.* Sic ergo intelligi Vlp. debet, vt proprietarius qui in area fructuaria ędificauit, atq; ita vsumfructum extinxit teneri eo nomine debeat ex testamento, Aut, si actio ex testamēto locum habere nequeat fortè quòd vsusfructus legatus non sit, sed pactione aliqua cōstitutus, Ex interdicto Quòd vi aut clam, sc. si cōcurrant ea quæ ad interdictū illud sunt necessaria, id est, si prohibitus, aut celādi animo id fecerit, Aut deniq; actione De dolo si talis casus cōtingat, in quo neq; actioni ex testamēto neq; interdicto loc' esse possit

6. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

SEd & interdictum *quod vi aut clam* vsufructuario competit.

Ad l. Sed & interdictum 6.

Ratio dubitandi. Non tenetur interdicto Quod vi aut clam is qui etiam prohibitus, aut celandi animo aliquid fecit si meliorem agri causam fecerit *l. si alius 7. § planè si quid. infr. Quod vi aut clam.* Necenim ad aliud quàm ad damni dati restitutionem interdictum illud competit *l. 1. & pass. tot. ill. tit.* Atquin is qui ædificat in area fructuaria, facit meliorem areæ & fundi condicionem, Ergo non potest interdictum Quod vi aut clam aduersus eū competere. Dec. Non facit meliorem vsumfructum qui meliorādo proprietatem vsumfructum extinguit, Ideoque ad præstandam fructuario indemnitatem ex eiusmodi interdicto iustissimè tenetur. Quid enim prodest fructuario rem fieri meliorem cuius ipse amittat vsumfructum?

7. IVLIANVS libro 35. Digestorum.

NIsi, sublato ædificio, vsumfructum areæ mihi cesserit: tempore scilicet, quo vsusfructus [a] perit, transacto.

Ad l. Nisi sublato 7.

Ratio dubitandi. Non est cogendus proprietarius domum quam in area posuit tollere, ne vrbs ruinis deformetur, vt diximus ad *l. 5. § vlt. sup. ex l. 2. § si quis nemine, & l. vlt. infr. ne quid in loc. public.*

Dec. Non quidem cogitur ædificium tollere, sed ædificio sublato cogitur areæ vsumfructum cedere, &

Digitized by Google

re, & reuocare, si tempus quo vsusfructus periit transactum sit, vt in l. si locus 14. infr. quemadm. seruit. amitt. Alioqui vsusfructus ipso iure restituitur, nec villa cessione aut renouatione opus est, vt hæc lex maximè indicat, & d. l. si totus. in d. l. cum vsumfructum 26. in princ. sup. de vsufr. Itemque l. si ager 23. & l. seq. l. si ager 26. inf. hoc tit.

a *Tempore scilicet quo vsusfructus perit transacto.* Tempus autem hoc Vlpiani temporibus, cuius est lex hæc, non vnius anni erat, vt in rebus mobilibus, sed biennij cōtinui, quod præscriptum erat vsucapionis rerum immobilium ex lege 12. tab. Vsucapiebatur enim libertas seruitutum ex lege Scribonia l. 4. §. vlt. inf. de vsucap. Et quidem ad exemplum rerum immobilium quibus libertas acquirebatur l. 2. C. de seruit. & aqua. Neque in hoc differunt seruitutes personales à realibus l. cùm vsumfructum 24. §. 1. infr. hoc tit. Vtrisque enim commune illud est quod à rebus ipsis debentur, sed reales rebus quoque, Personales autem personis. Non sunt autem ista contraria, Vt actio de dolo, quæ anno vno fruitur, sicut & interdictum Quod vi aut clam, comperat, post amissum vsumfructum non vtendo per biennium, quamuis & actio De dolo, & interdictum Quod vi aut clam anno finiatur. Non vt benè respondet Accursius annus ille vtilis est, tuitque iam olim. Biennium autem vsucapionibus præscriptum continuū. Hodie nullus huic legi locus est, postquàm placuit Iustiniano, vt vsusfructus non vtendo minimè amittatur, nisi per decennium inter præsentes, aut vicennium inter absentes l. pen. C. de vsufr. l. sicut vsumfructum 13. C. de seruit. quomodo & per longi temporis præscriptionem acquiritur l. vlt. in fi. C. de long. tempor. præscript.

8. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

FVndi vsufructu legato, si villa diruta sit, vsusfructus non extinguetur, (quia villa fundi accessio est) non magis, quàm si arbores deciderint.

Ad l. Fundi 8.

Ratio dubitandi. Villa diruta quæ erat in fundo cuius vsusfructus legatus est, videtur mutata res fructuaria. Nec enim fundus est sine villa, non magis quàm sine ædificio, Sed ager dici debet nō fundus, Et quemadmodum ædificia vrbana dicuntur ędes, Ita & rustica villæ appellantur l. fundi 211. l. ager 27. l. quæstio 115. de verb. signif. Itaque mutatur fundus in agrum si villa diruatur. Atqui mutatione rei constat extingui vsumfructum, vt diximus in præcedentibus, Ergo diruta villa consequens est extingui vsumfructum fundi.

Dec. Fundus constat ex agro & villa, Et ideò quāuis villa diruta sit, superest tamen ager tanquā pars integralis fundi cuius vsusfructus legatus est, & quidem maxima, cùm villa fundi accessio sit. Nihil ergo causæ est, cur ideò legatus vsusfructus fundi debeat extingui, Non magis quàm si decidissent arbores quæ in fundo fuissent. Est enim mutatio ista accidentalis potiùs quàm essentialis, cùm substantiam rei nō immutet, & quod superest ex fundo pars sit illius ipsius fundi cuius vsumfructum testator legauerat: quod sufficit vt totius fundi vsusfructus retineatur l. si cui 53. vbi dixi sup. De vsufr. Itaq; quod Accursius notat rationem hic ab Vlpiano expressam *quia villa fundi accessio est* non esse satis bonam, sed ex abundanti potius adiectam, & in qua subintelligendū est *maximè*, est certè satis probabile, vt constat ex eo quod idem Vlpianus subiicit in l. quid tamen 10. infr. Nec fundi vsumfructum interire, tametsi villa tota perierit, quamuis fundus accessio sit villę, Vt putà si quis ob opus aliquod in villa peragendum prædium vicinum comparauerit, Vt intelligamus non solùm si mutatio rei superueniat circa accessionem, non extingui vsumfructum, sed nec si superueniat circa rem principalem, dummodò supersit pars aliqua substantiæ eius rei cuius vsusfructus legatus est d. l. si cui. Quamuis in ceteris soleat accessio sequi principale: Principale verò id demùm dicitur cuius ornandi gratia aliud sit l. cùm aurum 19. §. peruenimus inf. De aur. & argent. legat.

9. PAVLVS lib. 3. ad Sabinum.

SEd & eo quoque solo, in quo fuit villa vti frui potero.

Ad l. Sed & eo quoque 9.

Ratio dubitandi. Mutatione rei extinguitur vsusfructus, saltem quatenus res mutatur l. repeti 5. §. rei mutatione sup. Atqui non potest negari quin mutatio magna superuenerit in eo solo in quo erat villa quæ diruta est. Ergo saltem illius soli vsumfructum extinctum esse fatendum est.

Dec. Vsufructu fundi legato, etiam villæ quæ in fundo fuit, vsusfructus legatus intelligitur, non tam quasi villæ quàm quasi fundi cuius villa accessio est. Ergo diruta quoque villa, eius tamen solum quo villa erat, vsusfructus supererit non quasi villæ, sed quasi fundi. Quo nomine id omne continetur quod terra in se tenet l. fundi 17. in princip. infr. de action. empt. Sicuti dicimus, Vsufructu bonorum legato si ædes quæ in bonis erant combustæ sint aut depositæ ad aream vsque, nihilominùs areę vsumfructum vindicari posse, Non tanquam partis ædium, sed tanquam partis bonorum l. quoties 34. §. vltim. supr. De vsufruct. Et ita bene noster etiam Accursius.

10. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

QVid tamen, si fundus villę fuit accessio: videamus, ne etiam fundi vsusfructus extinguatur. & idem dicendum est, vt non extinguatur.

Ad l. Quid tamen 10.

Ratio dubitandi. Cùm fundi vsufructu legato villa diruta est placet vsumfructum fundi non extingui tatione illa quòd villa fundi accessio fit, vt Vlpianus noster scripsit in l. fundi 8. supr. Ergo aut mala Vlpiani ratio est, aut fatendum est si quando

talis casus contingat in quo fundus cuius vsusfructus legatus est sit villæ accessio, villa diruta fundi vsumfructum extingui, Cùm contrariorum contraria debeat esse ratio.

Dec. Vsusfructus durat quandiu pars aliqua durat eius rei cuius vsusfructus legatus est, quamuis alia pars aut in totum perierit, aut mutata sit *l. si cui 53. supr. de verb. oblig.* Atqui cùm vsusfructus fundi legatus est, siue ponas villam esse accessionem fundi, vt est regulariter, siue fundum accessionem esse villæ, quod rariùs accidit, verum semper est etiam diruta villa, fundum tamen cuius vsusfructus legatus maiori ex parte superesse. Cùm nec illa pars soli perierit, in qua erat villa. Vsusfructus ergo totus saluus manet etiam illo casu quo fundus villę, non villa fundi accessio est, Licètius hoc multò certius sit cùm villa non nisi accessio est, vt cum Accursio diximus ad *l. fundi 8. supr.*

1 ¶Non tantùm, si ædes ad aream redactæ sint, vsusfructus extinguitur: verumetiam, si, demolitis ædibus, testator alias nouas restituerit. planè si per partes a reficiat, licèt omnis noua facta sit, aliud erit nobis dicendum.

Ad §. 1. Non tantùm.

Ratio dubitandi. Sublato ædificio quod seruitutem debebat, vt in eâdem specie & qualitate reponatur, licèt si quis strictiùs & rigidiùs interpretari hoc velit, aliud sit ædificium quod sequenti loco ponitur, vtilitas tamen exigit, vt idem esse intelligatur *l. seruitutes 20. §. si sublatam. infr. Vrban. præd.* Ergo quamuis ædium vsusfructu legato si ædes ad aream vsque depositæ sint, vsusfructus extinguatur, tanquam sublato corpore in quo erat ius vsusfructus, si tamen testator demolitis ædibus alias nouas restituerit, dicendum est vsumfructum non extingui quasi sint eædem ædes: quod & ipsum restitutionis verbum innuere videtur.

Dec. Interit vsusfructus mutatione rei *l. 5. §. rei mutatione. supr.* Negari autem non potest, quin mutatæ sint ædes, quarum vsusfructus legatus erat, cùm ad aream vsque depositæ sint, & aliæ restitutæ, quas nemo non videt alias esse cùm sint nouæ. Ergo vsumfructum earum extinctum esse certum est *l. qui vsumfructum 36. vers. contrà autem*, vbi diximus *supr. de vsufr. & d. §. si sublatum.* Vbi obseruandum est quod dicitur vtilitatem exigere, vt ædificium secundùm idem esse intelligatur, quod antè fuerat restringi ad eum casum quo prius ædificium sublatum sit ea mente, vt aliud in eâdem specie, & qualitate reponatur. Qui casus specialem quandam rationem habet propter destinationem patrisfamilias *l. qui res 98. §. aream. De solut.* Vlpianus autem non illum casum hîc tractat, sed eum potiùs quo testator depositis ædibus mutato cõsilio alias fecerit, aut quo priores deposuerit eo consilio, vt in earum locum alias ampliores & pretiosiores substitueret, quod fieri plerumque solet. Quanquam tùm etiam cùm vetus ædificium tollitur, vt aliud in eadem specie ac qualitate reponatur magis probandum est vsumfructum æquè interire, vt disertè scriptum est in *d. § si sublatum*, Vt proinde non intelligatur idem esse ædificium, nisi quantum ad cæteras, id est, reales seruitutes, quarum speciale ac diuersum ius in eo est quòd non tam facilè pereunt, puta morte, vel capitis diminutione *l. 3. infr. quemadm. seruit. amit.* Quidni etiã difficiliùs rei mutatione? Alioqui nimis magno incõmodo afficeretur dominus proprietatis, si ædes ex quibus stillicidium cadit & quę stillicidij recipiendi seruitutem debent non posset deponere ne quidem ea mente, vt alias in eâdem specie & qualitate reponat, si fortè ruinam ita minentur, vt nec habitari in iis tutò possit. Cùm enim plenam earum proprietatem habeat, an non absurdum est, vt eas reficere, adeóque nouas facere prohibeatur, eo solo prætextu ne seruituti reali, vel minimæ præiudicium fiat? Et rursum an non publica vtilitas exigit, vt idem ædificium esse intelligatur quod in eadem specie & qualitate restitutum est ne aliuqui seruitus realis intercidat, quæ porrò intercideret si nouum ædificium aliud esse intelligeretur quàm quod antea seruitutem debebat? At vsusfructus retinendi non tanta ratio est, cùm vitium ædium quæ ruinam minantur si eas tollere & nouas facere non liceat, non tam proprietarij damno & incommodo cessurum sit quàm fructuarij, ad quem omne earum emolumentum pertinet *l. Mæuius 66 §. fundo. De leg. 2.*

a *Planè si per partes.* Ratio dubitandi. Domum quæ etiam per partes refecta est non minùs verum est refectam esse quàm si ad aream vsque fuisset deposita, & ex integro tota ædificata, si fortè nulla cæmenta, nulla tigna ex veteribus supersint. Ergo non minùs hoc casu quã illo vsusfructus extinctus videri debet. Dec. Domus quæ per partes reficitur, itéque nauis eadem ipsa manet, quia in vnaquaq; refectione verum est eandem formam & speciẽ durare quæ anteà fuit, quod & in aliis rebus iuris est, vt eleganter & philosophicè tractat Alfenus noster in *l. proponebatur 76. sup. de iudic.* Atqui vt totius rei vsusfructus retineatur, sufficit vel minimam partem durare eius rei in qua vsusfructus constitutus fuit *l. si cui 53. supr. de vsufr.* Ergo cùm per partes refecta domus est sicut alia iuris ratio est, ita & aliud ius inducendum ex *l. illud 32. inf. ad leg. Aquil. & l. 3. vnde etiam infr. de inust. rupt.*

2 ¶ Agri, vel loci vsusfructus legatus, si fuerit inundatus, vt stagnum iam sit, aut palus: proculdubio extinguetur.

Ad §. 2. Agri.

Ratio dubitandi. Agri vel loci simpliciter vsufructu legato etiamsi fuerit ita inundatus, vt stagnum iam sit aut palus, idem tamen loci corpus, eadémque fundi subiacentis substantia remanet, Ergo neque mutata res videri potest, nec proinde extinctus vsusfructus.

Dec. Vnaquæq; res tandiu eadem esse intelligitur, quandiu eãdem pristinámque speciem & formam suã retinet *l. proponebatur 76. sup. de iudic. l. Iulianus 9. §. sed si quis. inf. ad exhib. l. Seia 6. ante fin. de aur. & argent. leg.* Atqui non iam dici potest ager aut locus ille cuius legatus est vsusfructus si sic inundatus sit vt fiat stagnum aut palus. Aliter enim agri, aliter stagna & paludes appellãtur, vt argumẽtatur circa filios & nepotes Vlp. in *l. quid si nepotes. 6. infr. de testam. tutel. iunct. l. si idem 7. C. de codicill.* Ergo extingui vsumfru-

vsumfructum necesse est, tanquam aperta rei mutatione. Aliud probandum esset, si ager flumine vel mari sic esset inundatus vt tamen aqua eodem impetu discessisset, quò venisset. Tunc enim recedente aqua & proprietas quæ per inundationem & maris aut fluminis occupationem amissa esset, & cum proprietate amissus quoq; vsusfructus restitueretur l. *si ager cuius* 23. *inf. hoc tit.* At nos loquimur hîc de agro sic inundato vt stagnum factum sit aut palus. Quid autem distet ager à loco & locus à fundo, explicat idem Vlpianus noster in l. *locus* 60. & Florentinus in l. *fundi* 211. *de verb. signific.* In summa se habent vt genus & species. Locus genus est, Fundus autem & ager, species loci sunt.

3 ¶ Sed & si stagni vsusfructus legetur, & exaruerit sic, vt ager sit factus: mutata re, vsusfructus extinguitur.

Ad §. 3. Sed etsi stagni.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad §. præcedentem. Quid enim hac parte refert potest an ex agro fiat stagnum aut palus, An ex stagno aut palude, ager. Vtroque siquidem casu constat fieri mutationem rei, & consequenter extingui vsumfructum.

4 ¶ Non tamen, si arui vsusfructus legetur, & ibi vineæ sint positæ, vel contrà, puto extingui. Certè siluæ vsufructu legato, si, silua cæsa, illic sationes fuerint factæ, sine dubio vsusfructus extinguitur.

Ad §. 4. Non tamen, si arui.

Ratio dubitandi. Cùm vineæ positæ sunt in aruo cuius vsusfructus legatus est, videtur res mutata. Aruum enim propriè dicitur quod sationibus destinatum est, quibus nihil cum vineis commune est. Idemq; è contrario dicendum videtur si sationes factæ sint vbi erant vineæ. Ita enim ex vineto aruum fit, Ergo his quoque casibus vsusfructus extinguitur.

Dec. Tam ager est in quo sationes fiunt quàm in quo vineæ ponuntur, licèt magis speciali nomine & aliter vineta, aliter arua appellentur. Et cùm certo generi agrorum seruitus imponitur, magis ad solum quàm ad superficiem ea seruitus pertinet l. *certo generi* 13. *inf. Rustic. præd.* vbi ex hoc infertur sublatis vineis nihilominùs seruitutem remanere, Ergo si arui vsusfructus legetur & ibi vineæ sint positæ, vel contrà, dicendum est vsumfructum non extingui, quòd mutatio illa non tam circa rem ipsam fructuariam quàm circa superficiem eius contingat. Eadem enim res manet quæ seruitutem debet, a *Certè siluæ vsufructu legato.* Ratio dubitandi. Siluæ vsufructu legato si silua cæsa sit, & illic sationes factæ fuerint, perinde verum est idem solum manere, nec nisi circa superficiem, vt superiore casu rei mutationem contingere. Ergo nec vsumfructum hoc casu extingui dicendum est.

Dec. Non tantùm superficies sed etiam forma & substantia & facies ipsa rei mutatur, cùm silua cædua cæditur vt illic fiant sationes. Definit enim esse silua, neque ideò cæduntur siluæ cæduæ, vt in ea fiant sationes. Mutata autem facie rei substantia ipsa mutata intelligitur, vt diximus ad §. *agri. supr.*

5 ¶ Si massæ vsusfructus legetur, & ex ea vasa sint facta, vel contrà: Cassius apud Vrseium scribit, interire vsumfructum. quam sententiam puto veram. Proinde & ornamentum dissolutum, aut transfiguratum, extinguit vsumfructum.

Ad §. 5. Si massæ.

Ratio dubitandi. In omnibus quæ ad eandem speciem reuerti possunt id generale est, vt ea materiæ potentia victa nunquam vires eius effugiant l. *quæsitum* 78. §. *illud fortasse infr. de legat.* 3. l. *in omnibus* 24. iunct. l. *Adeò* 7. §. *cùm quis De acquir. rer. domin.* Atqui cùm ex massa auri vel argenti cuius vsusfructus legatus est, vasa facta sunt eadem materia manet. Ergo & idem vsusfructus.

Dec. Mutata forma & specie rei extinguit rem ipsam licèt eadem materia remaneat l. *Iulianus* 9. §. *si quis infr. Ad exhib.* Extinctum enim videtur, quod in specie sua non permanet, l. *Seia* 6. §. 1. *De aur. & argent. legat.* vbi additur etiam ex tali dissolutione ac permutatione materiæ voluntatem quoque mutatam intelligi. Ergo quamuis domini causa non mutetur quoties ad sua initia redigi res potest, vsusfructus tamen extinguitur ad cuius extinctionē sufficit mutatam esse rem, tametsi dominium mutatum non sit l. 5. § *rei mutatione sup.* quemadmodum è contrario dominij mutatione neque vsusfructus neque alia vlla seruitus extinguitur l. *neque vsusfructus* 19. *inf. hoc tit.* Nihil enim commune habet vsusfructus cum proprietate, sicut neq; proprietas cum possessione l. *permisceri* 52. iunct. l. *naturaliter* 12. §. 1. *de acquir. poss.* Inde est quod sequitur in *versi prox. Proinde & ornamentum dissolutum aut transfiguratum extinguere vsumfructum.* Sufficit enim ad extinctionem vsusfructus mutatam esse speciem, figuram & formam rei: quod etiam in legato proprietatis obtinet quoties proprietas legata est sub certa specie, & qualitate quæ posteà sit immutata d. l. *si ita* 6. §. 1. vbi est textus omnium aptissimus *De aur. & argent. legat.*

6 ¶ In nauis quoque vsufructu Sabinus scribit, siquidem per partes refecta sit, vsumfructum non interire, si autem dissoluta sit, licèt iisdem tabulis, nulla præterea adiecta, restaurata sit, vsumfructum extinctum. quam sententiam puto veriorem. Nam, & si domus fuerit restituta, vsusfructus extinguitur.

Ad §. 6. In nauis.

a *Siquidem per partes refecta fit.* Ratio dubitandi & decidendi est quæ ad §. 1. *versic. planè si per partes. supr. hac leg.* constat enim hac parte nihil inter domum & nauim interesse.

b *Si autem dissoluta fit.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt nauis reficiendæ causa omnes tabulę refixæ fint, & rursus ex iisdem tabulis compositis restauretur, quo casu eadem numero nauis esse intelligitur, quæ priùs fuit, & eadem rursus esse incipit *l. inter stipulantem* 83. §. *sacram vers. & nauis infr. de verb. oblig. l. qui res* 98. §. *aream de solut.* Ergo non est generaliter verum quod in hoc §. scribitur si nauis dissoluta sit, licèt eisdem tabulis compositis, nulla præterea adiecta, restaurata sit, vsumfructum extingui.

Dec. Distinctio adhibenda necessariò est an nauis dissoluta sit, vt in alium vsum tabulæ conuerterentur, licèt postea mutato consilio ex iisdem tabulis refecta sit, an ea mente vt ex iisdem tabulis reficeretur. Priore casu alia nauis est, ideoq; vsusfructus extinguitur. Posteriore verò eadem nauis esse creditur, idemq; proinde vsusfructus *d. §. sacram & d. §. aream.* Idq; Accursius noster benè notat. Sed quod addit aliam rationem esse ædium, neque in iis huiusmodi distinctionem locum habere, nō simpliciter probo. Nam & domus eadem esse intelligitur si ea mente sint deposita tigna vt reponerentur *d. §. sacram.* Vbi tamen additur exceptio notabilis, Nisi domus ad aream vsque deposita sit: Tunc enim licèt eadem materia restituatur, alia domus est. Quod certè cum Accursio sic intelligēdum est, etiamsi ea mente deposita sit domus ad aream vsque, vt ex eadem materia reficeretur. Et ratio diuersitatis est, quoniam nauis faciliùs eadem manet, quàm domus: vt ex eo constat, quòd mutatio loci non facit nauim diuersam, quomodo faceret domum, quamuis domus reposita in eadem area sit in eodem loco: sanè comparatio nauis & domus quæ fit in hoc §. bona est cùm nauis simpliciter dissoluta est non ea mente vt ex iisdem tabulis reficeretur. Et ita intelligi hic §. debet.

7 ¶ Quadrigæ vsufructu legato, si vnus ex equis decesserit, an extinguatur vsusfructus quæritur. ego puto, multum interesse, equorum, an quadrigæ vsusfructus sit legatus. nam, si equorum, supererit in residuis: si quadrigæ, non remanebit, (quoniam quadriga esse desiit.)

Ad §. vlt. Quadrigæ.

Ratio dubitandi. Quadriga ex quatuor equis cōstituitur, indeq; etiam quadrigæ nomen sumpsit, Vno autem ex equis mortuo supersunt adhuc tres equi, quorum negari non potest quin vsusfructus fuerit legatus. Quidni ergo trium saltem equorum vsusfructus supererit? In fructu siquidem est omne id quod ex re fructuaria percipi potest *l. item si fundi* 9. *in prin. sup. de vsufr.*

Dec. Multum interest an quadrigæ vsusfructus legatus sit, an quatuor equorum. Priore casu legatus vsusfructus perit quoniam & quadriga perit, mortuo scilicet equo illo qui quadrigam demonstrabat, vt loquitur Papinianus in *l. peculium* 65. §. 1. *De legat.* 2. *l. si id quod* 58. *infr. Pro socio.* Est enim quadrigę nomen, certi numeri nomen quo sublato res ipsa tollitur *l. cùm eiusdem* 34. §. 1. *l. Ædiles* 38. §. *vltim. infr. de ædilit. edict.* At si equorum vsusfructus legatus sit mortuo equo vno remanet vsusfructus in residuis, quia residui non perierunt. Idem & circa proprietatis legatum obtinet *d. l. peculium* §. 1. sic & legata imagine dicimus legatum esse non tabulæ sed imaginis *l. si imaginem* 12. *infr. de aur. & argent. leg.* Aliud est in legato gregis. Non enim grex nomen est certi numeri quamuis grex esse desinat si ad vnum bouem redierit, Nec eo minùs tamen bos etiam ille vnicus vindicari potest *l. si grege* 22. *De legat.* 1.

11. PAVLVS lib. 3. ad Sabinum.

NIsi alius ante diem legati cedentem substitutus sit.

Ad l. Nisi alius 11.

Ratio dubitandi. Sicut ex regula Catoniana non valet legatum quod non valuisset si tempore testamenti decessisset *l.* 1. *De reg. Caton.* Ita nec potest valere legatum ex postfacto quod mortis tempore valere nō potuit, Ex iuris communis regula. Atqui non potuit legatum vsusfructus quadrigæ valere inspecto tempore mortis si iam tùm vnus ex equis decesserit. Ergo nec si ante aditam hereditatem alius equus in demortui locum substitutus sit.

Dec. Neque Catonis neque iuris veteris regula ad ea legata pertinet, quorum dies non cedit nisi ab adita hereditate *l.* 3. *supr. De regul. Caton.* In quo numero est legatum vsusfructus *l. vnic.* vbi diximus *sup. tit. prox.* sufficit ergo vt alius equus substitutus sit in locum demortui ante aditam hereditatem, quia nec prius potest quæri an legatum debeatur, *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.*

12. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

SI cui balnei vsusfructus legatus sit, & testator habitationem hoc fecerit: vel si tabernæ, & diætam fecerit, dicendum est vsumfructum extinctum.

1 ¶ Proinde & si histrionis reliquerit vsumfructum, & eum ad aliud ministerium transtulerit, extinctum esse vsumfructum dicendum erit.

Ad l. Si cui balnei 12.

Ratio dubitandi. Balnei vsufructu legato etiamsi testator habitationem ex eo fecerit, idem tamen corpus manet cuius vsusfructus legatus est, quamuis aliam qualitatem ex testatoris destinatione acceperit, Idemq; est si tabernæ quis vsumfructum legauerit & ex taberna diætam fecerit, Aut si histrionis vsumfructum reliquerit & eum ad aliud ministerium transtulerit. An enim ob id minùs est idem Stichus quod hodie non sit histrio sed cocus, aut lecticarius?

Dec. Mutatione rei extinguitur vsusfructus *l.* 5. §. rei

§. rei mutatione sup. Mutatio autem rei inducitur enata ex mutatione qualitatis & vsus, quoniam testator mutando vsum & qualitatem rei aliam rem fecisse intelligitur quàm cuius vsumfructum legauerat, atque ita mutasse etiam voluntatem vt & in *l. Seia 6. in fin. De aur. & argen. leg.* Circa proprietatem aliud est. Adhibenda enim est distinctio an seruus legatus ex officio transierit ad artificium aut contra; vt priore tantùm casu extinguatur legatum quia officium artificio mutatur. Non item è contrario si lecticarius posteà fortè cocus factus sit vt eleganter Marcianus tractat in *l. legatū 65. §. 1. De legat. 3.* Bene tamen Accursius noster hanc legem intelligit de vsufructu legato serui sub nomine & qualitate histrionis quę mutata sit, secus si sub proprio nomine serui quod vtique per mutationem artificij non mutatur *arg. l. tutelas 7. supr. De capit. minut.* Non idem est si mulieri viduæ vsusfructus vel vsus legatus sit, quæ posteà nupserit. Nam in persona fructuarij vel vsuarij nil nocet mutatio qualitatis cum tenera eadem sit persona cui legatum factum est *l. 3. insr. De vsu & habit.*

13. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

SI fructuarius messem fecit, & decessit, stipulam, quæ in messe iacet, heredis eius esse Labeo ait: spicam, quæ terra teneatur, domini fundi esse, fructumq; percipi, spica, aut fœno cæso, aut vua adempta, aut excussa olea, quamuis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta sit. Sed, vt verum est, quod de olea excussa scripsit, ita aliter obseruandum de ea olea, quæ per se deciderit. Iulianus ait, fructuarij fructus tunc fieri, cùm eos perceperit: bonæ fidei autem possessoris, mox quàm à solo separati sint.

Ad l. Si fructuarius 13.

Ratio dubitandi. Fructus non priùs fiunt fructuarij quàm eos ipse perceperit, vt scriptum est in fine huius legis, & in *l. qui scit 25. §. præterea infr. de vsur. l. in singulos 8. in fi. De ann. legat.* Atqui non videtur plenè facta perceptio ex eo solo, quod spica vel fœnum cæsum aut vua adempta sit si nondum tritum frumentum, aut factum oleum, aut vindemia collecta sit. Ergo stipula quæ in messe iacet quæ nihil aliud est quàm spica cæsa, ad heredem fructuarij pertinere non potest, tanquam quæ nondum percepta sit.

Dec. Perceptionem fructuum accipere debemus non si perfectè collecti sint, sed etiam si cœpti ita percipi vt terra contineri fructus desierint, *l. antepen. supr. de rei vindic.* vbi ex hoc infertur si oliua vel vua lecta sit, nondum tamen vinum vel oleum ab aliquo factum sit, statim vsumfructum existimari debere perceptum. Ergo si spica vel fœnum cæsum sit aut vua adempta satis est vt fructus isti tanquam à fructuario percepti ad heredem ipsius trāsmittantur. Neq; putandum est hanc Labeonis sententiam quę à Paulo hîc refertur ex Labeone, neq; in *d. l. antepen. supr. de rei vindic.* à Iuliano improbari in sequentibus, vt quidam ex glossatoribus voluerūt. Cùm à Paulo ipso probetur his verbis *Sed vt verum est quod de olea excussa scripsit* qui tamen Iuliani sentētiam posteà refert & probat. Nisi fortè Paulum in hac ipsa lege secum pugnasse credimus, quod nimis absurdum esset dicere.

a *Ita aliter obseruandum est de ea olea.* Ratio dubitandi. Etiam olea quæ per se decidit, tamen desinit terra contineri cum separata sit ab ipsa arbore quę terra continetur, & per quam olea contineri terra antè credebatur. Ergo perinde haberi debet pro percepta quamuis nondum collecta sit, cùm sufficiat quod percipi cœpta sit, vt proximè diximus ex *l. antepenult. supr. de rei vindicat.*

Dec. Sufficit quidem cœptum esse fructum percipi vt pro percepto habeatur, Sed quemadmodū non sufficit perceptum esse fructum vt fiat fructuarij nisi vel ab ipso fructuario perceptus sit, vel ab alio ipsius fructuarij nomine. Adeò vt nec bonæ fidei possessor alios fructus percipiendo suos faciat quàm quos ipse suo nomine perceperit *d. l. antepen.* vbi hoc ipsum Paulus ad Labeonem notat, Ita neque sufficit vt cœpti sint percipi à quocunque & quomodolibet, sed oportet vt cœpti sint percipi ab ipso fructuario aut ab alio eius nomine, quod facilè contingit in olea excussa, At nō etiam in illa quæ per se deciderit, quæ certè à nemine percepta est neq; cœpta percipi, quamuis à fundo & arbore sit separata. Idq; nimirū est, quod ex Iuliano Paulus subiicit veluti rationis loco, sed generaliore propositione, Fructuarium tunc suos fructus facere cùm eos perceperit, Bonæ fidei verò possessorē mox quàm à solo separati sunt: Quibus verbis in percipientis personam conceptis factū ipsum percipiendi demōstrauit in persona fructuarij, In persona verò proprietarij nihil nisi separationem à solo verbis impersonaliter, & in rem directis, Ad denotandam differentiam quæ est inter bonæ fidei possessorem & fructuarium quæ etiam ponitur in *l. qui scit 25. §. 1. & seq. inf. de vsur.* Et hæc vera, ac plana totius legis huius sententia est, quæ si coniungatur cum *d. l. antep. sup. de rei vindi.* cùm in vtraq; Labeonis opinio referatur, argumentum præbebit, Paulum in *d. l. antepe.* de fructuario potiùs quàm de bonæ fidei possessore sensisse. Quod & Pauli ad Labeonē nota innuit. Nam in bonæ fidei possessore frustra quæreretur an ipse aut alius eius nomine illos percepisset. Cùm sufficiat vt à solo separati sint, à quocunq; tandem, aut cuiuscumque nomine sint separati. Iunge *l. bonæ fidei 48. de acqu. rer. domin.*

14. POMPONIVS libro 6. ad Sabinum.

EXcepta capitis minutione, vel morte, reliquæ causæ vel pro parte interitum vsusfructus recipiunt.

Ad l. Excepta 14.

Ratio dubitandi. Vsusfructus semper & omni casu diuiduus est, in eoq; differt à cæteris omnibus seruitutibus siue realibus siue personalibus *l. 1. § si vsusfructus inf. ad leg. falcid. l. vsusfructus 5. sup. de vsufr.* Ergo nullus casus dari potest in quo non possit vsusfructus pro parte perire.

Dec. Non potest quis mori aut capite minui.

Digitized by Google

pro parte, cùm hi duo modi vsusfructus amittendi pendeant à persona quæ indiuidua est, Non igitur potest vsusfructus his modis perire pro parte, Sed extra has causas, id est, si non vtendo, aut per consolidationem, aut per mutationem rei vsusfructus intercideret, qui alij sunt modi quibus vsusfructus amittitur. Nihil vetat amitti eum pro parte tantum. Potest enim fieri vt fructuarius pro parte vtatur pro parte non vtatur *l. placet 25. infr. hoc tit.* Potest etiam acquiri pro parte dominium & proprietas rei fructuariæ. Potest denique mutari res pro parte, & pro alia parte non mutari.

15. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

INterdum proprietarius ad libertatem perducet: si forte vsusfructus fuerit tandiu legatus, quamdiu manumittatur: nam, incipiente proprietario [a] manumittere, extinguetur vsusfructus.

Ad l. Interdum 15.

• Ratio dubitandi. Proprietatis dominus non potest fructuarij condicionem facere deteriorem *l. sed si quid 15. §. proprietarius sup. de vsufr.* Ideoq; nec dolo malo grauiùs eũ coercere potest, multò minus occidere *l. locum 17. §. 1. & vlt. eod.* Atqui manumissio morti comparatur, cùm seruus manumissus iam alius homo fit & extra patrimonium domini, hominumq; commercium constitutus *l. si mihi 91. infr. de solut. l. inter omnes 46. in princ. de furt.* Nullo igitur casu permittendum est proprietario vt seruũ fructuarium manumittat nõ magis quàm vt eum occidat.

Dec. Vsusfructus potest dari sicut ex tempore ita & ad tempus *l. 4. sup. de vsufr.* Potest igitur ita legari *quandiu*, id est *quoadusq; seruus manumittatur.* Quo casu apparet testatorem noluisse impediri manumissionem per vsumfructum, & liberam proprietario manumittendi serui potestatẽ reliquisse. Ergo saltem hoc casu permittendum est proprietario, vt etiam fructuario inuito seruũ manumittat, Ne plus iuris habeat fructuarius quam habere illũ testator voluit, quod vtiq; absurdum esset *l. facta 63. §. si sub condicione* iunct. *l. debitor 59. in fine principij infr. ad SC. Trebell.* Hodie verò fauore libertatis permittitur omni casu proprietario manumittere seruũ fructuarium, sed cum iis distinctionibus quas Iustiniani constitutio cum nouo hoc iure introduxit in *l. 1. C. commun. de manumiss.* vt ita res temperetur ne aut libertas impediatur, aut fructuarij ius lædatur. Nam & fructuario permisit æquè Iustin. seruum manumittere, Non quidem vt seruus ad libertatem perducatur, nisi proprietarius consentiat, sed vt inuito etiam proprietario melioris condicionis sit seruus quandiu duraret vsusfructus si à fructuario manumissus seruus non esset.

a *Nam incipiente proprietario.* Ratio dubitandi. Instans quo quis manumittitur instans seruitutis est non libertatis. Nec enim liber homo manumittitur, sed is tantùm qui adhuc seruus est, sicuti dicimus instans mortis adscribi vitæ non morti, quia mortuus non moritur, sed viuus *l. qui duos 18. §. 17 de manum. testam. l. vlt. de condic. instit.* Atqui quandiu seruus fructuarius seruus manet non potest à proprietario manumitti, Ne fructuarij condicio deterior fiat, Eo nimirum iure quod Vlpiani temporibus obtinebat, vt modò diximus. Ergo non potest vsusfructus extingui eo instanti quo incipit seruus manumitti.

Dec. Testator legando vsumfructum serui fructuarij quoadusq; manumittitur, designat actum ipsum manumittendi qui actus incipit à primo instanti manumissionis. Quamquam nec aliud dicẽdum esset, tametsi vsusfructus serui legatus ita esset *quoadusque manumissus sit* quæ verba tempus præteritum & manumissionis iam perfectæ denotarent. Nec enim aut voluntas fructuarij, aut ratio iuris potest vsumfructũ vltra extendere quàm testator voluerit. Ergo dicendum est incipiente proprietario manumittere, extingui vsumfructum, sicut & cùm vsusfructus finitur morte, incipit discedere à persona eo tempore quo persona incipit mori *l. Titio 51. sup. de vsuf.* Quamuis Bartolus istos casus distinguat ex *l. Stichus 39. de manum. testam.* cuius tamen species ad hanc nil pertinet. Ibi enim collata erat dispositio in tempus inhabile. Hîc verò fuit limitata vsque ad tempus inhabile.

16. VLPIANVS libro 5. Disputationum.

SI sub cõdicione mihi legatus sit vsusfructus, medioq; tempore sit penes heredem: potest heres vsumfructum alij legare. quæ res facit, vt, si condicio extiterit mei legati, vsusfructus ab herede relictus finiatur [a]: quod si ego vsumfructum amisero [b], non reuerteretur ad legatariũ, cui ab herede purè legatus fuerat: quia ex diuersis testamentis ius coniunctionis non contingit.

Ad l. Si sub condicione 16.

Ratio dubitandi. Non possunt duo eiusdem rei domini esse in solidũ, nec magis eiusdem vsusfructus quã dominij & proprietatis *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum infr. commod. l. de hereditate 19. §. 1. de castrens. pecul. l. 2. §. vlt. sup. h. t.* Atqui legatum tribuit dominium rei legatæ legatario *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt.* Ergo non possunt esse duobus legatus in solidũ vsusfructus eiusdem rei, Nec proinde illud fieri, quod hîc Vlpianus scribit, si sub condicione mihi legatus sit vsusfructus, posse heredẽ pendente mei legati condicione eumdem vsumfructum alij legare. Dec. Res sub condicione legata interim pleno iure est heredis *l. & post litem 12. §. 1. infr. famil. ercisc. l. generaliter 29. § 1. infr. Qui & à quib. manum.* Habetq; interim heres non tantùm dominium rei legatæ, sed etiam plenam proprietatem. Ergo vsumfructũ eius rei legare alij potest quamuis vsumfructum illum formalem quem alij legat ipse non habeat *l. quod nostrum 63. sup. de vsufr.* Sufficit enim vt de tota testetur *l. verbo legis 120. de verb. sign. l. conficiuntur 8. §. si post factum inf. de iur. codicill.* Neque verendum est vt duo vnquam sint eiusdem vsusfructus legatarij in solidum. Nam vel existet condicio legati mei vel deficiet. Si extitet, nulla legati ab herede facti ratio exinde habebitur, sed vsusfructus ab herede legatus intercidet. Meus autem quẽ heres dare mihi debuit, incipiet. Quòd si deficiet, lega-

legatum meum intercidet, solus autem ille vsusfructus manebit quem heres legauit.

a *Vsusfructus ab herede relictus finiatur.* Ratio dubitandi. Existens condicio legati mei nihil aliud facere potest, quàm vt legatum meum perinde habeatur ac si vsusfructus ab initio purè legatus mihi fuisset. Condicionalis enim dispositio cùm purificatur euadit in puram *l. vlt. §. 1. De vulg. & pupill. substit. l. potior 11. infr. qui potior. in pign. hab.* Atqui si vsusfructus mihi purè legatus fuisset à primo testatore, non eo minùs potuisset heres eiusmfructum eundem alij legare, Eo scilicet modo & iure quo res aliena quælibet legari potest dummodò à sciente *l. cùm alienam 10. C. de legat.* Porrò cùm aliena res legata est constat adeò valere legatum, vt si non possit heres alienam rem redimere, debeat præstare saltem eius æstimationem *l. non dubium 14. §. 2. l. qui quatuor 30. §. vlt. De legat. 3. § non solùm Instit. eod. tit.* Quid ergo etiam existente mei legati condicione valebit legatum vsusfructus ab herede relictum hactenus saltem vt ad præstandam illius æstimationem heres heredis teneatur.

Dec. Vsusfructus quidem alienus legari potest, sed in dubio tamen non est credendus testator aliud ius legasse quàm quod habuit *l. si domus 71. §. penult. De legat. 1.* Ne facilè capiatur ea interpretatio, quæ nimis oneret heredem, cui potiùs parcendum est *l. Titia 54. § qui mitia l. Sempronius 47. De legat. 2.* Ergo cùm heres qui per legatum grauatus est præstare mihi fundum Cornelianum sub cõdicione, legat eiusdem fundi vsumfructum, alteri non est credendus aliud ius legare quàm ius vsusfructus qui ab eo posset cõstitui in eum casum quo legati mei condicionem deficere contingeret, Deniq; ius illud quod per euentum condicionis mei legati finiri potuit: Aliud verò præterea nihil.

b *Quod si ego vsumfructum amisero.* Ratio dubitandi. Ius adcrescendi in vsufructu locũ habet inter eos quoq; qui re tantùm licet non etiam verbis coniuncti sunt *l. 3. §. 1. in fi. supr. hoc tit. l. 1.* vbi dixi *sup. de vsufr. adcresc.* Atqui sunt re coniuncti qui ad eandem rem vocantur, licet ex diuersis dispositionibus *l. re coniuncti 89. De leg. 3. l. triplici 142 de verb. sign.* Ponimus autem in proposita specie mihi & alij legatum esse eiusdem rei vsumfructum, Mihi quidem à Titio sub condicione, si nauis ex Asia veniret. Alij verò purè à Sempronio Titij herede. Sumus ergo re saltem coniuncti tanquam ad eundem vsumfructum vocati. Dec. Ex diuersis testamentis non potest coniunctionis ius contingere. Nec proinde inter eos ius adcrescendi locum habere quod non nascitur nisi ex iure coniunctionis *d. l. 1. De vsufr. adcresc.* vnde est quod nec inter eos qui diuerso iure suos heredes ius adcrescendi locum habet *l. sed cum patrono 6. infr. de bonor. possess. l. nec ipsa 7. infr. de collat. dot.* iunct. *l. 5. § si plures & seq. infr. de tribut. act.* Et ratio est quia non alij possunt videri re coniuncti & habere ius adcrescendi quàm qui faciunt partes per concursum *l. 1. § interdum l. 3. supr. De vsufr. adcresc.* Atqui in proposita specie ego & alius ille cui heres vsumfructum legauit numquam possumus concurrere, vt suprà explicauit. Ergo non potest inter nos esse ius adcrescendi. Quomodo argumentatur Papinianus in *l. 2. supr. hoc tit.* Nec est contrarium quod Accursius obiicit ex *l. si certarum 17. §. 1. infr. de testam. milit.* Ibi enim agitur de iure adcrescendi ex testamento militis qui duos heredes scripserat, vnum ex castrensibus bonis, alium ex paganicis, Quo casu nullum certè inter eos ius coniunctionis erat quamuis eodem testamento scripti essent, cùm duorum veluti hominum hereditates esse intelligantur, vt ea lex ait, Sed tamen est inter eos ius adcrescendi tanquam inter vnius hominis heredes, si fortè æs alienum castrense non possit totum solui ex bonis castrensibus, aut paganicum ex paganicis. Nimirum quia inter heredes etiam inuitos & inuito testatore ius adcrescendi locum habet, vt docuimus ad *d. l. 1. de vsufr. adcresc.* Nos hic tractamus de iure adcrescendi in legatis quod ex voluntate sola testatoris nascitur non vt illud ex mera iuris necessitate, Quamquam nec absolutè ius est adcrescendi in specie *d. §. 1. l. si certarum,* cùm bona castrensia non adcrescant inuito heredi bonorum paganicorum, sed ita vt habeat electionem vtrum velit totam hereditatem defendere an totam derelinquere, vt lex ait, Quod inter alios heredes inter quos ius adcrescendi est non similiter obtinet *l. qui ex parte 39. §. 1. infr. de acquir. hered.* Extra casum *l. cùm hereditate 55. l. si minor 61. l. pen. & vlt. eod. tit.* Sed de his omnibus plura & diffusiùs in Chiliade.

17. IVLIANVS libro 35. Digestorum.

SI tibi fundi vsusfructus purè, proprietas autem sub condicione Titio legata fuerit: pendente condicione, dominium proprietatis adquisieris, deinde condicio extiterit: pleno iure fundum Titius habebit. neque interest, quod detracto vsufructu, proprietas legata sit: dum enim proprietatem adquiris, ius omne legati vsusfructus amisisti.

Ad l. Si tibi 17.

Ratio dubitandi. Cùm tibi vsusfructus purè, proprietas autem eiusdem fundi Titio sub condicione legata est si pendente condicione dominium proprietatis emeris aut aliter acquisieris ab herede, non potest acquisitio illa parere consolidationem per quam vsusfructus tuus extinguatur nisi quatenus verum sit ex ea acquisitione factum te proprietarium vel vno saltem instanti, Nempe quia nemo re sua vti frui potest iure seruitutis *l. vti frui 5. infr. si vsusfruct. petat.* Atqui cùm extitit condicio legati proprietatis Titio relictæ, incipit legatum illud haberi pro puro, vt perinde ac si purum fuisset, dominium illius rei iam inde ab instanti mortis testatoris Titij fuisse videatur numquam factum heredis, *l. & post item 12. § res quæ vsf fam. ercisc.* iunct. *l. legatum 80. de leg. 2. l. cui res 29. infr. de act. empt.* Vnde est quod seruitutes medio tempore impositæ fundo legatario per heredem existente postea legati condicione euanescunt *l. is cui via 11. §. 1. infr. quemadm. seruit. amitt.* tanquam ab eo impositæ qui licèt tunc temporis dominus fuerit, numquam tamen fuisse retrofingatur. Ergo non potest acqui-

rio quam medio tempore fecisti consolidationem vllam inducere quæ vsumfructum extinguat.

Dec. Res quæ sub condicione legata est, toto medio tempore est heredis pleno iure, & quantum ad plenam proprietatem *d. §. res quæ & l. generaliter 29. infr. qui & à quib. manum.* vt scripsi ad *l. praced.* Ergo verum est dicere, Eo tempore quo tu proprietatem ab herede emisti factam esse consolidationem, teq; factum exinde verum proprietarium, & consequenter extinctum esse vsumfructum: qui porrò vbi semel extinctus est non restituitur nisi fuerit repetitus *l. repeti 5. in princ. supr.* aut nisi alijs quibusdam casibus, de quibus in *l. si ager 23. & seq. l. si ager 26. infr.* inter quos hic non est. Nec quod existens condicio legati proprietatis facit, vt iam inde ab initio proprietas purè legata fuisse retrofingatur, tollere potest effectum consolidationis, quæ semel facta est & verè fuit. Quid enim aliud amplius facere potuisti, vt proprietatem tibi acquireres, & vsumfructum cum ea consolidares? quamuis ex postfacto rei euentus non responderit? Non enim ideò minus quid nostrum est quod eius dominium à nobis discedere aliquo casu possit *l. non ideò 66 sup. de rei vindic.* vbi hoc ipsum exemplum adfertur De re sub condicione legata. Non idem iuris est in specie *l. dominus 57. sup. de vsufr.* quam Accursius quasi contrariam opponit. Ibi enim fuerat acquisitum dominium proprietatis fructuario solæ legis potestate nullo fructuarij facto interueniente, & ex testamento quod per querelam inofficiosi testamenti ex eiusdem iuris potestate ad intestati causam recideret, Vt nihil esset quod imputari posset fructuario, nisi cur legatum sibi delatum non repudiasset, quod tamen etiam priùs quàm agnitum esset fuerat ei iure ipso acquisitum *l. cùm pater 77. §. surdo d. l. legatum 80. De legat. 2. l. si tibi homo 86. §. cùm seruus De legat. 1.* Iunge quæ scripsi ad *dict. l. dominus.*

a *Neque interest quod detracto vsufructu.* Ratio dubitandi. Cùm proprietas legata est deducto vsufructu difficilius videtur vt fiat consolidatio. Plena enim proprietas illa est quæ facit consolidationem.

Dec. Nodus vsusfructus iunctus nudæ proprietati facit plenam proprietatem. Plena autem proprietas sicuti consolidationem facit, ita vsumfructum extinguit. Vera igitur & optima ratio illa est quam adfert Iulianus in postremis illis verbis legis, *Tu enim dum proprietatem acquisieris, ius omne legati vsusfructus amisisti.*

18. POMPONIVS libro 3. ad Sabinum.

SI seruo hereditario ante aditam hereditatem legatus vsusfructus fuisset: magis placet, adita hereditate, eum vsumfructum ad te transire: nec interire, quasi mutato dominio: quia nec dies antè cesserit quàm tu heres extiteris.

Ad l. Si seruo 18.

Ratio dubitandi. Vsusfructus cùm sit seruitus personalis cohæret personæ, nec transit de persona in personam *l. 3. §. vlt. sup.* Itaque mutatione domini cui vsusfructus acquisitus fuerit, extinguitur, quamuis mutatione dominij ex parte rei fructuariæ non extinguatur, vt scriptum est in *l. seq.* Atqui seruus hereditarius cui ponimus legatum esse vsumfructum non habet alium dominum, quàm hereditatem ipsam quæ loco domini est *l. non minùs 31. §. 1. infr. de hered. instit.* Vbi verò adita est hereditas habet alium dominum scilicet heredem, cuius persona vtique alia est quàm hereditatis. Hereditas enim non nisi ficta persona est quæ nec pedes habet nec manus, ideoq; nec possidere quicquam potest *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* At heredis persona vera est, Nec proinde ad rem pertinet, si quis respondere velit hereditatem & heredem eiusdem personæ vicem sustinere, scilicet defuncti *l. heres & hereditas 23. infr. de vsucap.* Non enim potest ea res facere quin diuersæ sint personæ, Alioqui perinde dicendum erit primi & secundi heredis, & alterius quantumlibet remotioris gradus vnam eandemq; personam esse cùm omnes vnam eandemq; primi testatoris personam repræsentent *l. si quis 7. §. vlt. infr. De acquir. hered. l. vlt. C. de hered. instit.* quod tamen absurdum esset dicere, sicut & illud, Non extingui morte vsumfructum sed transire ad heredem tametsi non fuerit repetitus *d. l. 3. §. vlt. l. repeti 5. in princ. supr. hoc tit. l. antiquitas 14. C. de vsufr.* Ergo dicendum est, si seruo hereditario ante aditam hereditatem vsusfructus legatus sit, non posse illum adita hereditate ad heredem transire quasi mutato domino. Sic enim hîc legendum est non vt vulgò *mutato dominio*, Scilicet hoc sensu *quasi mutata domini persona*, Domini inquam, non rei fructuariæ sed serui, cui vsusfructus legatus est, cùm dominij mutatione, vt iam dixi, non extinguatur vsusfructus *l. prox. seq.*

Dec. Vsusfructus legati dies non cedit nisi ab adita hereditate *l. vnic. sup. tit. prox.* quia indiget persona vera quæ vti frui possit qualis non est hereditas, quæ, vt diximus, persona tantùm ficta est, neq; caput aut manus aut pedes habet & ideò vsusfructus non potest acquiri hereditati per seruum hereditarium *l. hereditas 61. in princ. & §. 1. infr. De acquir. rer. domin.* iunct. *l. vsusfructus 26. De stipul. seruor. l. cùm ita 16. in fin. quand. dies legat. ced.* vbi manifestum mendum est in illis verbis *vsumfructum ad hereditatem pertinere* & pro *hereditatem* legendum *heredem.* In eo siquidem antithesis est inter vltimum casum illius legis, & præcedentem, quod in vltimo casu quo seruus ipse legatus non sit cui alius testator vsumfructum legauit, vsusfructus pertinet ad heredem non ad dominum serui cui vsusfructus legatus est, Priore verò casu pertinet ad eum cuius seruo legatus esset. Nam & sic legendum est in *d. l. cùm ita, ante fin.* non vt vulgò *cuius seruus legatus esset.* Non idem est in cæteris siue legatis siue alijs rebus quæ per seruum hereditarium acquiruntur hereditati, & per hereditatem heredi, vt in *l. huic scripturæ 16. infr. ad leg. Aquil.*

19. GAIVS lib. 6. ad Edictum Prouinciale.

NEque vsusfructus, neque iter, actusve, dominij mutatione amittitur.

Ad l. Neque vsusfructus 19.

Ratio dubitandi. Vsusfructus est seruitus personalis, Ergo amittitur mutato siue dominio siue domino, vt scriptum est in *l. praeced.*

Dec. Vsusfructus non ideò personalis seruitus dicitur, quod à persona debeatur, sed quia personae fructuarij. Debetur enim à praedio ipso, eiusque onus reale est. Proinde rem fructuariam sequitur ad quemcunque illa peruenerit. Omnibus enim oneribus realibus id commune est vt rem sequantur, quia nec alienatio fieri potest nisi cum sua causa *l. alienatio 67. De contr. empt. l. vsucapio 7. l. debitorem 15. C. de pignor. l. 1. §. cum praedium infr. eod. illo tit. l. vnic. C. rem alien. gerent. non interd. rer. suar. admin.* Idque est quod dicimus nihil habere commune causam vsusfructus vt neque possessionis cum causa proprietatis *l. penult. infr. De acquir. poss.* Ergo quamuis vsusfructus mutatione fructuarij extinguatur *l. prox. sup.* Mutatione tamen dominij rei fructuario non amittitur *l. locum 7. §. proprietarium supr. de vsufr. l. iustis 44. §. non mutat De vsucap.*

a *Neque iter actúsve.* Ratio decidendi eadem est circa seruitutem itineris actúsve quae circa seruitutem vsusfructus. Sed non eadem ratio dubitandi. In eo namque conueniunt seruitutes personales, & reales, quod à rebus ipsis debentur, sed in eo dissimiles sunt, quod personales debentur personis; Reales verò etiam rebus. Proinde seruitutes reales praedium seruiens perpetuò sequuntur, nec minùs nouum dominum ad quem res transit cum sua causa *l. via 23. §. si fundus* vbi dicemus *infr. Rustic. praed. l. cum fundus 12. infr. Commun. praed. l. pen. §. 1. si seruit. vindic. l. 3. C. de seruit.* Illa tamen ratio dubitandi in seruitutibus realibus adferri potest, quòd non sit cuiquam permittendum vt aliena re vtatur fruatur inuito domino. Quid enim aliud est, dominum quem esse, quàm de illa re pro arbitrio disponere, vulg. *l. in re mandata 21. C. mandat.* Nec quòd seruitus itineris actúsve à priore domino constituta sit, videtur posse laedere ius posterioris domini, qui numquam consensit, nouóque noui domini consensu opus esse, arg. *l. si ego 9. §. si res infr. De iur. dot.* Praesertim cùm in successorem singularem non transeat obligatio personalis ex contractu *l. vlt. §. 1. de contr. empt. l. 1. §. si heres infr. ad SC. Trebell.* Sed ratio decidendi fortior illa est quod per seruitutis siue realis siue etiam personalis constitutionem non modò persona ipsa quae constituit obligatur, sed etiam praedium iure oneris realis, quod cùm sit reale obligat non tantùm rem ipsam affectam, sed etiam personas possidentium, vt loquitur Iurec. in *l. venditor 13. infr. Commun. praed.* Et certè absurdum esset in re vendita meliorem esse causam emptoris quàm fuerit venditoris, *l. inuitus 156. §. plerunque l. aliud est 160. §. absurdum infr. De regulis iuris.*

20. PAVLVS libro 15. ad Plautium.

IS, qui vsumfructum habet, si tantùm vtatur, quia existimet se vsum tantùm habere, an vsumfructum retineat? & si quidem sciens se vsumfructum habere, tantùm vti velit, nihilominus & frui videtur: si verò ignoret, puto eum amittere fructum; non enim ex eo, quod habet vtitur, sed ex eo quod putauit se habere.

Ad l. Is qui vsumfructum 20.

Ratio dubitandi. Qui vsumfructum habet potest & per se vti separatim licet non fruatur, quemadmodum & qui habet iter & actum potest ire per se *l. 2. infr. quemadm. seruit. amitt.* Ergo sicut is qui iter & actum habet si statuto tempore tantùm ierit, non modò iter, sed etiam actum retinet *d. l. 2.* Ita & indistinctè dicendum est, Eum qui vsumfructum habet, si statuto tempore tantùm ierit, nihilominùs vsumfructum totum retinere. Nec enim nouum est vt per vsum partis totum ius retineatur, Non solùm in caeteris seruitutibus quae sunt indiuiduae, sed etiam in vsufructu quamuis diuiduus sit *l. vna est via 18. inf. rustic. praed. l. si cui insula 53. sup. de vsufr.* Vsusfructus enim diuiduus quidem est quantum ad res ipsas quarum vsusfructus constitutus est, sed non quantum ad vsum qui fructui semper inest *l. per seruum 14. §. 1. infr. De vsu & habit.* Vsus enim ipse indiuiduus est *l. vsum pars 19. eod. illo tit.*

Dec. Nemo credendus est vti voluisse eo iure, quod sibi competere ignorauit, Cùm errantis & ignorantis nulla sit voluntas, nullus consensus *l. 2. supr. De iudic. l. si quis per errorem 15. infr. De iurisd.* Sicut è contrario nemo creditur voluisse repudiare ius, quod ignorauit se habere *l. mater decedens 19. De inoff. testam.* Vnde etiam est quod ignoranti non currit tempus actionis temporalis, quia experiendi potestatem habere non videatur *l. cum lex 55. infr. De aedilit. edict.* Ergo si is qui vsumfructum habet, vsus tantùm sit constituto tempore, & quaeratur an vsumfructum integrum retinuerit, adhibenda necessariò est distinctio illa quam hìc Paulus adhibet, an sciuerit se vsumfructum habere, & tamen vti tantùm voluerit, an verò se vsumfructum habere ignorauerit, & vsum tantùm sibi competere existimauerit. Priore casu, cùm vsus est tantùm, nihilominùs etiam fruitus videtur quasi qui vtendo etiam fructum retinere voluerit, Secundùm ea quae in dubitandi ratione disputauimus, & quasi ob id tantùm fruitus non sit, quod sciret ius suum durare, vt Accursius ait, arg. *l. sicut 8. §. non videtur inf. quib. mod. pign. soluit. d. l. 2. & l. si stillicidij 8. §. 1. & l. seq. inf. quem. seruit. amitt.* At posteriore casu non potest videri vsus eo iure quod habuit, sed eo tantùm quod putauit se habere, vt eleganter Paulus hìc scribit, & consequenter vsus est alia seruitute quàm quae constituta ei erat, vt in *l. si quis alia 18. infr. quem. seruit. amitt.* Amittit ergo vsumfructum hoc casu fructuarius qui tantùm vsus est, Et ita amittit vsumfructum, vt tamen vsum retineat, Non quidem tanquam seruitutem separatam à seruitute vsusfructus quam errando acquisiuerit (nemo enim aut ignorans aut errans tempore acquirit *l. nihil à quo 21. l. si fur 32. §. 1. inf. De vsucap.* sed tanquam partem vsusfructus quem habebat. Nam fructui quidem vsus est *d. l. per seruum §. 1.* Sed seruituti vsusfructus non ideò inest seruitus vsus; Cùm sint seruitutes separatae, & quarum vna non inest alteri. Potest enim seruitus vsusfructus esse sine seruitute vsus *l. huic stipulationi 5. §. 1. vers. Ergo si fructus sine vsu obtigerit infr. Vsufr. quem. caueat.* Quemadmodum seruitus actus potest esse sine seruitute itineris, *l. 4. circ. princip. infr.*

si seruit. vindic. l. & per iusiurandum 13. §. 3. & §. si quis vsumfructum infr. De acceptil. quamuis non possit esse absque itinere materialiter sumpto *l. 1. infr. de adim. leg.* vt à nobis explicatum est pluribus *lib. 1. Coniect. cap. vlt.* & latiùs in Fabro Institutore, si vnquam opus illud absoluere nobis dabitur. Dicemus interim ad *d. l. 4. inf. si seruit. vindic.* & ad *l. 1. Rustic. præd.* & ad *d. l. quemadm. seruit. amitt.*

21. MODESTINVS libro 3. Differentiarum.

SI vsusfructus ciuitati legetur, & aratrum in ea inducatur, ciuitas esse desinit: vt passa est Carthago: ideóque quasi morte desinit habere vsumfructum.

Ad §. Si vsusfructus 21.

Ratio dubitandi. Ciuitas neque mori neque capitis diminutionem pati potest, cùm non habeat personam veram, sed fictam quæ sola iuris arte subsistit, quia nec pedes habet nec manus, Vnde est quod ciuitas nec possidere propriè potest *l. 1. §. vlt. infr. De acquir. poss.* nec contrahere nisi per priuatos *l. ciuitas 27. infr. De reb. credit.* nec agere nisi per actores & syndicos *l. 3. l. item eorum 6. §. 1. l. vlt. & pass. supr. quod cuiusq. vniuers. nomin.* Itemque quod si vsusfructus ciuitati relictus sit placuit eum finiri anno centesimo qui finis vitæ est longæui hominis, Ne alioqui proprietas fieret inutilis abscedente semper & in perpetuum vsufructu *l. an vsusfructus 56. sup. De vsufr. l. si vsusfructus 6. infr. De vsufr. legat.* quod tamen verendum non esset si ciuitas aut mortem aut capitis diminutionem pati posset. Et sanè idem populus Romanus nunc est, qui ante mille annos fuit, licèt hodie nemo viuat ex iis qui tùm viuebat *l. proponebatur 76. sup. De iudic.* Neque verò aliam ob causam lex dicitur immortalis & sola esse in republica immortalis, quia nihil aliud lex est quàm quod vniuersus populus Senatorio Magistratu interrogante constituit *§. lex est Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Populus autem nec moritur vnquam nec mutatur.

Dec. Potest interdum licèt perrarò euenire vt ciuitas aratrum patiatur & solo exæquetur, quomodo passa olim est Carthago à Romanis deuicta, & antè Carthaginem Troia à Græcis, de qua Ouidius in hunc sensum *Nunc seges est vbi Troia fuit.* Quod cùm accidit ferè est vt mori ciuitas videatur quæ omnino perit. Quid enim refert an naturaliter pereat, an ciuiliter? Capitis enim diminutionem pati multò minùs potest cùm vel caput nullum habeat vt de seruo solemus dicere *l. 3. §. vlt. supr. De cap. minut.* aut multa habeat capita si quis eam cū Horatio belluam multorum capitum vocare velit, quamuis Caius in *d. d. l. an vsusfructus* magis ad capitis diminutionem quàm ad mortem referre videatur hunc casum inducti aratri iis verbis *quia neque morte neque facilè capitis diminutione periturus est.* Quidni ergo finiatur hoc casu velut morte vsusfructus ciuitati relictus, cùm nulla tunc supersit amplius ciuitas, nullique ciues & municipes qui frui possint? Quia tamen rarissimè hoc contingit, iuris ratio non eo minùs constituit, vt vsusfructus ciuitati relictus neque morte, neque capitis diminutione finiri possit, ob idque necesse sit eum ne perpetuus & æternus fiat centesimo demùm anno concludi *d. l. an vsusfructus* & *d. l. si vsusfructus.* Nec enim ad ea quę semel aut bis hoc est rarissimè contingunt leges aptandæ sunt, sed ad ea tantùm quæ sæpiùs *l. 3. cum trib. sequent. supr. de legib.* Sed ea res non facit quin casus illi rariores si quando accidant proprio iure vtantur, & ab eo iure quòd generaliùs obtinet separentur. Peribit ergo vsusfructus relictus ciuitati quæ aratrum passa est, veluti morte, vt hic Paulus loquitur, Aut saltem quasi capitis diminutione, vt Caius putat in *d. l. vsusfructus*, nec in centesimum vsque annum extendetur quia non potest esse sine persona aliqua vera: Quæ tamen si vel vna tantùm superesset, vtique duraret vsusfructus, quandoquidem eo casu vniuersum ius ciuitatis & vniuersitatis in vnum recideret, nec eo minùs tamen vniuersitas staret *l. sicut 7. §. vlt. sup. quod cuiusque vniuers. nom. l. si grege 22. in fin. De legat. 1.* Multùm ergo interest an ciuitas aratrum passa sit, an populus totus, vno tantùm homine excepto deletus fuerit. Aliud exemplum de suo adfert Accursius, quo vsusfructus ciuitati relictus perire possit velut morte, si de ciuitate discedant ciues omnes eo animo ne vnquam reuertantur, Quod certè non improbo. Cur non enim ciuitas perinde hoc casu extincta in totum videri possit, acsi aratrum passa esset? Nec enim vt Pompeius cùm Roma decederet verè magis quàm feliciter dicebat, Respublica est in parietibus. Idq; Iulius Cęsar ab Heluetiis suo tempore factum fuisse refert, cùm in Xantonum agros & fines inuere cogitarent, Nisi quod antè discessum pagos suos omnes incenderunt. Sed quod addit Accursius, Nisi communicato consilio ex seipsis ciuitatem constituant, Quasi tunc eadem futura sit ciuitas. Hoc verò probare non possum: Esset enim illa procul dubio alia ciuitas, Exemplo nauis, quæ dissolutis tabulis ea mente vt in alium vsum tabulæ conuerterentur, licèt postea mutato consilio ex eisdem tabulis compacta sit, alia tamen nauis esse creditur, eiùsque vsusfructus legatus perit *l. quid tamen 10. §. pen. supr. hoc tit. l. inter stipulantem 83. § sacram De verb. oblig. l. qui res 98. §. aream De solut.* Ergo & in casu Accursij, licèt iidem ciues sint, qui in alium locum communicato consilio recesserint, alia tamen erit ciuitas, & consequenter vsusfructus ei relictus peribit tanquam persona fructuarij mutata *l. si seruo 18.* vbi diximus *supr. hoc tit.*

22. POMPONIVS libro 6. ad Quintum Mucium.

SI mulieri vsus domus legatus sit, & illa trans mare profecta sit, & constituto tempore ad amittendum vsum, afuerit, maritus verò domo vsus fuerit: retinetur nihilominùs vsus: quemadmodum, si familiam suam in domu reliquisset, eáque peregrinaretur. & hoc magis dicendum est, si vxorem in domu reliquerit maritus, cùm ipsi marito vsus domus legatus sit.

Ad h. Si

Google

Ad l. Si mulieri 22.

Ratio dubitandi. Seruitus vsus, est omnium personalissima, & longè vtra dici, personalior quàm vsusfructus. Vnde est quod nec vendere eius suum potest, nec locare, nec gratis concedere. Cùm tamen is qui vsumfructum habet, possit hæc omnia facere, inquit Iustin. in §. & 2. Inst. de vsu & habit. Ergo nec vsusfructus mulieri relictus ad maritum transire poterit, vt nec ad aliam personam quamlibet. Nec proinde poterit per maritum conseruari, cùm negari non possit aliam esse personam mulieris, cui vsusfructus relictus est, aliam verò mariti cui relictus non est.

Dec. Maritus & vxor vna ferè eademque persona esse censentur propter indiuiduam illam vitæ societatem, totiusque diuini & humani iuris societatem quæ per matrimonium inducitur l. 1. infr. de rit. nuptiar. Ergo quemadmodum nemo vnquam dubitauit quin vsus legatus marito ad mulierem quoque pertineat, hactenus saltem, vt non solùm habitare illa possit cum marito, qui & clientem, & hospitem, & inquilinum posse recipere h. 1. in fin. l. 3. & 4. infr. de vsu & habit. Sed etiam vt per vxorem in domo commorantem non minus quàm per suam familiam vsus seruitutem retinere. Ita & si mulieri vsusfructus relictus sit, magis probandum est quod Q. Mucius primus admisit posse illam & cum marito habitare. Ne ei matrimonio carendum foret, cùm vellet vti domo, vt eleganter Vlp. tractat in d. l. 4. §. 1. Proinde si maritus domo vsus fuerit absente vxore, nihilominus vxor per maritum vsum retinebit, sicut si familiam suam in domo reliquisset, eàque peregrinaretur. Quid enim tantundem iuris habeat maritus qui familiæ caput est, quàm ipsa familia? Nihil igitur interest an familiam suam in domo mulier reliquerit sine marito an maritum sine familia. Hos enim duos casus æquiparat Pomponius. Eademq; ratio est cæterarum rerum extra habitationem, quarum vsus aut marito, aut mulieri legatus sit. Vxorem enim cum viro eas in promiscuo vsu habere poterit l. cæterarum 9. infr. eod. tit. tituł. Ne alioqui videatur mulier prohiberi cùm marito prohibetur & contrà, vt Papinianus ratiocinatur in l. pen. inf. de seruit. legat. Nec simile est quod Accursius adfert ex l. vsu 20. infr. quemadm. seruit. amitt. Vsu retineri seruitutem, eum ipse cui debetur vtitur, quive in possessione eius est aut mercenarius, aut hospes, aut medicus, quive ad visitandam dominum venit; vel colonus; aut alius quilibet. Est enim illa lex cum sequ. de seruitute reali, quæ facilius per alium quemlibet retinetur quàm seruitus vsus, quæ nec per hospitem, nec per inquilinum, aut alios retineri potest, nisi vsuarius cum ipsis habitet l. nummi 5. l. sed neque 8. infr. de vsu & habit. In eo que priuilegium est mariti, vt possit per eum vxor etiam sine se habitare, & vsum retinere. Non secus quàm per familiam, præsertim si vxor peregrinetur. Nec enim peregrinatio mutat domicilium, cùm ibi esse, quis magis credatur vbi est mente, quàm vbi est corpore l. nihil interest 26. infr. De captiu. & postlim. l. si fundus 44. l. qui Seium 67. l. cui quæ Romæ 84. De legat. 3. Verum tamen est eum qui peregrinatur, neque habitare in domo, neque vti ea, quoniam & habitare & vti domo facti est l. pen. sup. de capit. minut. Domicilium nomen iuris est.

a *Et hoc magis dicendum est.* Ratio dubitandi. Non maior ratio est vt maritus vsum & habitationem retineat per vxorem quàm vxor per maritũ, Cùm indiuidua illa vitæ societas quæ per matrimonium contrahitur, & quæ hoc ius induxit, non nisi sexu distinguat virum ab vxore. Sunt enim duo in carne vna. Dec. Censentur quidem coniuges vna eadem persona, & vnum idemque corpus, Sed cuius caput est vir, sicut Christus Ecclesiæ, inquit Apostolus. Ea res facit vt maioris sit dignitatis, & authoritatis maritus quàm vxor, semperque fuerit etiam apud paganos. Nam & prudentes nostri solét dicere, Non solùm domicilium, sed etiam thorum matrimonij esse viri non vxoris: Vnde fit vt adulterium iure ciuili non dicatur committi per maritum diuertentem ad aliam mulierem dum ne alterius vxorem, Quamuis aliud hac parte Christus, aliud Papinianus, vt scripsi in Codice. Ergo quod diximus, si vsus legatus sit mulieri posse eam retinere vsum per maritum, multò magis obtinet si marito vsus legatus sit, vt per vxorem retinere illũ possit. Nam nec dubitatum vnquam fuit, quin posset vxor cum marito vsuario habitare. Cùm tamen dubitaretur olim ante Q. Mucium an permittendum esset mulieri vsuariæ, vt cum marito habitaret d. l. 4. §. mulieri infr. de vsu & habit. Nimirum videbatur absurdum haberi maritum quasi pro accessione quadam, & sequela mulieris, Non contrà Esse mulierem accessionem & sequelam viri: Exemplo eius quod eadem ferè ratione solent nostri dicere, Exemplo pessimũ esse vt fœminino vocabulo masculi contineantur l. si ita sit scriptum 45. in prin. de leg. 2. l. qui duos 62. l. seruis legatis 81. De legat. 3.

23. POMPONIVS libro 26. ad Quintum Mucium.

SI ager, cuius vsusfructus noster sit, flumine, vel mari inundatus fuerit, amittitur vsusfructus: cum etiam ipsa proprietas eo casu amittatur. ac nec piscando quidem retinere poterimus vsumfructum a. sed quemadmodum, si eodem impetu discesserit aqua, quo venit, restituitur proprietas: ita & vsumfructum restituẽdum dicendum est.

Ad l. Si ager 23.

Ratio dubitandi. Inundatio fluminis aut maris speciem fundi non commutat §. alia sanè causa est 24. Instit. de rer. diuis. Ergo neque proprietatem domino adimit, neque vsumfructum fructuario, vt ibidem de proprietario scriptum est.

Dec. Quamdiu fluminis, vel maris inundatio fundum occupat, non potest fieri vt dominus sum esse fundum dicat, & vindicet, quem mare ipsum & flumen per occupationem suum quodammodo interim fecit, & publicum tanquam factum alueum fluminis. Et ad quid prodesset dicere toto illo tempore proprietatem manere domini cui nullam omnino possit vtilitatem adferre quamdiu in eo statu res esset. Cæterùm recedente aqua, videtur mare & flumen restituere id omne quod abstulerat, & exinde apparet manere dominium eius cuius antea fuit. Non enim fuerat amissum fuerat dominium, vt res facta esset aut nullius, aut alterius personæ, sed ita vt esset factum fluminis, aut maris, & conse-

quenter publicus fundus, vt loquitur *l. ergo 30. §. alluuio de acquir. rer. domin.* vbi eleganter additur flumina vice censitorum fungi vt ex priuato in publicum addicant, & ex publico in priuatum. Verum igitur est quod in hac lege scribit Pomponius, Si ager cuius vsusfructus noster sit flumine vel mari inundatus fuerit, amitti vsumfructum, quoniam eo casu ipsa etiam proprietas amittitur. Certum enim est quibus casibus proprietas amittitur, multò magis amitti vsumfructum, tanquam qui sit minoris momenti. Possessio sanè omnimodo amittitur eius fundi quem mare aut flumen occupauit *l. qui vniuersas 30. §. item quod a mari inf. de acquir. poss.* vbi legendum procul dubio est *possidere nos desinimus*, non vt in quibusdam editionibus *non desinimus* quod & præcedentia & sequentia ostendunt. Malè autem Accursius locum hunc intelligit de inundatione per quam flumen sibi alienum fecerit, vt in *l. quod tamen 10 §. agri supr. & l. adeò 7. §. insula vers. quod si toto De acquir. rer. domin.* Nam neque in tota hac lege tale quicquam est, neque potest interpretatio hæc conuenire mari, quod proprium alueum mutare non magis potest quàm fines suos prætergredi, qui à Deo Opt. Max. præstituti sunt. Quare nec necesse est cum Accursio dicere variari casum in sequentibus illis, *sed quemadmodum si eodem impetu recesserit aqua quo venit* quæ non admittunt vt agrum inundatione occupatum fluminis alueum factum esse dici possit. Nec illud rursus, quod tentat, vt meliùs hinc se euoluat, de æquitate intelligendam esse posteriorem partem huius legis, Priorem verò de rigore: quod est omnino improbabile, cùm tota lex non nisi vnica sententia contineatur. Dicendum ergo est quod volumus ita Pomponium intelligi debere, vt flumine vel mari inundante agrum fructuarium proprietas non absolutè amittatur, sed interim tantùm, id est durante occupatione quandiu non est mutatus alueus fluminis: qui si mutatus esset per inundationem quæ durasset diutiùs, vtique proprietas omnino amissa esset, & eis acquisita, qui propè ripam prædia possident, *d. l. adeò §. insula vers. quod si toto*, nec proinde aqua recedente rursum fieret eius cuius anteà fuisset. At cùm eodem impetu recessit aqua quo venit, restituitur proprietas ab ipso mari aut flumine, quod eam abstulerat, atque ita ipso iure sine vllo facto hominis. Ergo & eodem modo, id est, etiam ipso iure vsusfructus restituetur.

Ac nec piscando quidem retinere poterimus vsumfructum. Ratio dubitandi. Vsusfructus retinetur quocunque vsu, quoniam & vsufructu continetur id omne, quod ex re fructuaria percipi potest *l. item si fundi 9 in princ. supr. de vsufr.* Quidni ergo piscando in mari vel in flumine quod agrum occupauit, poterit fructuarius vsumfructum agri retinere?

Doc. Retinetur quidem vsusfructus per vsum quemlibet, vt & alia quæuis seruitus *l. vsu retinetur 20. infr. quemadm. seruit. amitt.* sed ita demùm, si fructuarius vsus sit re ipsa fructuaria. Quid enim prodesse potest, quod vsus sit alia re, quàm cuius vsumfructum habuit? *l. qui vsumfructum 36. in princip. supr. de vsufr.* Atqui alia res est ager quandiu ager est, aliud verò ager inundatus, & occupatus à mari vel à flumine. Mutatur enim forma, & ager ille qui fuit esse desinit quodammodo amissa pristina forma & facie, non solùm si conuersus sit in alueum fluminis, vt in *d. vers. quod si toto*, sed etiam si sola inundatio agrum occupauerit. Nec enim vsusfructus aquæ relictus est, sed agri. Rei autem mutatione iam diximus extingui vsumfructum *l. repeti 5. §. rei mutatione sup. hoc tit.* Quid ergo proderit aut intererit, quod ager inundatus tantùm sit, aut quod iam stagnum factum sit, vel palus si omni casu vsusfructus extinguitur *d. §. agri.* Verùm iam respondi hactenus interesse quod in casu *d. §. agri*, vsusfructus omnino extinguitur, ita vt nec recedente aqua restituatur, neque verò renouandus sit. In specie autem huius legis ita amittitur, vt recedente aqua ipso iure restituatur. Quæ tota huius loci sententia elegans & ratio est, vt apparebit latiùs ex *l. seq.*

24. IAVOLENVS libro 3. ex Posteriorum Labeonis.

CVm vsumfructum horti haberem, flumen hortum occupauit: deinde ab eo recessit: ius quoque vsusfructus restitutum esse, Labeoni videtur: quia id solùm perpetuo eiusdem iuris mansisset. Ita id verum puto, si flumen inundatione hortum occupauit. nam si alueo mutato, inde manare cœperit, amitti vsumfructum existimo: cùm is locus aluei publicus esse cœperit: neque in pristinum statum restitui posse. Idem iuris in itinere, & actu custodiendum esse, ait Labeo: de quibus rebus ego idem, quod in vsufructu, sentio.

Ad l. Cùm vsumfructum 24.

Ratio dubitandi. Cùm flumen occupauit hortũ cuius ego habebam vsumfructum si ab eo subinde recesserit, solum perpetuò eiusdem iuris manet; neq; potest videri amissa proprietas quia non est conuersus hortus in alueum fluminis, cùm flumen inundatione duntaxat hortum occupauerit. Nam si alueo mutato inde manere cœpisset, fatendum certè esset vsumfructum amissum esse, cùm is locus aluei publicus esse cœpisset nec in pristinum statum restitui posset. Multò igitur magis dicendum est vsumfructum amissum non esse, quoniam horti occupati vsusfructus adhuc aliquis esse potest, si fortè in aqua fluminis piscari fructuarius velit, vt in lege præcedente. Quòd si vsusfructus amissus non sit, consequens est vt nec de restituendo eo tractari quicquam possit, cùm restitutio vsusfructus præsupponat amissionem in necessarium antecedens *l. si locus 14. inf. quem. seruit. amitt.*

Doc. Vsusfructus faciliùs amittitur, quàm proprietas, quia consistit ex vtendo fruendo *l. vnic. in princip. supr. tit. prox.* Non potest autem fieri, vt quis vtatur fruatur horto quem aqua fluminis etiam per inundationem occupauerit. Ne quidem ad piscationem quia piscatio non fit in horto sed in flumine; cuius tamen vsusfructus neque legatus est, neque legari potuit: Cùm tamen proprietas eadem maneat & eiusdem domini cuius antea fuerat, quoties aqua recessit ante factum in eo agro nouum alueum. Quod tamen ita intelligendum est secundùm ea quæ ad legem præcedentem scripsimus, vt quandiu durat inundatio tamdiu proprietas quoque amissa intelligatur non quidem absolutè sed interim. Negari siquidem non potest, quin

by Google

quin interim, id est quandiu is fundus occupatur à flumine alueus fluminis sit, licèt non duret *l. ergo 30. §. alluuio infr. de acquir. rer. domin.*

a *Idem iuris in itinere & actu.* Id est vt eadem distinctio adhibenda sit in seruitutibus istis realibus quam adhibuimus in vsufructu qui personalis est seruitus an scilicet flumen occupauerit locum per inundationem, an verò paullatim, & an locus per quem seruitus itineris vel actus debebatur factus sit mansitque alueus fluminis, an verò eodem impetu aqua in pristinum alueum recesserit, vt priore casu seruitus non intercidat, Nisi non vtendo, Posteriore verò intercidat etiam priùs quàm tempus præterierit quo potuisset amitti non vtendo. Priore verò casu cùm non vtendo seruitus intercidit, renouare tamen eam cogendus ille est cuius prædium seruitutem debuit *l. si locus 14. infr. quemadm. seruit. amitt.* Ergo eadem dubitandi & decidendi ratio est ad hunc versiculum quæ ad sententiam præcedentem, Nisi quod seruitutes reales difficilius & amittuntur, & restituuntur quàm personales. Nam ad reales restituendas quæ amissæ sunt non vtendo restitutione in integrum opus est ex generali illa clausula, si qua mihi iusta causa esse videbitur *l. 1. §. si quis propter inundationem infr. de itin. actúque priu.* Iunge *l. nisi sublato 7. sup. hoc tit.* Est igitur prima pars huius legis intelligenda de eo casu quo vsusfructus non sit amissus non vtendo. Quo tamen casu vix est vt sit restituendus nisi beneficio quoque restitutionis, vt idem omnino ius in itinere & actu quod in vsufructu seruetur *dicta leg. nisi sublato.* vbi etiam dixi.

1 ¶ Labeo ait: Nec si summa terra sublata ex fundo meo, & alia te gesta esset, idcirco meum solum esse desinit: non magis, quàm stercorato agro.

Ad §. 1. Labeo ait.

Ratio dubitandi. Mutatione rei amittitur vsusfructus *l. repeti 5. §. rei mutatione supr. hoc tit.* Atqui res mutatur cum summa & suprema terra sublata est ex fundo fructuario, & alia in eius locum regesta, aut, vt alij libri habent, reiecta. Ergo etiam hoc casu amittitur vsusfructus.

Dec. Tunc res mutatur cùm aliam formam & faciem accipit *d. §. rei mutatione & seq. l. si ita 6. de aur. & argent. leg.* Hic autem non tam mutatur facies quàm superficies, quomodo eueniret agro stercorato, Nisi quod eo casu non tam superficies soli mutaretur, quàm noua quodammodo superficies naturali superficiei induceretur. Cęterùm vtroque casu idem solùm manet eademque soli forma & facies, eadem denique soli qualitas & vsus idem, atque idcirco quemadmodum non desinit solum eius esse cuius anteà erat, Ita neque causa vlla est cur pereat vsusfructus, sic enim locus hic intelligi & suppleri debet, In quo scilicet non de amittenda proprietate agitur, sed de amittendo vsufructu.

25. POMPONIVS lib. II. ex Variis lectionibus.

PLacet vel certæ partis, vel pro indiuiso, vsumfructum, non vtendo amitti.

Ad l. Placet 25.

Ratio dubitandi. Vsusfructus neque pro certa parte, id est iam diuisa, neq; pro indiuiso aut morte aut capitis diminutione amittitur, sed vel in totum vel nulla ex parte: Quidni ergo etiam non vtendo amitti eum pro parte non posse dicemus?

Dec. Vsusfructus sui natura diuiduus est, quia consistit ex vtendo fruendo *l. vnic. supr. tit. prox.* Potest autem quis pro parte frui, pro parte non frui quoties ipsa res in qua vsusfructus consistit, diuisibilis est quamuis non sit diuisa *l. 1. §. si vsusfructus inf. ad leg. falci.* Ergo quemadmodum vsusfructus etiam pro parte constitui potest *l. 4. supr. de vsufr.* Ita & in solidum constitutus amitti pro parte poterit, Exceptis duobus casibus quibus aut morte aut capitis diminutione amittatur *l. excepta 14. supr. hoc tit.* vbi de hoc plura diximus, & differentiæ rationem attulimus.

26. PAVLVS libro I. ad Neratium.

SI ager ab hostibus occupatus, seruúsve captus, liberatus fuerit: iure postliminij restituetur vsusfructus.

Ad l. Si ager 26.

Ratio dubitandi. Quæ occupantur ab hostibus fiunt hostium, & captiuitas vnus est ex modis acquirendi dominij iure gentium *l. ex hoc iure 5. supr. de iust. & iur.* Ergo & amittendi *§. item ea quæ ex hostibus 17. Instit. de rer. diuis.* Ergo & multò magis vsusfructus eorum amittitur. Cùm faciliùs amittatur vsusfructus quàm proprietas, vt dixi ad *l. 23. & 24. sup.*

Dec. Ius postliminij omnia iura restituit quę captiuitas abstulerat, nec tantùm personas liberas ab hostibus captas libertati & ciuitati restituit, sed etiam seruos cæterasque res omnes amissas dominis, qui alioquin pleno postliminij iure non fruerentur *l. postliminium 19. in princ. l. si quid bello 28. l. vltim. & pass. infr. De captiu. & postlim. l. 1. C. eod.* Proinde si ager ab hostibus occupatus, seruúsve captus fuerit, deinde liberatus, dicendum est postliminij iure vsumfructum restitui. Quo verbo significamus amissum esse, neque tamen restituendum, sed ipso iure restitui, quia postliminij fictio & potestas tota iuris est, vnde & suspensi iuris constitutio appellatur à Papiniano in *l. pen. inf. de suis & legit.* iunct. *l. illa institutio 32. de hered. instit.*

27. PAVLVS libro I. Manualium.

SI seruus, in quo vsusfructus alienus est, noxæ dedatur à domino proprietatis vsufructuario: liberabitur, confusa seruitute, proprietatis comparatione.

Ad l. Si seruum 27.

Ratio dubitandi. Noxæ deditio iure non perimit vsumfructum *l. locum 17. §. proprietarius supr. de vsufr.* Vsusfructus enim nulla dominij societate cōiungitur, sicuti neque pignus, inquit Papin. in *l. iusto 44. §. non mutat. De vsucap.* nec permisceri causam vsusfructus & proprietatis oportet *l. pen. De acquir. poss.* vt diximus ad *l. neque 19. supr. hoc tit.* vbi hanc ob causam scriptum est neque vsumfructum, neque iter vel actum mutatione dominij amitti. Ergo si seruus in quo vsusfructus alienus est, dedatur fructuario à domino proprietatis nomine noxæ non ideò dicendum est eum liberari quominùs in eo vsusfructus retineatur.

Dec. Noxæ deditio facta fructuario per proprietarium, acquirit fructuario plenam proprietatem. Quoties enim fit à domino transfert dominium, si non quiritiarium cùm is qui noxæ dedit dominus non fuit, saltem bonitarium *l. 2. §. fin si ex noxal. caus. agat l. 4. qui vsumfructum 18. l. qui ex pluribus 20. & pass. infr. De noxal. action.* Atqui acquisitione proprietatis confunditur vsusfructus, sicut & alia quælibet seruitus *l. vti frui 5. infr. si vsusfr. pet.* quia nemini res sua seruire potest *l. in re communi 26. infr. vrban. præd.* Verum igitur est quod Paulus hic scribit, seruum fructuario noxę deditum liberari, hoc est vsumfructum amitti, quasi confusa seruitute proprietatis comparatione. Non dico Consolidatione, quia solidatio non est, cùm proprietas acquiritur fructuario, sed cùm vsusfructus proprietario, id est cùm redit vsusfructus ad proprietatem. Alioqui confusio hæc dicenda est non consolidatio, Debetque hic modus adiici cæteris quibus hucusque diximus amitti vsumfructum, *l. 4. infr. vsufr. quem. cau.*

28. PAVLVS libro 35. ad Plautium.

SI vsusfructus alternis annis legetur: non posse, non vtendo, eum amitti: quia plura sunt legata.

Ad l. Si vsusfructus 28.

Ratio dubitandi. Cùm vsusfructus alternis annis legatur, licèt plura sint legata, verum tamen est initio cuiusque anni vnumquodque legatum incipere & legati obligationem *l. 4. l. in singulos 8. l. cùm in annos 11. infr. de ann. legat.* Atqui ex quo tempore nata est obligatio, potest illa certo tempore *l. cùm notissimi §. vlt. C. de præscript. 39. vel 40. annor.* Ergo etiamsi vsusfructus alternis annis legetur, nihil tamen vetat eum non vtendo amitti.

Dec. Alternis annis legatus vsusfructus plura legata continet, primi quidem anni purum, Sequentium verò condicionalia *d. l. 4. 8. & 11. de ann. legat.* Proinde non potest amitti vsusfructus sequentium annorum antequàm cœperit *l. Sempronius Attalus 26. De vsufr. legat. l. Titio vsusfructus 96. de condit. & demonstr.* Incipit autem nouum legatum, nouáque obligatio vnoquoq; anno. Sanè quin peritio fructuum anni præteriti extinguatur hodie anno trigesimo, nec dubitandū est ex *d. §. vlt.* Sed aliud est de vsufructu qui in iure consistit, tractare, Aliud verò de fructibus qui sunt corporales, Aliud rursum de amittendo vsufructu, Aliud de amittendis fructibus vnius anni, Aliud denique de amissione quæ fiat non vtendo, Aliud de ea quę contingat per præscriptionem longi temporis aut longissimi;

29. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

POmponius quærit, si fundum à me proprietarius conduxerit, eúmque fundum vendiderit Seio, nō deducto vsufructu, an vsumfructum per emptorem retineam. & ait licèt proprietarius mihi pensionem soluerit, tamen vsumfructum amitti: quia non meo nomine, sed suo, fruitus est emptor, teneri planè mihi ex locato proprietarium, quanti mea interfuit, id factum non esse. quanquàm, si à me conductum vsumfructum quis alij locauerit, retinetur vsusfructus, sed, si proprietarius eum locasset suo nomine, dicendum amitti: non enim meo nomine fruitur colonus.

Ad l. Pomponius 29.

Ratio dubitandi. Vsusfructus retinetur etiam per conductorem, & per emptorem, quoniam qui pretio, aut pensione fruitur, re ipsa frui videtur *l. arboribus 12. §. vsufructuarius l. non vtitur 38 [illegible] duabus seqq. supr. de vsufr. l. vsu 20. infr. quemadm. seruit. amitt.* Ergo si proprietarius à fructuario fundum conduxerit, id est fructuum perceptionem (nec enim locutio fit proprietatis sed fructuum, alioqui non magis à fructuario quam ab alio quolibet posset quis rem suam conducere *l. neque pignus 45. De regul. iur. l. si seruum 61. §. locaui infr. de furt.* contra quam hic scriptum sit) eúmque fundum proprietarius Seio vendiderit non deducto vsufructu, possum ego per Seium emptorem retinere vsumfructum: Maximè verò si proprietarius pensionem ex conductione debitam soluent fructuario. Nam cùm modus ille amittendi vsusfructus non vtendo non nisi in odium & pœnam negligentis fructuarij inductus sit, vt præscriptiones omnes *l. vlt. in fin. C. de annal. except.* Quid obsecro est, quod possis imputare fructuario, qui pensionem exegit & percepit à proprietariu, eodémque suo conductore? An non hoc esset decipere fructuarium qui putans se frui satis re fructuaria, hoc ipso quod pensionem locationis percipit à proprietario, interim amitteret nihilominus vsumfructum, idque non vtendo?

Dec. Amittitur vsusfructus non vtendo, quoties vsufructuarius nec vtitur fruitur ipse, nec alius quisquam eius nomine *d. l. non vtitur 38. supr. de vsufr.* Atqui in proposita specie tùm quoque cùm vsufructuarius pensionem percepit à proprietario, verum tamen est Seium, cui proprietarius fundum non deducto vsufructu, hoc est plenam proprietatem vendidit, & qui ex eo titulo fructus percepit, suo nomine fruitum esse non nomine sui venditoris, *d. §. locaui in fin:* Ergo illud quoque verum est amissum esse hoc casu vsumfructum non vtendo.

Non

Non tam enim quid fructuarius fecerit inspiciendum est vt vsumfructum nō amitteret, quàm quid emptor vt vsumfructum sibi acquireret. Cùm amissio vsusfructus lucro eius, & emolumento cedat. Quid enim refert emptoris an fructuarius pensionem à proprietario exegerit, an non exegerit? An fortè imputabimus ei quod passus sit pensionem à proprietario solui, quam prohibere ne solueretur etiamsi maximè voluisset, non tamen potuisset? An è contrario imputari aliqua neglegentia potest ei quoque fructuario qui pensionem à proprietario, eodémque conductore percepit, cur emptoris possessionem non interpellauerit vindicando vsumfructum quod vtique pro suo iure facere poterat, & debebat, vel ob hoc ipsum ne vsumfructum non vtendo amitteret? Quare ad rem non pertinet si quis cum Accursio obiciat, ex *l. 2. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor.* malè agi cum rerum dominis, si tanta conductoribus & alijs precario possidentibus praerogatiua deferatur vt eos etiam post longissimum tempus quacunque ratione decursum inquietare non liceat. Non enim proprietario eidémque conductori dicimus acquiri vsumfructum quem fructuarius non vtendo amiserit, sed emptori qui ipse sibi non fructuario aut proprietario per legitimum tempus possedit. Nam & naturalis illa possessio fructuarij quae per proprietarium eundémq; conductorem retinebatur amissa proculdubio est, & in emptorem translata ex quo instanti proprietarius fundum Seio vendidit, & tradidit non deducto vsufructu, vt benè Accursius noster docet ex *l. 3. § si quis nunciet 8 versic. Et si alij tradiderint infr. De acquir. poss.* vbi rectè Haloander legit *tradiderint* non vt Florentiae *tradiderim*, vt sit idem *§ non diuersum*. Loquitur enim Paulus eo loco de seruo & colono per quos corpore possidebam, Et ait, siue decesserint illi siue discesserint de possessione, nihilominùs retinere me animo possessionem. Sed si alij tradiderint, eā me amittere. Quod & scriptum est in *l. si de eo fundo 40. § si fortè eod. tit.* in verbis illis *Sed haec ita esse vera si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate colonus manserit.* Quod autem sequitur in *d. versic. Et si alij*, aut quomodo mallem legere *At si alij*, in illis verbis *Nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus* prioris dicti ratio est non posterioris. Erat enim reddenda ratio, cur non amittamus possessionem, si is cuius corpore possidebamus decesserit, vel de possessione discesserit, cùm iis modis desierit ille corpore possidere, Non autem cur amittamus, si seruus vel colonus eam possessionem alij tradiderint. Cùm negari non possit, quin is cui tradita possessio est, incipiat possidere suo nomine, ac proinde desinamus possidere hoc ipso, siquidem non possunt duo eiusdem rei possessores esse in solidum, ne quidem vnus iustè alius iniustè vt in eadem lege paullò antè Paulus scripserat in *§ ex contrario.* Quamuis Iustinianus hoc quoq; immutauerit in *l. vlt. C. eod. tit.* illo praetextu quod aequum non sit ex facto & dolo eius cuius corpore possidebamus damnum aliquod nobis irrogari, sed de tota illius legis sententia & ratione si qua esse potest saepius alibi ac fusiùs scripsimus, praesertim verò in Chiliade.

a *Teneri mihi planè ex locato proprietarium.* Ratio dubitandi. Potest vendi etiam res aliena quia non ideò prohibetur dominus rem suam auferre, & euincere emptori *l. rem alienam 28. infr. de contr. empt.* ideoq; nulla domino competit actio contra venditorem, nec si emptor posteà se tueatur praescriptione longi temporis, quia imputare sibi dominus debet, cur non fuerit diligentior in re sua vindicanda, suoq; iure persequendo *l. qui rem alienam 54. in princip. infr. de euict. l. si obligata 19. C. eod.* Ergo & in proposito dicendum est, si proprietarius qui fundum fructuarium ab vsufructuario conduxerat eundem alij vendiderit & tradiderit non deducto vsufructu, quamuis ita factum sit vt fructuarius vsumfructum non vtendo amiserit, nihilomagis teneri fructuario proprietarius debet cui potest imputari cur non citiùs vsumfructum ab emptore vindicauerit, sed pensionis exactione contentus fuerit.

Dec. Proprietarius non potest, nec debet vlla in re deteriorem facere fructuarij condicionem quin eo nomine teneatur actione De vsufructu *l. sed si quid 15. § proprietatis l. locum 17. § 1. supr. de vsufruct.* Atqui facit proprietarius deteriorem condicionem fructuarij, cùm rem fructuariam ignorante fructuario vendit alij non deducto vsufructu, tametsi soluat ei conuentam pensionem, quia damni occasionem praebet quod posteà contingit per amissionem vsusfructus non vtendo, ideoq; damnum ipsum dare videtur, Ex regula vulgari iuris. Praesertim cùm non possit ita facere sine dolo malo, non quatenus proprietarius est, sed quatenus conductum habet fundum à fructuario, cuius proinde ius ignorare non potest, & cui soluendo pensionem videtur ei potiùs illudere vt eo pensionis commodo allectus, tantò faciliùs vsumfructum non vtendo amitti pateretur. Ergo proprietarium teneri aequum est non quidem actione De vsufructu cùm fructuarium frui non prohibuerit, sed actione ex locato, Cùm negare non possit, quin aduersus legem locationis fecerit, vendendo fundum alteri, vt is suo nomine frueretur ea re qua debuerat proprietarius ipse frui, tanquam conductor & nomine fructuarij, eiusdemq; locatoris, vt per eum vsusfructus à fructuario retineretur *d. l. non vtitur 38. & seq. sup. de vsufruct.* Ponendum igitur est quod Accursius ponit locatum fuisse vsumfructum ad tempus.

b *Quamquam si à me conductum.* Ratio dubitandi. Cùm à primo conductore fundus conductus alij locatur, secundus conductor aequè facit fructus suos, cùm eos percipiat tam ex domini quàm ex primi conductoris voluntate *l. si seruus 61. § locaui infr. De furt.* Ergo suo nomine frui videtur secundus conductor non minùs quàm emptor, ac proinde nulla differentia esse potest inter hunc casum & superiorem.

Dec. Multum interest, an conductor secundus conduxerit à proprietario eodemq; conductore, an verò ab alio simplici conductore quolibet. Posteriore hoc casu, licet secundus conductor faciat fructus suos, non tamen fruitur suo nomine, sed primi locatoris cuius etiam nomine possidet *d. l. 2. C. de praescript. 30 vel 40 annor. l. qui vniuersas 30. § vlt. inf. de acquir. poss.* Priore verò subdistinguendum est an proprietarius fundum locauerit suo nomine, id est tanquam proprietarius, An verò quasi conductor, vt priore casu perindè non vtendo amittatur vsusfructus, quia suo nomine fruitur colonus, neque hac parte differat locatio à venditione: Posteriore verò per secundum conductorem non minùs quàm per primum vsusfructus retinetur, quo-

niam primi locatoris nomine secundus quoque conductor frui intelligitur, vt diximus ex *d.l. qui vniuersas 30.§ vlt.infr.de acquir.poss.* Atque hic proculdubio sensus est huius versic. & seq. vbi quod dicitur *sed si proprietarius eum locasset suo nomine*, non debemus cum Accursio restringere ad eum casum quo proprietarius non conduxerit fundum à fructuario, quod nisi mutata & variata specie dici non posset, sed ad illum duntaxat quo proprietarius idémque conductor fundum alij locauerit, non tanquam proprietarius, sed tanquam conductor. Cùm enim locat tanquam conductor licèt idem proprietarius sit, non tamen locat suo nomine, sed alieno & sui locatoris cuius nomine non suo possidere intelligitur *dict.l.2.Cod.de praescript.30.vel 40.annor.*

1 ¶ Sed, si emptum à me vsumfructum proprietarium vendidisset, amitterem vsumfructum, quærendum est. & puto amitti, quoniam & hic, non vt à me empto, fruitur fundi emptor.

Ad §.1.Sed si emptum.

c *Sed si emptum à me vsumfructum.* Ratio dubitandi. Etiam cùm fructuarius vsumfructum vendidit (potest enim vendere *l.arboribus 12. §.vsufructuarius, d.l. non vtitur 38.supr.de vsufr.*) nihilominùs ipsum ius vsusfructus remanet penes venditorem, nec nisi perceptio fructuum, quæ tota facti est, transit in emptorem *l.necessariò 8.§.vlt de peric.& commod.rei vendit. l.si vsusfructus 66.infr.de iur dot.* Ergo fruitur nomine fructuarij emptor proprietatis plenę, qui eam emit ab emptore vsusfructus, & consequenter per eum quoq; vsusfructus retinetur non minùs quàm per secundum conductorem. Quid enim referre potest an fructuarius vsumfructum locauerit, an vendiderit, cùm vtroq; casu remaneat vsusfructus penes fructuarium? *d.l.si vsusfructus*, vbi venditio & locatio hac parte æquiparantur.

Dec. Proprietarius qui emit vsumfructum, si posteà vendat fundum non deducto vsufructu, id est plenam proprietatem tanto instiorem suo emptori causam præbet possidendi fundum eoq; fruendi suo nomine, non minùs quàm si plena proprietas verè fuisset penes proprietarium, eundemq; venditorem, penes quem tamen fuit iàm tùm nuda, cùm neq; consolidatio, neq; confusio vlla hîc interuenerit, remanente, vt diximus iure vsusfructus penes fructuarium, etsi eũ vsumfructum nunquam vendidisset. Ergo non minùs hoc casu, quàm superiore amittitur vsusfructus nõ vtendo, quia perinde verum est eum qui emit à proprietario perinde fructum suo nomine, nõ quasi vsufructu per proprietariũ empto à fructuario, sed quasi plena proprietate à se empta. Sed in eo dissimilis est casus hic à præcedente quòd nulla hîc datur actio fructuario contra proprietarium, neq; De vsufructu, neq; ex vendito, quia nihil iam interest fructuarij qui vendendo vsumfructum, ius ipsum vsusfructus penes se retinuerit, omne tamen commodum & emolumentum vsusfructus à se abdicauit: Nisi ponas venditum à fructuario vsumfructum nõ absolutè & in perpetuum, vt venditiones fieri solent, sed certi duntaxat temporis, quomodo in locationibus obseruari consuetum est, vt sint temporales. Tunc enim ratio eadem iuris, & æquitatis facit vt hac parte non sit dissimilis locationi venditio vsusfructus, debeatq; proprietarius teneri fructuario ex vendito quanti scilicet interest fructuarij non esse factam à proprietario venditionem propter quam euenerit vt fructuarius non vtendo amiserit vsumfructum. Ergóne nullius erit effectus priore casu, quòd amissus sit vsusfructus non vtẽdo cùm fructuarius non in tempus certum, sed absolutè vendiderat? Imò erit, vt scilicet ab eo tempore quo vsusfructus amissus est, ius ipsum vsusfructus quod resederat penes fructuarium, & ex eius persona æstimandum erat, siue morte, siue capitis diminutione finiretur *d.l.necessariò 8. §.vlt.de peric.& commod.rei vend.* iam incipiat esse penes proprietarium, non tam formalis, quàm causalis vsusfructus iure, propter consolidationem, *l.3.§.vlt.supr.de vsufr.adcresc.* Is verò qui à proprietario vsumfructum emit, incipiat eatnde formalem habere vsumfructum, haud secus quàm si ab eo iam facto domino plenæ proprietatis vsumfructum comparasset: Atq; ita finietur vsusfructus, siue morte, siue capitis diminutione vltimi emptoris, Contrà quàm obseruaretur, si vsusfructus non esset amissus non vtendo *d.l.necessariò §.vlt.* Sanè quod addit Accursius, quamuis dubitanter, Etiam amisso vsufructu non vtendo, remanere fortè personalem obligationem & actionem, probari nullomodo potest. Amisso enim vsufructu, absurdum est dicere actionem aliquam De vsufructu personalem, magis quàm realem superesse.

2 ¶ Idem Pomponius quærit, si legatum mihi vsumfructum rogatus sim tibi restituere, an per te frui videar, nec amittatur vsusfructus. & ait, dubitare se de hac quæstione. sed est verius quod Marcellus notat, nihil hanc rem fideicommissario nocere: suo enim nomine vtilem actionem eum habiturum.

Ad §.2.Idem Pomponius.

Ratio dubitandi. Cùm is cui legatus est vsusfructus eum alij restituere rogatus est, totum ius & dominium vsusfructus ad legatarium pertinet non ad fideicommissarium, Nec si iam restitutus sit ea fideicommisso vsusfructus, quia fideicommissi titulus ciuilis, & legitimus non est, sed prætorius *l.qui vsumfructum 3.inf.si vsusfr.pet.* Ergo quamuis fideicõmissarios fruatur, dicendum tamen est non eo minùs amitti vsumfructum, quia verum est legatariũ nullomodo fruitum esse, neq; per se, neque per fideicommissarium, siquidem constat fideicommissarium frui suo nomine non heredis. Secundum ea quæ ad initium huius legis proximè scripsimus. At rursus ea alia parte mouet, vt dicamus vsumfructũ hunc non amitti non vtendo, quòd videatur fructuarius, id est legatarius possidere ac frui per fideicommissarium non minùs quam si eum vsumfructũ alij locasset. Quid enim refert an locauerit, an verò ea fideicõmisso restituerit? Vtroq; siquidem casu dominium, & ius totum vsusfructus resider penes legatarium, nec magis in fideicommissarium

quàm

quàm in conductorem aliud transit, quàm perceptio fructuum. Non abs re igitur Pomponius dicebat se de hac quæstione dubitare. Vlpianus verò ex Marcello quem refert non tam respondet ad propositam quæstionē vt dubitationem diluat, quàm notat ociosam esse quæstionem, & superuacuam dubitationem. Nam vt maximè ita esset, vt legatarius vsumfructum retinere per fideicommissarium non posset, ac non vtēdo vsumfructum amitteret, quid tamen posset ea res nocere fideicommissario, qui licèt non habeat dominium vsusfructus sed possessionem duntaxat, vtiles tamen actiones suo nomine habet, tãquam fideicommissarius. In quo certè fatendum est plus iuris eum habere quàm conductorem, qui licèt suos fructus faciat, possidet tamen non suo nomine sed locatoris *l. 2. C. de præscript. 30. vel. 40 annor.* Ideò autem plus iuris habet quia Prætor facit eum dominum quantùm potest, id est non quidem quiritarium *d. l. 3. infr. si vsusf. pet.* sed bonitarium faciendo rem in bonis eius *l. facta 63. in pr. infr. ad SC. Trebell.* Pertinet enim hoc ad iurisdictionem Prætoris fideicommissarij cuius est fideicommissa tueri & constituere, vtilesq; actiones fideicommissario dare *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano eod. tit.* Proinde sua iurisdictione i[illegible] agere Prætor debet, vt idem seruetur in persona fideicommissarij, quod futurum esset, si ei cui ex fideicommisso restitutus vsusfructus est, legati iure acquisitus esset *l. si quis vsumfructum 29. infr. de vsufr. leg. l. si legatum 4.* vbi scripsimus *supr. hoc tit.* Atqui si à legatario vsusfructus legari potuisset ac legatus fuisset, res nō haberet dubitationem quin ita demum amitteretur non vtendo, si fideicommissarius ipse fructus non esset: Nec locus dubitationi relinqueretur, An vsumfructum nō vtendo amitteret prior legatarius, qui vsumfructum ipse non haberet.

30. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

CAro, & corium mortui pecoris in fructu non est, quia, mortuo eo, vsusfructus extinguitur.

Ad l. Caro & corium 30.

Ratio dubitandi. In fructu est quicquid ex re fructuaria lucri & commodi percipi potest *l. item si fundi 9. in princ. supr. de vsufr.* Atqui mortuo etiam pecore cuius vsusfructus legatus est, superest tamen caro & corium, cuius vtilitatem aliquam habere fructuarius potest. Ergo saltem caro & corium fructuario debetur, aut si quis durius cum fructuario agere velit, carnis & corij vsusfructus.

Dec. Morte pecoris fructuarij finitur vsusfructus, Cùm vsusfructus sit ius in corpore, quò sublato ipsum quoq; tolli necesse est *l. 2. sup. de vsufr.* Ergo mortuo pecore, atq; ita extincto vsufructu consequens est vt fructuario neq; caro & corium tanquam reliquiæ vsusfructus, neq; carnis & corij vsusfructus debeatur. Quomodo dicimus, Mortuo boue qui legatus fuerat neq; carnem, neq; corium legatario deberi *l. mortuo boue 49. in pr. de legat. 2.* quia nimirum bos legatus fuerat, non bouis caro vel corium, Quamuis verum sit id quod ex re mea superest meum esse, eiusq; vindicandi ius me habere *l. solum 49. §. 1 supr. De rei vindic.* Sed ratio hæc fauet proprietario non fructuario, & heredi non legatario, qui licèt dominium rei legatæ nanciscatur statim, & recta via, numquam factum heredis *l. legatum 80. De legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* non aliter tamen quàm si legatum agnoscat, quod ignoranti quidem acquiritur *l. cùm pater 77. § surdo de leg. 2.* sed numquam inuito *l. si tibi homo 86. § cùm seruus De leg. 1.* Sera porrò est agnitio legati, cùm legatus bos mortuus est, neque potest agnosci legatum, quantum ad carnem & corium pertinet, cum neque caro legata sit, neque corium, sed bos.

31. POMPONIVS libro 4. ad Quintum Mucium.

CVm gregis vsusfructus legatus est, & vsque eò numerus peruenit gregis, vt grex non intellegatur, perit vsusfructus.

Ad l. vlt. Cùm gregis.

Ratio dubitandi. Grege legato etiamsi adeò diminutum ex eo pecus esset, vt bos tantùm vnus superesset atq; ita grex esse desiisset, qui non ex paucioribus quàm decem capitibus constare potest *l. 3. infr. de abig.* legatum tamen durat, & caput illud vnicum quod superest vindicari ex legato potest *l. si grege 22. De legat. 1.* Cur non ergo etiam legato vsufructu gregis?

Dec. Vsusfructus perit mutatione rei fructuariæ *l. repeti 5. § rei mutatione supr.* Atqui non potest negari quin mutata res sit, cùm grex cuius legatus vsusfructus est grex esse desiit, *d. l. si grege.* Ergo nec eorum capitum, quæ ex grege supersunt, vsusfructus deberi potest. Non enim eorum vsusfructus legatus est, sed gregis qui ampliùs nullus est. In eumq; differe legatum vsusfructus à legato proprietatis, vt dixi ad *l. quid tamen 10. §. vlt. supr. & ad d. § rei mutatione & seq. ex d. l. si grege & §. si grex Instit. de legat.* Nam & si domus legata ad aream vsque deposita sit, area tamen ipsa debetur, non etiam si vsusfructus domus esset legatus *d. l. repeti § si area iunct. l. si hortus 79. § area legata De legat. 3. l. seruitutes 20. §. si sublatum infr. de seruit. vrb. præd. l. qui res 98. § aream de solut. l. solum 49. § 1. supr. de rei vindic.* Rationem diuersitatis ad supradictos locos attulimus.

Digitized by Google

DE VSVFRVCTV EARVM RERVM QVÆ VSV CONSVMVNTVR, VEL MINVVNTVR.

TITVLVS V.

1. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SENATVS censuit[a], vt omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constatet, vsusfructus legari possit. quo senatusconsulto inductum viderur, vt earum rerum, quæ vsu tolluntur, vel minuuntur, possit vsusfructus legari.

Ad l. Senatus 1.

a *Senatus censuit.* Ratio dubitandi. Noo ambigitur equidem Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. sup. de legib.* sed tamen illud quoq; ceitum est, neque Senatusconsulto, neque aliqua lege rationem naturalem commutari posse *l. prox. in fin. infr.* Nec enim ciuilis ratio naturalia iura potest corrumpere *l. eas obligationes 8. sup. de capit. minut. §. vlt. Instit. De legit. agnat. tutel.* Atqui res quædam sunt quę néc ciuili nec naturali ratione vsumfructum recipere possunt, Cuiusmodi sunt illæ, quæ vsu consumnntur, aut minuuntur *§. constituitur Instit. de vsufr.* cùm in eas non possit cadere diffinitio vsusfructus quæ non alia est quàm vt sit ius alienis rebus vtendi fruendi salua earum substantia *l. 1. sup. de vsufr.* Ergo non potuit Senatus constituere vt omnium rerum qnas in cuiusq; patrimonio esse constaret vsusfructus legari posset, Neceo Senatusconsulto induci vt earum quoque rerum quę vsu tolluntur vel minuuntur, vsusfructus legari possit, Præsertim cùm de iis nihil specialiter ac nominatim Senatusconsulto cautum sit, cuius proinde ea potiùs interpretatiò facienda est quæ & ciuili & naturali rationi sit cõsentanea. Constat enim leges omnes & Senatusconsulta, & Edicta Principum, & Statuta ciuitatum ac si qua sunt alia huiusmodi recipere interpretationem passiuam à iure communi, vt vulgari nostrorum iactatur brocardico ex *l. pater 10. §. 1. inf. de capt. & postlim. l. §. 1. vlt. ad Senatusconsultum Tertyllianum.*

Dec. Ita semper sunt interpretandæ leges & Senatusconsulta aliæq; omnes legi similes Constitutiones, vt loquitur Iustin. in *§. quos autem Instit. De bonor. poss.* vt aliquid operentur, & nouum aliquod iuris inducant. Stulta enim est lex noua nedum supernaeua, quæ nihil noni contineat, Neqoe maiestati legum aut Senatusconsultorum conuenit vt quicqnam faciant frustra, sicuti neq; natura quæ naturam in eo imitarur vt illam leges. Ac rursum leges quæ generaliter loqnuntur generaliter sunt intelligendæ, vt omnes casus comprehendant qui earũ verbis cõprehendi possunt *l. neque leges 10. cum duab. sequent. supr. De legib. l. 1. § generaliter infr. De legat. præst.* Qui antem omne dicit, nihil excipit *l. testatorem 68. De legat. 3.* Ergo cum Senatusconsulto cuius hîc mẽtio fit generaliter constitutum sit, vt omninm rerum quæ in patrimonio cuiosque sint vsus fructus legari possit, qnomodo io hac lege scriptum est & in *l. 1. infr. de vsufr. legat.* apparet ea generalitate verborum res omnes comprehendere, nec vllas excipere Senatum voluisse. Ergo nec eas quæ vsu consumuntur aut minuuntur. De quibus tamen etiam specialiter cautum fuisse ex eo apparet quod subiicitur in *l. prox.* De pecunia cujus vsusfructus legatus sit rectè caueri oportere his à qnibus eius pecuniæ vsusfructus legatus erit, scilicet ex eiusdem Senatuscõsulti authoritate. Sequitur enim apud Calum hoc Senatusconsulto non id effectum esse vt pecuniæ vsusfructus propriè esset (nec enim naturalis ratio, inquit, authoritate Senatus commutari potuit) sed remedio cautionis introducto cœpisse, quasi vsumfructum haberi. Ne dubitare possimus duas fuisse eius Senatusconsulti partes; Primam illam generalem, de qua hic, & in *d. l. 1. de vsufr. legat.* vt omnium rerum quas quis in patrimonio suo habeat vsumfructum legare possit. Aliam specialiorem quæ remedium cautionis introduxit, pro iis duntaxat rebus quæ vsu consumontur, aut minuuntur: Cuius scilicet vsus ad constituendum vsumfructum in cæteris rebus nullomodo necessarius est remedij loco. Ideò autem remedium fuit necessarium, quod alioqui non possit vsusfructus verè consistere in iis rebus, quarum vsus sine abusu nullus esse potest. Propter quam causam nec Cicero ipse quamuis malus alioquin Iureconsultus hoc ignorauit qui in Topicis rectè negat legatu vxori vsufructu bonorum omnium pecuniæ & aliarum huiusmodi rerum quæ in pondere, numero & mensura consistunt vsum legatum non videri quod vsus legatus sit non abusus, Eo nimirum iure, quod Ciceronis temporibus obtinebat, & ante hoc Senatusconsultum quod Imperatorum duntaxat temporibus factum est, & quo cœpit earum rerum quasi vsusfructus haberi, introducto scilicet remedio cautionis. Neque huic legi contrarium est, qnod ait Paulus in *d. l. 1. de vsuf. legat.* si legatus sit vsus vel vsusfructus itineris actus, viæ, vel aquæductus legatum non valere, quod seruitutis seruitus esse non possit. Nec vtile fieri ex Senatusconsulto, quo cauetur vt omnium quæ in bonis sunt vsusfructus legari possit, quia id, inquit, neque ex bonis, neq; extra bona sit Qnibus verbis significat, seruitutum vsumfructum legari non posse. Quod si ita est, Non ergo rerum omnium vsusfructus legari potest, sed excipiendæ sunt seruitutes quas vtiq; si quis cum interpretib. nostris dicat in bonis non esse, is proculdubio erraoerit. Quidni enim verè ac propriè dicantur in bonis nostris esse, cùm earum nomine & actiones nobis competant & interdicta & exceptiones? *l. rem in bonis 52. infr. De acquir.*

acquir.rer.domin.iun&. Tit.si seruit.vindic. De itin.actúq. priuat.de aqua quotid.& æstiu. Itaque difficilius apud Paulum illud est quod addit *quia id neque in bonis, neque extra bona sit.* Sed respondendum est eam Pauli sententiam esse non vt seruitutes in bonis nostris non sint, quod falsum est, sed vt seruitus & res alia de qua ibi agitur, & legata sine prædio, neq; in bonis sit, neq; extra bona, quia nec in rerum natura est, Cùm seruitutes prædiorum non magis sine prędiis dominantib. quam sine seruientib. esse possint *l.1. inf. Commun.præd.* quippe quæ nihil aliud sunt, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 80. de verb.sign.* Qui ergo legat vsumfructum itineris, aut actus, aut viæ, aut aquæductus, nec tamen legat prædium, cui aliqua ex his seruitutibus debetur, legat inutiliter. Non solum quia seruitutis seruitus esse non potest, non magis quàm accidens accidẽtis apud Philosophos, sed etiam quia legatus est vsusfructus eius rei, quæ non est in rerum natura, ac proinde quæ nec in bonis nostris, nec extra bona est, siquidem non entium nullæ sunt nec possunt esse qualitates, vulg. *l. eius qui 41. De reb.credit.* Consequenter ad Senatusconsultum, de quo hîc agitur, legatum illud non pertinet. Atq; hic vetus & germanus illius loci sensus est, à nemine fortassis ante hunc diem benè intellectus.

2. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

SEd de pecunia rectè caueri oporteret[a] his, à quibus eius pecuniæ vsusfructus legatus erit. Quo senatusconsulto non id effectum est, vt pecuniæ vsusfructus propriè esset: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit, sed, remedio[b] introducto, cœpit quasi vsusfructus haberi.

Ad l. Sed de pecunia 2.

Quemadmodum pendet hæc lex à præcedente, ita & huius legis interpretatio ex iis, quæ diximus ad legem præcedentem. Etsi enim de pecunia tantùm Caius hîc loquitur, idem tamen iuris est in cęteris rebus omnibus, quæ in pondere, numero, ac mensura consistunt, vt scilicet earum rerum vsusfructus verè ac propriè constitui non possit, quòd in abusu magis, quàm in vsu consistant, vtq; necessarium sit remedium cautionis ad quasi vsumfructum in iis constituendum *l. si vini 7. l. pen. & pass. inf. hoc tit.* In pecunia tamen specialis ratio dubitandi esse potest, quod non sicut oleum, vinum, & frumentum vsu consumitur. Corpora enim nummorum etiamsi in aliquos vsus impendantur, durant. Sed decidendi ratio est quòd permutatione pereũt & confusione, cùm nullius vsus esse possint nisi eorum dominium in accipientem transferatur, Præter id quod tùm quoq; cum dominium nummorum non transfertur, aliis tamen eiusdem speciei nummis permixti nullomodo discerni possunt vt eos pristinus dominus possit suos dicere, ac vindicare. Itaque vel per solam confusionem dominium eorum amitti necesse est: Confusio enim illa & immixtio habet vim consumptionis *l. si alieni 78. infr. De solut.* Consumptio autem quælibet modus est amittendi pristini dominij *l. 5. supr. de rei vind. §. quòd si frumentum 27. & præced. Instit. de rer. diuis.*

a *Rectè caueri oportet.* Ratio dubitandi. Etiam aliarum rerum nomine quæ in pondere, vel numero, vel mensura non consistunt, & quarũ vsusfructus legatus est, fructuarius rectè cauere proprietario debet, non solùm de vtendo fruendo arbitrio boni viri, sed etiam de vsufructu cùm finitus erit restituendo *l. 1. & tot. tit. inf. vsufr. quem. caueat.* Ergo nihil speciale est in vsufructu pecuniæ, & aliarum rerum quæ vsu consumuntur vel minuuntur, quod earum nomine rectè caueri oporteat his, à quibus vsusfructus legatus est.

Dec. P. omni quidem vsufructu cauendum est propria & prætoria stipulatione quæ ob eam causam fructuaria appellatur, & satisdationem omni casu exigit *d. l. 1.* vt & cæteræ omnes prætoriæ stipulationes *l. 3. de prætor. stipulat.* Sed aliter pro vsufructu earum rerum quæ vsu consumuntur, vel minuuntur, Aliter verò pro vsufructu aliarum. Priore casu satisdat fructuarius de restituendo non eadem ipsa corpora nummorum, sed tantundẽ, Posteriore verò de restituendis iisdem ipsis corporibus bonorũ quorum vsusfructus legatus fuit. Priore casu cautio facit vsumfructum qui alioquin constitui nullus posset, Posteriore verò non interponitur cautio ad constituendum vsumfructum, sed tantùm vt proprietario cautum sit de indemnitate. Rursum priore casu in stipulatione de vsufructu pecuniæ, & aliarum huiusmodi rerum reddendo, duo soli casus interponũtur mortis & capitis diminutionis, quoniam earum rerum vsus aliter amitti non potest quàm his duob. casib. *l. in stipulatione 9. & seq. infr. hoc tit.* In ea verò stipulatione quæ pro aliarum rerum vsufructu interponitur, omnes casus comprehenduntur quibus amitti vsusfructus potest, & de quibus dictum est *Tit. præcedente*, Scilicet rei peremptione vel mutatione, Consolidatione, Confusione, Non vtendo. Deniq; cautio præstanda de reddendo vsufructu aliarũ rerum adeoq; de vtendo fruẽdo arbitratu boni viri à testatore remitti potest, Illa verò quæ pro pecunia & aliis rebus quę in abusu consistũt præstanda est remitti nullomodo potest, vt dixi ad *l. 1. supr. de vsufr. ex l. 1. C. eod.* iunge *l. vxori 24. infr. de vsuf. legat.* Cautionem verò hîc cùm dicimus satisdationem intelligere debemus vt & quoties agitur de prætoriis stipulationibus, vt iam monuimus ex *l. 3. infr. de prætor. stipul. l. 1. C. de procurat.* Quamuis plerumq; cautionis nomine nuda repromissio, id est sine fideiussore intelligatur *l. 3. C. de verb. signif.* quod & Accursius noster benè explicat ex *l. tribus 8. infr. hoc tit. l. 2. C. de vsufr.*

b *Remedio cautionis.* Eleganter. Magnum enim ad expediendas plerasq; difficultates remedium in iure nostro comparatum est inductis cautionib. quoties aliter expediri res aut nullomodo aut non satis commodè potest *l. 1. § si heres infr. ad SC. Trebell. l. item si cùm 14. § quatenus sup. Quod met. caus. l. pen. supr. de hered. pet. l. si à bonæ fidei 21. l. is à quo 57. & pass. supr. de rei vindic.* aliisque sexcentis iuris locis.

3. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

POst quod omnium rerum vsusfructus legari poterit, an & nominum[a]? Nerua negauit. sed est veriùs, quod Cassius, & Proculus existimant, posse legari. idem tamẽ

Nerua, ipsi quoq; debitori posse vsumfructum legari scribit, & remittendas ei vsuras.

Ad l. Post quod 3.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quę ad *l. 1. supr.* Nam & sensus idem est, Ante senatusconsultum de quo hîc agitur non potuisse legari vsumfructum nisi earum rerum quarum vsus aliquis esse possit salua earum substantia, sed post Senatusconsultum posse legari etiam cæterarum rerum quæ vsu consumuntur, vel minuuntur, Omnium denique quas possit quis in suo patrimonio habere. Sic enim loqui malo, vt alienas quoque comprehendam, ex *l. 5. infr. hoc tit.* Quomodo etiam ferè Paulus loquitur in *l. 1. de vsufr. legat. vt omnium quæ in bonis sunt, vsusfructus legari possit.* In bonis, inquam, siue testatoris, siue alterius cuiuslibet. Nec valde dissimiliter Pomponius in *l. vsufructu 69. ad leg. falcid.* Post Senatusconsultum nullam rem esse quæ non cadat in vsusfructus legatum. Sed quod adfert Accursius ex *l. omnium 29. supr. De vsufr.* quasi quod hîc scriptum est illud ipsum sit quod ibi ex Vlpiano & Celso proponitur, Omnium bonorum vsumfructum posse legari nisi excedat dodrantis æstimationem probare certè non possum. Aliud enim est dicere Vsumfructum bonorum omnium legari posse, Aliud verò quod nunc dicimus, Posse legari vsumfructum rerum omnium quæ in bonis sunt: Et dixit ibi Vlpianus sine dubio *omnium bonorum* pro *totorum* relatione facta ad quantitatem, & vniuersitatem bonorum non ad qualitatem & conditionem indistinctam rerum quarum vsusfructus legatus sit, Vt & in *l. procurator totorum 63. supr. De procurat.*

a *An & nominum?* Ratio dubitandi. Pro Nerua, qui negabat quasi vsumfructum nominum constitui posse, ne quidem adhibito ex Senatusconsulti authoritate remedio cautionis, Quòd nomina cōstituant tertiam & propriam speciem bonorum differentem non solùm à bonis mobilibus, & immobilibus, cùm neque mobilia sint neque immobilia *l. quanti Tuberonis 7. § in peculio infr. de pecul.* Sed etiam ab iis rebus quæ vsu consumuntur aut minuuntur, Cùm nec consumi possint, nec minui, tanquam quæ incorporalia sint, & in iure consistant *l. 1. §. quædam sup. de rer. diuis.* & apud Iustin. *tit. de rebus corpor. & incorpor.* vnde & iura appellantur. Cùm ergo ante Senatusconsultum non aliarum rerum vsusfructus legari posset, quàm earum quibus posset quis vti frui salua earum substantia, Senatusconsultum verò posteà secutum nihil addiderit, nec quicquam noui induxerit, nisi ob res, quę vsu consumuntur, vel minuuntur, Consequēs Neruæ videbatur, nihil innouatum in nominibus, sed retentum ius antiquum, quod vtique tale erat, vt nominum vsusfructus, aut quasi vsusfructus legari nullomodo posset, Sed & ratio illa mouere Neruam poterat, quòd vtilitas nominum tota cōsistit in agendo. Quid enim aliud sunt nomina debitorum, quàm obligationes? Et ad quid obligationes nisi vt pariant actiones? *l. licet 42. §. ea obligatio supr. de procurat.* Denique quid aliud sunt chirographa ipsa & tabulæ, nisi actiones quarum probatio tabulis continetur? *l. qui chirographum 59. de legat. 3. l. seruum filij 44. § cum qui chirographum & seq. l. huiusmodi 84. §. si ita cui legatum De legat. 1. l. 3. §. 1. De liber legat.* Atqui non potest fieri, vt ex obligatione in vnius fauorem contracta, alius agat: Quæcunque enim gerimus ad obligationem acquirendam, ea vt initium à nostra persona sumant necesse est, & vt nobis non alij actio acquiratur *l. quæcunque 11. infr. de oblig. & action. l. stipulatio ista 38. § alteri de verb. oblig.* Qui ergo fieri potest vt nominis legetur vsusfructus? Et hæc sanè dubitandi ratio probabilior & conuenientior mihi semper visa est, qui video nec ipsum Neruam dubitare quin post Senatusconsultum, de quo tractamus legari possit vsusfructus nominis ipsi debitori, & vtile fore legatum hactenus vt ei remittendæ sint vsuræ. Nimirum quia in eam rem nulla indiget actione, sed tantùm exceptione si fortè ad vsuras conueniatur ab herede testatoris eiusdemq; creditoris. Quod ipsum tamen non nisi post Senatusconsultum & propter eius authoritatem admitti posse ex eo apparet quod subiicitur in *l. seq.* etiam cautionem ab hoc debitore exigendam esse. De quo enim alio quàm de debitore possis intelligere quod lex ait, *ab hoc?* Neque enim quicquam in præcedentibus scriptum est de persona vlla singulari, sed tantùm de nominibus debitorum impersonaliter, Sed tamen ratio fortior quæ Proculum & Cassium mouit, vt contrà senserint, Posse scilicet legari vsumfructum nominum, perinde atque pecuniæ, & aliarum rerum quæ vsu consumuntur, Illa fuit, quod Senatusconsulto generaliter inductum sit vt omnium earum rerum quæ in bonis sunt, vsusfructus legari possit *l. 1. supr. d. l. 1. de vsufr. legat.* nec vlla res sit quæ non cadat in legatum vsusfructus *d. l. vsufructu 69. ad leg. falcid.* Atqui nemo dubitat quin rei & bonorum appellatione etiam iura & obligationes contineantur *l. rei 23. l. bonorum 49. in fin. iunct. l. Princeps 21. de verb. sign.* Ergo etiam nominum quasi vsumfructum legari hodie posse adhibito cautionis remedio dicendum est. Quidni verò? Cùm tentari etiam possit, Nomina debitorum, qua appellatione ipsas potissimùm obligationes & actiones intelligimus, in earum rerum numero esse, quæ vsu consumuntur. Siquidem certissimi iuris est Actionem omnem quæ exercetur hoc ipso quod exercetur consumi & amitti, vt posteà iterum exerceri ampliùs nunquam possit, vt diximus ad *l. vnic. §. vlt. sup. quand. dies vsufr. legat. ced.* Proinde cùm nullus sit vsus actionis nisi in ea exercenda, Verè possit quis dicere actiones & nomina debitorum, vsu consumi, non minùs quàm pecuniam. Nec abs re: Cùm vt plurimùm ex nominibus pecunia debeatur, Et legatus vsusfructus nominis in effectu nihil distet à legato vsufructu pecuniæ & quantitatis quæ ex nomine percipi & exigi potest, arg. *l. mortis causa 18. §. Titia & l. auunculo 28. infr. De mort. caus. donat.* Neque verò debuit Nerua moueri ex eo quod inutile videatur huiusmodi legatum, ex quo nullam actionem habere legatarius possit aduersus debitorem alij obligatum. Nam imò verò potest ex eo legato contra debitorem actio dari fructuario aut directa si eam heres mandauerit ad exigendum id quod debetur, Aut vtilis proprio ipsius fructuarij nomine, Postquàm rescripto Diui Pij saltem per prudentū interpretationem inductum est vt ad exemplum emptoris hereditatis ex legato nominis possit legatarius etiam proprio nomine vtilibus actionibus experiri, *l. ex legato 18. C. de legat.* iunct. *l. si cum emptore 16. sup. de pact.* Quod rescriptum etiam ad alios quoslibet nominis cessionarios protractum est *l.*

2.C.

2. C. de oblig. & action. l. vlt. C. quand fisc. vel priuat. l. nomen 4. C. quæ res pignor. oblig. poss. l. si conuenerit 18. infr. de pign. act. iunct. l. emptor 5. l. postquam 7. & sequ. C. de hered. vel act. vendit. Quid enim referre potest An nomen ipsum legatum sit an nominis vsusfructus? Nempe post Senatusconsultum quo inductum est vt rerum omnium quæ in bonis sunt, vsusfructus legari possit, An quidquam perinde hic vsumfructum atque pignus in nomine debitoris constituere? Præsertim cum fructus rei sit vel pignori dare licere l. vlt. infr. de vsur. Nimirum vtroque casu non tam nomen ipsum transfertur in fructuarium, aut in creditorem absolutè, quàm vtilitas quædam nominis, Sed cum hac tamen differentia quòd fructuarius totam pecuniam ex nomine redactam vero creditori restituere cogitur finito vsufructu, nec aliud commodum ex vsufructu retinet nisi vsuras quæ ex ea pecunia toto illo tempore quo vsusfructus durauit percipi potuerunt, Creditor verò pignoratitius nomen ipsum potest vendere, aut, si malit, exigere, vt omne id consequatur, quod sibi debetur nec quicquam restituere actione pignoratitia cogitur, nisi quod supra quàm sibi deberetur, vel exegit vel per venditionem nominis consecutus est d. l. si conuenerit. Verius ergo est quod cōtra Neruam Proculus & Cassius disputarunt, Posse hodie post Senatusconsultū legari vsumfructum nominis, non tantùm ipsi debitori ad remittendas ei vsuras, quod Nerua admittebat, sed etiam alij cuilibet, quod ille negabat. Nec enim difficilius fuit Senatus actionem hoc casu pro vsufructu dare extraneo quàm exceptionem debitori. Sed omni casu necessaria erit cautio, quàm pro remedio Senatus introduxit, vt ex Paulo subiicitur in l. seq.

4. PAVLVS libro 1. ad Neratium.

ERgo cautio etiam ab hoc exigenda erit.

Ad l. Ergo & cautio 4.

Bona illatio est ex eo quod dictum fuit in lege præcedenti. Nam si post Senatusconsultum potest quasi vsusfructus nominum constitui vt contra Neruam Proculus & Cassius voluerūt, cōsequens omnino est vt remedio cautionis adhibito hic quasi vsusfructus inducatur, id est præstita satisdatione de restituendo tantundem, quantum nomine continetur. Sed quod in hac lege additur *ab hoc* difficultatem facit, quam habeat relationem, An ad generalem illam Proculi & Cassij propositionem quæ habet, Nominum quasi vsumfructum legari posse, An ad specialiorem illam hypothesim, in qua cum cæteris Nerua consentiebat de vsufructu nominis legato ipsi debitori ad vsuras ei remittendas. Et sanè vix est vt verba illa *ab hoc* constructionem aliam recipere possint, quàm vt scriptum videatur *ab hoc debitore*, vt proximè diximus. Sed tamē non possum mihi persuadere subiectam ex Paulo hāc legem, vt ad specialem illam exceptionem ac non potiùs ad generalem Proculi & Cassij sententiam accommodetur. Itaque mallem legere *ob hoc* lubrico certè ac facili errore, & in hunc sensum, vt legato vsufructu nominis exigenda sit cautio & satisdatio ob hoc ipsum, vt quasi vsusfructus in nomine constitui possit: Exemplo eius quod Senatusconsulto inductum est in vsufructu legato pecuniæ, & aliarum rerum quæ vsu consumuntur, vel minuuntur. Nam vt maximè quis velit dicere, quod nos non negamus, illo etiam casu quo ipsi debitori legatus sit vsusfructus nominis ad vsuras ei remittendas, exigendam esse ab hoc debitore satisdationem. Illud tamen fatendum est non esse hanc cautionem illi similem quæ præstanda est ex Senatusconsulto pro vsufructu pecuniæ aut aliarum huiusmodi rerum quæ in pondere, vel numero, vel mensura consistunt. Quid enim aliud promittere hic debitor possit, quàm se finito vsufructu sortem soluturum? Siquidem tota huius legati vtilitas in vsuris non soluendis versatur. Ergo soluere hunc debitorem eiúsve heredem oportebit eam ipsam summam & quantitatem debetur, non tantundem, quod in alijs casibus diuersum est. Et tamen de simili cautione loqui Paulum in hac lege, de qua Senatusconsultum locutum est, & Vlpianus, itémque Caius in legibus præcedentibus, coniici potest ex dictione *etiam* quam solent vulgo nostri dicere implicatiuam esse, ac proinde, vt loquuntur, repetitiuam præcedentium qualitatum, vt esse solent cæteræ omnes dictiones quas illi implicatiuas & repetitiuas vocant, De quibus tractant in *l. in repetendis 63 De legat. 3.* Melius ergo & conuenientius est vt hic legamus *ob hoc* quàm *ab hoc*. Etsi vtraque lectio bonum sensum habet.

5. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

HOc senatusconsultum non solùm ad eum pertinet, qui pecuniæ vsumfructum, vel cæterarum rerum, quas habuit, legauit: verùm & si fuerint alienæ.

Ad l. Hoc Senatusconsultum 5.

Ratio dubitandi. Ei demùm cauendum est cuius interest *l. si cui 18. infr. de condit. & demonstr. l. si post acceptum 18. & seq. supr. De rei vindic.* Nemo enim superuacua cautione onerandus est *l. hæc stipulatio 14. in fin. infr. vt legat. seruand. caus. caueat.* Nec ad aliud comparatæ sunt obligationes quàm vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri De verbor. obligat.* Atqui nihil interest domini quòd vsusfructus bonorum meus ab alio legatus sit, siue pecuniæ, siue vini aut olei aut frumenti, aut aliarum huiusmodi rerum; cùm talia legata nullo modo lædant, aut afficiant ius domini *l. vxor patrui 20. C. de legat. l. debitorem 15. C. de pignor.* Heredis verò longè minùs interest quòd huiusmodi res quarum potimus legatum esse vsumfructum consumantur vsu, vel minuantur cùm sint alienæ. Cautio igitur hîc nulla interponi potest, Et consequenter quasi deficiente remedio constituendi vsusfructus dicendum est in his rebus quæ & alienæ sunt & vsu consumuntur, neque verum vsumfructum, neque quasi vsumfructum constitui vllum posse.

Dec. Quemadmodum rei alienæ legatum valet si modò factum sit à sciente testatore *§. non solum Inst. De legat.* non ad hoc quidem vt domino res sua auferatur, sed vt oneretur heres ad rem in-

sto si fieri possit, precio redimendam, aut ad præstandam iustam æstimationem *l. non dubium* 14. §. *vlt. l. qui quatuor* 32. §. *vlt. de legat.* 3. Ita & legatum vsusfructus rei alienæ valere debet, vt perinde ipsam redimere heres teneatur ad præstandum vsumfructum si testator sciuerit alienam; siue pœnas talem rem esse quæ in specie consistat, siue quæ in genere: Ac proinde non potest negari, quin heredis intersit, tum quoque cùm aliena res legatur. Neque verendum est vt testator qui rem alienam legat, quicquam in eo faciat contra legem duodecim tabularum quæ testatori non nisi de sua re ac pecunia legandi potestatem fecit *l. verbis legis* 120. *de verbor. signific. l. conficiuntur* 8. §. *si post factum in fin. infr. de iur. codicill.* De sua enim pecunia satis testatur qui heredem suum onerat. Ergo si vsusfructus tritici vel vini vel olei alieni legatus sit, quidni cauere fructuarius debeat heredi de tantundem restituendo cùm vsusfructus finitus erit? Proinde acsi vini, vel olei sui vsumfructum testator legasset. Nam siue dominus mercis volet illam vendere dominium ipsius acquiretur heredi, perindéque esse debebit, acsi rei heredis legatus esset vsusfructus. Siue dominus nolet vendere parum interest siue heredis siue legatarij an illud ipsum frumentum aut vinum aut oleum præstetur quod alienum fuit, & cuius vsusfructus legatus est, an aliud quod de sua vel hereditaria pecunia heres comparauerit eiusdem generis & bonitatis: An denique malit heres præstare iustam æstimationem, ex qua tantundem ille mercium eiusdem bonitatis & generis empturus sit, Cùm merces illæ recipiant functionem in suo genere *l. 2. §. mutui infr. de reb. credit.* Sed si res cuius vsusfructus legatus est, talis sit quæ vendi non possit qualis est pecunia, quid obsecro, interest an propria sit an aliena? Sanè illa semper distinctio necessaria est, an testator propriam putauerit, an sciuerit alienam, vt priore casu legatum vsusfructus rei alienæ non valeat, Posteriore valeat, quia non minus in legato vsusfructus quàm in legato proprietatis ea præsumptio capienda est quod non sit verisimile testatorem oneraturum fuisse heredem si rem alienam sciuisset *l. vnum ex familia* 67. § *si rem de legat.* 2. Sed neque puto Vlpiani sententiam in hoc loco eam esse, vt post Senatusconsultum legari possit vsusfructus pecuniæ alienæ, sed tantùm vsusfructus aliarum rerum quæ vsu consumuntur extra pecuniam etiamsi sint alienæ. Quod & verba huius legis ostendunt. Nam locutus Vlpianus de pecunia in numero singulari, mox de rebus cæteris quas in patrimonio suo habuit testator, subiungit similiter in plurali numero *etsi fuerint aliena.* Et verò si relictus esset vsusfructus pecuniæ alienæ per modum speciei relictæ (hoc enim necessariò supponendum est, itémque in tritico, vino & oleo & aliis huiusmodi mercibus quæ consistunt in genere, cùm genus alienum esse numquam possit) non posset videri grauatus heres aut alienam pecuniam redimere, quæ vendi non potest, neque præstare non redemptam, cùm in aliena pecunia quandiu alia manet, nihil iuris habeat. Veréque hoc casu dici potest, quod suprà obiecimus, Ex lege 12. tabul. ciui Romano non nisi de pecunia sua testandi facultatem datam esse. Qua etiam ratione defendi potest, quod nescio an adhuc quisquam obseruauerit, Pecuniæ alienæ proprietatem legari nullomodo posse. Verissima enim propositio est, Cuius rei proprietas legari non potest, nec vsumfructum posse.

1 ¶Si pecuniæ sit vsusfructus legatus vel aliarum rerum, quæ in abusu consistunt, nec cautio interueniat: videndum, finito vsufructu, an pecunia quæ data sit, vel cæteræ res, quæ in absumptione sunt, condici possint. Sed si quidem, adhuc constante vsufructu, cautionem quis velit condicere: dici potest, omissam cautionem posse condici incerti condictione. sed si finito vsufructu, ipsam quantitatem Sabinus putat posse condici. quam sententiam & Celsus libro octauodecimo Digestorum probat. quæ mihi non inarguta videtur.

Ad §. 1. Si pecunia.

Ratio dubitandi. Vsusfructus legatus earum rerum, quæ in abusu consistunt nullus esse potest, neque quasi vsusfructus nisi introducto, & adhibito remedio cautionis de tantundem reddendo, vt diximus in præcedentibus. Ergo si pecunia, vel qua alia res huiusmodi tradita sit ex causa legati vsusfructus, nec cautio vlla interuenerit, non potest videri finitus vllo casu vsusfructus, qui nec initiū accepit *l. Sempronius* 29. *infr. de vsufru. legat. l. Titio vsumfructum* 96. *De condict. & demonstr.* nec quæstioni locus relinquitur an condici possit cautio, quæ numquam fuit petita. Multò minus videtur posse condici quantitas, quæ licèt fuerit tradita, & numerata, sic tamen tradita & numerata est, vt tamen dominium non fuerit translatum in accipientem, Quippe quę facta sit nullo titulo præcedente, cùm vsusfructus neque constitutus vllus fuerit, neque constitui potuerit sine cautione. Nuda namque traditio dominium numquam transfert *l. numquam nuda* 31. *De acquir. rer. domin.* Porrò non translato dominio, non potest condictio competere, sed tantùm vindicatio, quæ numquam concurrit cum condictione nisi aduersus furem §. *sic itaque Instit. de act. l. vlt. infr. vsufr. quem. caueat. l. 1. De condict. furt.* Atque ita Vlp. concludit in *l. si vsusfructus* 7. *in princ. inf. vsufr. quem. cau.* vbi ait ex Proculo, si vsusfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, posse heredem rem vindicare: Etsi obiciatur exceptio de re vsusfructus nomine tradita, replicationem dandam esse.

Dec. Multùm refert, an legatus sit vsusfructus eius rei, quæ in vsu consistat, non in abusu, An verò eius rei, quæ in abusu potiùs, quàm in vsu. Priore casu dominium non transit in fructuarium, quia neque id agitur, neque agi potest, cùm vsusfructus non sit titulus habilis ad transferendū dominium. Et ideò si satisdationem fructuarius non præstiterit, vindicare proprietarius rem adhuc extantem potest, Et si obiciatur exceptio rei traditæ, ad exēplum exceptionis quæ emptori accommodatur rei venditæ, & traditæ, replicare poterit de non præstita satisdatione, Non illâ quidem de qua agitur in hoc §. quæ præstanda est ex Senatusconsulto ad

con-

constituendum quasi vsumfructum, De restituendo tantundem, sed prætoriâ illâ quam Prætor introduxit, & de qua in *Tit. Vsufr. quemadm. cau.* sub quo lex illa posita est. Posteriore verò casu nihil est quod de vindicatione tractari possit, Non quasi traditio nuda magis possit transferre dominium in hac specie, aut titulus vsusfructus habilior esse ad transferendum dominium, quàm superiore, sed quia vindicari nihil potest nisi quod extat secundùm vulgarem illam veterémque vindicationis formulam quæ ocularem rei demonstrationem exigebat *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, quia nec vindicare alius potest quàm qui dominus est *l. in rem 23. & pass. supr. De rei vindic. l. Quintus 27. §. argenta De aur. argent. legat.* nec aduersus alium quàm possidentem *l. qui petitorio 36. de rei vindic.* Vnde est quod vindicatio nasci dicitur ex præsenti possessione *l. non alias 14. §. sed si postulatur supr. de iudic.* Nemo autem vel dominus, vel possessor esse potest rei, quæ extare desiit cùm nullus sit magis naturalis modus amittendi dominij & possessionis, quàm consumptio: Ideóque passim vides in iure nostro quibus casibus rei extantis vindicatio competit, iisdem rei consumptæ dari condictionem *l. si filiusfamilias 14.* iunct. *l. certi condictio 9. §. si nummos l. rogasti 11. §. vlt. & l. seq. infr. de reb. credit.* Condictio igitur necessaria est heredi, qui legatum vsumfructum pecuniæ aut vini vel olei tradidit sine cautione, quia re consumpta non potest vindicatio superesse, quæ locum haberet si pecuniæ vel res fructuaria adhuc extaret. Idcirco autem condictio aduersus fructuarium competit eius pecuniæ aut mercis quæ vsusfructus nomine tradita est absque cautione, Non quasi translatum sit dominium in accipientem, quamuis ex natura negotij id ageretur si cætera fuissent habilia *l. si vini 7. infr.* (consumptio enim modus amittendi dominij non acquirendi) sed ratione tantùm illa, quòd verum sit facto heredis eiusdémque proprietarij pecuniam aliámve mercem ad fructuarium peruenisse. Quomodo in specie licèt dissimili argumentatur Vlpianus in *l. non omnis 19. §. 1. infr. de reb. credit.* Quod non satis videtur Accursius obseruasse qui dominium pecuniæ hoc casu transferri in fructuarium putat: quod certè numquam transfertur sine titulo, qui porrò hîc nullus est. Condictionem verò quæ heredi contra fructuarium competit duplicem esse Vlpianus ait pro temporum quibus proponitur diuersitate. Vnam cautionis, si agatur constante adhuc vsufructu. Alteram ipsius quantitatis si eo iam finito. Circa primam dubitandi illa ratio est, quòd videatur posse imputari heredi qui cùm non aliter pecuniam, aut mercem cuius vsusfructus legatus fuit, tradere legatario cogeretur, quàm præstita priùs per legatarium cautione, tradidit tamen nulla petita: Vt proinde videatur similis eis esse qui retentiones quas solas habent, omittunt, quibus nullum superest auxilium ad debiti solutionem extorquendum *l. si in area 33. in fin. De condict. indeb. l. in hoc iudicium 14. §. 1. Commun. diuid. l. heres 21. ad SC. Trebell.* Sed decidendi ratio est, quia non tantùm legatarij, sed etiam defuncti interest, adeóq; reipublicæ supremas hominum voluntates exitum habere & effectum sortiri *l. & quia 6. infr. De interrog. act. l. vel negare 6. infr. quemadm. testam. aper.* Non ergo debet legatum vsusfructus intercidere, ob id solùm quod non sit præstita satisdatio, quæ præstari debuit, sed oportet & vsumfructum aut quasi vsumfructum tradi ab herede, satisdari autem à legatario, vt ex vna parte voluntati testatoris satisfiat, ex altera verò iuris rationi. Quæ ratio facit vt nec aliud dicendum sit in vero vsufructu si satisdatio præstita nō sit *d. l. si vsusfructus nomine 7. infr. vsufr. quem. caueat.* Nec alia melior quærenda est eius quod Pomponius respondit in *d. l. heres 21. ad SC. Trebell.* vbi pro eo quod corruptè legitur *similem eum esse* docuimus legendum esse *similem non esse* in Chiliade *De error. pragmat.* Potest ergo condici omissa cautio, Et quidem condictione incerti, quia non datur hæc condictio ad rem certam, sed ad incertam siue obligationem consideres quæ cùm in iure consistat non potest digito aut aliter demonstrari vt certum quid dici possit *l. certum 6. De reb. credit.* siue quòd datur ad factum, id est vt satisdatio interponatur: factum autem semper incertum dicitur, vel ob hoc ipsum quod in eius locum semper succedit præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. De re iudic. l. quoties quis alium 81. l. stipulationes non diuiduntur 72. §. 1. De verb. oblig. l. ob eam causam 9. infr. De præscr. verb. l. quòd si 60. De legat. 1. l. qui exceptionem 40. §. si pars De condict. indeb.* Eius namque quod interest quantitas semper est incerta *l. quatenus 24. De regul. iur. l. vlt. De prætor. stipulat.* Condicitur autem cautio etiam non petita, quia omnimodo debetur ad constituendam essentiam quasi vsusfructus qui sine hoc remedio, neque in pecunia, neque in aliis rebus quæ vsu consumuntur posset constitui, Adeò vt neque à testatore ipso remitti possit *l. 1. C. de vsufr. l. vxori 24. infr. de vsufr. legat.* Quanquam & alia satisdatio quæ ex Prætoris imperio præstanda est à quolibet fructuario si omissa sit, æquè condici potest *d. l. si vsusfructus 7. vsufr. quem. cau.* quia durat ius petendæ cautionis, quandiu durat vsusfructus: Nemo autem intelligitur velle ius suum remittere, quod scit durare *l. sicut 8. §. non videtur infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Et cùm satisdatio hæc præstetur propter vsumfructum, consequens est vt quādiu durat vsusfructus, tamdiu quoque duret obligatio & necessitas præstandæ satisdationis. Etsi enim omni casu ab initio præstanda est, non vsque adeò tamen ab initio, vt non etiam ex postfacto præstari possit, cùm quādoque præstita possit includere, quicquid interest stipulatoris, etiam præteriti temporis habita ratione: quippe quod in stipulationem faciliùs deductū intelligitur quàm futurum *l. si ita quis 135. §. vlt. inf. De verb. oblig.* Circa secūdam verò condictionem, quam dat Vlpianus finito vsufructu ad ipsam quantitatem pecuniæ, cuius vsusfructus legatus est, & quæ ex eâ causa fructuario tradita sine cautione, ac numerata est, Illa dubitandi ratio incurrit, quòd si nulla quoque præstita cautione permittatur heredi condicere quantitatem, frustra videatur Senatusconsulto cautum vt eo nomine præstanda sit satisdatio. Quid enim prodest satisdedisse legatariū de restituenda eadem quantitate, si non satisdedisse illum, nihil nocet heredi? Item illa, quòd condictio non solet dari, nisi ei qui fuit dominus, & contra eum qui dominus hodie sit: Cùm dicantur cōdictiones eæ demùm actiones personales per quas intendimus aduersarium dari oportere *§. sic itaque Instit. de action.* quod ipsum *dare* nihil aliud est quàm dominium transferre *l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. obl.* Quomodo autem transferre dominium potest is qui non habet? Atqui non potest dici transla-

Digitized by Google

tum dominium ab herede in legatarium licèt hereditaria fuerit non aliena pecunia cuius legatus vsusfructus est, quia non potest transferri dominiũ nisi ex traditione non nuda, & quæ facta sit in consequentiam iusti alicuius tituli præcedentis *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Titulus autem legati vsusfructus earum rerum quæ vsu consumuntur ipso iure nullus est, & vt defendatur iure quasi vsusfructus necessariò descendendum est ad Senatusconsultum, quo remedium cautionis introductum fuit, vt idem Vlp. noster loquitur in *l. pen. infr.* & nos in præcedentibus disputauimus contra Accurs. qui dominiũ hoc casu in legatariũ transferri putat. Sed respondendum est quod nos quoq; iam attigimus, Condictionem in hac specie dari heredi contra legatarium, non quasi contra dominum, sed quia heres desierit ipse dominus esse, non per numerationem sed per consumptionem, quodque facto eius pecunia ad legatarium peruenerit; vt in *d. l. non omnis 19. §. 1. De reb. credit.* Iure enim non modò ciuili sed etiam gentium æquum est pecuniam meam quæ ad te nullo iure peruenerit, eam mihi abs te reddi *l. si & me 32. eod. tit.* iunct. *l. verum 25. in fi. Rer. amot.* Scilicet si aliud nihil impediat. Hoc enim addendum est, Ne quis fortè putet dandam statim heredi condictionem pecuniæ contra legatarium etiam constante adhuc vsufructu. Voluntas enim testatoris qui legauit impedimento est ne danda sit interim condictio pecuniæ, sufficiente ad heredis indemnitatem condictione cautionis. At postquàm finitus est vsusfructus iam nihil est quod impediat ne quantitas ipsa condici possit. Absurdum siquidem esset plus iuris habere fructuarium ob id quod legatum vsusfructus non constiterit neq; ipso iure propter qualitatem rei fructuariæ, neque ex Senatusconsulto propter defectum satisdationis, quàm si constitisset, vt argumentatur Iulianus in *l. 3. sup. tit. prox.* Atqui si vsusfructus constitisset, finiretur tandem morte & capitis diminutione *l. in stipulatione 9. & seq. infr. hoc tit.* Ergo & pro finito haberi debet si tale quid contigerit, tunc etiam cùm ob non præstitam cautionem, nec verè nec quasi vsusfructus vllus fuit. Et quia cautio non est necessaria nisi ad constituendum quasi vsumfructum, ideò absurdum esset dicere condici cautionem finito iam vsufructu. Sicuti nec actio in factum, de qua in *l. partis 10. inf. de præsc. verb.* eo casu locum habere potest, sed eo tantùm casu quo posset condici pecunia finito iam vsufructu si heredis bona ab eius creditoribus distracta nõ fuissent: Cùm enim distracta sunt neque ipsi heredi, à quo legatus fuerat vsusfructus competere potest condictio, neque rursum creditoribus à quibus non fuit legatus vsusfructus. Quemadmodum nec posset dari condictio ei qui dominus pecuniæ numquam fuisset, sed in factum agi eo nomine oporteret *l. Iulianus 9. § si tibi decem in fin. infr. ad exhib.* Non tamen ad cautionem, vt malè Accursius putat, sed ad pecuniam, vt in *d. l. partis.* Non est his contrarium quod Papin. respondit in *l. pacto 69. §. fratre de legat. 2.* Si cautio non sit ab eo desiderata qui primus ad fideicommissum admissus est domus quam testator in familia relinqui præceperat, nullam nasci condictionem eo nomine, sed si domus ad extraneum quandoque peruenerit, fideicommissum familiæ competiturum. Nam, vt benè Accursius respondet, condictio non alij potest competere quàm cuius intersit. Nihil autem in illa specie interest heredis qui fideicommissum vni ex familia restituit, nulla petita satisdatione siue per ignorantiam, siue qua alia ratione id prætermiserit, cùm ea restitutione sit liberatus, nec vllo casu domus illa ad eum redire debuerit, sed ad proximum de familia peruenire in casum contrauentionis, Quamuis tùm quoque cùm nemo alius vlterior ex familia superest possit heres per eadem rationem exceptione doli cautionem desiderare, vt perinde voluntas defuncti seruetur, vt ibidem Papinianus subiugit. At in ea specie quam tractamus interest heredis caueri, vt finito quandocunque quasi vsufructu possit pecuniam repetere quam ex causa vsusfructus numerauit, cùm ea numeratione post secutam consumptionem etiam proprietatem amiserit, quam ei pro vsufructu reddi perinde æquum est atque ipse pro vsufructu legato proprietatem dare coactus fuit, *l. si vini 7. infr. hoc tit.* Placet autem, quod Accursius quoque notat, condictionem per quam repetitur quantitas numerata, non esse incerti, vt illam per quam agitur ad cautionem, sed certi quæ scilicet competit ex omni contractu etiam incerto ex quo certum petitur *l. certi condictio 9. l. si quis certum 24. & pass. infr. de reb. credit.* Ex his apparet quàm verum sit, quàm verè Vlpianus supradictam distinctionem quæ Sabini primùm fuit, deinde à Celso adprobata, non inargutam dicat. Est enim sanè tota ipsa quæstio & difficilis & subtilis.

2 ¶ Quæ in vsufructu pecuniæ diximus, vel cæterarum rerum, quæ sunt in abusu, eadem & in vsu dicenda sunt. nam idem continere vsum pecuniæ, & vsumfructum, & Iulianus scribit, & Pomponius libro octauo de stipulationibus.

Ad §. 2. Quæ in vsufructu.

Ratio dubitandi. Larga differentia est inter vsum & vsumfructum, Cùm longè plus sit in fructu quàm in vsu, & fructui vsus insit, vsui autem fructus desit *l. per seruum 14. §. 1. inf. de vsu. & habit.* Vnde fit vt multa liceant fructuario, quæ vsuario non liceant *§. 1. Instit. eod. tit.* Non ergo debet eadem constitui ratio fructus & vsus. Alioqui si idem essent, cur diuersa haberent nomina? arg. *l. si idem 7. C. de Codicill. l. quid si nepotes 6. de test. tut.*

Dic. Aliud quidem est vsus, Aliud fructus, & alia atque alia ratio vtriusque regulariter, sed in iis rebus quæ vsu consumuntur, vel minuuntur, nulla est inter hæc differentia, quia quarum rerum vsus sine abusu esse non potest, earum nec fructus esse potest, Cùm sicuti in eo quod plus est etiam quod minus est inest *l. in eo 110. de regul. iur.* ita è contrario cùm denegatur quod est minus, multò magis & quod est maius *l. cui pacto 5. inf. de seru. export.* Id enim est quod dici solet, A minori ad maius valere argumentum negatiuè, A maiori verò ad minus affirmatiuè. Neq; hoc tantùm in iis rebus quę vsu consumuntur, aut minuuntur obtinet, sed in aliis etiam nonnullis, quarum nempe non amplior fructus esse potest quàm vsus, si quæ res eiusmodi inueniantur *l. quoniam 10. §. 1. infr. hoc tit.* Ex diuerso autem si qua res cuius legatus vsus est, talis sit vt

vsum

Digitized by Google

vſum habere nullum ſine fructu poſſit, dicendum eſt vſu legato fructum quoque legatum intelligi vt in ſilua cædua *l.pen.in pr.infr. de vſu & habit.* Rectè autem dicuntur heres in abuſu conſiſtere, quæ vtendo conſumuntur, vel minuuntur, quoniã abuti eſt ſi re aliqua ſic vtaris vt eã perdas & conſumas.

6. IVLIANVS libro 35. Digeſtorum.

SI tibi decem millia legata fuerunt, mihi eorumdem decem millium vſusfructus: fient quidem tua tota decem milia: ſed mihi quinque numerari debebunt, ita vt tibi caueam. tempore mortis meæ aut capitis deminutionis reſtitui iri. Nam & ſi fundus tibi legatus fuiſſet, & mihi eiuſdem fundi vſusfructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem: ſed partem cum vſufructu, partem ſine vſufructu: & non heredi, ſed tibi cauerem boni viri arbitratu.

Ad l. Si tibi decem 6.

Ratio dubitandi. Cùm certæ quantitatis pecuniæ legatur vſusfructus non aliter poteſt valere legatum, neque quaſi vſusfructus conſtitui, quàm ſi proprietas ab herede in legatarium transferatur. Subtilitas enim iuris & caſus neceſſitas, vt Marcelli verbis vtar, aut fortaſſe Triboniani potiùs in *l.ſi mulier 59.§.ex aſſe in fin. De iur.dot.* facit vt in hac ſpecie proprietatem loco vſusfructus cedere oporteat, cautionem verò penes heredem remanere vice proprietatis *l.prox.* vbi dicemus *infr.* Atqui non poſſunt eodem tempore duo eiuſdem rei domini eſſe in ſolidum *l.5.§.ſi duobus vehiculum inf.commod.l.de hereditate 19.§.pater infr.De caſtrenſ.pecul.* Ergo ſi tibi decem millia legata fuerint, Mihi verò eorundem decem millium vſusfructus, non poteſt dici tua fieri tota decem millia, mihi verò quinque millia ex his numerari debere. Alioqui quantum ad quinque millia pertinebit quæ mihi numerata ſunt, erimus duo domini in ſolidum. Nec quod in hac lege ſubiicitur, Cauere me tibi debere de reſtituendis quinque millibus in caſum mortis aut capitis diminutionis facere poteſt vt poſſibile ſit quod eſt impoſſibile.

Dec. Quoties vni proprietas alicuius rei legatur non deducto vſufructu, alteri verò eiuſdem rei vſusfructus, placet communicari vſumfructum inter eos vt proprietarius habeat partem dimidiam proprietatis cum vſufructu, aliam ſine vſufructu: Adeoque licèt alia teſtantis voluntas fuerit, quòd hoc caſu plus valere debeat quod ſcriptum eſt, quàm quod actum, vt eleganter ſcribit Modeſtinus in *l.ſi alij 19.de vſufr.legat.* Ergo in propoſita ſpecie ſi tibi decem millia legata ſint, mihi autem eorundem decem millium vſusfructus, dicendum eſt tota decem millia tua fieri, ſed ex iis quinque millia iure plenæ proprietatis, hoc eſt cum vſufructu cauſali, Mihi verò aliorum quinq; millium vſumfructum. Verùm quoniam pecuniæ quaſi vſusfructus conſtitui non poteſt ne quidem adhibito remedio cautionis ex Senatuſconſulto quin proprietas in legatarium transferatur *dict.l.prox.infr.* omnino conſequens eſt vt eorum quinque millium quę mihi ex cauſa vſusfructus numerãda ſunt proprietas ad me pertinere debeat, Sed ita tamen, vt non ſimus duo eiuſdem rei domini in ſolidum & eodem tempore, ſed vt proprietas decem millium tota in te ab herede transferatur. A te autem in me proprietas quinque millium, quaſi breui manu etiamſi nunquam tibi numerata fuerint ab herede, ſed mihi. Euenit enim hoc caſu quod alias pleriſque vt celeritate coniungendarum actionum vna occultetur, vt in ſpecie *l.3.§.ſed ſi debitorem infr. de donat.inter vir.& vxor. l.ſingularia 15.infr.de reb.credit.* Idque ita eſſe intelligimus ex eo quòd lex ait cauere me tibi debere, non heredi. Nam cùm hæc cautio vice proprietatis ſit, vt diximus, ei cauendum eſt à quo fructuarius proprietatem habet, non alij, quia nec alij reſtituere proprietatem debet quàm à quo eam habuit. Vnde eſt quod, vt Iulianus in hac lege ſubiicit, ſi fundus tibi legatus fuiſſet, & mihi eiuſdem fundi vſusfructus haberes tu quidem totius fundi proprietatem, ſed partem cum vſufructu, partem ſine vſufructu. Ego verò partis dimidiæ vſumfructum, ſed pro qua non heredi cauere deberem, ſed tibi, Nimirum quia finito vſufructu reuerſurus eſſet ad te vſusfructus, non ad heredem. Quod autem circa vſumfructum iuris eſt, cùm verus fuit legatus vſusfructus, Idipſum obtinet circa proprietatem in quaſi vſufructu pecuniæ per cautionem conſtituto. iunge *l.4.* vbi dixi *ſupr.de vſufruct. adcreſ.l.ſi tibi 8 infr.vſufr.quem.caueat.*

1 ¶Sed ſi duobus eorundem decem milium vſusfructus legatus fuerit: quina milia accipient: & inuicem, & hæredi ſatiſdabunt.

Ad §.1. Sed ſi duobus.

a *Sed ſi duobus.* Subiicitur hic caſus diuerſus à ſuperiore. Nam in illo legata tibi erant decem millia, & mihi eorundem decem millium vſusfructus. In hoc verò ponit Iulianus & tibi & mihi eorundem decem millium vſumfructum legatum eſſe manente eorum proprietate penes heredem. Et ait vtrumque noſtrum quina millia accipere debere, ſed ambos & inuicem inter nos & ſimul heredi ſatiſdare debere. Sic enim locus hic explicandus eſt, non quomodo ab Accurſio, qui ſic videtur intelligere, quaſi ego tantùm tibi cauere debeam, tu mihi, propter ius adcreſcendi, quod inter nos eſt tanquam in vſufructu aut re & verbis, aut ſaltem re tantùm coniunctos, neuter verò heredi. Cùm tamen apertiſſimè Iulianus dicat & inuicem nos cauere & heredi debere, quod & ſcriptum eſt in *l ſi tibi 8.inf.vſufr.quem.caueat.*

Ratio dubitandi. Inter nos locus eſt iuri adcreſcendi, vt proximè dictum eſt, cùm ſimus re coniũcti, ſaltem in vſufructu. Ergo inuicem cauere nobis debemus in caſum mortis aut capitis diminutionis, non heredi: quæ Accurſij ſententia eſt.

Dec. Ei demùm cauendum eſt ſiue ex Senatuſconſulto præſtetur cautio, ſiue ex edicto Prætoris ad quem proprietas finito vſufructu reuerſura eſt *d.l.4.in fin.ſupr.de vſufr. adcreſc. d.l ſi tibi 8. infr.vſufruct. quem.caueat.* Atqui finito vtriuſque noſtrum vſufructu, tota proprietas ad heredem reuerſura eſt. Nec enim ius adcreſcendi impedit reuerſionem

proprietatis, nisi quandiu in vltimi persona vsusfructus durat: vtroque autem mortuo, vel capite minuto necesse est proprietatem pecuniæ fructuariæ reuerti ad heredem, à quo primùm discesserat. Ergo quamuis inter nos cauere inuicem debeamus propter spem quam vnusquisque nostrûm habet obtinendi partem socij per ius adcrescendi, Non eo minùs tamen etiam heredi vterque nostrûm cauere debet. Nam cùm vsusfructus pecuniæ & aliarum rerum quæ vsu consumuntur eam interpretationem recipiat vt proprietatem ipsam in legatarium transferri necesse sit, an non illud etiam necesse est, vt præmoriente vno ex legatariis proprietas quam ipse pro parte sui vsusfructus habuit ad alium reuertatur per ius adcrescendi, & consequenter vt inuicem sibi cauere debeant non minùs quàm heredi? vt & in *d.l.si tibi 8.vsufr. quem.caueat.* vbi non de vsufructu legato agitur vt hîc, sed de legata proprietate. Rursum cùm verum sit proprietatem hoc casu transire quidem in legatarium vsusfructus, At non quasi legata sit ei proprietas, sed vt proprietas illa sit vice vsusfructus penes legatarium, Cautio verò vice proprietatis penes heredem, *d.l.prox.inf.* consequens est vt quemadmodũ si verus esset vsusfructus, cogeretur vterque collegatarius heredi satisdare, *d.l.si tibi* quoniam ad eum tandem vsusfructus redire deberet, Ita & in quasi vsufructu pecuniæ non minùs cauere debeat collegatarius vterque heredi, quam si proprietas ad eos non transiret, quandoquidem transit proprietas illa iure vsusfructus, vt dixi non proprietatis: Nec mouere debet quod Accursium mouit de duplici copula & de propria significatione dictionis *inuicem* cùm adiecerit Iulianus dictionem *heredi* quæ omnem dubitationem tollit, & quæ in Accursij libro videtur defuisse. Quid enim tam contrarium quàm quod lex ait *heredi satisdandum esse* sic interpretari cum Accursio, vt vnusquisque legatarius alteri satisdet de tanta pecunia restituenda si morietur, aut capite minuetur? Idem probatur ex *l.tribus 8.infr.* sed apertiùs ex *d.l.si tibi 8.infr. vsufr. quem. caueat.* Ex quo loco manifestè conuincitur falsum esse quod hic notat Accursius, In vsufructu vero caueri tantùm proprietario non etiam socio. Ibi enim & de vsufructu vero agitur, & socio tamen vsusfructus cauetur.

7. GAIVS libro 5. ad Edictum Prouinciale.

SI vini, olei, frumenti vsusfructus legatus erit: proprietas ad legatarium transferri debet: & ab eo cautio desideranda est: vt, quandoque is mortuus, aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur: aut, æstimatis rebus, certæ pecuniæ nomine cauendum est: quod & commodiùs est. Idem scilicet de cæteris quoque rebus, quæ vsu continentur, intellegemus.

Ad l. Si vini 7.

Ratio dubitandi. Permisceri causas proprietatis & vsusfructus non oportet *l.pen.inf. De acquir.poss.ff.* quia vsusfructus sicuti pignus nulla dominij societate coniungitur *l.iusto 44. §. non mutat inf. de vsucap.* Est enim proprietas quid longè plus, & maius quàm vsusfructus, licèt vsusfructus quandiu durat, totius rei emolumentum contineat *l. Maeuius 66.§.fundo de legat.2.* Denique vsusfructus non nisi pars quædam est plenæ proprietatis, nec nisi portionis instar obtinet *l. cùm filius 76. §. dominus eod. l. qui vsumfructum 58. de verb.oblig* Ergo si cui legatus sit vsusfructus vini, vel olei, vel frumenti, non est cogendus heres vt proprietatem istarum rerum in legatarium transferat. Est enim perabsurdum esse nos liberaliores testatore in re testatoris, & cui testator minus dedit, non plus dare *l. debitor 58. in fine princip. l.facta 63. §.si sub conditione infr. ad SC.Trebell.*

Dec. Omnibus modis agendum & curandum est quibus fieri potest vt suprema defuncti voluntas exitum & effectum sortiatur quoniam ita fieri non tantùm defuncti interest sed etiam Reipublicæ *l. & quia 6.infr.de interrog.action.l.vel negare 6.inf. testam.quem.aper.* Atqui cùm legatus est vsusfructus vini vel olei vel frumenti vel etiam pecuniæ aut denique alterius cuiuslibet rei quæ vsu consumatur, fieri nequit vt voluntas testatoris effectum habeat, quin proprietas in legatarium transferatur, Cùm nullus legati possit vsus esse, multò minùs fructus sine abusu, Frustráque futurum sit vt dicamus manere proprietatem penes heredem illius rei quam legatarius vtendo consumpturus sit, Quemadmodum è contrario frustra esset dicere transferri vsumfructum in legatarium qui metu interdictæ consumptionis re illa frui nullomodo posset. Qua ratione ita comparatum ius erat ante Senatusconsultum, de quo suprà diximus, vt in huiusmodi rebus constitui vsusfructus nullomodo posset. Senatusconsultum verò quod eatum quasi vsumfructum introduxit, cùm facere non potuerit vt hæ res vtendo non consumerentur, fecit hoc vnum quod potuit, vt consumi quidem possent à legatario, sed ita vt perinde ac si consumptæ non essent saluũ maneret ius heredis: Hoc ipsum verò nõ alio remedio quàm cautionis adhibito, vt proprietas quidem transferretur in legatarium vice vsusfructus, sed vicissim loco proprietatis cederet cautio quam legatarius præstaret heredi de restituendo ei tantundem, id est in eadem bonitate & qualitate si quando vsumfructum aut morte aut capitis diminutione legatarij finiri contingeret, Aut de restituenda æstimatione in pecunia, æstimatis rebus secundùm valorem qui est eo tempore quo res traditur, aut pecunia numeratur. Id enim demùm abesse heredi videtur, quanti nunc res fuit cùm tradebatur, vt solet in cæteris etiam causis bonitas illa æstimari, quæ est inspecto tempore traditionis *l.bonitatis 13. infr.de euict.* Cùm autem non æstimatio sed res redditur, illud ipsum idem reddi videtur quod redditur in eadem bonitate, & qualitate *l.cùm quid 3.inf.de reb credit.* Commodius tamen est, vt lex ait, certa pecunia æstimari rem fructuariam, ne posteà quærendum & litigandum sit quid, & quantùm ex causa vsusfructus fructuarium præstare oporteat, vt dici solet cùm taxatur quantitas eius quod interest *l.vlt. inf.de prætor stipulat.* Iunge §.2.*Inst.de vsufr.*

8. PAPI-

8. PAPINIANVS libro 17. Quæstionum.

TRibus heredibus institutis, vsumfructum quindecim millium Titio legauit, & duos ex heredib. iussit pro legatario satisdare. placebat, vtile esse cautionis quoque legatum: nec refragari senatusconsultum: quia cautio non impediretur: & esse alterum legatum velut certi [a], alterum incerti. vsusfructus itaque nomine [b] partem pecuniæ petendam ab eo, qui satis accepit à coherede, incertique cum eodem agendum, si satis non dedisset. eum verò, qui satis præstitit, ac propter morā coheredis non accepit: neque fructus nomine interim teneri propter senatusconsultum, neque actione incerti, quia coheredi satisdedit. Illud etiam nobis placet [d], legatarium cogendum promittere. Finito autem vsufructu [e], si coheredes ex causa fideiussoria conuenirentur, eos mandati non acturos: non enim suscepisse mandatum, sed voluntati paruisse: denique cautionis legato liberatos. De illo nec diu tractandum fuit [f], secundùm legatum, id est cautionis, non heredum videri, sed eius, cui pecuniæ vsusfructus relictus est, cuique testator prospicere voluit, & cuius interesse credidit, fideiussores non suo periculo quærere.

Ad l. Tribus 8.

Ratio dubitandi. Nemo potest facere quin leges & Senatusconsulta in suo testamento locum habeant *l. nemo potest 55. de legat. 1.* Atqui Senatusconsulto de quo in *l. sup.* inductum est vt pecunia & aliarum huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur non aliter vsusfructus aut quasi vsusfructus legari possit quàm si heredi satisdet legatarius de tātundem restituendo *l. 2. & 4. sup.* Ergo contra Senatusconsultum facit testator, qui tribus heredibus institutis, & quindecim millium vsufructu legatò iubet duos ex heredibus pro legatario satisdare.

Dec. Vtile est legatum omne quod habet aliquod commodum siue repræsentationis siue aliud quodlibet, dummodò nihil factum sit cōtra leges aut senatusconsulta aut edicta Principum aut Prætorum edicta *l. si creditori 28. §. 1. & l. seq. De legat. 1. l. si ad leg. falcid.* Atqui legatum hoc cautionis habet suam vtilitatem, eamque non minimam, quod intersit legatarij fideiussores non suo periculo quærere, vt in fine huius legis Papinianus scribit: Et prætereà nihil fit in hoc legato contra Senatuscōsultum, quia cautio per huiusmodi legatum non impeditur, quam è contrario testator præstari voluit à duobus heredibus, scilicet inuicem & ambos simul tertio qui satisdare iussus non fuit. Duplex igitur hic legatum est, & vtrumque validum, vnum vsusfructus, alterum cautionis.

a *Et esse alterum legatum veluti certi.* Ratio dubitandi, Vsusfructus etiam rei certæ, incertum quid esse intelligitur *l. vbi autem 73. §. fundi certi infr. de verb. oblig. l. De condict. tritic.* Consistit enim ex vtendo fruendo quod facti est *l. vnic. supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* factum autem semper incertum est *d. l. vbi autem §. qui id quod*, præter id quod emolumentum ipsum fructuum incertum quoque semper est, vt cætera omnia quæ pendent à futuro euentu. Ergo in proposita specie legatum vsusfructus non potest dici veluti certi.

Dec. Vsusfructus legatus quantitatis certę, semper certus est, quia vi ipsa continet proprietatem, vt dictum est in lege præcedente, Proprietas enim certa est, tanquam quæ tota in iure, non in facto consistat. In eóque differt vsusfructus pecunię non tantùm ab vsufructu fundi *d. §. fundi*, sed etiam ab vsufructu vini, tritici vel olei, aut aliarum huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur. Vterque enim ille incertus est non solùm quatenus vsusfructus est, vt in *d. §. fundi*, sed etiam quatenus rei incertæ. Triticum enim etiamsi addas Africum & bonum, itemque vinum licèt addas Campanum & bonum est quid incertū tametsi certus modiorum aut amphorarum numerus expressus sit quia bono melius inuenitur Nisi additum sit *optimi d. l. vbi autem §. vsque adeò.* Benè igitur Papinianus hoc legatum vsusfructus certæ quantitatis pecuniæ, ait esse veluti certi. Sed cur *veluti* si verè certi est? An quia vt vulgo interpretes ex hac lege probant, dictio *veluti* sit interdum expressiua veritatis? Sic enim loquuntur. Imò potius, quia tam singulare est & extraordinarium, vt aliquis vsusfructus certus sit, vt vix propriè id dici posse videatur. Item quia non solet facilè in legatum cadere distinctio illa certi & incerti, sed in stipulationem, quarum alias certas dicimus, alias incertas pro rerum quæ in stipulationem deducuntur diuersitate *l. stipulationū 74. eo. tit. de verb. obl.* Hoc ipsum verò cur ita? Nimirum quoniam ex stipulatione certa nascitur alia actio quàm ex incerta. Ex certa nascitur condictio certi ex stipulatione, Ex incerta verò nascitur actio ex stipulatu, *l. si quis certum 24. inf. de reb. cred. & apud Iustin. initio Tit. de verb. obl.* At ex legato siue rei certæ sit siue incertæ, vna tātum & vnius generis nascitur actio, quæ dicitur ex testamento. Ideóque superuacua esset distinctio illa legatorum, in ea quæ essent certi & quę incerti: Qua tamen Papin. propemodum inuitus hîc vtitur, vt apertiùs explicet differentiam quę est inter legatum vsusfructus certę quantitatis pecunię, & legatum cautionis quod semper incerti est, quia cautio semper est quid incertum, nec vnquam nisi incerti actione condicitur, cùm in faciēdo consistat quod semper incertum esse diximus, vt benè Accurs. ratiocinatur ex *d. §. qui id quod* & *l. quoties quis 81. eod. tit. l. si heres 5. in fi. De act. empt.*

b *Vsusfructus itaque nomine.* Pergit Papinianus tractare differentiam quæ est inter legatum vsusfructus certæ pecuniæ, & legatum cautionis. Vsusfructus nomine partem pecuniæ petendam esse ab eo qui satis accepit à coherede, scilicet actione ex testamento vt interpretatur Accurs. non etiam condictione certi ex legato. Competit enim condictio illa quidem etiam ex causa legati *d. l. certi condictio 9. §. 1. de reb. cred.* quoties petitur pecunia numerata nō etiam si triticum aut vinum aut oleum aut quid aliud siue certum siue incertum *d. l. 1. de cond. tritic.* At non pro omni legato sed pro eo cuius dominium sit iam translatum in legatarium, cùm non alij cōpetat condictio quàm qui dominus aliquādo fuit. In proposito autem dominus non fuit legatarius vsusfructus pecuniæ antè numerationem, at ne qui-

dem per numerationem nisi secuta vel satisdatione vel consumptione. Sed quod pertinet ad legatum cautionis, ait Papinianus cum eodem herede incerti agendum si satis non dedisset coheredi, Eâdem sc. actione ex testamento quæ incerti dicitur hoc casu quia datur ad factum & ad id quod interest legatarij si satisdatio non præstetur, vt benè hîc Azo adnotauit. Ratio dubitandi. Debuit quidem hic heres satisdare coheredi pro legatario, sed vicissim debuit quoque coheres ei satisdare pro eodem legatario, vt constat ex verbis illis quæ sequuntur *Eum verò qui satis præstiterit, ac propter moram coheredis satis non accepit*. Cur non ergo fit compensatio satisdationum? Cum tantùm vnus quantum alter debeat alteri, vt in *l. qui non militabat 78. infr. de hered. instit. l. vnum ex familia 67. §. sed si vno de legat. 2.* vbi & doli exceptionem ob hanc causam competere Papinianus ait.

Dec. Satisdatio hæc præstatur ex necessitate, vt aliquis pecuniæ quasi vsusfructus constituatur, qui alioquin constitui nullus posset, repugnante nimirum iuris ratione. Ergo necessariò præstanda est, nec potest haberi pro præstita ex vtraque parte, quod in mutuis omnibus cautionibus iuris est *d. l. qui non militabat* quamuis cæterarum rerum omniũ compensatio fieri soleat *l. vlt. C. de compensat.* Præsertim verò in hac specie in qua satisdationem præstat coheres coheredi non pro se, sed pro legatario qui alioqnin eam præstare deberet nec vllam posset obiicere compensationem, sicuti nec aduersus eum posset obiici compensatio, cum nihil ipse aliis debeat.

c *Eum verò qui satis accepit.* Ratio dubitandi. Mora coheredis qui coheredi suo non satisdedit nocere non debet legatario cui nihil potest imputari. Est enim generale vt factum cuique suum & mora vnicuique sua nocere debeat, non alteri *l. in condemnatione 173. §. penultim.* ionct. *l. factum 155. De regul. iur.* Ergo non ob id minùs dicendum est legatario teneri vsusfructus nomine coheredem, qui satisdedit, quòd à coherede vicissim satis non acceperit: Quamuis propter legatum cautionis teneri non debeat quia satisdedit.

Dec. Sine satisdatione non potest vsusfructus aut quasi vsusfructus vllus constitui pecuniæ vt neque aliarum rerum quæ vsu consumuntur, Neque ex ratione iuris quia in abusu consistunt non in vsu, neque ex Senatusconsulto quod vsumfructum quidem induxit, sed adhibito remedio illo vnico satisdationis, quæ adeò necessaria est vt nec à testatore ipso remitti possit *l. t. C. de vsufr.* Ergo si non fit præstita coheredi non potest legatarius ab eo quicquam petere vsusfructus nomine, cùm nihil possit ei imputare legatarius, Possit verò coheres qui satisdedit imputare legatario cur coherede non satisdante ipse non satisdederit ad consequendum vsumfructum, salua ei actione incerti ex testamento aduersus alium coheredem non satisdantem in omne id quod sua interesset præstitam fuisse satisdationem.

d *Illud etiam nobis placet.* Ratio dubitandi. Plus præstat qui satisdat, quàm qui simpliciter ac nudè repromittit *l. pacta conuenta 72. de contr. empt. l. si dictum 56. infr. de euict.* Atqui quisquis præstat plus quàm debeat præstat id ipsum quod debet *l. cum qui 15. inf. de ann. legat.* Ergo non est cogendus legatarius promittere heredibus qui pro eo inuicem sibi satisdederunt.

Dec. Fideiussor non potest obligari, quin alienæ accedat obligationi. Est enim fideiussoris obligatio accessoria, quæ proinde non potest consistere absque principali *l. 1. & seqq. l. fideiussor 16. §. fideiussor & pass. infr. de fideiuss.* Ergo non eo minùs promittere debet legatarius se finito vsufructu tantundem restituturum, quamuis pro eo coheredes inuicem satisdederint, vt scilicet aliqua subsit obligatio principalis, pro qua satisdetur. Obligationẽ enim principalem supponit satisdatio, non impedit. Nec testator qui remisit satisdationem legatario, etiam promissionem remisit, quam iniunxit potiùs nec remittere potuit non magis quàm satisdationem tametsi maximè voluisset *l. t. C. de vsufr.*

e *Finito autem vsufructu.* Ratio dubitandi. Quod quis ex causa fideiussoria præstitit repetere potest ab eo pro quo soluit vel actione mandati si mandatum intercesserit, aut negotiorum gestorum si mandatum nullum intercessit *l. ex mandato 20. §. 1. & pass. infr. mandat. l. si pro ea 10. C. eod.* Atqui quod in hac specie præstitit vnus ex coheredibus alteri pro legatario ex satisdatione præstitit proculdubio ex causa fideiussoria siue ipse fideiusserit siue alium fideiussorem dederit, Ergo actionem mandati ad indemnitatem consequendam habere debet. Idémque de duobus coheredibus tractari potest si vt Papinianus ponit ambo fideiussores ex causa fideiussoria conueniantur, deinde contra legatarium pro quo satisdederunt, agant mandati.

Dec. Non possunt videri mandatum suscepisse coheredes qui testatoris sui voluntati paruerunt, quique satisdederunt quidem pro legatario, sed non tam vt obligarent sibi legatarium quàm vt se à cautionis legato liberarent, quo erga legatarium tenebantur, vt in proposita specie contigit. Ergo actionem mandati contra legatarium habere non debent nec si mandatum intercesserit, vt neque negotiorum gestorum mandato nullo interueniẽte, Quoniam neutra harum actionum alij competit quàm cui indemnitatem præstari æquum est ob gestum alienum negotium. Nam neque ex suscepto à te mandato si tua tantùm gratia susceperis non mea, actio vlla tibi contra me dari potest *l. 2. §. vlt. infr. mandat.* Hîc autem illud amplius est quod coheredes satisdando pro legatario, etiam ex eius mandato, quod hîc necessariò supponendum est vt possit quæstioni locus esse de actione mandati, non tam suscepisse mandatum videntur, quàm voluntati paruisse, vt & in *l. vnum ex familia 67. §. 1. de legat. 2.* Denique ea solutione liberarunt se à legato cautionis, ac proinde suum potiùs quàm legatarij nomine gesserunt. Nullam igitur actionem habere debent contra legatarium pro quo non aliud damnum subierunt, quàm quod à testatore fuit eis iniunctum, arg. *l. Papinianus 28. eod. tit. mandat.* quamuis contingat vt ea solutione legatarius quoque liberetur. Nam & idem in duobus correis debendi contingit vt solutione per vnũ facta alius quidem liberetur, nec tamen is qui soluit habeat regressum nisi ei cessæ sint actiones *l. vir vxori 17. §. vlt. ad SC. Vell. l. rem hereditariam 65. de euict. l. si in rem 13. C. si cert. petat.* Planè dubitandum non est, quin ex promissione sua legatarius conueniri possit finito vsufructu, vt tantundem restituat iis quoque coheredibus, qui pro ipso satisdederunt. Non enim restituendæ totius pecuniæ onus legatario semissum esse testator voluit, quod nec velle potuit, sed satisdandi tantùm. Idq; quod maximè respondendum erat, à

Papiniano

Digitized by Google

Papiniano prætermissam fuisse miror, & ab Accursio qui tamen totam quæstionem hanc satis diligēter tractauit. Illud sanè admitto, quod ipse ait coheredes qui satisdederūt non se liberasse ab actione ex testamento quominùs teneantur numerare illi pecuniam cuius vsumfructum testator legauit. Nō enim legatum adimit, qui legatario magis prospicit, & legato vsusfructus adiicit legatum cautionis. Sed nec ea res liberat legatarium quominùs ex promissione sua pecuniam finito vsufructu heredibus omnibus pro parte cuiusq; hereditaria restituere teneatur. Aliuqui promissio illa quam Papinianus ab eo fieri debere ait, ad quid, obsecro, prodesset? Nec minùs verum illud quoq; est quod idem Accurs. notat, Posse aliquando vnam & eandē numerationem & ad liberationem prodesse, & ad nouam obligationem inducendam, vt in *l. in numerationibus 44. vers. item si vsusfructus infr. de solut.* vbi Marcianus scribit fieri potestate numerationis, vt si vsusfructus pecuniæ numeratæ legatus fuerit, & liberetur heres ex testamēto pecuniam illam numerando & obliget sibi legatarium: Suppositis scilicet terminis habilibus, id est promissione facta per legatarium & præstita ex Senatusconsulto per eum satisdatione: sed aliud est obligari legatarium ad restituendum finito vsufructu tantundem pecuniæ, quod semper necesse est, Aliud verò coheredibus eum obligari actione mandati ob præstitam ab iis pro legatario satisdationem: quod non est necesse, vt benè explicat Accurs. ex *l. si vir vxori 52. infr. de donat. int. vir. & vxor.* iunct. *l. si remunerandi 6. §. si passus sim inf. mandat.* lunge *l. si pupillus 11. inf. ad leg. falcid.*

f *De illo nec dies tractandum fuit.* Ratio dubitandi. Testator iussit coheredem coheredi satisdare. Ergo legatum est coheredum non legatarij.

Dec. Legatum eius esse intelligitur, cuius intuitu & contemplatione relictum est, & cui maximè prospicere ac fauere testator voluit, Cuius deniq; potissimùm interest *l. seruo legato 69. §. si testator de legat. 1. l. fideicommissa 11. §. interdum de legat. 3.* Atqui in proposito casu licet testator coheredem coheredi satisdare iusserit, Iussit tamen satisdare pro legatario, cui certè prospicere soli voluit, & cuius interesse credidit fideiussores non suo periculo quærere, vt Papinianus hîc scribit. Coheredis enim cui satisdatio præstatur nihil omnino interest, Cuius interesset potiùs nullam præstari satisdationem, vt neque legatum vsusfructus pecuniæ præstare ipse teneretur: quippe quod citra satisdationem deberi nullomodo potest, vt toties diximus.

9. PAVLVS libro 1. ad Neratium.

IN stipulatione de reddendo vsufructu pecuniæ, duo soli casus interponuntur, mortis, & capitis deminutionis.

Ad l. In stipulatione 9.

Ratio dubitandi. Plerique alij casus sunt quibus perire & amitti vsusfructus potest, extra casum mortis aut capitis diminutionis, Puta non vtendo, Rei peremptione aut mutatione, Consolidatione, & Confusione *§. vltim. Instit. de vsufr. & Tot. tit. praeced. Quib. mod. vsufr. amitt.* Ergo in stipulatione de reddendo vsufructu pecuniæ, non tantùm hi duo casus interponi debent mortis, & capitis diminutionis, sed etiam alij omnes, vt heredibus à quibus legatus vsusfructus est, plenissimè consulatur.

Dec. Non alij casus in huiusmodi stipulatione ac satisdatione comprehendendi sunt quàm quibus amitti vsusfructus potest, cùm non interponatur hæc stipulatio nisi in eū casum quo vsusfructus finietur, & amittetur. Atqui non potest amitti vsusfructus pecuniæ nisi duobus his solis casib. vt scriptum est in *l. seq. & in l. si vsusfructus nomine 7. §. 1. infr. vsufr. quem. caueat.* Quomodo enim amitteretur aut non vtendo, aut consolidatione aut cōfusione, aut etiam rei mutatione, Cùm hoc casu in legatarium vsusfructus transeat proprietas ipsa pecuniæ? *l. si tibi vini 7. supr.* Nec enim vllo ex his casibus proprietas rei amitti potest. At neque quod magis mirum est peremptione rei vsusfructus hic amittitur, quia nō potest amplius perire pecunia, quæ licèt numerata in specie restituenda tamen est in genere cùm legatarius non ad eadem corpora nummorum reddenda obligetur, sed ad restituendum tantundem. Genus enim perire numquam potest *l. incendium 11. C. si cert. petat.* Sed neq; semper casus mortis in hac stipulatione apponi debet. Quid enim si non homini sed ciuitati & Reipublicæ vsusfructus relictus sit? Ciuitas enim neq; mori, neq; facilè capitis diminutionem pati potest, *l. an vsusfructus 56. supr. de vsufr.* Ergo erit hoc casu interponenda stipulatio in casum quasi mortis & quasi capitis diminutionis, quoniā aratrum pati ciuitas potest, atq; ita desinere esse ciuitas *l. si vsusfructus 21. sup. tit. prox.* Itemq; in tempus centum annorum postquam placuit vt eo demum tempore vsusfructus hic finiatur, etiāsi quasi mors nulla ciuitatis interuenerit, quia finis ille vitæ longissimæ hominis est *d. l. an vsusfructus & l. si vsusfructus 6. de vsuf. legat.* Imò si verum amamus, quicquid reluctetur Accursius, Nullus casus in huiusmodi stipulatione exprimendus est, nisi vsusfructus finiti qui porrò nō tam casu aliquo finitur, quàm tēpore, Casus enim ille perituræ ac quasi morituræ ciuitatis abominabilior est quàm vt in stipulationem deduci possit aut debeat: arg. *l. cùm tale 72. in pr. infr. de cond. & demonstr.* Et verò si casum aduersamq; fortunam expectari hominis liberi neq; ciuile neque naturale est. vt Paulus eleganter scribit in *l. inter stipulantem 83. §. sacram de verb. oblig.* quantò minùs expectari debet liberæ ac florentis fortasse ciuitatis? Solùm igitur tempus centum annorum stipulatione comprehendi satis erit. Quid rursum si vsusfructus non perpetuus sed ad certum vsque duntaxat tempus fuerit legatus? Potest enim & ex die & ad diem legari *l. 4. supr. De vsufr. l. & puto 16. §. vsusfructus inf. famil. ercisc.* Æquè hoc casu exprimendum erit tempus quo finem accepturus sit vsusfructus. Sed nō eo minùs duo hi casus exprimendi erunt mortis, aut capitis diminutionis, cùm adiectio temporis hoc tantùm faciat vt vltra tempus illud durare & viuere vsusfructus non possit, Non etiam vt non antè amitti possit omnib. illis modis quibus amitti vsusfructus perpetuus potest si non fuerit repetitus. Potest enim repeti quoquomodo amissus nisi morte *l. repeti 5. in princ.* vbi dixi *sup. tit. prox.*

10. VLPIANVS lib. 79. ad Edictum.

QVoniam pecuniæ vsus aliter amitti non potest, quàm his casibus.

NNN 2

Ad l. Quoniam 10.

Initium huius legis nihil nisi rationem continet legis præcedentis, iam satis à nobis explicatam, Eadem ratio ex eodem Vlpiano nostro proponitur in *l. si vsusfructus nomine* 7. §. 1. *infr. vsufr. quem. caueat.* Est enim vtraq; lex sumpta ex eodem Vlpiani libro 79. ad Edictum, in quo tractauit Vlpianus de vsufructu & vsu, vt constat ex *l. 1. 3. & 5. eod. tit.* quamuis diffusiùs in libris 17. & 18. ad Sabinum.

1 ¶ Si vsus tantùm pecuniæ legatus sit: quia in hac specie vsus appellatione etiam fructum contineri, magis accipiendum est: stipulatio ista erit interponenda. Et quidam aiunt non ante hanc interponi stipulationem, quàm data fuerit pecunia. ego autem puto, siue antea, siue postea ea pecunia data sit, tenere stipulationem.

Ad §. 1. Si vsus tantùm.

Ratio dubitandi. Senatusconsultum quo inductum est vt quasi vsusfructus pecuniæ cõstitui possit, & aliarum rerum, quæ vsu consumuntur, de vsufructu tantùm non etiam de vsu locutum est vt constat ex *l. 1. 2. & 3. supr.* Ergo si vsus tantùm pecuniæ legatus sit dicendum est legatum neque ipso iure, neque ex Senatusconsulto valere.

Dec. In hac specie vsus appellatione etiam vsusfructus continetur. Non magis enim vsus quàm fructus esse potest earum rerum quæ vsu consumuntur, nec potest plus esse in fructu quàm in vsu quoties res in abusu consistit *l. 5. §. 1. supr. hoc tit.* vbi dixi, Quamuis aliàs dici soleat, quod & verum est fructui vsum inesse, vsumfructum deesse *l. per seruum 14. §. vsusfructus infr. de vsu & habit.* Ergo Senatusconsultum quod de vsufructu legato pecuniæ factum est ad vsum quoq; legatum pertinet, ac proinde eadem stipulatio & satisdatio interponi debet, vt hoc adhibito remedio, quasi vsusfructus pecuniæ constitui possit. Idem est in silua cædua, cuius vsu legato etiam vsusfructus legatus intelligitur *l. pen. in prin. infr. eod ill. tit. de vsu & habit.*

a *Et quidem aiunt.* Ratio dubitandi. Non aliter valet legatum vsusfructus pecuniæ, aut aliarum huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur vel minuũtur, quàm si remedium cautionis & satisdationis adhibeatur, vt proprietas in legatarium per numerationem aliámve traditionem transferri possit *d. l. 1. & 2. & l. si vini 7. sup.* Ergo satisdationem præstari necesse est antequàm detur pecunia vt per dationẽ & numerationem proprietas transferatur. Quippe quæ si per numerationem ipsam & in instanti numerationis non transeat in accipientem, transire posteà numquam potest, Cùm numeratio & traditio naturalis modus sit transferendi dominij *l. traditio 20 de acquir. rer. domin. l. non omnis 19. & l. praced. inf de reb. cred.* At tutiùs cùm satisdatio non aliam ob causam præstetur quàm vt legatum valeat & proprietas in legatarium transferatur, Dicendum videtur, priùs datam esse debere pecuniam, vt stipulatio non sine causa interposita dici possit, quo casu pateret quidem actionem ipso iure sed quæ doli mali exceptione eliderettur *l. 2. §. circa de doli mal. except.* Benè igitur quidam senserunt non antè interponi hanc stipulationem debere, quàm data fuerit pecunia.

Dec. Nihil hîc aliud inquirendum est nisi an testatoris voluntati, & Senatusconsulto satisfactum sit. Atqui satisfit vtrique siue numeratio fiat ante stipulationem interpositam siue posteà. Nam si ante fiat præbet causam, eamq; iustam stipulationi, si verò posteà, implet stipulationem *l. cùm enim 6. & leg. praced inf. De nouat.* Sic dicimus posse obligationem fideiussoriam accedere principali obligationi non minùs futuræ quàm præteritæ *l. stipulatus sum 6. § vltim.* iunct. *l. 4. infr. de fideius. §. fideiussor etiam pracedere Instit. eod* Ergo verum est quod Vlpianus ait, siue anteà siue posteà data sit pecunia, stipulationem & satisdationem tenere.

11. VLPIANVS lib. 18. ad Sabinum.

SI lanæ alicui legatus sit vsusfructus, vel odorum, vel aromatum: nullus videtur vsusfructus in istis iure constitutus: sed ad senatusconsultum erit descendendum, quod de cautione eorum loquitur.

Ad l. Si lanæ 11.

Ratio dubitandi. Etiam numismatum aureorum vel argenteorum veterum quibus vti pro gemmis pleriq; solent, vsusfructus etiam iure legari potest *l. numismatum 28. sup. de vsuf.* iunct. *l. statua 51. eo.* Quidni ergo etiam lanæ & odorum & aromatum?

Dec. Vsusfructus non potest ipso iure constitui nisi earum rerum quarum vtilitas aliqua esse potest salua earum substantia vt in dictis legibus. Atqui neque lanæ neque odorum vel aromatum vsus aliquis esse potest sine abusu sicuti nec pecuniæ aut vini aut olei aut aliarum mercium, Nisi quod non tam citò consumuntur, quia paullatim minuuntur, Quod sufficit vt Senatusconsulto locus fiat. Erit ergo & in hac specie descendendum ad Senatusconsultum quo huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur vel minuuntur quasi vsusfructus constitutus est adhibito remedio cautionis de restituendo tantundem in eadem bonitate & qualitate, aut, quod est commodius, æstimationem rerum quarum vsusfructus legatus est, vt in *l. si vini 6. supr. eod.* Egreditur enim illa res notissimos vsusfructus terminos, quomodo tractans de deposito Papinianus loquitur in *l. Lucius 24. Deposit.* Et consequenter satisdare hoc quoque nomine legatarius debebit.

12. MARTIANVS lib. 7. Institutionum.

CVm pecunia erat relicta Titio, ita vt post mortem legatarij ad Mæuium rediret: quanquam adscriptum sit, vt vsum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam: & vsus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem eius, Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.

Ad l. Cùm pecunia vlt.

Ratio dubitandi. Neque vsus neq; vsusfructus appellatione proprietas contineri potest, cùm sint res omnino diuersæ quæ permisceri nullomodo possunt *l pen. de acquir. poss.* ideoq; diuersa habet nomina *l si idem 7. C. de codicill. l. quod si nepotes 6. de test. tut.* Atqui testator in specie huius legis, etsi pecuniam reliquerat Titio, ita vt post mortem eius ad Mæuium rediret, Adscripserat tamen hæc ipsa verba *vt vsum eius Titius haberet*, quibus verbis nihil potuit dici apertius & expressius ad vsum solum legandum. Vsum ergo duntaxat legatum fuisse dicendum est non proprietatem pecuniæ.

Dec. Qui legat pecuniam & rem ipsam, legat proprietatem, eamq; plenam, id est cum vsu & vsufructu coniunctam, nisi legauerit eam deducto vsu vel vsufructu *l si alij 19. inf. de vsuf. legat.* Rei enim appellatione proprietas ipsa, non vsus vel vsusfructus significatur *l. quæstio est 115. de verb. sign.* At in specie proposita testator pecuniam Titio legauerat. Ergo proprietatem pecuniæ non vsum vel vsumfructum, sed tamen cum onere fideicommissi per illa verba *Ita vt post mortem legatarij ad Mæuium rediret.* Quod autem vsus quoq; mentionem fecerat, ideò fecisse videri poterat, quòd vellet pecuniam legatam, à legatario restitui ex fideicommisso, vt proinde non aliud emolumentum ex legato penes eum remaneret, quàm quòd is vtendo pecunia perceperat: Simile est quod Scæuola respondit in *l. species 15. De aur. & argent. lega.* Cùm testator species auri & argenti legasset Seiæ, & ab ea petiisset in hæc verba, *A te Seia peto vt quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cùm morieris reddas restituas illi & illi vernis meis. Quarum rerum vsusfructus dum viues tibi sufficiet*, & quæreretur an vsusfructus solus auri & argenti Seiæ deberetur, suprascriptis verbis proprietatem legatam addito onere fideicommissi. Quod si non fuisset responsum à Scæuola nescio an quisquam ex nostris interpretibus & pragmaticis idem fuerit vnquam responsurus. Non solùm quia valde vrgeant verba illa *Quarum rerum vsusfructus dum viues tibi sufficiet*, quę non aliam ob causam adiecta videri possunt quàm ad excludendam proprietatem (non. n. sufficit vsusfructus ei cui ipsa etiam proprietas data est,) sed etiam quod imperitiores plerīq; omnes pragmatici nostri sic pertinasum habent nihil aut parum distare proprietatem legatam cum onere fideicommissi ab vsufructu legato, Adeò vt non erubescant heredem grauatum de restituenda post mortem suam hereditate vocare fideicommissarium, Cùm tamen verè sit heres quandiu viuit, hoc est proprietatis dominus, & quod magis est, transmittat moriens eandem proprietatem ad heredem, per cuius manus fideicommissarius accepere fideicommissum cogitur, nec propria authoritate possessionem rerum hereditariarum ante restitutionem nancisci potest, non magis quàm si rogatus esset heres purè & adhuc viueret *l facta 63. in princ. ad SC. Trebell. l. pen. C. eod.* nisi reperiatur ipse in possessione sine vicio *l filiam fratribus 56.* vbi Bart. hoc ipsum notat *inf eod. all. tit.* Nec desunt etiam qui eodem errore maritum vocent vsufructuarium dotis, cuius tamen verè est dominus *l. doce 9. Cod. de rei vindic. l. in rebus 30. C. de iur. dot.* Quantùm autem ista differant, Esse quem dominum proprietatis cum onere fideicommissi; an verò vsumfructum solum habeat, vel ex hac lege maximè colligi potest & ex *d. l. species.* Sed magis ex ipsa iuris ratione, quæ proprietatem ab vsufructu ita secernit vt nulla societate coniungi ea putet *l. iusto 44. § non mutat infr de vsucap. l. neque vsusfructus 19. supr. tit. prox* Nec à proprietario, id est à legatario proprietatis satisdationem vllam exigit quam tamen exigit à legatario vsusfructus pecuniæ. In eoq; potissimus huius legis sensus & effectus consistit, Malè ab Accursio nostro sanè perceptus qui existimat in hac specie vsus appellatione contineri proprietatem ex *l. Proculus 29. supr. de vsufr.* quod stultum est vt ad illum locum iam docuimus. Et verò quomodo appellatione vsus vel vsusfructus contineretur proprietas, cùm nec si vsusfructus alicui relictus sit habitandi causa, vsusfructus tamen legatus videatur, sed tantùm habitatio *l. si habitatio 10. § sed si sic relictus sit inf. de vsu & habit.* Nam quod Accurs. respondet naturam rei hoc facere, Scilicet, vt ego quidem interpretor, quia vsusfructus pecuniæ legatus non potest transire in legatarium sine proprietate, ad rem meo iudicio non pertinet. Non enim facit ea res vt qui legat vsumfructum pecuniæ perinde haberi debeat acsi legasset proprietatem (semper enim aliud est legatum proprietatis, aliud verò legatum vsusfructus etiam in pecunia) sed vt proprietas quamuis non legata transferri debeat in legatarium, Penes heredem verò remaneat cautio vice proprietatis *d. l. si vini 6. supr.* At cùm legata proprietas est transit dominium recta via in legatarium nunquam factum heredis, & ita vt ad illud transferendum nullo heredis facto sit opus sufficiente in eam rem sola legis potestate *l. legatum 80. de legat. 2.* Nec vice proprietatis quicquam remanet penes heredem, quia nec vlla satisdatione legatarius oneratur, vt diximus. Alia species est quam idem Accursius hic tractat ex *l. qui duo 30 inf. rustic. præd.* vbi non de vsufructu agitur, sed de loco quem testator voluerat accedere seruitutis, & quem ideò Paulus ait seruitutis iure accedere non proprietatis, quamuis nonnulla in verbis esset ambiguitas, quia is qui seruitutem aquæ exceperat, etiam circa eam aquam latè decem pedes excepisset, Non satis declarata voluntate vtrum loci dominium exceptum vellet, an verò iter duntaxat vt ad eum locum posset accedere, quod Paulus magis probat.

SI VSVSFRVCTVS PETETVR, VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

TITVLVS VI.

1. VLPIANVS libro 18. ad Sabinum.

SI fundo fructuario seruitus debeatur: Marcellus libro octauo apud Iulianum, Labeonis & Neruæ sententiam probat existimantium, seruitutem quidem eum vindicare non posse, verùm vsumfructum vindicaturum: ac per hoc vicinum, si non patiatur eum ire, & agere, teneri ei, quasi non patiatur vtifrui.

Ad l. Si fundo 1.

Ratio dubitandi. Vsufructuarius non potest vti frui eo modo quo testator fruitus est, & quo frui legatarium voluit, si non permittatur ei seruitutibus frui omnibus quæ fundo fructuario debentur, vt sequitur in hac lege. Ergo non tantùm vindicare vsumfructum potest, sed etiam seruitutes fundo fructuario debitas quasi in necessarium antecedens. Atque ita Iulianus existimabat, vt Vlpianus noster refert in *l. vnic. § pen. infr. de remiss.* si non directa saltem vtili actione, vt idem Vlpianus interpretari videtur in *l. 3. § pen. De oper. noui nunciat.* ac veluti procuratorio nomine proprietarij, vt in *l. 1. § vlt.* iunct. *l. 2. eod.*

Dec. Seruitutem vindicare nō alius potest, quàm qui dominus est prędij cui seruitus debetur *l. 2. § 1. infr. si seruit. vindic.* Atqui fructuarius non est dominus prædij fructuarij *l. falsus 43. § vlt. inf. de furt. l rectè dicimus 25. De verb. sig.* Ergo non potest vindicare seruitutes, sed vsumfructum duntaxat, cuius dominus est, & cuius vindicandi ius habet, non modò contra proprietarium, sed etiam contra quemlibet possessorem à quo frui prohibeatur. Eaq; nimirū vindicatio, & in rem actio est de qua in hoc Tit. agitur, & quę duplex est, Confessoria vna per quam petitur vsusfructus, Negatoria altera per quam ad alium, id est ad eum qui vti frui vult, pertinere negatur. Quemadmodum & de cæteris seruitutibus realibus eædem actiones in rem proditæ sunt Cōfessoria & Negatoria, De quibus in Tit. *si seruit. vindic. vel ad alium pertin. neget.* Nulla enim est hac parte inter personales, & reales seruitutes differentia *§. æquè si agat quis Instit. de act. l. 5. § 1. infr. hoc tit.* Dissensit ergo in hac quæstione Iulianus à Labeone & Nerua quorum sententiam sicuti Marcellus probauit in notis ad Iulianum quæ non nisi reprehensiones fuerunt, ita & alij magis probasse videntur sicut & in alia quæstione illa An fructuarius nouum opus nunciare possit. Nam idem Iulianus qui fructuario dabat vindicationem seruitutum, eidem ius dabat nunciandi noui operis proprio nomine, dum ne proprietario *l. 2. De oper. noui nunciat.* Alij verò non alio nomine quàm procuratorio *l. 1. § vltim. eod. tit.* Quod alibi latiùs à nobis tractatum est post Cuiacium *lib. 1. Obseruat. cap. 16.* Et sanè Iuliani sententia minùs probabilis est. Quamquam enim fructuarius habeat ius vtendi seruitutibus fructuario fundo debitis, Non est tamen bona consecutio vt eas vindicare ideò possit. Nec enim necesse est violari hac parte iuris rationem, quæ seruitutum vindicationem non alij dat quam domino prædij *d. l. 2. § 1. si seruit. vindic.* Cùm satis ei consultum sit per actionem in rem quam habet De vsufructu: Quæ si non sufficeret, irem facilè in Iuliani sententiam, & fructuario vindicationem etiam seruitutum darem saltem vtilem ex *d. l. 3. § penult. De oper. noui nunciat.* Aut directam quidem sed procuratorio nomine, vt in *d. l. 1. § fin. eod. tit.* Vsufructuarius enim quod ad rem fructuariam pertinet, proprietarij velut procurator est.

1 ¶ Vsusfructus legatus adminiculis eget, sine quibus vtifrui quis non potest: & ideo, si vsusfructus legetur, necesse est tamen, vt sequatur eum aditus: vsque adeo, vt si quis[a] vsumfructum loci leges ita, ne heres cogatur viam præstare, inutiliter hoc adiectum videatur. Item, si vsufructu legato[b], iter ademptum sit, inutilis est ademptio: quia semper sequitur vsumfructum.

Ad § 1. Vsusfructus.

Ratio dubitandi. Legatum vsusfructus non potest latiùs patere quàm verba testamenti ex quibus scilicet dignoscenda & æstimanda est voluntas testatoris, Cùm non aliud præsumatur quisquam sensisse quàm quod scripserit aut dixerit *l. Labeo 7. infr. De supellect. legat.* Et in fideicommissis speciale ius esse videtur vt ex sola voluntatis cōiectura pendeant *l. cùm proponebatur 64. De legat. 2. l. pen. de legat. 1. l. fideicommissa 11. § item si quis de legat. 3. l. heredes mei 57. § cùm ita ad SC. Trebell.* At legatā strictiùs accipiuntur quia non minùs pendent à iure & à lege 12. tabul. quàm à voluntate *l. verbis legis 120. De verb. signif.* & apud Vlpianum in *Instit. Tit. De legat.* Atqui ponimus legatum fuisse duntaxat vsumfructum non etiam iter & aditum ad fundum cuius vsusfructus legatus fuit. Ergo nō est onerandus heres vt etiam iter, & aditum illū de quo testator nihil dixit præstare teneatur, Præsertim cùm in dubio parcendū sit heredi ne duplici præstatione oneretur *l. Sempronius*

promiss. 4 iunct. *l. Titia* 34. §. *qui inuita De legat.* 2. nec debeamus vnquam liberaliores esse testatore in testatori vt soleo dicere ex *l. facta* 63. §. *si sub conditione & lebitor* 58. *in fin. princip. inf. ad SC. Trebell.*

Dec. Vsusfructus legatus quibusdam adminiculis indiget, id est sine quibus vti frui quis non potest. Nec enim credendus est testator qui testandi legem facit voluisse actum facere inutilem & delusorium, Propter quam causam solemus dicere Etiam verba singula testamenti operari aliquid debere *l. si quando* 109. *l. seruo alieno* 113. §. *si ab impubere de legat.* 1. diciturque maligna interpretatio quæ actum inutilem facit *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrisogonus, vers. neque enim malignè De verb. oblig.* Atqui legatum vsusfructus fundi ad quem aditum habere legatarius non posset, inutile esset nisi aditus quoque ad fundum legatus intelligeretur. Ergo aditum quoque fructuario deberi dicendum est: Non quidem ex testamenti verbis sed tamen ex voluntate testatoris in necessarium siue antecedens, siue consequens, Cùm quisquis aliquid concedit ea etiam omnia tacitè concedere videatur, sine quibus id quod concessum est, expediri non potest *l.* 2. *supr. De iurisd. omn. iudic. l. ad rem mobilem* 56. *l. ad legatum* 62. *De procurat.* Multa enim tacitè veniunt in testamentis non minùs quàm in contractibus etiamsi dicta non sint *l. pen. De euict.* Nec tantùm in fideicommissis obtinet vt aliquando plus dictum, & minùs scriptum intelligatur, vt in *l. cum auus* 102. *De cond. & demonstr.* sed etiam in legatis adeoque in institutionibus *l. vnum ex familia* 67. §. *si omissa De leg.* 2. *l.* 1. §. *si autem sic scribat De hered. instit.* Hic itaque verendum non est, ne simus liberaliores testatore.

a *Vsque adeò vt si quis.* Ratio dubitandi. In legatis nouissima voluntas spectanda est, Nouissima verò illa intelligitur quæ ex ordine scripturæ posterior est, Nisi per priorem posteriori derogatum sit *l. si mihi & tibi* 12. §. *in legatis De legat.* 1. *l. si quis in princip.* 22. *De legat.* 3. Ergo si quis vsumfructum fundi legauerit, & per consequens viam, id est iter ad fundum, deinde adiiciat *ita ne heres cogatur viam præstare*, dicendum est inutile fieri legatum vsusfructus quod sine itinere esse non potest. Nam nec videtur hic testator habere animum legandi vsusfructus, arg. *l. cum heres* 4. §. 1. *infr. De statulib.* Nec rursus nouum est vt expressa noceant, quæ non expressa non nocerent *l. expressa* 195. *De regul. iur.*

Dec. Ea demùm voluntas testatoris seruanda est quæ possibilis est non quæ impossibilis *l.* 1. *l. filium* 15. *& praced. de condic. instit.* Atqui fieri nequit vt quis vtatur fruatur fundo fructuario si non ad eum habeat aditus. Ergo quod adiecit testator ne aditum ad eum fundum fructuarius habeat, necesse est haberi pro non adiecto quia id fieri impossibile est. Quemadmodum è contrario quod fieri impossibile est, id secundum Logicos non fieri necesse est, Adeò termini isti *necessarium* & *impossibile* hoc modo conuertuntur. Quod autem necessarium est frustra quærimus an iustum aut licitum sit, cùm necessitas extra potestatem iuris, & legum posita sit. Cùm verò in aliqua dispositione aliquid possibile est, aliquid verò impossibile, tollitur quod impossibile est, & quod possibile est retinetur *d. l.* 1. *De condic. inst. l. hereditas* 34. *De hered. instit.* nec vtile per inutile viciatur *l. placuit* 29. *inf. de vsur.* Maximè cùm vnum principale est, alterum accessorium. Semper enim accessorium principali cedit. Principale porrò semper est cuius gratia aliud fit *l. cum aurum* 19. §. *peruenimus* 15. *infr. de aur. & argent. legat.* Non ergo legatum vsusfructus inutile fieri debet per huiusmodi adiectionem, sed adiectio potiùs per legatum. Non quidem ex voluntate testatoris, sed ex necessitate iuris, quæ plus potest semper quàm voluntas *l. si alij* 19. *de vsufr. legat. l. si mulier* 59. §. *ex asse in fin. de iur. dot. l. si quis in fundis* 4. *de legat.* 1. Aliud est in eo qui legauit libertatem in annum millesimum: de quo in *d. l.* 4. §. 1. *de statulib.* Is enim legandæ libertatis animum certè non habet, quam aliter numquam dedit. At in proposito legatus fuit vsusfructus semel, & quidem vtiliter. Cur ergo fiat inutile legatum quod semel constitit? arg. *l.* 5. *in fin. ad leg. falcid.* Aut cur non potiùs inutilis fiat adiectio? Quamuis alioqui adiectio illa *ita tamen* soleat restringere præcedentem dispositionem *l. Lucius* 78. §. *qua habebat ad SC. Trebell.* Nimirum cum adiectio fit circa rem possibilem.

b *Item si vsufructu legato.* Ratio dubitandi. Legata possunt adimi non minùs quàm dari *Tot. tit. de adim. legat.* Quinimò faciliùs. Nam dari non possunt nisi verbis, & quidem directis & imperatiuis. Siquidem & inde nomen sumpsit Legatum, quòd legis modo imperatiuè relinquatur, vt Vlpianus diffinit in Instit. Adimi autem possunt etiam nuda voluntate, Non vt ipso iure deberi desinant sed vt opposita doli mali exceptione. In quo different à fideicommissis *l.* 3. §. *vltim. & l.* 4. *De adim. legat.* Ergo si vsufructu legato iter ademptum sit sine quo vsusfructus esse nequit, nihil vetat dicere ademptum esse legatum vsusfructus, quod adimere testator non minùs potuerit quàm voluerit.

Dec. Cùm duo sunt quorum alterum in altero includitur tanquam accessorium in principali, adempto accessorio non ideò tollitur principale, quamuis è contrario, sublato in principali tollatur accessorium; vt puta si quis actu legato iter adimat, nihil adimit, quia sine itinere actus esse numquam potest, Inquit *l.* 1 *eod. ill. tit. De adim. legat.* At si actum adimeret, valeret vtrique ademptio etiam itineris. Similiter si vsufructu legato fructus adimatur totum ademptum dicimus, id est etiam vsum, sed si fructu legato vsus adimatur nullam esse ademptionem *l. per fundum* 14. §. 1. *in fin. infr. De vsu & habit.* Nempe quia iter est accessio actus, Et vsus accessio vsusfructus. Ergo & in proposito si vsufructu fundi legato, iter ad fundum ademptum sit, dicendum est inutilem esse ademptionem; tanquam accessionis, & sequelæ necessariæ, Cùm sine accessu nullum sit fructus legatum *l. Gaurus* 10. *infr. vrb. præd.* vbi eâdem ratione Marcellus ait Haustu aquæ legato iter quoque ad hauriendum præstari debere, Quod & scriptum est in *l.* 3. §. *vltim. rustic. præd.* Simile quiddam scriptum est de eo cui libertas cum hereditate data, posteà sine hereditate adempta est in *l. si ita scriptum* 14. §. *regula infr. De liber. & post.* Inde est quod si duos fundos habens testator alterius mihi vsumfructum, alterum autem Titio leget per quem solum aditus & accessus ad fructuariū esse possit; aditum mihi legatarius non debebit, sed heres *l. seruum filij* 44. §. *vltim. De legat.* 1. quia scilicet aditus hic nihil nisi accessio est legati vsusfructus. Legatum autem mihi vsumfructum heres debet non alterius fundi legatarius. Deniq; hoc illud est quod Accursius hic notat inutilem adiectionem non vitiare, sed vitiari.

2 ¶Sed si vsusfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum: ex testamento vtique agendo, fructuarius consequetur, vt cùm aditu sibi præstetur vsusfructus,

Ad §.2. Sed si vsusfructus.

Ratio dubitandi. Faciliores sunt testatorum voluntates in rebus suis aut heredum suorum legandis, quàm in comparandis alienis & heredibus onerandis, vt eleganter Papinianus ait in *l. vnum ex familia 67. §. si rem de legat. 2.* vbi hanc ob causam respondet, Legata re heredis non esse adhibendam distinctioné an testator suam esse putauerit, an sciuerit esse heredis, quomodo distingui solet legata qualibet re aliena, Vtrum testator alienam esse scierit an ignorauerit *l. cum alienam 10. C. de legat. §. non solum Instit. eod.* Ergo quamuis verum sit, quod dictum est in §. præcedéte, Vsufructu legato aditum quoque ad fundum præstari debere ab herede siue per alium fundum hereditarium siue per eum qui proprius sit heredis, Difficilius tamen est vt idem admitti debeat in specie huius §. id est cùm ad fundum fructuarium aditus nullus est per fundum hereditarium aut per alium qui sit heredis, cogatur nihilominùs heres actione ex testamento aditum illum emere siue nummis suis siue hereditariis, vt fructuario eùm præstet. Hic enim casus est qui tractatur in hoc §. diuersus à superiore in quo agebatur de præstando aditu per fundum hereditarium. Et ideò malè vulgata lectio sic habet *ad quem aditus non est nisi per fundum hereditarium* delendaque est dictio *nisi* quæ & in Pand. Florent. deest & iam olim videtur in Codice Accursij defuisse.

Dec. Cùm in verbis testamenti nulla est ambiguitas non est admittenda quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de legat. 2.* Atqui in proposito apertum est ex verbis testaméti legatum fuisse vsumfructum & quidem eum quem testator vtiliter & indistinctè legare & voluit, & potuit, Et tamen cuius vtilitas nulla esse possit si non præstetur aditus per aliũ fundum quamuis non hereditarium. Eadem igitur ratio & voluntatis & necessitatis facit vt hoc quoque casu non minùs quàm superiore aditum præstare heres & à fundi illius domino redimere debeat *d. l. seruum filij 44. §. vlt. de legat. 1.* In cuius tamen specie, id est cùm vni fundus vnus, alij alterius fundi vsusfructus legatus est, videtur Marcellus necessitatem præstandi aditus per fundum legatum iniunxisse legatario in *l. damnas 15. §. infr. de vsufr. legat.* quam Vlpianus in *d. §. vlt.* iniungit heredi. Sed alius ille tractatus est, & de quo diceuius suis locis. Vtcunque sit in eo consentiunt quod aditus omnimodo præstandus est fructuario, qui aliquin nihil ex legato vsusfructus esset habiturus. Quæ ratio etiam Pomponij est in *l. penult. in princ. infr. de vsu & habit.* An ergo permittemus fructuario tam in hoc casu quàm in superioribus vindicare vsumfructum siue itineris siue actus aut viæ aut alterius seruitutis? Minimè quia seruitutis seruitutis nulla est nec esse potest *l. 1. infr. de vsufr. legat.* Sed ex testamento agendo si vsumfructum nondum possideat siue etiam possideat consequetur ab herede vt eum aditu sibi vsusfructus præstetur. Nam vindicare vsumfructum nondum constitutum, non potest. Aditum verò ad fundum fructuarium priusquàm constitutus sit, & traditus vsusfructus, multò minùs. Rursum vsufructu quoque constituto vindicare aditum quasi partem vsusfructus ab extraneo qui aditum non debet, sed per cuius tamen fundum aditus præstandus est, multò minùs licere ei potest, At neque vt vsumfructum ipsum vindicet, quamuis eius vindicatio etiam contra tertium possessorem detur si fructuarium vti frui non patiatur *l. 5. §. vtrum autem infr. hoc tit.* Etsi enim hic qui per suum fundum aditum fructuario denegat, cùm id faciat suo iure extra casum *d. l. damnas 15. §. 1. de vsufr. legat.* nulla actione siue in rem siue in personam eo nomine conueniri potest. Benè ergo hîc Vlp. solam actionem ex testamento dat fructuario & proinde contra heredem solum quandoquidem aduersus extraneum competere numquam potest, cùm non sit recipiendum, vt cui nihil dederis eum testamento tamen obliges *l. si sic 6. in fin. de legat. 3. l. a te 9. C. de fideic.* Accursius noster hinc soluere se & extricare non potest.

3 ¶Vtrùm autem aditus tantùm, & iter, an verò & via debeatur fructuario, legato ei vsufructu, Pomponius libro quinto dubitat. & rectè putat, prout vsusfructus perceptio desiderat, hoc ei præstandum.

Ad §.3. Vtrum autem.

Ratio dubitandi. In dubio parcendum est heredi vt quantò minùs fieri potest oneratus esse censeatur *l. Sempronius 47. De legat. 2.* nec nisi quatenus necesse est ad vtendum fruendum, vt dictum est in præcedentibus. Atqui solùm iter fructuario præstari sufficit, vt ad fundum fructuarium habeat aditum & accessum. Ergo non etiam via ei præstanda est, Cùm longè plus sit in seruitute viæ quàm in seruitute itineris. Iter enim & actum via in se continet & multò ampliùs latiùsq; loci spatium requirit *l. 1. l. qui sella 7. & seq. l. certo generi 13. §. latitudo l. via constitus 23. in princ. inf. rustic. præd.*

Dec. Qui vsumfructum legat, id omne fructuario præstari velle intelligitur sine quo frui omnino non posset, foretque ei inutile legatum vsusfructus, §. 1. *supr. l. pen. in princ. infr. de vsu & habit. l. Gaurus 10. Vrban. præd.* Ergo si perceptio, id est percipiendi vsusfructus necessitas desideret vt non modò iter sed etiam actum adeóque viam habere fructuarius debeat, Erit quoque actus ei præstandus & via, vt vbi eadem voluntatis & iuris ratio est ibi etiam ius idem constituatur, *vulg. l. illud 32. inf ad leg. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de inoff. rupt.* Ex quo apparet quod supradictum est in §. 1. *ne heres cogatur viam præstare* non de seruitute viæ accipiendum esse, de qua hîc primùm agitur, sed de solo itinere, & aditu ad fundum.

4 ¶Sed an & alias vtilitates & seruitutes ei heres præstare debeat, puta luminum, & aquarum, an verò non? & puto, eas solas præstare compellendum, sine quibus omnino vti non potest: sed, si cum aliquo incommodo vtatur, non esse præstandas.

Ad §. vlt. Sed an & alias.

Ratio dubitandi. Fructuario debetur omnis vtilitas quæ ex re fructuaria percipi potest *l. item si fundi 9. supr. de vsufr.* Ergo nihil interest inter actum iter

aut

aut viam, aditúmque præstandum fructuario, & cæteras vtilitates & seruitutes puta luminum & aquarum. Debent enim omnes præstari fructuario, Alioqui nec plenus & integer vsusfructus ei præstitus videbitur.

Dec. Sola ratio necessitatis facit, vt legato vsufructu fundi non solùm aditus ad fundum præstandus sit si de eo nihil testator dixerit, sed etiamsi expressim addiderit ne cogatur heres aditum præstare §.1.*supr.* Atqui eadem necessitas locum non habet in cæteris vtilitatibus & seruitutibus præstandis quæ ei fundo cuius vsusfructus legatus est, nondum sint acquisitę. Nã sine accessu nullum esse potest vsusfructus legatum, nec vllum legati cõmodũ. Habitare autem fructuarius potest etiam obscuratis ædibus *l. Gaurus* 10. *de seruit. vrb. præd.* Scilicet dummodò non obscurentur ædes in totum, sed modicum lumen quod habitantibus sufficit, habeant. vt Paulus addit in *l. si is qui binas* 30. *sup. de vsu. f.* vbi dixi. Ergo si aliquæ vtilitates sint sine quibus omnino frui non possit fructuarius, eas demùm fructuario heres præstabit: Sed si abíque iis vti possit, etiamsi cum aliquo incommodo, eas certè non præstabit, vt Vlpianus hîc concludit. Cur ergo, dicat aliquis, ædificium à defuncto inchoatum perficere fructuario non licet, nec si aliter ea vti non possit? Ita enim scriptum est à Neratio in *l. vsufructuarius* 61. *supr. De vsufruct.* Benè respondit, qui dixit, Quoniam inchoati ædificij consummatio nouam formam facit, quæ superueniens extinguit vsumfructum, quasi rei mutatione *l. repeti* 5. §. *rei mutatione. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

2. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

SI ab herede, ex testamento, fundi vsusfructus petitus sit: qui arbores deiecisset, aut ædificium demolitus esset, aut aliquo modo deteriorem vsumfructum fecisset, aut seruitutes imponendo, aut vicinorum prædia liberando: ad iudicis religionem pertinet, vt inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit: vt vsufructuario hoc quod interest, ab eo seruetur.

Ad l. Si ab herede 2.

Ratio dubitandi. Quale quid est cùm petitor, tale dari debet *l. 2. inf. de vsur.* Ergo si ab herede ex testamento fundi vsusfructus petitus sit, etiamsi heres arbores deiecerit, aut ædificium demolitus sit, aut aliquo modo deteriorem vsumfructum fecerit, aut seruitutes imponendo, quod facere vtique suo iure non potest *l. sed si quid* 15. §. *vlt. supr. De vsufr.* aut vicinorum prædia à seruitutibus debitis liberando non eò magis teneri heres debet, vt quicquam eo nomine præstet fructuario, Quasi intersit fructuarij talem præstari fundũ qualis ante acceptum iudicium fuit. Sibi namque imputet fructuarius, quòd citiùs nõ petierit vsumfructum. Quod enim fundum fructuarium deteriorem facit, vtique fecit suo iure, tanquam dominus fundi, de quo disponere pro arbitrio potuit *l. pen. sup. de pact.* Nec potest videri quicquam fecisse in fraudem fructuarij, cùm vsusfructus nondum petitus esset.

Dec. Non potest proprietarius, idémque heres ignorare legatum vsusfructus in testaméto relictũ *l. 2. sup. de edend.* nec proinde quicquam facere debuit quod vsusfructus cõdicionem efficere deteriorem posset *d. l. sed si quid* 15. §. *proprietatis dominus. sup. de vsufr.* Ergo si quid contrà fecerit æquum est teneri illum eo nomine actione ex testaméto, cùm fecerit contra testatoris sui voluntatem, vt in *l. qui vsumfructum* 36. §. *vlt. l. quòd si heres* 47. *supr. De vsufr.* Legatum enim vsusfructus vbi semel agnitum est, perinde habetur, acsi non quidem à die mortis, sed à die hereditatis aditæ fuisset agnitum, Quo demùm tempore dies vsusfructus legati cedit *l. vnic. sup. quand. dies vsuf. legat. ced.* iunct. *l. si tibi homo* 86. §. *cum seruus. de legat.* 1. Atqui non potest heres deteriorem facere condicionem legatarij quisquis ille sit à quo tempore legatum vel agnouit, vel retrofingitur agnouisse. Proinde si quid contrà fecerit, ratio non tantùm iuris, sed etiam æquitatis suadet, vt eo nomine teneri debeat fructuario actione ex testamento. Si quid, inquam, contrà fecerit ante constitutum & traditum legatario vsumfructum. Nam constituto iã & tradito vsufructu, non indigeret actione ex testamento ad consequendam indemnitatem ab herede, qui nullum exinde damnum ei irrogare potuisset *d.* § *proprietatis dominus,* & §. *sed nec seruitutem. d. l. sed si sic.* Atque ita locus hic intelligi & explicari debet, Quæ postrema Accursij solutio est, Cæteræ enim quas adfert diuinatoriæ sunt & improbabiles, Illa præsertim, vt hæc lex restringenda sit ad legatum vsumfructum fundi heredis, Nec minùs alia, vt intelligi debeat de vsufructu sub condicione legato qua pendente deteriorem eius condicionem heres fecerit. Nam vt idem Accursius benè docet, Existens quandocunque condicio legati vsusfructus facit, vt perinde haberi debeat, acsi purè datus fuisset, vt in aliis omnibus legatis condicionalibus euenit *l. is cui via* 11. §. 1. *infr. quemadm. seruit. amitt. l. si fundum* 105. *de condic. & demonstr.* Sanè cùm vsusfructus ex die legatus est, quæ alia est, Accursij interpretatio, constat neque diem vsusfructus legati cedere antequàm venerit *l. 1.* §. *item si ex die supr. quand. dies vsusfr. legat. ced.* neque retrotrahi postquàm venit, quia dies numquam retrotrahitur, in eóque à condicione differt. Quam ob causam hereditas sub condicione dari potest *tot. tit. De condic. instit.* ex die autem non magis quàm ad diem dari potest *l. hereditas* 34. *infr. De hered. instit.* §. *heres Instit. eod. tit.* Ne scil. toto medio tempore necesse esset testatorem decessisse intestatum. Sed neque lex ponit fuisse hîc legatum vsumfructum ex die, neq; credendum est speciale esse in vsufructu dato ex die, aut, quod idem est, in diem, vt non retrotrahatur ad tempus mortis, adeóque nec ad tempus aditæ hereditatis. Id enim obtinet in quolibet vsufructu, Vt quamuis ex die aditæ hereditatis pro agnito habeatur, quemadmodum suprà diximus, non tamen habeatur pro acquisito, nisi ex quo tempore traditus ab herede & constitutus est. Nullam siquidem potest admittere retrofictionem, cùm non possit constitui sine persona vera, quæ & verè frui possit *d. l. vn.* vbi diximus *Quand. dies vsusfr. legat. ced.* Ergo antequã constitutus, & traditus sit, validum quidem est factum heredis qui vsumfructum deteriorem fecit, siue seruitutes imponendo, siue quo alio modo, quia ius habuit ita faciendi, sed non est impunitum, quia non debuit facere in fraudem & captionem fructuarij cui iam erat ius quæsitũ ex die cedentis legati. Proinde ad iudicis religioné pertinet,

Digitized by Google

vt inspiciat qualis fundus fuerit ante iudicium acceptum, scilicet à die tamen constituti iam & traditi vsusfructus, Non vt qualis antea fuit, talem illum præstari iubeat fructuario, quod fieri amplius non potest, sed vt quanti eo nomine interest fructuarij, tanto heredem condemnet actione ex testamento. Iunge *l. repeti 5. §. vlt. cum l. seq.* & quæ ibi dixi sup. *Quib. mod. vsusfr. amitt.*

3. IVLIANVS libro 7. Digestorum.

QVi vsumfructum traditum sibi ex causa fideicommissi, desiit in vsu habere tanto tempore, quanto, si legitimè eius factus esset, amissurus eum fuerit: actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum, plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat vsusfructus: non etiam dominium adepti sint.

Ad l. Qui vsumfructum 3.

Ratio dubitandi. Vsusfructus qui numquam iure acquisitus est, nec amitti iure potest *l. non videtur 83. l. non potest videri 208. de regul. iur.* Prius enim est vt initium aliquod, quàm vt finem habeat *l. Sempronius 26. vers. & ideò infr. de vsufr. legat. l. Titio vsusfructus 96. de condic. & demonstr. l. si partem 19. in princ. quemadm. seruit. amitt.* Quemadmodum dicimus nullam fœminam desinere habere suos heredes propter capitis diminutionem, quia nec vllos habere potest *l. nulla 13. de suis & legit.* Atquin is cui ex causa fideicommissi traditus fuit vsusfructus, non à legatario eiusdem vsusfructus rogato eum restituere, vt malè noster interpretatur Accursius, sed ab ipso herede, numquam fuit legitimè factus dominus vsusfructus, licèt testator dominus fuerit fundi cuius vsumfructum per fideicōmissum reliquit, & quamuis traditio secuta sit, Quia neque traditio nuda potest transferre dominium quiritiarium, id est nisi legitimus & iustus titulus, id est legibus, & iure adprobatus præcedat *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* neque fideicommissi titulus iustus & legitimus dici potest, cùm fideicommissa fuerint olim & Pandectarum iure legibus incognita. Adeò vt nullum haberent iuris vinculum, sed sola Prætoris fideicommissarij iurisdictione ac tuitione niterentur, vt Iustinianus refert initio *Tit. De fideic. hered. & Tit. de codicill.* Ergo quamuis ille cui vsusfructus ab herede ex fideicommissi causa traditus est tanto tempore desierit eum in vsu habere, quanto si legitimè eius factus esset, amissurus eum fuerit non vtendo per annum si res erat mobilis, aut per biennium si erat soli iure scilicet vetere inspecto (nam hodie in locum anni vel biennij substitutum est decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes *l. pen. C. de vsufr. l. sicut 13. C. de seruit.*) Dicendum tamen est nihil ei nocere negligentiam, neque lapsum temporis ad amittendum vsumfructum qui numquam fuerit ei acquisitus, ac proinde superesse adhuc actionem ex testamento contra heredem, vt eundem vsumfructum quasi numquam amissum fideicommissario restituat iure fideicommissi, hoc est adhuc frui eum patiatur, alioqui ex testamento ad omne id quod interest fideicommissarij teneatur.

Dec. Absurdum est plus iuris eum habere qui possessionem duntaxat vsusfructus absque dominio quàm qui eum possessione etiam dominium adeptus est. Nec enim quisquam debet melioris condicionis esse ob id solùm quòd minus iuris habeat, sicut è contrario deterioris esse nemo debet ideò quòd dominus factus sit quàm si dominus factus non esset *l. in bello 12. §. si quis seruum in fin. infr. de captiu. & postlim.* Atqui si fructuarius hic cui vsusfructus testamento relictus est dominium eius nactus esset, puta ex causa legati (est enim legatum modus legitimus acquirendi dominij *l. 1. in fin. & l. 2. supr. De Public. in rem action.* quia legis modo imperatiuis verbis relinquitur non vt fideicommissum precatiuis, inquit Vlpianus in *Instit. Tit. De legat.* Siquidem legis est iubere non rogare, imperare non suadere) amisisset eum vtique non vtendo per legitimum & constitutum tempus *d. l. sicut 13. C. de seruit.* Ergo & multò magis fideicommissario, qui minus iuris in vsufructu habuit, nocere debet, quod eo per tempus legitimum vsus non sit. Sed cur Iulianus ait fructuarium cui vsusfructus ex causa fideicommissi traditus est, nihil nisi possessionem habere? An non habet dominium saltem bonitarium, ac proinde plus quàm possessionem? Respondendum est ius ciuile nullum agnoscere dominium nisi Quiritiarium, qui bonitarium, quod quiritiario opponitur, prætorium est magis quàm ciuile *l. si finita 15. §. Iulianus scribit De damn. infect. l. 2. §. vltim. supr. si ex noxal. caus. agat.* Et passim prudentes nostri distinguunt ista *Habere dominium & habere rem in bonis l. quamuis 75. De iur. dot. l. rem in bonis 52. De acquir. rer. domin. l. 1. De bonor. poss.* Nec opponunt dominio nisi possessionem, quia nec dominium bonitarium acquiritur vnquam sine possessione, In quo differt maximè à quiritiario *dict. l. 1. & 2.* vbi diximus *supr. De Public. in rem act.* Accursius ignoratione huius distinctionis duplicis dominij sensum Iuliani in hac lege assequi non potuit, & cùm non possit intelligere qua ratione dominium vsusfructus non transfertur in fideicommissarium si ab herede relictus esset, coactus fuit ponere traditum fuisse à legatario quasi difficilius esset vt vsusfructus transiret à legatario in alium quàm ab herede, Nimirum fortasse quoniam à legatario legari non potest *§. 1. Instit. de singul. reb. per fideicomm. relict. l. 2. C. commun. de legat.* Et sanè ita est, Sed si verum quoque illud esset quod Accursius credidit, Ex fideicommisso non minùs transire dominium quàm ex legato, nihil sanè impediret, quominùs à legatario, perinde atque ab herede dominium vsusfructus transiret in fideicommissarium. Non minùs enim dominus est legatarius, & quidem ex iure Quiritium quàm heres *l. legatum 80. De legat. 2. l. à Titio 64. in fi. De furt.* Debuit ergo dicere quod nos dicimus, Dominium vsusfructus in hac specie non transire in fideicommissarium. Non quia relictus esset vsusfructus à legatario, sed quia per fideicommissum non per legatum. Contrarius eiusdem Accursij & aliarum interpretum error est, sed ex eodem fonte promanans in explicatione *l. Herennium 42 in fr. De vsur.* vbi quod dicitur de dominio quod ex causa fideicommissi quæsitum sit fideicommissario, malè intelligunt de dominio quiritiario; quod intelligere debuerunt

buerunt de bonitario; vt scripsimus plerisque Coniecturarum nostrarum locis. Iunge quę hac de re diximus ad *l. 4. l. Pomponius 29. §. 1. supr Quib. mod. vsusfr. amitt.*

4. IVLIANVS libro 35. Digestorum.

FVndus, detracto vsufructu, legatus est Titio: & eiusdem fundi vsusfructus Sempronio sub condicione. dixit, interim cum proprietate vsumfructum esse: licet placeat, cùm detracto vsufructu fundus legatur, apud heredem vsumfructum esse: quia paterfamilias, cum detracto vsufructu fundum legat, & alij vsumfructum sub condicione, non hoc agit, vt apud heredem vsusfructus remaneat.

Ad l. Fundus 4.

Ratio dubitandi. Cùm detracto vsufructu fundus alicui legatur, & vsusfructus purè alij, constat quandiu vsusfructus ex causa legati traditus & cōstitutus non est, interim apud heredem eum esse. Multoque magis si nulli legatus sit vsusfructus. Cùm aperta sit voluntas testatoris qui fundum legauit detracto vsufructu vt legatarius nudæ proprietatis interim vsumfructum non haberet, Ne alioqui plus ei demus, quàm testator voluerit, & simus liberaliores testatore in re testatoris si demus ei plenam proprietatem, quod absurdum esset *l. debitor 58. in fin. princ. l. facta 63. §. si sub condicione infr. ad SC. Trebell.* Ergo idem dicendum est etiamsi fundus detracto vsufructu legatus sit Titio, & eiusdem fundi vsusfructus Sempronio sub condicione, vt scilicet interim, & pendente condicione vsusfructus sit penes heredem. Nec enim condicio inserta legato vsusfructus debet prodesse legatario nudæ proprietatis vt legatum ipsius augeat, sed potiùs heredi ad quem interim pertinet, & quidem pleno iure quicquid legatum est sub condicione *l. & post litem 12. §. res quæ infr. famil. ercisc. l. generaliter 29. §. 1. Qui & à quib. manum.*

Dec. Paterfamilias cùm detracto vsufructu fundum vni legat, & alij sub cōdicione vsumfructum, non hoc agit vt apud heredem vsusfructus remaneat, cui nimirum aufert quantum potest & eripit plenam proprietatem, in qua scilicet nihil est præter nudam proprietatem & vsumfructum si eam quis velit in suas partes quasi integrales diuidere. Ergo non tantùm ex ratione iuris quæ in dubio semper magis fauet proprietario, vt ad proprietatem tanquam ad suam causam vsusfructus reuertatur *l. idem etsi 6. §. 1. & seq. sup. de vsufr. adcresc.* sed etiā ex voluntate testatoris dicendum est interim, id est pendente condicione legati vsusfructus, debere vsumfructum esse cum proprietate, vt ei prosit suspensio cōdicionis, cui defectus prodesset. Atquin si condicio deficeret, nemo dubitat quin vsusfructus ad proprietatē reuerteretur, & consequenter ad dominum proprietatis qui in proposita specie non alius esset quàm legatarius fundi, etiamsi fundus ei legatus esset detracto vsufructu. Nam adiectio illa *detracto vsufructu* subiecta videri debet fauore legatarij vsusfructus, potiùs quàm heredis, nec tam quòd nollet testator vllo casu plenā proprietatem ad fundi legatarium pertinere, quàm quòd vellet alij legare eiusdem fundi vsumfructū integrum, nec cum proprietatis legatario communicandum *l. si alij 19. inf. de vsufr. legat.* Cæterum legādo proprietatem vni quamuis detracto vsufructu, Alteri verò vsumfructum licet sub condicione, id egit proculdubio, vt nihil penitus ex eo fundo penes heredem remaneret, siue condicio legati vsusfructus existeret siue deficeret, quandoquidem si existeret vtiq; ad Sempronium pertinere vsusfructus deberet, si verò deficeret non ad alium quàm ad Titium legatariū nudæ proprietatis redire posset. Itaque iam inde ab initio ferè certum est numquam posse vsumfructum ad heredem pertinere, vt Accursius quoque notat, argu. *l. Iulianus 60. §. 1. inf de condict. indeb.* iunct. *l. si quis ita scripserit 33. de hered. instit.* Proinde non est simile quod idem Accursius obiicit ex *l. qui pecuniam 22. infr. de Statulib.* eum qui pecuniam condicionis implendæ dare iussus est si non sit adiectum cui det, heredibus dare debere. Hìc enim alium quàm heredem habemus ad quē vsusfructus redire possit, scilicet legatarium nudæ proprietatis, quia licèt non nisi proprietas nuda & detracto vsufructu legata ei sit nō tamen excludit ea res ius adcrescendi, si quando legati vsusfructus condicio deficiat. Aliud esset si fundus detracto vsufructu non nisi condicionaliter Titio legatus esset. Tunc enim pendente condicione sub qua eiusdem fundi vsusfructus Sempronio legatus esset, interim apud heredem vsusfructus maneret, quia & proprietatem fundi interim haberet *d. l. & post litem 12. §. res quæ inf fam. ercisc.* & esset hic casus extra omnem omnino dubitationem, & indignus elegantia Iuliani, qui certè cùm ita loquitur *licèt placeat cùm detracto vsufructu fundus legatur, apud heredem vsumfructum esse* eum casum tractat quo fundus purè legatus sit detracto tamen vsufructu, Vsusfructus autē ipse nemini. Aut alij quidem etiam vsusfructus vt in dubitandi ratione posuimus, sed purè quoque, nec tamen tam citò agnito & petito per legatariū vsufructu. Quid? An ergo melioris erit condicionis heres à quo purè legatus fuit vsusfructus, quàm à quo duntaxat sub condicione? Ita planè est licèt duriusculum hoc, & minùs probabile videri possit. Qui enim legat vni fundum detracto vsufructu, alij verò vsumfructū purè, non id agit, vt quod ad fructū pertinet faueat legatario nudæ proprietatis magis quàm heredi, quomodo agere intelligendus ille est, qui vsumfructum non nisi sub condicione legat. Relinquit enim quæstionem voluntatis, apud quem interim vsumfructum manere velit an apud legatarium an apud heredem. In qua voluntatis quęstione potior legatarij causa esse debet quàm heredis ob eas rationes quas attulimus. At qui legat fundum detracto vsufructu purè, & alij purè quoque vsumfructum, id quidem agit vt nihil remaneat penes heredem, sed tamē id etiam agit vt legatarius proprietatis nihil in eo vsufructu iuris habeat. Cur enim legasset vsumfructum purè si eum interim legatarij esse voluisset? Quod igitur interim, & quousque agnitum ac petitum sit à fructuario legatum, remanet vsusfructus penes heredem, non iam iure sit aut ex volūtate testatoris quā veluti quadā occasione, vt loquitur Paulus in *l. a. de vsu*. Quod cū ita sit, mallē hanc legē intelligere de eo solo casu, quo fundus quidē vni legatus sit deducto vsufructu, At vsusfructus ipse nemini. Nam nec ponit Iulianus cū cuiquā legatū esse. Eadē iuris

ratio facit vt si vsusfructus sub condicione tibi legatus sit & mihi purè totius fundi vsusfructus ad me intetim pertinere debeat, non inter me & heredem communicari, Itemque vt si capite minutus fuerim totum amittam, Existente autem legati tui condicione is totus ad te pertinere debeat, non ad heredem pro parte peruenire *d.l.idem & si apud 7. §. vlt.sup.de vsusfr.adcresc.* vbi dixi.

5. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

VTifrui ius sibi esse, solus potest intendere, qui habet vsumfructum: dominus autem fundi non potest: quia, qui habet proprietatem vtendi fruendi, ius separatum non habet. nec enim potest ei suus fundus seruire: de suo enim, non de alieno iure[a], quemque agere oportet[b]. quamquàm enim actio negatiua domino competat aduersus fructuarium: magis tamen de suo iure agere videatur, quàm alieno, cum inuitose, negat ius esse vtendi fructuario, vel sibi ius esse prohibendi. Quòd si fortè, qui agit[c], dominus proprietatis non sit, quamuis fructuarius ius vtendi non habet: vincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

Ad l. Vtifrui 5.

Ratio dubitandi. Qui dominus est plenæ proprietatis habet etiam vsumfructum & quidem iure dominij *l. si cùm argentum 21. §. penult. infr. de except. rei iudic.* Ergo & eius vindicandi ius habere debet, cùm possit quisque vindicare id quod suum potest dicere *l.1. l. in rem 23. & pass. supr. De rei vindic. l. Quintus Mucius 27. §. argento infr. de aur. & argent. legat.* Nec quod sit dominus proprietatis facere debet vt minus iuris habeat quàm qui habet solum vsumfructum à proprietate separatum *l. in bello 12. § si quis seruum De captiu. & postlim.* Quid enim aliud est dominum esse, quàm ius habere vtendi fruendi re sua pro arbitrio? vulg. *l. in re mandata 21. C. mandat. l. pen. sup. de pact.* Vnde illud etiam Ciceronis verbum in Epistola quadam ad familiares, Proprium cuiusque esse id quo vtitur fruitur.

Dec. Vindicatio vsusfructus per actionem confessoriam, de qua in hoc Tit. agitur, non competit neque comparata est nisi pro eo vsufructu qui à proprietate separatus sit iure seruitutis, & quem ideo interpretes nostri vsumfructum formalem appellare solent. Nam vsusfructus qui plenæ proprietati inest sicut ab ipsa proprietate seiunctus non est, ita non nisi cum proprietate ipsa & vindicari potest & possideri. Atqui nemini potest res sua seruire *l. in re communi 26. vrban. præd. l. cùm in fundo 78. in princip. inf. De iur. dot.* Nisi in casu singulari *l. tria prædia 31. rustic. præd.* Ergo vsumfructum vindicare dominus rei non potest, quia cùm habeat proprietatem, vtendi fruendi ius separatum non habet, sed vindicare rem ipsam debet, si ea per alium possideatur. Nimisque alienum est à vera Iurisprudentia quod ex Cicerone retulimus, vt non aliud certius argumentum quærendum sit quo probetur tam malum Iureconsultum eum fuisse quàm bonus Orator fuit. Credidit nimirum cum vulgo imperitorum, Vsumfructum non tantùm portionis, quod fuisset tolerabilius sed totius dominij instar obtinere, propterea quòd emolumentum rei contineat, Ideóque permiscendas esse causas vsusfructus dominij, quas permisceri non debere monet Venuleius in *l. penult. infr. De acquirend. possess.* quia scilicet vsusfructus nulla dominij societate coniungatur, vt Papinianus loquitur in *leg. iusto 44. §. non mutat De vsucap.*

a *Quia de suo iure non de alieno.* Sensus est, Nemini actionem dari, vt de alieno iure agat, sed tantùm vt de suo, Maximè verò si in rem agatur, vt inferat non igitur posse actionem confessoriam dari domino ad vindicandum vsumfructum qui à proprietate separatus sit: Nempe quia non potest eum vsumfructum suum dicere, qui est fructuarij. Ex quo apparet non esse hanc legem intelligendam de eo, qui sit dominus plenæ proprietatis, in quo nulla dubitandi ratio esse potest (cur enim vsumfructum vindicaret is, qui dominus plenæ proprietatis est, potéstque rem ipsam totam commodiùs vindicare?) sed de eo, qui fundi fructuarij vsumfructum à nuda proprietate separatum vindicare velit, Illo fortassis prætextu, quòd sit dominus proprietatis, quódque vsusfructus tametsi in iure consistat, portionis tamen instar obtineat, etiam formalis & à proprietate separatus *l. cùm filius 76. §. dominus De legat. 2.* Sed prætextus hic nullo iuris colore nititur, quia tùm quoque cùm vsusfructus portionis instar obtinet, fructuarij tamen est non proprietarij. Fructuario igitur de suo iure agenti danda est confessoria, non proprietario qui ageret de alieno.

b *Quémque agere oportet.* Ratio dubitandi. Actio de vsufructu negatoria, vel, vt hîc Vlpianus loquitur negatiua competit etiam domino fundi cõtra fructuarium ipsum si fortè negare velit eum qui se fructuarium dicit habere ius vtendi fruendi. Quidni ergo multò magis detur ei confessoria contra extraneum! Cùm vno casu perinde atque alio de iure alieno agere dominus videatur?

Dec. Magis de suo iure agit quàm de alieno is qui inuito se negat ius esse fructuario vtendi fruendi, quia hoc nihil aliud est quàm dicere ius sibi esse prohibendi. At quisquis cùm sit dominus proprietatis nudæ vindicat vsumfructum pertinentem ad alium, is de alieno iure agit non de suo, & ideò permittendum ei non est sic agere, Nisi habeat mandatum, quia nemo sine actione agere potest *l. si pupilli 6. §. vltim. supr. de negot. gest.* Nam neque obligationes ex quibus nascuntur actiones saltem personales ad aliud comparatæ sunt quàm vt sibi vnusquisque acquirat quod sua non quod alterius interest *leg. stipulatio ista 38. §. alteri infr. De verbor. oblig.*

c *Quòd si fortè qui agit.* Scilicet negatoria, Cùm confessoria, vt diximus, non possit competere domino proprietatis, sed soli fructuario. Ratio dubitandi. Non alius debet vincere quàm qui aliquod vincendi ius habeat, nisi cùm per sordes aut per gratiã vel imperitiam & errorem iudicis id contingit

l. & ex

l. & ex diverso 35. §. 1. sup. de rei vindic. l. si per imprudentiam 51. de evict. l. servo 65. §. cum Prator ad SC. Trebell. l. exceptione 67. de fideiuss. Atqui non est bona conclusio, vt quia is qui agit negatoria dominus proprietatis non est, idcirco is qui conuenitur sit fructuarius, Cùm possit fieri vt neque hic fructuarius sit, neque ille proprietarius, Sicuti veteres quàm vindico, quasi meâ nec mea sit, nec tua *l. si inter me 15. in fine de except. rei iudic.* Dec. Commodum illud est possessionis vt quis possidet hoc ipso quod possessor est plus iuris habeat quàm qui non possidet, ob idque debeat vincere si actor suam intentionem nô impleat *§. commodum. Instit. de interd. l. 2. infr. vti possid. l. 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Et hoc est quod ait *l. vlt. infr. de acquir. poss.* aduersus extraneos, id est, qui nec domini sunt, nec quicquam iuris in re habent etiam vitiosam possessionem prodesse, Nisi scilicet possessionem illam habeant ab actore ipso *l. 1. §. vlt. vti possid.* Ergo si is qui agit negatoria dominus proprietatis non sit, quamuis nec ille qui conuenitur tanquam possessor, & fructuarius sit fructuarius, Vincet tamen actorem tanquam possessor, & eo iure quo possessores sunt potiores, licèt nullum ius habeant.

1 ¶ Vtrùm autem aduersus dominum duntaxat in rem actio vsufructuario competat, an etiam aduersus quemuis possessorem, quæritur. & Iulianus libro septimo Digestorum scribit, hanc actionem aduersus quemuis possessorê ei côpetere. nam, & si fundo [a] fructuario seruitus debeatur, fructuarius non seruitutem, sed vsumfructum vindicare debet aduersus vicini fundi dominum.

Ad §. 1. Vtrum autem.

Ratio dubitandi. Vsusfructus est ius alienis rebus vtendi fruendi salua earum substantia *l. 1. supr. de vsufr.* Ergo quemadmodum actio côfessoria De vsufructu non datur proprietario, sed tantùm fructuario, quemadmodum diximus, ita neque contra alium dada esse videtur, quàm côtra ipsum proprietarium, cuius res illa est in qua fructuarius sibi vindicat vsumfructum, & qui non potest prohibere quominus fructuarius vtatur fruatur, siue ab ipso proprietario, siue ab alio cuius factum improbare non possit, constitutus vsusfructus & traditus proponatur. Quomodo enim alienum factum nocere possit & debeat tertio possessori qui neque ipse vsumfructû constituerit, neque constituenti successit? Dec. Vbi vsusfructus semel ritè constitutus & traditus tribuit fructuario ius in re, cùm fructuarius per eam constitutionem vsusfructus & traditionê fiat ipsius dominus, Et consequenter habet fructuarius actionem in rem confessoriam ad vindicandum vsumfructum, sicut & alius quilibet dominus ad rem suam vindicandam *l. in rê 23. & pass. sup. de rei vindic. l. Quintus 37. §. argento. de aur. & argent. leg.* Porrò est hoc omnibus in rem actionib. commune, vt sicuti in rem ipsam diriguntur, ita & contra quemlibet possessorem dentur *l. qui petitorio 36. iunct. l. officium 9. & l. si qui de finitanis 54 sup. de rei vindic. l. si fundus 16. §. in vindicatione. inf. de pignor.* Ergo cûfessoria in rem actio de vsufructu non minùs contra tertium possessorem quemlibet, quàm contra proprietarium ipsum competit, quia tùm quoque cùm vsusfructus per contractum ab aliquo constitutus & traditus est, hæc tamen confessoria in rem actio non ex contractu nascitur, quomodo personalis actio nasceretur, sed ex præsenti possessione vt cæteræ omnes in rem actiones, quomodo Paulus loquitur in *l. non alias 34. §. sed si postulatur. supr. de iudic.* Planè tùm quoque, cùm vsusfructus à non domino constitutus & traditus est, si tamen bona fide acceptus sit, Publiciana quoque eo nomine competet *l. si ego 11. §. 1. sup. de public. in rem act.* Sed confessoria non competet, quippe quæ nô datur nisi vero fructuario, qualis nemo est, nisi qui habet vsufructum à domino ipso constitutum, siue per traditionê, siue per patientiam, vt loquitur Vlp. in *d. §. 1.*

a *Nam etsi fundo.* Ratio dubitandi. Ei quoque, qui pignori fundum accepit, non est iniquû vtilem petitionem seruitutis dari *l. ei qui pignori 16. inf. de seruit.* cùm tamen minus iuris habeat quàm fructuarius qui dominus est si non proprietatis saltem vsusfructus. Ergo multò magis dicendû est iniquû nô esse dari etiâ fructuario vindicationê seruitutum. Dec. Vindicatio seruitutis nô alij competere potest quàm domino prædij dominantis *l. 1. §. 1. si seruit. vindic.* Fructuarius autem dominus non est *l. falsus 43. §. vlt. inf. de furt.* Ergo non potest fructuarius habere vindicationem seruitutis, Non modò directam, sed neque vtilem: In eoque deterioris conditionis est quâ creditor pignoratitius, qui habet ideò vtilem petitionem seruitutis, quia & vtilem ipsius fundi petitionem ac vindicationem habet, vt scriptum est in *d. l. ei qui, & in d. l. si fundus 16. §. in vindicatione. de pignor.* At fructuarius neque directam, neque vtilem fundi petitionem vllam habere potest, sed ipsius tantùm vsusfructus, quo porrò cùm sit seruitus, aliam seruitutem admittere nô potest, ne detur seruitus seruitutis *l. 1. inf. de vsufr. legat.* Et hæc quidem receptior fuit prudentum veterum sententia, Fructuarium non habere ius vindicandarum seruitutum, Sed alia tamen Iuliani sententia fuit, vt idem Vlpianus noster refert in *l. vnic. §. 1. de remiss.* De quo diximus ad *l. 1. supr.* Nec deterior fit conditio fructuarij ob id quod seruitutes fundo fructuario debitas vindicare non possit, Cùm sufficiat ei quod vsumfructum ipsum etiam aduersus vicini fundi dominum vindicare potest si seruitutibus fructuario fundo debitis vti ab eo prohibeatur. Nam quin fructuarius iis seruitutibus quæ debentur vti possit, nec dubitandum est *d. l. 2. §. recte Neratius in fin. si seruit. vindic.*

2. ¶ Si partis fundi vsusfructus constituatur: potest de eo in rem agi: siue vindicet quis vsumfructum, siue alij neget.

Ad §. 2. Si partis.

Ratio dubitandi. Non quemadmodû de hereditate specialis actio Prætoris edicto proposita est per quâ pars hereditatis petatur *l. 1. sup. si pars hered. pet.* Ita & actio vlla fuit proposita per quam pars vsusfructus peteretur, Est enim titulus hic conceptus De vsufructu non de parte vsusfructus. His nimirum verbis *si vsufr. pet. vel ad alium pertin. neget.*

Digitized by Google

Dec. Pars vsusfructus etiam vsusfructus est, sicut & pars fundi fundus est *l. locus est 60. vers. & quolibet inf. de verb. signif.* quod & in alio toto quolibet habẽte partes homogeneas. In quo numero vsusfructus proculdubio est, cùm sit diuiduus non minùs quàm fundus *l. 1. § si vsusfructus inf. ad leg. falc. l. 4. de vsufr.* Proinde qui petit partem vsusfructus petit vsumfructum, & consequenter non indiget alia actione quàm hac cõfessoria per quam vsusfructus petitur & vindicatur. Nec aliud in rerũ corporaliũ vindicatione iuris est, in qua certè nihil refert an tota res, an pars duntaxat rei vindicetur *l. qua de tota 70. sup. De rei vind.* vt in cęteris ferè omnibus eadẽ solet esse ratio partis quæ totius *l. si duo 51. inf. de adm. tutor. cum similib.* Alia causa hereditatis est in qua specialis fuit ratio proponendæ per Prætorem specialioris actionis, de qua in *Tit. si pars hered. petat.* vt ad primam illius Tituli legem scripsimus. Nec tantùm confessoria pro parte vsusfructus competit, si quis eam vindicare velit, sed etiam negatoria si quis eam ad alium pertinere neget, vt Vlpianus hîc scribit.

3 ¶ In his autem actionibus, quæ de vsufructu aguntur, etiam fructus venire plus quàm manifestum est.

Ad § 3. In his autem.

Ratio dubitandi. Nõ potest esse idẽ quid principale, & accessorium. Sunt enim separata ista & realiter distincta, vt solent ea esse quæ aliquam inuicem habent relationem. Nec potest quicquam esse accessio sui ipsius. Est enim accessio id quod alteri accedit ornandi aut aliter, vt ita dixerim, qualificãdi eius gratia *l. cùm aurum 19. § peruenIamus infr. de aur. & arg. vt legat.* Atqui actio de vsufructu non ad aliud datur, nec dari potest, quàm ad vtendum fruendum ac proinde ad fructus ipsos. Ergo non solùm plus quàm manifestũ est, sed etiam ridiculum videtur monere, quod in hoc §. scribitur, In actionibus quæ de vsufructu mouentur & aguntur (quod enim mouetur, agitur) etiam fructus venire. Dec. Actio de vsufructu non ad fructus datur, sed ad ius ipsum vsusfructus, quod incorporale est, & à fructibus ipsis qui corporalea sunt, separatum. Aliud enim est dicere *vsumfructũ*, aliud verò *fructus*. Adeò vt aliud quoq; sit dicere vsumfructũ, aliud verò perceptionem fructuum *l. si vsusfructus 66. infr. de iur. dot. l. necessariò 8. § vlt. de peric. & commod. rei vend.* quia vsusfructus iuris est, perceptio autem fructuũ facti. Nec quicquam vetat ius ipsum vsusfructus penes vnum esse, fructuum verò perceptionem penes alium. Ergo nihil insulsi est, aut absurdi, si quis dicat, In actione De vsufructu fructus venire. Veniũt enim fructus vt accessiones naturales quomodo in cõsequentiam venire solent in omnibus actionibus non solùm quæ in rem sunt *l. ex diuerso 35. § 1. de rei vindic.* sed etiam quæ in personam *l. 2. infr. de vsur.* Et actio ista confessoria cùm sit arbitraria sicuti & cæterę omnes in rem actiones, exigit necessariò arbitrium iudicis, & quidem de restituenda re quæ petitur, postquam ad alium eã pertinere pronunciatum est, id est, de reddendo vsufructu, qui petitus fuit, ac proinde de fructib. quoque restituendis, sine quibus nec res ipsa restitui videretur, quantumuis diuersa omnino esset à fructib. *d. l. 35. § 1.* iunct. *l. præterea 20. l. fructus 33. & pass. eod. tit. de rei vindic. l. restituere 35. l. hæc verba 73. & 75. de verb. sig.* Quantò igitur magis in actione De vsufructu, quę vel solo nomine ius percipiendorum fructuum designat, arbitrium iudicis tale esse debebit, vt fructus quoque quos possessor percepit aut percipere potuit, petitori fructuario restituere iubeatur? Sic in *§ vlt. huius legis*, & in *l. 4. § in confessoria inf. si seruit. vindic.*

4 ¶ Si post litẽ de vsufructu contestatã fuerit finitus vsusfructus, an vlterius fructus desinãt deberi? & puto desinere. nã, & si mortuus fuerit fructuarius[a], heredi ei' actionẽ[b] prærteritorũ duntaxat fructuũ dandam, Pomponius libro quadragensimo scribit.

Ad §. 4. Si post litem.

Ratio dubitãdi. Litis cõtestatio non solùm moram, sed etiam malam fidem inducit *l. sed etsi 25. § si antè. sup. de hered. pet. l. si homo 45. de rei vindic. l. mora litis 26. C. eod.* Atqui mora sola perpetuat obligationẽ, ita vt post morã, res etiam quę perempta est extare adhuc videatur *l. si seruum 91. § sequitur, & § vlt. inf. de verb. oblig.* Ergo etiãsi post litem cõtestatam & ante sententiam finitus sit vsusfructus, Dicendũ tamen est non desinere fructus deberi in tempus vsq; rei iudicatæ, quia etsi vsusfructus adhuc duraret in id vsq; tẽpus deberentur, adeóq; post ipsam etiã rem iudicatam quousq; iudicato satisfactũ esset, nulla facta deductione ne quidẽ eius tẽporis quod post sententiã iudicatis ad satisfaciẽdum datur, vt elegãter ac subtiliter suo more Papin. disputat in *l. 3. inf. de vsur.* Quomodo idẽ Vlp. noster ex Iuliano scribit in *l. Iulianus 17. § 1. sup. de rei vindic.* Si possessor hominis cõuentus rei vindicatione moram in eo reddendo fecerit & homo mortuus sit, fructuũ rationem vsq; ad rei iudicãdę tempus spectandam esse.

Dec. Nõ ad alios fructus potest quis teneri quàm quos ipse vel perceperit, vel percipere honestè potuerit, aut quos percepturus fuerat petitor si eo tẽpore quo iudiciũ accipiebatur res ei restituta fuisset *d. l. præterea 20. l. si nauis 62. § 1. supr. de rei vindic.* Impossibilis enim esset restitutio fructuum, qui neq; percepti vnquã fuissent, neq; percipi à quoquam potuissent. Atqui si litis cõtestatæ tempore petenti fructuario restituta fuisset vsusfructus, nõ tamen vlteriùs percipere alios fructus potuisset, quã quãto tẽpore vsusfructus durasset. Cũ acquisitio fructuum pẽdeat ex iure quod habet fructuarius eos percipiẽdi, ius verò percipiẽdi ex iure vsusfructus. Dicẽdũ igitur est tũc desisse fructuario deberi fructus, cùm percipi posse desierunt *l. pen. sup. de rei vind.* Sanè in homine perito, aliisq; huiusmodi reb. quæ facto & culpa possessoris perire possunt adhibẽda distinctio est, si Accursio credimus, An rei interitus dolo & culpa possessoris cõtigerit, an citra dolum ipsius, & culpã. Sed vix potest ea distinctio cadere in vsumfructum, Nisi ponas hominem aut aliud corpus in quo vsusfructus alien' fuit dolo aut culpa possessoris periisse, quo casu in tempus vsq; rei iudicatæ fructuũ præstationẽ & cõdemnationẽ extendi oporteret *d. l. Iulianus 17. § 1.* vbi scripsimus *eod. sup. tit. de rei vind.* Id tamen rariùs accidit, quia rei fructuariæ possessor esse solet & debet fructuari', nõ etiã ille qui iure dominij rẽ vindicat. In cõfessoriis n. de vsufructu possessor etiã ille est, interdũ quĩ agit. Quãuis cũ de fructib. tractatur, ponẽdũ sit fructuariũ nõ possidere, alioqui si possideat, nihil fructuum

nom'ne consequi potest *d.§.vlt.infr.* vbi dicemus.
a *Nam si mortuus fuerit fructuarius.* Ratio dubitandi. Litis contestatione perpetuatur actio etiā quæ sui natura erat temporalis, ita vt in quadragesimū vsque annum extendatur *l.vlt.C.de præscrip.30.vel 40. ann.* Quę autem perpetuę sunt actiones dari solent heredi & in heredem *Tot.tit.de perpet.& tempor.act.* Adeoque interdum etiam temporales dantur heredi, puta si sint pœnales tantū ex parte rei, sint autē rei persecutoriæ ex parte actoris *l.1.§.vlt.3. Ne vis fiat ei qui in poss.miss.est.* Ergo etiā si fructuarius decesserit, dummodò post litem cōtestatam dicendum est heredi eius dandam esse actionem non præteritorum duntaxat damnorum nomine, sed etiam futurorum quasi perpetuato vsufructu.

Dec. Aliud est litis contestatione perpetuari actionem De vsufructu, quæ tamen sui natura semper fuit perpetua, quales erant olim ciuiles omnes actiones, Aliud verò perpetuari vsumfructum ipsum, quod certè falsum est. Vsusfructus.n. certo & legitimo modo finitus actionē nullam in futurum tempus parere & exercere potest. Satis ergo supétq; fructuario esse debet, quod etiam post finitum vsumfructum, actionem tamen De vsufructu pro damnis & fructibus præteritis saluam sibi retineat, eámque ad heredem suum transmittat, vt in hoc §.scriptum est, & in *l.qui vsumfructum 36.§.vlt.& l.seq.l.defuncta 38.sup.de vsufr.*
b *Heredi eius actionem* Ratio dubitandi. Vsusfructus finitur morte fructuarij nec transit ad eius heredē, nisi fuerit repetitus *l.3.§.vlt.& l.repeti 5.in pr.sup.quib.mod.vsufr.amitt.* Atquin absurdum est actionem de vsufructu extendi vlterius quā vsusfructus ipse extendatur, vt proximè scripsimus, sicut neque actio de vsufructu priùs cedit quā ipsius vsusfruct⁹ dies cedat *l.1.§.vlt.supr.quand.dies vsusfr.legat.ced.* Ergo nec heredi actio de vsufructu danda est, ne quidē prætéritorum fructuum nomine. Dec. Mora possessoris etiam quæ per extraiudicialem interpellationem contracta sit, nocere illi debet non prodesse *l.in condemnatione 173.§.pen.de reg.iur.l.hominē 37.infr.mandat.* Multò magis ea quam per litis contestationem contraxerit quæ malā quoq; fidem induceit *l.sed etsi 25.§.si ante.supr.de hered.pet.* Atqui non noceret, imò prodesset si eos fructus, quos post moram, adeóque post litem contestatam percepit ob id lucraretur quod fructuarius subinde ante sentētiam decessisset. Lucraretur autem si nulla eorū nomine actio in fructuarij hæredem transmitteretur. Ergo etiam heredi pro huiusmodi fructibus, & damnis præteritis actio danda est. Neque ideò fit, vt actio De vsufructu vlterius quā vsusfructus extendatur. Etsi enim actio exercetur eo tempore, quo vsusfructus ampliùs nullus est, Exercetur tamen pro damnis & fructibus eius temporis tantùm quo vsusfructus durauit, nec ad vlterioris temporis fructus extenditur. Iisdem ergo finibus & regulis continetur *d.l.qui vsumfructum 36.§.vl.& l.seq.l.quod si heres 47.l.defuncta 38.supr.de vsufr.* Iunge *l.fructus 33.in fin.& l.seq.sup.de rei vindic.*

FRuctuario, qui vicit, omnis causa restituenda est. & ideò, si serui fuerit vsusfructus legatus, quidquid ex re fructuarij, vel ex operis suis consecutus est, possessor debebit restituere.

Ad §.5.Fructuario.

Ratio dubitandi. Fructuarius non alios fructus suos facit, quàm quos vel ipse, vel alius ipsius nomine perceperit, quāuis à solo separati sint, in quo minùs iuris habet, quàm bonæ fidei possessor *l.si fructuarius messem 13.in fin.sup.quib.mod.vsufr.amit.l.qui scit 25.§.1.infr.de vsur.* Atqui quos proprietarius percepit, aut alius possessor quilibet proprio suo nomine, eos à fructuario perceptos fuisse nemo verè dixerit *l.Pomponius 29.vers.quia non meo, & in fine princip.supr.quib.mod.vsufr.amitt.* Ergo non possunt illi ad fructuarium pertinere, nec ei proinde restituēdi sunt. Idémque dicēdum est in iis omnibus quæ ex re fructuarij, vel ex operis serui in quo vsusfructus alienus fuit possessor serui consecutus est, siue dominus ille fuit, siue extraneus, Quę omnia licèt propriè fructus nō sint, causæ tamen appellatione continentur. Causam enim appellamus id omne quod habiturus esset petitor si eo tēpore quo iudicium accipiebatur restituta ei res fuisset *l.præterea 20.sup.de rei vindic.l.a.infr.de vsur.* Habuisset autē fructuarius quicquid ex re ipsius aut ex operis suis seruus quæsisset, quoniā hæc omnia ad fructuarium pertinēt *l.si serui 21.sup.de vsuf.* Ergo si serui vsusfructus legatus fuerit, quicquid ex re fructuarij, vel ex operis serui consecutus est possessor, debebit restituere, Alioqui nec vsumfructū restitui videretur, quia is demū restituere dicitur, qui omne id restituit quod habiturus esset actor si cōtrouersia ei facta non fuisset *l.restitutre 75.de verb.sign.* Non idem erit in ancillæ partu, quia licèt causæ appellatione perinde contineatur *d.l.præterea, & d.l.a.de vsur.* in fructu tamē nō est nec ad fructuarium pertineret, etiā si vsusfructus ei tunc fuisset restitutus, cùm iudicium accipiebatur *l.vetus fuit quæstio 68.* vbi dixi *sup.de vsuf.* Cæterùm quod hic dicitur, Fructuario qui vicit omnē causam restituendam esse intellige ex die litis contestatæ tātùm, non eo tempore quod pręcessit contestationē *d.l.3. præterea.* Nam & ratio propter quam omnis causa restituenda est, siue in rem, siue in personam actum sit, non alia redditur, quàm quia quale quid est cùm petitur tale dari debet, inquit Papinianus in *d.l.a.de vsur.* Peti autem tùm demùm intelligitur, cùm litis contestatio fit. Nam ante illud tempus actor non tam petit quàm petere vult *l.ampliùs non peti 15.infr.rat.rem haber.*

6 ¶Sed & si fortè tempore vsusfructus amissus est, alio quidē possidente, alio autem liti se offerente: non sufficit, eum vsumfructum iterum renouare: verum cauere quoque eum de euictione vsusfructus oportet. quid enim, si seruum, aut fundum is, qui possidebat, pignori dedit, isque ab eo, qui pignori accepit, iure vti prohibetur? debebit itaque habere cautum.

Ad §.6.Sed & si fortè.

Ratio dubitandi. Is à quo vsusfructus per actionem cōfessoriam petitur, non ad aliud teneri potest, quàm vt vsumfructum restituat, qui finis est

omnium in rem actionum *l. qui restituere 68. de rei vindic. & §. prox. sup.* Atqui satis restituit qui vsumfructum quamuis amissum renouat. Ergo nec ad aliud teneri potest, quàm vt renouet, vt contingit in alia qualibet amissa seruitute *l. si locus 14. inf. quem. seruit. amitt.* Nec superuacua cautione quisquam onerari debet *l. hæc stipulatio 14. § 1. vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.* Igitur si fortè tẽpore vsusfructus amissus sit, alio quidem se liti offerente cùm non possideret, ac litem cõtestante pro possessore: alio autem possidente & fruente suo nomine (nec enim litis contestatio cum non possidente facta impedire potest quominùs amittatur vsusfructus nõ vtendo in fauorem possidentis *l. Pomponius 29. sup. quib. mod. vsusfr. amitt.* sicut neque interrumpit vsucapionem inchoatam *l. si post acceptum 18. supr. de rei vindic.* quamuis interrumpat longi temporis præscriptionem *l. mora litis 26. C. de rei vindic.*) sufficere debet fructuario, quòd vsusfructus renouetur, nec præterea cogendus est possessor cauere de euictione vsusfructus.

Dec. Non sufficit in hac actione, vt neque in aliis realibus rem petitam restitui nisi rectè, id est, arbitrio viri boni restituatur *l. hæc verba 73. de verb. signif.* Atqui non videtur rectè restitui nisi actori plenissimè caueatur, nec ex facto possessoris qui litem improbè contestatus est damnum vllum patiatur. Potest enim fieri, vt medio tempore, id est, ante renouatum vsumfructum is qui fundum fructuariũ possidebat eum pignori dederit, aut vendiderit, emptor verò, aut creditor pignoratitius vsumfructum hodie impedire velit tanquam amissum non vtendo: Quod si eueniat cùm id suo iure facturus sit, an non æquissimum est fructuario, qui vicit cauere possessorem de indemnitate? Quomodo etiã dicimus, si post acceptum iudicium de homine quem dominus vindicabat, possessor hominem vsuceperit, non solùm debere possessorem tradere hominem, sed etiam eo nomine de dolo cauere. Periculum enim est ne eum vel pignerauerit, vel manumiserit, inquit Caius in *d. l. si post acceptum.* Interponitur ergo hæc cautio arbitrio illo iudicis, quod in omnibus actionibus arbitrariis præcedere condemnationem debet, & in quo semper æquitas dominatur *l. 4. in fin. de eo quod cert. loc. § præterea. Instit. de act.* Igitur non sufficiet renouari vsumfructum à proprietario, aut ab alio quolibet possessore si non præcedat de indemnitate fructuario caueatur. Hoc verò non per actionem de dolo, vt videtur velle Accurs. sed per hanc ipsam actionem confessoriam. Nec enim locus est actioni de dolo, cùm alia competit *l. 1. § ait prætor. l. arbitrio 18. § si dominus. supra de dolo.* Neque rursum probo quod vult idem Accursius liberatum teneri in subsidium si is qui se liti obtulit soluendo non sit, arg. *l. vlt. de eo per quem fact. erit.* Ibi enim nihil poterat imputari acturi, Hic potest, cur non egerit contra possessorem.

7 ¶ Sicut fructuario in rem confessoriam agenti fructus præstandi sunt [a]: ita & proprietatis domino [b], si negatoria actione vtatur. sed in omnibus ita demùm, si non sit possessor, qui agit [c]. nam & possessori competunt. quòd si possident, nihil fructuum nomine consequentur [d]. Quid ergo officium erit iudicis, quam hoc? vt securus consequatur fructuarius fruendi licentiam: proprietatis dominus ne inquietetur.

Ad §. 7. Sicut fructuario.

a *Fructus præstandi sunt.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *§. in his autem 3. supr.* Idem enim sensus est, In actionib. de vsufructu, id est, siue in confessoria, siue in negatoria fructuum rationem habendam esse, quod & scriptum est in *l. 4. § in confessoria infr. si seruit. vind.* sc. nisi actor possideat, vt sequitur in textu.

b *Ita & proprietatis domino.* Ratio dubitandi. Proprietatis dominus si negatoria de vsufructu actione vtatur cõtra eum, qui se fructuarium dicit possidentem, fructúsque percipientẽ, potest eos fructus tãquam suos quãdocunq; vindicare, dummodo neque cõsumpti sint, neq; vsucapti. Quandoquidem dominium fructuum sequitur ius soli & dominij proprietatis *l. qui scit 25. § 1. infr. de vsur.* nisi cùm à bonæ fidei possessore percipiuntur, qui, quod ad fructus pertinet, domini loco pene est, *l. bonæ fidei 48. de acq. rer. dom.* in quo numero fructuarius esse nũquam potest, cùm hoc ipso quod se fructuariũ dicit, non modò sciat rem alienam esse *l. 1. sup. de vsufr.* sed etiam scire se fateatur. Quid ergo necesse est, vt in actionẽ De vsufructu negatoriam fructus venire dicamus perinde atq; in cõfessoriam? Nec enim tale quid in confessoria similiter tractari potest: quippe cùm confessoria nũquam detur domino, sed semper fructuario qui numquã dominus est: Negatoria verò non alij quàm domino proprietatis: saltem hactenus vt possit vincere. Nam si dominus non sit, sed extraneus, agere quidem negatoria perinde potest, sed vincere non potest, etiam si is qui se fructuariũ dicit nullo iure possideat, quoniã sufficit ei possidere, vt initio huius legis scriptũ est

Dec. Non debet fieri per plura quod potest fieri per pauciora, saltẽ æquè commodè. Maximè verò si etiam commodiùs *l. 3. § sed si debitorẽ infr. de don. int. vir. & vx.* nec quod vna actione consequi actor potest in aliam nouam actionem debet deducere, vt scilicet circuitus vitetur *l. Dominus 51. de condict. indeb.* Atqui duplex actio actori necessaria esset si fructus in actionem negatoriam non venirent, Negatoria nimirum De vsufructu, ac præterea Vindicatio fructuum à fructuario perceptorum. Melius igitur est vt dicamus in negatoriam quoq; illos venire. Quidni verò cùm sit illa quoq; in rem actio perinde ac confessoria? Nõnne idem arbitrium iudicis in vtraq; actione esse debet, ac semper consentaneum æquitati? Quid verò interest possessoris qui fructus percepit, tanquam fructuarius, cùm non esset, an eos per actionem negatoriã restituat, an per ipsorum fructuum potiùs vindicationem? Tum verò quid si fructus illi consumpti sint, aut etiam vsucapti tanquam bona fide possessi ab eo qui se fructuarium putabat? His certè casibus nemo dixerit vindicari eos posse: quos nimirum non possit proprietatis dominus his casib. suos dicere. Necessarium igitur est vt arbitrio & officio iudicis veniant in actionem confessoriam, Eadem arbitrij & iudicij arbitrarij æquitate, Ne alioquin eueniat vt deterioris conditionis sit petitor ob id, quòd plus iuris habeat, contra *l. in bello 12. § si quis seruum ad fin. inf. de capt. & postlim. reuers.*

c *Si non sit possessor qui agit.* Ratio dubitandi. Numquam is agit, qui possidet *§ æquè. Inst. de action.* Præsertim actione in rem, quam suprà diximus nõ dari nisi contra possidentem *l. qui petitorio 36. sup. de rei vindic.*

vindic. nec nasci nisi ex præsente aduersarij possessione *l. non alias 20. §. sed si postulatur. supra de iudic.* Atqui actiones De vsufructu, sicut & alia quælibet de seruitute tam confessoria quàm negatoria sunt in rem. Ergo non possessori dandæ sunt vllo casu, sed semper contra possessorem.

Dec. In actionibus in rem quæ mouentur de rebus corporalibus ita est, vt possidenti numquam dentur. Nulla enim talis actio prodita est per quã neget actor rem esse petitoris *d. §. æquè ad fin.* At in vindicatione seruitutum, siue personalium, siue iurium, nihil vetat eundem esse iuris possessorem, & petitorem *l. etsi fortè 6. §. 1. inf. si seruit. vindic.*

e *Quòd si p. fidente, nihil fructuum nomine consequentur.* Ratio dubitandi. Inanis est actio ex qua nullum commodum & emolumentum sperare actor possit *l. nam is 6. sup. de dol.* meliúsque actor faceret si se sumptibus inanibus non vexaret, cùm nullam haberet spem obtinendi *l. 1. supr. de inoffic. testam.* Atqui non alia potest vtilitas esse actionis confessoriæ aut negatoriæ de vsufructu, quàm vt actor fructus consequatur cùm actiones huiusmodi non nisi de fructibus, & propter fructus moueantur.

Dec. Non est inanis actio cuius aliquod qualequale spetar. possit emolumentum, & quantulacunque vtilitas, siue præsens, siue etiam futura *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias. infr. de fideiuss.* sicut dicimus posse vsumfructum constitui in re qualiber, quæ vel minimam habeat vtilitatem *l. statuæ 41. iunct. l. numismatum 28. sup. de vsufr.* Atqui potest aliqua huiusmodi actionum esse vtilitas, etiamsi actor qui possidet nullos fructus consequatur, Nimirum vt fructuarius agens confessoria & possidens consequatur securus fruendi licentiam, Proprietatis verò dominus agens negatoria, ne inquieretur. Nec enim parum est liberare se à lite *l. minoribus 6. supr. de minor. l. 1. C. de admin. tutor.* adeóque à metu litis etiam futuræ, ita vt sit illa etiam iusta causa transigendi *l. 2. C. de transact. l. in summa 65. de condict. indeb. l. 4. §. 1. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo in his actionibus officium, id est, arbitrium iudicis tale esse debebit si à possessore instituantur, ne inutiliter institutæ dici possint, cùm nihil fructuum nomine actor consequi possit. Malè verò Accursius hoc explicat, quasi Vlpianus sentiat nullam esse vtilitatẽ actionis confessoriæ & negatoriæ quando actor possidet. Malè item cùm subiicit exceptionem, Nisi fructus aliqui sint temporis præteriti quos restitui oporteat. Tractat enim Vlp. casum illum quo fructus nulli sint restituendi, Nempe quia actor semper possederit, ac proinde fructus omnes perceperit, nullos reus.

6. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

QVi de vsufructu iudiciũ accepit, si desierit possidere sine dolo absoluetur: Quòd si liti se obtulit [a], & quasi possessor actionem de vsufructu accepit, damnabitur.

Ad l. vlt. Qui de vsufructu.

Ratio dubitandi. Actiones in rem omnes nascuntur ex præsenti possessione, vt Paulus loquitur in *l. non alias 24. §. sed si postulatur. sup. de iudic.* Ex præsenti, inquam, id est, quæ reperitur eo tẽpore quo litis contestatio fieri solet, quod tempus etiam in cæteris ferè omnib. inspici solet, quia quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. inf. de vsur. l. vinum 22. infr. de rebus credit. l. vlt. de condict. tritic. l. fundum 28. de nouat.* Ergo is qui de vsufructu lite contestata iudicium accepit (nec enim nisi post litẽ apud Prætorem contestatam iudicium accipitur) cùm eo tempore possideret, etiamsi posteà sine dolo malo possidere desierit absoluendus non est, cùm semper possit ei imputari cur litem contestatus sit & iudicium acceperit.

Dec. Cõmune illud est omnibus in rem actionibus, vt quemadmodum ex præsenti possessione nascuntur, nec dantur nisi ad auferendam possessionem, ita nec possit vlla ex ipsis sequi condemnatio, nisi contra possessorem, In quibus scil. cùm sint omnes arbitrariç, non aliter condemnationi locus esse potest quàm si arbitriũ præcedat, & arbitrio non pareatur *§. præterea. Instit. de action.* Arbitrium porrò non nisi stultũ & iniquum esse posset, per quod iuberetur reus reddere possessionẽ, quam hodie non haberet, nec dolo malo habere desijsset *l. mulier 22. §. sed enim*, ibi *placet non cogi eum reddere quod non habet. inf. ad SC. Trebell.* Ergo cùm nulla ratio sit condemnandi eius qui sine dolo malo desiit possidere consequens omnino est vt absolui debeat: Nec enim res iudicata videri potest, nisi secuta, vel absolutione, vel condemnatione *l. 1. de re iudic.* Ideò autẽ tractamus de eo, qui rei iudicandç tempore, neq; possidet, neq; dolo desiit possidere, quia si dolo malo desijsset possidere, pro possessore habendus, & damnandus esset, cùm ex iuris regula dolus pro possessione sit *l. qui dolo 131. de regul. iur.* Eadem iuris ratio facit, vt is quoque condemnari possit & debeat, qui rei iudicandæ tempore possessor inuenitur, licèt tempore litis contestatæ non possederit *l. sin autem 27. §. 1. vers. item si litis. supr. de rei vindic.* Denique cùm quęrimus, an rectè sit instituta actio in rem, tempus litis contestatę inspicimus, Cùm verò de condemnando vel absoluendo reo, tempus rei iudicandæ.

a *Quòd si liti se obtulit.* Ratio dubitandi. Qui se liti offert tanquam possessor, & actionem De vsufructu excipit, quæ non nisi contra possessorem institui potest, non ideò fit possessor. Possessio enim facti est non nudæ voluntatis, nisi cùm agitur de ea amittenda *l. 3. §. ex contrario. l. si quis vi 17. §. differentia. infr. de acquir. poss.* Atqui actio De vsufructu confessoria, in rem est, nec datur nisi contra possessorem, vt proximè diximus. Ergo is qui se liti obtulit, & quasi possessor actionem De vsufructu excepit, nullomodo condemnandus est, tanquam qui nec tempore litis contestatæ possederit, nec hodie possideat tempore rei iudicatæ.

Dec. Qui se liti offert tanquam possessor cùm non sit, decipit actorem si modò ignorauit actor eum non possidere, Ergo non minùs condemnandus est tanquam possessor propter dolum, qui vt proximè diximus pro possessione est *l. is qui se obtulit 25. cum duabus sequentib. supr. de rei vindic.* vbi scripsimus.

DE OPERIS SERVORVM.

TITVLVS VII.

1. PAVLVS libro 2. ad Edictum.

Opera in actu cōsistit, nec ante in rerum natura est a, quàm si dies venit, quo præstanda est: quemadmodum cùm stipulamur b, *quod ex Arethusa natum erit.*

A ll.1. Opera.

Ratio dubitandi. Vsusfructus consistit quidem ex vtendo fruendo quod facti est *l. vnic. supr. quand. dies vsusf. legat. ced.* Et tamen non eò minùs dicitur in iure consistere nō in facto *l. Meuius 68 §. fundo. de leg. 2. l. si à reo 76. §. si reo inf. de fideiuss.* Ergo & in operis dicendum est non in actu & facto eas consistere, sed in iure, Præsertim cū fructus hominis in operis consistat, & retrò in fructu hominis operę sint, adeóque ab operas me. cedes *l. 3. & 4. inf. hoc tit.*

Dec. Nomen ipsum operæ nihil nisi actum, & factum ipsum demonstrat. Dicitur enim opera ab operando, quod meri facti est, nec nisi factū significat, id est, operationem ipsam, Ideóque dicitur nihil aliud esse quàm diurnum officium *l. 1. inf. de oper. libert.* Inde óque differt ab vsufructu qui licèt factū requirat vtendi fruendi, ita vt ex fruendo consistere dicatur in *d. l. vnic.* in iure tamen non in facto consistit *d. §. fundo.* Aliud enim est consistere in facto, Aliud ex facto. At operæ non tantùm ex facto consistunt, sed etiam in facto.

a *Nec ante in rerum natura est.* Ratio dubitandi. Operę in rerum natura numquam sunt *l. operæ 9 inf de oper. libert.* Nam prius quàm indictæ sint & dies venerit quo præstandæ sint, nec debentur, nec in rerum natura esse intelliguntur, Vnde est quod ante peractum totum diem quo præstari debuerūt, non solùm opera tota peti non potest, sed nec pars operæ per horas, aut peti aut solui *l. 3. eod. tit.* Vbi verò præterierūt iā non operæ ipsæ, aut perendæ, aut præstandæ sunt, sed earum æstimatio, Alioquin aliæ essent operæ quę alterius diei essent, nō minùs quàm quæ eo ipso die quo debentur ali j præstarētur *l. quia alia 12. eod. l. si non sortem 26. §. libertus. de condiction. indebit.* Vnde est quod eleganter Vlpianus scribit in *l. si quis 13. §. iudicium. eod.* Iudicium de operis tùm demùm habere locum, cùm præterierint, Prætetite autem non posse antequàm incipiant cedere, nec rursum priùs incipere quàm fuerint indictæ. Cùm enim operarum editio nihil aliud sit, quàm officij præstatio, absurdum sanè est credere, alio die deberi officium quàm quo is vellet cui præstandum est, Vt eleganter Caius ratiocinatur in *l. cùm patronus 22. eod. tit.* Nō ergo debuit Paulus dicere, Operas non antè in rerum natura esse, quàm is dies venerit quo præstandæ sunt, Cùm ne quidē adueniente die in rerum natura esse videātur. Dec. Cùm quærimus an operæ in rerum natura sint, nō tam de operis ipsis intelligimus, quàm de operarum obligatione ex qua operæ peti possint. Nam operæ quidem ipsæ, cùm in actu consistant, non possunt in rerum natura non esse, tunc cùm præstātur. Sed earum nomine obligatio nulla contracta videri potest, cùm præstitæ inueniantur, priùs quàm peti possint. At si non præstentur, vt necesse sit eas peti, dicimus non esse illas in rerū natura, quia nec debentur antequàm dies venerit, quo præstandę sunt, Nec rursus diem venisse sufficit, nisi etiam præterierit. Vt in omnibus alijs euenit obligationibus quæ diem habent *l. qui hoc anno 42. de verb. oblig.* iunct. *l. liber homo 118. §. decem hodie eod.* Vbi verò præterierit, iam non opera in obligatione est, quæ nec præstari ampliùs posset, sed ipsius æstimatio quę non tantùm pręstanda, sed etiam petenda est *l. stipulationes non diuiduntur 72. eod. tit.* Operæ igitur in rerum natura numquam sunt, vt peti possint, sed sunt tamen vt debeantur, id est, vt præstari saltem possint: Alioqui nec liberaretur debitor eas præstando quas non deberet. Non enim liberatur debitor solutione alterius rei quàm illius ipsius quæ debetur, cùm aliud pro alio solui non possit *l. 2. §. mutui. inf. de reb. credit.* Distinguendę tamē sunt operæ artificiales, puta pictoriæ & fabriles à cæteris. Nam fabriles quidē & pictoriæ peti non possunt nisi præteritæ, quamuis certum dies ex die interpositione stipulationis cedat. Cæteræ verò quas patronus à liberto exigit, confestim non cedunt, quia id agi inter eos videtur, ne antè cederēt quam indictæ fuissent: Scilicet quia ex commodo patroni libertus eas debet edere: quod in fabro, vel pictore dici non conuenit, vt Iulianus scribit in *l. quoties 24. de oper. libert.*

b *Quemadmodū cùm stipulamur.* Sensus est, siue quis operas stipuletur, siue id, quod ex Arethusa natū erit nō priùs peti posse, quàm venerit tempus quo vel opera præstāda, vel aliquid ex Arethusa natum sit. Reipsa enim obligationi inest tractus temporis, vt scriptum est in *d. l. quoties,* & actio ex re ipsa dilationem capit, vt loquitur Paulus in *l. interdum 73. infr. de verb. oblig.*

Ratio dubitandi. Stipulatio pura est, quæ nec diem habet, nec condicionem. Ex pura verò stipulatione confestim agi potest *l. cedere diem 213. de verb. sign. §. omnis stipulatio. Instit. de verb. oblig.*

Dec. Interdum pura etiam stipulatio dilationē ex re ipsa capit, vt in duabus speciebus hic propositis *d. l. interdum.* iunct. *l. inter stipulantem 83. § sacram. vers. Pro quo. eod. l. 1. in fin. de condic. & demonstr.*

2. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

Operæ serui legatæ capitis minutione non amittuntur.

Ad l. Operæ serui 2.

Ratio dubitandi. In hominis vsufructu etiam operę serui sunt *l. 3. infr.* Atqui vsusfructus capitis diminutione perit etiā minima, si ius inspicias quod Vlpiani

Vlpiani temporibus obtinebat, nec nisi à Iustiniano innouatum est in *l. pen. C. de vsufr. §. 1. Instit. de acquisit. per adrog.* Ergo etiam operæ capitis diminutione amittuntur.

Dec. Vsusfructus in eo differt ab operis, quod, vsusfructus in iure consistit, operæ autem in actu & in facto, vt dixi ad *l. prox. supr.* Atqui ea quidem quæ iuris sunt per capitis diminutionem quæ iuris etiam est, perire possunt, at non illa etiam quæ in facto *l. legatum pen. sup. de cap. minut.* Ergo vsusfructus quidem per capitis diminutionem amitti possunt, sed operæ non possunt *l. 2. infr. de vsufr. legat.* vbi additur, nec amitti eas non vtendo, Quia nimirum iura illa sunt quæ non vtendo amittuntur, Opera verò non ius, sed factum est, Imò quod magis est, nec morte legatarij operæ amittuntur *dict. l. 2.* vbi ratio redditur, quia legatarius operarum fructuarius non est, ideo; legatum operarum ad heredem suum transmittit. Et quoniam ex operis serui mercedem capere potest, etiam operas eius locare ipse poterit, quas si prohibeat heres capi à conductore, perinde tenebitur, ac si legatarium ipsum operas percipere prohiberet: Idémq; est si seruus ipse se locauerit *d. l. 2.* in quo legatum operarum simile est legato vsusfructus *l. arboribus 12. §. vsufructuarius l. non vtitur 38. & seq. sup. de vsufr.* Sed in eo quoq; diuersum est, quòd seruo vsucapto legatum operarũ perit *dict. l. 2.* cùm tamen non pereat legatum vsusfructus *l. locum 17. §. proprietarius supr. de vsufr. l. seque vsusfructus 19 supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. iusto 44. §. non mutat. infr. de vsucap.* Hæc iam variè, quia, vt iam dixi, operæ in facto consistunt, vsusfructus autem in iure. Iura vsusfructus & dominij sunt separata, At operarum ius nullũ est quod vsucapto seruo possit subsistere. Non est contrarium, quod ait Iustin. in *d. §. Inst. de acquis. per adrogat.* operarum quoq; obligationem capitis diminutione perire. Nam vt benè Accurs. respondet de operis libertorum locus ille intelligi debet, non etiam de operis seruorum, de quibus solis in hac lege, & in toto hoc tit. agitur. Sed diuersitatis rationem malè Accurs. illã adfert, quòd operæ liberti ius nullũ tribuant in personam liberti qui ipse liber est. Operæ autem serui ius aliquod tribuunt in personam serui qui sicut in domini potestate, ita & in alterius iure etiam quod ad operas esse potest. Debuit enim potius dicere Accursius, Operas à libertis promissas & debitas iure exigi, Iudicio à Prętore in eam rem proposito, quod dicitur De operis libertorum. Agit siquidem patronus cùm vult, in libertum, sicut & in alium quemlibet. At operas à seruo præstandas legatario operarum, neque deberi à seruo posse, neque contra illum exigi, quia neque ciuiliter quicquam debere seruus potest *l. nec seruus 41. infr. de pecul.* neque cum seruo vlla esse actio *l. cum seruo 107. de reg. iur.* Ergo quæ ratio facit vt operæ serui non pereant capitis diminutione, quia nec seruus eas debet, eadẽ videtur facere vt operæ liberti pereant quippe qui & eas debere possit, & earum nomine conueniri. Nec obstat quod hominis quoq; liberi operæ legari possunt, sicut & locari, & in stipulationem deduci *l. 3. de vsufr. legat.* Id enim sic debet accipi, non vt ius aliquod in personam liberam legatario acquiratur, sed vt possit agere contra heredem ad hoc, vt conducat operas hominis liberi, quas legatarius posteà percipere ab eo possit. De aliis sanè capitis diminutionibus maxima & media, nec dubitatur, quin operæ pereãt tam serui quàm liberti, Non quia per eas omnia iura publicentur, vt ait Accursius, Sed quoniam non solùm maxima capitis diminutio per quam libertas amittitur, sed etiam media quæ salua libertate ciuitatem adimit, faciat vt qui capite deminutus est pro mortuo haberi debeat *l. 1. §. pen. de bonor. poss. contr. tab. l. Gallus 9. & quid si tãtùm. de liber. & posth. l. 1. §. si deportatus. de bon. libert.* Nempe quantum ad ea omnia quæ per actus ciuiles acquiruntur, id est, ex iure ciuili *l. deportatus 15. infr. de interd. & releg.* inter quæ legatum est *l. 1. ad leg. falcid. l. verbis legis 120. de verb. sign. l. 3. infr. qui testam. facer. poss.* Rursus quod diximus Legatum operarũ transmitti ad heredem legatarij ex *d. l. 2. de vsufr. legat.* pugnare videtur cum *l. idem est 6. infr. vsufr. quem. cau.* vbi scribitur legata habitationis, & operarum, siue hominis, siue alterius cuiuslibet animalis, aut reditus prædij, aut si vindemia legata sit, vel messis, morte legatarij ad heredem, eundémque proprietarium à quo relicta fuerant, redire. Sed benè respondet Accursius ad alia legata, de quibus tam in illa lege, quam in alia præcedente tractatur, nõ autem ad legatum operarum eam adiectionem referendam esse. De quo nec dubitabit, qui legem illam Pauli esse videbit, in qua de operarum legato verbum nullum: Pręcedentem verò quę de operis etiam legatis tractat esse Vlpian. Cùm enim Paulus tres casus exprimat, si cui reditus prædij legatus sit, si vindemia, si messis, quis non videt Paulum cùm subijcit *quæ legata morte legatarij ad heredem redeunt* de his casibus intelligere, de quibus dixerat, non de aliis, quos Vlpianus enumerauerat. Simile erroris lubricum est in *l. sed non dantur 10. de tutel. & rat. distr.* vbi quod ex eo eodẽ Paulo scriptum est *quamuis enim morte tutoris intereant* malè feriati quidam interpretes, duce licèt Cuiacio, referunt ad condictionẽ furtiuam, quasi ea quoq; furis morte intereat, Eo prętextu quod in *l. præced.* de actionibus furti, damni iniuriæ & condictionis promiscuè tractauerat, Cùm tamen nihil in toto iure nostro sit certius, quã quod & in Cõiecturis, & in Chiliade nostra pluribus probauimus, Cõdictionẽ furtiuam morte furis non interire, sed in ipsius heredem transire, etiam post peremptam rẽ furtiuam *l. si pro fure 7. §. 1. l. in condictione 9. inf. de cõdict. furt.*

3. Gaivs libro 7. ad Edictum Prouinciale.

IN hominis vsufructu operæ sunt, & ob operas mercedes [a].

Ad l. In hominis 3.

Ratio dubitandi. Multum distat inter operas & vsumfructum, vt ex iis quæ ad superiorem legem scripsimus, apparet, Nec operæ per omnia imitantur vsumfructum, vt Vlpianus loquitur *l. huic stipulationi 5. §. vlt. infr. vsufr. quem. caueat.* Non ergo in hominis vsufructu operæ esse possunt cũ separatorum separata sit ratio, nec vnum in alio contineatur. Dec. Est quidem longè aliud serui vsusfructus, Aliud verò operę. Sed non vsq; adeò tamen aliud, vt nõ fructus hominis in operis consistat, & retrò in fructu hominis operæ sint, sicuti scriptum est in *l. prox. seq.* Neque enim consequens statim est dicere, Vsumfructum igitur esse operam

hominis. Aut operam esse hominis vsumfructum. In hominis fructu sũt operæ, Sed nõ ideò vsusfructus hominis, operæ ipsius dici possunt. Et retrò; hominis operæ in vsufructu sunt, At nõ ideò sunt vsusfructus. Habẽt enim se inuicem non tanquam synonima, aut conuertibilia, nec tanquam genus & species quorum vnum in alio, siue essentialiter, vt loquuntur, & formaliter, siue eminenter contineatur, sed tanquam excedentia & excessa. Vsusfructus est quid excedens operas, Operæ verò excessum quid ab vsufructu. Et verò quantumuis legatus sit vsusfructus hominis, quid aliud spetare ex huiusmodi legato fructuarius potest, quàm serui operas? *l. medicus 26. ad fin. infr. de oper. libert.* Sed multum tamen interest an legetur vsusfructus, id est, ius ipsum vtendi fruendi homine, & eius operas percipiendi, An verò ipsę operæ sint legatæ quæ in actu & diurno illo officio consistunt.

a *Et ob operas mercedes.* Ratio dubitandi. Operis serui legatis vsus eius legatus intelligitur *l. operis 5. infr. hoc tit.* Atqui vsuarius locare rem vsuariam nõ potest, in eóque minus iuris habet vsuarius quàm fructuarius *§. 1. Instit. de vsu & habit.* Nec rursum exigi possunt mercedes, nisi per locationem. Ergo legatis operis non possunt legatario deberi mercedes.

Dec. Operæ habent quidem maiorem similitudinem in plerisque cum vsu quàm cum vsufructu, Quoniam is qui habet vsum serui, perinde operas eius percipere potest, atque si operę essent ei legatæ. Nec amplius quicquam percipere posset is cui fructus hominis legatus esset, cùm tamen longè plus soleat esse in fructu quàm in vsu *d. §. 1. Instit. De vsu & habit.* Sed tamen non per omnia operæ imitantur vsum sicut nec vsumfructum, vt modò dicebamus ex *l. huic stipulationi 5. §. vlt. inf. vsufr. quem. caueat.* Alioqui finiretur legatum operarũ morte legatarij, sicut & vsus morte vsuarij, quod tamen falsum est *l. 2. infr. de vsufr. legat.* Sed neq; vsus minùs quàm vsusfructus capitis diminutione amittitur. Iisdem enim modis & cõstituitur & finitur, quibus vsusfructus *l. 1. inf. tit. prox. & Insti. eod. tit. l. 3. in prin. inf. vsufr. quem. caueat.* quod tamen in operis legatis aliud esse diximus in lege præcedente. Ergo & in hoc differret legatum operarũ à legato vsus, quod cùm vsuarius operas serui locare non possit, nec proinde mercedes vllas percipere, legatarius tamẽ operarum potest, vt sit hac parte legatum operarũ similius vsuifructui, quàm vsui simplici *d. l. 2. de vsufr. legat.* Vsuarius enim nihil ex legato vsus consequi potest, nisi quãtum necessitas ipsius exigit, At legatarius operarum operas omnes percipere potest, etiam quibus non indiget, quod tamen commodum ei eriperetur si locare illas non liceret. Est igitur plenius legatum operarum quàm vsus, & vtilius quoq; quàm sit legatum vsusfructus, hactenus saltem vt difficiliùs amittatur. Ideóque negari non potest quin operæ sint quid separatum ab vsu & vsufructu.

4. GAIVS libro 2. de liberali causa Edicti vrbanici.

FRuctus hominis in operis constitit. & retrò, in fructu hominis operæ sunt.

Ad l. Fructus 4.

Hanc legem iam explicauimus ad legem præcedentem, Idem enim propemodum vtriusque sensus est, eandémque proinde admittit dubitandi, & decidendi rationem. Ex iis autem quę diximus apparet quàm falsum sit, quod Accursius docet in hac lege denotari vnitatẽ quandam inter operas & vsumfructũ, Exemplo, inquit, eius quod in sacris literis scriptũ est *Ego sum in patre & pater in me est.* Quamquam vt peruersam Theologiam suam corrigat, subiicit, Non esse tamen hanc vt illam omnimodam similitudinem, Nisi quod rursum confundit similitudinem, & vnitatem quasi synonima, Cùm simile nullum sit idem vt vulgo iactari solet, Christus Dominus non patri similis est, vt Arrius dicebat, sed vnum & idem cum patre, nec ὁμοιούσιος, sed ὁμοούσιος. At operę nõ sunt vsusfructus, sed in vsufructu. Nec similes vsuifructui, nisi in quibusdam, in pluribus verò dissimiles *l. 2. & 3. sup. d. l. 2. de vsufr. legat.* Denique nec vsus, nec vsusfructus in operarum legato esse videtur, vt Paulus disertè scribit in *l. 1. § si vsusfructus. inf. ad leg. falc.* Vbi alia notatur differentia perelegans inter operas & vsumfructũ, quod vsusfructus diuiduus est, & pro parte præstari potest. Opera autem est indiuidua, nec eius pars vlla esse intelligitur *l. 3. § 1. ff. libertus 15. § 1. de oper. libert. l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.* Vnde fit vt si locus sit legi falcidiæ, æstimandum sit legatum operarum, vt ex æstimatione detrahi possit falcidia quæ ex legato operarum non posset: Quod in vsufructu legato diuersum est *d. §. si vsusfructus.* In vsu non item, quia legatum vsus indiuiduum est non minùs quàm operarũ *l. vsus pars 19. inf. tit. prox.* Adde legatũ vsusfructus & vsus cedere ex die aditæ hereditatis *l. vnic. sup. quand. dies vsusf. leg. ced.* Legatum verò operarum non nisi ex dię petitionis *l. operæ 7. infr. de vsufr. legat.*

1 ¶Et, vt in cæteris [a] rebus fructus, deductis necessariis impensis, intelligitur: ita & in operis seruorum.

Ad §. 1. Et vt in cæteris.

a *Et vt in cæteris.* Ratio dubitandi. Nõ alij sunt magis necessarij sumptus, quàm qui in causam cibariorum aut medicamentorum præstantur, si fortè seruus ægrotus fuit *l. in rebus 18. §. possunt. inf. Commod.* Impensæ siquidem necessariæ dicuntur eæ quæ si factę non essent, res aut peritura, aut deterior futura fuisset *l. impensæ 14. de impens. in reb. dotal. fact. l. impensæ 79. de verb. signif.* Atqui impensæ istæ naturali ratione ad eum pertinent qui vtitur opera serui, Itémque impẽsæ valetudinis adeóque fugæ si modicę sint, vt scriptum est in *dict. §. possunt.* Ergo nulla necessariarum impensarum deductio fieri debet, cùm restitutio sit operarum.

Dec. Cùm legantur operæ serui, quia ipsæ operę in rerum natura esse non intelliguntur, necessariò facienda æstimatio est operarũ quatenus aut preciosiores sũt, aut viliores *l. vlt. inf.* Ita vt si minor annis quinque, vel debilis seruus fuit, cuius apud dominum opera nulla esse potuerit, nulla quoq; æstimatio facienda sit *d. l. vlt. § 1.* In illa porro æstimatione facienda necessariarum impensarum ratio

habenda

habenda necessariò est, vt scilicet tantò minùs æstimentur operæ serui quantò plus ad eas percipiendas impendendum sit. In quo impensarum numero etiam cibaria & medicamenta ægroti serui continebuntur. Etsi enim ipsæ operæ illa præstare intelliguntur, vt nihil in eas hoc nomine impensum esse videatur, Negari tamen non potest, quin deducenda sint, vt tantò minùs ex operis percepisse heres dici possit, quemadmodum eleganter Neratius tractat in *l. pen. vers. sed ipsa res de impens. in reb. dotal fact.* Idem igitur hoc casu obtinet quod in cæteris causis vt impensarum necessariarum deductionem fieri oporteat. Et hic loci huius sensus est, Non, vt impensas illas restituere heres debeat operarum legatario qui seruum aluit vt operas perciperet. Quò pertinet *d. §. possunt*, Nec rursum, vt finito legato operarum pro quota parte anni non durauit opera, reddatur æstimatio retentis sumptibus, quomodo interpretatur Accursius. Exemplo eius quod de dotali prædio scriptum est in *l. fructus 7. infr. sol. matrim.* Non enim simile exemplum est, cùm in fundis dotalibus fructus annui diuidantur pro rata temporis, In operis verò, quæ nihil aliud sunt quàm diurnum officium, singulos dies spectamus, nec diuisionem vllam inducimus, cùm sint indiuiduæ. Nec rursus video, quonam casu possit tractari de restituendis per legatarium operis finito legato, Cùm legatum operarum in eo sit dissimile legatis vsusfructus & vsus, quod ad heredem quoq; legatarij transmittitur, nec personale est, nisi ex parte serui cuius sunt operæ *d. l. 2. de vsufr. legat.* Cùmq; operæ non sint in rerum natura, vt diximus & explicauimus ad *l. 1. sup. ex l. operæ 9. de oper. libert.* quid est, obsecro, quod finito legato restituere possit aut debeat legatarius? Aut cur operarum æstimationem? siue de perceptis intelligas, cùm eas suo iure perceperit, siue de non perceptis cùm non perceperit? Vnde est quod nec vlla cautio præstanda est à legatario operarum, quomodo præstanda est à fructuario & ab vsuario *tot. tit. inf. vsufr. quem. caueat.* Itaq; necessariò intelligi locus hic debet de operis restituendis non heredi à legatario post finitum legatum, sed legatario ab herede, Quia cùm non possint peti, nisi præteritæ, quamuis eo demum die quo debentur præstari possint, non aliud commodum ex hoc legato consequi legatarius potest, quàm vt petat æstimationē operarum, quas percipere debuit si mora ei ab herede facta non fuisset: Et quas cùm heres perceperit vtique debet restituere legatario cui debuerat præstari, Restituere, inquam, non in iisdem operis, cū eædem esse non possint quæ sunt alterius temporis *l. si non fortem 26. § libertus de condict. indeb.* Sed in earum æstimatione. Hoc igitur est quod sibi vult Caius, in hac æstimatione ineunda deducendas esse necessarias impensas, vt tantò minor sit æstimatio præstanda legatario, quantò plus heres impendit in eum seruum cuius operæ debentur, Neque alia huius loci interpretatio quærenda est.

5. TERENTIVS CLEMENS libro 18. ad legem Iuliam & Papiam.

OPeris serui legatis, vsum datum intellegi, & ego didici, & Iulianus existimat.

Ad l. Operis 5.

Ratio dubitandi. Pleraq; sunt differentiæ inter operas & vsum, nec pauciores quā inter operas & vsumfructum, vt constat ex iis quæ diximus ad *l. 2. 3. & 4. sup.* Non ergo verum esse potest quod Terentius ex Iuliano & ex præceptoris sui sententia hîc scribit, Operis serui legatis vsum datum intelligi. Atq; ita Paulus disertè scribit in *l. 1. § si vsufru ius. vers. sed operis. infr. ad leg. falcid.* in legato operarum, neque vsum esse, neque vsumfructum.

Dec. Legatis operis vsus quidem propriè legatus non dicitur, sed tamen simile est hoc legatum legato vsus in plerisque, & illud imitatur, quamuis non per omnia, vt loquitur Vlp. in *l. 5 § 1 fin. inf. vsufr. quemad. caueat.* In eo autem maximè imitatur, quod operæ indiuiduę sunt, sicut & vsus, Nec alius potest vsus esse hominis, quàm in operis, Quamuis vnus etiā sit casus hic extus, in quib. vsum pro fructu & promiscuè fructū pro vsu accipimus, sc. cùm nihil amplius potest esse in fructu quàm in vsu, vt in *l. 5. § vlt. & l. quoniam 10. sup. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. l. pen. in princ. infr. tit. prox.* Quis enim alius potest esse fructus hominis nisi in operis? Adeò vt nec in ancilla aliud dici possit. Etsi enim potest illa parere, tamen præter id quod partus ancillę in fructu non est ob rationem quam prudentes adferunt in *l vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. & in l. pecudum 28. inf. de vsur.* non ad hoc comparantur ancillę vt pariant, sed vt seruiant, & operas præstent *l. ancillarum 27. sup. de hered. petit.* Cæterùm in quàm multis differant operæ ab vsu & à fructu, constat ex *d. l. 2. de vsufr. legat.* & ex iis quæ ad totum hunc Titulum disputauimus.

6. VLPIANVS libro 51. ad Edictum.

CVm de serui operis artificis agitur, pro modo restituendæ sunt: sed Mediastini secundùm ministerium. & ita Mela scribit.

Ad l. Cùm de serui vlt.

Pēdet totius legis huius interpretatio ex iis quæ scripsimus ad *l. 4. in fi sup.* circa æstimationem operarum serui, si fortè non sint præstitæ legatario, sed heres eas perceperit, ac proinde restituere illas debeat. Restituendę enim sunt in æstimatione, cùm in specie restitui non possint *l. si non fortem 26. § libertus. De condict. deb.* Distinguit autem hîc Vlpian. vt & in aliis plerisq; iuris partibus nostri distinguunt an artificiales sint operæ, puta fabriles aut pictoriæ, an officiales: Vt quæ sunt prioris generis restituendæ & æstimandæ sint pro modo congruo boni viri arbitrio, id est, secundum qualitatem artificis, prout ille aut excellentior, aut imperitior artifex fuerit. Quę verò sunt posterioris generis æstimentur secundum ministerium serui cuius operæ legatæ sunt ac longè vilius. Qui enim ex seruis artificio carent viliores certè sunt, & consequenter eorum operæ minoris precij. Et hi sunt quos Mediastinos nostri vocant.

Ratio dubitandi. Operæ nō possunt ex operarū legato peti, nisi præteritæ *l. si quis 13. §. iudicium. inf. de*

oper. libert. Vbi verò præteritæ sunt, iam præstari amplius non possunt *d. §. libertus.* Nullum ergo tempus est, nullúsque casus quo de illarum restitutione tractari possit.

Dec. Non possunt restitui operæ in specie, sed tamē in æstimatione possunt & debent *d. §. libertus & l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.* Hoc enim est quod dicimus perinde operas ac pecuniā creditam peti *l. 4. de oper. libert.* quo loco etsi agitur de operis libertorum, non vt in hoc tit. De operis seruorum, hac parte tamen non alia inter operas istas differentia est, quàm quod illæ à libertis ipsis petuntur, Hæ verò cùm à seruis peti non possint, cum quibus nulla actio est *l. cum seruo 107. de reg. iur.* petendæ sunt ab herede. Cur verò aliter fiat æstimatio artificialium operarum & officialium ratio non obscura illa est, quia officialium æstimatio ministerij seruilis qualitate & finibus continetur ne possit facilè in immensum excurrere, Quod in artificialibus diuersum esset si non iis æstimandis modus aliquis ex boni viri arbitrio adhiberetur. Aliæ inter has operarum species differentiæ sunt in *l. fabriles 6. d. l. operæ 9. l. quoties 24. l. hæ demum 38. inf. de oper. libert.* De quibus videnda sunt quæ fusiùs scripsimus in Iurisprudentię Papinianeæ scientia: Vbi etiam aliqua De operis seruorum, quæ in eo maximè differunt ab operis libertorum, quod operæ libertorum pendent ex edentis æstimatione & edendæ sunt conuenientes dignitati, facultatibus, consuetudini & artificio edentis *l. pen. de oper. libert.* Secus in operis seruorum, quorum scilicet, neque dignitas vlla est, neq; facultates, neque consuetudo vila quę spectari possit, sed artificium dūtaxat si quod habeant. Pendent igitur potiùs ex dignitate, facultatibus, & consuetudine illius cui eduntur.

1 ¶ Si minor annis quinque, vel debilis seruus sit, vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit: nulla æstimatio fiet.

Ad §. 1. Si minor.

Ratio dubitandi. Etiam cùm minor annis quinque vel debilis seruus fuit, cuius operę legatæ sūt, nihilominùs legatum valet, Alioqui nō esset quærendum de æstimatione. Atqui non valeret si nulla esset eius vtilitas *l. si creditori 28. & seq. de legat. 1. l. verbis 5. ad leg. falc.* Nulla autem potest vtilitas legati huius esse si operarum nulla fiat æstimatio. Ergo hoc quoque casu faciēda est operatum æstimatio.

Dec. Eæ demùm operæ æstimandæ sunt quæ debentur. Debentur autē illæ duntaxat quarum dies cessit *l. quoties 24. de oper. libert. l. cedere diem 213. de verb. sign.* Porrò non cedit dies legati operarum nisi ex die petitionis *l. operæ 7. de vsufr. legat.* Nec rursum peti possunt operæ nisi præteritę *l. si quis 11. § iudicium. de oper. libert.* Pręterire deníque non possunt, nisi quę præstari & potuerunt, & debuerūt. Atqui nullas operas præstare potest minor annis quinq;, nec is qui tam debilis est vt operari nō possit. Ergo de primo ad vltimum nulla potest hoc casu fieri ęstimatio. Nec eò minùs tamen valet legatum ad cuius quippe validitatem sufficit, vt aliquo casu & aliquo tempore vtilitatem suam habere possit. Potest autem cùm puer infantis ætatem excesserit *l. si infantis 55 sup. de vsufr.* Possunt enim etiam impuberis aliquæ esse operæ *l. cæterùm 32. supr. de rei vindicat.* adeóque infantis dummodò maioris quinquēnio vt hic textus non obscurè innuit. Itémque infirmi serui si modò pristinę sanitatis firmitatem recuperauerit. Benè igitur Vlp. hîc scribit, si minor annis quinque, vel debilis sit seruus, vel quis alius cuius apud dominium nulla opera esse potuerit, nullam æstimationem faciendam esse, quia necdum interest quicquam legatarij, cùm dies legati nondū cesserit, nec priùs possit cedere quàm aliquæ sint operæ quæ & præstari & peti possint.

2 ¶ Item voluptatis, vel affectionis æstimatio non habebitur: veluti si dilexerit eum dominus, aut in deliciis habuerit. Cæterùm, deductis necessariis impensis [a], fiet æstimatio.

Ad §. 2. Item voluptatis.

Ratio dubitandi. Non est nouum vt in ęstimandis rebus, præsertim verò in æstimādo eo quod interest, adfectionis ratio habeatur, *l. seruus ea lege 7. de seru. export. l. 4. versic. si tamen infr. de in lit. iur. l. si in emptionem 35. sup. de minor. l. 1. §. & aliàs videamus 15. infr. si quid in fraud. patron.* Maximè verò in contractibus & iudiciis bonæ fidei *l. cùm seruus extero 64. infr. mandat.* Atqui actio ex testamento licèt sit stricti iuris *l. Lalias 6. de lit. iur. l. si heres 5 de eo quod cert. loc.* in plerisque tamen imitatur naturam iudiciorum bonæ fidei. *l. in minorum 3. C. in quibus caus. non est necess. in integr. rest. l. vsura 34. de vsur.* Ergo & in æstimandis operis saltem iis quæ testamento legatæ sunt, habenda est ratio adfectionis, itémque voluptatis, Cùm liceat fructuario non tantùm necessariis, sed etiam voluptaris causa rem reficere *l. vsufructu 7. §. vlt. sup. de vsufruct.*

Dec. Moderata æstimatio semper fieri debet, quia honestus modus seruandus est, non immoderata cuiulq; luxuria subsequēda *l. ex damni 40. inpr. inf. de dam. infect. l. 1. §. vlt. de adilit. edict.* Arqui facilè excresceret æstimatio in infinitum, aut saltem in immensum si adfectionis ratio aliqua haberetur, Nisi cùm euidentissima necessitas, & quæ semper ex necessitate surgit æquitas suadet, vt cùm iuratur in litem aduersus eum qui rem alienam inuito domino retinere vult. Nec enim cogitur quisquam iusto precio res suas vendere *l. qui restituere 68. l. nec quasi 70 sup. de rei vindic. l. 4. §. iurare. de in lit. iur. l. non enim 9. rer. amotar. l. si filiafamilias 25. § 1. sol. matrimon.* At voluptatis ratio nulla vnquam habetur ad hoc, vt alterius condicio deterior fiat, Nisi cùm agitur de impensis voluptariis à bonæ fidei possessore factis, quas ei saluas esse semper æquum est, hactenus saltem vt si non deducere, tamen tollere illas possit *l. vtiles 39. §. 1.* vbi dixi *sup. de hered. petit.* & ad *l. in fundo 38. de rei vindicat.* Ergo quamuis seruum cuius operę legatæ sunt, dilexerit dominus, adeóque si voles in deliciis eum habuerit, non ob id tamen crescet operarum æstimatio quæ legatario pręstandæ sunt à domino & herede quia as percepit, & in pręstādis iis moram contraxit. Non tam enim quid heres habuerit.

quid legatarius non habuerit inspiciendum est. Æstimari enim debet fructus ex operis perceptus *l.medicus 26.§.1.de oper.libert.* quem fructum neque adfectio, neque voluptas augere potest.

a *Cæterum deductis impensis necessariis.* Hoc quale sit iam explicauimus ad *l.4.sup.& ad initium huius legis.*

DE VSV, ET HABITATIONE.

TITVLVS VIII.

1. GAIVS libro 7.ad Edictum Prouinciale.

NVNC videndum de vsu & habitatione. Constituitur etiam nudus vsus[a], id est, sine fructu, qui & ipse iisdem modis[b] constitui solet, quibus & vsusfructus.

Ad l.Nunc videndum 1.

Post superiores huius libri Titulos qui sunt De vsufructu, & post *tit.de oper.seruor.* subiicitur Titulus hic *de vsu & habit.* quæ sunt reliquæ duæ seruitutes personales. Ideò autem interiectus est Titulus De operis libertorum, quia operæ licèt nõ sint seruitutes, cùm non sint iura quoniam in actu & in facto non in iure consistunt *l.1.sup.tit.prox.* Sunt tamen medium quid inter vsumfructum & vsum, vt docuimus ad Tit.præcedentem.

a *Constituitur etiam nudus vsus.* Nudum vsum dicunt Iureconsulti à quo fructus separatus est. Nam qui habet nudum vsum is vti tantùm potest, frui nõ potest, vt sequitur in *l.2.infr.* Sic nudam proprietatem dicimus destitutã vsufructu *Tit.de vsuf supr.& passim hoc in tractatu.* Sic nudam traditionem quæ causam iustam nullam habet in *l.nunquam nuda 31.de acquir.rer.dom.* Nudum pactum quod neque stipulatione, neque alia vlla re munitum est *l.iuris gentium 7.§.sed cùm nulla.l.diuisionis 45.& pass.sup. de pact.* Nudam repromissionem quæ non habet fideiussorem *l.si dictum 56.in princ.de fideiuss.* Sic deniq; nuda cætera quę eo destituta sunt & vacua, à quo impleri maximè deberent. Benè igitur Azo apud Accursium accommodat Vsui diffinitionem Vsusfructus sublato tantùm verbo *fruendi.* Cætera enim sunt vsui & fructui perinde communia, Cùm vsus sit ius, id est, seruitus, & quidem personalis, vt vsusfructus, Ius, inquam, vtendi alienis rebus. Nec enim res vlla domino seruire per vsum potest non magis quàm per vsumfructum *l.vti frui 5 sup.si vsusf.pet. l.in re 26 inf vrban.præd.* Salua earum rerum substantia, Quoniam earum rerum quę non tam vsu quàm abusu consumuntur, seruitus vsus constitui non potest, sicuti neq; vsusfructus *l.5.§.vlt.sup.de vsufr.ear.rer.quæ vsu consum.*

b *Qui & ipse eisdem modis.* Ratio dubitandi. Vsusfructus constitui potest etiam pro parte *l.5.in princ.sup.de vsufr.* at vsus non potest *l.vsus pars 19.inf.hoc tit.* Ergo non iisdem modis vsus quibus vsusfructus constituitur.

Dec. Vsusfructus constituitur testamento, stipulationibus & pactionibus interpositis in re tradẽda *l.3.§.1.sup.de vsufr.* Finitur autem morte, rei peremptione, vel mutatione, Non vtendo, Consolidatione & Confusione, vt diximus ad *tit.quib.mod.vsusfr.amitt.sup.* His ipsis verò modis nudus quoq; vsus & constituitur, & finitur. Sed non cõstituitur semper ad eundem modum. Nec enim sicut vsusfructus, ita vsus pro parte constitui potest, quia indiuiduus est sicuti cæteræ seruitutes omnes excepto solo vsufructu, Vsusfructus verò diuiduus est *l.1.§ si vsusfructus.inf.ad legem falcidiam.* Iunge *dict.l.3.§.vltim.supr.de vsufr. & l.3 in princip.inf.vsufr.quemadm.caueat.titul.proxim.* & apud Iustin. *De vsu & habitat.in princip.*

2. VLPIANVS libro 17, ad Sabinum.

CVi vsus relictus est, vti potest, frui non potest. & de singulis videndum.

Ad l.Cui vsus 2.

Hoc ipsum est quod diximus ad legem præcedẽtem, Nudũ vsum eũ esse qui est sine fructu. Plus est frui quàm vti. Et vsus nomen æquiuocum est. Accipi enim potest pro genere quodam sub quo & vsus nudus & fructus contineatur. Quo sensu dicimus eũ qui fruitor etiam vti, nec posse fructũ esse sine vsu *l.per seruum 14.§.1.inf.hoc tit.* Potest etiam accipi specialiter pro modo vsu qui cõstituat vtendi speciem separatam à fructu, Quem vsum nudum appellamus: Qui in eo maximè à fructu differt non solùm quòd à fructu separatus est, sed quia fructus nudus nullus est, Cùm quisquis fruitur, vt diximus, hoc ipso vtatur, quamuis qui habet seruitutem vsusfructus nõ habeat semper hoc ipso seruitutem vsus. Aliud enim est dicere, Vsum in fructu semper contineri, & Fructum sine vsu esse non posse: quæ propositiones veræ sunt, Aliud verò Seruitutẽ vsus contineri in seruitute fructus, Nec posse vsus seruitutem esse sine seruitute fructus quod vtrumque falsum est, Vt constat ex *l.huic stipulationi 5.§.ergo etsi fructus.infr.tit.prox.* quæ aliter conciliari non potest cum *d.l.per seruum 14.§.1.hoc tit.* Vsumfructum enim cùm dicimus non duas seruitutes personales dicimus, quarum vna sit vsus, alia fructus, sed vnam solam, quam vsumfructum appellamus. Et hinc peti possunt dubitandi & decidendi rationes.

1 ¶Domus vsus relict⁹ est aut marito, aut mulieri: si marito, põt illic habitare nõ solus, verũ cũ familia quoq. sua. an, & cum libertis, fuit quæstionis & Celsus scripsit, & cum libertis, posse hospitẽ quoq. recipere[a]. nam ita libro octauodecimo Digestorum

scripsit. quam sententiam & Tubero probat: sed an etiam inquilinum[b] recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum. & ait Labeo, eum, qui ipse habitat, inquilinum posse recipere: idem & hospites, & liberos suos.

Ad §. 1. Domus vsus.

Ratio dubitandi. Vsus est seruitus nō modò personalis vt vsusfructus, sed multò personalior, vt ita dicam, adeóque personalissima, ita vt personā illius egredi non possit, cui vsus relictus est. Vnde fit vt neque locare, neq; vendere, neque permutare vsum possit vsuarius: quæ tamen omnia fructuario licent §. 1. & 2. *Inst. hoc tit.* Ergo si marito vsus legatus sit, potest quidem illud admitti, vt non solùm ipse solus in ea domo habitet, sed ipsius etiam vxor, ne alioqui nec ipse habitare videatur *l. pen. inf. de seruit. legat. l. si stipulatus fuero 111 de verb. oblig.* propter indiuiduam illam vitæ societatem, quæ inter cōiuges per matrimonium contrahitur *l. 1. de rit. nupt.* Idémque de familia tractari potest cùm nullibi possit quisquam sine familia sua habitare, nec commodè, nec tutò *l. 1. in prin. l. cùm dominus 19. infr. de SC. Silan.* Sed de libertis difficilius est vt idem iuris esse debeat, cùm negari non possit quin aliæ personæ sint libertorum, & sine quibus nihil vetat patronū & tutò, & commodè in domo vsuaria habitare. Tantùm abest vt cum libertis possit quoq; hospitē recipere, vt ex Celsi & Tuberonis sententia Vlpianus hic concludit. Dec. Non adeò strictè ac amarè tractandū est cum vsuario, quamuis hæc seruitus vsus strictissima sit & personalissima, vt prohibeatur secum habere illos sine quibus vitam nō nisi, vel minùs honestè, vel nimis auarè traducere posse videatur: Nec propter legatum vsum cogendus est institutum, vel propositū vitæ suæ minuere, Quomodo eleganter de liberto Paulus scribit in *l. nec audiendus 17. infr. de oper. libert.* Generaliter enim & in cæteris causis obtinet, vt concessa re aliqua videantur concessa etiam omnia, sine quib. inutilis, aut incommoda foret concessio *l. 2. supr. de iurisdict. omn. iudic. l. 1. §. 1.* vbi dixi *sup. si vsusfr. pet.* Atqui plus esset incommodi quàm commodi in legato vsus, si vsuario non liceret, & vxorem & familiā, & libertos suos secum habere. Meritò igitur Celso & Tuberoni placuit debere ista omnia vsuario licere. Nec cogendum vsurarium solum & solitarium habere, dummodò & vxor & familia, & liberti cum ipso habitent non seorsim ab ipso *l. 4. l. 5. sed neque 8. inf. hoc tit.* Nemo tamen dubitat quin possit etiam solus ipse habitare si tam solitarius sit vt velit, aut possit huiusmodi chariorum personarum necessitudine carere.

a *Posse hospitem quoque recipere.* Ratio dubitādi. Hospitem recipere neque necessitatis est, neque vtilitatis alicuius, sed meræ voluntatis ac libertatis: Ex qua percipere lucrum aliquod videtur is qui hospitem recipit, Cùm species lucri sit ex alieno largiri & acquirere sibi beneficij debitorem *l. si pignore 54. §. 1. inf. de furt.* cùm is qui beneficium accipit, obligetur naturaliter ad ἀντίδωρα *l. sed etsi 25. §. consuluit. sup. de hered. pet. l. si non sortem 26. §. libertus. de cōdict. indeb.* Atqui nullum ex vsu lucrum percipere vsuarius debet, In quo maximè differt à fructuario. Nō ergo permittēdum est vsuario vt hospitē recipiat.

Dec. Non est prohibēdus vsuarius exercere officia humanitatis, & honestatis, adeóque pietatis quæ optimo cuique pro necessitate esse semper debet, Inter quæ non postremum est hospitis recipiendi si ex charitate fiat, sin ex necessitate, patrimonij onus est *l. 3. §. munus hospitis. inf. de muner. & honor.* Sed de hospite qui ex necessitate recipiendus sit, nunc non tractamus, sed de illo tantùm quem vsuarius vltro & ex mero amicitiæ officio recipere velit. In quo nullum certè pecuniarium lucrum versatur, nec aliud nisi quod rectiùs honestæ affectionis & grati animi fructum possis dicere. Nec sanè audiendus facilè est quisquis honestum alterius factum prohibere velit, ex quo nullum ipse damnum sentire possidet *l. in creditore 38. in fi. de euict.* Proinde nihil videri potest interesse proprietarij, cuius interesset potiùs vsuario indulgere vt eiusmodi officiis hospites, & clientes plerosq; sibi obligaret, Cùm verissima sit vetus illa Papiniani sententia, magísq; Christiano quàm pagano Iureconsulto digna, Hominem beneficio adfici interesse hominis *l. si venditor 6. §. 1. inf. de seru. export.*

b *Sed an etiam inquilinum.* Ratio dubitandi. Qui recipit inquilinū percepit lucrū ex mercede. Inquilinus enim is demū est qui prædiū vrbanum certa mercede conduxit, sicut & colonus qui rusticum. Atqui excedit ea res notissimos legati vsus terminos, ex quo sc. nihil nisi nudum vsum percipere legatarius potest non etiā fructum, vt in legis huius initio diximus. Ad fructū autē pertinent mercedes quæcunq; ex locatione percipiūtur, etiā operarum *l. arboribus 12. §. vsufructuarius. l. non vtitur 38. & seq. sup. de vsufr. l. 1. sup. tit. prox. l. 2. de vsuf. leg.* Ergo non est permittendum vsuario, vt in domo vsuaria inquilinū recipiat, Tametsi maximè illi permittatur hospitē recipere, Longè námque alia hospitis ratio est qui gratis recipitur, nec mercedem vllam præstat, sed beneficio tantùm afficitur. Dec. Quemadmodū malitiis non est indulgendum *l. in fundo 38. sup. de rei vind.* ita nec inuidiis ne ipsarum quidem legum nedum hominum *tit. de leg. Fus. Carin. tollend. Instit.* Inuidia verò fuerit, & quidem maligna proprietarij si vsuarium qui ipse in domo vsuaria habitet prohibere velit inquilinum in eadem domo recipere etiam qui soluat pensionē. Cùm id cōmodum esse possit vsuario tantò vberiorē vsum habituro, neq; tamen vllomodo damnosum ipsi proprietario. Id enim est quod vulgari nostrorū iactatur brocardico, id quod vni prodest, & alij nō nocet facilè cōcedendum esse *d. l. in creditore 38. in fi. inf. de euict. l. Iulianus 37. in fin. sup. de rei vind.* & id maximè sequendū esse per quod vtrique consulatur *l. ex his 8. in fi. quæ in fraud. cred.* Quid. n. si tā spatiosæ domus vsus sit relictus mediocri homini vt portiuncula cōtentus esse possit & velit? An nō fuerit cōtra testatoris voluntatē si etiā inquilinū secū habere prohibeatur vt Vlp. noster ratiocinatur in *l. cæterùm 4. inf.* Quāuis verum sit quod ibidē ex Proculo ad Celsū & Tuberonē notat, nōn bellè, i. nōn satis propriè & eleganter inquilinum vsuarij posse illū dici qui cū eo habitet. Inquilinus enim propriè est, qui in aliena quidē domo habitat, sed seorsum à domino, & sibi magis quā alij. Suauis verò est Accur. in cuius libro cùm scriptū esset *velle* pro *belle* more Florentini librarij qui passim vsurpat literā *V* pro *B*, scribítque *Veneficiū* pro *Beneficiū* maiusculo *V*, explicat Accurs. *velle*, id est, inquit *debere* ex autoritate illius versus *sic volo sic iubeo*, quasi in eo versu scriptū sit *volo* pro *debeo* quod ridiculū est, vt probāt quæ in eodē versu sequun-

sequuntur *sit pro ratione voluntas*. Sed quid melius dicere potuit Accursius? Cùm corrupto codice vteretur, nec sibi vel apertissimi mendi vllius corrigendi authoritatem adrogaret? Hinc nimirum vides quisquis hæc legis quàm stulta sit illorum superstitio qui malunt fateri nescire se nec velle leges intelligere, quàm mendosas vel vrgente maxima quacunque iuris ratione emendare.

c *Idem & hospites & libertos suos*. Versiculus hic & irreptitius est & superuacuus. Iam enim de hospitibus & libertis dictum est in præcedentibus. Videtur autem additus vt & alia pleraque ab imperito interprete, vt legem sequentem cum hac connecteret, neque animaduertente satis commodam esse connexionem, Cum in vltimo versic. huius legis scriptum sit posse vsuarium recipere etiam inquilinum: Cui conuenienter benè subiicitur in *l. seq. Et clientes.*

3. PAVLVS libro 3. ad Vitellium.

ET clientes.

Ad l. Et clientes 3.

Medium genus hominum quodammodo est inter libertos & hospites de quibus dictum est in lege præcedente. Clientes enim sunt iidem illi quos susceptos vocat Paulus *lib. 5. Sentent. tit. 15. §. 1.* vt hic ex P. Pitheo notat Gottofredus, qui se suaq; omnia in clientelam, & protectionem alterius dederunt. Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio circa eos est, quæ à nobis accommodata fuit ad hospites & libertos.

4. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

CEterùm sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat, non bellè inquilinum dici, qui cum eo habiret. Secundum hæc, & si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei inuidendum. quid enim, si tam spatiosæ domus vsus sit relictus homini mediocri, vt portiuncula contentus sit? sed & cum his, quos loco seruorũ in operis habet, habitabit: licèt liberi sint vel serui alieni.

Ad l. Ceterùm 4.

Ratio dubitandi. Seruitutis quædam species est & libero homine prorsus indigna si quis in certo loco habitare cogatur. Certè infringit quodammodo libertatem, nec per modum quidem expressæ condicionis onus tale iniungi potest nisi liberto *l. Titio centum 71. §. Titio centum de cond. & dem.* Ergo nõ est arctandus vsuarius qui hospitem aut libertum aut inquilinum, aut clientem in domo vsuaria recipere vult, vt cum eo in eâdem domo habitet si malit aut ei commodius sit alibi habitare.

Dec. Vsus seruitus personalis est, & ad vsum eius cui acquiritur, comparata. Nullum ergo ius potest vsuarius ex legato vsu prætendere si non ipse vtatur. Sufficitque hactenus ei indulgeri vt cùm ipse habitat possit alios secum recipere *l. prox. l. 8. & 9.* Nec verendum est ne ius libertatis ea ratione aliquomodo infringatur, Cùm sit in potestate vsuarij habitare alibi quando & quomodo velit, dum abstineat à supradictis personis in ea domo recipiendis. Quas cùm recipit eam sibi ipse legem ac necessitatem imponit simul cum eis habitandi, videtur q; hoc malle, ac proinde non de alio quàm de se conqueri potest qui sciuit aut scire debuit non alia lege & condicione sibi licere in domum vsuariam personas alias vllas recipere, arg. *l. 2. §. si quis tamen supr. si quis caution. l. si patre 22. de rit. nupt. l. si duo 38. de acquir. hered.* Cætera quæ in hac lege sequuntur vsque ad §. 1. iam explicuimus ad *§. vlt. l. 2. supr.* Nisi quod additur de his quos vsuarius habuit domi loco seruorum cùm aut liberi essent aut serui alieni. Nam & hi perinde ac si verè serui essent illius qui vsum habet familiæ appellatione continentur. Nemo autem dubitat quin possit vsuarius cum tota sua familia in domo vsuaria habitare, vt dictum est in *l. 2. supr.*

1 ¶ Mulieri autem si vsus relictus sit: posse eam & cum marito habitare. Quintus Mucius primus admisit: ne ei matrimonio carendum foret, cùm vti vult domo. nam per contrarium, quin vxor cum mariro possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo si viduæ legatus sit? an nuptiis contractis post constitutum vsum, mulier habitare cum marito possit? & est verum, (vt & Pomponius libro quinto, & Papinianus libro nonodecimo quæstionum probat) posse eam cum viro & postea nubentem habitare. Hoc amplius Pomponius ait, & cum socero habitaturam.

Ad §. 1. Mulieri.

Ratio dubitandi. Non sicut mulier viri domicilium sequitur, *l. cùm quadam 19. supr. de iurisd.* Ita è contrario virum vxoris domicilium sequi debere potest dici. Esset enim id mali exempli vt maritus pro vxoris suæ accessione haberetur, arg. *l. si ita sit scriptũ 45. in princ. De legat. 2. l. qui duos 63. l. seruis legatis 81. De legat. 3.* Quemadmodum nec mariti dignitatem accipiunt ab vxoribus, sed vxores à maritis *l. pen. §. vlt. & l. vlt. §. item rescripserunt mulieres in fr. Ad municip. l. mulieres 13. C. de dignit. lib. 12. Tit. 1.* Ideoq; cùm nunquam dubitatum sit, quin vxor cum marito in domo vsuaria habitare posset, nemo tamen ante Q. Mucium admiserat posse maritum cum vxore vsuaria habitare. Primus enim Q. Mucius hoc admisit vt Vlpianus hic testatur. Ergo non eadem mulieris ac mariti in hac parte ratio est. Dec. Est quidem ius hoc certius & antiquius in marito vsuario, quàm in vxore vsuaria, quia nec maritus vti videretur si vxor eius prohiberetur *l. si stipulatus fuero 111. de verb. oblig.* Sed tamen benè Quintus Mucius idem ius quod obtinebat in marito traxit ad vxorem, Non ratione illa iuris, quod mariti & vxoris eadẽ persona esse existimetur. Valet enim ratio illa in marito non in vxore, sed ratione maxima æquitatis, Ne mulieri carendum foret matrimonio, cùm vti vult domo. Quod sanè absurdum & iniquum esset. Nullo enim prætextu turbari debent benè concordantia matrimonia *l. 1. §. vltim. de liber. exhib.* nec impediri mulier ne cum viro habitet. Cum nihil

aliud sit matrimoniũ quàm omnis vitæ consortiũ, & diuini humaniq; iuris totius communicatio *l. 1. infr. de rit. nupt.* vnde est quod mariti & vxoris voam domum dicimus, commixtamq; familiam *l. 1. §. si vir aut vxor inf. ad SC. Silan.* Dixi ad *l. si mulieri 22. supr. quib. mod. vsusf. amitt.* Nec sanè videretur mulier ipsa vti si non eius maritus quoque vteretur *l. pen. de seruit. legat.*

a *Quid ergo si vidua legatus sit?* Ratio dubitandi. Testator qui legat vsum viduæ mulieri non potest videri cogitare de ipsius marito quẽ nollum habet, Nec proinde tanta ratio est permittendi marito eius vt cum ipsa in domo vsuaria habitet, quanta si vsus mulieri nuptæ legatus esset, cùm sequi debeat viduã domicilium noui mariti *l. cùm quadam 19. sup. de iurisd. l. filij 22. §. 1. l. ea quæ 32. l. pen. §. vlt. infr. ad municip.* Neque verò de vidua muliere sed de nupta locutus est Quintus Mucius, cùm primus induxit vt legato vsu mulieri, possit cum ipsa vir habitare. Itaque videtur futurum si non contra saltem præter voluntatem testatoris si hoc ipsum ius in muliere vidua admittamus.

Dec. Non est impedienda vel coarctanda libertas matrimonij quam ampliari potiùs interest Reipublicæ ad replendam libertis hominibus ciuitatẽ *l. 1. inf. solut. matrim. l. hoc modo 64. l. cùm tale 72. §. si arbitratu De cond. & demonst. l. interest 18. de reb. author. iudic. possid.* Ergo quãuis de vidua muliere Quintus Mucius locutus non sit, optima tamen ratione Vlpianus traxit eius sententiam ad viduã quoque. Nã vt dicebat Pedius quoties lege vel, quod ego addo, prudentum authoritate aliquid nouum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera quætendunt ad eandem vtilitatem vel interpretatione vel iurisdictione suppleri *l. nam vt ait 13. supr. de legib.* cuius exemplum elegans facilè ex hoc loco sumi putast. Atq; ita Pomponius & Papinianus senserunt quos Vlpianus hic refert, & probat. Nec enim innouatio domicilij quæ per nuptias contingit damno legati adijcere debet mulierem cui nunquam potest imputari cùr nupserit.

b *Hoc amplius Pomponius ait.* Ratio dubitandi. Alia soceri persona est, alia mariti. Non ergo bona consecutio est, vt si liceat marito habitare cum vxore in domo vsuaria id ipsum socerò quoque, id est patri mariti licere debeat.

Dec. Non est cogẽdus maritus vt cum vxore sua habitet, patrem suum eiusq; consuetudinem deserere. Nec facilè tam duram separationem iniungi se testator credendus est *l. vxorem 41. §. codicillis & §. concubinæ de leg. 3.* iunct. *l. si domus 71. §. qui constitutur De leg. 1. l. quæsitum 12. §. vxores & § contubernales 33. de instruct. & instrum. legat. l. denique 8. de pignor. l. pen. De reb. author. iudic. possid.* Sed & patentis locum soceri obtinet quantum ad nurum *l. quia parentis 16. solut. matr. l. vlt. inf. de his quæ vt indign. l. fìcut autem 11. & seq. de ritu nu.* Ergo non tantùm maritus cum vxore vsuaria in eadem domo cuius legatus mulieri vsus est habitare poterit, sed etiam socer, dummodò tamen vir vnà sit vt subijcitur in *l. seq.* Hoc enim omnimodo in omni vsu exigitur, vt personam ipsam vsuarij necesse sit vti ad hoc vt per eius occasionem aliæ quoq; personæ quibus nihil datum est eiusdem vsus consortium habere possint, vt initio huius legis diximus & in *l. seq. neque 8. & seq. inf.* Nec nouum est vt quod per se quis habere nõ potest per aliũ habeat. *l. 3. in fi. Quæ res pign. oblig. pos. l. si is qui duos 29. De liberat. legat. l. cùm hereditate 55. de acquir. hered.*

5. PAVLVS libro 3. ad Sabinum.

IMmo & socer cum nuru habitabit, vtique cùm vir vnà sit.

Ad l. Immò & socer 5.

Sententia huius legis illa ipsa est quæ vltimi versiculi legis præcedentis, sumpta tamen ex alio Iureconsulto. Quid enim refert an dicamus, Posse mulierem vsuariam cum socetu quoque habitare vt in lege superiore scripsit Vlpianus ex Pomponio, An verò, quomodo hîc ex Paulo scriptum est posse socerum cum nuru habitare? Vtrobique igitur eadem dubitandi & decidendi ratio est, & eadem adhibenda condicio sine qua non, Id est si modò vir vnà sit. Nam neque parentis locum socer obtinet nisi propter maritum cuius cùm sit pater, videtur nurus quoque pater esse propter indiuiduam illam vitæ societatem quæ inter coniuges per matrimonium contrahitur, vt diximus in præcedentibus ex *l. 1. infr. de rit. nupt.*

6. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

NOn solùm autem cum marito, sed & cum liberis libertisq; habitare, & cum parentibus poterit. & ita & Aristo notat apud Sabinum, & huc vsque erit procedendum: vt eosdem, quos masculi, recipere & mulieres possint.

Ad l. Non solum 6.

Ratio dubitandi. Minor coniunctio est mulieris cum liberis libertisq; quàm cum marito. Nec enim matrimonium facit liberos libertosq; eandem personam cum matre quomodo facit cum marito. Et quamuis placeat patris & filij vnam eandemq; cęteri personam, non minùs quàm viri & vxoris *l. vlt. C. de impub. & alijs substit.* id tamen fit propter ius patriæ potestatis *l. in cum filiofamilias 16. infr. de furt. l. imperator 50. infr. ad Trebell.* quæ in matre nulla est cum fœminæ suos heredes non habeant *l. 4. §. ad testamenta de bonor. poss. contr. tab. l. mulierem 5. C. de adopt.* Nec quemadmodum patriam ita matriam potestatem vllæ leges nostræ agnoscunt. Ergo nõ sicuti permittitur mulieri vsuariæ cum marito habitare, Ita & permittendum est, vt cum liberis etiam proprijs habitet, multò minus cum libertis & parentibus si patrem excipias in cuius est potestate. Cùm ex diuersis & disparatis nihil benè inferatur, *vulg. l. Papinianus exuli 29. supr. de minor.* Dec. Non iure potestatis hoc fit, sed iure coniunctionis naturalis quæ est inter patrem matrem q; & liberos, itemq; inter patronum patronámve & libertos qui ex eadem familia esse etiam post manumissionem censentur, ex qua fuerant antea. Neque ad hoc vt persona cui vsus legatus est legati commodum percipiat tã dura separatio iniungẽda est vt iam charatũ & necessariarum personarum consuetudine carere debeat vt diximus ad § *vlt. l. 4. supr.* Proinde nec distinguemus an de liberis aut libertis aut parẽtib. mulieris vsuariæ tractemus, An de liberis aut parentibus aut libertis mariti non vsuarij. Eadem enim omnium hac

parte

parte ratio est, & hæc lex indistinctè ac generaliter loquitur, quamuis & quæ præcedunt, & quæ sequuntur eam magis interpretationem suadeant, vt de ipsius mulieris vsuariæ liberis parentibus & libertis hæc lex intelligatur. Sequitur enim

a *Et huc vsque erit procedendum.* Sic enim malo legere quàm hoc vt vulgo, *vt eosdem quos masculi recipere mulieres possint.* Ergo & hospites & inquilinos & clientes. Nam de his omnibus iam suprà diximus, Posse illos à masculo vsuario recipi in domo vsuaria *l.a.* §.7. *& l.3.sup.* Ratio dubitandi. Indecorum est ne dicam inhonestum masculos à fœminis recipi, quòd id quamuis salua castitate, vix tamen sine aliqua impudicitiæ suspicione fieri possit, qua tamé fœminas omnes non minùs quàm domum Cæsaris si fieri posset carere optandum esset, ne quid ex publicæ honestatis dignitate detraheretur. Non ergo eosdem quos recipere masculi possunt, etiam mulieres poterunt.

Dec. Non est calumniandum ius ciuile, neque verba cauillanda vel captanda *l.pen.inf. Ad exhib.* Sed debent verba omnia legum & prudentiû cautiter ac honestè intelligi, ne quid fiat cõtra primû iuris præceptû quod est de honestè viuêdo *l.iustitia* 10. §.1.*sup.de iustit.& iur.* Ergo quod dicimus posse mulieres vsuarias eosdé hospites & inquilinos recipere, quos & masculi possût, ita debet intelligi, si modò sint illi tales cum quibus etiam honestè mulier habitare possit, sunt enim quædam personæ in quibus nihil sæui criminis existimari fœdus naturale permittit *l.eum qui* 19.*C.de Episc.& cleric.* aut etiá vitæ sanctimonia, quæ in huiusmodi causis potissimùm inspicienda est *Cap quanta igitur 6.Nouell.6. Quomod. oport.Episcop.* Atq; ita hanc Vlpiani sententiá interpretatur ex Pomponio lex quæ sequitur, Nec tantùm publicæ honestatis ratio hoc facit, sed etiá voluntas testatoris quæ illa fuisse credenda est vt mulier vsuaria nó abuteretur vsu *l.si pendentes* 27. §.1.*sup. de vsufr.* Abutitur autê quisquis malè vtitur. Nemo autê peius q̃ qui turpiter. Quæcunque enim facta vel pietatem lędunt vel existimationem vel bonos mores, ea non solùm fieri non debere dicimus, sed nec fieri posse credantur *l.filius* 15 *infr de condic.instit.* Et hæc ad legem quoque sequentem sufficiant.

7. POMPONIVS libro 5 ad Sabinum.

NOn aliter autem mulier hospitem recipere potest, quàm si is sit, qui honestè cum ea, quæ vsum habeat, habitaturus sit.

8. VLPIANVS lib. 17. ad Sabinum.

SEd neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent vsum.

Ad l.Non aliter 7. & ad l.Sed neque 8.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *l.4.in priu.sup.eod.* vbi sententia eadem proponitur. Non aliter posse alias personas in domo vsuaria habitare quàm si cum persona ipsa vsuaria habitêt. Sed quod hic additur de locando vel vendendo vsu dum ne seorsim id fiat, nouam dubitandi rationem recipit ex eo, quod iam in præcedentibus diximus, Vsum neque vendi neque locari posse, in eoq; maximè differre ab vsufructu §.t. *Instit.hoc tit.* Sed decidendi ratio ex eo petenda est quod diximus in *l.2.§.1.sup.* Posse vsuarium quoque recipere inquilinum. Nec enim illud fit sine locatione cùm inquilinus ille sit qui domum conducit certa mercede, & vbicunque merces interuenit locatio est *l. naturalis* 5.§ *at cum do & §.vlt. De præscript.* Scilicet si vsus spatiosæ domus legatus sit alicui personæ mediocri quæ possit contenta esse illius domus portiuncula, vt in d § 1. Alioqui si angustæ domus partem locare inquilino vellet vsuarius non esset ei permittendum. Quod verò hîc additur *nec vendent vsum.* Caue ne ita intelligas quasi coniunctim possint vir & vxor vendere vsum, neq; prohibeantur vendere nisi seorsim. Sensus enim est, Posse quidé illos locare vsum in specie *d.§.1.* dummodò non seorsim sed simul & coniunctim: At vendere nullo casu posse, id est nec si coniunctim non seorsim vendant, Nec rursum quamuis tam spatiosa sit, domus vt possit vsuarius parte illius facilè carere, Nó solùm quod pro parte vti nemo possit *l.vsus pars* 19. *inf hoc tit.* Sed maximè quod vsus vendi numquam possit. Qui enim vendit rem aliquam suæ vsum eius abdicat à se quantum potest id quod vendit: Qui verò locat retinet potestátque vsuarius cum inquilino vti nó etiam cum emptore. Quamuis aliás vsus non magis locari possit quàm vendi *d.§.t. Inst. hoc tit.* & quæcunque recipiunt locationem eadem soleant recipere venditionem. Constituunt enim venditio & locatio iisdem iuris regulis *l.s. & a. l.sicut emptio a o.l.item si precio* 22.§.*vlt.inf.locat.*

1 ¶ Sed si vsus ædium mulieri legatus sit ea condicione, *Si à viro diuortisset*, remittendam ei condicionem, & cum viro habitaturam, quod & Pomponius libro quinto probat.

Ad §.1. Sed si vsus ædium.

Ratio dubitandi. In vltimis voluntatibus, maximè verò in legatis voluntas testatoris illa est, quæ totum facit *l.si mihi* 12 *in fin. De legat.*1. eaq; regit potissimùm condiciones *l. in conditionibus* 19. *De condic. & demonstr.* Atqui cùm mulieri legatus est vsus sub ea condicione *si à marito diuerterit* aperta est voluntas testatoris nolentis mulierem aliter habere vsum quàm si pareat condicioni, & à marito diuertat. Ergo vel à marito diuertere debet, vel vsu carere. Nec verendum est vt huiusmodi condicio viduitatem mulieri iniungat, cùm postea quàm à viro diuerterit alij rursum possit nubere *l. cùm ita legatum* 63.*de condic.& demonstr.* Sibiq; debet imputare quæ tanti habuerit vsum hunc consequi quem repudiare poterat vt maritum retineret, arg. *l.* 4.§. 1. *de alienat.iudic.mut.caus.fact. l.si patre cogente* 22. *infr. de ritu.nupt.*

Dec. Ex demùm condiciones in legatis & vltimis voluntatibus, cæterisq; hominum actibus valent quæ neque contra leges sunt, neque contra bonos mores *l condiciones* 14.*& seq.infr.de condic.instit.* Nemo enim facere potest quin leges in suo testamento locum habeant l. *nemo potest* 55. *De legat,*1.

Ita enim voluntas testatoris ius facit, & pro lege habetur, si legibus non repugnet *l.1. l.Titia 86. in fin. Ad leg. falcid.* At qui contra leges & cōtra bonos mores sunt condiciones omnes per quas fit vt etiam contrahenda matrimonia impediantur *l. hoc modo 64. l. cùm tale 72. § si arbitratu de condic. & demonst.* Impugnant enim Reipub. vtilitatem, cuius interest repleri ciuitatem matrimoniis vt repleatur ciuibus *l. 1. solut. matr. l. interest 18. de reb. author. iudic. possid.* Quātò magis eę condiciones per quas fiat vt matrimonia iam contracta & benè concordantia non modò turbentur, quod nec ferendum est, sed etiam dissoluātur? *l. 1. §. vlt. inf. de liber. exhib.* S quidem longè maior est fauor matrimonij iam contracti quàm contrahendi, vt ex eo constat quod multa impediunt contrahendum matrimonium quæ contractum non dirimunt *l. patre furioso 8. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Cōdicio autem de qua hîc agimus huiusmodi est *si mulier à viro diuerterit.* Inuitat enim mulierem ad diuortium quod licet romanis legibus permissum sit ne quid deterius inter coniuges accidat, attamen odiosum est, nec extra culpam causamq; delicti, si sine causa fiat. Meritò igitur placuit hanc condicionem remittēdam esse à Prætore tanquam bonis moribus contrariam, *l. reprehendenda 5. C. de instit. & substit.* vbi est textus elegans, & ad rem nostram accommodatus. Sed cur remittenda condicio est, ac non potiùs habenda pro nō scripta cùm sit turpis & hoc ipso impossibilis? vt iam dixi ex *d. l. condiciones 14. & seq De condic. instit.* Nimirum quia plus tribui vsuario, quàm testator voluerit absurdum esset, Vtique autem testator non nisi impleta condicione vsum legatum pertinere ad mulierem voluit. Remittenda igitur condicio necessariò est, vt non sit implenda. Quomodo ratiocinatur Caius in *l. facta 63. § si sub condicione ad SC. Trebell.* Atque ita debet accipi quod ait Marcianus in *d. l. condiciones*, huiusmodi cōdiciones pro nō scriptis haberi. Satis enim habētur pro nō scriptis cùm à Prætore remittuntur ab initio, vt loquitur Caius in *d. § si sub condicione.* Prætoris enim est actionē dare aut denegare. Non dat autē ex legato cōdicionali antequàm cōdicio expleta sit, Nisi cùm remittit condicionem ad hoc vt ea non tam pro impleta quàm pro non implenda habeatur. Idq; ita esse apparet ex eo quod Marcianus in numero earum cōdicionum quas pro non scriptis habendas esse ait, alias etiam ponit quas Prætores ipsi improbarunt.

9. PAVLVS lib. 3. ad Sabinum.

CEterarum quoque rerum vsu legato, dicendum est, vxorem eum viro in promiscuo vsu eas res habere posse.

Ad l. Cæterarum 9.

Eadem ratio dubitandi & decidendi est in rebus cæteris, quarum vsus legatus est mulieri, & in domo vsuaria de qua huc usq; dictum est. Nimirum habent coniuges omnia in promiscuo vsu sine sint propria viri siue mulieris, Adeò vt neque expilatæ hereditatis, neque furti crimine ob eam causam mulier teneri possit si mariti aut viui aut mortui res amonisse probetur *l. 1. & 2. infr. rer. amot. l. quamuis 17. C. de furt.*

10. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

SI habitatio legetur, an perinde sit, atque si vsus, quæritur. & effectu quidem idem pænè esse legatum vsus, & habitationis, & Papinianus, consensit libro octauodecimo quæstionum. Denique donare non poterit. sed eas personas recipiet, quas & vsuarius. ad heredem tamen nec ipsa transit: nec, non vtendo, amittitur. nec capitis deminutione.

Ad l. Si habitatio 10.

Ratio dubitandi. Habitatio constituit tertiam speciem seruitutum personalium, Sunt enim tres, Vsusfructus, vsus, & Habitatio. Quænam igitur ratio esse potest propter quam dici possit, idem penè legatū effectu esse vsus, & habitationis. Quasi verò species vna sub alia specie eiusdem generis contineri possit. Aut si idem sunt cur diuersa habent nomina? *l. si idem 7. C. de codicill.* Aliter enim vsus, aliter habitatio appellatur, vt circa filios & nepotes loquitur Vlp. in *l. quid si nepotes 6. de testam. tutel.*

Dec. Magna fuit inter prudentes veteres altercatio, si Iustiniano credimus in *l. cùm antiquitas 13. C. de vsufr.* quid habitationis appellatione contineretur, An vsus tantùm an etiam vsusfructus, an tertiū quoddam ius proprium ab vsu & vsufructu separatum, An deniq; ipsum etiam rei dominium? Nec enim defuerunt qui ita senserint, quod supradicta Iustiniani cōstitutio innuit simul, & improbat. Inde aliæ illæ difficultates, An locari habitatio possit aut donari. Ad quas omnes quæstiones Vlpianus noster ex Papiniani sententia hîc respondet, Habitationem effectu quidē ipso idem penè esse quod vsum, id est proximè ad vsum accedere, Ergo non esse omnino & verè ac propriè vsum, sed quid diuersum & separatum. Accedere ad vsum quatenus seruitus est & quidē personalis quæ nec vendi nec locari potest adeoq; nec donari in quo minor aut potiùs nullus fructus est. Quę tamē omnia licerent legatario si propius accederet habitatio ad vsumfructū quàm ad vsum: Licent. n. fructuario *§. 1. Inst. hoc tit. l. arboribus 12. §. vsufructuarius l. non vtitur 38. & seqq. supr. de vsufr.* Planè sicuti credidit Papinianus in legato habitationis minùs iuris esse quàm in legato vsusfructus. Ita non minus esse voluit, quàm in legato vsus, vt scilicet possit legatarius habitationis easdem personas recipere quas & vsuarius posset, Ergo & hospites & libertos, & inquilinos dummodo cum ipsis habitet, Secundum ea quæ in superioribus circa vsuarium disputauimus ad *l. 2. 3. & seqq. hoc tit.* Sed & vsui similis in eo est habitatio, nec minùs fructui, quod ad heredem non transit cùm sit seruitus personalis & quę cohæret personæ, Cuius ideò nec dies cedit ante aditam hereditatem *l. si habitatio 9. infr. quand. dies legat. ced.* In eo autem dissimilis & vsui & fructui quod neque amittitur non vtendo neque capitis diminutione, Non magis quàm legatum operæ *l. 2. infr. de vsufr. leg. l. pen. sup. De capit. minut.* vbi ratio elegans redditur, qui huiusmodi legatarum habitationis in facto non in iure consistat. Quod & nomen ipsum *habitationis* demon-

demonstrat. Est enim verbale actiuum à supino deductum verbi actiui *habito* quod nihil nisi actum factumq; significat. Alij verò fuerunt ex antiquis prudentibus qui habitationem propiùs accedere putarunt ad vsumfructum quàm ad vsum, ideoq; & locari eam & vendi, at multò magis donari à legatario posse crediderunt. Quorum sententiam refert confirmatq; Iustinianus in *d.l. cùm antiquitas*, vbi quamuis de sola locatione non etiam de venditione aut donatione loquatur, Dubitandum tamen iudicio meo non est quin de his omnibus æquè senserit. Alloquin esset simile legatum habitationis legato vsus magis quàm vsusfructus. Cùm vsuarius quoque possit locare inquilino dum etiam ipse vsuarius in domo vsuaria & locata habitet. Quod si admittimus Posse legatarium habitationis locare simpliciter & absolutè domum in qua ius habitandi habet, id est etiamsi nolit ipse quoque in ea habitare, de quo nec dubitari potest, quidni etiam illud admittamus vt possit habitationem & donare, & vendere? Etsi enim plus est vendere quàm locare, vt diximus ad *l. sed neque* 8. *supr.* Donare tamen longè minus est vt ex eo apparet quod vsuarius cui omnis venditio interdicta est, hospitem tamen gratis recipere citra dubitationē vllam potest. Nam de inquilino solo dubitatum apud prudentes fuit non de hospite *l. 2. §. 1. & l. 4. in princ. supr.* Atqui hospitio aliquem gratis recipere species donationis est *l. Aquilius* 27. *l. Lucius* 32. *& apertius in l. ædibus* 9. *inf. de donat.* Igitur dicendum est, hodie post supradictam Iustiniani constitutionem in *d.l. cùm antiquitas*, quæ Papiniani sententiam ab Vlpiano hìc relatam antiquauit, omnia hæc legatario habitationis licere, Quamuis Accursius noster ius nouum à Iustiniano introductum ad locationem restringere velle videatur. Illud sanè nullomodo admittere voluit Iustinianus, & rectè vt legata habitatione numquam rei proprietas legata intelligatur, Nisi eam fuisse testantis voluntatem apertissimè probatur, sicuti nec vsusfructus legato ipsa proprietas vnquam continetur, vt dixi ad *l. vlt. supr. de vsusf. ear. rer. quæ vsu consum.*

a *Nec non vtendo amittitur.* Est in his duobus dissimile legatum habitationis legato vsus, & legato vsusfructus. Hæc enim posteriora duo amittuntur & non vtendo & capitis diminutione etiam minima *dict. l. 2. De vsusfr. legat. §. 1. Instit. de acquisit. per adrog.* licèt hoc quoque Iustinianus emendauerit in *lege penultim. Cod. de vsufruct.* dixi latè & diuersitatis rationem attuli ad *dict. leg. penultim. supr. De capit. minut.* Illam nimirum quod neque non vtendo, neque per capitis diminutionem amittantur alia quàm quæ in iura consistunt. Legatum autem habitationis in facto magis quàm in iure consistit, vt iam diximus ex *dict. l. penultim. De capit. minut.*

1 ❡Sed si χρῆσις sit relicta, an vsus sit, videndum. & Papinianus libro septimo responsorum ait, vsum esse, non etiam fructum relictum.

Ad §. 1. Sed si χρῆσις.

Hunc §. prætermisit Accursius totum, quia Græcam dictionem vnam continebat, Nisi quod carptim notat græca illa dictione significari habitationem vel vtilitatem habitationis. Ratio dubitandi. Cùm quis alicui χρῆσιν legauit vsumfructum potiùs quàm vsum legasse videtur. Verbū enim χρᾶσθαι apud Græcos idē est quod apud Latinos *Fruor.* Vnde & ἀντίχρησιν vocamus speciem illam pignoris quæ fit per contrafruitionem, cùm debitor dat pignus creditori ea lege vt inuicem vsurarum pecuniæ creditæ percipiat creditor fructus pignoris nec eos cogatur in sortem imputare *l. si is qui* 11. *§. 1. inf. de pignor.* vbi suauiter Accursius, Bartolus & alij pro ἀντίχρησις legunt *antiphona* & *antiphina* in *l. si pecuniam* 33. *inf. de pignor. act.* vbi etiam nō parùm se torquet Accursius, quamuis Bartolus ibi quoque *antiphonam* legat non *antiphinam* eo sensu quasi hoc verbo pignus prætorium significetur, quod est ridiculum. Videturq; ea sententia & interpretatio verbi græci de quo agimus placuisse Ciceroni qui in Epistola quadam loquens de Pomponio Attico, *Atticus*, inquit, *tuus est κτῆσις, meus autem χρῆσις. Id autem cuiusque proprium est quo quis vtitur fruitur.* Ergo χρῆσιν accipit ille pro fructu, non pro vsu.

Dec. Græci nominis proprietas vsum significat, vt constat ex *d.l. si is qui* 11. *§. 1. de pignor.* vbi ἀντίχρησις diffinitur mutuus pignoris vsus pro credito, licèt non restringatur necessariò ad eum vsum qui sit à fructu separatus. Benè igitur Papinianus sensit si cui χρῆσις legata sit nudum vsum habere illum debere, non cum fructu coniunctum, Nempe quia in dubio parcendum est heredi; vt quàm minimùm fieri potest oneretur l. *Sempronius* 47. *De legat.* 2.

2 ❡Sed si sic relictus sit. *Illi domus vsusfructus habitandi causa:* vtrùm habitationem solam, an verò & vsumfructum habeat, videndum. & Priscus, & Neratius putant, solam habitationem legatam. quod est verùm. Planè, si dixisset Testator[a], *vsum habitandi causa*, non dubitaremus, quin valeret.

Ad §. 2. Sed si sic relictus sit.

Ratio dubitandi. Cùm quis vsumfructum domus alicui legat quamuis adiiciat *habitandi causa* negari tamen non potest quin vsumfructum legauerit, in quo legato constat longè plus esse, quàm in legato habitationis. Ergo nulla ratio est vt legatū hoc ad habitationem restringatur. Cùm enim nulla in verbis ambiguitas est, non debet admitti quæstio voluntatis *l. ille aut ille* 25. *§. 1. de legat.* 3. Quænam autem potest ambiguitas esse an legatus sit vsusfructus an habitatio cùm testator disertis verbis legauit vsumfructū? Exemplo eius quod scriptū est in *l. vlt. sup. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* & in *l. species* 15. *De aur. & arg. leg.* legatis certis speciebus auri vel argēti additis his verbis *quarum rerum vsumfructum dum viues tibi sufficiet* non vsumfructum tamen legatum videri sed proprietatē addito onere fideicōmissi, Et similiter legata pecunia ita vt post mortē legatarij ad alium rediret quāquam adscriptū sit *vt eius vsum legatarius haberet*, vsum tamen legatum non intelligi, sed proprietatem. Quidni ergo similiter dicamus Relicto vsufructu domus habitandi causa, vsumfructum legatum esse, non habitationem. Quò etiam pertinet quod à Valente responsum est in

Digitized by Google

l.pen.§.1.de alim legat. cùm is qui fratris sui libertis alimenta debebat, testamento suo vineas illis reliquisset cum hac adiectione *vt habeant vnde se pascant* proprietatem iis legatam videri, illam autem adiectionem magis ad causam prælegandi, quàm ad vsumfructum constituendum pertinere.

Dec. Multum distat causa finalis legati ab impulsiua. Finalis restringit & coarctat legatum, vt benè hîc Baldus notat: Impulsiua autem non restringit, sicuti nec vitiat legatum, quia ratio legandi legato non cohæret nisi probetur testator non aliâs fuisse legaturus *l.cùm tale 72.§.falsam causam inf. de condic. & demonst. l.vlt.de hered.instit. l. cùm pater 77. §.dulcissimis De legat.2.* Atqui cùm quis legat vsumfructum habitandi causa, denotat apertè non ad alium finem se legare quàm vt possit legatarius in ea domo habitare. Restringendum igitur est legatum vsusfructus ad legatum habitationis. At in aliis exemplis de quib. diximus nihil tale est, quod vim habere possit causæ finalis, sed vel impulsiuæ potiùs vel demonstratiuæ.

a *Planè si dixisset testator.* Ratio dubitandi ad hunc versiculum eadem est quæ ad præcedentem, sed decidendi specialior hæc est quòd vsus propiùs accedat ad habitationem quàm vsusfructus, Cùm legatum vsus etiam simpliciter relictum idem penè sit effectu quod legatum habitationis, vt dictum est initio huius legis.

3 ¶Vtrum autem vnius anni sit habitatio, an vsque ad vitam, apud veteres quæsitum est. & Rutilius, donec viuat, habitationem competere ait. quam sententiam & Celsus probat libro octauodecimo digestorum.

Ad §.3.Vtrum autem.

Ratio dubitandi. In dubio capienda est ea interpretatio quæ fauet heredi vt quàm minùs fieri potest oneratus intelligatur *l.Titia testamento 34. §. qui inutia l Sempronius 47. l.vnum ex familia 67. § si rem De legat.2.* Atqui fauorabilior heredi esset interpretatio illa quæ faceret legatum temporale & annale, quàm quæ perpetuum. Ergo legata habitatione, dicendum potiùs est vnius anni legatum videri, quàm ad vitam legatarij. Dec. Non sunt coarctandæ, & suprà quàm legati verba ferant restringendæ vltimæ morientium voluntates, sed latiùs interpretandæ *l.plenum 12 § sed si pecoris infr.l.in testamentis 12.De regul.iur.* Neque verò hîc ambigui aut dubij quicquam est, Cùm habitatio simpliciter legata proponatur, aut vlusfructus, vel vsus domus habitandi causa. Quidni ergo simpliciter intelligatur legatum vt quod nullo certo tempore coangustatum est, ad totum vitæ tempus protrahatur. Habitatio enim sui natura personalis quidem seruitus est, sed non annalis, & quæ cohæret personæ, solet extingui morte non anno *l.3. §. vltim. supr.quib. mod.vsusfr.amit.l.quia tale 14.infr.solut.matr.* Sic legatis simpliciter alimentis, dicimus per totum vitæ tempus ea deberi *l.Mela ait 14.infr.de alim.legat.* quamuis legata sint pueris & impuberibus, Cùm tamen sumpta ex ætate coniectura voluntatis, posset non improbabiliter dubitari, an vsque ad pubertatem duntaxat ea præstari testator voluisset: quod & Mela putabat, reprehensus ibidem ab Vlpiano, lunge *l.computationi 68.ad leg.falcid. l.cùm hi 8. supr.de transact.*

4 ¶Si vsus fundi sit relictus: minùs vtique esse, quàm fructum, longéque, nemo dubitat. sed quid in ea causa sit, videndum, & Labeo ait, habitare eum in fundo posse, dominúmque prohibiturum illò venire: sed colonum non prohibiturum, nec familiam: scilicet eam, quæ agri colendi causa illic sit. ceterùm, si vrbanam familiam a illò mittat: qua ratione ipse prohibetur, & familiam prohibendam eiusdem rationis est. Idem Labeo ait, & cella vinaria, & olearia eum solum vsurum: dominum verò, inuito eo non vsurum.

Ad §.4.Si vsus fundi.

Hîc rursum incipit Vlpianus tractare de vsu, Et cùm iam dixerit in præcedentibus minus esse in nudo vsu quàm in fructu *l.2.in prin.sup.* quærit nunc quid minùs sit in vsu, vt quid vsuario licere debeat intelligatur. Et ait habitare illum posse in fundo vsuario, & prohibere dominum illò venire: sed nō posse prohibere colonum neque familiam eius, scilicet eam quæ agri colendi causa illic sit. Quod ait posse vsuarium habitare, nullam habet dubitationem. Quomodo enim vteretur fundo si non in eo habitaret? cùm per colonum aut per alium vti non possit is, qui vsum nudum habet *§.1. Instit.hoc tit.* Sed quod ait, Posse fundi dominum prohiberi ne ad fundum vsuarium accedat, durius videtur. Quidni enim liceat ei quod ipsius colono & familiæ coloni licet? Siquidem ad dominum vsusfructus fundi pertinet, ac proinde videbitur dominus prohiberi ne fruatur si ad fundum vsuarium accedere prohibeatur. Sed decidendi ratio est, quia cùm vsus à fructu separatus est, ita sunt distinguenda iura vsuarij vt se inuicem non lædant. Atqui ius fructuarij totum consistit in iis fructibus percipiendis qui ad vsuarium pertinere non possint, Et vsuarij ius potentius est in iis omnibus quæ sunt extra causam fructuum. Atqui extra fructuum causam est vt voluptatis gratia proprietarius ad fundum vsuarium accedat, Prohiberi ergo ab vsuario potest ne accedat nisi fundi colendi gratia, vt scriptum est in *l fundi 15.§.1.inf.* id est nisi fundum suum ipse manibus suis colat, Quo vtique casu ius habet accedendi ad fundum non tanquam dominus, sed tanquam colonus. Mirum igitur non est plus iuris hac parte habere vsuarium quàm fructuarium, Itemq; colonum domini & coloni familiam quæ in agri colendi eius causa sit quàm dominum ipsum. Aliunqui se mutuò impedirent vsuarius & fructuarius si eo prætextu quòd fructui vsus inest, nec sine vsu fructus esse potest *l.per seruum 14.§.1. infr.* vellet fructuarius non tantùm frui sed etiam vti, aut ipse dominus, tanquam plus iuris habens in re sua iure dominij, quàm habere possit fructuarius iure seruitutis.

a *Ceterùm si vrbanam familiam.* Ratio dubitandi. Vrbana familia dignior est quàm rustica siue ex vsu & ministerio siue ex loci dignitate æstimare quis eam velit, De quo in *l.vrbana familia 166.de verb. signif. l.quemadmodum 12. de supellect. legat.* Quod ergo fa-

go familiæ rusticæ licet est non etiam vrbanæ licebit, vt ad fundum vsuarium possit accedere?

Dec. Qua ratione prohibetur dominus ipse ad fundum vsuarium accedere, Eadem ratione ipsius familiam quoque vrbanam prohiberi posse rationis est: Nempe quod extra causam colendi fundi & percipiendorum fructuum illud sit, vt diximus. Quod in familia rustica non similiter tractari potest.

b *Idem Labeo ait.* Ratio dubitandi. Cella vinaria & olearia pertinet ad causam quoque fructuum si non percipiendorum, saltem recondendorum & conseruandorum, Ergo ius habet dominus ea vtendi etiam inuito vsuario. Parùm enim esset fructus percepisse nisi percepti conseruarentur, in eámque rem reconderentur. Propter quam causam solemus dicere fructus intelligi deductis impensis non tantùm quæ quærendorum & cogendorum, sed etiam conseruandorum eorum gratia fiunt *l. si à domino 36. §. vlt. supr. de hered. pet.*

Dec. Negari non potest quin huiusmodi cellæ siue vinariæ siue oleariæ vsus ad vsuarium pertinere debeat. Ergo non ad fructuarium inuito vsuario, nec proinde ad dominum. Nec enim promiscuus debet esse vsus vsuarij & fructuarij vel domini ne inuicem se impediant, cùm iura eorum sint separata, Et in omni eo quod ad vsuarium pertinet potentius esse necesse est ius vsuarij quàm alterius cuiuslibet, id est, quàm non modò fructuarij sed etiam domini.

11. GAIVS libro 11. Rerum cottidianarum siue aureorum.

INque eo fundo hactenus ei morari licet: vt neque domino fundi molestus sit, neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit. nec vlli alij ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest.

Ad l. Inq; eo fundo 11.

Ratio dubitandi. In omnibus quæ ad vsum pertinent, potentius est ius vsuarij quàm domini, vt diximus ad § *vlt. legis præcedentis.* Ergo cum iure suo possit vsuarius in fundo habitare non valde laborare debet an proprietario molestus futurus sit, necne.

Dec. Non est malitiis indulgendum *l. in fundo 38. supr. de rei vindic.* Nec immoderatè aut nimis suarè vel amarè quisquam vti iure suo debet *l. ficus simpliciter 9. infr. de seruit.* sed ciuiliter vt ea lex ait, Hactenus ergo permittendum est vsuario vti fundo & in eo habitare vt non vltrò se molestum exhibeat proprietario accedenti ad eum fundum, Illo scilicet casu quo potest accedere, id est agri colendi causa, non etiam inhabitandi, secundum ea quæ scripsimus ad legem præcedentem. Sanè quin iis qui opera rustica in eo fundo faciant, impedimento esse non debeat, nec dubitari potest. Esset enim id prohibere dominum frui, quod facere vsuarius numquam potest *l. fundi 15. §. 1. infr.* Quod autem sequitur Vsuarium nulli alij ius quod habet, posse vendere, aut locare, aut gratis concedere, quam sententiam, aut quam rationem habeat, Iam diximus ad *l. 2. & seqq. supr.* quibus iunge *l. seq. § si vsus,* vbi dicitur, Non videri vsuarium alij concedere si simul cum alio ipse vtatur, vt in *l. sed neque 8. supr.*

12. VLPIANVS libro 17. ad Sabinum.

PLenum autem vsum debet habere, si & villæ, & prætorij ei relictus est. Venire planè proprietarium [a] ad fructus percipiendos, magis dicendum est: & per tempora fructuum colligendorum, etiam habitare illic posse, admittendum est.

Ad l. Plenum 12.

Ratio dubitandi. Sunt ista inuicem opposita, Plenum vsum habere, & Nudum habere, sicuti & nuda proprietas opponitur plenæ. Plena enim proprietas illa est quæ cum vsufructu est coniuncta, Similiter ergo plenus vsus, cui fructus nō deest. Atqui tractamus de vsuario nudum vsum habente, Ergo plenum vsum habere non debet.

Dec. Vsuarius ea omnia habere debet quæ ad vsum pertinent, dum ne ad fructum. Hoc enim est quòd in præcedentibus diximus, potentius esse ius vsuarii in iis quę ad causam vsus spectant quàm sit fructuarij vel dominij. Plenum ergo vsum habere debet non quidem eo sensu, vt fructum quoque habeat, sed vt ex iis quæ ad vsum pertinent, nihil ei à proprietario subtrahatur, siue villæ, siue prætorij vsus ei relictus sit, id est, siue ædificij inseruientis ad culturam agri, & operas rusticas, quam villam appellamus, siue ad voluptatem magis comparati, quod prætorium nostris dicitur *l. vrbana prædia 198. l. fundi 211. de verb. signific.* Sensus ergo est, Vsuarium solum in prædio vsuario habitare posse, Proprietarium nec sine eo, nec cum eo posse, Nisi quantum necesse est ad percipiendos fructus, vt sequitur.

a *Venire planè proprietarium.* Ratio dubitandi. Potest proprietarius accedens ad fundum vsuarium prohiberi ab vsuario ne accedat, vt scriptum est in *l. si habitatio 10. §. vlt. sup.* Quantò minùs permittendum est vt inuito vsuario etiam habitet in fundo per tempora fructuum colligendorum?

Dec. De proprietario hîc agimus qui ipse agrum colit, qui sicuti accedere non est prohibendus agri cogendi gratia, Ita neque ab habitatione arcendus est eo tēpore quo colligendi sunt fructus, & quantum ad eos colligendos & percipiendos necesse est, Ne alioqui proprietarius ipse prohiberi videatur frui, quod esse non debet *l. fundi 15. §. 1. infr.* Cui enim aliquid conceditur, etiam illa omnia concedenda sunt, sine quibus id quod concessum est expediri non potest *l. 1. §. 1. supr. si vsusfr. petat. l. 2. supr. De iurisdict.*

1 ¶Præter habitationē quam habet, cui vsus datus est, deambulandi quoque, & gestādi ius habebit. Sabinus, & Cassius [a], & lignis ad vsum cottidianū, & horto, & pomis,

& holeribus, & floribus, & aqua vsurum, non vsque ad compendium, sed ad vsum, scilicet, non vsque ad abusum. idem Nerua: & adiicit, stramentis etiam vsurum. sed neque foliis, neque oleo, neque frumento, neque frugibus vsurum. sed Sabinus, & Cassius, & Labeo, & Proculus hoc amplius, etiam ex his, quæ in fundo nascũtur, quod ad victum sibi, suis sufficiat, sumpturum & ex his, quę Nerua negauit. Iubentius, etiam cũ conuiuis, & hospitibus posse vti, quæ sententia mihi vera videtur. aliquo enim largius cum vsuario agendum est pro dignitate eius, cui relictus est vsus. Sed vtetur is (vt puto) duntaxat in villa[c]. Pomis autem, & holeribus[d], & floribus, & lignis, videndum, vtrùm eodem loco vtatur dumtaxat, an etiam in oppidum ei deferri possint: sed melius est accipere, & in oppidum deferenda. neque enim graue onus est horum, si abundent in fundo.

Ad §. 1. Præter habitationem.

Ratio dubitandi. Vsuario vt fundo vtatur habitare in eo necesse est, At deambulare & gestari nõ est necesse. Sunt enim ista meræ voluntatis & voluptatis; neque vtendi gratia fieri videntur quod maximè inspiciendum est cùm de seruitutis alicuius interpretatione quæritur, siue personalis seruitus sit, siue realis *l. qui sella 7. vers. quia neque infr. rustic. præd.* Et solent fauorabiliora existimari ea quæ fieri necesse est, quã quæ non est necesse *l. quod si minor 24. §. restitutio. sup. de minor. l. 1. §. 1. & vlt. sup. si vsusfr. pet.*

Dec. Fundo vti est ambulare quoque in eo & gestari. Cùm vsuarius etiam qui nudum vsum habet, plenum illum habere debeat eo sensu quo diximus ad initium huius legis, hoc est, ita vt nihil ipsi denegetur eorum omnium quę ad vsum spectant, licèt voluptatis magis sint quàm vtilitatis. Quamquam in hoc numero, neque deambulatio, neque gestatio est. Conducit enim vtraque sanitati, cuius potissimam rationem semper & in omnibus haberi quantum salua honestate fieri potest, expedit.

a *Sabinus & Cassius.* Ratio dubitandi. Ligna, hortus, poma, olera & flores, de quibus in hoc versu agitur, fructus sunt & vtilitates fundi. Ergo ad fructuarium pertinent, aut ad dominũ, non ad vsuarium. Dec. Vsus non distinguitur à fructu materia potissimùm, sed modo vtẽdi. Nã is qui nudum vsum habet potest iis etiam omnibus vti quibus & fructuarius, & dominus, Dummodò vtatur tãtùm non etiam abutatur, id est, dum ne fruatur si talis res sit in qua fructus ab vsu separari possit. Adeò vt quoties separatio illa fieri non potest, quisquis habet vsum etiam fructum habere intelligatur *l. pen. inf. hoc tit. l. 5. §. vlt. l. quoniam 10. §. 1. sup. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* In eo autem maximè vsuarij nudi ius versatur, vt quamuis plenum vsum habeat non tamen vti possit nisi quantum ad vsus quotidianos necesse est, Numquam autem ad compendium, id est vt ex eo vsu aliquod lucrum pecuniarium consequatur. Esset enim id abuti nõ vti, quomodo Vlpianus hîc elegant er scribit.

b *Idem Nerua & adijcit.* Ratio dubitandi. Non maior ratio est vt vsuarius stramentis vtatur, quàm vt foliis, & oleo & frumẽto, cæterisque frugibus. Debuit igitur Nerua vel negare, quod admisit, Etiam stramentis vsurum fructuarium, vel admittere quod negauit, etiam foliis, & oleo, & frumento, & aliis huiusmodi frugibus vti eum posse.

Dec. Ob eam nimirum caulam benè alij prudentes contra Neruam senserũt, etiam ex eis quæ in fundo nascuntur posse vsuarium sumere quod ad victum sibi suisque sufficiat. Atque ita Sabinum, Cassium, Labeonem, Proculum & Iubentiũ Celsum existimasse Vlpianus hîc refert probatque. Addens, quod magis est, Posse illum istis vti etiam cum conuiuis, & hospitibus. Illa nimirum ratione quam attulimus ad *l. 2. 3. & 4. sup.* Subiungit autem Vlpianus ideò veriorem se putare istorum sententiam quòd aliquo largiùs agendum sit cum vsuario pro dignitate eius cui vsus relictus est. Quæ tamen ratio accommodanda est ad id solùm quod proximiùs dictum fuerat posse vsuarium istis vti etiam cum hospitibus & conuiuis. Fuit enim reddenda ratio eius quod difficilius videbatur. Ratio autem illa est, quòd non sit verisimile testatorem qui honorem habitum voluit ei, cui vsum reliquit, tam modicum vsum ei præstare voluisse, & inuidere ne cũ hospitib. & conuiuis suis vteretur, arg. *l. sed etsi susceptt 52. §. sed etsi poenas supr. De iudic.* Subiungit tamen Vlpianus statim exceptionem in hæc verba.

c *Sed vtetur his vt puto duntaxat in villa.* Ratio dubitandi. Dignitas vsuarij quę facit vt aliquo largiùs cum eo agendum sit, nõ videtur hanc distinctionem tantopere strictam admittere an in villa, an in oppido vsuarius oleis (sic enim malo legere cum Cuiacio in notis ad Institutiones quàm vt vulgo *foliis*) oleo, frumẽto, cæterisque frugibus vti velit.

Dec. Vsuarius in dignitate & honore constitutus non eget fauore huius interpretationis cùm est in ciuitate aut oppido in quo nihil deest ex iis, quæ ad hospites, & conuiuas recipiendos necessaria sunt, cùm ea nummis suis facilè comparari possint. At in villa euenit plerumque vt nec satis vini aut panis habiturus sit vsuarius ad recipiendos conuiuas & hospites si non liceat ei frumento & aliis frugibus vti in eo fundo natis quas neque tam citò, neque tam facilè etiam præsentibus nummis parare sibi possit: Quæ res ipsum quoque pulsare interdum verecundiam, vt eleganter loquitur Papinianus in *l. pecunia 8. in fin. De aliment. & cibar. legat.*

d *Pomis autem & holeribus.* Ratio dubitandi. Eadẽ istarum rerum videtur causa esse, quæ earum quibus proximè diximus vsuarium non nisi in villa vti posse. Cur ergo licere debeat vsuario istas deferre in oppidum vt iis vtatur potiùs quàm cæteras?

Dec. Non est horum onus graue proprietario si abundent in fundo, vt plurimum euenit, Quomodo esset onus longè grauius si liceret vsuario & oleo & frumento & aliis frugibus vti quæ in fundo illo nascuntur. Sunt enim fruges omnes maioris momenti ac longioris & difficilioris culturæ, quã poma, olera, flores, & ligna quæ vel naturalium fructuum loco habentur, & curam tantùm aliquam magis quàm culturam exigunt, *l. fructus 45. infr. de vsur.* aut si culturam aliquam certè peregrinam

guam

guam requirunt. Indéque moueor, vt malim legere *oleis* in præcedentibus quàm *foliis*. Folia enim vulgaria quibus rustici vtuntur hyeme alendo pecori vel ligandis vineis nihil simile aut commune habent cum frugibus, sed magis cùm pomis reliquisque fructibus naturalibus.

2 ¶Sed si pecoris ei vsus relictus est, puta gregis ouilis: ad stercorandum vsurum dumtaxat, Labeo ait: sed neque lana, neque agnis, neque lacte vsurum: hæc enim magis in fructu esse. hoc amplius, etiam modico lacte vsurum puto. neque enim tam strictè interpretandæ sunt voluntates defunctorum.

Ad §. 2. Sed si pecoris.

Ratio dubitandi. Vix vsus aliquis potest esse pecoris & gregis ouilis, qui non sit in fructu, vt videre est in lana, agnis, & lacte. Sunt enim ista omnia in fructu l. 4. §. *lana infr. de vsucap. l. bona fidei* 48. §. 1. *inf. De acquir. rer. domin.* Ergo nihil ex hoc legato vsus ad vsuarium pertinere potest.

Dec. Ea quidem quæ sunt in fructu ad vsuarium pertinere non possunt, si modò legatum vsus aliunde habeat vtilitatem aliquam. Sed nulla esset legati huius vtilitas si non liceret vsuario vti grege ad stercorandum agrum: in quo aliqua nec parua vtilitas versatur §. *sed si pecorum Instit. hoc tit. l. in omnibus* 7. *C. de curs. public. lib.* 12. *Tit.* 51. Meritò igitur permittendum est vsuario vt grege in eam rem vtatur, Id est ad stercorandum agrum cuius vsum habet, Præsertim cùm ea res in proprietatij quoque vtilitatem cedat, cuius fundus ea ratione melior fit, & cultior. Sed neque lana, neque agnis, neque lacte vtetur, cùm sint hæc omnia in fructu: Nisi quod addit Vlpianus etiam permittendum ei esse vt modico saltem lacte vtatur: Lac enim sicuti quotidianum est, ita & quotidiano vsui videtur conuenientius quàm aut lana, aut agni. Neque verò tam strictè, inquit, interpretandæ sunt defunctorum voluntates, sed latius, vt ait *l. in testamentis* 12. *De regul. iur.* & nos iam monuimus, exemplúmq; attulimus ad §. *vtrum autem supr.*

3 ¶Sed si boum armenti vsus relinquatur, omnem vsum habebit & ad arandum, & ad cætera, ad quæ boues apti sunt.

Ad §. 3. Sed si boum.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse inter vsum armenti, & gregis, Nam & boum gregem dicimus non minùs quàm armentum, nec minùs quàm gregem ouium *l. si grege* 22. *De legat.* 1. *l. ouem* 3. *infr. De abig.* Atqui ex legato vsu pecoris ouilis nullum aliud commodum percipere vsuarius potest, nisi vt eo vtatur ad stercorandum agrum, sicuti proximè diximus. Ergo neq; si vsus armenti boum legatus sit, aliud dicendum erit.

Dec. Longè alius est vsus armenti boum, alius verò gregis ouilis. Boum vsus multiplex esse potest qui sit à fructu separatus. Sunt enim apti cùm ad multa alia, tùm maximè ad arandum. Vnde & armenta dicta esse voluit Isidorus quasi aramenta, licèt alij sed minùs probabiliter ab armis sic appellata dicant quòd armis portandis maximè sint idonea. Quod in grege ouili diuersum est, cuius præter lanam, lac, & agnos, quæ omnia in fructu sunt nullus esse potest vsus nisi ad stercorandum agrum, vt diximus in §. præcedente. Idem verò quod in vsu armenti legato dicendum est si iumentorum vsus relictus sit. Propiùs enim accedunt iumenta ad armenta quamuis differant *l. boues* 89. *De verbor. signific.*

4 ¶Equitij quoque legato vsu, videndum, ne & domare possit, & ad vehendum sub iugo vti. &, si fortè auriga fuit [a], cui vsus equorum relictus est, non puto eum Circensibus his vsurum, quia quasi locare eos videtur. sed, si testator sciens eum huius esse instituti, & vitæ reliquit, videtur etiam de hoc vsu sensisse.

Ad §. 4. Equitij.

Ratio dubitandi. Equos domare is demùm posse videtur qui eorum dominus est, non etiam vsuarius, qui nullum ius habet nisi vtendi iis quales sunt, & secundum condicionem eorum, vt de vsufructuario mancipiorum scriptum est in *l. sed si quid* 15. §. 1. *supr. de vsufr.* Debet igitur vsuarius vti equis indomitis tanquam indomitis, non tanquam aut domitis, aut domandis.

Dec. Nullus equorum indomitorum vsus esse potest. Proinde in necessarium antecedens permittendum est vsuario, vt equorum vsu legato possit eos domare, vt subinde possit iis ad vehendum sub iugo vti, arg. *l.* 2. *De iurisd. l.* 1. §. 1. *supr. si vsusfr. pet.* & *initio huius legis versic. Venatu.* Et ita hic locus accipi debet non quomodo accipitur ab Accursio, qui putat ad quæstionem in principio huius §. propositam incipere Vlpianum respòdere ab iis tantùm verbis, *Et si fortè*: quasi prima illa *Videndum ne & domare possit, & ad vehendum sub iugo vti* quæsitantis tantùm sint & dubitantis, quæ tamen modesto loquendi more prudentibus nostris familiari adfirmantis sunt & respondentis.

a *Et si fortè auriga fuit.* Malè hîc quoque Accursius legit *etsi* vnica dictione pro *quàmuis*, cùm legendum sit vt Florentiæ adiecta virgula post *Et*, Noua enim sententia est, nonúsque versiculus, in quo ait Vlpianus, si fortè is cui equitij vsus testamento relictus est auriga fuit. Non tamen ei permittendum esse vt Circensibus ludis vtatur equitio, quia locare equos videretur quod iam sæpius diximus vsuario non licere. Ratio dubitandi. Verba testatoris debent intelligi secundum condicionem personæ ad quam diriguntur, vt ex hoc maximè loco probatur nostri solent. Atqui ponimus legatarium hunc aurigam fuisse: Solent autem aurigæ quadrigas locare, potissimùm verò in Circenses ludos. Ergo huic vsuario permittendum est ex testatoris voluntate, vt in hanc quoque rem equitio vtatur quamuis alioquin iis vti non posset si auriga non esset.

Dec. Sola condicio legatarij nec augere nec minuere legatum potest si testator eam ignorauit. Scientia enim testatoris illa est quæ coniecturam præbere potest voluntatis *l. pen. infr. de reb. dub. l. prædia 6. C. de fideic. l. sed etsi suscepit 52. §. 1. sup. de iudic.* Distinguendum igitur est an testator sciuerit an ignorauerit aurigam esse illum cui vsum legauit, eiúsq; instituti & vitæ, vt solitus esset etiam in ludos Circenses equos locare. Si sciuit, verisimile est de hoc etiam vsu sensisse testatorem, si ignorauit, non sensisse. Ergo priore casu etiam in ludos Circenses vsuarius equis vti poterit, Posteriore verò non poterit. Denique voluntas testatoris illa est quæ in omnibus his quæstionibus De legatis & aliis defunctorum vltimis voluntatibus totum facit *l. si mihi & tibi 12. in fin. De legat. 1.*

5 ¶Si vsus ministerij alicui fuit relictus: ad suum ministerium vtetur, & ad libertorum, coniugisque (neque) videbitur alij concessisse, si simul cum ipsis vtatur. quamquàm, si filiofamilias [a] vsus serui sit relictus, vel seruo: patri, dominóve adquisitus: ipsius dumtaxat vsum exigat: non etiam eorum, qui sunt in potestate. Operas autẽ serui vsuarij [b] non locabit, neque alij vtendo concedet: & ita Labeo. quemadmodum enim concedere alij operas poterit, cum ipse vti debeat? Idem tamen Labeo putat, si fundum cõduxerit quis, vsuarium seruum posse ibi operari. quid enim interest, in qua re opera eius vtatur? quare, & si lanam conduxerit [a] vsuarius expediendam, poterit etiam per vsuarias ancillas opus perficere. idémque, si vestimenta texenda redemerit, vel insulam, vel nauem fabricandam, poterit ad hæc operis vti vsuarij. nec offendetur illa Sabini sententia, ancillę vsu dato, ad lanificium eam non mitti, nec ex operis mercedem capi, sed sibi lanam facere iure cogere. sibi enim facere videtur: qui non operas eius locauit, sed opus quod conduxit, expedit. idem & Octauenus probat.

Ad §. 5. Si vsus.

Ratio dubitandi. Cùm vsus ministerij alicui legatus est, si ipse non tantùm ad suum sed etiam libertorum & coniugis ministerium vtatur, hoc ipso videtur aliis, id est coniugi liberísque concedere quod ipsi soli legatum est, quod tamen ne facere possit, illud impedit quod seruitus vsus non tantùm personalis est, sed etiam personalissima, vt diximus in superioribus.

Dec. Non videretur vsuarius ipse vti si cum vxore sua & liberis aliísque huiusmodi coniunctis personis adeóque libertis & clientibus vti prohiberetur, vt suprà diximus ad *l. 2. §. 1. l. 3. & 4. sup. ex l. pen. de seruit. legat.* Nec potest videri legatum sibi vsum concessisse liberis suis & coniugi, si cum ipsis simul vtatur. Quòd addi necesse est quia si vellet vsuarius ad suorum dumtaxat ministerium non ad suum vti, non esset ei permittendum *d. l. 4. in princ. l. sed neque 8. sup. hoc tit.*

a *Quamquam si filiofamilias.* Ratio dubitandi. Vsus consistit ex vtendo ac proinde ex facto eius qui vtitur, sicuti vsusfructus ex vtendo fruendo *l. vnic. in princ. supr. Quand. dies vsusfr. legat. ced.* Atqui ea quæ sunt facti non transeunt ad patrem vel ad dominum *l. qui herede 44. de condic. & demonstr.* Ergo si cui filiofamilias vel seruo vsus legatus sit, ipsius filiifamilias vel serui vsus erit exigendus, non patris aut domini.

Dec. Vsus sicut vsusfructus ex facto quidẽ consistit, quia personam aliquam esse oportet quæ non tantùm ius habeat vtendi fruendi, sed quæ prætereà facto ipso vtatur fruatur: Attamen non in facto consistit sed in iure, Cùm sit ius vtendi fruendi, & personalis seruitus *l. Meuius 86. §. fundo de legat. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* Vnde & seruitutes istæ iura personarum appellantur, ad differentiam seruitutum prædialium, quæ nihil aliud sunt quàm iura prædiorum *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis.* Atqui iura omnia per seruos & filiosfamilias statim & ipso iure acquiruntur parentibus, & dominis, parentibus quidem si velint *l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poss. l. 4. §. 1. supr. de edend.* Dominis verò etiam inuitis *l. etiam 32. De acquir. hered. l. seruus vetante 62. De acquir. rer. domin.* Ita vt ne momento quidem temporis consistat acquisitio in persona filiifamilias vel serui *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. si quis à parent. manum. sit.* Ergo si vsus relictus sit filiofamilias vel seruo, dicendum est acquiri eum patri, vel domino, non minùs quàm si fructus legatus esset *l. filiofamilias 17. infr.* Hoc autem posito consequens est vt ipsius patris vel domini vsus exigatur ad retinendam seruitutem non etiam serui, vel patrisfamilias, quoniam is demùm vti potest & debet qui vsuarius est, id est cui vsus non legatus sed acquisitus est. Acquisitio enim illa est quæ facit legatarium. Et aliud est Legatum esse alicui quod meri facti est nec ad patremfamilias aut ad dominum transit *d. l. qui heredi.* Aliud verò esse quem legatarium. Nemo enim dixerit seruum cui legatus est vsus legatarium esse cùm non sit capax legati acquirendi. Vnde est quod legatum seruo relictum repudiare seruus ipse non potest sed dominus *l. legatum 7. de legat. 1.* vt neque filiusfamilias sine patre delatam sibi hereditatem *l. is qui heres 13. §. vlt. de acquir. hered.* Planè dubitandum non est quin possit filiusfamilias vti cum patre, quod & Accursius noster hîc notat ex *d. l. filiofamilias in fin. & l. vlt. C. de vsufr.* at non tanquam legatarius ipse vsus, sed quia cum patre vti posset etiamsi vsus patri nõ filiofamilias legatus fuisset *l. 2. §. 1. supr. & §. prox. huius legis.* Cùm tamen si patri vsusfructus vel vsus non acquireretur sed filio vel seruo, non posset pater vti absente filio, nec dominus absente seruo, sed tantùm præsente vel filio vel seruo, vt apparet ex *d. l. filiofamilias*, Quemadmodum quod patri vel domino hic vsus quæritur facit vt nec filiusfamilias ipse cui vsus relictus est possit vti nisi cum patre, nec seruus nisi cum domino.

b *Operas autem serui vsuarij.* Ratio dubitandi. Non est nouum vt vsuario quoque liceat rem vsuariam locare alteri, vt in *l. 2. in fin. & hac leg. § equitij sup.* Cur non ergò etiam operas serui locare vsuarias poterit? Dec. Vsuarius ipse tantum vti debet quia vsus cùm sit seruitus personalis vtendi quoque factum personale requirit. Atqui non ipse tantùm vtitur operis serui si eas vtendas alij siue certa mercede, siue gratis concedat. Ergo vti debet

ipse

ipse non locare. Alioquin frui hoc esset, non vti, cùm merces quæ ex locatione percipitur in fructu sit non in vsu. Dixi ad *l. prox. supr.*

c *Idem tamen Labeo putat.* Ratio dubitandi. Si vtatur vsuarius operis serui non in fundo suo, sed in eo quem ab alio conduxerit, ferè est vt operas eius hoc casu locare domino videatur: quod tamen fieri posse proximè negauimus. Ex his enim operis vtilitas acquiritur fundi domino cui mercedē præstat vsuarius qui tanto vberiores fructus ex fundo conducto percipit.

Dec. Nihil interest qua in re (sic enim legendum est, non vt in veteribus plerisque *in quam rem*) vsuarius opera serui vtatur. Nec quemadmodum non nisi certo modo & vsque ad certū modum vti potest vsuarius, ita & nō nisi in certa re. Vtatur vbi & quādo volet, dummodò quomodo debet, Nec est contrarium quod scriptum est in *l. per seruum 14. in princ. inf.* ex operis serui nihil vsuario acquiri posse. Aliud enim est vti operis serui vsuarium, quod facere pro suo iure potest, Aliud verò ex operis serui acquirere, siue locando siue stipulādo per seruum, quod non potest, vt ibi dicemus. Eadem dubitandi & decidendi ratio est si lanam vsuarius conduxerit expediendam, aut vestimenta texeoda, vel insulam fabricandam redemerit vel nauim. Nam & per vsuarias ancillas opus lanæ perficere vsuarius poterit, & in alias res quas diximus vti operis serui, vt sequitur in textu.

d *Quare etsi lanam conduxerit.* Ratio dubitandi. Sabini sententia fuit, eaq; à prudentibus cęteris recepta, Ancillę vsu legato ad lanificium eam non mitti nec ex operis mercedem capi posse, sed hoc tantùm vsuario permitti vt eam inte cogat sibi lanam facere. Atqui hæc Sabini sententia offendetur si cum Vlpiano dicamus Vsuarium qui lanam expediendam conduxerit posse opus per vsuarias ancillas perficere.

Dec. Sibi facere videtur, qui non operas ancillæ locat, sed opus quod conduxit, expedit. Ergo non offenditur ab Vlpiano, sed confirmatur potiùs Sabini sententia. Idque & Octauenus probat.

13. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

SEd ipsi seruo, ancillæve pro opera mercedem imponi posse, Labeoni placet.

Ad l. Sed ipsi seruo 13.

Ratio dubitandi. Si seruo fructuarius operas eius locauerit, nihil agit *l. sed & si quid 25. §. idem Iulianus* alias *l. si seruo supr. de vsufr* Ergo neque mercedem ei pro operis ipsius imponere poterit, Vsuarius autem vtrumque multò minùs cùm non tantum iuris habeat quantum fructuarius.

Dec. Aliud est operas serui locare ipsi seruo quod nec fructuarius facere potest. Aliud verò pro operis mercedem seruo imponere, Quod etiam vsuarius potest. Dixi ad *d. §. idem Iulianus.*

14. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

PEr seruum vsuarium si stipulet, vel per traditionem accipiam, an adquirem, quæritur. si ex re mea, vel ex operis eius, &c, si quidem ex operis, non valebit: quoniam nec locare operas eius possumus. sed, si ex rę mea, dicimus seruum vsuarium stipulantem, vel per traditionem accipientem, mihi adquirere, cùm hac opera eius vtar.

Ad l. Per seruum 14.

Ratio dubitandi. Ius illud est vsufructuarij vt per seruum fructuarium possit sibi acquirere, siue per stipulationem siue per traditionem seruus acquirat *l. si serui vsusfructus 21. & seq. supr. de vsufr.* Ergo non idem ius debet esse vsuarij, quippe qui minus iuris habeat quàm fructuarius in plerisque aliis, io eo maximè quod nec operas serui vsuarij locare potest *l. planum 12. §. vltim. versic. Operas autem supr. hoc tit.* Ne alioquin fructuarij & vsuarij iura confundantur. Dicendum igitur est seruum vsuarium non magis ex re vsuarij quàm ex suis operis posse vsuario acquirere. Solent enim ista pari passu ambulare vt quo casu potest seruus ex re alterius ei acquirere possit etiam ex operis suis. Nam & operæ habentur quodammodo ex re eius cui seruit, cùm iure quis operas ei exhibere debeat à quo & ex cuius re alitur *l. qui bona 23. in princip. infr. de acquir. rer. domin.* Proinde si quis velit Posse acquiri vsuario per seruum ex re vsuarij, Æquè admittendum erit posse eidem acquiri ex operis serui: quod & scriptum videtur in *d. §. vlt. vers. quare etsi lanam & l. prox. sup.*

Dec. Aliud est Ex operis serui vsuarij acquirere, Aliud verò eius operis vti. Acquirere vtendo eius operis potest vsuarius, Vtitur autem quisquis eum adhibet ad stipulandum aut ad rem accipiendam per traditionem, adeoque qui lanam quam expediendam vel domum aut nauim quam fabricandā conduxerat per seruum aut ancillam expedit, vt scriptum est in *d. §. vlt. l. 12.* At ex operis serui acquirere vsuarius non potest si fortè illis non tam vti quàm frui velit, puta si eas locet. Vti enim potest, frui non potest *l. 2. supr. & §. prox. infr.* Mercēdem tamē seruo pro operis imponere etiam vsuarius potest *l. prox. supr.* quoniam id vti est non frui. Et ita fatendum est quod scribit Cuiacius *lib. 14. Obser. c. 13.* aliud esse ex operis serui acquirere, aliud Pro operis. Sed addo ego, Aliud esse acquirere operis, quomodo acquirit is cui vsus relictus est cùm seruus vsuarius aut stipulatur, aut accipit aliquid per traditionem. Quid enim hoc aliud est quàm vti operis? Aut in quo demùm posset vsuarius vti opera serui si in his duob. non vteretur? Nimirū si quid seruus stipuletur, aut per traditionem accipiat ex re vsuarij. Alioquin esset id quoq; frui nō vti. Neq; tamen probare possum, vt hoc adijciam, quod supradicto loco Cuiacius notat erratū esse in *l. 2. de vsuf. legat.* in illis verbis *idem est & si seruus se locauerit* & pro *idem est* legendum esse, *id est*, ne illud ipsum quod Papinianus iā dixerat insulsè repetere videatur. Non enim idē est si quis dicat fructuariū operas serui locare, Et seruum in quo alienus vsusfructus sint, seipsum locasse. Ergo qui dicit vtroq; casu idē ius esse non quid vnū & idē dicit sed duo diuersa. Neq; rursus verum est obligatione locati conducti acquiri he-

tedi tanquam domino cùm seruus seipsum locat: Acquiritur enim fructuario vt & aliud quidlibet ex operis serui d. l. si serui 21. *sup. de vsufr.* In vsuario aliud dicendum esset quia sicuti operas serui locare non posset, ita neque ex locatione per seruum ipsum facta aliquid acquirere, vt vtriusque casus eadem ratio sit, secundum supradictam Papiniani sententiam, quæ extat in *d. l. 2. De vsufr. legat.* Iunge *l. si ita legatus 16. §. vltim. & leg. seruus 20. infr. hoc titulo.*

1 ¶ Vsusfructus, an fructus legetur, nihil interest. nam fructui & vsus inest: vsui fructus deest. & fructus quidem sine vsu esse non potest: vsus sine fructu potest. denique, si tibi fructus [a], deducto vsu, legatus sit, inutile esse legatum, Pomponius libro quinto ad Sabinum scribit. &, si fortè, vsufructu legato, fructus adimatur, totum videri ademptum scribit. sed, si fructus sine vsu, videri constitutum, qui & ab initio constitui potest. sed si fructu legato, vsus adimatur [b]; Aristo scribit, nullam esse ademptionem. quæ sententia benignior est.

Ad §. 1. Vsusfructus.

Ratio dubitandi. Potest esse fructus sine vsu, nō etiam vsusfructus, & rursum potest vsus esse sine fructu at non sine vsufructu §. *vlt. inf. l. si alij 42. in pr. sup. de vsufr. l. huic stipulationi 5. §. ergo etsi fructus inf. tit. prox.* Multum ergo interest an fructus legetur simpliciter, an vsusfructus. Vsumfructum enim qui dicit vtrumque dicit & vsum & fructum, nec minùs vtendi ius quàm fruendi *l. 1. supr. de vsufr.*

Dec. Fructui vsus inest, Vsui fructus deest, Et fructus quidem sine vsu esse non potest, sed vsus sine fructu potest, vt hîc Vlpianus ait. Quod ipsum tamen sic accipiendum est quomodo Accursius benè explicat vt seruitus quidem fructus esse non possit sine commoditate vtendi, Possit tamen esse sine seruitute vsus non minùs quam seruitus vsus sine seruitute fructus. Alia enim atque alia seruitus est. Quemadmodum etiam in seruitutibus actus, & itineris dicere solemus, Seruitutem actus non posse esse sine itinere, Posse tamen esse sine seruitute itineris, Seruitutem verò itineris posse esse non solùm sine seruitute actus, sed etiam sine actu *l. 1. infr. rustic. præd. l. 4. §. 1. si seruit. vindic. l. 2. quemadm. seruit. amitt.* vbi dicemus. Et hanc Accursij nostrámque distinctionem mirificè confirmat quod scriptum est in *l. & per iusiurandum 13. §. si quis de acceptil.* si quis vsumfructum stipulatus vsum accepto tulerit, siquidem sic tulit acceptū quasi vsu debito, id est quasi seruitute vsus separatim debita, liberationem non contingere. Si verò quasi ex vsufructu, id est quasi tale quid quod in vsufructu necessariò cōtineatur, acceptilationem valere *cùm possit, inquit, vsus sine fructu constitui.* Quæ tamen ratio si verum amamus, non est accommodata. Debuerat namque scribi è conuerso, *cùm possit fructus sine vsu constitui.* Atque ita certè locus ille iudicio meo & legendus & emendandus est, Si enim ex stipulatione vsusfructus tollas vsum per acceptilationem quæ valeat, efficis vt remaneat fructus sine vsu. Quidni verò cùm & ab initio ita constitui potuerit? Cùm autem is qui vsumfructum stipulatus vsum acceptum tulit tanquam debitum per se & à fructu separatum, ideò non valet acceptilatio nec liberatio cōtingit, quia non potest fieri acceptilatio, nec sequi liberatio nisi eius rei quæ fuit debita. Atqui nullus separatim debitus vsus fuit, nec rursus ille qui cum fructu ita coniunctus est vt separari à fructu numquam possit, sed ille tantùm vsus qui in vsufructu quidem continetur, tanquam pars ipsius quædam integralis, sed sine quo tamen seruitus fructus esse potest, quamuis non item seruitus vsusfructus. Denique vsumfructū cùm dicimus, vnam quidem duntaxat seruitutem dicimus non duas, sed vnam tamē quæ sic plenior quàm sit seruitus Fructus, quoniam habet vsum coniunctum nec illum tantùm sine quo seruitus Fructus esse non potest, sed illum quoque sine quo seruitus Fructus quamuis minùs plena potest consistere, Neque tamen consequens est vt qui Fructum stipulatur aut legat, minus aliquid stipulari aut legare intelligatur quàm si in stipulationem aut legatum vsusfructus deductus esset. Hoc enim est quod Vlpianus hîc scribit, nihil interesse an fructus legatus sit an vsusfructus. Itaque in formali etiam fructu (neq; enim hîc de causali loquimur) distinguendus est duplex vsus: Vnus quem exemplo vsusfructus causalis, causalem possis dicere qui cum vsufructu cōiunctus sit, quemadmodum vsusfructus ille causalis cum proprietate: Alius formalis, quæ à fructu sit separatus, cui locus est quoties fructus sine vsu constituitur, aut vsus sine fructu. Sed in vsufructu formali, nullus huic distinctioni locus esse potest quia neque vnquam potest esse sine vsu: Alioqui iam fructus tantùm esset non vsusfructus (neque vllum vnquam vsum formalem sed solùm causalem semper continet. Proinde vt benè tota hæc quæstio intelligatur distinguendus est non modò duplex ille vsus in fructu formali, sed etiam Fructus ipse ab Vsufructu, Non tam quod minus sit in Fructu simpliciter cōstituto, quàm in vsufructu, quod certè cùm hac Vlpiani nostri sententia pugnaret, sed vt possit minùs esse, Nimirum eo casu quo vsus à fructu expressa voluntate separetur ad constituendam seruitutis speciem separatam. Quod summopere notari cupio: & iis addi quæ circa hunc tractatum scripsimus *lib. 1. Coniect. cap. vlt.* Non enim reperi qui tam accuratè ac subtiliter ista distinxerit.

a *Denique si tibi fructus.* Ratio dubitandi & decidēdi eadem est quæ ad versiculum præcedentem. Est enim hæc illatio ex præcedentibus. Nam cùm possit esse vsus sine fructu, & fructus sine vsu, non videbatur inutile esse legatum si fructus legetur deducto vsu, sed tamen dicimus esse inutile, quia licet possit seruitus fructus esse sine seruitute vsus, sine vsu tamen absolutè esse non potest. Qui autem legat fructum deducto vsu non intelligitur de eo vsu deducendo qui sit seruitus (neque enim seruitus vsus continetur in seruitute fructus ad[illegible] nec in seruitute vsusfructus) sed de illo qui in fructu naturaliter & per se continetur, & sine quo fructus esse non potest. Ergo si tibi fructus deducto vsu legetur, inutile legatum est tanquam eius rei quæ esse non potest. Et similiter eademque ratione, si vsufructu legato vtiliter vel etiam fructu, vsus adimatur, nullius momenti est ademptio, vt ex Aristonis sentētia subiicitur. Nihil enim adimit qui vsum adimit ex eo legato quod sine vsu esse non potest. Quemadmodum is qui actu legato iter adimit, nihil adimit, quoniā sine itinere actus esse nunquam potest *l. 1. de adim. legat.* Itemq; si quis actū stipulatus acce-

Digitized by Google

acceptum iter fecerit, aut si quis viam stipulatus actum duntaxat acceptò tulerit nullius momēti acceptilatio est *l. & per iusiurandum 13. §. 1. infr. de acceptilat.* Sed si vsufructu legato fructus adimatur, dicimus non tantùm valere ademptionem, sed etiam totum ademptum esse. Sed si fructus sine vsu ademptus sit ex legato scilicet vsusfructus, valebit ademptio fructus, Videbitur autem vsus constitutus sine fructu qualis & ab initio constitui potuit. Sic enim legendum puto *Sed si fructus sine vsu, vsum videri constitutum*, Nisi malis vulgatam lectionem sequi, quæ certè planior est & concepta in hæc verba *sed si de fructu sine vsu adimendo sensit, quare non dicimus vsum videri constitutum, qui ab initio constitui potest?* Sensus enim est Legatum vsusfructus quod ab initio relictum fuerat videri conuersum in legatum vsus qui est seruitus, & qui sine fructu esse potest, nō minùs quàm seruitus fructus sine seruitute vsus. Nō ergo totum adimitur si ex legato vsusfructus adimatur fructus tantùm sine vsu, sed valet adēptio pro fructu tantùm. Remanet verò legatum vsus, sed ita tamen vt ex causali vsu qui fuerat legatus hoc ipso quòd fuerat legatus vsusfructus conuersio fiat in formalem. Ideoq; fatendum est hac parte multùm referre an fructus legatus sit, an vsusfructus, quia fructu legato si ademptus esset fructus etiam sine vsu totum ademptum intelligeretur, vt proximè diximus. Fuerat quidem etiā legato vsufructu constituta sola seruitus fructus nō etiam seruitus vsus, Sed cùm ab initio potuerit constitui seruitus vsus, siue cum seruitute fructus, siue sola, quidni faciet ademptio fructus sine vsu, vt seruitus fructus trāseat, & conuertatur in seruitutem vsus? Mutata scil. non tam substantia legati (nec enim ademptio vnius legati posset facere vt aliud legatum hoc ipso datum videretur *l. legata inutiliter 14. de adim. legat.*) quàm qualitate. In legato enim vsusfructus, quod pro parte ademptum est, quantum sc. ad fructum, etiam vsus continebatur, sed causalis, vt dixi, nō formalis, qui à causali differt magis à formalitate quā re ipsa *l. si tibi 4. & seqq.* vbi dixi *sup. De vsuf. adcresc.* Videtur tamen Vlp. noster secundum vulgatam editionem nō tam distinguere fructum ab vsufructu, quàm circa testatoris voluntatem qui siue fructu, siue vsufructu legato ademit fructum, An scilicet ea fuerit voluntate vt adimeret fructum solum sine vsu & saluo vsu, vt eo casu valeat ademptio pro parte & solus vsus legatus intelligatur, An verò nō constet de illa voluntate, & tunc obtineat Pauli sententia existimantis totum legatum ademptum esse. Et hæc sanè interpretatio, ipsaque vulgata lectio mihi conuenientior videtur, non solùm quia disertè scribit Vlp. in hoc §. nihil referre an fructus legetur, an vsusfructus, sed etiam quia facilis fuit Vlpianus ad dissentiendum à Paulo, vt ex aliis plerisque iuris locis constat.

b *Sed si fructu legato vsus adimatur.* Ratio dubitandi. Cùm fructus adimitur sine vsu, intelligitur constituta seruitus vsus sola, quæ & ab initio cōstitui potuerat, vt proximè diximus, Quidni ergo cùm fructu legato vsus adimitur, perinde dicemus valere ademptionem, vt sola seruitus fructus sine seruitute vsus constituta esse intelligatur?

Dec. Seruitus fructus potest quidē esse sine seruitute vsus, sed non potest esse sine vsu. Proinde cū legato fructu, adeòque vsufructu sola seruitus fructus sit legata quæ sine vsu esse non potest, non etiam seruitus vsus, consequens est vt ademptio nullius omnino sit momenti. Et hæc sententia quę Aristonis fuit sanè benignior est, per quam scil. legatum retinetur. Maligna enim censetur illa interpretatio per quam actus destruitur quisquis ille sit *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. versic. neque enim malignè. de verb. oblig. l. quoties 81. eod. l. quoties 12. de reb. dub.* Malignæ enim interpretationi benigna opponitur & contra. Ergo quæ ratio facit legatum inutile si legetur fructus sine vsu, Eadem facit ademptionem inutilem si adimatur vsus sine fructu, Nempe quia sine vsu qui non est seruitus, fructus esse numquam potest, vt toties diximus.

2 ¶Vsu legato, si eidem fructus legetur, Pomponius ait confundi eum cum vsu. Idem ait, & si tibi vsus, mihi fructus legetur [a], concurrere nos in vsu, me solum fructum habiturum.

Ad §. 2. Vsu legato.

Ratio dubitandi. Alia est seruitus vsus, Alia seruitus fructus, vt diximus ad §. præcedentē. Ergo si vsu legato fructus quoque eidem legetur, nō potest fieri confusio seruitutum quæ sunt diuersæ, sed vtramq; legatarius separatim habere debebit: cùm non sint incompatibiles, imò maximā inter se habeant coniunctionem, Adeò vt aliquando vsu legato fructus quoq; legatus intelligatur *l. pen. inf. l. 5. §. vlt. l. quoniam 10. sup. de vsufr. ear. rei. quæ vsu consum.*

Dec. Quemadmodū nemini res sua seruit, ideoq; nemo re sua vti frui potest iure vsusfructus, quāuis iure dominij possit ea vti pro arbitrio *l. vtifrui 5. sup. si vsusfr. petat.* Et ob eam causam dicimus confundi vsumfructum si vsufructuarius proprietatē sibi acquirat *l. si seruus 27. sup. quib. mod. vsusfr. amitt. l. 4. inf. tit. prox.* Ita quisquis habet seruitutem fructus, siue vsusfructus hoc ipso ita vsum habet, qui in vsufructu ex necessitate continetur, vt eiusdem rei vsum separatim, & qui seruitus sit habere non possit: Atqui cùm vsus legatur solus, nemo dubitat quin seruitus vsus legata sit. Proinde si eidem fructus legetur necesse est confundi seruitutem vsus acquisitione plenioris seruitutis, quomodo solemus etiam dicere tolli & confundi minorem obligationem per accessionem maioris *l. debitori 50. de fideiuss. l. si reus 13. infr. De duobus reis.* Ex quo apparet quàm verum sit quod diximus in superioribus, Seruitutem vsusfructus non continere duas seruitutes, Vsus vnam, Fructus alteram: Sed vnam tantùm scil. Fructus, sed quæ tamen vi ipsa vsum quoque continet, sed non seruitutem vsus.

a *Et si tibi vsus mihi fructus legetur.* Ratio dubitandi. Potest seruitus vsus esse penes vnum, Seruitus verò fructus penes alterum, *§. prox. inf. & §. prox. supr.* nec potest fieri confusio harum seruitutum cùm sunt illę penes diuersas personas, sed tantùm eo casu quo in vnam eandemque seruitutem, & personam confluant, vt proximè diximus. Ergo si tibi vsus, mihi verò fructus legatus sit, non est dicendum debere nos in vsu concurrere, vt vult Pomponius, sed penes te solum vsum sine fructu esse debere, penes me verò solum fructum sine vsu.

Dec. Non potest esse fructus sine vsu, quāuis possit esse sine seruitute vsus. Ergo cùm quisquis habet fructum hoc ipso habeat vsum, necesse est vt qui fructum habet concurrat cum eo qui habet vsum.

Quemadmodum dicimus, si quis alij fundum, alij verò eiusdem fundi vsumfructum legauerit, licèt ea mente vt vnus haberet nudam proprietatem, alius autem solus totum vsumfructum, Communicari tamen inter eos vsumfructum etiam inuito testatore, quòd hic plus valere debeat quod dictum & scriptum quàm quod actum est *l. si alij 19. De vsufr. legat.* Nam quomodo se habet vsusfructus ad fundum, ita & vsus ad fructum, quia sicuti vsusfructus causalis inest plenæ proprietati, separatus verò à proprietate constituit vsumfructum formalem qui est seruitus. Ita & vsus causalis inest fructui Formalis autem à fructu separatur, & distinctam seruitutis speciem constituit. Igitur in hac specie concurremus tu & ego in vsu, sed ita vt tu formalem habeas, ego causalem *l. si alij 42. supr. De vsufr.*

3 ¶Poterit autem apud alium esse vsus, apud alium fructus sine vsu, apud alium proprietas: veluti si, qui habet fundum, legauerit Titio vsum, mox heres eius tibi fructum legauerit, vel alio modo constituerit.

Ad §. vlt. Poterit autem.

Ratio dubitandi & decid. ad hunc §. eadem est quæ ad præcedentes. Pendet enim huius loci ex co quod toties diximus distinguēdum esse vsum formalem qui non inest fructui, & sine quo fructus esse potest ab vsu causali qui necessariò inest fructui, & sine quo fructus esse non potest. Igitur nihil vetat vsum formalem esse penes Titium, Vsum verò causalem esse penes Sempronium, Proprietatem verò nudam penes Mæuium, vt in specie huius §. In qua illud etiam obseruandum est quod Accursius noster notat, Inter istos numquam posse locum esse iuri adcrescendi, quia licèt sint re coniuncti inter quos ius adcrescendi locum habere solet *l. 1. & pass. sup. De vsufr. adcresc.* coniunctio illa tamen contingit ex diuersis testamentis, ac proinde inefficax est ad producendum ius adcrescendi *l. sub conditione 16. sup. quib. mod. vsufr. amitt.* Aliud est in specie *l. 4. sup. De vsufr. accresc.* vbi coniunctio ex eodem testamento contingit.

15. PAVLVS lib. 3. ad Sabinum.

FVndi vsu legato, licebit vsuario & ex penu, quod in annum duntaxat sufficiat, capere: licet mediocris prędij eo modo fructus consumantur: quia & domo, & seruo ita vteretur, vt nihil alij fructuum nomine superesset.

Ad l. Fundi 15.

Ratio dubitandi. Vsuarius minùs longè iuris habet quàm si fructus quoque ei legatus esset *l. si habitatio 10. §. vlt. supr.* Ergo ita vti debet vt non omnes fructus consumat, sed vt aliquid supersit ei qui fructum habet, siue iure seruitutis habeat, vt is cui separatim legatus est fructus *l. si alij 42. sup. de vsufr.* siue iure dominij & plenæ proprietatis, vt in hac lege. Ne alioqui non tam vti quàm frui videatur.

Dec. Non potest quidem is cui vsus fundi legatus est aliud capere ex fructib. annuis fundi, quàm quantum possit in annum duntaxat sufficere. Sed certè nec minus ei dandum est, Licèt ea ratione futurum sit vt mediocris fortè prædij fructus omnes consumantur, quia id scilic. non tam iure fit quàm occasione, vt loquitur *l. 2. De riuis*, id est, non tam ob id quod vsuarius habeat ius percipiendorum & consumendorum fructuum omnium, quàm quia ea sit fundi condicio & mediocritas, vt deducto eo quod ad vsuarium iure legati vsus pertinet, nihil superesse possit. Nam & si domus alicuius aut serui vsus legatus esset, Vtique nemo diceret ob id minus vti cum debere tota domo, & toto seruo quòd ita fieret, vt nihil alij fructuum nomine superesset. Quid verò interest an serui aut domus, an verò fundi vsus legatus proponatur?

1 ¶ Sicut is, cui vsus fundi legatus est, quò minus dominus agri colendi causa ibi versetur, prohibere non potest, alioquin & frui dominum prohibebit, ita nec heres quidquam facere debet a, quo minùs is, cui vsus legatus est, vtatur, vt bonus paterfamilias vti debet.

Ad §. 1. Sicut is cui.

Primam huius §. partem quæ habet, Eum cui vsus legatus est non posse dominum fundi prohibere quominùs ad fundum accedat colendi eius gratia, iam abundè explicauimus ad *l. si habitatio 10. §. vlt. supr. hoc tit.* vbi diximus si fundus ab alio quàm à domino ipso colatur quod plerumq; fit, posse dominum ipsum ne accedat prohiberi ab vsuario, Colonum eius & familiam coloni non posse. Sed si dominus ipse sit qui colat, non magis prohiberi eum posse quàm colonum alium quemlibet, Ne absurdum illud sequatur, vt minus iuris habeat quàm colonus ob hoc solùm quòd sit etiam dominus, cùm sit & colonus, arg. *l. 1. §. vlt. infr. si quis à parent. manum. sit.* Nemo enim deterioris condicionis vnquam esse debet ob hoc solùm quod plus iuris habeat *l. in bello 12. §. si quis seruum. in fin. infr. De captiu. & postl.* Alioqui vsuarius dominum frui prohibebit si volentem illum accedere & fundum colere prohibeat, quod ipsi facere numquam licet. Habet enim actionem confessoriam De seruitute vsus ad hoc solùm ne prohibeatur ipse vti, non vt fructuarium si quis est, vel dominum proprietatis prohibeat frui.

a *Ita nec heres quicquam facere debet.* Ratio dubitandi. Potest dominus de re sua pro arbitrio disponere, nec ab alio ne ita faciat prohiberi potest: Id enim est verè dominū esse *l. pen. sup. de pact. l. in re mandata 21. C. mandat.* Atqui legatum vsus non impedit quominùs heres sit dominus rei vsuariæ. Vsus enim nulla dominij societate coniūgitur, vt neque vsusfructus *l. iusto 44. § non mutat. infr. de vsucap. l. pen. De acquir. poss. l. neque vsumfructum 29. sup. quib. mod. vsufr. amitt.* Ergo non est prohibendus heres quominus in re vsuaria faciat quicquid velit. Quomodo & circa vsumfructum disputari posse ostendimus ad *l. sed si quid 15. § proprietatis. sup. de vsufr.*

Dec. Dominus quidem plenæ proprietatis liberum habet de re sua disponendi arbitrium, Sed ita tamen ne qua in re ius lædat alterius *l. 1. §. sed & fossas, de*

Digitized by Google

sat. De aqua & aqua pluu. arcend. l. non debet alteri 74. De regul. iur. l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. Atqui heres qui legatum vsum alij constituit, non remanet dominus plenę proprietatis, quia proprietas plena dici non potest à qua vsus separatus est, quamuis nec omnino nuda dici possit quæ fructum habet coniunctum, adeoque vsum illum causalem sine quo fructus esse nequit. Mirum igitur non est quod hîc Paulus scribit, Nihil heredem facere debere quominus is cui vsus legatus est vtatur vt bonus paterfamilias vti debet: In quo obseruandum est quod Paulus ita loquitur non vt dicat *heredem nihil facere posse*, sed *nihil facere debere* vt significet, non tam iuris & potestatis defectu id fieri, quàm quòd si prohibeat vsuarium vti futurum sit vt eo nomine teneatur actione illa confessoria per quam vsus petitur, quemadmodum teneretur confessoria De vsufructu si fructuarium frui prohiberet. Ideóque & Vlpianus in *dict. § proprietatis*, sic etiam loquitur, vt dicat Proprietatis dominum non debere impedire fructuarium vtentem ne deteriorem eius conditionem faciat.

16. POMPONIVS libro 5. ad Sabinum.

SI ita legatus esset vsus fundi, vt instructus esset: earum rerum, quæ instrumento fundi essent, perinde ad legatarium vsus pertinet, ac si nominatim ei earum rerum vsus legatus fuisset.

Ad l. Si ita legatus 16.

Ratio dubitandi. Cùm legatus est vsus fundi etiā hoc adiectu *vt instructus est*, non ideò tamen legatus dici potest vsus instrumenti, quia nec instrumentū legato propriè continetur. Aliud siquidem est fundus, aliud verò instrumētum fundi, ita vt si fundus cum instrumento legatus sit duo sint legata, itémque cùm legatus est instructus *l. 1. l. si cui fundū 5. inf. de instruct. vel instrum. legat.* Igitur legato vsu fundi vt instructus est, etiā earum rerū quæ in instrumento fundi essent vsus pertinere ad legatariū nō potest.

Dec. Legatum fundi vt instructus est non solùm continet instrumentum fundi, sed plus etiā quam si fundus cum instrumēto legatus esset. Hoc enim legato continetur duntaxat instrumentum fundi, superiore verò id omne, quod in eo habuit paterfamilias vt esset instructior *l. quæsitum 12. §. sed si fundus 27. l. Lucius 28. eod. ult. tit.* Atqui legato fundo cum instrumēto habet legatarius proprietatē instrumēti. Adeóque vsufructuarius fundi etiā instrumento fundi frui potest *l. item si fundi 9. §. vlt. sup. de vsuf.* Eâ îgitur ergo ratione vsuarius fundi instructi, aut, vt instructus est, vsum habere debet non modò fundi, sed eorum quoq; omniū quæ instrumēti appellatione continentur: Quasi relicto duplici legato, Vno quod sit vsus fundi, altero quod sit vsus instrumēti:

1 ¶Dominus proprietatis, etiam inuito vsufructuario, vel vsuario, fundum, vel ædes, per saltuarium, vel insularium, custodire potest. interest enim eius fines prædij tueri, eáque omnia dicenda sunt a, quolibet modo constitutus vsusfructus, vel vsus fuerit.

Ad §. 1. Dominus proprietatis.

Ratio dubitandi. Proprietarius non potest ipse accedere ad fundum fructuarium, vel vsuariū, nec eius familia inuito fructuario vel vsuario, nisi fundū ipse colat *l. si habitatio 10. §. vlt. l. prox. §. 1. sup.* Multò igitur minùs potest ille inuito fructuario, vel vsuario fundum, vel ædes per saltuarium aut insularium custodire. Dec. Interest proprietarij fines prędij tueri quam in rem parati sunt saltuarij *l. cùm quæreretur 60. §. vlt. de legat. 3. l. quæsitum 12. §. saltuariū 4. de instruct. vel instrum. legat.* Sicut & insularij ad insulas, domósque tuendas, vt nomen ipsum demōstrat. Nec ea res fructuario vel vsuario quicquam nocet, cuius causa potiùs eo modo fit melior, non deterior. Quod autē vni prodest & alij non nocet, cur, si aliud nihil obstet, fieri prohibeatur? *l. in creditore 38. in fin. De euict. l. si cui 9. inf. De seruit.*

a *Eaque omnia dicenda sunt.* Ratio dubitandi. Cùm vsusfructus, vel vsus non per legatum constitutus fuit, sed per pactionem aut stipulationem aliquā, quomodo constitui eum posse diximus *ad l. 3. §. 1. & vlt. sup. De vsufr.* videtur posse imputari proprietario cur non meliùs sibi cauerit interposita expressim pactione & conuentione illa, vt posset saltuarium habere vel insularium. Ac proinde minus iuris ei concedi æquum est, cùm nunquam succurri ei oporteat cui potest aliquid imputari, Ex regula *l. quod quis 203. de reg. iur.* & qui potuit legē apertius dicere *l. veterib. 39. sup. de pact. l. Labeo 21. De contr. empt.* At nihil potest imputari heredi qui legatum vsum tradidit, vel vsumfructum, vt testatoris sui voluntatem impleret, cui nec addere quicquam potuit, nec detrahere. Dec. Idem ius est proprietarij, quēadmodum & fructuarij & vsuarij quocunq; eādem modo constitutus sit vsusfructus, vel vsus, saltem quod ad hanc rē pertinet, quoniam eadem iuris ratio quā suprà attulimus in omnibus locum habet, ac proinde idem ius vulg. *l. illud 32. inf. ad leg. Aquil.*

2 ¶Seruo, cuius vsum duntaxat, non etiam fructum, habemus, potest & à nobis quid donari, vel etiam ex pecunia nostra negotiatum esse: vt, quidquid eo modo adquisierit, in peculio nostro sit.

Ad § 2. Seruo.

Ratio dubitandi. Quod seruo donatur alieno acquiritur domino, adeoq; inuito, ita vt ne momento quidem temporis acquisitio consistat in persona serui *l. placet 79. de acquir. hered. l. etiam 32. de acquir. rer. dom. l. seruum vetante 62. De verb. oblig.* Ergo quod vsuarius seruo donauit in quo vsum duntaxat habuit non potest in peculio eius manere vt proprietas semper sit vsuarij.

Dec. Ex re fructuarij vel vsuarij etiam id esse intelligitur quod seruo fructuario, vel vsuario fructuarius ipse aut vsuarius donauerit concesseritve *l. ex re fructuarij 34.* vbi diximus *supr. De vsufruct.* Potest enim vsufructuarius vel vsuarius donare seruo alieno, vel tanquam alieno quomodo alienis seruis donare posset, in quibus nullum vsum haberet, quo casu acquireretur proprietas domino, Vel tanquam fructuario aut vsuario, Quo casu quod donatum est non acquiritur domino, sed remanet fructuarij vel vsuarij *l. per seruū 37. §. 1. l. quod fructua-*

Digitized by Google

rius 49.inf.de acquir.rer.dom. Id enim agi hoc casu videtur, vt proprietatẽ donator retineat sibi, nec nisi administrationem seruo concedat *l.quis ergo 16.infr. de pecul.* Atqui quod ex re fructuarij vel vsuarij acquirit seruus, acquirit fructuario vel vsuario, non domino *l.si serui 21.sup.de vsuf.l.per seruũ 14.sup.h.t.* Ergo quicquid eo modo, id est per donationem ab vsuario factam seruo acquiritur perinde in peculio vsuarij est ac si ex vsuarij pecunia negotiatus esset, ac compendium aliquod fecisset *d.l.ex re fructuarij.*

17. AFRICANVS libro 5. Quæstionum.

FIliofamilias, vel seruo, ædium vsu legato, & vtile legatum esse existimo, & eodem modo persecutionem eius competituram, quod competeret, si fructus quoque legatus esset. itaque non minùs absente, quàm præsente filio, seruóve, pater, dominúsve in his ædibus habitabit.

Ad l. Filiofamilias 17.

Hanc quoque legem iam explicauimus ad *l.plenum 12.§.vlt.supr.hoc tit.* Idem enim vtriusque loci sensus est, Filiofamilias aut seruo legatum vsum perinde acquiri domino vel patri, & actionem De seruitute ac si vsusfructus filiofamilias, aut seruo relictus esset: Nisi quòd in vsu maiorem dubitationem res habere videatur quàm in vsufructu: quasi vsus propiùs accedat ad habitationem quàm vsusfructus *l.si habitatio 10. in princip. supr.* ideoque in facto magis quam in iure consistere videatur, Quomodo de habitationis legato scriptum est in *l.penult.supr.De capit.minution.* Quæ enim facti sunt non transeunt à filiofamilias ad patrem, neque à seruo in dominum *l.quæ heredi 44. de condic. & demonstr.* Sed decidendi ratio est quòd vsus quoque non minùs quàm fructus in iure consistit. Definitur enim vsus per ius vtendi, sicut vsusfructus per ius vtendi fruendi, vt dixi ad *l.1.supr.hoc tit.* Verum igitur est quod hîc Africanus respondet, Vsu legato filiofamilias, vel seruo alieno posse patrem dominúmve tam absente quàm præsente filiofamilias, aut seruo in vsuariis ædibus habitare: quemadmodum posset si non vsus, sed fructus legatus esset. Aliud responsurus videtur fuisse Africanus legata habitatione, quoniam habitatio tota facti est, licèt inter seruitutes quoque personales adnumeretur propter vicinitatem quam in effectu habet cum cæteris seruitutibus personalibus Vsufructu & vsu *l.cùm antiquitas 13.C.de vsufr.* Dixi ad *d.l.si habitatio.in princ.sup.*

18. PAVLVS lib. 9 ad Plautium.

SI domus vsus legatus sit sine fructu: communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quàm vsuarij. videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat, ipse reficere debeat. si verò talis sit res, cuius vsus relegatus est, vt heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. quæ distinctio rationem habet.

Ad l. Si domus 18.

Ratio dubitandi. Vsufructuarius sarta tecta ędificia præstare debet quorum vsumfructum habet *l.vsufructu 7.§ quoniam.supr.De vsufr.* Ergo & vsuarius cùm habitationis commodum non minùs percipiat vsuarius quàm fructuarius *l.si habitatio 10.supr.* Adeò vt licèt tam augustus sit legatarius cui domus vsus relictus est vt non possit occupare totius domus vsum, Attamen his partibus quæ vacabunt proprietarius non possit vti, quia licere debeat vsuario alius & aliis temporibus tota domo vti *l.pen. §.1.infr.*

Dec. Cùm nudus ædium vsus alicui legatus est, remanet fructus penes heredem, eundémque proprietarium iure non quidẽ vsusfructus, sed dominij. Quisquis autem habet fructum, hoc ipso habet vsum: atque ita concurrunt ambo in vsu, quamuis vnus habeat formalem, alius verò causalẽ *l.per seruum 14.§.pen.sup.* Ergo quemadmodum fructuarius si quis esset, qui formalem vsumfructum haberet, sarta tecta ædificia præstare deberet *d.l.§.quoniam.* Ita & in proposita specie dicendum est, si tale sit legatum vt fructum aliquem ex ædibus vsuariis percipere heres possit, vel communem refectionẽ in sartis tectis esse debere tam heredis quàm vsuarij, Vel potiùs ad solum heredem ratione fructuũ hoc onus pertinere, In quod magis inclinat Paulus. Et è contrario si nullum ex vsuariis ædibus fructum percipere heres possit, magis probat Paulus, vt solius vsuarij onus hoc esse debeat, non heredis, Vt sc. ad eum pertineat incommodum ad quem pertinet commodum, ex reg. *l.secundum naturam 10.de regul.iur.* Nullo igitur casu refectionis onus erit commune, sed vel ad heredem solum pertinebit si fructum aliquem ex ædibus percipiat, vel ad solum vsuarium si extra vsum nullus ædium fructus erit. Idem ergo admittendum est, si ad alium, quàm ad heredem fructus ædium ab vsu separatus spectet, Puta si vsus legatus sit sine fructu, alij fructus sine vsu, Proprietas verò sit tertij cuiusdã, vt in *l.plenum per seruum 14.§.vltim.supr.* Refectio enim pertinebit ad solum fructuarium: Quòd si fructus communis sit inter fructuarium & proprietarium, vt in *l.si alij 19.De vsufruct.legat.* erit commune onus fructuarij & proprietarij, quia onus est fructuum duntaxat, non etiam proprietatis aut vsus. Itaque non video cur Accursius distinguat vsufructuarium ab herede habente vsumfructum causalem iure dominij, cùm vtroque casu idem iuris sit, & onus sartorum tectorum semper ad fructuarium pertineat, quisquis ille sit, & siue formalem vsumfructum habeat, siue causalem. Quando autem eueniat vt vsuarius tantùm habeat quantùm si esset fructuarius, id est, vt vsus absorbeat fructum, Exempla petenda sunt ex *l.fundi 15. in princip.*

in pr. sup hoc tit. l. 5. §. vlt. l. quoniam 10. §. 1. *sup. de vsuf. ear. rer. quæ vsu consum. & l. pen. in pr. inf. eo.* Possumus igitur concludere, Vsuarium quatenus vsuarius est numquam teneri ad habẽda sarta tecta, sed semper quatenus fructuarius est, & impedir ne quis alius ex re vsuaria fructum vllum percipere aut sperare possit.

19 PAVLVS libro 3. ad Vitellium.

VSus pars legari non potest. nam frui quidem pro parte possumus. vti pro parte non possumus.

Ad l. Vsus 19.

Ratio dubitandi. Non minùs duob. simul, quam vni potest eiusdem rei vsus legari, & quidem talis, vt neutri eorum sufficiat, Quo tamen casu necesse est singulos partem vsus habere, Ergo etiam pars vsus legari potest.

Dec. Vsus est seruitus personalis. Omnibus autem seruitutibus commune est vt sint indiuiduæ solo vsufructu excepto *l. 1. §. vsusfructus. infr. ad legem falcidiam.* Atqui indiuiduum illud demum est cuius certa pars nulla potest fieri aut assignari *l. 2. §. item si in facto l. 4. §. Cato. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. de verbor. oblig. l. heredes 25. §. an ea stipulatio. infr. Famil. ercisc.* Vsum ergo indiuiduum esse, & consequenter nullam eius partem legari posse certum est. In eoque maximè differt vsus ab vsufructu, quoniam vsusfructus licèt formaliter in iure consistat, materialiter tamen consistit in fructibus. qui cùm sint corporales diuidui quoque sunt, Vsus autem totus consistit in vtendo, quod meri facti est. Facta verò omnia indiuidua sunt *d. §. item si in facto*, & aliis supradictis. Nec quod plures possint in vsu concurrere, vt in *l. per seruum 14. § pen sup.* diuiduum facere vsum potest, Non magis quàm si qua alia seruitus prædialis duobus legata sit. Singuli enim vtentur tota seruitute in solidum, quasi re ipsa quæ seruitutem debet in solidum affecta *l. 2. l. pro parte 11. infr. de seruit.* Tantúmque curandum habent ne dissentiendo se inuicem impediãt, cùm simul in solidum seruitute vti non possint *l. 2. §. vlt. sup. quib. mod. vsufr. amitt. l. itinere 28. rustic. prad.* Quòd si consentiant non quidem vtentur in solidum, sed pro sua quisque parte. Verùm id occasione magis fit quàm iure, vt benè respondet Accurs. ex *l. 2. infr. de riuis.* Nec rursum eò minùs quis vtitur in solidum, quod cum alio vtatur *l. si vt certo 5. §. vlt. Commod.* licèt in effectu non nisi pro parte vti videatur, vt ibidem scriptum est. Facta sc. relatione ad factum, magis quàm ad ius, vt Accursius ad illum locum explicat.

20. MARCELLVS libro 13. Digestorum.

SEruus, cuius mihi vsus legatus est, adquirit mihi, si institor erit, & operis eius vtar in tabernam mercibus vendundis, emendisque adquirit mihi. sed & si, iussu meo, per traditionem accipiet.

Ad l. Seruus 20.

Ratio dubitandi & decid. eadem est ad hanc legem, quæ à nobis allata fuit ad *l. per seruum 14. in pr. sup. hoc tit.* vbi eadem sententia proponitur De iure vsuarij, vt per seruum possit sibi ex operis eius acquirere, aut si quid seruus ex re ipsius vsuarij stipuletur. Ergo si seruus cuius mihi vsus legatus est sit institor, & operis eius vtar in taberna, indubitatum est eum mihi acquirere, Aut si venundandis, emendísque mercibus eum præposuerim, Itemq; si iussu meo per traditionem aliquid accipiat. Perpetuum enim est vt seruus qui pluribus potest acquirere, ei soli acquirat qui iussit *l. 5. in fi. cum duab. seqq. & pass. de stipulat. seruor.*

21. MODESTINVS lib. 1. Regularum.

VSus aquæ personalis est: & ideò ad heredem vsuarij transmitti non potest.

Ad l. Vsus aquæ 21.

Ratio dubitandi. Seruitus aquę videtur esse realis, siue ducendæ aquæ sit, siue hauriendæ *l. 1. & 3. infr. rust. prad.* Ideoque nec alij potest cõstitui quàm personæ eius qui vicinus sit *l. Mela ait 14. §. vlt.* in illis verbis *quasi seruitute prædij non possessori vicina possessionis relicta.* Et versic. seq. *Nam & haustus aquæ vt pecoris ad aquam appulsus est seruitus, Persona tamen eius qui vicinus non est inutiliter relinquitur.* Sic enim legendum est non vt vulgo *seruitus est persona*, cùm seruitus haustus aquæ sit manifestè seruitus prędij, itemque pecoris ad aquam appulsus *l. 1. § 1. l. 2. §. 1. infr. rust. prad.* Nisi quis malit tollere dictionem *persona* tanquam irreptitiam ex glossa imperiti interpretis, quod mihi sanè probabilius videtur. Ergo si vsus aquæ alicui relictus sit, etiam ad heredem legatarij transire debet.

Dec. Multum refert an aqua, vel etiam si voles vsus aquę relinquatur prędio, an personę, Priore casu seruitus realis est & transitoria, non tantùm ad heredes, sed etiam ad possessorem quemlibet prædij cui acquisita seruitus fuit, adeoque nec alij acquiri potest quàm qui prædium vicinum habeat *l. 1. inf Comm. prad. & d. l. Mela. §. vlt.* Ad posteriore casu seruitus personalis est *d. §. vlt.* in postremis illis verbis *hac enim aqua personæ relinquitur*, quę sic accipienda sunt, vt ad obiectionem respondeant, quã continebant illa pręcedentia *nec videri inutile.* Omnia enim quę intertexta sunt ad augendam dubitationem pertinent, non ad eam dissoluendam. Porrò quo casu vsus aquæ est seruitus personalis, fieri nõ potest vt transeat ad heredem. Personales enim seruitutes omnes & iura personalia omnia, cùm cohæreant personæ, finiuntur morte, nec ad heredem transire possunt, Ex regula *l. in omnibus 68. & l. priuilegia 196. de reg. iur. l. 3. §. vlt. §. quib. mod. vsufr. amitt. l. quia tale 15. inf. solut. matr. l. ex pluribus 42. de admin. tutor. l. pen. De seruit. legat.*

21. POMPONIVS lib. 5. ad Quintum Mucium.

DIuus Hadrianus, cùm quibusdam vsus siluæ legatus esset, statuit fructum quoq; eis legatum videri: quia, nisi liceret legatariis cædere siluam, & vendere, quemadmodum vsufructuariis, licet, nihil habituri essent ex eo legato.

Ad l. Diuus Hadrianus 22.

Ratio dubitandi. Vsum fundi legatũ minus esse quàm vsumfructum, & lõgè latèque distare nemo dubitat *l. si habitatio 20. §. vlt. sup.* In eo autem differunt maximè quod vsufructuario licet non modò fructum percipere, sed etiam vendere quod vsuario non licet *l. sed neque 8. sup. §. 1. Inst. hoc tit. l. arboribus 12. §. vsufructuarius. sup. De vsufr.* Atqui ponimus legatum quibusdam esse vsum duntaxat siluæ non etiam vsumfructum, Ergo nulla ratio est cur vsumfructum iis legatum videri dicamus. Nec proinde iis permitti debet vt vendant, sed tantũ vt vtantur.

Dec. Legatum inutile est quod nullã habere vnquam potest vtilitatem *l. sin autem 29. de legat. 1. l. debitor 81. de legat. 2. l. 5. ad legem falcid.* ideoque sic semper interpretãdum est vt aliquid lucri & commodi adferre possit legatario: Alioqui maligna futura sit interpretatio per quam fiat vt actus pereat potiùs quàm vt valeat *l. si ita stipulatus 26. §. Chrysogonus. vers. neque enim malignè accipiendum est. de verb. obl.* Nec sanè credendus est testator legando atque ita legem & ius faciendo *l. verbis legis 120. de verb. signif.* actum ridiculum & derisorium facere voluisse *l. si quando 109. l. seruo alieno 113. §. si ab impubere. De legat. 1.* Atqui nisi liceret legatariis siluæ cæduę siluam cędere & vendere, quemadmodum fructuariis & quidem solis licèt, nihil habituri essent ex eo legato. Ergo vsu legato dicendum est vsumfructum hoc casu legatum videri. Nec tãtùm hoc casu, sed etiã in omnib. aliis similib. id est, quoties alioqui nullũ & inutile esset legatum vsus, vt in specie *l. fundi 15. in pr. sup. hoc tit. l. 5. §. vlt. l. quoniã 10. §. 1. sup. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*

1 ¶ Licet tam angustus est legatarius, cui domus vsus legatus est, vt non possit occupare totius domus vsum: tamen eis, quæ vacabunt, proprietarius non vtetur: quia licebit vsuario aliis & aliis temporibus, tota domo vti: cùm interdum domini quoque ędium, prout temporis condicio exigit, quibusdam vtantur, quibusdam non vtantur.

Ad §. 1. Licet.

Ratio dubitandi. Vsuarius non habet ius vtendi, neque habitandi in domo vsuaria, nisi quatenus ei necesse est & sufficit ad vsum quotidianum *l. plenum 12. §. 1. l. fundi 15. in princ. sup.* Ergo si legatarius cui vsus domus legatus est sit tam angustus, id est, tam angustæ, & mediocris condicionis, vt non possit occupare totius domus vsum, non potest ille, nec debet proprietario inuidere quominùs iis partibus quæ vacabunt vti pro arbitrio possit. Quemadmodum nec is cui fundi vsus legatus est prohibere dominum potest, quominùs in eo fundo moretur agri colendi causa *l. fundi 15. §. 1. sup.* Nec rursum is, cuius prædio seruitus prædialis debetur potest vti seruitute per omnes partes fundi seruientis, sed tantùm per illam partem per quam primùm iter direxerit *l. si cui simpliciter 9. inf. De seruit.*

Dec. Nihil potest nec debet proprietarius facere quominùs is cui legatus vsus est, vtatur ad eũ modum quo bonus paterfamilias vti debet *d. l. fundi. §. 1. sup.* Atqui impediret proprietarius vsuarium vti si ipse proprietarius iis partibus quę vacant vteretur, quoniam ita fieret vt non liceret vsuario aliis & aliis temporibus tota domo vti, Cùm interdum domini quoque ædium, prout temporis condicio exigit, quibusdam dietis vtantur, quibusdam non vtantur, Aliis æstate, aliis hyeme. Nec parta vtilitas est, mutandæ voluntatis potestatem habere, arg. *l. si sterilis 21. §. vlt. inf. De act. empt.* Ergo non est permittendum proprietario, vt iis partibus domus, quæ vacabunt, vtatur, quia id esset prohibere vsuarium vti tunc quoque cùm non vteretur, nec vti adhuc vellet. Et hoc est quod ad hunc locum Bartol. suis verbis notat, Facultatem alicui competentem non esse angustandam seu arctandam, quia etiam magnũ ius, inquit, in habilitate, & potentialitate consistit, & magnum interesse in eo versatur. Sẽsus est, Non esse prohibendum vsuarium, non solùm ne vtatur iam cùm vult, sed etiam ne vti aliquando possit, cùm volet. Seruitutum realium diuersa ratio est, quibus scilicet plenissimè vtitur, is qui etiam per vnam partem fundi seruitute vtitur, vt in *d. l. si cui.* Facit enim hoc ipso cæteras partes liberas *l. certo generi 13. §. 1. rustic. præd.* Necessitas enim seruitutis realis ex necessitate prædij dominantis æstimatur, quæ porrò nullam exigit mutationem: At seruitus personalis æstimatur non tam ex necessitate quàm ex voluntate personæ: cuius aliqua ex parte ius in eo quoque versatur, vt volũtatem mutare possit. Nec aliud in fundi vsu legato iuris est. Etsi enim potest dominus ad fundum accedere colendi eius gratia, ita vt ne accedat prohiberi ab vsuario non possit, fundi tamen parte nulla vti potest *d. l. fundi 15. §. 1. sup.*

2 ¶ Vsu legato, si plus vsus sit legatarius, quàm oportet officio iudicis, qui iudicat, quemadmodum vtatur, quid continetur? ne aliter quàm debet, vtatur.

Ad §. 2. Vsu legato.

Ratio dubitandi. Vsu legato non potest dubitari quin vsuarius habeat ius vtendi, dum ne fruatur, & dum ita vtatur vt salua sit rei substantia *l. 2. & pass. sup. hoc tit.* Non ergo verendum est ne plus vtatur quàm oporteat.

Dec. Seruitus vsus certis finibus concluditur, iisque multò angustioribus quàm seruitus vsusfructus *l. si habitatio 10. §. vlt. sup.* Vnde fit vt plerunque accidat plus vti vsuarium quàm oporteat, & id sibi adrogare quod ad fructus magis quàm ad vsus causam spectet. Quòd cùm accidit, æquum est Prætorem à quo petitur actio confessoria, vel negatoria, dare in eam rem Iudicem pedaneum qui cognoscat & iudicet, quemadmodum vsuarium vti oporteat. Quæstio enim illa facti magis est quàm iuris. In ea porrò quæstione, officio iudicis continetur, ne aliter vsuarius vtatur, quàm quomodo vti debet, id est tanquam bonus paterfamilias *d. l. fundi. §. 1. sup.* & ita ne vtendi fines excedat.

23. PAVLVS lib. 1. ad Neratium.

NEratius vsuariæ rei speciem is, cuius proprietas est, nullo modo commutare potest: Paulus. deteriorem enim causam vsuarij facere non potest: facit autem deteriorem, etiam in meliorem statum commutata.

Ad l. Neratius vlt.

Ratio dubitandi & decid. ad hanc legem circa vsum eadem est quæ à nobis allata fuit circa vsumfructum ad *l. vsufructu legato 7. §. vlt. & l. seq. supr. de vsufr.* vbi æquè scriptum est non posse ampliari, vel minui rem fructuariam ne quidem vt in melius reponatur. Etsi loquitur illa lex de fructuario, hæc autem de proprietario. Item ad *§. 1. eiusdem legis*, vbi dicitur Vsufructu areæ legato non posse proprietarium in area illa ædificium ponere, quod ad hanc legem propius accedit. Ibi enim res fructuaria fit quidem melior, sed ita tamen vt eius species commutetur in aliam. Ex area namque fit ædificium, Nec aliud exemplum accōmodatius ad hunc locum adferri potest: Videbatur enim proprietario licere id debere quod meliorem faciat condicionem rei vsuariæ cùm ea ratione melior quoque causa fieri videatur non minùs vsuarij quàm proprietarij. Sed contra visum est prudentibus. Ratione illa quam hîc adfert Neratius quòd non possit proprietarius deteriorem facere vlla in re condicionem vsuarij, vt neque fructuarij *l. fundi 15. §. 1. sup. l. sed si quid 15. § proprietatis. supr. De vsufr.* Atqui deteriorem facit quoties faciem & speciem rei commutat, licèt commutet in melius. Nempe quia rei mutatione vsus quoque non minùs quàm vsusfructus extinguitur, *l. repeti 5. §. rei mutatione. supr. quibus mod. vsufr. amitt.* Cùm iisdem omnino modis & vsusfructus, & vsus amittantur *l. 3. §. vlt. supr. De vsufr.* & apud Iustinianum in *Instit. hoc tit.* An non enim melius est vsuario qualem qualem vsum habere ac minùs commodum, quàm nullum? In seruitutibus prædiorum, siue vrbanorum, siue rusticorum non idem penitus obseruatur. Id enim duntaxat exigimus vt deterior vsus seruitutis non fiat *l. etsi forte 6. §. vlt. inf. si seruit. vindic.* quia nec tam facilè prædiorum seruitutes rei mutatione pereunt, siue in solo, siue in superficie consistant *l. seruitutes 20. §. si sublatum inf. Vrban. præd.*

VSVFRVCTVARIVS QVEMADMODVM CAVEAT.

TIT. IX.

1. VLPIANVS libro 79. ad Edictum.

Si cuius rei [a] vsusfructus legatus sit: æquissimum prætori visum est, de vtroque legatarium cauere [b], & vsurum se boni viri arbitratu, & cùm vsusfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit.

Ad l. Si cuius rei 1.

a *Si cuius rei.* Ratio dubitandi. Neque fructuarius, neque alius quisquam onerandus est superuacua cautione, præsertim quæ exigat satisdationem *l. hæc stipulatio 14. §. 1 inf. Vt legat. seu fideic. seruan. caus. caueat.* quomodo exigunt ferè omnes Prætoriæ *l. 1. §. stipulationum. l. generaliter. 3. inf. de prætor stipulat.* Inter quas vna hæc est quæ dicitur fructuaria *l. & si vsusfructus 7. inf. hoc tit.* Nec enim tam facilè & expeditum est inuenire fideiussorem *l. 2. §. vlt. supr. De iudic.* Atqui videtur hæc cautio & satisdatio superuacua, Cùm satis consultum sit proprietario; quod ex natura vsusfructus nulla quoque interposita stipulatione fructuarius non aliter frui possit quàm arbitrio boni viri, adeò vt si aliter frui incipiat, possit proprietarius eum suo iure prohibere *l. sed si quid 15. §. proprietatis. supr. De vsufr.* Id enim omne debet in re fructuaria facere quod diligens paterfamilias in re sua faceret *l. sed cùm fructuario 65 eod.* Rursus quod ad rem ipsam fructuariam finito vsufructu restituendam pertinet, quid necesse est dominum proprietatis sibi per huiusmodi cautionem & satisdationem prospicere, cùm omissa, siue satisdatione, siue ipsa etiam stipulatione possit habere rei suæ vindicationem *d. l. 7. inf.* An non enim plus cautionis est in rem quàm in personam? vulg. *l. plus cautionis 25. de regul. iur.* Nimirum vsusfructus nihil aliud est quàm ius alienis rebus vtendi fruendi *l. 1. supr. de vsufr.* nec proinde alienū dominium perimit, quod è contrario præsupponit. Nemo enim re sua vtitur fruitur *l. vti frui 5. inf. si vsusf. petat.* Idémq; circa vsum tractari etiam potest, Cùm non minùs ad vsum, quàm ad vsumfructū Titulus hic pertineat, vt perinde vsuarius atque fructuarius & cauere & satisdare videatur *l. hanc stipulationi 5. § sed si vsus. inf. hoc ti.* Non ergo debuit tam facilis esse Prætor ad iniungendum onus cautionis & satisdationis huius fructuario, vel vsuario, cùm nulla vrgeret necessitas, & verendum potiùs esset ne difficultate inueniendi fideiussoris legatarius à legati petitione arceretur, atque ita voluntas testatoris intercideret, quam è contrario modis omnibus conseruari interest reipublicæ *l. & quia 6. inf. de interrog. in iur. faciend. l. vel negare 6 inf. Testam. quem. aper.*

Dec. Interest domini plures ad ius suum conseruandum habere aduersus fructuarium vel vsuarium actiones *§ sic itaque. Instit. de action. l. cum filius 76. §. variis. de legat. 2. l. quod in heredem 9. §. eligere. de tribut. act. l. 1. C. commun. de legat.* Præsertim cùm vindicatio exigat in necessarium antecedens probationem dominij quæ perdifficilis plerumque est *§. commodum. Instit. de interd. l. is qui destinauit 24. sup. de rei vindic. l. vlt. C. de ed.* At in actione personali quæ ex huius-

by G

modi cautione nascitur tam contra fructuarium ipsum quàm contra eius fideiussorem nihil aliud quæritur nisi an stipulatio interposita sit, & quid stipulatione contineatur, vt commissam eam esse appareat *l. quicquid astringendæ 99. Lgm Roma tia.§. Agerius de verb. oblig.* Non est igitur superuacua & inutilis hæc cautio, per quam ita prospicitur proprietario, vt postquàm ea semel interposita est, nô amplius inquirendum habeat per singula temporis momenta quomodo fructuarius fruatur, vel vsuarius vtatur, arg. *l. peregrè 44. §. 1. inf. de acquir. poss.* quod tamen facere cogeretur si non aliter sibi posset cósulere, quàm prohibendo fructuarium ne re fructuaria, vel vsuaria malè vteretur. Nec sanè verendum fuit, ne vel pluribus, vel nimiis fidei, iurisve vinculis constringeretur is, qui alienis rebus inuito domino vtendi fruendi ius sibi adsereret, quamuis iure id faceret, Vt tantò maiorem causam haberet temperandi sibi ab iniuria, & vtendi fruendi arbitrio boni viri, hoc est, ea omnia faciendi in re fructuaria quæ probus, & diligens paterfamilias in sua faceret. Nec enim quicquam præstat amplius ob id quod & pluribus, & strictioribus actionibus teneatur, Dum ne aliter vtatur fruatur, quàm quomodo debet. Meritò igitur æquissimum putauit Prætor fructuarium & vsuarium cauere proprietatio de vtroque, Et vsurum se arbitriu boni viri, & cùm vsusfructus ad eum pertinere desierit, Extincto sc. vsufructu aliquo ex iis modis, de quibus diximus ad Tit. *quib. mod. vsusfr. amitt.* restituturum se quod inde extabit. Nam sicuti debet fructuarius vti frui, Ita & proprietatis dominus securus esse debet de proprietate *l. si cuius 13. supr. de vsufr.* Neque nouum est aut contra testatoris voluntatem, vt Prætor cautionis & satisdationis onus iniungat, quod testator ipse non iniunxit. Ita enim facit ad conseruandam ipsius defuncti voluntatem, quę si-cut illa fuit vt legatum vsus, vel vsusfructus perueniret ad legatarium, Ita & è contrario vt vsufructo vel vsu durante legatarius boni viri arbitrio vteretur, Et eo finito res ipsa fructuaria tota, si tota extaret, sin minùs id saltem quod inde extaret, id est quod ex vsufructu superesset restitueretur. Sic enim & vicissim heres legatario cauere cogitur legatorum seu fideicommissorum seruádorum causa, non modò si in diem vel sub condicione legatum fuit, sed etiam si purè *l. 1. l. etiam 15. in prin. & pass. inf Vt legat. seu fideic seruand. caus. caueat.* Nisi ea cautio remissa sit à testatore aliquo iudicio voluntatis *l. Mæuia 77. §. vlt. de condic. & demonstr. l. 2. C. vt in poss. legat.* Quo exemplo nec negamus cautionem hanc & satisdationem, cuius præstandæ onus fructuario, & vsuario cuilibet Prætor iniungit remitti posse à testatore. Cur enim prospiceret Prætor heredi cui testator prospici prohibuisset? Videtúrque hoc casu duplex esse legatum, Vsusfructus vel Vsus vnum, Cautionis alterum, vt in *l. tribus 8. in fin. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Quod autem contra scriptum videtur ad *l. 1. C. de vsufruct.* ad hanc speciem cautionis pertinet, sed ad illam quæ omnino necessaria est ad constituendum quasi vsumfructum earum rerú quę vsu consumuntur. Cuius certè longè dispar ratio est *l. vlt. inf. hoc tit.* vt docuimus ad *l. 1. sup. ill. tit. De vsufr.* & ad Tit. *De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Sic & legatarius cui temporale aliquod legatum relictú est heredi cauere cogitur, Non quidem de vtendo fruendo arbitratu boni viri, sed de re legata post tempus restituenda. Quod ius à Iustiniano inductum est ea ipsa constitutione quę induxit, vt eiusmodi legata valeant, quæ anteà non valebant *l. vlt. C. de legat. iunct. l. nemo potest 55. De legat. 1.*

b *De vtroque legatarium cauere.* Hæc enim stipulatio vna quidem est, sed tamen duas habet causas, vt sequitur in *§. habet autem. infr.*

1 ¶Hæc stipulatio, siue mobilis res sit, siue soli, interponi debet.

Ad §. 1. Hæc stipulatio.

Ratio dubitandi. In re quidem mobili quę facilè aut perire aut occultari potest summa ratione videtur Prætor cautionem hanc & satisdationem, de qua nunc agimus, induxisse, vt scilicet de ipsius restitutione cautum esset proprietario. Sed in re immobili cuius vsusfructus, vel vsus alicui legatus est, durius sanè id videri possit, cùm neque occultari possit, neque tam facilè perire culpa fructuarij vel vsuarij. Extra quàm si pereat fato aliquo, puta fundus chasmate, aut domus incêdio fortuitò, puta tacta de cœlo, aut alia vi maiore cui resisti non potuerit, nemo dixerit casum illum præstari à fructuario vel vsuario debere, Cùm casus fortuiti omnes quos culpa nulla præcessit spectent ad dominum *l. contractus 23. in fin. De reg. iur. vulg. l. qui fortuitis 6. C. de pignor. act.* Sic dicimus Possessores rerum immobilium satisdare non compelli ex *Tit. qui satisd. cogant. l. sciendum 15. in princ. sup. ill. tit.* Nimirum quòd nuo ita suspectæ possint esse facultates illius qui bona immobilia possidet, vt cúm fuerit victus & códemnatus difficilis futura sit iudicati executio.

Dec. Etiam cùm vsusfructus vel vsus in re aliqua immobili constitutus est eadem iuris, & æquitatis, & voluntatis ratio facit, vt fructuarium, vel vsuariú heredi cauere oporteat & satisdare de vtroque, Id est, de bene vtendo fruendo arbitratu boni viri, & de re ipsa, quamuis immobili restituenda, Vt ex iis apparet quę proximè diximus. Ergo nulla ratio est, vt rem mobilem ab immobili hac parte distinguamus, cùm P. æ or oó distinxerit, arg. *l. de pretio 8. sup. de public. in rem act.* Mobilium autem nomine hic intellige cum Accursio etiam se mouentia ex *l. mouentium 93. de verb. signif.*

2 ¶Illud sciendum est, ad fideicommissa etiam aptari eam debere. Planè, & si ex mortis causa donatione a vsusfructus constituatur, exemplo legatorum debebit hæc cautio præstari. Sed & si ex alia quacunque causa b constitutus fuerit vsusfructus, idem dicendum est.

Ad §. 2. Illud sciendum.

Ratio dubitádi. Prætor in Edicto quo huius cautionis & satisdationis præstandæ necessitatem fructuario iniunxit de legatario vsusfructus tantùm locutus est, non etiam de fideicommissario. Atqui solent fideicómissa esse fauorabiliora legatis. Præsertim apud Prætorem qui fideicommissis fauere solet præcipuo quodam iure, Vnde & fideicommissarius vocatur apud Iustin. *tit. de fideicomm. heræd.* Quod ergo cóstitutum est in legatario, non facilè

trahi

trahi debuit ad onus fideicommissarij tanquam fauorabilioris. Dec. Sūt quidē fauorabiliora fideicōmissa in eo quod cùm nullo iuris vinculo muniantur, tamē æquè præstāda sint tuitione Prętoris acsi ipso iure valerent, vt legata. Sed ea res non facit vt melioris condicionis esse debeant quàm legata. Ne melior causa sit eius qui minus iuris habet, quam si plus haberet *l. qui vsumfructū 3. sup. si vsufr. petat.* Cùmque hanc cautionē & satisdationē præstari Prætor iubeat vt fructuarius nō aliter fruatur quàm quomodo testator voluit, Apparet non aliud iuris hac parte in fideicōmissario esse debere, quàm in legatario, cùm ambo veniant ex testatoris voluntate.

a *Planè etsi ex mortis causa donatione.* Ratio dubitandi. Donationes causa mortis in plerisq; accedūt ad naturā contractuū potiùs quàm vltimarū voluntatū, Initio sc. inspecto cùm non fiant nisi per traditionem, aut per stipulationē, vt donationes inter viuos *l. 2. l. qui alienā 12. & seq. l. inter mortis 38. l. Seia 42. & pass. de mort. caus. donat.* Ergo quod ius à Prætore constitutū fuit in legatis nō debuit trahi ad donationes causa mortis. Dec. Donationes causa mortis capiuntur ad instar legatorum, & hodie in omnib. ferè æquiparātur legatis *l. Marcellus 15. in fin. l. illud 37. eod. tit. l. 2. sup. de Publ. in rē act. §. alia Inst. de dona.* & prętetea edictū hoc Prætoris tractum est ad omnem alium quemlibet vsumfructū etiam qui per stipulationem aut traditionem, aut aliam pactionem inter viuos constitutus sit, vt sequitur in textu.

b *Sed etsi ex alia quacunque causa.* Ratio dubitandi. Potest imputari ei qui vsumfructum inter viuos constituit cur non ipse sibi prospexerit & stipulatus sit & fideiussorem exegerit de vtendo fruendo arbitratu boni viri, & de re finito vsufructu restituēda, Quod nō similiter imputari potest heredi cum vsusfructus testamento constitutus est siue per legatum siue per fideicommissum. Ergo non debuit eadem ratio idemq; ius constitui in vsufructu tradito inter viuos & in eo qui traditus sit ex causa vltimæ volūtatis cum differentię ratio tā sit aperta. Sēper enim imputādum est ei qui non sibi prospexit in eum casum quem prospicere debuit euenire posse *l. si quis domum 9. §. 1. locat.* nec vnquam succurrēdum est ei cui propria culpa imputari aliqua potest quia nec damnū sentire vllum videtur ex reg. *l. quod quis 203. de reg. iur.* Dec. Interest non tantum proprietarij, sed etiam Reipublicæ ne fructuarius re fructuaria vel vsuaria malè vtatur. Nam si publicè interesse crediderunt ne quis etiam sua re abutatur, *§. vlt. Inst. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* quanto magis ne aliena? At qui vsusfructus ius est alienis rebus vtendi fruendi etiam inuito domino. Meritò igitur Prętor ęquissimum credidit prospici per hanc cautionem proprietario ex quacunque tandem causa constitutus sit vsusfructus siue ex testamento siue inter viuos *l. vsufructu 4. C. de vsufr.*

3 ¶Cauere autem debet, viri boni arbitratu perceptu iri vsumfructum: hoc est, non deteriorem se causam vsusfructus facturum, cætęráq; facturum, quæ in re sua faceret.

Ad §. 3. Cauere.

Ratio dubitandi. Vsufructuarius licèt nō sit dominus rei fructuariæ *l. falsus 43. §. vlt. inf. de fur.* attamē dominus est vsusfructus, ideóq; habet eius nomine vindicationē *l. vti frui 5. sup. si vsufr. pet.* quę tamē nūquā datur nisi domino *l. in rē 23. sup. de rei vind. l. Quintus 25. §. argento inf. de aur. & argen. legat.* Ergo potest ea frui arbitrio suo nō alieno. Suæ. n. quisq; rei moderator est & arbiter, vulg. *l. in re mandata 21. C. mandat.* Dec. Vsufructuarius dominus quidē est vsusfructus sed ita tamen vt sciat vel scire debeat se frui re aliena. Inuito etiam domino, sed iure tamen ac proinde ex præcepto iuris, nec primo illo tātùm quo viuere honestè iubetur quilibet, sed etiā secūdo quo aliū lędere prohibemur, Quod pręceptum iuris ex primo illo nascitur iuris naturalis *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.* Vnde vulgare illud Comici verbū *Inter bonos bene agier*, sic ergo vti debet vt nō faciat deteriorē causam vsusfructus, sed vt in re aliena faciat, quicquid bonus & diligēs pater familias faceret in sua. Hoc. n. est vti frui arbitrio boni viri *l. si cuius 13. §. de prætérit. vers. denique l. sed cùm fructuarius 65. sup. de vsufr. l. fundi 15. §. 1. sup. tit. prox. iunct. l. non debet alteri 74. de reg. iur.* Culpa enim & negligentia quæ in propriis reb. culpāda est, in alienis est coercenda *l. si constante 24. § si maritus. inf. sol. matr.*

4 ¶Rectè autem faciens & heres, & legatarius, qualis res sit, cùm frui incipit legatarius, si in testatum redegerint: vt inde possit apparere, an & quatenus rem peiorem legatarius fecerit.

Ad §. 4. Rectè autem.

Ratio dubitandi. Potest facilè probari per testes aut alia argumēta, in quo statu fuerit res fructuaria eo tēpore quo vsusfructus constituebatur, licèt de ea re testatio nulla facta sit. Parum ergo aut nihil interest heredis & legatarij, vt in testatum redigatur qualis res fuerit, cùm ea frui incepit legatarius.

Dec. Nulla rerum haberi veritas potest nisi per probationes quoties nulla iuris pręsumptio est quę probationis vice esse possit: Neq; tamen ius vllum statui potest, quin facti causa certa sit & probata, cùm vt vulgo nec minùs verè iactari solet, ex facto ius oriatur vulg. *l. si ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino. inf. ad leg. Aq.* Inde fit vt probationes semper sint fauorabilissimæ, ita vt nihil ferè in toto iure nostro fauorabilius existimetur: Ac proinde vt prudentissimè faciat quisquis ab initio sibi prospicit, vt probationes certas habeat paratas, nec aliis in futuro si vllis indigeat; quæ si non impossibiles, certè essent difficiliores. Pereunt enim plerumq; tempore per interitum eorum qui si viuerent, testes hodie esse possent *l. in lege Aquilia 41. eo. ill. tit. l. si arbiter 27. inf. de probat.* Atqui nulla certior probatio est, quàm quæ fit per præsentis rei ocularem inspectionem, & vt pragmatici loquuntur ab euidentia rei *l. si irruptione 8. §. 1. inf. Fin. regund.* Quæ enim per testes fit plerumque suspecta est, sicut & fides testium plerumque gratia, vel odio, vel sordib. corruptorum *l. 3. §. 1. inf. de testib.* Rectè igitur facient & heres & legatarius, quamuis non prorsus ex necessitate si in testatum redigant qualis res sit eo tempore quo frui ea incipit fructuarius, Vt inde possit quandoque apparere an & quatenus rem peiorem ac deteriorem legatarius fecerit. Est autem hoc consilij, vt ait Accurs. non necessarij præcepti, sed consilij cuius non tantùm in hoc casu necessarius vsus est, sed in aliis quoque omnib. in quibus præuideri potest necessitas & difficultas habendarum aliarum probationum post aliquod tempus, & ne facti quæstio vlla possit incurrere, Vt in suo herede funerāte patrem cuius nolit bonis se immiscere *l. etsi quis 14. §. plerique de relig. & sumpt. funer.* Itemque in nunciante nouum

opus, vt sciri possit quid & quantum post nunciationem ædificatum sit, ac proinde destruendum *l. non solùm 8. §. sciendum. vers. sed vt probari. inf. de oper. noui nunc.* Idem est si tradantur res æstimatæ, hoc tamen pacto addito, vt eædem species restituantur, vt in *l. si inter 21. C. de iur. dot.* & in *l. æstimatis 50. solut. mat.* quãuis id per æstimationem conuentionalem fiat non per taxationem ei similem, de qua hîc agitur.

5 ¶ Vtilius autem visum est, stipulatione de hoc caueri, vt, si quis non viri boni arbitratu vtatur, cõmittetur stipulatio statim, nec expectabimus, vt amittatur vsusfructus.

Ad §. 5. Vtilius autem.

Ratio dubitandi & decid. ad hunc §. eadem est quæ ad initium huius legis, Nisi quòd initiò tractauerat de huius edicti æquitate, Hic verò subiicit de vtilitate. Quamuis prudẽtes nostri duo hęc nomina *æquitatis* & *vtilitatis* confundere soleant, & vtile dicere quod æquum putant, inutile verò quod iniquum, vt in *l. 1. §. hæc autem. inf. Deposit.* Ideò nimirũ, quia ciuilis legislator æquitatem suam quam nos ciuilem appellamus, non aliunde quàm ex vtilitate publica æstimare solet *l. bona fides 31. eod. l. ita vulneratum 51. §. vlt. inf. ad legem Aqu.* Potest tamen sumi vtilitas etiam pro emolumento, Quod sententiæ huius §. conuenientius videtur. Vult enim Vlpianus notare vtilitatem huius cautionis & satisdationis non in eo tantùm versari, quod suprà diximus, vt pluribus actionibus, & remediis proprietario aduersus fructuarium consulatur, sed in hoc etiam quòd ex hac stipulatione qua promittit fructuarius se arbitratu boni viri vsurum, & statim & sæpius agi potest, statim quidem, id est, non expectato tépore, quo amissus & finitus sit vsusfructus quod tempus expectari necesse esset si stipulatio nulla interponeretur. Sæpius verò, si fructuarius iam conuentus ob id quod re fructuaria malè vsus esset, iterum abuteretur. Neque enim nouum est vnaeadémque stipulatio sæpius committatur, & in singulas causas cùm non ad pœnam datur quæ vnica est, sed ad id quod interest, vt Accursius hîc notat ex *l. si duo 34. §. vlt. supr. de recept. qui arbitr. recept.* Sæpius enim potest ex noua causa, nouóque facto interesse *l. si procurator 18. inf. Rat. rem haber. l. non quasi 4. §. pen. Rem pupill. salu. for. l. si sic stipulatus sim 13. de verb. oblig.* At si non esset interposita hæc stipulatio non posset agi contra fructuarium, nisi semel & finito demùm vsufructu. Quo demùm tempore quęrendum esset quid, & quantum proprietario restituere fructuarium oporteret. Non ergo parua vtilitas est huius cautionis. Sed quantum ad primam duntaxat illam partem quæ est de bene fruendo. Alia enim de re finito vsufructu restituenda, nec statim nec sæpius committitur, sed semel tantùm & finito vsufructu, vt subiicitur in *§. seq.*

6 ¶ Habet autem stipulatio ista duas causas: vnã, si aliter quis vtatur quàm vir bonus arbitrabitur, aliam de vsufructu restituendo: quarum prior statim committetur, quàm aliter fuerit vsus, & sæpius committetur: sequẽs committetur, finito vsufructu.

Ad §. 6. Habet autem.

Ratio dubitandi. Non debet vna eademque stipulatio, vt nec alia vlla res diuerso iure cẽseri vulg. *l. eum qui ædes 25. inf. de vsucap.* Atqui stipulatio hæc fructuaria licèt fiat de vtroque, vt scriptum est in princip. huius legis, tamen vnica est. Ergo non debet adeò diuerso iure censeri, vt pro parte cõmittatur statim & sæpius, pro parte verò semel tantùm, nec nisi finito vsufructu.

Dec. Potest vna eadémque res diuerso iure censeri diuersis respectibus *l. si pater 15. §. 1. supr. de adopt.* Hîc autem diuersi respectus sunt, quia stipulatio licèt sit vnica, duas tamen habet partes, Vnam de benè vtendo fruẽdo, si aliter quis vtatur quàm vir bonus arbitrabitur, Aliã de vsufructu restituendo. Quemadmodum in condicionib. etiam interdum euenit vt vna condicio duas habeat partes, vt in *l. hæc scriptura 26. de condic. & demonstr.* Sed cum hac tamen differentia, quòd condicio non eò minùs vnica est quod habeat duas partes, siue coniunctim, siue disiunctim conceptas: At stipulatio quæ duas partes habet, tametsi quantum ad conceptionem & formalem verborum vna sit, re vera tamen & in effectu duplex est, quia tot sunt stipulationes quot sunt res & causæ in stipulationem deductæ *l. scire debemus 29. l. vbi autem 75. §. pen. l. Titia 134. §. vlt. l. pluribus 140. in princ. inf. De verb. obl.* Mirum igitur non est ex his duabus partibus vnam committi vno tempore, aliam alio, & vtramque aliter atque aliter, Priorem quæ est de benè vtendo fruendo statim atque aliter fuerit vsufructuarius quàm debuit, & ita vt sæpius committatur, Ea ratione quàm attulimus ad §. præcedentem. Posteriorem verò de restituendo eo quod inde extabit, non nisi semel & finito demùm vsufructu.

7 ¶ Sed quod diximus; id, quod inde exstabit, restitutum iri: non ipsam rem stipulatur proprietatius: inutiliter enim rem suam stipulari videretur: sed stipulatur restitutum iri, quod inde exstabit. Interdum autem inerit proprietatis æstimatio *, si fortè fructuarius, cùm possit vsucapionem interpellare, neglexit *. omnem enim rei curam suscipit.

Ad §. 7. Sed quod diximus.

Ratio dubitandi. Nemo rem suam vtiliter stipulatur *d. l. scire debemus 29. §. si à fure l. nemo 82. de verbor. oblig.* Atqui cùm proprietarius stipulatur à fructuario Rem fructuariam finito vsufructu restitui, & quòd inde extabit, rem suam stipulari videtur. Cuius enim est res fructuaria, nisi proprietarij? Aut cuinam Prętor stipulationem hanc accommodat, nisi proprietario? Inutilis ergo videtur hæc stipulatio.

Dec. Non stipulatur rem ipsam qui eius restitutionem stipulatur. Prior stipulatio dandi est, Posterior faciendi *dict. l. nemo.* iunct. *l. vbi autem 75. §. qui id quod. eod. tit. de verbor. oblig.* Quod meum est stipulari non possum mihi dari, quia cùm dare nihil aliud sit quàm dominium transferre *dict. l. vbi autem 75. §. vlt.* non potest id quod meum est magis fieri meum *l. in bello 12. § si quis seruum. de captiu. & postlim. § sic itaque. Instit. de act.* Sed quod meum est nihil eò minùs, imò tantò magis restitui mihi debet *l. officium 9. l. qui restituere 68. sup. de rei vendic.*

* *Interdũ autem inerit proprietatis æstimatio.* Rat. dub. Id demum ex hac stipulatione finito vsufructu restituendũ est cuius vsumfructum habuit fructuarius,

vt

vt indicant verba illa stipulationis *quod inde extabit.* Atqui multum interest an rei alicuius, an aestimationis vsusfructus relictus sit *l. si aliy 42. §. 1. sup. De vsufr.* Et verò cùm aestimatio semper fiat in pecunia numerata cuius solius est caeteras res omnes praeterquàm seipsam aestimare *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* apparet non posse constitui verum vsumfructum aestimationis, sed quasi vsumfructum oblata cautione ex Senatusconsulto, de quo diximus in *l. 1. & tot. tit. sup. de vsufr. ear. rer. quae vsu consum.* Non igitur potest in hanc stipulationē venire proprietatis aestimatio: In eoque maximè differt haec stipulatio à stipulatione quae de euictione interponitur & ab actione ex empto quae nulla stipulatione interposita pro euictione datur *l. 1. inf. De act. empt. l. si in venditione 60. De euict.* Nec quod precium rei in re ipsa saltem eminenter contineri videatur, ad rem facit. Non enim continetur quod alterius omnino speciei est, & diuersi generis. Precium enim cuiusque rei non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipitur *l. venditor 21. de hered. vel act. vendit.*

Dec. Quoties fieri nequit vt res ipsa restituatur quae restitui deberet, toties deueniri necesse est ad priscam illam aestimationem quae hoc casu vice ipsius rei est ex necessitate cùm aliud dici melius nihil possit *l. in actionibus 5. vers. planè infr. De in lit. iur. l. hac si res 47. sup. De rei vindic.* Atqui potest contingere vt res fructuaria non possit ipsa restitui, Non solùm si extare desierit (hic enim casus non pertinet ad stipulationem, de qua tractamus, propter illa verba *quod inde extabit.* Nisi fortè dolo fructuarij res extare desierit quo casu pro extante haberi debet *l. si seruum 91. §. sequitur, & §. vlt. de verbor. oblig.*) Sed etiamsi adhuc extet, nec tamen restitui possit, fortè quòd ante finitum vsumfructum vsucapta fuerit per negligentiam fructuarij, qui cùm posset vsucapionem interpellare id facere neglexerit. Quod cùm accidit, negari non potest quin saltem aestimatio praestanda sit à fructuario, Ne alioqui sua ei prodesset negligentia, si neque rem, neque aestimationem praestare cogeretur. Nemo enim facto suo improbo, aut culpa sua potest liberationem sibi acquirere *dict. l. si seruum 91. §. videamus. infr. de verb. oblig.* In culpa verò est fructuarius si vsucapionem non interpellauerit quam interpellare potuit, Nō solùm denunciando proprietario vt rem vindicaret ipse si vellet quod potuit & debuit facere cùm custodiam rei fructuariae praestare debeat, vt subiicitur in *l. seq.* vt & alius quilibet possessor rei alienae, quam alienam esse sciat. Sed etiam quia suo iure potuit agere confessoria, & vindicare vsumfructum, atque ita possessoris possessionem interpellare: Quod si non fecerit, suam vtique negligentiam adeoque factum suum ei nocere quàm proprietario aequius est *l. factum 155. De regul. iur.* Qui enim non facit quod facere debet, facit hoc ipso id quod facere non debet *l. qui non facit 121. eo.* Et ideò solemus dicere magnam negligentiam culpam esse sicut lata culpa dolus est *l. magna negligentia 226. De verb. signif.*

a *Si fortè fructuarius cùm posset vsucapionem interpellare neglexit.* Ratio dubitandi. Non interpellatur vsucapio per litis contestationem, quia nihil aliud potest facere litis contestatio, nisi quod inducit malam fidem *l. sed etsi 25. §. si ante. supr. De hered. petit. l. si homo 43. sup. De rei vindic.* Mala fides autem superueniens non vitiat, neque interrumpit vsucapionem quae in eo differebat olim à longi temporis possessione *l. si aliena 10. inf. de vsucap. l. 2. §. vlt. Pro emptor. l. vnic. C. de transform. vsucap.* Rursus quomodo potuit fructuarius litem contestari & agere sine actione? *l. si pupilli 6. §. vlt. De negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter. de admin. tutor.* Atqui petere ac vindicare fundum non alius potest quàm qui fundi dominus est *l. 1. l. in rem 23. sup. De rei vindic. l. Quintus 25. §. argento. de auro & argent. legat.* Qualis certè non est fructuarius *l. falsus 43. §. vlt. inf. de furt.* Quid ergo est quod possis imputare fructuario qui neglexit interpellare vsucapionem, cùm id facere etiamsi maximè voluisset, non potuerit? His nimirum rationibus motus Accursius valde se torquet vt hinc se euoluat. Et primùm ait, Vsucapionem dixisse hîc Vlpianum pro possessione longi temporis quae olim per superuenientem malam fidem, ac proinde per litis contestationem interrumpebatur *l. mora litis 28. C. de rei vindic.* Quod certè ridiculum est. Numquam enim tam impropriè prudentes locuti sunt vt vsucapionem dixerint longi temporis possessionem, aut contrà. Deinde illa semper manet dubitatio, Quomodo potuerit litem contestari fructuarius sine actione. Ideò nimirum addit Accursius videri proprietarium mandasse fructuario omnem rei custodiam. Quod etsi verum est ex *l. prox. inf.* non tamen consequens est vt videatur fructuarius hoc ipso mandatum habere ad agendum. Aliud enim longè est Rei custodiam habere. Aliud verò actionem ad rem vindicandam. Itaque ad aliam responsionē confugit Accurs. & diuinat fructuarium fuisse proprietarij procuratorem omnium bonorum, vel specialem in hanc rem, vel denique ex iis personis quae pro alio possunt agere sine mandato, de quib. in *l. sed & hae 35. sup. de procur.* Quod totum commentitium est. Nos respondemus, quod pro decidendi ratione erit, Posse imputari fructuario cur non vindicauerit vsumfructum per actionem confessoriā, quippe quae cùm sit in rem, datur ei non modò cōtra proprietarium, sed etiam contra possessorem quemlibet *l. vsusfru. 5. §. vtrum autem. sup. si vsusfruct. petat.* Et quamuis non sit vindicatio dominij, perinde tamen interpellat vsucapionem, atque si dominium vindicaretur, quoniam in necessarium antecedens praesupponit & inducit quaestionem dominij, Scilicet eum esse proprietarium, qui vsumfructum constituit, quando nec alius constituere vsumfructum potest, quam qui proprietatis dominus est *l. quod nostrum 63. & l. pen. sup. de vsufr.* Perinde igitur interpellat vsucapionem fructuarius agendo confessoria aduersus vsucapientem, atque proprietarius agendo directa vindicatione. Idcirco autem dicitur vterque interpellare, quia licet non interrumpatur cursus vsucapionis per litis contestationem, vt neque per aliam quamlibet malam fidem superuenientem, Secuta tamen pro actore sententia retroaguntur omnia ad eum statum in quo erant tempore litis contestatae, cùm ab eo tempore aequum non fuerit meliorem fieri condicionem possessoris, ob id solùm quòd in lite improba diutiùs perseuerauerit. Ideoque si post acceptum iudicium vsuceperit possessor hominem qui per vindicationem petebatur, non tantùm iubendus est arbitrio iudicis eum tradere, sed etiam eo nomine de dolo cauere; cùm sit periculum ne possessor factus per vsucapionem dominus eum pignorauerit, vel manumiserit, quandoquidem ea pignoratio vel manumissio tanquam à vero domino facta tenetet, vt Gaius tractat in *l. si post acceptum 18. sup. de rei*

vindic. vbi diximus. Ita fit, vt quamuis per contestationem non interrumpatur vsucapio, inutilis tamē fiat ei qui vsucepit, cùm nihilominùs debeat rem restituere, & quidem qualis fuit tempore litis contestatæ, quia perpetuò verū est quod Papin. ait in *l. 2. de vsur.* quale quid est cū petitur, tale dari debere.

b *Omnem enim rei curam suscepit.* Ratio dubitandi. Licèt fructuario, vt & alij cuilibet ius suū negligere. Nemo enim iure suo inuitus vti cogitur *l. si iudex* 41. *sup. de minor. l. pen. Cod. de pact.* neque actiones inuitis comparatæ sunt, sed contra inuitos *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Non ergo imputandum est fructuario cur non egerit confessoria, neque cur se proprietarij procuratorem non exhibuerit, Præsertim cùm potiùs imputari proprietario possit, cur non diligētiùs inquisierit à quo res fructuaria possideretur, ne vsucapio eius aliqua sequi posset. Quemadmodum fructuario quoque imputaretur si fundum locasset ipsi etiam proprietario qui eum subinde alij vendidisset. Quo casu placet fructuarium non vtendo amittere vsumfructum, etiamsi pensionem à proprietario interim perceperit *l. Pomponius* 29 *inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Dec. Vsufructuarius frui debet arbitratu boni viri, & eo planè modo quo bonus & diligens paterfamilias re sua iure dominij frueretur, vt suprà diximus ex *l. sed cum fructuarius* 65. *sup. De vsufr. l. fundi* 15. §. 1. *sup. tit. prox.* Cogitur ergo omnem rei custodiam suscipere, eamque præstare, vt subiicitur in *l. seq.* quia & in re sua bonus paterfamilias id faceret, nec rem suā per nimiam socordiam & negligentiam vsucapi pateretur. Negligentia enim quę in propriis rebus, aut tolerabilis, aut saltem non nisi culpanda est, in alienis tamen est coercenda vt iam diximus ex *l. si constante* 24. §. *si maritus. inf. solut. matr.* Qui autem in rebus suis diligens est, multò minùs debet negligēs esse in alienis, quòd sanè citra dolum & fraudem fieri non posset *l. quod Nerua* 32. *inf. Deposit.*

a. PAVLVS libro 75. ad Edictum.

NAm fructuarius custodiam præstare debet.

Ad l. Nam fructuarius 2.

Est hæc lex appendix tantum pręcedentis, in qua cùm scriptum esset fructuariū hoc ipso quòd fructuarius est omnem rei curam suscipere, Benè subiicitur hîc debere illum custodiam rei præstare. Quisquis enim alicuius rei curam suscipit, is custodiam quoque ipsius præstare debet. Non autem benè custodit qui eam vsucapi patitur, cùm ea patientia & negligentia etiam pro alienatione accipiatur *l. alienationis* 28. *de verb. signif. l. si fundum* 16. *De fund. dotal.* Non ergo alia dubitandi aut decidendi ratio quærenda est ad hanc legem quàm quæ ad finem legis superioris.

3. VLPIANVS lib. 79. ad Edictum.

OMnes autem casus continentur huic stipulationi, quibus vsusfructus amittitur.

Ad l. Omnes autem 3.

Ratio dubitandi. In stipulatione De reddendo vsufructu pecuniæ duo soli casus interponuntur Mortis & capitis diminutionis *l. in stipulatione* 9. *supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* vbi monuimus idem obtinere in alia qualibet stipulatione quę interponatur de vsufructu reddendo non minùs aliarū rerū quæ vsu consumuntur, quàm pecuniæ. Cur non ergo & in stipulatione De vsufructu aliarum etiam rerum reddendo idem obtinebit? Dec. Indefinita propositio solet æquipollere vniuersali *l. si plures* 98. *de legat.* 3. Atqui stipulationis huius verba concipiuntur in casum finiti vsusfructus indistinctè. Ergo sic accipienda est, vt omnem casum finiendi vsusfructus comprehendat. Neque similis est stipulatio illa quæ interponitur de reddendo vsufructu pecuniæ, aut aliarum huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur, vel minuuntur. Habet enim illa stipulatio specialem rationem, quia eiusmodi vsusfructus non amittitur, nisi duobus illis casibus, vt scriptum est in *l. quoniam* 10. *ill. tit. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* & *in l. etsi* 7. §. 1. *inf. hoc tit.* At cæterarum rerum amittitur pluribus aliis modis, De quibus diximus ad *Tit. Quib. mod. vsufr. amitt.*

1 ¶Desinere pertinere vsumfructum accipiemus, etiam si nec cœperit pertinere, quamuis legatus sit, & committetur nihilominùs stipulatio, quasi desinat pertinere, quod nec cœpit.

Ad §. 1. *Desinere.*

Ratio dubitandi. Non potest desinere esse quod numquam esse cœpit, nec finem habere quod initium numquam habuit *l. Sempronius* 26. *versic. & ideò infr. De vsufr. legat. l. si in diem* 46. *l. Titio vsusfructus* 46. *de condic. & demonstrat. l. non videntur* 83. *l. non potest videri* 208. *de regul. iur. l. nam etsi* 5. *De iniust. rupt. l. nulla fœmina* 13. *De suis & legit. l. si partem* 19. *inf. quemad. seruit. amitt. l. decem* 116. *De verb. obl.* Ergo non potest vsusfructus desinere pertinere ad legatarium si numquam cœpit ad eum pertinere, Nec proinde committi potest hæc stipulatio fructuaria quæ concipitur per illa verba *cùm vsumfructum ad eum pertinere desinet l. 1. in princ. sup.* Dec. Non debet esse melior condicio legatarij qui cauit se restituturum vsumfructum, ob id solum quòd vsusfructus ad eum pertinere numquam cœperit, Ne plus iuris alioquin habeat ob id quòd minus habet, quod absurdum esset *l. 3. supr. si vsusf. pet. l. in bello* 12. §. *si quis seruum. inf. de captiu. & postlim.* Ergo hoc etiam casu committetur stipulatio fructuaria. Satis enim desinit legatarius habere vsumfructum, cùm desinit habere spem eius quandoque obtinendi. Et non potest dici nihil habere quod amittat, eum, qui spem habendi habuit quam amittit. Vt & 23. q. 1. § *ex his.* Ponēdum enim est potuisse vsumfructum incipere post interpositam stipulationem, nec tamen incepisse efficaciter, vt in exemplis quæ adfert Accurs. ex Ioanne si legatus sit vsusfructus sub condicione, & ea pendente traditus sit ab herede ignorante condicionem, Aut si legatarius reperiatur incapax ex aliqua causa quæ ignorabatur tempore traditionis. Cęterùm ponendum semper est, & traditam fuisse rem ex causa vsusfructus, vt possit locus esse restitutioni & aditā fuisse hereditatem, quia non alius potest stipulari quàm heres qui porrò heres non est, nisi ab adita hereditate, à qua demùm tēpore dies legati vsusfructus cedit *l. vnic. sup. quand. dies vsusfr. legat. ced.*

2 ¶Si vsusfructus repetitus erit legato, quotiénsque amissus fuerit: nisi vtiliter fuerit cautum, committetur ista stipulatio, sed exceptione opus erit.

Ad §.

Digitized by Google

Ad §. 2. Si vsusfructus.

Ratio dubitandi. Cùm vsusfructus legato repetitus est quotiescunq; amissus fuerit, quomodo repeti enim posse constat nisi cùm morte finitus est *l. repeti 5. sup. quib. mod. vsusfr. amitt.* non potest dici absolutè amissus aut finitus quandiu ex repetitionis vi durare potest. Ergo nec stipulatio De finito vsufructu restituendo cómitti antea potest. Nec proinde agi ea ex stipulatione, nec consequenter eaceptio potest esse necessaria, quæ in necessarium antecedens supponit actionem, cùm nihil aliud sit exceptio quàm actionis exclusio *l. 1. inf. de except.*

Dec. Multùm interest an stipulatio De finito vsufructu restituẽdo sit vtiliter interposita, id est eo modo quo interponi debuit, Ita scilicet vt finita vsusfructus repetitione res fructuaria restitueretur, An verò simpliciter quomodo concipi solet illa stipulatio De finito vsufructu restituendo. Priore casu non committitur stipulatio per primam amissionem vsusfructus, sed tantùm per vltimã, ideoq; nec priùs agi ex ea potest nec vlla exceptione opus est. Posteriore autem casu committitur quidem stipulatio per primam amissionem non expectata vltima & ideo agi statim ex ea potest, quoniam licèt sit valida, altoqui non daretur ex ea actio, non est tamen interposita vtiliter & benè, quomodo interponi debuit, sed si ea ea heres agat post primam amissionem, ad rem fructuariam restituendam, repelletur exceptione doli mali, quia per occasionẽ iuris ciuilis quam præbent verba stipulationis captat lucrum ex damno alieno contra voluntatem testatoris *l. 1. §. 1. & vlt. inf. de doli mal. except.* & quoniã stipulatio hæc interponitur in locum actionis in rem quæ finito vsufructu competeret heredi ad extorquendam à legatario restitutionem rei fructuariæ *§. vlt. huius legis l. etsi vsusfructus 7 infr. hoc tit.* Vindicatio autem illa si exerceretur contra voluntatem testatoris vtriq; doli mali exceptione summoueretur. In proposito autem negari non posset, quin ageret præmaturè ac contra testatoris voluntatem heres qui rem vindicaret antequàm finitum esset tempus quo durare vsusfructus ex repetitione posset. Ergo et iamsi agat ex stipulatione fructuaria, æquè repelletur, quoniam stipulatio hæc ex numero earum est quæ cautionales appellantur, quæ actiones præcedentes nouant, ideoq; actionum instar habere dicuntur, quod earum quas nouant naturã induant, & vicem repræsentent *l. 1. §. cautionales infr. de stipulat. prætor. l. non tantùm 26. Rat. rem. haber. l. actionum 37. de oblig. & action.* Maximè verò illæ quæ propter legata interponuntur. Recipiunt n. semper interpretationem ea testatoris voluntate *l. 4. §. si quis sub condicione inf. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. non. & l. cùm filius 76 §. heres meus de legat. 2.* Accursius nobiscum Irnerio valde laborat in verbis illis interpretandis *nisi vtiliter fuerit cautum* nec hilum proficit.

3 ¶ Sed & si quis vsumfructum tibi legauerit, & sub condicione, *si liberos habuerit*, proprietatem: amisso vsufructu, committetur quidem stipulatio, sed exceptio locum habebit.

Ad §. 3. Sed & si quis.

Ratio dubitandi. Si cui legatus sit vsusfructus purè, proprietas autem sub condicione *si liberos habuerit* cõstat susceptis liberis acquiri legatario proprietatem atq; ita consolidatione amitti vsumfructum, nec posse ab eo tempore videri repetitum, Cùm fieri nequeat, vt qui proprietatem habet, etiã habeat vsumfructum *l. vti frui 5. supr. si vsusfr. petat.* Ergo dubitari non potest quin commissa sit stipulatio fructuaria, nec proinde quin agi statim ex ea vtiliter possit, cùm non vt in superiore casu, ita hic vlla vsusfructus repetitio facta proponatur.

Dec. Vsusfructus consolidatus cum proprietate efficit partem integralem plenæ proprietatis *l. qui vsumfructum 58 de verb. oblig.* Ideoq; in legato proprietatis plenæ censetur inesse tacita repetitio vsusfructus non quidem formalis sed causalis, qui non differt à formali realiter, sed ratione tãtùm vt monuimus sæpius ad Tit. *De vsufr. adcresc. supr.* Ergo quẽadmodum in specie superioris §. repetitio vsusfructus formalis facit vt quamuis statim ac vsusfructus amissus fuit, committatur stipulatio si vulgari forma non meliore concepta sit, repellatur tamen doli exceptione heres, si agat ante finitum tempus repetiti vsusfructus. Ita & in hoc casu quem tractamus dicendum est eandem exceptionem doli vtilem fore legatario contra heredem, si heres statim post impletam condicionem legatæ proprietatis velit agere ex stipulatione, quia licet per consolidationem amissus sit vsusfructus formalis, censetur tamen repetitus causalis, qui proprietati inest. Neque verò quicquam interest heredis, an legatarius fruendi ius habeat separatum à proprietate, an cum ea coniunctum: quoniam vt possit heres vtiliter agere ex stipulatione, nõ tam inspiciendum est quid legatarius, & qualem vsumfructum habeat, quàm quid heres habere debeat. Heres autem nihil habere debet, quandiu legatarius plena gaudere potest proprietate. Tamdiu verò gaudere potest, quandiu manet legatarius proprietatis, id est in perpetuum cùm non sicut legatum vsusfructus, ita & proprietatis finiatur morte.

4 ¶ Si heres alienauerit proprietatem, & postea amittatur vsusfructus: an ex stipulatu agere possit, videamus. & fortius dici potest, ipso iure non committi stipulationem: quia neque heredi, successoribúsve eius restitui potest, neque is, cui potest, (id est, ad quem peruenit proprietas) pertinet ad stipulationem. sed is, ad quem peruenit, tempore quęsiti dominij, sibi prospicere alia cautione debet. quòd & si non fecerit, nihilominus in rem actione vti potest.

Ad §. 4. Si heres alienauerit.

Ratio dubitandi. Stipulatio quæ fuit ab initio vtiliter interposita, & tam obligationem quàm actionem stipulatori acquisiuit non eo minùs durat quod stipulator rem alienauerit propter quam interposita fuerat stipulatio. Quæ enim ex contractu quolibet nascuntur obligationes & actiones, maximè verò ea stipulatione sicuti sunt ciuiles ita & perpetuæ *Tit. de perpet. & tempor. act.* apud Iustinianum. Nec enim ius ciuile aut dominium transfert aut

obligationem, actionémve vllam inducit aut aliud quicquam facit ad tempus, cùm sit ipsum perpetuum *l. 4. inf. de seruit. l. obligationum ferè 44. §. placet inf. De oblig. & action.* Et præterea dicimus obligationes personales quæ alicui personæ semel adhæserunt, ab ea separari numquam posse *l. 1. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano l. si heres 70. in pr. inf. ad SC. Treb.* multò minùs transire in successorem singularem siue actiuæ sint, siue passiuæ *d. l. 1. §. si heres eod. l. vlt. §. 1. De contr. empt. l. 2. C. de hered. vel act. vend. l. æris alieni 15. C. de donat.* Ergo si heres à quo legauit testator vsumfructum in tradendo vsufructu eam stipulationem interposuerit qua de tractamus, De finito vsufructu restituendo, & posteà proprietatem alienauerit, deinde amissus sit aliquo casu vsusfructus, non videtur dubitandum quin & saluum maneat ius agendi ex stipulatione propria, & ex qua propriam sibi acquisiuit actionem. Quæ nec in fideicōmissarium vniuersalem sine cessione transiret *l. si heres potentiam 73. in pr. ad SC. Trebell.* quamuis fideicommissarius vniuersalis sit successor iuris & loco heredis *l. 1. 2. & pass. eod.*

Dec. Hæc stipulatio neque interponitur, neque committitur nisi in fauorem proprietarij ad quem rediturus est vsusfructus cùm finitus erit, vt tantò magis cautum ei sit de restitutione quæ finito vsufructu ei fieri debet ne indigeat actione in rem quę propter magnam probandi dominij difficultatem sui nec parua habet incommoda *§. commodum Instit. de interd.* Atqui cùm heres post interpositam à se stipulationem alienat proprietatem, hoc ipso facit, vt vsusfructus qui amissus recurrit sui natura ad proprietatem, numquam possit ad eum recurrere: tanquam qui eo tempore proprietatem non sit habiturus, *l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier versic. ipsius autem restitutio inf. de iur. dot.* Neq; enim facit hæc stipulatio vt vsusfructus aut finiatur citiùs, aut finitus redeat ad proprietatem, aut ad proprietarium, Sed vt stipulatori eidemq; proprietario expeditior sit restitutio rei fructuariæ finito demùm vsufructu, & ad proprietatē, quod ipso iure fit, reuerso. Proinde vt agi ex hac stipulatione possit duas illas qualitates concurrere oportet vt actor probet se stipulatorem vel stipulatoris heredem, aut aliter successorem, & præterea proprietatem: Ex quibus qualitatibus si vna deficiat nihil prodest altera ad committendam stipulationem, quia peruenit stipulatio ad eum casum à quo incipere non potuit, vt in *l. Lecissimo 98. in prin. l. pluribus 140. §. vlt. de verb. oblig. l. quia in eum casum 16. ad l. Aquil. l. debitor 82. de legat. 2.* Atqui non est proprietarius heres, qui proprietatem alienasse inuenitur eo tēpore quo finitur vsusfructus. Ergo nec in eius vtilitatem committi stipulatio potest quamuis ipse stipulatus sit quasi deficiente tacita cōdicione quæ huic inerat stipulationi. At neque rursus in fauorem noui proprietarij commissa dici potest, quia non fuit ipse stipulatus, vt in *l. quædam 9. §. 1. versic. is autem supr. de edend. l. damni 18. §. sed quid si et De damn. infect. l. quæcunque 11. De oblig. & action. & l. si ita quis 135. §. vl. De verbor. oblig.* Verum igitur est quod Vlpianus concludit fortiùs dici posse non committi ipso iure hāc stipulationem; quia inquit, neque heredi eiusve successoribus restitui potest, cùm proprietatem non habeant, Neque is cui potest, id est nouus proprietarius ad hanc stipulationem pertinet, id est, non ex iis personis est quæ stipulatione comprehensæ fuerunt. Ergo quamuis alienatione proprietatis non pereat vsusfructus fructuario *l. neque 19. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* perit tamen heredi alienanti stipulatio De vsufructu, vt factum ei suum noceat. Sequitur

a *Sed is ad quem peruenerit.* Ratio dubitandi. Hæc stipulatio interponi solet & debet tempore constituti & traditi vsusfructus & ab herede ipso, cui maximè prospicere voluit Prætor *l. 1. in princip. supr.* Atqui nouus proprietarius neque stipulatus fuit, neque stipulari potuit eo tempore cùm proprietarius nondum esset. Ergo nec ei permittendum est vt ex postfacto stipuletur, Quasi non magis pertineat ad Edictum Prætoris De interponenda huiusmodi stipulatione quàm ad stipulationem quæ ab herede ipso ante alienationem interposita fuerit.

Dec. Prætor de herede stipulante locutus est, quoniam ad heredem maximè pertinet vt vsumfructum qui ab eo legatus est constituat & tradat legatario. Nec facilè accidit vt heres tam citò post aditam hereditatem alienet proprietatem rei fructuariæ antequàm eius vsumfructum tradat legatario. Quod tamen si quando accideret, dicendum esset proprietario & emptori hoc ius competiturū vt in eius gratiam legatarius hanc stipulationem interponere cogeretur, quia non aliud egit Prætor hoc edicto quàm vt cautum esset de proprietate cuilibet proprietario, non autem vt ipsi heredi nisi tanquam proprietario. Nam & ipsum heredis nomen nihil nisi dominum significat *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. 1. vers. non tamen inf. de castrens. pecul.* Ergo is ad quem res fructuaria peruenerit post traditum vsumfructum cùm ad stipulationem ab herede interpositam nō pertineat, sibi prospicere alia & propria stipulatione debebit vt ei cautum sit de proprietate finito vsufructu restituenda.

b *Quod etsi non fecerit.* Ratio dubitandi. Imputari potest huic proprietario quod non fuerit stipulatus cùm posset. Ergo indignus est cui succurratur data ei in rem actione.

Dec. Satis punitur eius negligentia in eo in quo fuit negligens, Nimirum quòd neque actionem ex stipulatu quæ omnium tutissima est, nec fideiussorem est habiturus, sed ea res non potest ei adimere actionem in rem quæ proprietario cuilibet ipso iure ac citra vllum auxilium competit, & quam stipulatio nouasset si interposita fuisset *l. etsi vsusfructus 7. inf. hoc tit.* iunge *l. 5. §. 1. supr. De vsufr. ear. rer.*

4. VLPIANVS libro 12. stipulationum.

SI fructuarius proprietatem adsecutus fuerit: desinit quidem vsusfructus ad eum pertinere, propter confusionem: sed si ex stipulatu cum eo agitur: aut inutiliter agi dicendum est, si viri boni arbitrium huc vsque porrigitur a: aut in factum excipere debebit.

Ad l. Si fructuarius 4.

Ratio dubitandi. Omnes casus hac stipulatione comprehenduntur, quibus vsusfructus amittitur, vt scriptum est in principio legis præcedentis. Atqui inter cæteros casus hic vnus est confusionis si fructuarius proprietatem acquirat *l. si seruus 27. supr. quib.*

quib. mod. vsusfr. amitt. §. finitur. Instit. De vsufr. quemadmodum & consolidationis si vsumfructum acquirat proprietarius *d. §. finitur l. 2. §. vlt. de vsufr. adcresc.* Ergo si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, cùm desinat vsusfructus ad eum pertinere propter confusionem, dicendum est committi stipulationem.

Dec. Stipulatio hæc non interponitur nisi in fauorem eius qui sit proprietarius, & quidē eo tempore quo agitur ex ea, vt diximus ad *§. vlt. l. proxim.* Atqui eo tempore quo ex hac stipulatione agi posset in proposita specie reperitur proprietarius ille ipse qui tempore interpositæ stipulationis erat fructuarius. Ergo non potest cōtra eum committi stipulatio quæ actionem potiùs ei dare deberet, aut quæ saltem nunc pro eo interponenda esset, si non ille ipse esset qui tanquam fructuarius promiserat. Nec enim fieri potest, vt idem ipse sit sibi obligatus *l. heres à debitore 21. §. seruo tuo De fideiuss.* in quo etiam confusio versatur *l. debitori 50. eod. l. debitori 7. C. de pact. l. Stichum 95. §. aditio de solut. inf.* Aut si quis dicat, nihilominùs ipso iure committi stipulationem, quoniam stipulatio maneat ipso iure penes stipulatorem, qui non eo minùs pro stipulatore habendus est quòd proprietarius esse desierit (aliud siquidem est proprietarium esse, aliud verò stipulatorē) fatendum tamen est posse saltem prodesse fructuario exceptionem doli, quia licèt ab initio non fuerit in dolo proprietarius, cùm ex forma edicti stipulatus est, nunc tamen in dolo est cùm pergit agere ex stipulatione post amissam proprietatem, vt in *l. 2. § circa de doli mal. except.* Aut si mitiùs & generaliùs agere volumus, exceptionem in factum quæ vice exceptionis doli est, & datur etiam contra eos quibus doli exceptio non posset obiici *l. licèt 7. §. nec exceptiones infr. de obseq. parent. & patron. præst.* quemadmodum actio in factum datur plerunque pro actione De dolo *l. non debet 11. §. 1. supr. de dolo. l. si superfluo 5. C. eod.* vt & in *§. sed & si quis l. prox. sup.*

a *Si viri boni arbitrium hucusque porrigitur.* Malè Accursius hæc verba sic intelligit, ac si scriptum sit, si modò arbitrium viri boni cuius mētio fit in priore parte & clausula huius stipulationis, trahatur ad posteriorem De re fructuaria finito vsufructu restituenda: Quasi verò etiam secunda pars huius stipulationis fructuarię non cōtineat arbitrium boni viri periode ac prima. Non quidem continet verbis tam expressis, quia non cauet fructuarius de re restituenda arbitrio boni viri, quomodo cauet de vtendo fruendo arbitratu boni viri *l. 1. in princ. & §. habet autem sup.* Sed tamen in effectu & vi ipsa continet, quia in omnibus stipulationibus prætoriis quæ de aliqua re restituenda interponuntur, iubet Prætor caueri vt res *rectè* restituatur *l. hac verba 73. de verb. signif. l. ipsi quoque 19. sup. de rei vindic.* *Rectè* autem restitui nihil aliud est quàm arbitratu boni viri, quia verbum *rectè* pro viri boni arbitrio est, vt ait *d. l. hac verba. l. iam tamen 5. §. nunc videamus Iudic. solui.* quomodo & rectè alium defendit qui defendit arbitrio boni viri *l. seruum quoque 33. §. ait Prætor l. penult. & vlt. supr. de procurat.* Debet igitur hic locus ita intelligi; vt Venuleius non dubitet, An posteriori parti stipulationis fructuariæ insit arbitrium boni viri sicut & priori, de quo nec dubitandum fuit, sed in arbitrium boni viri eò vsque possit porrigi vt impediat ne ipso iure stipulatio committatur. Arbitrium siquidem viri boni totum in æquitate versatur. Æquitas autem in facti circunstantiis quę ex loco æstimantur, ex tempore, ex persona, aliisq; huiusmodi causis *l. bona fides 31. deposit.* An verò aliqua stipulatio ipso iure committi possit necne, iuris non facti est, non æquitatis. Nihil enim vetat committi stipulationem ipso iure, & tamen repugnare æquitatem, vt in *d. l. 2. §. circa & seqq. De doli mal. except.* Idq; euenit omnibus casibus in quibus datur exceptio aliqua aduersus agentem ex stipulatione. Omnes namque exceptiones sunt ex æquitate, vt sæpius monuimus. Egreditur ergo hæc quæstio notissimos arbitrij terminos, vt Papiniani verbis vtar in *l. Lucius 24. inf. Deposit.* nec potest arbitrium boni viri eò vsque porrigi vt impedire possit ne stipulatio ipso iure committatur. Tutius ergo est, quod & fatetur Accursius, vt exceptio per fructuarium opponatur si à stipulatore vrgeatur vt rem fructuariam restituat cuius proprietatem fructuarius ipse sibi acquisiuerit. Cuius exceptionis tamen, neque vtilitas, neque necessitas aliqua esset, si stipulatio ipso iure non committeretur. Omnis enim exceptio præsupponit actionem, cùm nihil aliud sit quàm actionis exclusio. Actio autem nulla potest nasci ex stipulatione, quæ non sit commissa *leg. qui Romæ 122. §. Agerius, De verborum obligat. l. nuda 5. Codice de contrahend. & committ. stipulat.* nec rursus agi potest sine actione *l. si pupilli 6. §. vltim. suprà De negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter De admin. tutor.* Idque ait quod hic ubi vult Venuleius his verbis *aut ipso iure inutiliter agi dicendum est.*

5. VLPIANVS lib. 79. ad Sabinum.

HVic stipulationi *dolum malum abesse*, afuturúmque esse continetur, &c. cùm in rem sit doli mali mentio concepta, omnium dolum comprehendere videtur successorum, & adoptiui patris [a].

Ad l. Huic stipulationi 5.

Ratio dubitandi. Quicquid adstringendæ obligationis est id nisi palam verbis exprimatur in stipulatione pro omisso habendum est *l. quicquid 99. de verb. oblig.* Atqui ponit Accursius non fuisse addita in hac stipulatione, nec addenda necessariò esse verba illa *dolum malum abesse afuturumq; esse.* Sic enim locum hunc interpretatur vt stipulatio fructuaria nullam doli contineat mentionem nisi interpretatiuè, vt ipse loquitur. Quasi interpretemur doli mentionem contineri in hac stipulatione ex verbis in ea positis. Sed dicendum est longè aliter intelligendum esse Vlpianum, Ita nimirum vt in hac stipulatione fructuaria non debeat prætermitti doli clausula quæ cæteris omnibus stipulationibus, præsertim prætoriis adiici solet *l. si id quod 22. l. doli clausula 119. l. ex ea parte 121. in princip. l. si ita quis 135. §. vlt. De verb. oblig. l. 3. C de recept. arbitriis.* Potiò cùm adiicitur & inseritur stipulationi hæc doli clausula debet concipi in rem & impersonaliter non in aliquam personam certam, his scilicet verbis *Dolum*

malum abesse absuturumq́; esse, vt scilicet nō solius promissoris & fructuarij dolus stipulatione contineatur sed omnium eius successorum, adeóque patris adoptiui, si fortè fructuarius post interpositam stipulationem se adoptandum dederit, aut adrogandum. Cauere enim & curare fructuarius debet qui promisit se rem fructuariam finito vsufructu restituturum & dolum malum abesse, absuturumq́; esse, ne quid in ea re dolo malo à quoquā fiat, quod deteriorem proprietarij conditionem facere, possit. Sed quod dixi *A quoquam* intellige de iis personis quæ ipsius fructuarij personam repræsentent, quales sunt heredes & alterius generis successores, itemque pater fructuarij adoptiuus. Istarum enim duntaxat personarum dolus malus hac stipulatione continetur cùm doli clausula adfirmatiuis illis verbis concepta est, quæ in hac lege ponuntur. Nā vt aliorum quoque etiam extraneorum omnium dolus contineatur, negatiuè concipi clausulam oportet in hunc modum *Cui rei dolus malus non abest, non abfuerit, Quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes, l. stipulatio ista 38. §. si quis dolum inf. De verborum obl. leg. nouissima clausula 19. infr. Iudic. solut.*

a *Successorum & adoptiui patris.* Ratio dubitandi. Non transit vsusfructus ad heredem fructuarij, neque ad alios successores *l. 3. §. vlt. sup. quib. mod. vsusfr. amitt.* nec rursus ad patrem adoptiuum nisi hactenus vt quandiu filius idémque fructuarius viuit, possit pater eius nomine frui, quandiu vsusfructus in persona filij durabit, quemadmodum si fructuarius vsumfructum vendidisset alij, aut locasset *l. necessariò 8. §. vlt. De peric. & commod. rei vendit.* Ergo nec ratione doli debet ad heredes fructuarij pertinere stipulatio fructuaria, ad quos nec ratione vsusfructus pertinet.

Dec. Ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet, vt ait iuris regula *l. ex qua persona 149. De regul. iur.* nec minùs potest quis promittere factum sui heredis quàm suum proprium *l. Paulus respondit 29. §. 1. infr. de pignor. l. a. §. item si in facto l. si sic stipulatus 133. De verb. oblig.* quemadmodum & legare rem heredis perinde ac suam *l. vnum ex familia 67. §. si rem De legat. 2.* Ergo si fructuarius promiserit dolum malum heredis aut patris adoptiui abesse absuturúmque esse, siue expressim facta eorum mentione, siue impersonaliter & in rem conceptis verbis stipulationis, vt in specie huius legis, nihil causæ est, cur non heredum & successorum quoque omnium, Itemque patris adoptiui dolus hac stipulatione contineatur: quamuis ad eos vsusfructus non transeat: Sed hoc ita vt ex proprio tantùm dolo in solidum teneantur. Ex dolo autem defuncti non nisi de eo quod ad illos peruenit, aut dolo eorum malo factum est quominùs perueniret, vt in *l. 1. §. vlt. & l. a. Vnde vi & de vi armat.* Sic enim Accursius noster hîc docet. Sed malè meo iudicio. Cùm in hac specie dolus ex contractu reique persecutione descendat: Quo casu ratio iuris facit vt quamuis nascatur actio ex dolo, adeóque ex delicto, heres tamen in solidum teneri debeat si modò solus heres sit *l. in condictione 9. infr. de cond. furt. l. si hominem 7. § datur infr. Depos. l. ex deposito 12. l. ex contractibus 49. De verbor. oblig. l. ad ea 157. §. vltim. De regulis iuris.* quamuis contrà scriptum videatur in *§. aliquando Institut. de perpet. & tempor. act.* Sed de tota illa quæstione videnda sunt quæ aduersus Accursium, Cuiacium, & cæteros interpretes omnes scripsimus *lib. 4. Coniect. cap. 1. & in vltima parte Chiliadis nostræ De error. pragmat. Decad. 76. & 77.*

1 ¶ Sed si vsus sine fructu legatus erit: adempta fructus causa, satisdari iubet prætor, hoc meritò: vt de solo vsu, non etiam de vsufructu caueatur.

Ad §. 1. Sed si vsus.

Ratio dubitandi. Stipulatio hæc dicitur fructuaria, non vsuaria, & à Prætore comparata est de vsufructu non de vsu *l. 1. supr.* Ergo si vsus sine fructu legatus sit, non videtur hic casus ad Prætoris edictum pertinere.

Dec. Eadem æquitas est interponendæ huius stipulationis vsu legato, quę vsufructu legato, Eadem igitur ratio est, & idem ius vtroq; casu constituendum ex mente Prætoris cuius est stipulationes istas Prætorias non modò interpretari *l. in conuentionalibus 50. De verb. oblig. l. in prætoriis 9. De stipul. prætor.* sed etiam vsum earum extendere ad omnes casus in quibus possunt videri aut necessariæ aut vtiles. Igitur de vsu quoq; solo legato, id est sine fructu poterit interponi hæc stipulatio. Adempta scilicet causa fructus, vt de vsu solo non etiam de fructu caueatur *l. pen. inf.*

2 ¶ Ergo, & si fructus sine vsu obtigerit, stipulatio locum habebit.

Ad §. 2. Ergo.

Ratio dubitandi. Fructui vsus inest, At vsui fructus deest, Et vsus quidem sine fructu esse potest, At fructus sine vsu esse non potest *l. per seruum 14. §. 2. supr. tit. prox.* Ergo non potest fieri vt fructus sine vsu legetur. Dec. Non potest quidem esse fructus sine vsu causali, qui in fructu ea necessitate continetur, sed sine vsu formali, id est sine seruitute vsus esse potest, vt plurimis à nobis tractatum est ad *d. l. per seruum §. 2. & vlt. & ad l. 2. supr. De oper. seruor.*

3 ¶ Et si habitatio, vel operæ hominis, vel cuius alterius animalis relictæ fuerint: stipulatio locum habebit: licet per omnia hæc vsumfructum non imitantur.

Ad §. 3. Et si habitatio.

Ratio dubitandi. Legatum habitationis & operarum serui vel cuiusl bet alterius animalis non per omnia imitatur vsumfructum, sed neq; vsum, imò differt in multis, vt diximus ad *l. si habitatio 10. sup. tit. prox. & l. 2. infr. De vsufr. legat. l. cùm antiquitas 13. C. de vsufruct.* & aliis quam plurimis iuris locis. Ergo non debuit edictum Prætoris quod de interponenda stipulatione fructuaria propositum est in fauorem fructuarij, trahi ad legatum habitationis & ope-

& operatū. Edicta n. Prætorum stricta sunt, nec vltra verba Edicti facilè extendenda. Alioqui superuacuum esset de verbis edicti tractare & de eorum interpretatione, quod tamen passim faciunt Iureconsulti *l. necnon 28. §. quoad eius supr. Ex quib. caus. maior. l. de precio 8. sup. de Public. in rem act.* & in omnibus Titulis qui ad perpetuum Edictum pertinent.

Dec. Quemadmodum edictum Prætoris de quo agitur in hoc Titulo, quamuis de vsufructu duntaxat loquatur, tamen ad vsum quoque protractum est, ex eadem iuris & æquitatis ratione, vt proximè diximus, Ita & ad legatum habitationis & operarum serui aut alterius cuiuslibet animalis trahi debet, licèt non per omnia vsumfructum imitentur, Quia in hoc saltem imitantur, cùm in huiusmodi legatis omnibus eadem iuris & æquitatis ratio militet quod per legatarium numquam deteriorem fieri causam proprietatis oporteat, quoniam futurum illud sit contra testantis voluntatem qui non nisi vsumfructum vel vsum vel habitationem vel operas serui aut alterius cuiuslibet animalis legauit, proprietatem verò saluam heredi esse voluit. Obserua autem æquiparari in hoc loco seruos quadrupedibus, vt & in *l. 2. infr. ad leg. Aquil.*

6. PAVLVS lib. 75. ad Edictum.

IDem est & in reditu prædij: sicuti si vindemia legata esset, vel messis: quamuis ex vsufructu ea percipiantur, quæ legata, morte legatarij ad heredem redeunt.

Ad l. Idem est 6.

Ratio dubitandi. Cùm alicuius fundi fructus annui legati sunt, perinde id accipiendum est acsi vsusfructus fundi legatus esset quoniam ea testantis voluntas fuisse videatur *l. tàm ita 41. infr. de vsufr. legat. l. si quis ita legauerit 20.* vbi dixi *supr. de vsufr.* quod & verba illa huius legis innuere videntur *cùm ex vsufructu ea percipiantur.* Ergo non debuit notari hic casus tanquam diuersus ab eo qui verbis edicti propositus est de hac stipulatione propter vsumfructum interponenda. Et ob eam nimirum caussam Franciscus Connanus iuris nostri interpres tersissimus & elegantissimus locum hunc corruptum esse existimauit, & addita negatione sic emendandum *non percipiantur.* Quid autem refert an fructus annui alicuius fundi legati sint, an messis aut vindemia? Nónne hi quoq; fructus annui sunt? Non enim potest illa defendi interpretatio quæ apud Accursium est, vt non tam messis & vindemia legata sit æquàm vsusfructus messis aut vindemiæ: quo casu nō nisi vsusfructus huiusmodi fructuum legatus videretur. Nec de proprietate, sed de eo, quod superesset ex fructibus restituendo caueri oporteret: quod nec Accursius diffitetur, vt & in *l. 4. infr. de pact. dotal.* Malo igitur sic legem hanc emendare, vt pro *percipiantur* legamus *excipiantur*, hoc sensu vt si quis fortè legauerit Titio vsumfructum fundi Corneliani excepta messe vel vindemia eiusdem fundi quam Sempronio legatam voluerit, non solùm Titius cauere debeat heredi tanquam fructuarios, sed etiam Sempronius pro messe illa vel vindemia. Qui tamen casus ideò maiorem videbatur habere dubitationem, quòd messis illa, vel vindemia non solùm vsusfructus non esset, sed ex ipso vsufructu exciperetur. Quasi inde fieret vt ius quod de vsufructu inductum fuerat à Prætore non tam facilè trahi deberet ad ea legata quæ ex vsufructu excepta essent. Sed decidendi ratio illa est quod hæc quoque legata licèt ab vsufructu excepta sint, vsumfructum tamen imitantur, in eo præsertim quod pereunt morte, sicut vsusfructus, Et quasi duplici eiusdem fundi vsufructu constituto, Vno in fauorem Titij, altero in fauorem Sempronij, sed illo generaliore, hoc specialiore: Nihil enim absurdi est ex vno vsufructu generaliore, alium excipi ac deduci specialiorem, Puta si quis ex legato vsufructu bonorum suorum omnium exciperet vsumfructum fundi Trebatiani quem alij legatum vellet. Nam & idem in legato proprietatis facilè contingeret. Hoc ergo sibi vult Paulus, Non tantùm si reditus fundi alicui legatus sit per modum vsusfructus, vt in supradictis legibus, sed etiamsi tanquam ab vsufructu exceptus, idem tamen iuris esse debere vt eiusmodi quoque legatarius cauere debeat heredi ex hoc edicto, perinde ac legatarij cæteri, de quibus dictum est in lege præcedente. Nam & hic vsusfructus quoque est aut saltem ad instar vsusfructus, Tùm quoque cùm reditus vsufructu alij legato exceptus est.

7. VLPIANVS lib. 79. ad Edictum.

ET si vsusfructus nomine, re tradita, satisdatum non fuerit. Proculus ait, posse heredem rem vindicare. &, si obijciatur exceptio de re vsusfructus nomine tradita, replicandum erit. quæ sententia habet rationem: sed & ipsa stipulatio condici poterit.

Ad l. Etsi vsusfructus 7.

Ratio dubitandi. Imputari potest heredi à quo vsusfructus legatus fuit, quòd enim tradiderit legatario non interposita stipulatione fructuaria ex hac Edicti parte. Nec enim debuit tantum hoc Prætoris beneficium aspernari: Ergo neque danda ei actio est ex stipulatu, cùm stipulatio nulla interposita fuerit, Neque vindicatio tanquam domino, Cùm permittendum nemini sit venire contra factum proprium *l. post mortem 25.* Ideoq; comparata est edicto Prætoris exceptio rei venditæ & traditæ contra eum qui rem quasi alienam vendidit postea, vindicare volt tanquam factus ex postfacto dominus *l. 1. & tot. tit. De except. rei vendit. & tradit.* Quidni enim similiter dari debeat exceptio vsusfructus traditi contra eum qui vsumfructum à seipso traditum vindicare velit à fructuario, at potius rem fructuariam in cuius plena proprietate vsusfructus causalis continetur, ob id solùm quod per incuriam fortè aut per imperitiam prætermiserit stipulationem?

Dec. Omissio stipulationis prætoriæ non potest.

Digitized by Google

facere vt heres desinat esse dominus rei fructuariæ. Nec enim sola negligentia modus est legitimus amittendi dominij nisi cùm concurrit vis, & potestas vsucapionis *l.1. & 3. infr. de vsucap. & apud Vlp. Tit. 19. de acquisit. rer.* Atqui potest rem vindicare quisquis dominus est iure gẽtium aut ciuili *l.1. l. in rem 23. de rei vindic.* Ergo cùm heres dominus sit rei fructuariæ etiam post traditum à se vsumfructum quia nec vsusfructus, nec traditio facta ex ea causa transfert dominium *l. iusto 44. §. non mutat infr. de vsucap.* quia vsusfructus causa temporalis est nõ perpetua, qualem esse decet eam ex qua traditio rei fiat ad dominium transferendum *l.1. infr. de iur. dot. l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Omnino consequens est, vt heres qui vsumfructum tradidit, nulla stipulatione interposita, possit rem vindicare. Sed tamen illud quoque verum est posse illum repelli exceptione vsusfructus traditi. Ac multò magis quàm repellatur exceptione rei venditæ & traditæ is qui rem alienam vendidit, Ille enim non potuit tradendo transferre dominium quod non habuit. Hic verò de quo agimus dominium transferre potuit & transtulit si non ipsius rei fructuariæ saltem vsusfructus traditi, quia dominus fuit vsusfructus si non formalis saltem causalis *l. quod nostrum 63.* vbi diximus *supr. de vsufr.* iunct. *l. traditio 20. de acquir. rer. domin. l. clausibus 74. de contr. empt.* Verùm quia facit contra testatoris & Prætoris voluntatem fructuarius qui vsumfructum sibi traditum retinere vult citra vllam stipulationem, æquissimum est exceptionem hanc elidi per replicationem vel doli vel in factum vt Prætoris edicto & imperio pareatur. Sic Pomponius ex Aristonis sententia scribit in *l. heres 21. ad SC. Trebell.* heredem qui cùm debuisset quartam ex fideicommisso retinere totam hereditatem restituit, nec cauit sibi stipulatione proposita similem non esse illis qui retentiones quas solas habent omittunt, Sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nancisci, & aduersus agentem doli mali exceptione vti. Aliud est in spec. *l. 5. §. 1. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* vbi si in tradẽdo vsufructu pecuniæ omissa sit cautio, non vindicatur pecunia, neque durante neque finito vsufructu. Sed eo quidem durante condicitur cautio, Eo autem finito ipsa quantitas, non corpora nummorum. Ibi enim agitur de vsufructu pecuniæ, aut aliarum huiusmodi rerum quæ vsu consumuntur, in quo vsufructu duo sunt specialia vt ad illum Tit. monuimus, Vnum illud vt per traditionem pecuniæ aut alterius rei mobilis, cuius vsusfructus legatus est, non tantùm vsusfructus, sed etiam proprietas transferatur *l. si vini 7. eod. ill. tit.* & vt cautio necessaria sit ad constituendam substantiam vsusfructus *l.1. 2. & 3. eod. l.1. C. de vsufr.* Proinde mirum non est nullam superesse vindicationẽ pecuniæ, cuius proprietas ad fructuariũ translata est. Dominum enim oportet eum esse, qui velit vindicare, Quamuis de hoc Accursius noster dubitare quodammodo videatur. Cautio autem de qua in hoc Tit. non est vice proprietatis, nec ad constituẽdam vsusfructus substantiam pertinet, Vnde fit vt non eo minùs possit fructuarius suos facere fructus quos percipit, quamuis non satisdederit, vt ex eo intelligimus, quod heredi non alia hîc datur actio quàm vindicatio & quidem non vsusfructus aut fructuum, sed ipsius rei fructuariæ, In quo iudicio vindicationis non alij fructus restituendi sunt arbitrio iudicis quàm qui percepti fuerunt à die litis contestatæ *l. præterea 20. & pass. sup. De rei vindic.* scilicet cùm bonæ fidei possessor fuit *l. certum 22. C. eod.* Atqui plus quàm bonæ fidei possessor est, nec malæ fidei possessor dici potest is cui res fuit tradita à vero domino *l. si quis cùm sciret 8. infr. pro emptor.* Extra casum *l. si ab eo 12. de vsucap. & l. quemadmodum 7. C. de agricol. & censit. lib. 11.* Ergo non tantùm fructus suos facit, sed etiam lucratur fructuarius quos percipit non modò ante præstitam nec petitam satisdationem, sed etiam post petitam eam, dum ne lis eo nomine contestata sit. Quod diuersum est illo casu, quo cautio præstanda est vt sit vice proprietatis, vt in *d. l.1. C. de vsufr. l. vxori 24. de vsuf. legat.* Obseruandum autem est hanc rei fructuariæ vindicationem, quæ in hac lege datur heredi ob non interpositam stipulationem fructuariam, itemq; in *l.3. in fin supr. hoc tit.* non posse competere cùm hæc stipulatio interposita est. Non quia stipulatione interposita heres sit eo minùs dominus, sed quoniam stipulatio hæc cùm sit cautionalis nouat præcedẽtem actionem, sed ita vt naturam eius induat & vicem repræsentet *l.1. §. cautionales infr. de stipul. præt. l. non tantùm 20. Rat. rem haber.* Quæ ratio etiam facit vt nõ alius agere ex hac stipulatione vtiliter possit, quàm qui eo tempore quo agit proprietatem rei habet *d. l.3. §. pen. & vlt. supr.* quia nec alius vindicare rem posset.

a *Sed & ipsa stipulatio condici poterit.* Ratio dubitandi. Non solet quisquam condicere nisi id quod ipsius aliquãdo fuit *l. videamus 38. §. si actionem* iunct. *§. item si indebitum infr. de vsur.* Atqui nihil vnquam iuris quæsitum fuit heredi ex stipulatione, quæ numquam fuit interposita. Ergo nihil est quod hîc possit condici.

Dec. Heres, à quo vsusfructus legatus est, ius habet ex edicto Prætoris petendæ & interponendæ stipulationis. Ergo si eam omittat, nõ quidem prudens & sciens, sed per errorem aut per incuriam vel imperitiam (nec enim iuris error aut imperitia in damnis amittendæ rei propriæ vnquam nocet, Multò minùs error facti *l. error 8. De iur. & fact. ignor.*) poterit cautionem omissam condicere, id est in id agere, vt interponatur, Et quidem condictione incerti quæ dicitur competere quoties agitur ad factum, quia facti obligatio semper incerti est, quippe quæ datur ad id quod interest cuius quantitas semper incerta est, vt diximus ad *d. l. 5. §. 1. sup. de vsuf. ear. rer. quæ vsu consum.* Ex *l. qui exceptionem 40. § si pars inf. de condict. indeb. l. quod si nolit 60. de legat. 1.* iunct. *l. vlt. de stipulat. prætor. l. quatenus 24. De regul. iur.* Diuersum est quod adfert Accursius de emphyteuta secundo, qui, si non soluat primus pensionem, potest à domino conueniri per rei vindicationem vt vel soluat ipse pensionem vel rem restituat, arg. *l. si cùm venderet 13. de pignor. act. l. si venteri 24. §. vlt. de reb. author. iudic. possid.* Vt ex iis constat, quæ scripsimus ad *Tit. si ager vectigal.* id est *emphyteut. petat. supr.* Cæterùm obserua condictionem incerti in eo differre à condictione certi quod per certi condictionem petimus id tantùm quod nostrum fuit, Per condictionem verò incerti id quod nostrum numquam fuit, nobis tamen debetur, si modò idipsum sit incertum, qualia sunt omnia quæ consistunt in genere & iure vniuersali, aut in facto.

1 ¶ Cùm vsusfructus pecuniæ legatus esset, exprimi debẽt hi duo casus in stipulatio-

nes. *Cùm morieris, aut capite minueris, dari.* idcirco hi duo soli casus: quoniam pecuniæ vsus aliter amitti non potest, quàm his casibus.

Ad §.1. Cùm vsusfructus.

Huius §. sententiam explicauimus ad *l. 3. in princ. supr. & ad l. in stipulatione 9. & 10. supr. de vsusfr. ear. rer. quæ vsu consum.* vbi hoc ipsum dicitur quod in hoc §. in stipulatione de reddendo vsufructu pecuniæ, & aliarum huiusmodi rerum, quæ vsu consumuntur duos solos casus exprimi Mortis & Capitis diminutionis, Quoniam pecuniæ & aliarum huiusmodi rerum vsus & fructus amitti non potest nisi duobus his casibus. In cæteris rebus aliud iuris est, in quarum reddendarum stipulatione omnes casus exprimuntur quibus vsusfructus amittitur quia etiam aliis amitti potest.

8. PAVLVS libro 75. ad Edictum.

SI tibi vsusfructus, & mihi proprietas legata sit: mihi cauendum est. sed si mihi sub conditione[a] proprietas legata sit: quidam, & Marcianus, & heredi, & mihi cauendum esse putant: quæ sententia vera est. item si mihi legata sit[b]: & cùm ad me pertinere desierit, alij: & hic vtrisque cauendum, vt suprà, placuit. quòd si duobus coniunctim[c] vsusfructus legatus sit: & inuicem sibi cauere debebunt, & heredi in casum illum, *Si ad socium non pertineat vsusfructus heredi reddi.*

Ad l. Si tibi 8.

Ratio dubitandi. Prætor iubet per hanc stipulationem fructuariam caueri heredi à legatario vsusfructus *l. 1. in princip. & §. rectè autem supr.* Ergo si tibi vsusfructus & mihi proprietas fundi Corneliani legata sit, cauere debes non mihi qui non sum nisi legatarius sed heredi.

Dec. Stipulatio hæc à Prætore introducta est in fauorem duntaxat proprietatis & proprietarij, non etiam heredis quatenus heres est, sed tantùm quatenus est proprietarius, qualis certè semper est nisi cùm alij cuilibet proprietas legata est eiusdẽ fundi cuius vsusfructus alieni legatus fuit, vt dixi ad *l. 3. §. pen. & vlt. supr.* Atqui cùm tibi legatus est vsusfructus fundi Corneliani, mihi verò proprietas eiusdem fundi, certum est, non heredem sed me solum esse proprietarium, quia legatum ita facit legatarij rem legatam vt hereditas heredis res singulas, Adeò vt legatæ rei dominium recta via transeat in legatarium à testatore, numquam factum heredis *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. de furt.* Ergo mihi soli cauendum est, non heredi. Iunge *l. si tibi 6. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.*

a *Sed si mihi sub conditione.* Ratio dubitandi. Stipulatio hæc non interponitur nisi in fauorem proprietatis & proprietarij, vt proximè diximus. Atqui non potest fieri vt heres & legatarius sint ambo proprietarij simul, & eodem tempore eiusdem rei in solidum, cùm non possint duo esse eiusdem rei domini in solidum *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum inf. Commod. l. de hereditate 19. § pater infr. de castrens. pecul.* Ergo non potest fieri vt duobus simul & eodem tempore in solidum caueri oporteat, sed vel heredi soli vel legatario, aut si vtrique saltem diuersis temporibus prout quisque proprietarius fuerit, vt in specie *l. 3. §. vlt. supr.*

Dec. Cùm tibi vsusfructus fundi Corneliani legatus est, mihi autem eiusdẽ fundi proprietas sub condicione. Proprietas in ea causa est vt quamuis inspecto præsenti tempore sit heredis & quidẽ pleno iure cùm dies legati nondum cesserit *l. & post fitem 12. § res quæ infr. famil. ercisc. l. generaliter 29. §. vsufr. qui & à quib. manum. liber. non fiant*, possit tamen existente condicione acquiri legatario, & quidem ita vt numquam heredis fuisse videatur, non magis quàm si legatum ab initio purum fuisset, quia existens condicio legati facit vt legatum iam inde ab initio purum, numquam cõdicionale fuisse intelligatur *d. §. res quæ l. si cui via 11. §. 1. inf. quemadm. seruit. amitt.* Siue dicas cum interpretibus Condicionem quandocunque existentem retrotrahi, siue quod malo, & soleo dicere dispositionẽ condicionalem existente quandoque condicione perinde haberi oportere atque si pura primùm fuisset *l. potior 11. §. 1. Qui potior in pignor. hab. iunct. l. quæ balneum 9. cod.* Denique constat inter dispositionem puram, & condicionalem purificatam nihil interesse *l. vlt. §. 1. De vulgar. & pupill. substit.* Ergo vtrique cauere fructuarius debet heredi, & legatario, & quidẽ eodem tempore & propter proprietatẽ, sed tamen diuersis respectibus, Heredi nimirum propter rem, vt Accursius loquitur, legatario autem propter spem, Id est heredi propter statum præsentem, quo inspecto dominium ad heredem solum pertinet, Legatario autem propter spem implendæ condicionis, qua impleta futurum est vt res legata semper legatarij nec vnquam heredis fuisse videatur. Nec enim ita vtrique cauetur vt possint ambo in cautione vllo vnquam casu aut vllo tempore concurrere non magis quàm in dominio, licèt vno eodémque tempore vtrique cautio præstetur, Nimirum vt in vtrumque euentum alterutri non vtriq; cautum sit, Heredi quidem soli si legati condicionem deficere contingat. Soli autem legatario, si cõdicionem existere. In summa, ei soli quem euentus docebit solum fuisse semper proprietarium, siue heres ille sit siue legatarius ita vt in solius eius persona consistat effectus cautionis, In alterius verò persona nullus sit. Est enim hic casus ex iis in quibus non nisi ex postfacto apparet quid antè fuerit, vt Paulus loquitur in *l. qui res 98. §. 2. inf. de solut. l. quadam 15. De reb. dub.*

b *Item si mihi sit legata* Ratio dubitandi. Cùm proprietas rei fructuariæ legatur mihi deinde alij quãdo ad me pertinere desierit, non potest fieri quin proprietas prius ad me pertineat, quàm ad alium posteriorẽ legatarium. Ita vt nullo casu nulloque tempore possit videri proprietas ad secundum legatarium pertinuisse eo ipso tempore, quo ad me pertinebat. Nam neque per retrofictionem vllam fieri potest vt eiusdem rei dominium duorum in

solidum fuisse existimetur *l. de hereditate 19. §. pater inf. De castrens. pecul.* Ergo mihi soli cauere vsufructuarius primùm debat deinde alij tùm demùm cùm proprietas quæ mihi legata fuerat, ad me pertinere desierit. Nihil enim vetat duobus diuersis temporibus respectu diuersarum personarum cautionem hanc interponi prout mutatur ex postfacto causa proprietatis, vt in *l. 3. §. vlt. supr. hoc tit.*

Dec. Potest variis casibus fieri vt legatum proprietatis quod ad me primùm pertinuit postea desinat ad me pertinere sed ad alium pertinere incipiat, Puta si legatum mihi purè datum repudiauero, & alius in eo legato mihi substitutus sit vulgariter, Quomodo etiam in legatis substitui potest *l. vt heredibus 50. de legat. 2.* Nam per repudiationem desinit legatum ad me pertinere, cùm repudiatio extinguat delationem. Id enim demum in iure nostro dicitur ad aliquem pertinere, non quod ei iam acquisitum est, sed quod delatum est *l. 1. supr. de hered. petit. l. si ita scriptum 45. §. 1. de legat. 2.* Quod semel acquisitum est non potest desinere pertinere, sed illud demum quod duntaxat delatum est *l. 1. §. decretalis de success. edict.* Rursum finge legatarium factum esse incapacem ante repudiationem. Idem iuris erit, Quid si mihi sub cōdicione legatum sit, & condicio defecerit? Non quidem videbitur desiisse ad me pertinere quod numquam pertinuit, quia non solum quod sub condicione nobis legatum est ad nos non pertinet antequam condicio extiterit, sed neque quod in diem certū antequàm dies venerit *d. l. si ita 45. §. 1. de legat. 2.* quamuis legati relicti in tempus certum dies statim cedat *l. cedere diem 213. De verb. signific.* ideoq; ad heredem trāsmittatur defuncto interim legatario *l. 5. infr. quand. dies legat. ced.* Sed tamen in proposito tractatu potest dici desinere quodammodo ad nos pertinere etiam quod numquam cœperit, vt in *l. 3. §. 1. sup.* Idq; consequens est ei quod proximè diximus etiam legatario condicionali cauere fructuarium pendente legati condicione quod nullam penitus rationem haberet si non interim legatum ad eum pertineret. Ergo hoc casu vtrique cauere debet fructuarius, Et mihi quoniam ad me primùm vsusfructus pertinet, Et alij ad quem peruenturus est vsusfructus cùm ad me pertinere desierit. Vt quemadmodum superiore casu cautio præstatur in vtrumque euentum, Ita hic præstetur vt sit cautum in vtrumque tempus; sed cum hac differentia, vt iam diximus quod superiore casu non potest vllo modo cōmitti stipulatio in fauorem vtriusque, sed alterius duntaxat aut heredis solius si legati condicio deficiat, aut solius legatarij si condicio existat. In hoc verò casu committitur stipulatio in fauorem vtriusque, sed diuersis temporibus, Primi quidem legatarij primo loco, Deinde secundi cùm ad priorem vsusfructus pertinere desierit. Itaque sola spes habendi aliquo casu vsusfructus sufficit ad inducendam necessitatem interponendæ huius stipulationis, *l. prox. infr.*

c *Quòd si duobus coniunctim.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est ad hunc versiculum quæ ad §. 1. *l. si tibi 6. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* vbi hæc ipsa species proponitur nisi quòd hic agitur de vsufructu vero, Ibi autem de quasi vsufructu in pecunia constituto. Ideò autem sic concipitur stipulatio *si ad socium non pertineat vsusfructus, heredi reddi,* quia potior est causa iuris adcrescendi in vsufructu quàm proprietatis, Nec ad proprietatem vnquam redit vsusfructus, nisi cum iure adcrescendi non potest ad alium collegatarium pertinere. Lunge *l. si cuius 13. §. sed si inter 3.* cum iis quæ ibi diximus *supr. De vsufr.*

9. Pavlvs libro 51. ad Edictum.

SI vsusfructus mihi legatus sit, eúmq; restituere sim Titio rogatus: videndū est, quis debeat cauere: vtrùm Titius an ego qui legatarius sum, an illud dicimus, mecū heredem acturum, cum fideicommissario me agere debere. & est expeditius, hoc dicere: si mihi spes aliqua durat vsusfructus, & cùm tu amiseris, potest ad me recidere, hoc est ad legatarium: ita rem expediri, vt tu mihi, ego domino proprietaris caueam. quod si fideicommissarij causa vsusfructus mihi relictus est, nec est vlla spes ad me reuertendi fructus: rectà via fideicommissarium cauere oportet domino proprietatis.

Ad l. Si vsusfructus 9.

Ratio dubitandi. Si vsusfructus mihi legatus sit, eúmq; vsumfructum Mæuio restituere sim rogatus: Mouet ex vna parte vt ego solus cauere debeam non Mæuius quod solus ego sum legatarius, Mæuius autem fideicommissarius. At edictum Prætoris de solo legatario locutum est licèt per prudentum interpretationem aptatum sit etiam ad fideicommissarium *l. 1. in princip. & §. illud sciendum supr. hoc tit.* Ex altera verò parte vt Mæuius fideicommissarius cauere solus debeat, illud mouet quod nec videat ego capere vsumfructū quem alij purè rogatus sum restituere, quémq; ideò cogi possim cōfestim reddere. Nec enim videtur quisquam id capere quod ei necesse est alij restituere *l. non videntur 51. De regul. iur.* innct. *l. aliud est 71. de verb. signific.* Vnde est, quod cum is qui solidum capere non potest rogatur alij restituere, solidum capere potest *l. cùm ei 42. De legat. 2. l. cogi 16. § hi qui solidum ad SC. Trebel.* Videtur enim hoc casu legatarius electus vt nudus minister, cùm nihil ad eum ex legato sit remansurum. Cur ergo me cogat Prætor cauere & fideiussorem quærere lucro & commodo Mæuij?

Dec. Potest duobus modis fieri vt vsusfructus ei legetur qui subinde eundem vsumfructum alij rogatus sit restituere: Vno modo ita vt vsusfructus à fideicommissario possit aliquo casu ad legatarium redire. Altero autem ita vt nulla sit spes vsusfructus ad legatarium reuertendi. Priore casu dicendū est Mæuium fideicommissarium cauere mihi debere, Me autem heredi eidémque domino proprietatis. Posteriore verò expeditius est fideicommissarium Mæuium rectà via cauere debere domino proprietatis. Cuius distinctionis ratio illa est quod priore casu non potest negari quin & mihi & Mæuio vtriusque gratia vsusfructus relictus sit, cùm non ita sim rogatus restituere vt non spes aliqua duret habendi vsusfructus etiam postquam restitutus fuit si

con-

contingat eum amitti à fideicommissario. Interdum namque contingit vt fideicommissarius quoque ipse rogetur id ipsum quod accepit ei restituere à quo accepit saltem post tempus, vt in *l. si heres 70. in princip. ad SC. Trebell.* Nec potest videri testator me tanquam nudum ministrum elegisse, cùm ex legato compendium aliquod sperare possim, *l. si quis Titio 17. De legat. 2. l. in diem 9. §. vlt. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* At posteriore casu videor ego facta legatarius non tam mei quàm solius fideicommissarij causa, Cùm ne quidem spes vlla mihi supersit habendi vsusfructus: quæ tamen sola sufficeret ad interponendam stipulationem, vt diximus ad versic. penult. legis præcedentis. Recta igitur via fideicommissarium cauere heredi oportet non mihi, & fideicommissarium solum non etiam me, vt circuitus euitetur *l. dominus 55. de condict. indeb.* & ne onerer ergo superuacua cautione *l. hæc stipulatio 14. §. 1. infr. vt legat. seu fideicomm. seruand. caus. caueat.*

1 ¶Illud sciendum est: siue iure ipso quis vsumfructum habet, siue etiam per tuitionem prætoris: nihilominus cogendum esse fructuarium cauere, aut actiones suscipere. Planè si ex die proprietas alicui legata sit, vsusfructus purè: dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario: quia certum sit, ad eam proprietatem, vel ad heredem eius peruenturam.

Ad §. 1. Illud sciendum est.

Ratio dubitandi. Edictum Prætoris quo proposita est hæc stipulatio fructuaria loquitur de vsufructu legato *l. 1. supr.* ac proinde de illo vsu fructu qui sit ipso iure constitutus, id est iure ciuili *l. 3. supr. si vsusfr. pet.* Non ergo tam facilè debuit extendi ad illum quoque vsumfructum qui non sit constitutus nisi tuitione prætoria, id est auxilio & beneficio Prætoris iurisdictionis, Qualis est vsusfructus per fideicommissum relictus *d. l. 3. si vsusfr. pet. l. 1. l. si legatum 4. l. Pomponius 29. §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Itémque is qui constitutus est in superficie aut in fundo emphyteutico *d. l. 1. in princip.* vbi dixi. Et in *l. 1. §. quod autem infr. de superfic.* Ac præterea, vt addit Accursius, tùm quoque cùm vsusfructus legatus est si modò legata non valeant nisi iure Prætorio quod plerisque casibus contingit, vt in specie *l. posthumus 12. l. filio præterito 17. infr. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. 1. & tot. tit. De legat. præst. §. non tamen Instit. quib. mod. testam. infirm.*

Dec. Nulla est apud Prętorem nec in effectu differentia inter vsumfructum iure ciuili aut prætorio constitutum, Imò maiorem habet Prætor rationem vsusfructus prætorij, vt ita loquar quàm ciuilis, tanquam cuius tuitionem proprio ac specialiore quodam iure suscipiat *d. l. si legatum 4. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* iunct. *l. si quis vsumfructum 29. infr. De vsusfr. legat.* Sed tamen non vsque adeò fauet Prætor fructuario quem sua tantùm iurisdictione tuetur vt remissam ei velit necessitatem satisdandi ex hoc edicto quia esset id captiosum proprietario, Prætor autem nemini vult beneficium suum esse captiosum *l. Paulus notat. 8 De stipul. prætor.* vt neq; Princeps *l. 4. C. de emancip. liber.* Cogendus ergo est fructuarius etiam Prætorius vel cauere & satisdare de vtendo fruendo arbitrio boni viri & de vsufructu restituendo. Vel actiones suscipere, id est eas pati exceptiones quas suprà diximus dandas proprietario si satisdatum ei non fuerit, scilicet in rem & condictionem incerti, vt benè Accursius explicat ca *l. 1. in fin. & l. et si vsusfructus 7. supr. hoc tit.*

2 *Planè si ex die...* Ratio dubitandi. Cùm ex die proprietas legata est illi ipsi cui vsusfructus purè, non priùs acquiritur proprietas quàm dies venerit, licet statim cedat dies legati vt incipiat proprietas deberi & ad heredem legatarij possit transmitti *l. cedere diem 213. de verb. signific. l. Sempronius 26. infr. de vsusfr. legat.* Atqui potest fieri vt vsusfructus finiatur vel morte vel capitis diminutione, aut quo alio modo, prius quàm dies legatæ proprietatis veniat: Ergo non eo minùs cauere fructuarius heredi debet de vtendo fruendo arbitrio boni viri & de vsufructu restituendo. Cùm interim heres sit proprietarius. Cauendum enim est proprietario, Nam quod ait Accursius, Præsumendum esse citiùs venturam diem proprietatis, quàm finitum iri vsumfructum, ridiculum est, cùm possit vsusfructus amitti multis casibus qui possunt primo quoq; die accidere, præsertim verò mors fructuarij. Fateor certiùs venturam diem, sed non citiùs fortasse, Nec verendum est vt aduersum hominis casum, fortunámque malo omine expectare videamur, vt Accursius ratiocinatur in *l. inter stipulantem 83. §. sacram. De verb. oblig.* quando stipulatio ista non interponatur sine tali omine, cùm fiat plerumque in eum nominatim casum quo morte vel capitis diminutione fructuarij vsusfructus finiatur *l. in stipulatione 9. & seq. supr. De vsusfr. ear. rer. quæ vsu consum. d. l. 7. §. 1. sup. hoc tit.* Quare nec ita loquitur Vlpianus vt dicat certum esse proprietatem ad eum peruenturam, sed addit *vel ad heredem eius*. Nimirum illo casu quo moriatur ipse priùs quam dies venerit: quo casu eueniente, finitur sanè vsusfructus antequàm proprietas acquiratur, morte scilicet fructuarij: nec proinde posset inutiliter videri interposita stipulatio ex qua posset agi antequàm dies legatæ proprietatis venisset.

Dec. Hæc stipulatio non interponitur nisi propter proprietatem, & fauore proprietarij ad quem reuersurus est vsusfructus cùm erit finitus: Atqui cùm proprietas in diem certum relicta est eidem legatario, cui purè datus fuit vsusfructus, certum est proprietatem aut ad ipsum, aut eo præmoriente ad ipsius heredem peruenturam, cùm non possit dies certus non venire. Ergo nihil interest heredis tametsi proprietarius sit eo tempore quo vsumfructum tradit, quia tametsi factò & culpa fructuarij proprietatis causa fieret deterior, id tamen non heredis damno cessurum esset, apud quem nulla spes est remansuram proprietatem, sed ipsius fructuarij, quem certum est proprietatem illam, aut habiturum aut transmissurum ad heredem, adeoq; rem diligentius tractaturam, vt soleut homines etiam qui in alienis rebus sunt negligentes, in suis tamen esse diligentiores *l. quod Nerua 32. Deposit.* Itaque non tam heredi quàm sibi ipsi videretur cauere fructuarius, si hanc stipulationem interponeret: quod tamen absurdum esset. Nemo enim sibi ipsi cauere potest non magis quàm debere *l. Imperator*

Digitized by Google

50.*inf.ad SC.Trebell.* iunct. *l. ne cum filiofamilias 16.infr. de furt.* Sic dicimus id quod debetur in diē certum si interim soluatur non posse condici condictione indebiti, vt neque illud quod sub condicione omnimodo extitura *l. in diem 10. l.quòd si ea 17. infr. de condict. indeb.* tanquam quod omnimodo debitum incertum sit, vt & in *l.Iulianus 60.eod.tit.* Quod enim omnino debitum iri certum est, pro eo debet haberi ac si purè deberetur *l. si pupillus 9. §.qui sub condicione inf. de nouat. & de leg.* quamquam compensari interim non potest *l.quod in diem 7.l.cùm militi 16.§.1. §.1. De compensat.* Nempe quoniam qui compensat hoc ipso agere & petere videtur *l.amplius 15.Rat.rem haber.* Quod autem in diem certum debetur ante diem peti non potest, licèt dari id iam oporteat *d.l. quod in diem.*

2 ¶Si vestis vsusfructus legatus sit: scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito vsufructu, vestem reddi: attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddiderit[a].

Ad §.2.Si vestis.

Ratio dubitandi. Cùm stipulatio interposita est, illud ipsum districtè præstari debet quod promissum & verbis stipulationis comprehensum est *l. quicquid adstringendæ 99.De verb.obligat.* Ergo si vsusfructus vestis legatus sit, & heres stipulatus fuerit à fructuario vestem reddi finito vsufructu, dicendum est obligari promissorem vt vestem reddat, nec liberetur si eam licèt sine dolo malo adtritam reddiderit. Non enim reddi videtur res, quæ deterior redditur *l.3.§.1.infr.commod.*

Dec. Stipulatio de reddenda finito vsufructu re fructuaria sic interponi aut saltem intelligi debet vt fructuarius obligatus sit reddere id quod inde extabit *l.1.in princ.& §.vlt.sup* Atqui fructuarius qui reddit vestem fructuariam licèt vsu adtritam dummodò sine dolo malo, reddit id quod inde extat. Ergo non ad aliud teneri debet vel ex verbis ipsis stipulationis si talia fuerint *quod inde extabit* siue ex eo quod inter contrahentes actum est, Cuius præcipua semper ratio haberi debet non minùs in stipulationibus quàm in cæteris contractibus *l.semper in stipulationibus 34. de regul iur.* Nec enim fieri potest vt quis vtatur veste, quin eam atterendo faciat deteriorem. Est enim vestis ex earum rerum numero quæ non solùm vtendo, sed etiam non vtēdo consumuntur. Propter quam causam nec vsusfructus in veste cōstitui posse videbatur, sed tantùm quasi vsusfructus, ideóq; decurrendū esse ad remedium cautionis & æstimationis ex SC de quo in *l.1.& tot. tit.supr.de vsufr.ear.rer.quæ vsu consum.* Quod si ita esset, vtique non liberaretur fructuarius reddendo vestem deteriorem, licèt adtritā sine dolo malo, quia æstimationem ipsam quæ conuenta fuisset omnimodo reddere teneretur *l si inter 21 C.de iur dot.l plerunque 10. §. si prædiis & §.vlt.eod.* iunct.*l.seq.* in qua docuimus aliàs legendum esse non vt vulgo.

a *Sed & deteriorem factam reddere poteris*, sed ita potiùs *sed nec deteriorem factam.* Debet itaque hic locus intelligi de ea veste cuius vsusfructus legari possit, id est vt Accursius interpretatur de veste scenica vel funebri, vt in *l. sed si quid 15. §. & si vestimentorum & seq.infr.de vsufr.* Aut etiam de veste cuius non vt quantitatis, sed vt vestis vsusfructus legatus sit, quomodo scriptum est in *d.§. & si vestimentorum*, id est qua ipsa voluerit testator vti frui fructuarium non salua rei substantia, sed ita vt etiam deteriorem factam posset reddere. Nec enim vestis omnino vsu consumitur, sed tantum minuitur, & deterioratur. In quo rerum genere nihil vetat verum vsumfructum ex testatoris voluntate constitui dummodò liberetur fructuarius deteriorem reddendo, Alioqui potest etiam imputari heredi cur non curauerit rem æstimari & cur stipulatus sit vestem ipsam reddi non ipsius æstimationem. Nam etsi stipulatus esset vestem fructariam non adtritam reddi, esset inutilis stipulatio tanquam rei impossibilis. Proinde ex his tribus alterum euenire necesse est, vt vel inutilis sit vsusfructus legatus vestis quod dici non potest, Vel inutilis stipulatio vestis reddendæ quod nec dicendum est, vel liberetur fructuarius reddēdo vestem ipsam quamuis adtritam dum ne dolo malo cùm non fuit illa æstimata. Est igitur in potestate & arbitrio testatoris an leget vestem non scenicam tantùm aut funebrem sed & aliam quamliber tanquam vestem aut quasi quantitatem, id est an in ea constituat verum vsumfructum, an quasi vsumfructum, quod non ita est in pecunia, vino, oleo & frumento cæterisque huiusmodi rebus quæ vsu non tam minuuntur, quàm penitus consumuntur.

3 ¶Si plures domini sint proprietatis, vnusquisque pro sua parte stipulabitur.

Ad §.vlt.Si plures.

Ratio dubitandi. Cùm plures sunt proprietarij eiusdem rei, sufficere videtur vnius stipulatio, siquidem vnus est vsusfructus, qui à proprietate separatur, quemadmodum & vna tantùm est proprietas. Præsertim verò cùm possit fieri vt plures illi proprietarij sint re ita coniuncti, vt inter eos possit esse locus iuri adcrescendi, Puta si pluribus legata sit cōiunctim proprietas hoc modo *Titio & Sempronio fundum Cornelianum do lego, Eiusdem fundi vsumfructum lego Mæuio.* Quo casu cur non obsecro liceat Titio stipulari etiam pro Sempronio? Sufficit enim spes illa proprietatis aliquo casu obtinendæ, vt diximus ad initium huius legis. Non est igitur necesse vt quisque proprietariorum siue heredes illi sint, siue legatarij pro sua parte stipuletur.

Dec. Stipulationes non sunt comparatæ nisi ad hoc vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l.stipulatio ista 38.§ alteri De verb.oblig.* Atqui cùm plures sunt proprietarij interest cuiusq; ipsorum vt sit ipse securus de proprietate pro sua parte, non etiā vt socius de sua *l.si cuius 13.in pr.sup.de vsufr.* Ergo pro sua quisque, non etiā pro alterius proprietarij parte stipulari debet. Ne alioquin eueniat vt alteri per alterum actio acquiratur, quod iuris ratio non permittit *d.§.alteri l.quæcumq, 11.inf.de oblig.& action.* Nec quod vnus tantùm sit fructuarius ad rē facit, cùm sint plures proprietarij, & consequēter plures proprietates, adeóque plures quodammodo vsusfructus.

ctus, cùm plures proprietarij pro ſua quiſque parte vſumfructum conſtituerunt. Quod autem pars vnius ex proprietariis poſſit alteri adcreſcere ſi fortè repudiata ſit, non poteſt facere vt vnus ex coheredibus aut collegatariis alteri ſtipulari debeat, ſed, vt ſibi. Quamquam nec ius adcreſcendi poteſt habere locū in proprietate iā acquiſita *l.5 §. interdū de vſufr.adcreſc.l.vnic.§ his ita diſſinitis C.de caduc.tollend.*

50. PAVLVS lib. 40. ad Edictum.

SI ſerui, qui nobis communis erat, vſumfructum non legauaro: neceſſario erit hæc cautio heredi meo: quamuis enim de proprietate poſſit communi diuidundo experiri, tamen cauſa vſusfructus, qui tuus proprius eſt; ad officium communi diuidundo iudicis non pertinebit.

Ad l. Si ſerui 10.

Ratio dubitandi. Si ſerui qui mihi & tibi communis erat vſumfructum tibi legauero poteſt heres meus tecum iudicio Communi diuidundo experiri, cùm ſit æquè communis ſeruus inter te & heredem meum. Ergo non eſt cautio hæc neceſſaria heredi meo, cùm iudicium Communi diuidundo ſit bonæ fidei *l. 4. §. hoc iudicium l. in hoc iudicium 14. §. 1. Commun. diuid.* In iudiciis autem bonæ fidei veniant omnia quæ boni viri arbitrio continentur *l. vlt. Rem pupill ſalu. for.* Vnde & iudex addictus iudicio bonæ fidei dicitur etiam arbiter *d. l. vlt. & l. 1. inf. De vſur.*

Dec. Poteſt quidem heres meus tecum de proprietate experiri iudicio Communi diuidūdo, ſed non ſimiliter de vſufructu. Iudicium enim illud nō competit niſi de re communi *l. 1. & paſſ. Commun. diuid.* Atqui vſusfructus non eſt communis inter te & heredem meum, ſed totus tuus, Partim iure dominij pro qua ſcilicet parte proprietas huius ſerui communis ad te pertinet, Partim iure ſeruitutis pro qua parte tibi eum legaui. Cùm ergo vſusfructus qui totus tuus proprius eſt, ad officium iudicis Communi diuidundo pertinere non poſſit, conſequens eſt vt omnino neceſſaria ſit cautio heredi meo: Quæ certè non eſſet neceſſaria ſi vſusfructus eſſet communis. Sufficeret enim iudicium Communi diuidundo: quæ ratio faceret quidem non neceſſariam ſtipulationem, ſed tamen non faceret eam inutilem & ſuperuacuam quia eo quoque caſu optimum eſſet cauere illos inter ſe, quomodo fruerentur, quomodo ſcriptum eſt in *l. ſi cuius 12. §. ſed ſi inter duos ſupr. de vſufr.*

11. PAPINIANVS lib. 17. Reſponſorum.

VSu quoque domus relicto viri boni arbitratu cautionem interponi oportet, nec mutat, ſi pater [a] heredes filios ſimul habitare cum vxore legataria voluit.

Ad l. Vſu quoque 11.

Ratio dubitandi & decidendi ad hanc legem eadem eſt quæ ad *l. huic ſtipulationi 5. §. 1. ſupr. hoc tit.* vbi eadem ſententia proponitur, Non tantùm de vſufructu ſed etiam de vſu ſolo adempta fructus cauſa ſatiſdari debere ſi fortè vſus ſine fructu legatus ſit, vt ſcilicet de vſu ſolo non etiam de fructu caueatur.

a *Nec mutat ſi pater.* Ratio dubitandi. Cùm pater qui vxori ſuæ vſum domus legauit heredes ſuos filios in eadem domo cum ipſa habitare voluit, videtur eos ferè æquo iure vſuarios feciſſe, ſi non iure ſeruitutis, quia nemo re ſua vtitur, ſaltem iure dominij vt habeant vſum cauſalem, qui formalem habere non poſſunt. Ergò non ſunt audiendi filij iidemque heredes ſi cautionem & ſatiſdationem ab vxore vſuaria velint exigere.

Dec. Quod pater iuſſit filios in eadem domo habitare non facit eos vſuarios, nec in vſu aliquo modo cum matre coniunctos, cui ſoli legatum vſus & relictum & acquiſitum intelligitur, quamuis ea lege & conditione vt in eadem domo etiam filij habitare poſſint. Sed etſi vſuarij eſſent pro parte non quidem vſu formali, quod fieri non poſſet, ſed cauſali, non eo minùs tamen cauendum iis eſſet tanquam proprietariis, quia pro vſu ſolo formali cautio hæc interponi ſolet & debet non pro cauſali.

12. VLPIANVS lib. 18. ad Sabinum.

SI vaſorum [a] ipſorum vſusfructus relictus ſit: non erit cautio ſenatusconſulti neceſſaria, ſed illa ſola, *boni viri arbitratu vſurum fruiturum.* ſi igitur tradita ſunt fruendi cauſa: nemo dubitat, non fieri eius, qui accepit. non enim ideò traduntur, vt dominium recedat ab eo, qui tradit, ſed vt vtatur fruatur legatarius. ergo, cùm non fiant fructuarij, vaſa, vindicari à proprietario poſſunt, cautione non data, videndum eſt de condictione, an poſſit locum habere: & proditum eſt, neminem rem ſuam, niſi furi, condicere poſſe.

Ad l. vlt. Si vaſorum.

a *Si vaſorum.* Ratio dubitandi Vaſa quorum vſumfructum legatum ponimus videntur eſſe ex earum rerum numero, quæ vſu conſumuntur aut ſaltem minuuntur, & deteriora fiunt. Ergo videbatur in iis neceſſaria eſſe cautio ſenatuſconſulti, id eſt quæ interponenda eſt ex SC. de quo in *l. 1. & tot. tit. ſupr. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* Porrò cùm cautio illa neceſſaria eſt, fruſtra hæc & nullo iure interponeretur, de qua in hoc titulo: ſiquidem cautio illa ſenatuſconſulti facit vt rei, cuius vſusfructus legatus eſt dominium & proprietas in fructuarium transferatur, ſolaque cautio vice proprietatis remaneat penes proprietarium *l. ſi vini 7. ſup. De vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* Eſſet autem ridiculum & contra mentem Prætoris vt qui eſſet ipſe proprietarius cogeretur cauere de benè vtendo fruendo arbitratu boni viri. Alioqui ſibi ipſi cauere cogeretur, quod abſurdum eſſe diximus ad *l. ſi vſusfructui 9. §. 1. ſupr.* Cùm hæc cautio non interponatur niſi fauore

Digitized by Google

proprietarij vt fit ille de proprietate securus *l.1.sup. l.si cuius 13.in princ. sup. de vsufr.*

Dec. Vasa quorum vsusfructus legatus est sunt eiusmodi, vt fructuarius iis vti frui commodè possit salua ipsorum substantia. Ergo in iis constitui verus vsusfructus potest, qui in eo consistit vt ius quidem fruendi transeat in fructuarium sed proprietas remaneat penes heredem aliúmve proprietarium. Quo admisso consequens est, vt interponi debeat cautio non Senatusconsulti sed fructuaria illa sola *boni viri arbitratu vsurum fruiturum*. Proinde si non satisdederit fructuarius cui vasa in causa vsusfructus tradita sunt, dicendum est permittēdum esse proprietario vt ea vindicet, tanquā qui eorum dominus manserit *l.3.in fin. l.etsi vsusfructus 7.in princ. supr.* Quisquis enim alicuius rei dominus est vtique eius vindicādæ ius habet *l.1 l.in rem 23.& pass. sup. De rei vindic. l. Quintus 27. §. argento inf. De auro & argent. legat.* De condictione tantùm dubitari fortasse possit an locum habere debeat. Certum enim est omissam stipulationem fructuariam condici posse *d.l.7.sup.* Sed aliud est condici stipulationem omissam, Aliud verò condici rem ipsam fructuariā. Prius admitti potest, Posterius non item, quia proditum est neminem posse rem suam condicere nisi à fure, Et ratio est quia condicere nihil aliud est quàm intendere aduersarium dare oportere, Dare autē nihil aliud est quàm dominium transferre *l.vbi autem 75.§. vlt. de verb.oblig. l.non videntur data 167. de reg. iur.* Porrò qui iam dominus est, magis dominus fieri non potest *l. non vt ex pluribus 159. eod. l.in bello 12. §.si quis seruum inf.de capt. & postlim.* Atq; ita ratiocinatur Iustin.in *§ sic itaq; Iustin. de action.* vbi tamen addit odio furis receptum esse, vt non tantùm vindicatione, sed etiam condictione possit conueniri, quo pluribus actionibus teneatur, nectantùm pluribus sed etiam contrariis & incompatibilibus & contradictoriis, quales sunt vindicatio & condictio. Cùm is qui vindicat, se dicat dominum, Qui verò condicit aduersarium dominum esse fateatur. Sūt autem illa contradictoria Dominum quem esse, & non esse. Quod tamen non ita est accipiendum quasi liceat domino contra furem agenti & vindicatione & condictione furtiua, adfirmare simul se dominū esse & negare. Numquam enim audiendus est qui contraria allegat *l.1. C. de furt.* multò minùs qui contradictoria. Sed omni casu, id est etiam cùm agit condictione furtiua debet probare se dominum, quia soli domino hæc condictio cōperit *l.1.inf.de cōdict.furt.* Nec eo minùs tamen rectè intēdit aduersarium dare oportere, Non quasi possit fur dominium transferre quòd non habeat, aut dominus rei furtiuæ magis fieri dominus, Sed quia cùm fur id egerit quantū potuit rem alienam furando, vt dominium eius sibi acquireret, si furtùm legitimus modus esset acquirendi dominij, recusare non potest nec debet, quominùs eadem actione teneatur, qua posset conueniri si dominus factus fuisset vt quod facere voluit licèt non potuerit, pro facto tamen in eius odium, & præiudicium habeatur, vt in *l.si index 41.in fin.supr.de minor. l.cùm tabulis 16. ibi quia ex testamento fenestrā à secūdùm fo dicta non haberent*, (Sic enim locum illum emendandum esse docuimus in Coniecturis) *inf.de his qua vt indign.* Atqui nō potuisset fur acquirere dominium rei furtiuæ per furtum, tametsi maximè furtū legitimus modus fuisset acquirendi dominij si is cui furtum factum esset dominus non fuisset. Ergo nec aliter condictionem habere debet is cui factum furtum est, quàm si dominū se probet. Ideoq; nec illud probare possum, quod quibusdam doctissimis viris placere video, Dominum qui à fure rem suam condicit condicere eam quasi suam, quod à natura condictionis omnino abhorreret, ac in vindicationē degeneraret. Condicit enim rem quidem suam sed tamen quasi alienam, & eo colore quasi furis per furtum facta sit, quamuis domini manserit. Sed nec illud admitti potest quod iisdem viris doctissimis placet, Non esse speciale in fure, vt rem suam cōdicat ab eo dominus, sed vt condicat eam quasi suam: Quasi verò possit alio vllo casu concurrere in eisdē persona vindicatio cum condictione, vt puta, inquiunt, in cōdictione certi ex *l.certi condictio 9. inf de reb.cred.* in condictione indebiti *l.quoniam 18.de condict.indeb.* & condictione sine causa, ex *l.ob res amotas 24.& seq. inf. Rer.amot.* Quod certè defendi nullomodo potest. Nam quod ad condictionē certi pertinet cōstat non dari eam domino nisi ex causa cōdictionis furtiuæ *d.l.certi 9. §.1.* Cōdictionem autem indebiti quæ ipsa certi quoq; est, multò minùs: Et in specie *d.l.quoniam* datur condictio furtiua procuratori contra eum qui nummos ipsius procuratoris sciens indebitos accepit, Domino autem qui procuratoris factum ratum habuit datur condictio non furtiua, sed indebiti, quia dominus eorum nummorum numquam fuit. Condictionem denique sine causa quę cum vindicatione datur marito ob res amotas siue dotales siue mariti proprias dicendum est ei accōmodari quod in effectu sit ad instar condictionis furtiuæ tanquam quæ contra furē detur, cùm mulier quæ mariti res amouet re vera furtum faciat, licèt lenius coerceatur mulier tēperata verbis actione per detractionē qualitatis illius si non infamis saltem turpis, quam addimus cùm furtiuam condictionem appellamus *l.pen. eod.tit. Rer.amot.* vt & in *l.non debet 11.in fin. supr.de dolo. l.si superstite 5.eod.* Quomodo etiam dicimus condictionem furtiuam dari contra bonorum mobilium raptorem, quia licèt distinguatur raptor à fure simplici, tamē raptor fur quoque est sed improbior *l.1. l.2.§ vlt vi bonor. rapt. item & l.item si tum 14. §.qui vim intulit supr. quod met.caus.* Quæ igitur ratio iuris facit vt contra furem possit cum vindicatione concurrere furtiua condictio *d.§. sic itaque Inst.de action. l.1.§.vlt.de cond. furt.* Eadem facere debet vt concurrat etiam contra vxorem quæ mariti res amouit constāte matrimonio, sed sub nomine generali cōdictionis sine causa non speciali condictionis furtiuæ, Cessante scilicet actione furti itémque rerum amotarum quando furtum factum est constante matrimonio, Quo potissimùm tempore non solùm turpis actio danda non est inter coniuges, sed nec famosa *l.2.C.rer. amot.* Illud sanè verum est posse quem condicere rem quoque suæ possessionem detentam ab alio per condictionem triticariam *l.a.de condict.tritic.* Nimirum quia licèt possit rem suam dicere, possessio tamen quam condicit aliena est, vt benè hic Accursius noster explicat, Nihil autem commune habet proprietas cum possessione, vulg.*l.naturaliter 12.§. nihil commune l.pen.inf. De acquir.poss.* Et longè aliud est precium rei, aliud possessionis *l.3. §. vlt sup. Vti possid.*

Finis libri septimi.

ANTO-

ANTONII FABRI
I.C. SEBUSIANI, SERENISSIMI SABAUDIÆ DUCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SUPREMO SABAUDIAE SENATU Præsidis Primarij

RATIONALIA
Ad libr. 8. Pandectarum.

TITVLVS I.

De seruitutibus.

F*Vimus hucusque longiores sanè, quàm & Rationalium conscribendorum & prima instituti nostri ratio polliceri videretur. Erimus posthac breuiores. Non solùm quòd Tituli sequentes qui ad hanc Pandectarum partem secundam pertinent, minùs latè patent, minusq; amplos tractatus desiderent, sed etiam vt si qui sunt amplius qui nobis Asiaticum vitium obijciunt fateri tandem cogantur nihil nobis placere magis quàm breuitatem: quoties nulla nos longioris orationis premit necessitas. Denique vt quantò citiùs & breuiùs nos expediemus, tantò longiùs in opere tam vasto persequendo, cuius absoluendi vix vlla nobis spes superest, progrediamur ad cæteras Pandectarum partes, quantùm per ætatem ac valetudinem licebit, explicandas.*

1. MARTIANVS lib. 3. Regularum.

SERVITVTES [a] aut personarum sunt, vt vsus & vsusfructus: aut rerum, vt seruitutes rusticorum prædiorum, & vrbanorum.

Ad l. Seruitutes 1.

Ratio dubitandi. *Seruitutes* omnes etiam personales debentur à rebus, & à prædiis: Nam de seruitutibus, quæ debentur ab hominibus, agitur in *tit. de stat. hom.* hîc autem tantùm de seruitutibus prædiorum, ergo omnes dicendæ sunt reales, nullæ personales.

Ratio decidendi. Quæ debentur à rebus debentur tamen interdum personis, vt vsusfructus, vsus, & habitatio, & hæ sunt quæ personales appellantur, quæ cum persona intereunt, nec personam egredi possunt *l. 3. §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. non solùm 8. § tale de liber. legat. l. si vsusfructus 68. de iur. dot. l. necessariò 8. §. vlt. de peric. & commod. rei vend.* Aliæ sunt quæ debentur rebus à rebus, & hæ sunt quæ reales; Sumunt enim denominationem tam reales quàm personales à denominante tanquam à digniore, non à seruiente. Quas autem adfert Accursius pro quarto genere seruitutum ex *l. Titio 71. §. Titio de condic. & demonst. l. Mævio 44. de manum. testam.* non sunt seruitutes, sed tantùm adstrictiones quædam & obligationes personales.

2. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

VNus ex dominis communium ædium seruitutem imponere non potest.

Ad l. Vnus ex dominis 2.

Ratio dubitandi. Vnusquisque ex dominis pro indiuiso dominus est, licèt alius etiam sit dominus, *l. 2. C. de comm. ser. man. l. illud 46. infr. de rit. nupt. l. seruus electione 5. §. 1. de leg. 1. l. 239. §. vlt. de verb. signif.*

Ratio decidendi. Seruitus quælibet afficit rem *l. quid aliud 86. de verb. signif.* nemo autem potest inuiti aut ignorantis socij condicionem facere duriorem *l. 2. infr. tit. 1. l. Sabinus 28. infr. comm. diuid.* ... proinde pro parte dominij acquiri seruitus potest *l. 11. pro parte infr.* Sufficit tamen consensum aliorum dominorum ex postfacto interuenire *l. per fundum 11. infr. Rust. præd. l. vltim. commun. præd.* vbi dicemus.

3. PAVLVS lib. 21. ad Edictum.

SEruitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.

Ad l. Seruitutes 3.

Ratio dubitandi Seruitutes afficiunt rei substantiam *l. quid aliud 86. De verb. signif.* Ergo non superficiem quæ nihil nisi accidens est.

Ratio decidendi. Superficiem intelligimus id quod est supra faciem terræ *tot. tit. de superfic.* Seruitutes autem aliæ versantur circa solum, vt rusticorum prædiorum, aliæ circa superficiem quæ est supra solum vt vrbanorum *l. seruitutes 20. infr. tit. 1.* Et alius tractatus est de seruitutibus à superficiario vel emphyteuta constitutis, de quibus in *l. 1. §. vlt. infr. De superfic.* Neque de his seruitutibus à superficiario constitutis intelligi hæc lex potest: quamuis Accursius interpretationem hanc veriorem dicat. Nam & superficiarius constituit seruitutes rusticas perinde ac vrbanas, licèt vtrasque vtiles tantùm *d. l. 1. §. vlt. d. Tit. de superfic.* quia scilicet dominus non est, neque directus neque vtilis, licet habeat vtilem in rem actionem, vt dixi ad *l. in specials 73. §. 1. cum leg. seqq. supr. De rei vind.* & ad *Tit. Si ager vectigal. pet. supr.*

4. PAPINIANVS lib. 7. Quæstionum.

SEruitutes ipso quidem iure: neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione [a], neque ad certam condicionem [b] (verbi gratia, *quamdiu volam*) constitui possunt. sed tamen si hæc adiiciantur, facti, vel per doli exceptionem [c] occurretur, cōtra placita seruitutem vindicanti. idq; & Sabinum respondisse, Cassius rettulit, & sibi placere. Modum adiici seruitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur, velut vti equo dunraxar, vel vt certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur: aut carbo portetur. Interualla dierum, & horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent iure constitutæ seruitutis.

Ad l. Seruitutes 4.

Ratio dubitandi. Seruitutes constituuntur pactionibus *§. vlt. Inst. hoc tit.* & contractus ex pacto & conuentione legem accipiunt *l. 1. § si conuenerit 6. D. depos.* pactio autem nihil exigit nisi consensum *l. 1. supr. De pact.*

Ratio decidendi. Qui acquirit seruitutem fit dominus seruitutis, & ideò vindicare illam potest *tot. tit. infr. si seruit. vind.* dominium autem iure ad tempus constitui non potest extra causam *l. pen. C. de legat.* quoniam acquisitio dominij debet habere causam perpetuam *l. 1. inf. de iur. dot. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. dom.* Ergo non potest seruitus constitui ad tempus. Sed intellige de seruitutibus realibus, quæ nihil aliud sunt quàm iura prædiorum. Nam in personalibus quæ sunt iura personarum, aliud est *l. 4. vbi dixi sup. de vsufruct.* Cùm nec personæ ipsę sint nisi ad tempus *l. 1. inf. pro socio.* Rursum intellige non posse ipso iure constitui seruitutes reales ex tempore, aut ad tempus neque sub condicione, aut ad certam condicionem, vt lex ait, Nam ex æquitate & tuitione prætoria aliud est, vt sequitur in textu, sic dicimus tempus non esse modum tollendæ vel inducendæ obligationis *l. obligationum ferè 44. §. placet infr. De oblig. & action. l. nemo potest 55. de leg. 1.* post tempus tamen si agatur competit exceptio *d. §. placet l. Eum qui 56. §. qui ita infr. De verb. oblig.* vsus tamen seruitutis potest esse ad tempus *§. vlt. huius l. & l. prox. §. 1. inf.* Nec ea temporum diuersitas facit plures seruitutes *l. cùm vsumfructum 13. D. de vsufr. leg.* vt nec diuersitas fundorum si per plures via constituta sit *l. vna est via 18. inf. Rust. præd.* Aliud est si diuersis temporibus constituta sit, vt in *l. si prius 17. in pr. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

a *Sub condicione.* Ratio dubitandi. Etiam dominium sub condicione acquiri potest *l. si ego 9. §. si rem inf. de iur. dot.* Itemq; possessio *l. qui absenti 38. §. 1. de acquir. poss.* Ergo ratio quam proximè attulimus quæ impedit ne possit seruitus constitui ad tempus non impedit ne possit constitui sub condicione.

Ratio decidendi. Seruitutes sunt iura prædiorum *l. 1. in fin. sup. de rer. diuis.* Iura verò prædiorum nihil aliud, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. sign.* Prædia autem non possunt esse sub condicione, vt nec aliud quicquam quod sit naturaliter, id est re vera. Nam quod sub condicione tantum est, nondum reuera est, & implicat contradictionem vt sit & sit sub condicione, perinde atque vt sit, & non sit, cùm sit proprium & essentiale condicionis, vt suspendat esse *l. pecunia 36. infr. de reb. cred. l. cedere diem 213. de verb. sign.* Malè igitur locum hunc Accursius, Bartolus & alij intelligunt de condicione extinctiua tantùm non de inchoatiua, id est à cuius euentu possit incipere seruitus.

Esset

Esset enim dicenda eiusmodi seruitus constituta ad condicionem quod diuersum est, non sub condicione. Quid? Nonne potest legari via & alia quælibet seruitus realis etiam sub condicione? Potest *l. 3. ad fin. inf. de seruit. legat.* Quidni ergo & per stipulationem ita promitti? *Si nauis ex Asia venerit tibi per fundum tuum ire agere licere spondet.* Nam & ita institui hæres potest § *hæres 9. Instit. de hæred. instit. & titul. de cond. Instit.* Sed dicendum est aliud esse legari vel promitti seruitutem sub condicione, quod fieri posse admittimus, Aliud sub condicione constitui quod nos negamus. Tunc enim constituitur cùm traditur, aut quasi traditur, & incipit rem afficere, quod sub condicione expressa fieri nequit. An facilius sub tacita? vt in specie *l. Labeo 10. infr. rust. præd.* Ne hoc quidem. Puta. n. ibi seruitutis cõstitutio est licèt ea re ipsa dilationem capiat, vt in *l. interdum 73. de verb. oblig.* Glossatores hîc valde se torquent apud Accursium, itemq; Bartolus in ratione mnestigãda quam refert ad characterem qui imprimitur per obligationem personalem. Ridiculè, Non enim magis posset constitui vsusfructus ipso iure ad tẽpus, aut sub condicione quàm via per stipulationem, quod nec ille falsum esse diffitetur ea *l. 4. sup. de vsus.* Nec dicendum est quod ille respondet finiri obligationem vsusfructus cùm ipse vsusfructus finitur aut morte, aut non vtendo, aut aliis legitimis modis. Nam imò finitur solo tẽpore, & ipso iure cùm ad certum tempus fuit constitutus. Nec enim aliud expectamus nisi vt illud tempus transeat *d. l. 4. l. cùm vsusfructus 13. infr. de vsufr. legat.* Debuit ergo Bartolus rationem desumere à parte rei, id est à qualitate vtriusq; fundi seruientis & dominantis qui per constitutionẽ seruitutis afficitur, quasi impresso charactere, vt ita dicam, reali, qui non nisi cum re ipsa perire potest, aut quo alio ea legitimis modis de quibus in *tit. quemadm. seru. amitt. infr.*

b *Neque ad certam condicionem.* Sensus est non posse constitui seruitutem ita vt adueniente aliqua condicione extinguatur & ipso iure desinat esse seruitus. Est enim hic versiculus de condicione extinctiua non superior, qui proinde intelligi debet, quomodo explicauimus, de condicione inchoatiua. Extinctiuam verò condicionem hîc accipe siue momentaneam, siue successiuam cõtra distinctionem Bartoli, qui putat non posse constitui seruitutem sub condicione extinctiua momentanea, cùm autem constituitur sub condicione extinctiua successiua, id verò esse constitui eam ad certam condicionem, quod est ridiculum. Vtroq; enim casu dicenda est constituta ad condicionem, quod tamen fieri posse Papinianus hic negat. Non meliùs Accursius, qui quoniam credidit, quod le xait, non posse seruitutem sub condicione constitui, de extinctiua intelligi debere, coactus fuit posteriora ista verba de modo intelligere. Cùm tamen modus & condicio in toto nostro iure differant *l. cùm ab eo 41. de contr. empt. l. vlt. C. de his quæ sub modo.* Nec quicquam prohibeat modum adiici seruituti *§. 1. prox. & §. 1. l. prox. inf.* Modus enim non, vt condicio, suspendit nec afficit substantiam actus, sed tantum adiicit qualitatem actui iam perfecto, & constituto *§. vlt. supr.* Non potest igitur constitui seruitus vsque ad condicionem, id est sub condicione extinctiua, puta quandiu volam, aut donec nauis ex Asia venerit, quoniam ita constitueretur ad tempus, quod fieri posse iam negauimus, siue certum tempus sit, siue incertum. Ratio dubitandi. Potest seruitus extingui & quidem ipso iure variis modis de quibus in *Tit. quemad. seruit. amitt. inf.* Quidni ergo etiam per condicionem aduenientem?

Ratio decidendi. Sunt quidam modi legitimi extingnendarum & amittendarum seruitutum, sicut & finiendarum obligationum, de quibus in *Tit. Instit. quib. mod. toll. oblig.* neq; amittendi & acquirendi dominij apud Vlp. in *fragment. tit. 19. de acquis. rer.* inter quos modos neque tempus est, neq; condicio. Planè quin constituta seruitus remitti possit voluntate contrahentiũ dubium nõ est, *l. ad certam 6. & l. seruitutes 14. § seruitus inf hoc tit.* Nimirũex regula *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout 8. C. de solut.*

c *Per pacti vel per doli exceptionem.* Ratio dubitandi. Non valent pacta quæ sunt cõtra iuris ciuilis regulas *l. iuris gentium 7. § ait prætor l. contra 28. sup. de pact.*

Ratio decidendi. Pacta huiusmodi non sunt cõtra ius sed tantum præter ius, id est non à iure adprobata. Et ideo defendi possunt & debẽt per Prætorem ea generali æquitate naturali, de qua in *l. 1. & d. § ait Prætor de pact.* sufficit enim Prætori vt nihil faciat cõtra leges licet faciat præter leges *l. nec non 28. § quoad eius sup. ex quib. caus. maior.* Prætoris nimirum est temperare asperitatem iuris ciuilis, supplendo, & corrigẽdo *l. Ius autem 7. § 1. De iustit. & iur.* & apud Iustin. *Instit. de bonor. poss.* in proœmio; rationem habere æquitatis, quàm stricti iuris *l. placuit 8. C. de iudic.* Tuetur autẽ Prætor hæc pacta data exceptione vel pacti, vel doli, quæ cõpetit quoties quis per occasionem iuriscivilis capiat lucrum ex damno alieno contra naturalem æquitatem *l. 1. § 2. infr. de dol. mali. except.* maximè si contra factum & placitum suũ venire velit quod nunquã permittendũ est *l. post mortem 15 sup. de adopt.* sic in *l. obligationum ferè 44. § placet de oblig & act. l. cum qui ita 56. § quis ita de verb. oblig.* Ex hoc autem quod Papinianus hic scribit, exceptione pacti vel doli sommouendum eum qui vindicat seruitutem contra propriam conuentionem, intelligimus, Non ergo vitiari constitutionem seruitutis adiectione temporis aut condicionis, siue inchoatiuæ siue extinctiuæ, sed adiectionem ipsam siue temporis siue condicionis vitiari, Alioquin non posset vindicari seruitutem, quæ non esset ipso iure benè constituta.

5. Gaivs lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

Via, iter, actus, ductus aquæ iisdem ferè [a] modis constituitur, quibus & vsum fructum constitui diximus.

Ad l. Via 5.

Vsusfructus habet pleraq; singularia, in eo præsertim quod diuiduus est, non vt cæteræ seruitutes indiuiduus, *l. 1. § si vsusfructus Ad leg. falc. l. via 17. inf. hoc tit.* Item quod eius dies non cedit nisi ab adita hæreditate *supr. tit. Quand. dies vsusfr. leg. ced.*

Ratio decidendi. Et vsusfructus & cæteræ seruitutes omnes siue personales siue reales, & siue vrbanorum & siue rusticorum prædiorum, constituuntur pactionibus stipulationibus & testamento *§. vlt. Instit. de seruit. l. 1. § 1. supr. de vsufr.* quia eadem hac parte omnium seruitutum ratio est.

a *Fere*, quia vsusfructus constituitur etiam per legem, vt in *l. . C. de bon. mater. l. 3. C. de secund nupt. l. cùm oportet 6. & l. vltim. Cod. de bon. qua liber.* Item ex certo tempore & ad tempus *l. 4. supr. de vsufruct. l. & puto* 16. §. *vsusfructus infr. famil. ercisc. l. si pater* 5. *C. de vsufr. l. cùm vsusfructus* 13. *infr. de vsuf. ucl. legat. l. si sic* 7. *vs. fr. quemadm. seruit. amitt.* Non etiam cæteræ seruitutes.

1 ¶Vsus seruitutium^a temporibus secerni potest: fortè vt quis post horam tertiam vsque in horam decimam eo iure vtatur, vel vt alternis diebus vtatur.

Ad §. 1. Vsus.

a *Vsus seruitutium.* Ratio dubitandi & decidendi. Eadem quæ ad §. *vlt. l. prox. preced.*

6 PAVLVS libro 21. ad Edictum.

AD certam partem fundi seruitus tam remitti, quàm constitui potest.

Ad l. Ad certam 6.

Ratio dubitandi. Seruitus non potest constitui neque remitti pro parte *l. pro parte 11. infr.*

Ratio decidendi. Quælibet pars fundi fundus est *l. locus est 60. de verb. signific.* & ideò potest acquiri pro parte diuisa *l. certo generi 13. §. 1. infr. rust. præd.* pro indiuisa non potest *l. si quis duas 6. §. 1. infr. Commun. præd.*

7. VLPIANVS lib. 13. ad legem Iuliam & Papiam.

IVs cloacæ mittendæ seruitus est.

Ad l. Ius cloacæ 7.

Ratio dubitandi. Seruitus esse non potest nisi quæ habet causam perpetuam ideo; foraminis seruitus esse non potest *l. foramen 28. infr. tit. t.*

Ratio decidendi. Habet hæc seruitus cloacæ immittendæ causam naturalem, & eo frequenter perpetuam *d. l. foramen*, & ideò seruitus est, & quidem vrbana si sic constituta sit vt per prædium vrbanũ cloacam mihi habere liceat, puta per domum vicini, aut per Prætorium, secundum sententiam illorum qui prædia vrbana distinguunt à rusticis materia non loco, vt Vlp. in *l. vrbana 198. de verb. sign.* Sicut & vrbanam familiam à rustica *l. vrbana 166. eod.* quam sententiam probant Impp. in *l. si prædium 16. C. de præd. minor.* Nam secundum alios qui loco solo distinxerunt vrbana prædia à rusticis, in quibus fuit Neratius *l. 4. §. 1. in quib. caus. pign.* Potest etiam esse rustica, quod & idem Neratius apertè scribit *l. 2. inf. rust. præd.* vbi dicam.

8. PAVLVS libro 15. ad Plautium.

VT pomum decerpere liceat, & vt spatiari, & vt cenare in alieno possimus: seruitus imponi non potest.

Ad l. Vt pomum 8.

Ratio dubitandi. Potest hæc conuentio facere fundum vnum deteriorem, & alium pretiosiorem, quod seruitutis proprium est *l. de pupillo 5. §. Et bellè de nou. oper. nunc.* Ratio decidendi. Vt pomum decerpere liceat, & vt spatiari, & cœnare in alieno possimus, pertinet ad vtilitatem personæ, non prædij, Ergo prædio deberi non potest. Multùm autem interest, an personæ quid debeatur, an prædio *l. pe. oris 4. inf. rust præd. l. Mela 14. §. vlt. de alim legat. l. pen. de seruit. leg.* Nec potest esse seruitus prædialis sine prædio quod debeat, & prædio cui debeatur: *l. 1. inf. comm. præd.* sed neq; personalis seruitus ista est, cùm neq; vsusfructus, neq; vsus, neque habitatio, sed tantùm ius quoddam personale *d. l. Mela 14. in fin. d. l. pen. de seru. l. g.* Idem & si conuenerit de aqua ducenda amœnitatis causa, vt in *l. 3. in princ. de aqua quot. & est.*

1 ¶Si prædium tuum mihi seruiat: siue ego partis prædij tui dominus esse cœpero, siue tu mei, per partes seruitus retinetur, licèt ab initio per partes adquiri nō poterit.

Ad § 1 Si prædium.

Ratio dubitandi. Vitiatur actus, qui ad eum casum peruenit à quo incipere non potuit, *l. quia in eum casum 16. inf. ad leg Aquil. l. pro parte 11. inf. hoc tit.*

Ratio decidendi. Seruitus non potest acquiri pro parte, nec stipulatio seruitutis *l. pro parte 11. infr. l. si quis duas 6. inf. Com. præd.* sed acquisita in totum seruitus pro parte retineri potest, quia facilior est retentio, quàm acquisitio *l. pen. in fin. de verb. oblig. l. 1. de pignor.* & seruitus iam constituta cœpit afficere totum prædium, & consequenter quamlibet partem prædij. *l. certo generi 13. §. 1. infr. rust. præd.* & confusio quæ inducit amissionem alterius partis non potest inducere effectum latiorem sua causa, vulg. *l. inagris 16 de acq. rer. dom. l. vnus ex iou… 34. infr. rust præd. l. si quis ædes 30. §. 1. infr. tit. prox.*

9. CELSVS lib. 5 Digestorum.

SI cui simplicius via per fundum cuiuspiam cedatur, vel relinquatur in infinito^a (videlicet per quamlibet eius partem) ire agere licebit: ciuiliter modò. nam quædam in sermone tacitè excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est: cùm id æquè commodè per alteram partem facere possit, minore seruientis fundi detrimento. verùm constitit, vt, quà primùm viam direxisset, eà demum ire agere deberet, nec ampliùs mutandæ eius potestatem haberet: sicut Sabino quoque videbatur, qui argumento riui vtebatur: quem primò qualibet ducere licuisset: postea quàm ductus esset, transferre non liceret. quod & in via seruandum esse verum est.

Ad l. Si

Ad l. Si cui simplicius 9.

a *In infinito.* Ratio dubitandi. Constitutio seruitutis est odiosa, & consequenter restringenda *l. cùm quidam 19. de liber & posthu.* tanquam quæ sit contra naturam rerum quæ omnes sunt liberæ *l. cùm eo 9. tit. 1. l. ultimus 8. C. hoc tit. l. 4. de usufr. & usu.*

Ratio decidendi. Quælibet pars fundi seruientis sicut est fundus *l. si quis duas 6. §. 1. infr. Comm. præd. l. locus est 60. de verb. signif.* ita est seruiens *l. certo generi 13. §. 1. l. si mihi 21. l. via 23. §. vlt. infr. rust. præd.*

b *Non enim per vineas ipsas* Quælibet pars fundi seruientis est seruiens, vt modò diximus.

Ratio decidendi. Non est malitiis indulgendum *l. in fundo 38. sup. de rei vind.* neque permittendum, vt quis iure suo in alterius iniuriam abutatur *l. 1. §. sed & fossas de aqua & aqua pluu. arcend. l. 3. §. 1. de aqua quot. & æst.* Tueri enim quisque ius suum debet non iniuriam comminisci *l. 3. §. parui refert, quod vi aut clam.* Denique & legum & contractuum verba sunt ciuiliter intelligenda non cauillanda, aut calumnianda *l. pen. inf. ad exhib.* & quædam in sermone tacitè excipiuntur, licèt nihil dictum sit ex verisimili scilicet mente legislatoris, aut testatoris, aut contrahentium *l. quamquam 62. infr. de rit. nupt. l. 3. infr. de reb. cred.* sicut è contrario interdum quædam tacitè accedunt, licèt nihil de iis dictum sit *l. penult. infr. de usufr.*

c *Haberet.* Ratio dubitandi. Non definit totus fundus seruire ob id, quod is, cuius prædio debetur seruitus, direxerit iter, agere per certam partem fundi, ideoq; in potestate heredis est per quam partem fundi velit constituere seruitutem, si modò nulla captio legatarij futura sit *l. si via 26. infr. rust. præd.* etiam postquàm legatarius direxit iter agere per certum locum, vt in *l. 2. §. pen. inf. de relig. & sumpt. funer.*

Ratio decidendi. Nemo potest mutare consilium in alterius iniuriam *l. nemo potest 75. de reg. iur. l. per quem locum 14. rust. præd.* nec inconstantia ista ferenda est *l. quæ omnia 25. de procurat.* Ideoq; qui semel elegit, non potest variare *l. quod in heredem 9. §. eligere. de tribut. act. l. & si fortè 6. §. modus si seruit. vindic. l. vlt. de aqua quot. & æst. l. cùm filius 76. §. varius de leg. 2.* nisi in concedenda seruitute ita conuenerit, vt in *l. nam satis 6. §. 1. versic. cæterùm. infr. quem. seruit. amitt.* Nam electa vna parte fundi aliæ liberæ fiunt *l. certo generi 13. §. 1. rust. præd.* vt scilicet variare non possit is cuius prædio seruitus debetur. Is enim cuius prædium seruit, potest variare saltem ex causa, dum ne faciat duriorem condicionem legatarij *d. l. si via. & d. l. 2. §. pen.* In seruitute vsus, aliud est *l. penult. §. 1. de vsu & habit. supr.* quia æstimatur ex commoditate personæ quæ variabilis est, vt & Bartolus bene obseruauit: Etsi non tam variatio illa est quàm vsus pletior & liberior: Latiùs enim patent seruitutes personales quàm reales quæ semper restringuntur ad necessitatem prædij dominantis. Personales autem admittunt etiam rationem amœnitatis & voluptatis *l. competit 16. inf. quod vi aut clam. iunct. l. seruitutes 20. §. 1. infr. tit. prox. l. 3. in prin. inf. de aqua quotid. & æstiu.*

10. CELSVS libro 81. Digestorum.

SI iter legatum sit: quà, nisi opere facto, iri non possit: licere, fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait.

Ad l. Si iter 10.

Ratio dubitandi. In constitutione seruitutis nihil dictum est de fodiendo & substruendo, In odiosis autem quales sunt seruitutes & stipulationes id quod expressum non est habetur pro omisso *l. quicquid 99. de verb. oblig.* & imputandum est ei qui potuit legem apertiùs dicere *l. veteribus 39. D. de pact.*

Ratio decidendi. Etiam in odiosis & strictis tacitè conuentũ intelligitur id, sine quo id quod promissum est fieri non potest *l. seruitutes 10. §. 1. vrban. præd. l. 2. supr. de iurisd. &.* Et seruitutes quoque prædiales indigent suis adminiculis non minus quàm vsusfructus, de quo in *l. 1. §. 1. sup. si vsusfr. pet.*

11. MODESTINVS libro 9. Differentiarum,

PRo parte domini seruitutem adquiri non posse, Vulgò traditur, & ideò si quis fundum habens, viam stipuletur, & partem fundi sui posteà alienet: corrumpit stipulationem[a], in eum casum deducendo, à quo stipulatio incipere non possit. Prò parte quoque[b], neque legari, neque adimi via potest. &, si id factum est, neque legatum, neque ademptio valet.

Ad l. Pro parte 11.

Ratio dubitandi & dec. ead. quæ ad *l. 2. supr.* Intellige autem de parte prædij dominantis indiuisa, non de diuisa, vt scripsi ad *l. ad certam. supr.*

a *Corrumpit stipulationem.* Ratio dubitandi. Potest etiam seruitus pro parte retineri *l. vt pomum 8. §. 1. supr.* pro parte, inquam, non quidem seruitutis, sed dominij. Ipsa enim seruitus semper indiuidua est, nec partem vllam habere potest, vt contra Accursium Bartolus hîc disputat ex *l. 1. §. si vsumfructum inf. ad leg. falcid. l. vna est via 18. inf. rustic. præd.*

Ratio decidendi. Facilius est vt pro parte retineatur; quàm vt acquiratur: retinetur enim iam constituta, acquiritur autem vt constituatur, quoties per stipulationem acquiritur. Porrò stipulatio fit inutilis quæ ad eum casum peruenit à quo incipere non potuit *l. pluribus pen. §. vlt. infr. de verb. oblig. l. quia 16. infr. ad l. Aquil. l. debitor 82. de leg. 2.* quod non similiter dici potest in actibus iam perfectis. Multa enim facta durant quæ fieri prohibentur, vt hîc notat Accurs. ex *l. patre furioso 8. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Nec in actibus iam perfectis & ad effectum suum perductis locum habet regula illa veterum, quæ irrita vult esse omnia illa quæ ad eum casum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *d. l. penultim. § vltim. de verb. oblig. iunct. leg. existimo 98. in princip. leg. si sub vna 36. §. 1. eod. l. in ambiguis 85. de regul. iur.*

b *Pro parte quoque.* Eadem ratio dubitandi & decidendi ad hunc versi. quæ ad initium legis, nisi quod hic finis loquitur de parte fundi seruientis, initium autem de parte fundi dominantis, quod & Accursius notat: sed intellige de parte dominij, non de parte seruitutis, vt dixi proximè contra Accursiũ,

qui vult seruitutē pro parte quidē neq; acquiri, neque legati, neq; adimi expressim posse, sed tacitè tamen posse. Quasi hîc locū habeat regula iuris, *Expressa nocent, Nō expressa nō nocent.* quod certè falsū est.

11. IAVOLENVS libro 4. Epistularum.

NOn dubito, quin fundo municipum per seruum rectè seruitus adquiratur.

Ad l. Non dubito 12.

Ratio dubitandi. Seruus municipum non est singulorum, nec fundus municipum fundus singulorum *l. sicut 7. §. 1. quod cuiusq. vniu. nom. l. 1. §. vlt. de acq. poss.*

Ratio decidendi. Vtilitatis causa receptum est vt per seruum municipes acquirant & dominium & possessionem *l. 2. eod. tit. de acq. poss.* alioquin essent incapaces acquisitionis, quia vni consentire non possunt *d. l. 1. §. vlt.*

13. POMPONIVS libro 14. ad Quintum Mucium.

SI, tam angusti loci demonstratione facta, via concessa fuerit, vt neque vehiculum, neque iumentum eâ inire possit: iter magis, quàm via, aut actus adquisitus videbitur. sed si iumentum eâ duci poterit, non etiam vehiculum: actus videbitur adquisitus.

Ad l. Si tam 13.

Ratio dubitandi. Alia est seruitus itineris, alia actus, alia viæ, & differentes sunt specie, *l. 1. rust. præd.*

Ratio decidendi. Iter in actu, actus in via continetur, nō quidem formaliter sed materialiter *d. l. 1.* in quo rerum genere quarum vna continetur in alia, si non valet quod ago vt ago, valet vt valere potest *l. via constitui 13. eod. rust. præd.* Quænam autem differentiæ sint inter actum & iter, itemq; inter actum & viam dicemus ad *l. t. l. qui sella 7. l. inter actum 12. & l. seq. §. latitudo & d. l. via 13. ill. tit.*

14. PAVLVS lib. 15. ad Sabinum.

SEruitutes prædiorum rusticorum, etiam si corporibus accedūt, incorporales tamen sunt, & ideo vsu non capiuntur[a]: vel ideo quia tales sunt seruitutes vt non habeant certam, continuámque possessionem[b]. nemo enim tam perpetuò, tam continenter ire potest, vt nullo momento[c] possessio eius interpellari videatur. Idem & in seruitutibus prædiorum vrbanorum obseruatur[d].

Ad l. Seruitutes 14.

Ratio dubitandi. Iura prædiorum nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. sign.*

Ratio decidendi. Sunt ipsa prædia in concreto, sed in abstracto sunt quid incorporale, quia tangi non possunt, cùm in iure consistant *l. 1. §. vlt. de rer. diuis. & Instit. de reb. corp. & incorp.* quamuis sine prædiis esse non possint *l. 1. inf. Comm. præd.*

a *Vsu non capiuntur.* Ratio dubitandi. Seruitutes quamuis incorporales, corporibus tamen accedūt nec sine ipsis esse possunt, vt proximè diximus, ergo perinde atque corpora vsucapiuntur.

Ratio decidendi. Sine possessione nulla est vsucapio *l. sine possessione 25 de vsucap.* seruitutes autē non possidentur, quia sunt iura nec possunt tangi aut alio vllo sensu percipi, quod tamen ad possessionē necessarium est, siue à pedibus dicta sit possessio, siue à sedibus *tit. 1 & 3. in pr. de acq. poss. l. seruus 43 §. incorporales infr. de acq. rer. dom.* Sanè cùm vsucapiuntur prædia, seruitutes quoq; prædiis illis debitæ vsucapionem sequuntur *l. si aliena 10. §. 1. de vsucap.* Intelligitur enim eas quoque quasi possidere is, qui prædia ipsa possidet *l. si ædes 32. §. 1. inf. tit prox.* & ita intelligi debet quod scriptum est in *l. vltim. de itin. act. priu. l. regulariter 3. supr. de hered. pet. l. 2. in fin. comm. præd.* Inde est quod pro seruitutibus quoq; comparata sunt interdicta *tot. tit. de itin. act. priu. & de aqu quot. & æst. l. 1. §. 1. de itin. act. priu. l. sunt 8. §. Aristo in fine si seruit. vindic.* non verè ac propriè possessoria, sed veluti possessoria, vt loquitur *l. vlt. inf. hoc tit.*

b *Continuamq; possessionem.* Ratio dubitandi. Non est seruitus quæ non habet causam perpetuam *l. foramen 28. vrb. præd.*

Ratio decidendi. Aliud est habere causam perpetuam, aliud verò possessionem cōtinuam, quod interpretes nostri non benè perceperunt cùm diuisionem illam seruitutum induxerunt in continuas & discontinuas, & in illas quæ perpetuam causam habent, & in illas quæ non habent, de qua hîc Accursius. dicam ad *d. l. foramen* & ad *l. si quis diuturno 10. inf. si seru. vindic.*

c *Vt nullo momento.* Ratio dubitandi. Possessio etiam sine actu vllo retineri potest solo animo, licet non nisi animo & corpore acquiri possit *l. 3. §. in amittenda l. peregrè 44. in princ. & §. vlt. & ll. seq. de acq. poss.*

Ratio decidendi. Vsucapio nulla est sine continua possessione *d. l. sine 25. de vsucap.* possessio autem rerum corporalium continua esse potest, seruitutū non potest quæ nec semel possideri per se, & sine corporibus possunt, vt modò diximus. Possunt tamen etiam longa quasi possessione acquiri diuturno vsu, id est decennio inter præsentes & vicennio inter absentes *d. l. si quis diuturno 10. infr. si seru. vindic.* Exemplo rerum immobilium *l. 2. C. de seruit. & aqua* dummodò quis seruitute vsus sit non vi non clam non precariò sciente & patiente aduersario etiamsi non doceat de titulo *d. l. si quis*, quoniam scientia & patientia domini pro traditione est, alioqui probanda est quasi possessio eius temporis quod hominum memoriam excedat *l. 3. §. ductus aquæ infr. de aq. quot. & æst.* iunge *l. si. inf. quem. seru. amitt. l. vlt. de itin. act. priu. l. 1. §. vlt. l. 2. §. antep. l. vlt. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Obseruandum autem est, cùm acquiritur seruitus eo tempore quod hominum memoriam excedat, non quæri an quis vsus sit aut vi aut clam aut precario, quia tam longa & immemorialis possessio non solùm tituli sed etiam iusti tituli vim obtinet

obtinet *d. §. ductus aquæ.* Ideóque non requirimus hoc casu probationem patientiæ, quia nos ad aliud requirimus probationem patientię quàm quod sit illa vice traditionis & possessionis *l. vlt. infr. hoc tit. l. 1. §. vlt. rust. præd.* cuius probatio nulla esse potest, & frustra requireretur in possessione immemoriali, sicut & probatio bonæ fidei. Titulus sanè nunquam requiritur in seruitutum acquisitione non ratione illa, quàm adfert Bartolus, quod amissio sit minoris præiudicij domino, quàm amissio proprietatis, sed quoniam scientia & patientia domini quam interuenire necesse est non tantum pro traditione sit sed etiam pro titulo, & quidem optimo, qui ab ipso domino habeatur *d. l. 2. C. hoc tit.* nec proinde necesse est vt ad cautelam illam vt vocant confugiamus de titulo allegando, quasi probetur saltem præsumptiuè ex vsu longi temporis ex not. in *l. cùm in rem vers. 6. de vsur.* cùm probetur concludenter probata scientia & patientia domini. Aliud est in titulo quem quis dicit se habere à non domino vt in vsucapione & præscriptione rerum corporalium. Quemadmodum nec malæ fidei possessor dici potest, qui ius habet à domino *l. si quis cùm sciret 8. inf. pro ruptor.* extra casum *l. si ab eo 12. inf. de vsuc.* Vide quæ scripsimus *lib. 19. Coniect. cap. 9. 10. & 11.*

a *Obseruatur.* Ratio dubitandi. Seruitutes prædiorum vrbanorum consistunt in superficie, & ideò quasi possidentur, & eorum possessio quasi quodam facto retinetur *l. seruitutes 20. inf. tit. 1.* Ergo vsucapiuntur.

Ratio decidendi. Vsucapiebantur ante legem Scriboniam quæ ob eam causam fuit necessaria, ne per vsucapionem seruitus quæ odiosa est constitueretur quamuis titulo interueniente *l. 4. §. vlt. inf. de vsucap.* Itaq; bene Paul. hanc sententiam refert non tam ad iuris rationem quàm ad obseruationẽ, nisi malis hunc versic. esse interpretis imperiti, alia enim certè ratio est vrbanarum seruitutum, alia rusticarum, de quibus solis ideò Paulus loquitur initio huius legis sicut è contrario idem ille de vrbanis tantùm in *d. l. seruitutes 20. inf. Tit. 1.* aut si hunc versic. retinere quis velit, omnino legendum est addita negatione *non idem*, nec sanè ratio allata in seruitutibus rusticis potest accommodari ad vrbanas. Vide quæ scripsi *lib. 19. Coniect. cap. 9.*

1 ¶Seruitus itineris ad sepulchrum, priuati iuris manet. & ideò remitti domino fundi seruiẽtis potest: & adquiri etiam post religionem sepulchri hæc seruitus potest.

Ad §. 1. Ad Sepulchrum.

Ratio dubitandi. Sepulchrum est res religiosa ac proinde in nullius bonis *l. 1. l. 6. §. religiosum supr. de rer. diuis.* seruitutes autem sunt in bonis, quarum scilicet nomine & actiones habemus & exceptiones *tot. tit. si serv. vind.* iunct. *l. rem in bonis 52. de acquir. rer. domin.* nec rursum possunt esse seruitutes sine prædiis, quibus accedunt *l. prox. sup. l. 1. inf. comm. præd.* non potest ergo constitui aut remitti seruitus itineris aut viæ ad sepulchrum.

Ratio decidendi. Alia ratio est sepulchri, alia itineris ad sepulchrum, nec enim tale iter fit religiosum sed priuati iuris manet, Religiosum enim facit illatio mortui in certum locum suum, non per certum locum alienum, quomodo alienum esse oportet locum per quem seruitus itineris constitui possit *l. in re communi 26. infr. tit. 1.* iunct. *d. l. in tantum 6. §. religiosum de rer. diuis.* Ergo & iter & viam ad sepulchrum possumus vindicare, licèt sepulchrum dominij nostri non sit *l. 1. infr. si seruit. vindic.*

2 ¶Publico loco interueniente, vel via publica, haustus seruitus imponi potest, aquæductus non potest [a], à principe autem peti solet [b]: vt per viam publicam, aquam ducere incommodo publico liceat.

Ad §. 2. Publico loco.

Ratio dubitandi. In rusticis seruitutibus, qualis est haustus aquæ *l. 1. §. 1. rust. præd.* medium prædium quod non seruit impedit seruitutem *l. qui sella 7. in fin. eod.*

Ratio decidendi. Alienus fundus non est qui est publicus, quia publicum id dicitur cuius proprietas vniuersitatis, vsus omnium communis est *§. flumina Instit. de rer. diuis.* Ergo etiam via publica intercedente, seruitus haustus aquæ constitui potest *l. si prius 17. §. via publica infr. de aqua & aq. pluu. arc.* iunge *l. Attius 38. de acquir. rer. dom.*

a *Aquæductus non potest.* Ratio dubitandi. Eadem videtur ratio aquæ haustus, & aquæ ductus, cùm vtraque sit seruitus rustica.

Ratio decidendi. Diuersa ratio est, quia ad hauriendam aquam itinere tantum opus est, per quod nihil moratur in loco publico, sed ad aquam ducendam opere facto opus est, quod in loco publico nemo priuatus facere potest, nisi permittente Principe *l. 1. l. 2. §. meritò. & §. si quis à Principe, & tot. tit. ne quid in l. c. public. fiat aut Senatu. l. 2. infr. de fluminibus.*

b *Peti solet.* Ratio dubitandi. Non est ab Imperatore petendum quod iure ordinario conceditur *l. Imperatores 30. inf. De reb. author. iud. poss.* Loci autem publici vsus cuilibet communis est *d. §. flumina 2. Inst. de rer. diuis.*

Ratio decidendi. Sine permissu Principis aqua per viam publicam duci non potest *l. si in publico 18. §. 1. de aqua & aqua pluu. arc.* quia viarum publicarum tuitio spectat ad Principem qui populi vice est *l. 1. D. de constitut. Princip.* Nec facilè solet Princeps hoc concedere nisi cùm fieri potest sine incommodo publico, saltem magno, vt hîc notat Accursius arg. *l. 2. C. de prec. Imper. offer.*

3 ¶Sacri, & religiosi loci interuentus etiam itineris seruitutem impedit: cùm seruitus per ea loca nulli deberi potest.

Ad §. vlt. Sacri.

Ratio dubitandi. Nõ est necesse vt locus medius seruiat, vt videre est publico loco interueniente *§. prox. supr.* nec enim seruit etiamsi Princeps concesserit, vt per eum locum aqua ducatur.

Ratio decidendi. Seruitus per locum sacrum aut religiosum nulli deberi potest, cùm res huiusmodi sint extra commercium, nec eo loco sit fas vti *l. si prius 17. §. penultim. de aqua & aqua pluuia arcend.*

in qua differt locus sacer & religiosus à publico, cuius communis vsus est, vt diximus ad §. praecedentem. Locus publicus prodesse potest ad vsum seruitutis, Locus sacer & religiosus non potest.

15. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

QVotiens nec hominum, nec prædiorum seruitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet: veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. & ideo, si mihi concedas, ius tibi non esse fundo tuo vti frui, nihil agitur [a]. aliter atque si concedas mihi, ius tibi non esse in fundo tuo [b] aquam quærere, minuendæ aquæ mei gratia.

Ad l. Quotiens nec hominum 15.

Ratio dubitandi. Multa habere possumus etiam quæ nobis vtilia non sunt.

Ratio decidendi. Obligationes omnes & stipulationes ad hoc comparatæ sunt vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Itaque nihil inutile acquirere possumus, sed acquisitum tamen retinere possumus. Planè qui rem suam aliquam tradit, potest in traditione inutilem quoque seruitutem constituere, sibique acquirere *d. l. ei qui fundo.* quia in traditionibus rerum quodcunque pactum valere certum est *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* etiam quod alioqui non valeret *l. venditor 13. infr. commun. præd.* Ne decipiatur is qui non aliter fuerat traditurus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Et illa ratio vera est & sententia *d. l. ei fundo.* Non quàm post Accursius adfert Bart. quod seruitus ibi constituta ab inuito quidem esset inutilis, sed tamen vtilis aliquo casu fore speraretur, arg. *l. si infantis 55. supr. de vsufr.* Nam imò verò valet constitutio seruitutis etiamsi nec intersit actoris nec interesse vnquam possit, dummodò constituatur in rei propriæ traditione, vt in *d. l. ei fundo.*

a *Nihil agitur.* Ratio dubitandi. Seruitus ex eo æstimanda est, si fundi seruientis ius imminuatur.

Ratio decidendi. Ita si fundi alicuius dominantis eo modo ius augeatur *l. de pupillo 5. §. & bellè de oper. nou. nunc.* Iunge *l. pen. supr. de pact.*

b *In fundo tuo.* Ratio dubitandi. Sic debet quis conditionem suam meliorem facere vt tamen vicini non faciat deteriorem *l. 1. §. sed & fossas de aqua & aqua pluu. arcend. l. 3. §. 1. de aqua quot. & æst.*

Ratio decid. Potest tamen nisi vel seruitute aliqua vel natura & qualitate loci impediatur *l. cùm eo 9. inf. tit. prox. d. l. 1 §. sicut autem l. 2. §. Item Varus de aqua & aqua pluu. arc.* & ob eam causam vtilis est constitutio huius seruitutis, ne tibi liceat quod alioqui liceret si modò id mihi vtile futurum sit, puta si concedas mihi ius tibi non esse in fundo tuo aquam quærere minuendæ aquæ meæ gratia, quomodo intelligi debet *l. 2. § si quis 28. inf. de aqua quot. & æst.*

1 ¶ Seruitutium non ea natura est, vt aliquid faciat quis, (veluti viridia tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc vt in suo pingat) sed vt aliquid patiatur, aut non faciat.

Ad §. 1. Seruitutium.

Ratio dubitandi. Etiam ad faciendum rectè obligari quis potest licèt ad factum nemo cogi possit, sed in locum obligationis faciendæ succedat præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. infr. de re iud. l. stipulationes 72. l. quoties 81. l. in executione 85. de ver. oblig.* Ratio decidendi. Seruitutes de quibus agimus sunt prædiorum, non hominum, prædia verò nihil facere possunt, sed pati tantùm. Excipe tamen seruitutem oneris ferendi *l. & si fortè 6. §. etiam l. sicut 8. §. 1. & 2. inf. si seruit. vind. & l. eum debere 33. infr. vrban. præd.* Iunge *l. 1. in fin. de aqua & aquæ pluu. arc.*

16. IVLIANVS libro 49 Digestorum.

EI, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, vtilem petitionem seruitutis dari, sicut ipsius fundi vtilis petitio dabitur. Idem seruari conuenit & in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet [a].

Ad l. Ei qui 16.

Ratio dubitandi. Seruitutes constituuntur iure dominij *l. 1. inf. Comm. præd.* Et ideò causam eius sequuntur, cùm nihil aliud sunt quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. sign.* Creditor autem non est dominus sed scit se pro alieno possidere *l. pignori 13. inf. de vsuc.* Ratio decidendi. Creditor possidet pignus ad omnes causas præterquàm ad vsucapionem *l. seruit 16. eod. tit.* Æquum igitur est vt habeat omnia commoda quæcunque ex pignore percipi possunt, tanto magis quod in pignore quodammodo est procurator debitoris *l. si pignori 29 infr. famil. ercisc.* Æquum igitur est, eum habere vtilem petitionem seruitutum *l. creditori 9. infr. de oper. nou. nunc.* In quo plus iuris habet quàm fructuarius *l. 1. supr. si vsusfruct. pet.* quia & habet vtilem petitionem ipsius fundi cui seruitus potest accedere non etiam fructui *l. 1. de vsufr. legat.* Neutram tamen habet directam, quoniam directa non datur nisi domino fundi dominantis *tot. tit. si seruit. vindic. l. 1. Comm. præd.* hypothecaria autem non nisi vtilis vindicatio est, nec dominij sed pignoris *l. si fundus 16. §. in vindicatione infr. de pignor.* At neque habet directam hypothecariam sed vtilem tantùm, quia possessio pignoris transfertur in creditorem vt eam retinere possit, non etiam vt persequi *l. 1. eod. tit. l. si rem 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. de pignor. act.* cùm actio in rem nunquam detur possidenti *§ æquè Instit. de act.*

a *Pertinet.* Ratio dubitandi. Is ad quem vectigalis fundus pertinet dominus non est, sed tantùm quasi conductor perpetuus *l. 1.* vbi dixi *sup. si ager vect.*

Ratio decidendi. Habet tamen vtilem in rem actionem quia ab eo inuito quamdiu vectigal soluet, auferri fundus non potest *d. l. 1. 2. & 3. eod. ill. tit.* Ergo & vtilem vindicationem seruitutum quoque habere debet. Idem iuris est in emphyteutica quoniam eadem iuris ratio in eo locum habet, Dixi ad *ill. Tit. si ager vectigal. petat.*

17. POMPONIVS libro singulari Regularum.

VIæ, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest: quia vsus eorum

eorum indiuisus est. & ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt[a]. & si, promissor decesserit pluribus heredibus relictis, à singulis heredibus solida petitio est.

Ad l. via 17.

Ratio dubitandi Potest via æstimari & pars æstimationis solui *l. si fundus 13. l. si is qui 80. §. 1. ad leg. falc.*

Ratio decidendi. Ita demum æstimatio rei promissæ debeti debet, si id quod promissum est tale sit vt solui illud ipsum potuerit *l. si mulier 59. §. ex asse D. de iur. dot.* Ne alioqui debitor aliud pro alio soluere inuitus cogeretur *l. 2. §. mutui De reb. cred.* At via vt seruitutes omnes excepto vsufructu sunt indiuiduæ non solum quod ad ius earum pertinet, sed etiam quod ad vsum, *l. 1. § si vsusfructus Ad leg. fals.* & earum diuisio corrumpit stipulationem *l. 2. §. 1. l. 4. §. Cato l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.* licèt vsus ipse viæ sui natura habeat intermissionem *l. cum vsusfructus 13. infr. de vsufr. legat l. seruitutes 14. supr. hoc tit.* & quamuis aqua ipsa recipiat diuisionem *l. partem 25. rust. præd.*

a *Viam petunt.* Ratio dubitandi. Videtur hoc casu perueniste stipulatio ad eum casum à quo incipere non potuit, vt in *l. pro parte 11. supr.*

Ratio decidendi. Obligatio defuncti quæ fuit indiuidua transit in omnes eius heredes in solidum *d. l. 2. §. 1. d. l. 4. §. Cato de verbor. oblig.* Quia ex personis heredum condicio obligationis immutari non potest *d. l. 2. § Ex his* iunge *l. heredes 25. §. an ea famil. ercisc.* Et sanè absurdum esset ex personis heredum siue stipulatoris siue promissoris irritam fieri obligationem & stipulationem quæ in defuncti persona constitisset *l. si vnus 19. in fin. inf. rust. præd.* Numquam enim nocent quæ fiunt ex ordine aliquo siue naturali, vt in *l. filius à patre 28. §. 1. in fin. de liber. & posth.* siue ciuili *l. cùm vnus 12. infr. de reb. author. iudic. possid.* Neque debet sola iuris ratio damno adficere stipulatorem, aut heredes stipulatoris qui sibi diligenter prospexerat *l. 3. inf. de separ.* Ergo vnicuique ex heredibus in solidum actio competet *l. 4. §. si fundus infr. si seruit. vind.* vbi additur æstimandam tamen esse viam, vt id tantùm quod interest veniat in æstimationem, scilicet cùm agit vnus ex heredibus stipulatoris. Nam si vnus ex heredibus promissoris conueniatur, sicut in solidum conuenitur, ita solidum debet restituere, cùm via diuisionem non recipiat *d. l. 4. §. sed si duorum.* Aliud ergo est in quolibet singulari successore *d. l. pro parte* mihi seruitus iam fuerit constituta, vt in *l. vt pomum 8. §. 1. supr.* Tunc enim alienata parte prædij, seruitus pro parte retinetur.

18. PAVLVS libro 31. Quæstionum.

PApinianus notat,

IN omnibus seruitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Ad l. Papinianus 18.

Ratio dubitandi. Semel extincta obligatio siue rei, siue personæ numquam per se reuiniscit *l. qui res 98. §. aream de solut.* Ratio decidendi. Doli exceptio locum habet quoties quis per occasionem iuris ciuilis lucrum captat ex damno alieno contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1. de dol. except.* sic in *l. si ei 9. inf. comm. præd. l. si quis ad. s 30. infr. tit. prox. l. 2. §. pen. de hered. vend.* intellige autem de legato damnationis siue puro siue condicionali non de puro legato vindicationis in quo nulla potest locum habere confusio, quia legatum vindicationis facit rem legatarij statim legatarij numquam factam heredis *l. à Titio 64. de furt. l. legatum 80. de leg. 2. l. sed si damnum 9. §. sed & creditor inf. de pecul.* Accurs. noster qui distinctionem hanc legatorū non intellexit, cogitur hāc legem restringere ad eū casu quo testator aut rem suam legauerit sub condicione, aut rem heredis sui purè, quia legati condicionalis heres interim dominus est *l. 1. §. serui de Senat. Silan. l. & post litem 12. §. 1. fam. ercisc. l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. manum.* dominium autem rei heredis non potest transire in legatarium sed interpretatio nostra eo melior est quo latior: vsusfructus alia ratio est, quia per cōfusionem extinguitur irreuocabiliter *l. si cuius 16. l. cùm filius 76. § dominus de leg. 2.* iunge *l. legatarius 38. §. 1. de leg. 1.* Ratio diuersitatis est inter vsumfructum & alias seruitutes quas adfert Papinian. in *d. §. dominus & in l. Mænius 66. § fundo eod. tit.* quia fructus portionis instar obtinet, non etiam cæteræ seruitutes.

19. LABEO libro 4. Posteriorum à Iauoleno epitomatorum.

EI fundo, quem quis vendat, seruitutem imponi, etsi non vtilis sit, posse existimo: veluti, si aquam alicui debere ducere non expediret, nihilominùs cōstitui ea seruitus possit. quædam enim debere habere possumus, quamuis ea nobis vtilia nō sunt.

Ad l. Ei fundo 19.

Ratio dubitandi. Non potest constitui seruitus si nihil intersit acquirentis, putà si neque hominis neque prædij seruitus sit *l. quoties 15. supr.*

Ratio decidēdi. In traditione rei suę potest quilibet quam velit legem dicere etiam quæ alioquin non valeret *l. in traditionibus 48. de pact.* quasi eo modo non tam acquiri quod excipitur, quàm retineri videatur *l. venditor 13. infr. commun. præd. l. vlt. Cod. de pact. inter emptor. & vendit.* Acquirere enim ius inutilia non possumus *d. l. quoties*, vbi dixi: habere tamen & retinere possumus vt hic.

20. IAVOLENVS libro 5. ex Posterioribus Labeonis.

QVoties via, aut aliquid ius fundi emeretur: cauendum putat esse Labeo, per te nō fieri, quo minùs eo iure vti possit: q a nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset.

ego puto, vſum eius iuris pro traditione poſſeſſionis accipiendum eſſe. ideóque & interdicta[a] veluti poſſeſſoria conſtituta ſunt.

Ad l. vlt. Quoties via.

Ratio dubitandi. Nulla iurium vacua traditio eſſe poteſt, cùm ſint res incorporales quæ poſſideri nõ poſſunt *l. ſeruitutes 14. ſupr. l. ſeruum 33. § incorporales de acq. rer. dom.* Traditio enim nihil niſi translatio poſſeſſionis eſt *l. 3. de act. empt.* Cùm autem traditio fieri non poteſt, ſolet cautionibus res expediri vt in *l. item ſi 14 §. quatenus ſupr. quod met. cauſ. l. præterea & ſeq. 20. & paſſim de rei vind.* Quod etiam in aliis pleriſque difficultatibus vnicum remedium eſt *l. in lege falcidia 45. § 1. inf. ad leg. falcid. l. 1. §. ſi heres ad Trebell. Et tot. tit. ſi cui plus quam per leg. falcid.*

Ratio decidendi. Patientia, id eſt vſus ſecutus ſciente & patiente domino in ſeruitutibus cæteriſque iuribus pro traditione eſt *l. 1. in fin. infr. tit. pr. ad l. 3. verſ. dare ſupr. de vſufr.* adeoque vice tituli, vt dixi ad *d. l. 14. ſup.* quia ſeruitutum natura illa eſt vt non cogatur quis facere, ſed tantùm pati *l. quoties 15. in fin. ſupr.*

a *Interdicta.* Ratio dubitandi. Interdictis poſſeſſoriis neceſſaria eſt vera poſſeſſio *l. officium 9. ſupr. de rei vindic.* Iura autem & ſeruitutes verè non poſſidentur *l. ſeruitutes 14. ſupr. l. ſeruum 33. §. incorporales de acqu. rer. dom.*

Ratio decid. Ideò dicuntur interdicta velut poſſeſſoria quia quaſi poſſidentur ſeruitutes per vſum & patientiam domini, vt proximè dictum eſt *l. ſeruitutes 20. inf. tit. 1. l. vlt. inf. vti poſſid. l. 1. l. 2. §. Idem Iulianus de itin. actuq. priu. l. 1. § ſi inter riuales 26. de aqua quot. & æſt. l. 2. § Põponius l. ſicut 8. §. Ariſto in fi. inf. ſi ſeru. vind.*

DE SERVITVTIBVS PRÆDIORVM VRBANORVM.

TITVLVS II.

1. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SI intercedat ſolum publicum, vel via publica: neque itineris, actúſve, neque altius tollendi ſeruitutes impedit, ſed immittendi protegendi, prohibendi[a]: item fluminum & ſtillicidiorum[b] ſeruitutem impedit: quia cœlum, quod ſupra id ſolum intercedit, liberum eſſe debet.

Ad l. Si intercedat 2.

Ratio dubitandi. In ruſticis ſeruitutibus impedit ſeruitutem locus medius qui non ſeruit *l. qui ſella 7. §. vlt. inf. tit. 1.*

Ratio decidendi. Habet quilibet vſum ſoli & loci publici tanquam cuilibet de populo communem, dum ne quid in eo faciat *l. ſeruitutes 14. § publico ſupr. tit. 1. Et tot. tit. Ne quid in loc. publ.*

a *Prohibendi.* Ratio dubitandi. Hæ ſeruitutes ſunt vrbanorum prædiorum, in quibus prędiũ medium non impedit, dummodò alterum ſit in alterius conſpectu *l. ſi ædes 38. & l. ſeq. infr. hoc tit.*

Ratio decidendi. Hæ tres ſeruitutes occupant neceſſariò locum medium, qui porrò niſi ſeruiat, occupari non poteſt, aliud eſſet in ſeruitute altius tollendi & aliis quæ ſunt ſimiles *l. eius ædificium 24. inf. hoc tit.* dixi ad *l. ſeruitutes 14. § publico loco ſupr. hoc tit.*

b *Item fluminum & ſtillicidiorum.* Ratio dubitandi. Eadem quę ad verſ. præced. Ratio decidendi. Eadẽ quia cœlum quod ſupra ſolũ & locum publicum intercedit, liberum eſſe debet, nec magis occupari poteſt, quàm ſolum quod publicum eſt. Aliud ſiquidem eſt vti loco publico, Aliud verò locum publicum occupare, prius fieri poteſt, poſterius non poteſt. Porrò qualis eſt locus inferior tale & cœlum eſſe debet *l. vlt. § pen. inf. quod vi aut clam.*

1 ¶Si vſusfructus tuus ſit, ædium proprietas mea, quæ onera vicini ſuſtinere debeant: mecum inſolidum agi poteſt, tecum nullo modo.

Ad §. 1. Si vſusfructus.

Ratio dubitandi. Vſusfructus in pleriſque cauſis pars dominij eſt *l. 4. ſup. iunct. l. ſi Titio 33. §. 1. ſupr. de vſufr. l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2.*

Ratio decidendi. Vſusfructus in iure conſiſtit non in parte, licet emolumentum rei contineat *l. Mæuius 66. § fundo eod. tit.* Et ideò rectè dicimus totum fundum noſtrum eſſe & inſolidum etiam cuius vſusfructus alienus eſt *l. rectè dicimus 25. de verb. ſignif.* Et ſanè proprietas illa eſt quæ ſeruit, non vſusfructus, quia ſeruitus ſeruitutis eſſe non poteſt *l. cùm eſſent 33. § 1. infr. tit. 1. l. 3. de vſufr. leg.* Ergo de ſeruitute contra dominum duntaxat agi poteſt *l. eſt forte 6. § hac autem actio infr ſi ſeruit. vind.* non contra fructuarium *l. apud Trebatium 3. §. vlt. infr. de aqua & aqua pluu. arc.* Niſi fructuarius prohibeat vſum ſeruitutis *l. 1. § competit. 25. de aqua quot. & æſt.* hoc enim caſu ſaltem vtilis danda eſt *l. ſi vſusfructus 25 § vlt. de aqua & aquæ pluu. arc.* ſanè vindicatio vſusfructus datur contra quemlibet poſſeſſorem *l. vti frui 5. §. vers. ſup ſi vſufr. pet.* quia vſusfructus hac parte portionis inſtar obtinet, quæ ratio Papiniani eſt in ſpecie *l. cùm filius 76. §. dominus de leg 2.* & in *d. § fundo.* In cæteris ſeruitutibus quæ merè in iure conſiſtunt nec vnquam partis locum obtinent, aliud eſt.

2. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

VRbanorum prædiorum iura talia sunt: altiùs tollendi [a], & officiendi [b] luminibus vicini aut non extollendi: item stillicidium auertendi [c] in tectum, vel aream vicini, aut non auertendi: item immittendi tigna in parietem vicini: & deniquo proiiciendi, protegendive: cęteráque istis similia.

Ad l. Vrbanorum prædiorum 2.

a *Altiùs tollendi.* Ratio dubitandi. Potest quilibet iure suo & citra seruitutem altiùs tollere *l. cùm eo 9. in fi. l. Altiùs 8. C. de seruit. & aqua.*

Ratio decidendi. Per vsucapionem libertatis aduersus seruitutem altius non tollendi constituitur seruitus altius tollendi, vt scripsi *lib. 19. coniect. cap. 9.* aduersus ea quæ Accursius Bart. & alij interpretes hic tradunt circa seruitutem hanc altius tollendi, quàm Accursius tenrat esse quidem ius prædij sed ius libertatis potiùs quàm seruitutis, Bartolus verò post eundem Accursium esse seruitutem per quam dominus ædes suas altius tollere cogatur ad commodū vicini quod est ridiculum, cum nulla sit seruitus extra seruitutem oneris ferendi, per quam facere quis cogatur, sed tantùm pati *l. quoties 15. §. 1. sup. tit. prox. l. etsi fortè 6. §. etiam infr. si seruit. vind.* Iunge quæ dicam de differentia vrbanarum & rusticarum seruitutum ad *l. hac autem 6. infr. hoc tit.*

b *Officiendi.* Ratio dubitandi. Potest quilibet siue altius tollendo siue aliud quodlibet faciendo in suo officere luminibus vicini quibus non seruiat *d. l. cùm eo 9. inf. hoc tit. d. l. altius 8. C. de seruit. & aqua.*

Ratio decidendi. Eadem quæ ad versic. præced.

c *Stillicidium auertendi.* Seruitus stillicidij auertendi est cùm id agitur vt aqua vicino potiùs quàm nobis noceat, quæ alioqui nobis noceret si non auerteretur. Non auertendi est cùm id agitur inter nos, vt per aquam stillicidij cisterna mea augeatur, tua minuatur. Est & alia seruitus frequentior quæ simpliciter dicitur seruitus stillicidij, scilicet excipiendi, de qua in *l. seruitutes 20. §. si sublatum & seq. infr. tit. prox.* Ratio dubitandi. Necesse est stillicidia naturaliter cadere in locum inferiorem cuiuscunque ille sit & videtur hæc esse vna ex seruitutib. illis naturalibus de quibus in *l. 1. §. vlt. de aqua & aqu. pluu. arc.* vbi dicitur eam esse naturam fundorum vt semper inferior seruiat superiori. Et in *§ pen. eiusd legis* semper hanc esse seruitutem inferiorum prædiorum, vt natura profluentem aquam excipiant.

Ratio decidendi. Nemo cogitur aliena stillicidia in suo recipere nisi seruitute in eam rem constituta. Nec enim cadunt stillicidia de cœlo, sed de tecto quod fit manu hominis, & tantùm abest vt sit ista seruitus naturalis, vt è contrario sit causa naturalis nunciandi noui operis, cùm in nostras ædes aut in nostrum fundum quid immittitur *l. de pupillo 5. §. & bellè inf. de oper. nou. nunc.*

d *Immittendi* quasi intromittendi: immissa enim propriè sunt quæ in alieno loco requiescunt. Projecta verò, quæ extra locum nostrum ita sunt projecta vt nusquam requiescant *l. malum 102. §. 1. de verb signif.* Ratio dubitandi. Reipublicæ interest ornari ædificiis ciuitates *l. 2. § si quis nemine l. vlt. ne quid in loc. publ. tot. tit. C. de ædif. priu.*

Ratio decidendi. Interest etiam reipublicæ ne cuiquam fiat iniuria ex præcepto illo iuris naturalis *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*, cui respondet præceptum illud secundum iuris ciuilis, Alterum non lædere *l. iustitia 10. §. 1. supr. de inst. & iur. d. l. 2. §. si quis à Princip. Ne quid in loc. publ. l. 4. Cod. de emanc. liber.* Non ergo potest quis immittere tigna in parietem alienum sine seruitute.

3. VLPIANVS lib. 29 ad Sabinum.

EST & hæc seruitus, ne prospectui officiatur [a].

Ad l. Est & hæc seruitus 3.

a *Ne prospectui officiatur.* De qua in *l. seq. & inter seruitutes 15. infr.* Ratio dubitandi. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri *l. non debet 74. de reg. iur.*

Ratio decidendi. Non facit neque comminiscitur iniuriam is, qui ius suum tuetur *l. 1. §. & parui refert infr. quod vi aut clam*, quia iuris executio non habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur.* Nec quod per consequentias vicini ius lædatur, & eius prospectui officiatur, ad rem facit, quia non facilè solent attendi quæ fiunt per consequentias *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* Seruitutem ergo hanc constitui necesse est, ne prospectui officiatur, vt non possit offici.

4. PAVLVS lib. 2. Institutionum.

LVminum in seruitute constituta, id acquisitum videtur, vt vicinus lumina nostra excipiat. Cùm autem seruitus imponitur, ne luminibus officiatur: hoc maximè adepti videmur, ne jus sit vicino inuitis nobis, altiùs ædificare, atque ita minuere [a] lumina nostrorum ædificiorum.

Ad l. Luminum 4.

Ratio dubitandi. Potest quilibet facere in suo fenestram per quam lumen accipiat à cœlo quod fit supra solum vicini si non seruitute impediatur.

Ratio decidendi. Nemo inuitus cogitur excipere lumen vicini, id est facere, vt aliquod lumen vel plus luminis ad vicinum perueniat, cùm possit & altius tollendo & fenestras proprias obstruendo, & alio quouis modo vicini ædes obscurare, si non sit constituta seruitus luminum *l. inter 15. infr.* Lumen enim hic non illud est vt cœlum videatur, vt in *l. lumen 16. eod.* sed vt per ædes vicini lumen quomodo ad nos perueniat.

a *Atque ita minuere.* Est igitur hęc differentia inter seruitutem luminum & ne luminibus officiatur. Non illæ quas Accurs. & Bart. hîc adferunt & pla-

net valde quod clariss. I.C. Dionys. Gotthofr. hic notat seruitute ne luminibus officiatur nos in commodum nostrum propulsare, at seruitute luminum nos vicini incommodum ad commodum nostrum procurare. Itaque plus est in seruitute luminum, quàm in illa ne luminibus officiatur, quoniam illa facere tantum prohibet, ne altius tollendo luminibus officiatur: hæc verò cogit dominum fundi seruientis excipere lumen vicini non quidem aliquid faciendo sed tamen nihil eorum faciendo per quæ trãsitus & veluti mutuario quædam luminis impediretur, etiamsi non altius tollantur ædes. In eoque errauit Accurs. qui in luminum seruitute minus esse vult quàm in seruitute ne luminibus officiatur. Sic & in seruitute ne luminibus officiatur plus est quàm in seruitute altius non tollendi. Hæc enim continetur in illa non contra quod & Accurs. notat ad *l. seq.* vt miser Cuiacium putare *lib. 17. obseru. cap. 35.* inter has seruitutes nihil interesse.

5. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

INuitum autem in seruitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit. ideò Pomponius libro quadragensimo, & infantem, & furiosum inuitos rectè dici ait. non enim ad factum, sed ad ius seruitutis hæc verba referuntur.

Ad l. Inuitum autem 5.

Ratio dubitandi. Inuitus propriè est qui contradicit, non qui tantùm non consentit. Nam plerunque qui non contradicit videtur consentire, vt in *l. 2. §. voluntatem infr. sol. matr.*]

Ratio decidendi. Inuitus propriè est ille qui non vult. Aliud autem est non velle, aliud nolle *l. 4. de reg. iur.* & ideò inuitus plerunque dicitur etiam is qui non contradicit si non consentiat *l. filiusfamilias 8. §. inuitus de procur. l. in eo iure 45. §. 1. de rit. nupt.*

a *Infantis & furiosi.* Ratio dubitandi. Infantis & furiosi nullus consensus est ac ne animus quidem *l. 2. §. 1. supr. de procur. l. 2. §. pen. De iur. codic. l. si tibi 8. §. 1. de opt. leg. l. vbi non voce 24. §. 1. De reg. iur.*

Ratio decidendi. Inuiti appellatio hac parte refertur ad factum non ad ius, facto autem ipso verum est furiosum non consentire, licèt nec dissentiat, hic enim rationis huius sensus est, vt iure inuitus is demùm dici possit qui possit si velit contradicere, quia in iure nostro semper priuatio præsupponit habitum: quod in furiosum & infantem non cadit. At facto ipso inuitus is quoque intelligitur, qui non consentit licèt consentire non solùm non velit, sed nec velle possit. Est enim quantum ad factum, non quantum ad ius simplex abnutiuum, vt loquitur Paulus in *l. inter stipulantem 83. in princip. de verbor. oblig.* Itaque tollendo meo iudicio est dictio *seruitutis* quæ hic nullum habet sensum, & irrepsit proculdubio ex glossa imperiti interpretis, indéque errandi occasionem sumpsit Bart. in hac ratione explicanda: itémque Accursius.

6. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

HÆc autem iura similiter, vt rusticorum quoque prædiorum, certo tempore, non nõ vtendò, pereunt, nisi quòd hęc dissimilitudo est: quod nõ omnimodo pereunt vtendo: sed ita, si vicinus simul libertatem vsucapiat. veluti si ædes in Ædibus meis seruiant, ne altiùs tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, & ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero, vel obstruxero: ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altiùs sublatas habueris: alioquin, si nihil noui feceris, retineo seruitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ seruitutem debent, & ego exemero tignum: ita demum amitto ius meum, si tu foramen, vnde exemptum est tignum, obturaueris, & per constitutum tempus itá habueris: alioquin, si nihil noui feceris, integrum ius suum permanet.

Ad l. Hæc autem 6.

Ratio dubitandi. Seruitutes omnes tam vrbanæ quàm rusticæ non vtendo amittuntur *l. nam satis 6. §. 1. l. vsu 20. l. vlt. & pass. infr. quem. seruit. amitt.* sicut è contrario vsu acquiruntur *l. si quis diuturno 10. infr. si seru. vindic. l. 2. C. de seruit. & aqua.*

Ratio decidendi. Vrbanæ hac parte vt in aliis plerisque differunt à rusticis vt in textu & ratio diuersitatis est, non quòd in vsu seruitutis vrbanæ sumptus aliquis præcedat, vt putat Accursius cùm possit in rusticis idem etiam accidere *l. si iter 10. sup. tit. 1.* maximè in aquæductu qui non fit sine impensa, Nec quod vrbanæ seruitutes sint nobiliores quàm rusticæ vt post Mart. Silan. putat Bartolus, Nec denique quod vrbanarum quasi possessionem continuam animo & corpore retineamus, cùm de iis loquamur quibus non sit vsus dominus seruitutis, sed quia vrbanæ veluti facto aliquo possidentur & retinentur *l. seruitutes 20. infr. hoc tit.* contrario igitur facto est opus vt earum libertas vsucapiatur & vt amittantur, Quod in rusticis secus est, acquiruntur enim solo vsu iuncta patientia & scientia domini *d. l. si quis diuturno 10. inf. si seru. vindic. d. l. 2. C. de seruit.* Ergo & non vsu solo amittuntur, decennio scilicet inter præsentes & vicennio inter absentes *l. sicut 13. C. de seruit. ex reg. l. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* iunge *l. 4. §. si viam & §. vlt. inf. de vsucap. l. si quis 18. §. vlt. inf. quemad. seruit. amitt.* Vnde & illa differentia nascitur; quòd in seruitutibus vrbanis non potest libertas vsucapi quin cõtraria seruitus hoc ipso acquiratur, In rusticis contra *l. 2. vbi attigi sup. hoc tit.* Item illa quod in vrbanis seruitutibus præscribendis requiritur bona fides non in rusticis *d. l. 4. §. si viam de vsucap.* Iunct. *gloss. in l. vlt. inf. quem. seruit. amitt.* Quid ergo si facturo seruitutis contrarium non nisi pro parte interuenerit, vt puta si cùm essent plura foramina vnum duntaxat obturatum sit? Tota seruitus retinebitur tanquam indiuidua, vt benè concludit Accurs. ex *l. vna est via 18. inf. tit. prox. l. cùm scimus §. vlt. C. de agricol. & censit. lib. 2.*

7 POMPONIVS libro 26. ad Quintum Mucium.

QVod autem, ædificio meo me posse consequi, vt libertatem vsucaperem, dicitur: idem me non consecutum, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mucius ait. & rectè: quia non ita in suo statu & loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris.

Ad l. Quod autem 7.

Ratio dubitandi. Perinde arbor atque paries efficit vt luminibus officiatur *l. si arborem 17. in pr. infr.*

Ratio decidendi. Non ita in suo statu & loco manet arbor, quemadmodum paries propter motum arboris naturalem, cuius scilicet & stipes & frondes naturaliter crescunt. Aliud ergo est si ædificium ipsum altiùs tollatur, quia tunc fit contra seruitutem altiùs non tollendi. Aliud est rursum in seruitute, ne luminibus aut prospectui officiatur, quia arbor perinde officit luminibus, atque paries altior.

8. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

PArietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, & reficiendi ius non est: quia non solus dominus est.

Ad l. Parietem 8.

Ratio dubitandi. Non est indulgendum malitiis *l. in fundo 38. supr. de rei vind.* Malitia autem est, si quis nolit pati vt fiat, id quod factum prodesset nec cuiquam noceret, arg. *l. in creditore 38. de euict.*

Ratio decidendi. In re communi nihil potest facere socius inuito altero, quia in pari iure potior est causa prohibentis *l. Sabinus 28. comm. diuid. l. in re commum 26. inf. hoc tit.* Sanè si refectio sit necessaria poterit socius aut conductor qui reficere volet agere ob eam rem iudicio communi diuiduodo aut etiam interdicto experiri *l. si ædes 12. infr. comm. diuid.* Quando autem sit refectio necessaria & quis paries idoneus, aut minus idoneus dicatur, vide in *l. in parietis 35. & seq. infr. de damn. infect.*

9. VLPIANVS libro 53. ad Edictum.

CVm eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non seruiat, nulla competit actio.

Ad l. Cum eo 9.

Ratio dubitandi. Prodesse sibi quisque ita demum quis potest si non alij noceat *l. 1. §. sed & fossas. & §. ijdem aiunt 11. de aqua & aqu. pluu. arc.*

Ratio decidendi. Res omnes natura liberæ sunt *l. 4. sup. de iustit. & iur.* nisi sit imposita seruitus *l. altius 8. C. de seruit. & aqua.* dum ne tamen quis alij noceat per inuidiam & malitiam *l. in fundo 38. de rei vindic. l. pen. §. & hoc quidem 7. C. de ædif. priuat.* Excipe casum *l. vlt. in fin. C. de seruit.* de eo qui ædificaret ita vt ventum areæ vicini tolleret, atque ita fructus ipsos inutiles redderet inutili facta area: Hoc enim exigit publica vtilitas, cùm rerum natura fructus omnes hominum gratia comparauerit *l. in pecudum 28. infr. de vsur. l. vetus 68. sup. de vsuf.* Item excipe casum *l. prox. infr.* vbi non permittitur heredi ædes, siue suas, siue hereditarias ita altius tollere vt legatas omnino obscuret, sed tantum cum quadam moderatione ne faciat contra voluntatem sui testatoris si ædes legatas omnino inutiles legatario faciat.

10. MARCIANVS lib. 4. Digestorum.

GAurus Marcello: Binas ædes habeo, alteras tibi lego, heres ædes alteras altiùs tollit, & luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes? & an interesse putes, suas ædes altiùs tollat, an hereditarias: & de illo quæro, an per alienas ædes accessum heres ad eam rem, quæ legatur, præstare debet: sicut solet quæri, cum vsusfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. Marcellus respondit: Qui binas ædes habebat, si alteras legauit: non dubium est quin heres, alias, possit altius tollendo, obscurare lumina legatarum ædium. Idem dicendum est, si alteri ædes, alteri aliarum vsumfructum legauerit. Non autem semper simile est itineris argumentum: quia sine accessu nullum est fructus legatum: habitare autem potest & ædibus obscuratis. cæterum vsufructu loci legato, etiam accessus dandus est: quia, & haustu relicto, iter quoque ad hauriendum præstaretur. Sed ita officere luminibus, & obscurare legatas ædes conceditur, vt non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in vsus diurni moderatione.

Ad l. Gaurus 10.

a *Possit obscurare.* Ratio dubitandi. Debet heres præstare ædes legatas qualiter fuerunt tempore testamenti, aut saltem mortis, cùm ea videatur fuisse voluntas testatoris *l. damnas 15. §. 1. in fin. de vsufr. leg.* Ergo non obscurabitas.

Ratio decidendi ex *l. præced.* quia ædes hereditariæ non seruiunt ædibus legatis, nisi seruitus expressim à testatore imposita sit, quòd hîc non accidit.

b *Quia sine accessu.* Ratio dubitandi. In dubio parcendum est heredi vt non teneatur vltrà quàm testator voluit *l. Sempronius 47. de leg. 2.*

Ratio decidendi. Intelligitur testator voluisse vt legatarius haberet id omne sine quo non posset habere legatum ex regula necessarij antecedentis *l. seruum filij 4. §. vlt. de leg. 1. l. 2. sup. de iurisd.* iuncta *l. 3. §. vlt. infr. tit. 1. l. 1. § 1. supr. si vsusfr. pet.* Miror verò Accursium & Bartolum in ea esse sententia, vt putent Caium in hac lege nihil respondere ad

tertiam quæstionem propositam, vtrum per alienas ædes accessum heres ad eam rem quæ legatur præstare debeat: Respõdet enim apertè pręstare debere, contrà quàm scribat Accurs. non debere ex *l. via 13. in fin. infr. tit. prox. l. in vendendo 66. in prin. de contr. empt.* qui loci pertinent ad contractum inter viuos non ad vltimam voluntatem, melius Bartol. idem quod nos ex *d. l. seruum filij 44. §. vlt. l. si fundum sub conditione 81. §. qui fundum. de leg. 1. l. 3. §. si loci. infr. de adim. leg. l. vlt. in prin. infr. hoc tit. l. penult. inf. si seru. vindic.* Sanè vsufructu legato res est apertior etiam aditum fructuario dandum esse, quia vsusfructus hoc adminiculo indiget *l. 1. §. 1. sup. si vsufr. pet.* nec aliter frui posset legatarius, quod ipsum tamen potissimum est in legato, vt sequitur in *§. cæterùm*, sic et seruitute aliqua legata, etiam illa legata intelliguntur sine quibus seruitus esse non posset, quod & Accurs. fatetur ex *§. non autem. inf. l. 3. §. vlt. infr. tit. prox. l. qui fundum 40. §. 1. de contr. empt.* longe quæ de huius loci sententia & lectione scripsi ad *l. si is qui binas 30. suo. de vsufr.* Illud sanè Accurs. & Bart. bene notant, non respondere Caium ad secundam quæstionem quę illa erat, An nihil interesset suáne ædes altiùs tollat heres an hereditarias. Sed malè Bart. respondet interesse, quasi possit heres indistinctè altius tollere, id est, etiam in totum obscurare legatas ædes ex *l. pror. sup. d. l. altius. C. de seruit. & aq.* Quod non ita est, Neque enim facit contra fas testatoris voluntatem heres, qui altius tollendo proprias ædes in totum obscurat legatas, atque si altius tolleret hereditarias. Et ideò perinde tenetur, non actione de seruitute quæ hic quoque nulla est, sed ex testamento non minùs quàm si accessum denegaret. Eadem enim hoc casu vtriusque ratio est, cùm scilicet nullus legati fructus est legatario sine accessu, ita neque possit ille habitare obscuratis in totum ædibus, vt benè Bart. contra Accurs. ratiocinatur. Sanè vtroque casu & officere luminibus & obscurare legatas ædes ita potest vt non penitus lumen recludatur, sed tantùm relinquatur quantum habitantibus sufficit in vsus diurni moderatione, vt lex ait, inspecta scilicet etiam legatarij dignitate & qualitate *l. plenum autem 12. §. 1. supra de vsu & habit. l. sed & si 52. §. sed & si proponas supra de indic.* vt benè notat hic Accurs.

c *Vt non penitus.* Ratio dubitandi. Licet domino facere in re sua quidquid velit etiamsi alius ex eo lædatur *l. prox. supr. l. in re mandata 21. C. mand.*

Ratio decidendi. Non est indulgendum malitiis *l. in fundo 38. de rei vind.* nec legatarij tantùm interest nõ fieri ædes vicinas inhabitabiles, sed etiam testatoris cuius voluntas & liberalitas facilè ita eluderetur & quidem ab herede, qui eam seruare atque implere debet *l. vlt. tum Auth. seq. C. de fideicomm.* Nam & interest hoc reipublicæ *l. & quia 6. de interrog. in iur. fac. l. vel negare 6. inf Testam. quem. aper.* Ergo si heres obscuret in totum ædes legatas, cum eo poterit agere legatarius non quidem actione cõfessoria, vel negatoria, quia seruitus nulla est, sed actione ex testamento *d. l. seruum filij 44. §. vlt. de leg. 1.*

11. VLPIANVS libro 1. de Officio Consulis.

QVi luminibus vicinorum officere, aliúdve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.

Ad l. Qui luminibus 11.

Ratio dubitandi. Quilibet pro arbitrio potest ędes suas altiùs tollere, etiamsi ex eo vicini ædes obscurentur *l. cum eo 9 sup.*

Ratio decidendi. Forma tamen antiquorum ædificiorum seruanda est, id est, vtq; ad quam altitudinem cætera ædificia extolli solent *l. 1. & 3. C. de ædific. priuat.* Aut intellige de forma quæ imposita sit, aut per statutum, aut per seruitutem, siue constitutum, siue præscriptum, vt post Accurs. Bartol. interpretatur. Noli tamen intelligere præscriptam seruitutem altiùs non tollendi, ob id solùm quod per mille annos nihil in area mea ædificatum sit, Nam in his iuribus negatiuis non currit præscriptio, nisi à die contradictionis si nolentem me altiùs tollere prohibueris ex *l. vlt. inf. quemad. seruit. amitt. l. Imperatores 14. infr. l. si forte 6. §. vlt. si seruit. vindic. l. si prius 15. de oper. nou. nunc.* A quo demùm tempore currit præscriptio decennalis *l. si quis 10. inf. si seruit. vindic. l. 2. C. de seruit.*

1 ¶ Si inter te, & vicinum tuum non conuenit, ad quam altitudinem extolli ædificia, quæ facere, instituisti, oporteat: arbitrum accipere poteris.

Ad §. 1. Si inter te.

Ratio dubitandi. Suæ quisq; rei moderator est & arbiter non alius *l. in re mandata 21. C. mandat.*

Ratio decidendi. Arbiter sumendus est cùm de hoc ipso quæritur ad quam vsque altitudinẽ ædificium extolli oporteat, vt proximè diximus ex *l. 1. C. de ædific. priuat.* exemplum sume ex *l. si domus 21. inf. hoc tit.* Nec in re sua quisquam potest esse arbiter non magis quàm iudex si de ea controuersiam aliquam ab alio patiatur *tot. tit. C. ne quis in sua caus. iudic.*

12. IAVOLENVS lib. 10. ex Cassio.

ÆDificia, quæ seruitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt[a]. at, si de prospectu est, eáq; obstatura sunt, nõ possunt[b].

Ad l. Ædificia 12.

a *Habere possunt.* Ratio dubitandi. Quod vna via non licet, alia via licere non debet *l. fetre oportet 21. § 1 de tutor. & curat. dat.* ab iis qui ius dandi habent.

Ratio decidendi. Seruitutes tanquam odiosæ nunquam extenduntur vltra suos terminos, Non autem tollit altiùs ædes qui ponit viridiaria *l. quod autem. sup. hoc tit.*

b *Non possunt.* Ratio dubitandi. Viridiaria non possunt impedire prospectum quem potiùs gratiorem reddunt.

Rat. decid. Impediunt ne sit tã liber prospectus *l. inter. & seqq. inf.* loquimur autẽ de viridariis quę sũt prospe-

prospectui obstacula. Quid si debebatur seruitus non officiendi luminibus? Est enim illa diuersa à seruitute prospectus *d. l. inter 15. infr.* vide *l. si arborem 17. inf. eod.*

13. PROCVLVS libro 2. Epistularum.

QVidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem. non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem: sicuti ne parietem quidem suum per parietem communem. de tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries. qua de re, volo[a], cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: Nec Hiberum pro ea re dubitare puto: quòd rem non permissam facit, tubulos secundum communem parietem extruendo.

Ad l. Quidam Hiberus 13.

Ratio dubitandi. Licet cuilibet facere quid velit in fundo proprio qui non debeat seruitutem *l. cum eo 9. sup.*

Ratio decidendi. Non licet damnum facere parieti communi: Per tubulos autem istos fumarios torretur flamma paries. Potest tamen facere balneum dum ne habeat assiduum humorem *l. fistulam 19. infr.* Tubulos autem intellige cum Accursio vasa quædam lapidea, inhærentia parieti, per quæ ignis transit ad superiora, vel in balneum immittitur, licèt malè Accursius legat *trubalos*. Obserua porrò multum referre an quis ædificet in pariete communi, an iuxta parietem communem. Prius fieri nullo modo potest inuito socio ne quidem reficiendi gratia *l. parietem 8.* vbi dixi *sup.* Posterius autem licet, dum ne vllum damnum inferatur parieti, quia facit in suo, vt in hac lege. Quid si vellet quis supra communem parietem ædificare proprium? Dico non posse locum esse quæstioni cùm superior paries sequatur necessariò dominium inferioris eo prorsus iure quo superficies cedit solo *l. 3. §. sed si supr. ædes. infr. vti possid. l. 2. infr. De superfic. l. qui quis domum 50. inf. ad leg. falcid.* sed si vellet quis supra communem parietem ædificare, vt nouus paries esset communis, hoc verò est quod nego facere socium posse inuito socio, nisi per actionem & interueniente iudicis authoritate *l. si ædes 12. infr. comm. diuid.* Quodnam autem spatium intercedere debeat inter tubulos & communem parietem arbitrium iudicis est, Nec vnius pedis aut duorum spatio id concludi semper debet, quamuis ita putet Accurs. ex *l. vlt. fin. regund.* In scalis ad communem parietem admotis aliud est, quia possunt remoueri ex *d. l. fistulam 17. §. vlt. infr.*

a *Qua de re volo.* Non sunt verba Iureconsulti, vt male putat Accurs. qui sumit hinc occasionem exaltandi humilitatem Iureconsultorum, sed sunt eius qui consulebat Proculum, tanquam amicum & familiarem Hiberi.

1 ¶Parietem communem incrustare[a] licet secundum Capitonis sententiam: sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi. cæterùm, si demolitus sit vicinus, & ex stipulatu actione damni infecti agatur[b], non pluris[c], quàm vulgaria tectoria, æstimari debent. quod obseruari & in incrustatione oportet.

Ad §. 1. Parietem communem.

a *Incrustare.* Ratio dubitandi. In re communi nihil potest facere socius inuito socio *l. in re communi 26. infr.* Ratio decidendi. Incrustatio non lædit substantiam parietis vt nec pictura: Et paries hic communis censetur esse quodammodo proprius à parte ædium vniuscuiusque ex sociis, saltem quantum ad vsum.

b *Non pluris.* Ratio dubitandi. Voluptuariæ impensæ ex voluptuariis fiunt vtiles si factæ sint in rem promercalem & venalem *l. quod si heres 10. de impens. in reb. dotal. fact.* venditur autem paries communis, quem ab aduersario demolitum æstimari necesse est, cùm agitur ex stipulatione damni infecti. Litis enim æstimatio pro emptore est *l. 1. & 3. inf. Pro empt.*

Ratio decidendi. Non debet esse in vnius potestate vt superuacuis sumptibus aduersarium suum oneret *l. in fundo 38. de rei vindic. l. si seruos 25. de pignor. act.* præsertim ob factum id quod aduersarius etiam maximè impedire voluisset, tamen non potuisset. Iunge *l. ex damni 40. in princ. inf. de damn. infect.*

c *Ex stipulatu actione damni infecti agatur.* Ratio dubitandi. Non cauetur de damno infecto pro pariete communi *l. si ædibus 32. §. inter quos 39. infr. de damn. infect.* quia scilicet competit ex ea causa actio communi diuidundo *d. l. si ædibus.*

Ratio decidendi. Cauetur etiam pro pariete cõmuni si socius damnum timeat propriis ædibus, & alius solus ædificet, aut si alter pretiosiora ædificia habeat, & plus damni sensurus est decidente pariete *d. l. inter quos.* iunct. *l. seq. l. damni 43. §. cùm parietem. eod. tit.* Iunge *l. nam si non fuit 37. & l. fluminum 24. §. præterea eod. tit.*

14. PAPIRIVS IVSTVS libro 1. de Constitutionibus.

IMperatores Antoninus, & Verus Augusti rescripserunt, in area, quæ nulli seruitutem debet, posse dominum, vel alium voluntate eius ædificare, intermisso legitimo[a] spatio à vicina insula.

Ad l. Imperatores 14.

Ratio dubitandi. In ædificando seruandus est antiquus status *l. qui luminibus sup.*

Ratio decidendi. Seruandus est antiquus status, sed ædificiorum *l. 4. C. de ædif. priuat.* qui porrò nullus est in area, quæ nunquam ædificata fuit, & quæ tamen seruitutẽ nullam debet, nisi malis legere *luminum* pro *nulli*, cum Cuiac. *lib. 1. Obser. c. 4.* quod tamẽ non probo: Nam in area quæ luminum seruitutem deberet, non liceret pro arbitrio ædificare *l. 4. sup.*

a *Legitimo.* Ratio dubit. Cùm eo qui altius tollendo obscurat vicini ædes, quibus non seruiat, actio

nulla est *l.cum eo 9.supr.* Ratio decidendi. Aliud est obscurare lumina, aliud verò ædificare non intermisso legitimo spatio à vicina insula quod numquã licet *l.si ius 9 l.Mæniana 11.C.de ædif.priuat.* legitimum enim spatium relinquendum est, non propter lumen, sed propter incendia, quæ olim frequentia erant Romæ: Vnde & ædes in libris nostris insulæ passim dicuntur, & legitimum spatium quondam legibus erat definitum *l.vlt.infr.fin.regund. l.1.§.nunciamus autem.infr.de oper.nou.nunciat.* Erat autem legitimum illud spatium duorum pedum & semis, vt Sextus Pomponius refert.

15. VLPIANVS libro 29. ad Sabinum.

INter seruitutes, ne luminibus officiatur, & ne prospectui offendatur: aliud, & aliud obseruatur: quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum, & liberum: in luminibus autem, non officere, ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum [a], prohiberi potest, seruitus si debeatur [b]. opusque ei nouum nunciari potest, [c] si modò sic faciat, vt lumini noceat.

Ad l.Inter seruitutes 15.

Ratio dubitandi. Non potest esse prospectus nisi per lumen, quamuis etiam ex inferioribus locis esse possit *l.prox inf.*

Ratio decidendi. Plus tamen est habere prospectum, quàm lumen, quia prospectus sine lumine esse non potest, lumen autem sine prospectu esse potest, prospectus ad voluptatem est, lumen verò ad necessitatem. Iunge *l.seq. & l.4. l.qui luminibus* et. *supr.*

a *Ad luminis impedimentum.* Quo minus scilicet cœlum videatur, vt bene Accurs. explicat ex *l.seq. & l.si arborem 17.inf.*

b *Prohiberi potest si seruitus debeatur.* Ita legendum est vnico contextu, vt in Pandect. Flor. Nam cùm eo qui nullam seruitutem debet, non potest agi non solùm si luminibus officiat, sed nec si in totum ædes obscuret *l.cum eo 9.sup.*

c *Opusq. ei nouum nunciari potest.* De nunciatione noui operis pro seruitute, siue personalibus, siue realibus, vide quæ latè scripsi ad *l.quis viam 4.infr.de nou.oper.nunc.lib 19.Coniect.cap.5.*

16. PAVLVS libro 2. Epitomarum Alfeni Digestorum.

LVmen, id est, vt cœlum videretur, & interest inter lumen, & prospectum. nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest.

Ad l.Lumen 16.

Ratio dubitandi. Prospectus non potest esse sine lumine, vt proximè diximus. Parum ergo videtur distare seruitus luminum à seruitute prospectus.

Ratio decidendi. Prospectus potest fieri etiam ab inferiore loco per lumen medium, lumen non nisi à superiore, id est, à cœlo, cœlum autem est vndiq; sursum, nec tamen necesse est solem videri ad seruitutem luminum constituendam, dummodò cœlum videatur, licèt omne lumen cœli sit à sole *l.prox.infr.* Habent ergo se seruitutes illæ luminis & prospectus, tanquam excedentia & excessa, vt post Accurs. loquitur hic Bart. Plus enim est in seruitute prospectus, quàm in seruitute luminis.

17. VLPIANVS libro 29. ad Sabinum.

SI arborem ponat vt lumini officiat: æquè dicendum erit, contra impositam seruitutem eum facere. nam & arbor efficit, quo minùs cœlum videri possit. Si tamen id, quod ponitur, lumen quidem nihil impediat, solum autem auferat: si quidem eo loci, quo gratum erat, eum non esse [a], potest dici, nihil contra seruitutem facere: sin verò heliocamino, vel solario, dicendum erit, quia vmbram facit in loco, cui sol fuit necessarius [b] contra seruitutem impositam fieri. Per contrarium, si deponat ædificium, vel arboris ramos: quo facto locus, opacus quondam, cœpit solis esse plenus: non facit contra seruitutem. hanc enim debuit, ne luminibus officiat: nunc non luminibus officit, sed plus æquo lumen facit.

Ad l.Si arborem 17.

Ratio dubitandi. Arbor non efficit, ne cœlum videatur. Ratio decidendi. Efficit quominùs, id est, vt minus cœli videatur: Ac proinde facit contra luminis seruitutem qui arborem ponit quæ lumini officiat. Non idem esset imposita seruitute altius non tollendi *l.quod autem 7 l.ædificia 12.supr.* vbi diximus.

a *Eum non esse.* Abundat negatio, opponit enim Vlpianus, solem gratum soli necessario. Alioquin si quis solem auferat, eo loci quo gratum erat eum non esse, tantùm abest vt dici possit aliquid facere contra seruitutem, vt è contrario faciat meliorem dominantis conditionem. Quamquam vix est vt loco vllo possit sol esse non gratus. Semper enim non quidem necessarius, sed tamen gratus est. Iunge *§.seq.*

Ratio dubitandi. Facit contra seruitutem prospectus qui minùs gratum prospectum facit *l.inter 15.supr.* Ergo & cõtra seruitutem luminum qui gratum solem impedit. Ratio decidendi. Non aufert lumen qui aufert solem, etiam si auferat ex eo loco in quo gratum erat solem esse, sed contrà qui aufert lumen aufert solem.

b *Necessarius.* Ratio dubitandi. Non debet solem qui debet lumen *supr.prox.*

Ratio decidendi. Facit contra seruitutem luminum, qui aufert solem necessariũ, quia reddit seruiturẽ inutilem prædio cui debetur. Suauiter verò noster Accurs. heliocaminum interpretatur locum in quo paterfamilias moratur ad solem. Longè aliter Budæus locum quo horæ ad solem veruto vel pinnula denotantur, solarium verò, solarem fornacem seu vaporarium soli oppositum.

Ad §.

Ad §. 1. Per contrarium.

Ratio dubitandi. Qui deponit ædificiom & ramos arboris, facit locum solis plenum, qoi coortra erat opacus, Ergo facit contra seruitutem cùm muter statum *l. qui luminibus 11. sup.*

Ratio decidendi. Vicini luminibus non officit, qui plus æquo lumen facit, plus enim præstat quàm debeat, vt in *l. cum qui 15. de ann. leg.* In eo autẽ quod plus est etiam minnere continetur *l. in eo 110. de reg. iur. l. cùm furti 9. inf de in lit. iurand. l. si eo loco 9. §. vltim. inf. si seruit. vind. l. si cui vu 11. quem. seruit. amitt. l. vbi autem 75. §. 1. de verb. oblig.*

4 ¶ Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit ædificium, vel deprimit, luminibus officere: si fortè κατ' ἀντανάκλασιν, *id est, per refractionem, seu repercussionem*, vel pressura quadam lumen in eas ædes deuoluatur.

Ad §. 2. Interdum.

Ratio dubitandi Tollere ædificium vel deprimere pertinet potiùs ad seruitutem altius tollẽdi, vel non tollendi, quæ differt à seruitutibus luminum, Et ne luminibus officiatur *l. 2. supr.* Maximè verò difficilè est vt deprimendo ædificium luminibus officiatur, cùm tantò liberiùs cœlum videatur.

Ratio decidendi. Interdum id euenit per refractionem & repercussiooem, & prælluram quandã solis, quæ ocolos nimio & importuno lumine perstringat, vt ei contingeret qo: fixis oculis solem intueretur, atque ita cæcitatem sibi pararet. Quòd autem vna via prohibitum est, oon debet altera concedi *l. 1. §. 1 de tutor. & curat. dat.*

5 ¶ Hæc lex traditioni, *Stillicidia, vti nunc sunt, vt ita sint*, hoc significat, impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum: non illud, vt etiam emptor stillicidia suscipiat ædificiorum vicinorum. hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum seruitutem deberi, se autem nulli debere. Quæ de stillicidio scripta sunt, etiam in cæteris seruitutibus accipienda sunt, si in contrarium nihil nominatim actum est.

Ad §. 3. Hæc lex.

Ratio dubitandi. Qui vendit fundum vti optimus maximusq; est, hoc tantùm intelligitur promittere nullam seruitutem debere fundum qui venditur, non etiam seruitutem ei vllam deberi *l. qui vti 90. l. si cùm fundum 126. de verb. sign.*

Ratio decidendi. Alia est ratio huius pacti *stillicidia vti nunc sunt, vt ita sint*. Nam habet aliquid ambigui, & ideò contra venditorem interpretandum est *l. Labeo 21. l. cùm in lege 33 de contrab. empt.* vt scilicet videatur promittere seruitutem stillicidij recipiẽdi à vicino deberi, semper enim facienda est interpretatio contra eum qui potuit legem apertiùs dicere *l. veteribus 39 sup. de pact. l. qui libertatis 69. §. 1. & 2. infr. de euict.* Et qui effuso sermone sese iactat, in promptum incidit sui periculum *l. vl. in fin. C. de dot. promiss.* sicut & ille interdum qui minùs loquitur, & taciturnitate sua, vel dissimulatione in captionem inducit eum cum quo cõtrahit, vt in *l. in vendendo 66. §. 1. de contrab. empt.* Sanè non potest facere hæc pactio, tametsi esset expressior, vt seruitus aliqua debeatur si nulla sit debita, quia propter nostrum affirmare vel negare nihil ponitur in re *d. l. in vendendo, in princip. l. qui libertatis 69. § penultim. infr. de euict. l. quicquid 10. infr. commun. præd.* sed tamen ex ea causa condemnandus est venditor ad id omne quod emptoris interesset deberi seruitutem stillicidij recipiendi à vicinis ædibus tanquam qui emptorem deceperit *d. l. qui libertatis. §. penul.* Idem in alijs seruitutibus iuris est, si modò nihil in cõtrarium actum sit, vt sequitur in textu. Semper enim in stipulationibus, cæterisq; contractibus sequimur id quod actum est *l. semper 34. de regul. iur. dict. l. cùm in lege 33. de contr. empt.*

18. POMPONIVS libro 10. ad Sabinum.

SI fistulæ, per quas aquam ducas ædibus meis applicatæ, damnum mihi dent: in factum actio mihi competit: sed & damni infecti [a] stipulari à te potero.

Ad l. Si fistulæ 18.

Ratio dubitandi. Ei qui habet seruitutem permittitur id facere sine quo vti seruitute non posset *l. si iter 10. sup. tit. 1. l. 3. §. vlt. in fin. infr. tit. 1.* non potest autem aqua duci nisi per fistulas.

Ratio decidendi. Sic debet quis vti seruitute, vt tamen vicino nõ noceat etiam qui seruitutem debet, nisi quantò minùs facere potest *l. si cui 9. sup. tit. 1. iunct. l. 1. § ijdem aiunt aquam de aqua & aquæ pluu. arc.* Et vt fundum seruieorem, qui seruitutem debet nõ grauiore oneret seruitute quàm quæ ab initio constituta fuit *l. seruitutes 20. §. stillicidium. inf.*

a *Sed & damni infecti.* Ratio dobitandi. Cautio damni infecti ob eam maximè causam comparata est, vt sit cautum ei cui aliter cautum non esset *l. 1. & tot. tit. inf. de damn. inf. ct.* Ideoq; dicitur stipulatio damni infecti esse cautionalis quod in ea stipulatoris cautio tota consistat *l. 1. §. 1. de stipul. prat.* Atque in specie huius legis cautum satis esset, stipulatori per actionem in factum quam Pomponius fatetur competere.

Ratio decidẽdi. Etiam pro damno quod timetur ex malo vsu seruitutis potest interponi stipulatio damni infecti *l. si quid 29. inf. hoc tit. l. si quando 17. §. vlt. inf. si seruit. vindic.* Nec eò minùs cautionalis est hæc stipulatio quòd actio in factum possit competere, Imò tãtò magis quod in hoc casu nouam actionem illam in factum, eiusq; naturam inducit & vicem repræsentat, Quod omnium stipulationum cautionalium proprium esse ostendimus *lib. 3. Coniect. cap. 1.* Potest etiã illa dubitandi ratio adferri ex Accursio quod in stipulationem damoi infecti nõ soleat venire damnum culpa datum, sed illud duntaxat quod naturali vicio rei contingit *l. fluminum 24. §. præterea. inf. de damn. infect.* Cõtra verò nõ præstatur damnum naturale ab eo cui seruitus debetur *l. si mihi 20. §. 1. inf. tit. prox.* Ratio decid. Quoties quis id facit iure suo, quod ne faciat prohiberi non possit, & quod tamen factum posset nocere, stipulatio

damni infecti vtilis est, & plerumque necessaria: Nec ob id minùs quod per culpam damnum postea contingat, si modò promissoris ipsius culpa sit vt hic, non alterius, vt in *d. §. prætereà.* Nec proinde dicendum est cum Accursio, non posse in eadem specie actionem in factum cùm damni infecti stipulatione concurrere. Aut cum Bartolo posse quidem in stipulationem damni infecti cum subsidiaria legis Aquiliæ actione, in factum concurrere, sed cum ordinaria non posse, arg. *§. vlt. Instit. de leg. Aquil. & l. quemadmodum 29. § penult. infr. eod. tit.* Nam hęc lex aliter intelligi non potest, quàm vt in eadem specie, & in factum actio locum habeat & stipulatio damni infecti: quemadmodum & cum actione de seruitute potest stipulatio illa concurrere *d. l. si quid 29. inf hoc tit. & l. si quando 17. § vlt. si serui. vindic. iunct. l. fistulas 13. eod. tit.* Nec sanè vlla lex est quæ contrarium probet.

19. PAVLVS lib. 6. ad Sabinum.

FIstulam iunctam parieti communi, quæ aut ex castello aut ex cœlo aquam capit, non iure haberi, Proculus ait, sed non posse prohiberi [a] vicinum, quominus balineum habeat, secundum parietem communem, quamuis humorem capiat paries: non magis, quàm si vel in triclinio suo, vel in cubiculo aquam effunderet. sed Neratius ait, si talis sit vsus tepidarij, vt adsiduum humorem haberet [b], & id noceat vicino, posse prohiberi eum.

Ad l. Fistulam 19.

Ratio dubitandi. Quod sit iuxta parietem communem, non tamen sit in loco communi, sed in proprio. Ratio decidendi. Nihil potest facere socius inuito socio, non solùm in re communi *l. in re communi 26. inf.* sed neq; quod rem communem lædat *l. quidam hiberna 13. supr. eod.* hæc autem aqua quæ ex castello capitur, id est, ex aquæ publicæ receptaculo, vt in *l. 1. §. hoc interdictum necessariò 39. inf de aqua quot. & est.* aut ex cœlo, noceret, quia perpetuũ humorem haberet, cùm habeat causam perpetuam *l. foramen 28. infr.* Idem est si quis iuxta parietem communem, aut vicini proprium sterquilinium faciat, ex quo paries madescat, & ita corrumpatur *l. si quãdo 17. §. vlt. infr. si seruit. vindic.* Non ergo distinguendum est cum Bartolo, An quod ponitur iuxta parietem communem tale sit quod per se stare possit, aut non possit, sed an noceat parieti, an non.

a *Non posse prohiberi.* Ratio dubitandi. Balneum æquè ac fistula, quæ aut ex castello, aut ex cœlo aquam capit, potest nocere parieti communi propter humorem balnei.

Ratio decidendi. Non habet continuum humorem, quia nec habet causam perpetuam, Cùm non capiat aquam, nisi à manu hominis *d. l. foramen 28. inf. l. qui domum 57 locat.* Intellige tamen cum Accursio si modò balneum faciat in suo. Secus enim est si in alieno *d. l. si quando 17. §. vlt infr. si seruit. vindic.*

b *Vt assiduum humorem haberet.* Ratio dubitandi. Etiam cum vsus tepidarij talis est vt assiduum habeat humorem, non tamen habet causam perpetuam, quia manu fit *d. l. foramen 28.*

Ratio decidendi. Non eo minùs nocet parieti communi quem tandem corruere necesse est postquam fuerit madefactus *dict. l. qui domum 57. infr. locat.*

1 ¶ Iuxta communem parietem cameram ex figlino opere factam, si ita retineatur, vt, etiam sublato pariete, maneat, si modò non impediat refectionem communis parietis, iure haberi licet.

Ad §. 1. Iuxta communem.

Ratio dubitandi. Iuxta parietem communem nihil potest fieri quod eum lædat & oneret *l. quidam 13. sup.* & hîc proximè.

Ratio decidendi. Non oneratur paries per cameram ex figlino opere factam si non incumbat ei paries, sed ita per se retineatur vt sublato pariete possit manere, nec impedire refectionem communis parietis.

2 ¶ Scalas posse me ad parietem communem habere Sabinus rectè scribit, quia remoueri hæ possunt.

Ad §. vlt. Scalas.

Ratio dubitandi. Scalæ admotæ ad communem parietem non possunt per se manere sine pariete, non magis quàm Camera ex figulino & latericio opere facta, de qua in *prox. §.*

Ratio decidendi. Possunt remoueri à communi pariete, quoties volet socius vti pariete communi, aut eum reficere. Intellige tamen cum Accursio dum ne interim parietem communem lædat. Alioqui & fistula, de qua in princ. huius legis, posset iure haberi, cùm remoueri possit: quod tamen non ita est: Potest ergo quis in re communi facere, quod sibi prodest, & socio non nocet: Non potest autem quod nocet *l. Sabinus 28. Comm. diuid.*

20. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

SEruitutes, quæ in superficie consistunt, possessione retinentur [a]. nam, si fortè ex ædibus meis in ædes tuas tignum immissum habuero, hoc, vt immissum habeam, per causam tigni possideo, habendi consuetudinem. Idem eueniet, & si menianum in tuũ immissum habuero, aut stillicidium in tuum proiecero: quia in tuo aliquid vtor, & si quasi facto quodam possideo.

Ad l. Seruitutes 20.

Ratio dubitandi. Seruitutes consistunt in iure non in corpore, Superficies autem corpus est supra faciem terræ, vt nomen ipsum sonat, & Philosophi

sophi ponunt superficiem inter substantias corporales, vt reliquas omnes species quantitatis, seruitutes sunt verò iura prædiorum, ac proinde incorporales *l. seruitutes. supra, tit. 1.* & apud Iustin. *tit. de reb. corpor. & incorpor. in fin.*

Ratio decidendi. Dicuntur seruitutes consistere in superficie, quæ visum suum habeat circa superficiem *l. 3. sup. tit. 1.* quales sunt seruitutes vrbanorum prædiorum, de quibus hic ponuntur exempla. Seruitutes enim rusticæ consistunt in solo non in superficie *d. l. 3 sup. tit. prox.*

a *Possessione retinentur.* Ratio dubitandi. Seruitutes sunt incorporales, & ideò possideri non possunt *l. 4 §. si viam. de vsucap.* iunct. *l. seruus 43. §. 1. infr. de acqu. rer. dom.*

b Ratio decidendi. Seruitutes vrbanæ accedunt corporibus. Et ita facto quodam reali possidentur per habendi consuetudinem *l. malum 24. §. 1. de verbor signific.* Rusticæ verò non nisi facto personæ, & quidem transeunte non permanente *d. l. seruitutes 14. sup. tit. 1.* Itaque nihil necesse est locum emendare, & legere *per ea quæ* cùm vulgata lectio non modò bonum, sed etiam meliorem sensum habeat, & elegantiorem cui congruit *d. l. 3. supr. tit. 1.* Malè autem Accurs. notat idem esse non tantùm in seruitute stillicidij, de qua sequitur in textu, sed etiam de aliis omnibus ex *l. etsi forte 6 §. 1. si seruit. vindic.* si de rusticis quoque intellexerit. Nam verum quidem illud est in seruitutibus rusticis perinde ac in vrbanis, eundem esse possessorem iuris & petitorem, quod scriptum est in *d. §. 1.* id est, eum agere, qui possidet ius seruitutis, sed non item illud possideri quasi quodam facto seruitutes rusticas, quomodo possidentur vrbanæ.

1 ¶Si domo mea altior area tua esset, túque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset: vel gradus, vel cliuos propiùs ianuam meam iure facere possum: dum ne quid vltra, quàm, quod necesse est, itineris causa demoliar.

Ad §. 1. Si domo.

Ratio dubitandi. In stipulationibus quòd omissum est habetur pro omisso *l. quicquid 98. de verb. oblig.* Maximè in seruitutibus quæ sunt odiosæ *l. adificia 11. supr.*

Ratio decidendi. Cōcessa seruitute id actum intelligitur, vt concessa videatur omnia sine quibus stipulator seruitute vti non possit *l. si iter 10. sup. tit. 1. l. legatis 6 de alim. legat.* Et seruitutes omnes siue personales siue reales sint indigent quibusdam adminiculis *l. 1. §. 1. supr si vsusfr. petat l. Gaurus 10. sup. hoc tit. d. l. si iter 10. sup. tit. 1. l. Quintus 15. infr. tit. prox. l. 3. §. vtilitas suasit infr. de itin. act. priu.* Ergo non vltrà cōcessum videtur quàm sit necesse *l. ergo 5. in fin. infr. tit. prox.*

2 ¶Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, vt eadem specie, & qualitate reponatur: vtilitas exigit, vt idem intelligatur. nam alioquin, si quid strictiùs interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur: & ideò, sublato ædificio, vsusfructus interierit: quamuis area pars est ædificij.

Ad §. 2. Si sublatum.

Ratio dubitandi. Aliud ædificium est quod sequenti loco ponitur, & ideò vsusfructus ædificij interit quasi rei mutatione quamuis maneat area quæ est pars ædificij *l. 5. §. rei mutatione supr. quib. mod. vsusfr. amitt.*

Ratio decidendi. Destinatio eius qui tollit ædificium ex quo cadit stillicidium & quidem ea mēte vt in eadem specie & qualitate reponatur efficit vt idem ædificium intelligi debeat, quod anteà fuit *l. qui res 98. §. aream de solut.* & quidem vtilitatis gratia, vt & in *l. & tandem 14. vers. idem corpus.* Ne alioqui necesse sit vel ædificium petere omnino, vel seruitutem extingui, quorum illud esset contrà voluntatem domini fundi seruientis, hoc verò contra voluntatem eius cui debetur seruitus: Vtilitas ergo vtriusque hoc exigit, vt dicendum sit vel manere seruitutem pristinam, vel in eius locum aliam numero, sed quæ sit eiusdem speciei & qualitatis restitui, vt vult Accurs. ex *l. si testamento 31. l. eum debere 33. infr.* secus est in vsufructu *d. l. 5. si area. sup. quib. mod. vsusfr. amitt. l. qui vsumfructum 36. in princ.* vbi dixi *supr. de vsufr.* Nempe quia vsufructuarius prohibere & impedire potest ne proprietarius mutet ædificium, atque ita extinguat vsumfructum, tanquam solius quodammodò proprietarij cùm vsusfructus hac parte, vt & in aliis plerisque portionis instar obtineat *l. 4 l. si Titio 33. §. 1. de vsufr. l. cùm filius 76. §. dominus. de leg. 2.* quòd non similiter facere potest is cui alia seruitus debetur, cùm aliæ seruitutes numquam portionis instar obtineant *d. §. dominus. l. Meuius 66. § fundo. eod. tit.* Non est igitur trahenda æquitas ad equitium, vt Accurs. per allusionem loquitur, id est, quod ex bono & æquo constitutū fuit, trahi non debet, vt à plerisque fit, ex boue & equo ad alios casus qui sint dissimiles.

3 ¶Si seruitus stillicidij imposita sit, non licet domino seruientis areæ ibi ædificare, vbi cassitare cœpisset stillicidium.

Ad §. 3. Si seruitutes.

Ratio dubitandi. Quælibet pars fundi seruientis seruit *l. via 23. §. vlt. infr. tit. proxim.* & est in arbitrio domini, vt per quam velit fundi seruientis partem, locum seruitutis constituat *l. si cui 9. supr. tit. 1.* Ergo potest in quo velit loco dominus ædificare etiam in illo vbi stillicidium cœpit cassitare, dummodò alius locus in area sit, qui stillicidium excipiat.

Ratio decidendi. Iter initio ita est, sed quò primum seruitus constituta est, per eum locum retinenda est *dict. l. si cui 9.* Videtur autem constituta in eo loco vbi cassitare, id est, frequenter cadere cœpisset stillicidium. Non ergo permittendum est

domino areæ seruientis, vt ædificet in eo loco, scil. si ædificium impediat ne in eo ipso loco stillicidium excipi possit, quomodo bene interpretatur hic Accurs. l.ex §.vlt. huius legis.

4 ¶Si antea ex tegula cassitauerit stillicidium: posteà ex tabulato, vel ex alia materia cassitare non potest.

Ad §.4. Si antea.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse, an ex regula, an ex tabulato, vel ex alia materia cassitet stillicidium.

Ratio decidendi. Forma seruitutis ab initio constituta seruanda est *§.prox.inf. l.si cui 9.sup.tit.prox.* Et leuius videtur stillicidium quod cadit ex regula, quàm quod ex tabulato, vel ex alia materia, quod & Accursius obseruat. Potest enim semper leuior fieri seruitus, grauior non potest *§ prox.infr.*

5 ¶Stillicidium, quoquo modo adquisitum sit, altiùs tolli potest. leuior enim fit eo facto seruitus: cùm quod ex alto cadet, lenius, & interdum direptum, nec perueniat ad locum seruientem, inferiùs demitti non potest: quia fit grauior seruitus: id est pro stillicidio flumen. Eadem causa, rectò duci potest stillicidium: quia in nostro magis incipiet cadere: produci non potest, ne alio locò cadat stillicidium, quam in quo posita seruitus est. lenius facere poterimus: acrius non. Et omnino sciendum est, meliorem vicini condicionem fieri posse, deteriorem non posse: nisi aliquid nominatim[a], seruitute imponenda immutatum fuerit.

Ad §.5. Stillicidium.

Ratio dubitandi. Mutatur forma seruitutis stillicidij recipiendi si ædificium altiùs tollatur contra id quod diximus proximè.

Ratio decidendi. Leuior fit per hanc mutationem seruitus, quia stillicidium quod ex alto cadit, lenius cadit & interdum ita direptum per aërem, vt nec perueniat ad locum seruientem, vt ait Paulus: aliud esset si mutatio faceret seruitutem grauiorem, puta si stillicidium inferius demittatur quia fit hoc casu grauior seruitus, & ex stillicidio flumen: sic retroduci potest stillicidium, produci non potest, ne alio loco cadat stillicidium, quàm in quo composita seruitus est. Porrò nihil refert quomodo constituta sit seruitus, An inter viuos, an in vltima voluntate.

a *Nisi aliquid nominatim.* Id est, nisi ab initio conuenerit vt posset immutari seruitus etiam cum damno fundi seruientis.

6 ¶Qui in area, in qua stillicidium cadit, ædificat, vsq; ad eum locum perducere ædificium potest, vnde stillicidium cadit rectè. sed, & si in ædificio cadit stillicidium, rectè recipiatur.

Ad §.vlt. Qui in area.

Ratio dubitandi. Area tota debet seruitutem *l.si cui 9.sup.tit.1. l.via 23.§.vlt.inf.tit.1.*

Ratio decidendi. Nihil fit contra seruitutem stillicidij recipiendi, etiamsi in tota area ædificetur, dummodò rectè stillicidium recipiatur, duplex enim est seruitus stillicidij recipiendi, & altius non tollendi *l.prox.infr.* nec proinde consequens est vt qui vnam debet aliam debeat.

21. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SI domus tua ædificiis meis vtramq; seruitutẽ deberet, ne altius tolleretur, & vt stillicidium ædificiorum meorum reciperet deberet, & tibi concessero, ius esse, inuito me, altius tollere ædificia tua: quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit: vt, si altius sublatis ædificiis tuis, stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi ædificare nõ liceat, si non impediãtur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.

Ad l.Si domus tua 21.

Ratio dubitandi. Qui non debet seruitutem altius tollendi potest altiùs tollere quantum vult, etiamsi officiat ædibus, & luminibus vicini *l.cum eo 9.supr.hoc tit.*

Ratio decidendi. Remissa seruitute altiùs non tollendi, superest seruitus stillicidij recipiendi, quæ altiùs tollẽdo impediri non debet. Sunt enim duæ seruitutes, & vna remissa non ideò remittitur altera *l.si mihi 20.in princ.inf. tit.proxim. l.si Stillicidij 8.infr. quem seruit.amitt.* Scilicet si vna remissa possit vsus aliquis alterius superesse. Alioqui vtraque remissa intelligitur, vtputa si in specie huius legis remitteretur seruitus stillicidij recipiendi. Nam & seruitus altius non tollendi hoc ipso remissa videretur cùm fieri nequeat quin stillicidium in area recipiatur si non in ea ædificetur, & quidem tam altè vt stillicidium amplius recipi non possit, vt bene hîc ratiocinatur Accursius, arg. *l.2.supr. de iurisd. omn.iudic.*

22. IVLIANVS libro 2. ex Minicio.

QVi ædificium habet, potest seruitutem vicino imponere, vt non solùm de his luminibus, quæ in præsentia erunt, sed etiam de his, quæ posteà fuerint, caueat.

Ad l.Qui ædificium 22.

Ratio dubitandi. Nondum entis nullę adhuc esse possunt qualitates *l.pen.de reb.cred.* Ergo luminis quod nondum est seruitus deberi non potest.

Ratio

Ratio decidendi. Etiam quod futurum est in hominum commercio est *l. quod in rerum* 24. *de legat.* 1. *l. prox.* §. 1. *in fin.* Prudentisq; hominis est futura prospicere, & de futuris perinde ac de præsentibus, cùm potest, sibi cauere. Simile est quod etiam futuro ædificio seruitus imponi potest *l. prox.* §. *vlt. infr.*

23. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SI seruitus imposita fuerit, *lumina quæ nunc sunt, vt ita sint*: de futuris luminibus, nihil caueri videtur: quod si ita [a] sit cautum, *ne luminibus officiatur*: ambigua sit scriptura: verum ne his luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam his, quæ postea quoque fuerint, & humanius est, verbo generali omne lumen significari, siue quod in præsenti, siue quod post tempus conuentionis contigerit.

Ad l. Si seruitus 23.

Ratio dubitandi. Humanius est verbo generali omne lumen significari, siue quod in præsenti, siue post tempus conuentionis contigerit, vt *inf. prox.*

Ratio decidendi. Non est verbum hoc generale, sed restrictum ad tempus præsens *vti nunc sunt.* sic in *l. si ita* 8. *infr. De aur. & argent. legat.* Aliud est in specie legis eum debere 33. *infr. hoc tit.* id est in seruitute oneris ferendi quæ non potest esse sine pariete, nec rursum paries æternus & perpetuus, Quomodo perpetua est sui natura seruitus tanquam quæ sit ius inhærens prædio. Ac proinde de futuro quoque paries seruitutem illam intelligi omnino necesse est.

a *Quod si ita.* Ratio dubitandi. Indefinita oratio quæ nullum tempus habet restringenda est ad tempus præsens *l. si ita* 7. *de aur. & arg leg.*

Ratio decidendi. Humanius est verbo generali omne lumen significari, siue quod in præsenti sit, siue quòd post conuentionis tempus contigerit, sufficit enim verba non repugnare, licèt minùs aperta sint, vt in *l. talem institutionem* 51 *de hered. instit. l. si seruum* 108. § *pen. de leg.* 1. Cùm verò hoc ex humanitate fieri lex dicat, intelligimus indefinitam æquipollere vniuersali non tam ex vi verborũ quàm per interpretationem, vt hîc notat Bartol. Quamuis possit quis non immeritò suspicari totam hanc clausulam esse Triboniani respicientis fortasse ad Iustiniani constitutionem in *l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poss.* quæ induxit vt indefinita bonorum oppigneratione etiam futura contineantur. Nam sanè in constitutione seruitutis si nihil de futuro cautum sit præsens status attendi debet; ne seruitus alioquin odiosa nimis amplietur.

1 ¶Futuro [a] quoque ædificio, quod nondum est, vel imponi, vel adquiri seruitus potest.

Ad §. 1. Futuro.

a *Futuro.* Ratio dubitandi. Non potest acquiri seruitus sine prædio *l. 1. inf. Comm. præd.* Seruitutes enim nihil aliud sunt quàm iura prædiorum *l. 1. §. vlt. de rer. diuis.* Et iura prædiorum nihil aliud quam ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud* 86. *de verb. sig.*

Ratio decidendi. Potest conuentio seruitutis ita afficere futurum prædium, vt tunc incipiat esse seruitus, cùm incipiet esse prædium. Nam hoc casu seruitutis constitutio licet pura ex re ipsa dilationem capit *l. interdum* 73. *infr. de verb. oblig.* Iunge *l. Lexissimo* 98. *eod. l. Labeo* 10. *inf. tit.* 1. *l. vlt. infr. si seru. vindic.* Neque hoc casu est seruitus sine prædio, sed conuentio tantùm seruitutis: Sic & contemplatione futuri templi alimenta relinqui possunt *l. seruos* 17. *de alim. leg.*

24. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

CVius ædificium iure superius est, eius est in infinito supra suum ædificium imponere: dum inferiora ædificia non grauiore seruitute oneret, quàm pati debent.

Ad l. Cum 24.

Ratio dubitandi. Seruandus est antiquus ædificiorum status *l. qui luminibus* 11. *supr.*

Ratio decidendi. Ita est cùm aliquid fit aduersus commodum vicinorum: sufficit autem non onerari ædificia inferiora grauiori seruitute, quàm pati debeant, vt Paulus hîc scribit. Iunge *l. seruitutes* 20. §. 1. & §. *Stillicidium. supr. hoc tit. d. l. qui luminibus* 11. & *l. Imperatores* 14. *supr. tit. prox. l. 1.* §. *Item sciendum: infr. de aqua & aq. pluu. arc.*

25. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

HOc, quod dictum est de immissis [a], locum habet ex ædificio alio in aliud. aliter enim supra alienum ædificium superius habere nemo potest [b].

Ad l. Hoc quod dictum 25.

a *De immissis.* Sunt hæc verba imperiti interpretis & malè referuntur ab interpretibus ad *l. 1. & l. 20. supr.* cùm referri potiùs debeat ad *l. prox.* quæ est de impositis non de immissis, idq; ostendit ratio quæ sequitur in hac lege. Fefellerunt interpretem verba illa *ex ædificio alio in aliud*, quę tamen sic accipienda sunt acsi scriptum esset *in ædificiis separatis.*

b *Nemo potest.* Ratio dubitandi. Etiam superficiarius, qui emit superius cœnaculum Prætor tuetur ne prohibeatur superficiem suam altius tollere, adeoque seruitutem ei imponere si velit *d. l. 1.* §. *vlt. l. 3.* §. *sed si supr. vti possid. l. 1. & tot. tit. D. de superfic.*

Ratio decidendi. Non licet ipso iure quod non licet nisi tuitione prætoria *l. 4. supr. tit. 1. d. l. 1.* §. *vlt. de superf.* Superficies autem & naturali & ciuili ratione semper cedit solo *l. 2. eod. l. 2. C de rei vind.* Accursius & Bartol. locum hunc malè explicant de seruitute qui immittẽdi debita ei qui nullum habeat ædificium, quod certè nec seruitutis nec conuentionis iure fieri vllo modo potest.

1 ¶Si ex tribus ædibus in loco mox impari positis, ædes mediæ superioribus seruiãt

ædibus, inferiores autem nulli seruiant, & paries communis, qui sit inter ædes inferiores, & medias, altius à domino inferiorum ædium sublatus sit: iure eum altius habiturum, Sabinus ait.

Ad §.1. Si ex tribus.

Ratio dubitandi. Paries communis pro parte pertinet ad dominum mediarum ædium quæ seruitutem superioribus debent, ideoque non posset ipse enim parietem altiùs tollere, quia faceret contra seruitutem, quamuis dominus ædium inferiorum, cui paries ille communis est nullam seruitutem debeat *l. per fundum* 11. *rust. præd.* Cùm nec pro parte seruitus constitui possit *l. pro parte* 11. *sup. tit.* 1.

Ratio decidendi. Communio parietis non facit communem seruitutem altiùs non tollendi, quàm mediæ duntaxat ædes superioribus debent, non etiam inferiores. Nec tantùm si paries sit communis pro diuiso, vt interpretatur Accurs. ex *l. ad certam* 7. *sup. tit. prox.* sed etiamsi pro indiuiso. Nec enim verendum est, vt ideò seruitus pro parte constituta videatur contra *d. l. pro parte.* Ponimus enim ædes medias seruire totas, ac proinde totum parietem qui ad ædes illas pertinet. Pertinet tamen pro parte tãtùm, & ideò, quòd paries communis pro parte tantùm seruiat fit occasione magis quàm iure, vt loqui soleo ex *l. 2. inf. de riuis*, id est, non vitio seruituris malè ita constitutæ, sed quia paries non est totus earum ædium, quæ totæ seruitutem debent. Planè si socium tollẽtem altius parietem communem prohibere vellet dominus ædium seruientiũ, posset vtique *l. prox. inf.* sed hoc vt faciat, cogi non potest à domino superiorum ædium quibus debetur seruitus, quia propter seruitutem nemo cogitur quicquam facere, sed tantùm pati, extra seruitutem oneris ferendi, vt ratiocinatur Accurs. ex *l. quoties* 15. §. 1. *sup. tit.* 1. Alia sanè interpretatio Accursij, vt parietem communem dixerit hîc Pomponius pro medio, prorsus improbabilis est. Aliud enim est dicere parietem communem. Aliud dicere medium qui sit vnius tantùm ex vicinis.

26. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

IN re communi nemo dominorum, iure seruitutis, neque facere quicquam, inuito altero potest: neque prohibere, quo minus alter faciat [a]. nulli enim res sua seruit. itaque propter immensas contentiones plerumque res ad diuisionem peruenit: sed per communi diuidundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat, aut vt id opus, quod fecit, tollat [b], si modò toti societati prodest, opus tolli.

Ad l. In re communi 26.

Ratio dubitandi. Pars vnius ex sociis qui habent rem communem pro indiuiso non est pars alterius: habent enim separationem, iuris intellectu, quamuis non diuisione corporum *l. Mænius* 66. §. *duorum. de leg.* 2. Ergo cuilibet permittendum est vt de parte sua disponat etiam inuito altero.

Ratio decidendi. Nemini res sua seruit *l. vti frui* 5. *si vsufr. pet.* Negari autem non potest quin res communis sit vnius ex sociis *l. seruis.* §. *vlt. de leg.* 1. licèt alterius quoque sit *l. illud* 46. *inf. de rit. nupt.* Ergo nemo dominorum facere quicquam potest inuito altero iure seruitutis in re communi. An verò iure dominij id ei licere debeat, alia quæstio est, de qua in *l. Sabinus* 28. *inf. Commun. diuid.* vbi dicitur per actionem communi diuidundo succurri socio, siue quid facere in re communi socio iuncto velit, siue ab eo sine causa prohibeatur id facere quod expediat, ex eaque causa damnum patiatur.

a *Quo minùs alter faciat.* Ratio dubitandi. In pari iure potior est causa socij prohibentis *d. l. Sabinus* 28. *inf. Commun. diuid. l. parietem* 8. *sup. hoc tit.*

Ratio decidendi. Nemini res sua seruit, vt proximè diximus ex *d. l. vti frui* 5. *si vsufr. pet.* Sufficit autem socio ad ius suum conseruãdum, vt possit prohibere iure dominij nõ seruitutis *d. l. Sabinus.* Itémq; vt possit per actionem cõmuni diuidundo sibi cõsulere aduersus molestum & importunum socium *d. l. Sabinus* 3. §. 1. *de oper. nou. nunc.* Nã qui inuito socio vult aliquid facere in re communi quodãmodo ius alienũ sibi præripit si quasi solus dominus ad suum arbitrium vti iure communi velit, vt scriptum est in *l. an vnus* 11. *inf. si seruit. vindic.* vnde tam multæ discordiæ quas materia cõmunionis excitare solet *l. cũ pater* 77. §. *dulciss. mu. de leg.* 2. *l. qui neq;* 8. §. *vlt. de reb. eor. qui sub tut.* dũ sibi quisq; mauult benè esse quàm societati & cõmunioni, cuius semper habenda maior ratio est *l. actione* 65. §. *Labeo ad fin. infr. pro socio.*

b *Aut id opus quod fecit tollat.* Ratio dubitandi. Etsi prohiberi socius à socio potest ne quid in re communi faciat, vt tamen opus factum tollat cogi non potest *d. l. Sabinus* 28. *vers. sed etiam.* Non potest agi si cùm prohibere posset socius hoc prætermisit, vt illa lex ait. Ergo siue inuito & contradicente, siue absente socio aliquid socius fecerit in re communi tollere id cogetur, si modò toti societati prosit id opus tolli. Porrò in hac lege agitur de socio qui in re communi aliquid fecit non quidem absente socio, vt Accursius tentat dicere, sed eo inuito, id est, præsente & contradicente. Alioqui præsentia licèt non adscriberetur consensui, attamen negligentiæ imputaretur, propter quàm etsi negligens socius non amitteret actionem communi diuidundo, impediretur tamen ne posset petere vt opus tolleretur *l. si cùm meus* 14. *inf. si seruit. vindic.*

27. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SEd si inter me, & te communes sunt Titianæ ædes, & ex his aliquid non iure in alias ædes meas proprias immissum sit: nempe tecum mihi agere licet [a], aut rem perdere [b]. Idem fiet si ex tuis propriis ædibus in communes meas & tuas ædes quid similiter esset profectum: mihi enim soli tecum actio est.

Ad l. Sed si inter 27.

Ratio dubitandi. Non est prohibendus socius quominus vtatur iure suo in re communi dum ne alienum ius sibi præripiat *l. an vnus* 11. *infr. si seruit. vindic.*

Ratio decidendi. Non vtitur iure suo qui ex propriis aut communibus ædibus immittit tignum in alienas, quæ nullam seruitutem debeant.

a *Agere licet.* Communi diuidundo, vt in *dict. l. si cùm mulier* 14. *infr. si seruit. vindic.* iuncta *dict. l. Sabinus.*

Quod

Quòd si velis eum Accursio intelligere de negatoria, non patiar, cùm iure seruitutis non possit socius socium prohibere ne quid in re communi faciat, vt dictum est in *d.l.prox supr.* Nec possumus in re communi esse aduersarij cùm vnius loco habeamur *l.4. §.si communem.inf.fin.regund.*

b *Aut rem perdere.* Id est destruere. Ratio dubitandi. Nemo sibi in causa sua ius dicere debet *tit.C.vt nemo in sua caus.l.1.infr.quod legat.*

Ratio dubitandi. Quod quis ab alio non iure factum in suo solo possidet pro arbitrio destruere & tollere potest, nec authoritas iudicis in eam rem necessaria est, quia tumultus periculum hoc casu nullum est, cuius periculi ratio sola hoc ius induxit *l.non est singulis 186.de reg.iur.* Accurs. verò & Bartol. quia hæc verba sunt ita interpretati ac si scriptum esset, *aut seruitutem amittere* valde se torquent in quærenda ratione, Cur facilius possit seruitus amitti tempore pro parte, quàm pacto: Nec possunt inuenire, quia non magis tempore quàm pacto seruitus pro parte acquiri vel amitti potest *l.nam satis 6.§.1.inf.quem.seruit.amitt.l.vna est via 18.inf.tit.prox.* Ergo rem perdere hîc nihil nisi destruere est.

c *Idem fiet.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad sententiam præcedentem.

d *Mihi enim soli tecum est actio.* Malo legere *sola*, vt sensus sit non competere hoc casu duplex remedium sicut in casu præcedenti: vt possim vel tecum agere commodius, vel rem perdere, sed solam mihi competere actionem, quia quod in re communi socius habet id iure eum habere constat, nec proinde potest id socius propria authoritate perdere *l.4 in fin.de seru.leg.* Alioqui ridiculum est dicere mihi soli tecum esse actionem, cùm de eo quod à te factum est nulla tibi possit competere, neque contra te ipsum *l.ne cum filiusfamilias 16. infr. de furt.* neque rursus contra me qui nihil feci.

1 ¶Si in area communi ædificare velis, socius prohibendi ius habet, quamuis tu ædificandi ius habeas à vicino concessum [a]: quia inuito socio, in iure communi non habeas non ædificandi.

Ad §.1. Si in area.

Ratio dubitandi. Quod in re communi socius habet id eum iure habere constat *l.4. in fin. de seruit. leg.* Ratio decidendi. Aliud est ædificare velle, aliud iam ædificatum habere. Vt quod iam ædificatum est tollatur, necessaria est actio communi diuidundo, at vt ædificatio impediatur socij prohibitio sufficit *l. Sabinus 28.Comm.diuid.*

a *A vicino concessum.* Ratio dubitandi. Interest potissimum vicini cuius ædibus debetur seruitus altius non tollendi ne in area ædificetur, nec aliorum voluntas exquirenda est, quàm quorum interest *l.in concedendo 8.iunct. l.seq.§.1.infr. de aqua & aqua pluu.arcend.*

Ratio decidendi. Interest etiam eius cui communis est area si aream habere malit quàm ædificium, Et ideò voluntas ipsius quoque exquirenda est dictis legibus: Vicinus cui debetur seruitus consentire debet, quoniam alioqui posset impedire ædificationem iure seruitutis. At socius potest impedire ius dominij. Ergo & ipse consentire debet. Inuito enim socio non habet socius ius ædificandi in area communi, vt nec aliud quicquam faciendi *d.l.Sabinus 28.inf.comm.diuid.& l prox.sup.*

28. PAVLVS lib. 15. ad Sabinum.

FOramen in imo pariete conclauis, vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri [a] placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo [b] aquæ veniat: neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. at quod ex cœlo cadit, etsi non assiduè fit, ex naturali tamen causa fit, & ideò perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes [c] prædiorum perpetuas causas habere debent. & ideò neque ex lacu [d], neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidij [e] quoque immittendi, naturalis, & perpetua causa esse debet.

Ad l.Foramen 28.

Ratio dubitandi. Est etiam quædam seruitus fluminis *l.seruitutes 20.§.stillicidium.supr.*

Ratio decidendi. Non est hæc seruitus fluminis, quia flumen sicut & stillicidium fit per aquam quæ ex cœlo cadit *d.§ stillicidium.* Aqua autem hæc quæ proluendi pauimenti causa per foramen mittitur non de cœlo cadit, sed manu hominis emittitur per foramen, quod est in pariete conclauis triclinij. Conclaue porrò intellige non quod multis clauibus formatur, vt malè definit Accurs. sed secretiorem partem domus. Triclinium verò tribus lectis constructum ad decumbendum, vt melius Gothofredus.

a *Neque tempore acquiri.* Ratio dubitandi. Etiam seruitutes tempore & acquiruntur & amittuntur *l.si quis diuturno 10.si seru.vindic.*

Ratio decidendi. Hæc seruitus non est, quia naturalem & perpetuam causam non habet qualem habere debent seruitutes omnes, vt sequitur in textu.

b *Si nihil ex cœlo.* Ratio dubitandi. Etiam aqua quæ ex cœlo cadit, non assiduè cadit.

Ratio decidendi. Naturaliter tamen cadit, & ex causa naturali, Et ideò perpetuò fieri existimatur licèt nõ assiduè fiat, quia causæ naturales sunt perpetuæ. Vno verbo significatur continuatio potentiæ, alio autem cõtinuatio actus, natura enim certa & perpetua est, sed non in actionibus suis exercendis assidua. Perpetuam ergo intellige non actu, sed habitu & aptitudine, vt Accurs. cum Philosophis loquitur. Nam nec parietes ipsi possunt esse æterni, vt nec ædificia quæ recipiunt seruitutes vrbanorum prædiorum *l.eum debere 33.inf.hoc tit.*

c *Omnes seruitutes.* Ratio dubitandi. Nemo tam perpetuò & continenter ire agere potest, vt eius possessio nullo momento interpellari videatur *l. seruitutes 14.sup.hoc tit.r.* Ratio decidendi. Aliud est habere causam perpetuã, aliud verò possessionem continuam. Omnes seruitutes etiam rusticorum prædiorum habere debent causam perpetuã, nullæ continuam ne quidem vrbanorum. Et inepta est

diuisio illa seruitutum in continuas & discontinuas, quemadmodum & illa esset si quis vellet diuidere seruitutes in habentes causam perpetuam, & non habentes. Nam seruitutes omnes debent habere causam perpetuam, nec tantùm ad hoc vt possint acquiri tempore, quomodo Accursius & Bartol. ratiocinantur, sed etiam vt earum constitutio iure valeat. Valerent sanè tuitione prætoria, vt & aliæ pleræque, quæ ipso iure non valent *l. 4. supr. tit. t.* saltem iure pacti, & ad acquirendum ius aliquod personale, vt in *l. vt pomum 8. sup. tit. 1. l. Mela 14. § 1. infr. de alim. legat. l. pen. de seruit. legat. l. 3. in princ. de aqua quotid. & æstiu. l. pecoris 4. infr. tit. prox.* Idque apparet ex *l. seq.* Hoc autē ideò, quia nihil aliud sunt quā iura prædiorum, nec iura prædiorum aliud quam præ dia ipsa qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signif.* Prædia autem sui natura sunt perpetua. Quod nostri non intelligunt qui continuum & perpetuum confundunt, itémque causam & possessionem.

b *Neque ex lacu.* Ratio dubitandi. Potest constitui seruitus aquæductus etiam ex fonte, qui aliquando exarescat *l. vnus ex sociis 34. & l. seq. infr. tit. 1.* Et lacus omnis habet aquam perpetuam in quo maximè differt à stagno *l. 1. §. lacus & seq. infr. vt in flumin. public.* Cur non ergo etiam ex lacu constitui seruitus potest? Ratio decidendi. Etiam fons qui exarescit habet causam perpetuam & perennem, quia ad suas venas redire potest, & sufficit aquam esse viuam *l. 1. § 4. infr. de fonte. l. 1. §. loquitur, & §. hac interdicta, & seq. de aqua quotid. & æst.* Contra verò lacus tùm quoque, cùm habet aquam perpetuā, tamen causam perpetuam non habet, nisi ponas lacum viuum, id est, ex viuis agris conflatum: huius enim alia ratio esset. Planè in lacu perpetuam aquam habente nauigij seruitus constitui potest *l. via 23. § 1. inf. tit. 1.* Nempe quia seruitus illa non ex lacu constituitur, vt aquæ ductus, sed in lacu. Hæc autem lex non negat posse constitui seruitutem in lacu perpetuo, sed ex lacu. Quòd si huius quoque diuersitatis rationem pergas quærere, dicam, quia per seruitutem nauigij aqua non minuitur. Ionge *l. 1. §. hoc interdictum. de cisterna. infr. de fonte. l. 1. §. loquitur & §. caput. de aqua quot. & æst.*

c *Stillicidij.* Ratio dubitandi. Stillicidium non habet aliam causam, quàm aquam pluuiam quę perpetua non est.

Ratio decidendi. Imò perpetua est & perennis, quia naturalis, cùm cadat ex cœlo, licèt non sine intermissione *d. l. 1. §. hoc interdictum. de fall.*

29. POMPONIVS libro 32. ad Quintum Mucium.

SI quid igitur ex eo foramine, ex quo seruitus non consistit, damnum vicinus sensisset [a]: dicendum est, damni infecti stipulationem locum habere.

Ad l. Si quid igitur 29.

Ratio dubitandi. Ex eo foramine seruitus consistere non potest, vt proximè dictum est.

Ratio decidendi. Latior patet stipulatio damni infecti, quàm actio de seruitute, Nam stipulatio personam afficit, seruitus verò prædium, quod non nisi certis & legitimis modis affici potest: Nec sanè potest competere actio de seruitute vbi seruitus non est.

a *Sensisset.* Ratio dubitandi. Actio de damno infecto non habet locum pro damno iam facto & dato *l. 2. de damn. infect.*

Ratio decidendi. Stipulatio damni infecti interponitur quidem ante damnum datum, sed ex ea post damnum datum agitur. Stipulatio est de damno infecto, sed actio de damno facto. Ionge *l. si fistula 18. supr. l. si seruus 27. §. si furnum 10. infr. ad legem Aquiliam.*

30. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

SI quis ædes, quæ suis ædibus seruirent, cùm emisset, traditas sibi accepit: confusa, sublatáque seruitus est. &, si rursus vendere vult, nominatim imponenda seruitus est: alioquin liberæ veneunt [a].

Ad l. Si quis ædes 30.

Ratio dubitandi. Nemo emendo facit conditionem suam deteriorem, cùm sit titulus acquisitionis ne producta ad vnum finem operentur cōtrarium *l. legata 14. de adim. leg. l. legata 19. de leg. 1.*

Ratio decidendi. Confusione tollitur seruitus, confusio autem fit cùm dominus fundi dominantis acquirit fundum seruientem *l. 1. infr. quem. seruit. amitt.* quia nemini res sua seruire potest *l. in re communi 26. supr.*

a *Liberæ veneunt.* Ratio dubitandi. Confusio fit per acquisitionem dominij, ergo tollitur per separationem, arg. *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. si locus. infr. quem. seruit. amitt.*

Ratio decidendi. Seruitus semel extincta nunquam reuiuiscit, vt neque obligatio, & facto opus est vt restituatur, & iterum imponatur *l. si ei 9. infr. commun. præd. iunct. l. qui res 98. §. aream. de solut. l. si ager 23. & sequent. supr. quibus modis vsusfruct. amitt.*

1 ¶ Si partem prædij nactus sim, quod mihi, aut cui ego seruiam: non confundi seruitutem placet, quia pro parte seruitus retinetur. Itaque si prędia mea prædiis tuis seruiant, & tuorum partem mihi, & ego meorum partem tibi tradidero: manebit seruitus. Item vsusfructus [a] in alterutris prædiis acquisitus, non interrumpit seruitutem.

Ad §. 1. Si partem.

Ratio dubitandi. Non potest fieri vt cuiquam res sua seruiat pro parte, non magis quàm in totum *l. in re communi 26. supr.*

Ratio decid. Seruitus quamuis pro parte acquiri aut amitti non possit, per partes tamen retineri tota potest *l. pro parte 11. sup. tit. 1.* Per partes, inquam, dominij fūdi seruiētis, Nō aūt per partes seruitutis.

Quia

Quia cùm sit indiuidua *l. 1. §. si vsusfructus D. ad leg. fal.* nullas potest habere partes. Proinde necesse est vt tota vel amittatur vel retineatur *l. vna est via 18. inf. tit. 1.* iunge *l. quicquid 10. inf. comm. præd. l. vt pomum 8 §. 1. sup. tit. prox. l. vnus ex socijs 34. infr. tit. 1.*

a *Item vsusfructus.* Ratio dubitandi. Vsusfructus licet in iure consistat tamen res emolumentum cõtinet *l. Mænius 66. §. fundo de leg. 2.* Ergo vsusfructus ab vno ex socijs in alterius fundo acquisitus confundit seruitutem, ac si acquisitum esset partis dominium.

Ratio decidendi. Vsusfructus non est pars dominij cùm in iure consistat, & ideò acquisitio vsusfructus totius fundi non potest inducere confusionem seruitutis *leg. rectè dicimus 15. de verbor. signific.*

31. PAVLVS libro 48. ad Edictum.

SI testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, seruitutemque præstaret, deposuit ædificium: concedenda erit legatario vtilis actio [a], qua prohibeatur heres, si postea extollere, supra priorem modum, ædificium conabitur.

Ad l. Si testamento 31.

Ratio dubitandi. Qui debet seruitutem ne luminibus officiat, non ideò prohibetur altiùs tollere, quoniam alia seruitus est, nisi in casu *l. si arborem 17. iunct. l. si domus 21. supr.*

Ratio decidendi. Heres, qui deposuit ædificium, quod altiùs tollere potuisset, eam sibi legem dixisse videtur quasi præstando seruitutem, quam præstare iussus erat, ne officeret luminibus legatarij, nec vnquam posset supra priorem modum altiùs tollere; quamuis altiùs tollendo, non idcirco luminibus officiatur, eamq; formam constituendæ & præstandæ seruitutis excogitasse intelligitur: alioqui ponendum esset ædificium hoc priusquam deponeretur tale fuisse, vt altiùs tolli non posset quin luminibus officeretur, quod tamen ex verbis legis colligi non potest.

a *Vtilis actio.* Ratio dubitandi. Seruitus etiam testamento rectè constituitur damnato herede ne vel hoc vel illud faciat *l. potest 16. infr. comm. præd. & tot. tit. de seru. legat.*

Ratio decidendi. Nihil facit contra testamentum heres qui supra priorem modum altiùs tollit, dum ne luminibus officiat, sed neque facit contra seruitutem, quæ nunquam solo testamento constituitur, sed ab herede cùm ad id damnatus est vt in hac lege constitui debet *l. 3. supr. de vsufr.* Ergo directa actione teneri non potest, præter id quod quasi aliud ædificium est, quod reædificatum est, quamuis vtilitatis causa idem ædificium esse intelligatur, quod ad seruitutem *l. seruitutes 20. §. si sublatum supr.* Vtili tamen tenetur non solùm quia facit contra tacitam conuentionem quæ inducitur ex depositione ædificij (illa enim depositio pro quadam seruitutis constitutione ac veluti traditione habetur) sed etiam, quia quod vtilitatis causa idem ædificium esse intelligitur cui seruitus debebatur, vtilem tantùm actionem de seruitute parere potest, non directam. Malè Bart. hanc legem sic intelligit, vt domus destructa possit vsque ad statũ pristinum restaurari, non obstante seruitute Ne luminibus officiatur. Quasi hæc lex sit pro herede contra legatarium, ac non potiùs pro legatario contra heredem. Sensus ergo ille est quem diximus, vt heres qui ex legato debuit seruitutem non officiendi luminibus si ædes hereditarias deposuerit ad areã vsque, & postea easdem extulerit, non possit altiùs tollere supra priorem modum inuito legatario. Nam quin ad eum vsque modum possit altiùs tollere, non poterat dubitari, sed videbatur posse illum etiam supra priorem modum altiùs tollere. dùm ne officeret luminibus legatarij: Contra tamen Paulus respondet non posse: quoniam constituta seruitute Ne luminibus officiatur, constituta videtur seruitus altiùs non tollendi, tanquam quæ in illa contineatur, quia non possunt altiùs tolli ædes quin lumina vicinorum saltem aliquatenus minuantur. Quod ipsum luminibus officere est *l. 4. supr.* itaque exceptio illa quam addidimus in ratione dubitandi *dum ne officeret luminibus legatarij* inutilis, est quia locum habere nunquam potest, iunge *l. quis luminibus 11. & l. inter 15. sup. eod.*

32. IVLIANVS lib. 7. Digestorum.

SI ædes [a] meæ seruiant ædibus Lucij Titij & ædibus Publij Mæuij ne altiùs ædificare mihi liceat & à Titio precario petierim, vt altiùs tolleretur, atque ita per statutum tempus ædificatum habuero: libertatem aduersus Publium Mæuium vsucapiam [b]. non enim vna seruitus Titio & Mæuio debebatur, sed duæ [c]. argumentum rei præbet, quod si alter ex his seruitutem mihi remisisset, ab eo solo liberater [d], altero nihilominus seruitutem deberem.

Ad l. Si ædes 32.

a *Si ædes.* Ratio dubitandi. Qui precario possidet sicuti seruitutem longo tempore acquirere non potest *l. si quis diuturno 10. inf. si seru. vind.* Ita neque libertatem seruitutis, quia licèt precaria possessio sit iusta, non pergit tamen ad acquisitionis vigorem, vt loquitur *l. cõmuni 7. §. inter prædones infr. commun. diuid.*

Ratio decidendi. Possessio precaria nunquam prodest, contra eum qui precario concessit, sed prodest contra ceteros, quia iusta possessio est *l. 2. §. vlt. & l. 2. inf. vti possid. iunct. l. quacunque 13. §. 1. sup. de public.*

b *Vsucapiam.* Ratio dubitandi. Seruitutes vsucapi non possunt *l. seruitutes 14. sup. tit. 1.* Ratio decidendi. Potest tamen vsucapi libertas seruitutis, nec ea vsucapio sublata est per legem Scriboniam *l. 4. §. vlt. inf. de vsucap.* scripsi ad *d. l. seruitutes 14. sup. tit. 1.* Intellige eum Accursio si ignorauit seruitutem ad alium pertinere. Nec enim sine bona fide magis potest vsucapi libertas seruitutis, quàm ipsa seruitus *d. l. 4. §. vlt. de vsucap. l. vlt. infr. quem. seruit. amitt. l. pen. inf. comm. præd.* Potest tamen fieri vt sim in bona fide contra vnum, & in mala fide contra alterum, quo casu non vsucapiam contra eum cuius respectu sum in mala fide, sed contra alium vsucapiam, vt Accurs. & Bart. notant, quamuis mala fides per se sit indiuidua: aduersitas enim personarum facit diuiduum quod alioqui per se esset indiuiduum *l. Fulcinius 7. §. quid si aduers. inf. quib. ex caus. in poss. eat. l. cui fundus 56. infr. de cond. & dem. onst.*

c *Sed duæ.* Ratio dubitandi. Vnæ sunt ædes quæ seruiunt, Ergo duæ nõ possunt esse seruitutes, nec vna & eadem seruitus potest diuerso iure conferi vt pro vnius parte, vsucapiatur, non pro parte alterius, arg. *l. cum qui ædes 23. de vsucap.*

Ratio decidendi. Duæ sunt ædes quibus debetur seruitus, ergo duæ seruitutes: vnitas enim vel multiplicitas seruitutis æstimanda est à prædio dominante, non à seruiente: nec nouum est vt diuersis respectibus aliquid sit, & non sit, vt in *l. si ita scriptum 16. inf. de manum. test.*

d *Ab eo solo liberatur.* Bona ratio vt appareat vnam duntaxat esse seruitutem, sicuti cùm vna obligatio est *l. 2. §. 1. de duob. rei.* Ratio dubitandi. Etiam cùm vna tantùm seruitus debita est duobus fundis, fieri tamen potest vt ab alterutro duntaxat quis liberetur non ab vtroque *l. nam satis 6. vers. possunt autem inf. quem. seruit. amitt.* Ergo hæc bona ratio non est.

Dec. Ita demum potest vnus tantùm fundus liberari si id nominatim actum sit, vt scriptum est in *d. vers. Possunt autem*: quæ distinctio in hanc specialem cadere non potest, in qua tractatur de seruitute non duobus fundis debita, vt ibi, sed duobus vicinis, & ab altero solo remissa. Nec enim vnius pactum alteri nocere vllo casu potest *l. si vnus 27. §. pacta in fin. sup. de pact.*

1 ¶ Libertas seruitutis vsucapitur, si ædes possideantur. quare, si is qui altius ædificatum habebat ante statutum tempus ædes possidere desiit [a], interpellata vsucapio est. Is autem, qui postea easdem ædes possidere cœperit, integro statuto tempore [b] libertatem vsucapiet. natura enim seruitutium ea est, vt possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui ædes possidet.

Ad §. 1. Libertas.

Ratio dubitandi. Seruitus vsucapi nõ potest quia est incorporalis *l. 4. supr. tit. 1. l. 4. §. si viam de vsucap.* Ergo nec libertas seruitutis, nec rursus potest vsucapio procedere sine titulo *l. Celsus 23. eod. tit.*

Ratio decidendi. Seruitutes quæ in superficie consistunt, vt vrbanorum prędiorum quodammodo possidentur simul cum ædibus *l. seruitutes 20. sup.* Et ideò poterant olim vsucapi ante legem Scriboniam, per quã sublata est vsucapio seruitutis, quoniam odiosa est non libertatis, quia fauorabilis *d. l. 4. §. vlt. de vsucap.* Etiam nullo titulo interueniente, qui cùm non sit necessarius in vsucapione seruitutis, vt diximus ad *d. l. seruitutes 20.* multò minùs necessarius est ad vsucapionem libertatis dummodo adsit bona fides, cum scientia & patientia vicini. Requiritur tamen continuata possessio ædium, quibus libertas acquiritur, alioqui vsucapio libertatis interrumperetur, vt subiicit Vlpianus, scilicet quantum ad seruitutes vrbanas. Nam in rusticis vsucapitur libertas sine vlla possessione ex sola aduersarij negligentia non vtentis, vt Bart. bene notat ex *l. 4. §. si viam de vsucap. l. pen. infr. quemad. seruit. amitt.* dixi ad *l. seruitutis 14. sup. tit. 1. & ad l. seruitutes 20. supr.*

a *Desiit.* Ratio dubitandi. Quamuis possessor ædiũ seruientium desierit ædes possidere, non eo minùs tamen manet altiùs ædificatum.

Ratio decidendi. Nõ ędes ipsę seruientes vsucapiunt; sed earum dominus, qui porrò sine possessione saltem earum ædium, vsucapere non potest *l. sine 25. D. de vsucap. & d. l. seruitutes 20. sup.* & interrupta naturaliter vsucapio cõtinuari posteà non potest *l. naturaliter 5. eod. tit.* nõ enim possunt seruitutes possideri sine ædibus, sed earũ possessioné habere intelligitur qui ędes possidet, vt sequitur in textu.

b *Integro statuto tempore.* Ratio dubitandi. Possessio authoris accedit & prodest emptori *l. Pomponius 13. §. 1. de acq. poss. l. de accessionibus 14. de diuers. temp. præscr. & access. ear. l. 2. §. penult. infr. Pro emptor. §. inter institut. de vsucap.*

Ratio decidendi. Semel interpellata vsucapio continuari posteà non potest, vt proximè diximus. Ponimus autem hîc interpellatam & interruptam fuisse, & eum qui cœperat vsucapere libertatẽ seruitutis, desiisse possidere ante completam vsucapionem, ac proinde sequentem possessionem non habuisse causam à priore, vel si habuit, aliũ quempiam medio tempore possedisse, alioqui non posset dici interrupta vsucapio, quę ex contrario esset continuata per coniunctionem temporum & accessionem possessionis, vt bene Accurs. noster interpretatur. Cur enim deterior esset condicio vsucapiendę libertatis, quàm sit cæterarum vsucapionum minùs fauorabilium, in quibus tamen tempora authoris & successoris coniunguntur? Est enim vsucapio libertatis fauorabilissima, cùm nihil aliud sit quàm extinctio seruitutis, sicut præscriptio inquit Accurs. & post eum Bar. nihil aliud est quàm extinctio dominij: In quo tamen vterq; labitur. Præscriptio enim nihil nisi exceptio est, quæ actionem non extinguit sed supponit, & consequenter dominium, ex qua in rem actio, & vindicatio nascitur: Vsucapio sanè sicuti nouum dominium acquirit *l. 3. infr. de vsucap.* ita vetus extinguit, ne alioqui duo sint domini quiritarij in solidum, at longi temporis possessio non nisi pręscriptionẽ, id est exceptioné acquirebat olim nec dominium vllum extinguebat, nec directum nec vtile quod nullum est nec vnquam fuit, hodie tamẽ aliud est post *l. vnic. C. de nud. iur. Quir. toll.* & post *l. vnic. C. de transfor. vsucap.*

33. PAVLVS libro 5. Epitomarum Alfeni Digestorum.

EVm debere columnam restituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cuius essent ædes, quæ seruirent: non eum, qui imponere vellet. nam cùm in lege ædium ita scriptum esset, *paries oneri ferundo, vti nunc est ita sit*: satis apertè significari in perpetuum parietem esse debere [a]. non enim hoc his verbis dici, vt in perpetuum, idẽ paries æternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed vti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret, quemadmodum si quis alicui cauisset, vt seruitutem præberet [b], qui onus suum sustineret: si ea res, quæ seruit, & tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.

Ad l. Eum

Ad l. Eum debere 33.

Ratio dubitandi. Natura seruitutum est vt quis pati duntaxat vel non facere non etiam vt facere cogatur *l. quoties 15. §. 1. sup. tit. 1.*

Ratio decidendi. Excipitur seruitus oneris ferendi, quoniam aliquid esse necesse est quod onus ferre possit, vt huius seruitutis aliquis sit vsus *l. etsi fortè § etiam l. ficus 8. §. distant infr. si seru. vind.*

a *Esse debere.* Ratio dubitandi. Hæc verba *parieti oneri ferendo vt nunc est, ita sit*, ad præsens tempus relata sunt non ad parietem futurum *l. si seruitus 23. sup. hoc tit.* Et sufficit aliàs semel fecisse, vt in *l. Marcius 59. inf. locat. l. 1. § vlt. de pollic.* ne alioqui detur progressus in infinitum *l. 1. §. si cui ita vt legat. seu fideic. caus. cau. l. fideicommissa 11. §. si quis decem de legat. 3.*

Ratio decidendi. Non potest dici cogitatum de pariete qui æternus esset, sed de eo tantum, qui per vices ad eundem modum subrogatus pro eodem pariete haberi posset, nec enim per rerum naturam fieri potest vt corporale quicquam sit æternum. Aliud est in specie *d. l. si seruitus*, vbi potest conuentio commodè intelligi de præsenti tantùm lumine, quod & Accursius notat.

b *Et seruitutem præberet*, legendum est *seruientem scilicet parietem*. supplendum enim est hoc substantiuum, & repetendum ex præcedentibus, quod sequentia illa ostendunt. *Qui onus suum sustineret*, vbi etiam error est & legendum *tuum pro suum*. Et rursum in sequentibus *Si ea res quæ seruiret vt tuum onus ferret* pro eo quod scriptum est, *quæ seruiret*, & cùm scriptum esset more Florentini librarij, *quæ seruit* ET pro *seruiret*, & Ratio dubitandi. In dubio & ambiguo facienda est interpretatio contra eum qui potuit legem apertiùs dicere *l. veteribus 39. supr. de pact. l. si arborem 17. § penult. sup.*

Dec. Nulla hîc in verbis ambiguitas est, nec proinde admitti debet quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de leg. 3.* Et cùm seruitus omnis ipso iure sit perpetua *l. 4. supr. tit. 1.* consequens est vt parietem quoque perpetuum esse oporteat, qui necessarius est oneri ferendo, cùm seruitus oneris ferendi constituta est. Porrò nihil in hoc mundo perpetuum esse potest, inquit Bart. nisi per subrogationem.

34. IVLIANVS lib. 2. ex Minicio.

ET qui duas areas habet, alteram tradendo, seruam alteri efficere potest.

Ad l. Et qui duas 34.

Ratio dubitandi. Qui rem suam tradit, adhuc dominus eius est, alioqui tradendo transferre dominium non posset, nemini autem res sua seruit *l. in re communi 26. sup.*

Ratio decidendi. Confertur huiusmodi constitutio seruitutis in id tempus, quo alius erit dominus ædium seruientium, alius dominantium, quod sufficit vt valeat: sicuti è contrario non valet actus permissus collatus in tempus prohibitum *l. quod sponsæ C. de donat. ant. nupt. l. fictius 9 infr. D. de manum. test.* Et pactum quodcunque in traditione appositum valet *l. in traditionibus 44. supr. de pact.* adeòque licèt per eiusmodi pactum in traditione appositum inutilis seruitus constitueretur *l. si fundo 19. supr. tit. 1. l. venditor 13. infr. Comm. præd.* sed hoc intellige cum Accursio, dummodò is qui duas areas aut duas ædes habet non tradat eas simul, siue eidem personæ, siue diuersis: tunc enim non posset alias facere aliis seruas *l. si quis duas in pr. §. duas autem. infr. comm. præd.* iunge *l. fundus 32. inf. tit. prox.* sicuti nec si fieret traditio ex interuallo post pactum. Necesse enim est fieri pactum in ipsa traditione, id est in tradendo *dict. l. in traditionibus*, aut quod idem est incontinenti post traditionem, quoniam ea quæ fiunt incontinenti videntur inesse *leg. iuris gentium 7. §. quinimo eod. titul. l. lecta 41. de reb. cred.*

35. MARCIANVS libro 3. Regularum.

SI binarum ædium dominus dixisset eas, quas venderet, seruas fore, sed in traditione non fecisset mentionem seruitutis: vel ex vendito a agere potest, vel incertum condicere, vt seruitus imponatur.

Ad l. Si binarum 35.

Ratio dubitandi. Multa proponuntur quæ non concluduntur *l. si dominus 8. de præscr. verb.* & quod in ipsa traditione dictum sit inspiciendum est, potiùs quam quid ante traditionem cùm potuerit mutari voluntas. Ratio decidendi. Lex contractus inspicienda est si de ea constet *d. l. dominus 8.* præsumitur enim secuta traditio iuxta formam præcedentis conuentionis *l. quædam mulier 77. de rei vind.*

a *Et ex vendito.* Ratio dubitandi. Ædes quæ venditæ sunt nulla facta mentione seruitutis in traditione, sunt liberæ, & potest imputari venditori cur non in traditione ipsa seruitutem exceperit vt eas seruas traderet, Ergo non est ei danda actio vlla neque ex vendito, neque incerti condictio vt seruæ fiant. Neque enim possunt fieri seruæ ex eo solo quòd conuenerit seruas fore nisi in ipsa traditione conuenerit vt fiant seruæ, quia sicuti ex solo contractu citra traditionem non potest transferri dominium *l. traditionibus 20. C. de pact.* ita neque seruitus constitui nisi per traditionem, cùm dominij mutationem hoc casu necessariò præsupponat *l. 5. infr. comm. præd.* vn*d. l. quid aliud 86. de verb. signif.*

Dec. Bona fides semper postulat vt lex contractus seruetur quoties de ea apparet etiamsi contractus sit stricti iuris *l. si dominus 8. inf. de præsc. verb.* multò magis si sit bonæ fidei *l. venditor 13. inf. comm. præd.* ne decipiatur qui aliter non fuerat contracturus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Nec potest imputari ei qui legem non dixit in tradendo, dummodo dixerit in vendendo *l. in vendendo 66 in princ. inf. De contr. empt.* danda igitur est actio ex vendito venditori vt quod conuenit fiat, vel cōdictio incerti vt seruitutem constitui patiatur quæ in tradendo constituta non fuit *l. si liberum 8. inf. de act. empt.* ex quo loco apparet pro eo quod legitur hîc *incertum condicere* legendum esse *incerti*. Est enim nomen actionis *l. sed & si 22. §. 1. & l. qui exceptionem 40. §. 1. de cond. indeb.* sicut & verba illa *ex vendito*.

36. Papinianvs lib 7. Quæstionum.

BInas quis ædes habebat vna contignatione tectas. vtrasque diuersis legauit. dixi: quia magis placeat tignum posse duorum esse, ita vt certæ partes cuiusque sint contignationis, ex regione cuiusque domini fore tigna: nec vllam inuicem [a] habituros actionem, ius non esse immissum habere. nec interest [b], purè vtriusque, an sub conditione alteri ædes legatæ sint.

Ad l. Binas 36.

Ratio dubitandi. Contignatio media videtur esse communis inter legatarios pro indiuiso. Nam neque tignum ipsum per se consideratum posset esse commune duorum pro diuiso, vt nec aliud quicquam mobile *l. Pomponius 8. in fi. sup. de rei vind. §. eadem interuenimus vers. quòd si commodè Instit. de offic. iud.*

Ratio decidendi. Potest contignatio pertinere pro diuisis partibus ad singulos quibus singulæ ædes diuisim legatæ sint, quia tignum quandiu cohæret & iunctum est ædibus, censetur pars ædium *l. eum qui ædes 23. de vsucap. l. 1. de tign. iunct.* ac proinde quid immobile quamuis separatum ab ędibus non posset possideri à duobus aut duorum esse diuisim *l. arbor 19. §. vlt. infr. comm. diuid.* vt Bart. hic disputat non contra Accursium, sed apertiùs tamen quàm Accursius. Iunge *l. pen. infr. pro socio. l. pro regione 8. de acq. rer. dom.* Et euitanda est inductio communionis si alia interpretatio capi posit, propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. in re communi 26. supr. l. cum pater 77. §. dulcissimus de leg. 2.* Ergo tigna vti stant tempore venditionis, ita stare debent: Non iure seruitutis, vt malè putat Bart. sed iure dominij, & communionis, vt in *l. an vnus 11. sup. tit. 1.* aut occasione magis quàm iure, vt loquitur *l. 2. infr. de riuis.*

a *Nec vllam inuicem.* Ratio dubitandi. Non potest vnus ex sociis inuito altero habere aliquid immissum in parietem communem *l. in re 26. sup.*

Ratio decidendi. Contignatio hæc communis non est sed singulorum pro cuiusque parte diuisa, vt modò diximus.

b *Nec interest.* Ratio dubitandi. Cùm vni legatum est purè alteri sub condicione, non est æquale ius vtriusque legatarij, quia condicionalis nullum ius habet nisi post euentum condicionis *l. is cui 42. infr. de oblig. & action.*

Ratio decidendi. Imò habet ius par & æquale quandocunque condicio existit, quia legatum exinde habetur pro puro *l. is cui via 11. §. 1. in fi. quem. seruit. amitt.* iunct. *l. potior 11. §. 1. inf. qui potior in pignor. hab. l. & post litem 12. §. res quæ infr. fam. herc.*

37. Ivlianvs libro 4. Digestorum.

IDémque esse, & si duobus ædes cesserint [a].

Ad l. Idémque 37.

Ratio dubitandi. Differunt in multis vltimę voluntates à contractibus etiam quòd ad seruitutes; vt in *l. vlt. inf. Comm. præd.*

Ratio decidendi. Non differunt quòd ad hanc rem attinet, quia eadem vtroque casu ratio est, nec diuersitatis ratio videri potest, vt in *l. 3. §. inde etiam infr. de inust. rupt.*

a *Cesserint*, legendum est *cesserit.* Erat enim cessio nunc ex modis transferendi olim dominij quiritarij, vt tractat Vlpian. in *frag. Tit. 19. de acquis. rer.* Iunge *l. nemo 39. infr.*

38. Pavlvs lib. 2. Quæstionum.

SI ædes meæ à tuis ædibus tantùm distent, vt prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: seruitus imponi non potest.

Ad l. Si ædes 38.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt seruitus talis constituatur quæ vtilitatem suam adferat, etiamsi ędes vnius non sint in conspectu ędium alterius, vt cernere est in aquæductu. Sufficit autem aliquam esse vtilitatem aut hominis aut prædij vt vtiliter seruitus constitui possit *l. quoties 15. sup. tit. 1.*

Ratio decidendi. Intelligitur hęc lex de seruitute quæ non aliter possit vtilitatem adferre quàm si in conspectu sint inuicem prædia *l. prox. infr.* Eiusmodi sunt seruitutes vrbanæ de quibus hic agitur non de rusticis, in quibus aliud est *l. seruitutes 14. §. publico loco supr. tit. prox.* Planè non illud etiam requiritur vt ædes sint vicinæ si modò sint in conspectu *l. si quis duas 9. in princ. inf. Comm. præd.* Et aliqua possit esse vtilitas seruitutis *l. Et ideò 5. inf. si seru. vindic.*

39. Pavlvs libro 1. Manualium.

NEmo enim propriis ędificiis seruitutem imponere potest, nisi & is, qui cedit, & is, cui ceditur, in conspectu habeant ea ædificia, vt officere alterum alteri possit.

Ad l. Nemo enim 39.

Ratio dubitandi. Potest quilibet pro arbitrio rei suæ condicionem facere deteriorem, cùm sit quilibet rei suæ moderator & arbiter *l. in re mandata 21. C. mand.*

Ratio decidendi. Seruitus non potest constitui nisi quæ sit vtilis, & quidem prædij cui debetur *l. quoties 15. sup. tit. 1.* Non enim potest esse vllum prędium seruiens si non sit aliud dominans *l. 1. §. 1. infr. Comm. præd.* Dominans autem prędium illud est cui seruiens posset officere, si non seruiret.

40. Pavlvs lib. 3. Responsorum.

EOs, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse, respondi.

Ad l. Eis qui ius 40.

Ratio dubitandi. Socius qui non prohibuit aperiri parietem cæcum communem, cùm possit, videtur consensisse, vt in eo pariete fierent fenestræ.

Ratio decidendi. Non potest quis habere fenestras in pariete communi inuito socio, nisi habeat ius immittendi luminis aut sctiuè aut passiuè, vt Accursius post Irnerium interpretatur.

41. SCÆVOLA lib. 1. Responsorum.

OLympieo habitationem, & horreum, quod in ea domo erat, quoad viueret, legauit: iuxta eandem domum hortos, & cenaculum, quod Olympieo legatum non est, fuerunt. ad hortum autem, & cenaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit. Quæsitum est, an Olympicus aditum præstare deberet. Respondi seruitutem quidem non esse: sed heredem transire per domum ad ea, quæ commemorata sunt, posse: dum non noceat legatario.

Ad l Olympico 41.

Ratio dubitandi. Habitatio legata Olympieo nō fuit onerata vlla seruitute itineraria, nec debet emolumentum legati minui, & auffertt legatario eiusmodi onere iniuncto.

Ratio decidendi. Nullus ad hortos & cœnaculum aditus fuit nisi per domum legatam Olympico. Aditus ergo per eam domū heredi præstandus est ex necessitate potiùs, quàm iure seruitutis, cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi 26. sup. l. 5. supr. si vsusfr. pet.* & proprietas maneat heredis. Aliud enim esset si pro habitatione proprietas domum legata proponeretur. Tunc enim seruitutem sibi excipere contra legatarium heres posset, & deberet *l. testatrix pen. inf. si seru. vind. l. damnas 15. §. 1. de vsufr. leg.* Nec tantùm heredi sed etiam ipsius successori aditus debebitur. Differt enim hic casus ab illo de quo in *l. pen. infr. de seruit. legat.* Cauere tamen debet heres ne noceat legatario. Non enim fit hæc interpretatio in odium legatarij, sed in fauorem heredis, vt quemadmodum aditus debetur legatario etiamsi legatus non sit si modò aliter non possit legatarius frui re legata *d. l. damnas §. 1. l. seruum filij 44. §. vlt. de leg. 1.* Ita & multò magis debeatur heredi eiusque successori. Denique si vsusfructus adminiculis quibusdam indiget *l. 1. §. 1. sup. si vsusfr. pet.* Multò magis & proprietas. Iunge *l. si fundum sub condicione 81. §. qui fundum de leg. 1.*

1 ¶ Lucius Titius, aperto pariete domus suæ quatenus stillicidij rigor, & tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuit. Quæro: cùm neque luminibus Publij Mæuij vicini, neque itineri vicini officeret, neque stillicidium ne vicini domo cadat: an aliquam actionem Publius Mæuius vicinus ad prohibendum haberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur: nullam habere [a].

Ad §. 1. Lucius.

Ratio dubitandi. Nemini permittendum est vt in loco publico quicquam faciat, *l. 1. & tot. tit. Ne quid in loc. publ. fiat.* Hîc autem ianuam in publico aperuit.

Ratio decidendi. Nihil facit in publico qui domus suæ parietem aperit & in solo suo ianuam ponit, licèt eam in publico aperiat, id est eam in viam publicam reiiciat dum ne quid ex eo damni vel incommodi sentiat, via publica, aut domus vicini. Nihil autem damni sentit via publica, si non aperiatur ianua nisi quatenus tignorum proiectus cōpetit, nec rursum vicinus si neque luminibus vicini officiatur, neq; stillicidij rigor impediatur. Malo enim hîc legere *proiectus* quàm *protectus*. Et rursum *rigor* quàm cum Bartolo *vigor*. Rigorem enim intelligit stillicidij quatenus stillicidium maximū & in summa aqua pluuia se extendit, sicuti littus maris quatenus fluctus hibernus maximus excurrit, & exæstuat *l. litus est 96. l. litus publicum 112. de verb. signif.* Denique nunquam danda est actio ei cuius nihil probabiliter interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Et certè vix est vt in publico, ac non potiùs in suo ianuam aperiat is, qui non aperit nisi quatenus stillicidij rigor & tignorum proiectus competit. Nam sicuti solemus dicere eius esse cœlum cuius est solum *l. cùm eo 9. supr.* ita à contrario fere possit quis dicere eius videri solum, cuius est cœlum, si aliud nihil obstet. Cœlum autem eius esse videtur qui tignorum proiectum habet ac quatenus tigna supra viam publicam proiecta sunt. Licèt vsus viæ, quæ tecto subest non eò minus sit communis, vt cæterarum rerum quæ sunt publicæ. Nam nec proiectum in aëra permittitur habere nisi quoniam aëris vsus communis est, Neque enim ideò fit proprius eius qui proiectum habet, ideoque bene hîc Scæuola ponit ianuam in publico apertam, habito scilicet respectu ad proprietatem & non ad vsum.

a *Nullam habere.* Intellige cum Accursio vt non solum nullam habeat actionem de seruitute, sed neque vllum interdictum ad tollendam ianuam in publico apertam, cùm neque priuatæ vllius vtilitati noceat, neque publicæ, sibi autem prosit, vt Accurs. bene ratiocinatur ex *l. 2. § merito ne quid in loco publico.* Quisquis enim sibi prodest, etiam publicè prodest cùm publicam vtilitatem metiamur ex vtilitatib. singulorum, dum ne alij noceat. Planè quod addit Accurs. eum qui ianuam in publico aperuit nihil fecisse in publico, pugnat cum supradictis illis verbis Scæuolæ, *Ianuam in publico aperuit* nisi eo quo diximus modo explicetur.

dio l. 1. *sup. de seruit.* seruitus antè pascendi pecoris sic imponitur, vt deberi videatur pecori, non prædio.

Ratio decidendi. Prædij fructus & vtilitas augetur per bones destinatos colendo fundo, vt per alia huiusmodi pecora in fundo commorantia, quæ porrò haberi non possunt, nisi sit vnde pascantur proinde vtilitas huius seruitutis non tam ad pecoris pascendi, quàm ad prædij commodum refertur, si tale sit prædium vt fructus eius maximè in pecore consistat *l. prox. inf.*

1 ¶ Idem Neratius, etiam vt fructus [a] in vicini villa cogantur, coactique habeantur, & pedamento [b] ad vineam ex vicini prædio sumantur, constitui posse scribit.

Ad §. 1. Idem Neratius.

a *Etiamsi fructus.* Ratio dubitandi. Videtur hoc etiam casu seruitus debita fructibus qui in vicini villa cogi possunt, potiùs quàm prædio. Nec enim fructus prædij sunt prædium, neque pars fundi, nisi quatenus fundo cohærent *l. fructus pendentes* 44. *supr. de rei vindic.*

Ratio decidendi. Prædium ex quo percipiuntur fructus qui in vicini villa postea coguntur, fit tantò preciosius. Et prædium in cuius villa coguntur tantò vilius, quod sufficit ad constituendam seruitutem *l. de pupillo* 5. §. *& bellè de oper. nou. nunc. l. & ideò* 5. *infr. si seru. vindic.*

b *Et vt pedamenta.* Ratio dubitandi. Non videtur hæc seruitus habere causam naturalem & perpetuam cum hominis manu pedamenta sumantur. Non enim perpetuam causam habere potest quod manu fit *l. foramen* 28. *sup. tit.* 1. Omnes autem seruitutes causam perpetuam habere debent, licèt non continuam. Nec minùs rusticæ quàm vrbanæ, vt ad illam legem scripsimus. Non est igitur hæc seruitus fundi.

Ratio decidendi. Seruitus fundi est vt ex eo possint sumi pedamenta ad vineam vicini colendam, quia hac ratione fundi illius minuitur ius & augetur ius alterius in quo est vinea: quod sufficit ad constituendam seruitutem *l. de pupillo* 5. §. *& bellè de oper. nou. nunc.* vbi eleganter diffinitur seruitus imposititia quæ vnius fundi ius auget, alterius verò imminuit. Nec eo minùs habet hæc seruitus causam naturalem & perpetuam, quod pedamenta manu hominis sumantur, cùm sumantur ex lignis quæ fundus seruiens profert naturaliter non manu hominis.

2 ¶ Eodem libro aut vicino, cuius lapicidinę fundo tuo immineat, posse te cedere, ius ei esse, terram, rudus, saxa iacere, posita habere: & vt in tuum lapides prouoluantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur.

Ad §. 2. Eodem libro.

Ratio dubitandi. Eadem quæ ad § proximum, quia videtur hæc seruitus deberi lapidibus, terræ, ruderibus, & saxis quæ in fundum vicinum prouoluuntur potiùs quàm prædio in quo sunt lapidicinæ. Ratio decidendi. Preciosior fit fundus in quo sunt lapidicinæ & alius fundus in quem lapides prouoluuntur fit deterior. Ergo vtilis est seruitus secundum id quod diximus ad §. prox præcedentem.

3 ¶ Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum. & (vt ait Neratius libro tertio membranarum) siue ei ius hauriendi, & adeundi cessum sit, vtrumque habebit: siue tantùm hauriendi, inesse & aditum: siue tùm adeundi ad fontem, inesse & haustum [a], hæc de haustu, & fonte priuato [b], ad flumen autem publicum [c], idem Neratius eodem libro scribit iter debere cedi, haustum non oportere: &, si quis tantùm (haustum) cesserit, nihil eum agere [d].

Ad §. 3. Qui habet haustum.

Ratio dubitandi. Alia est seruitus itineris, alia haustus aquæ *l.* 1. *supr.* Nec vna seruitute concessa, duplex constituta intelligitur cùm sit odiosa constitutio seruitutis, tanquam quæ sit contra naturam rerum quæ omnes sunt liberæ *l.* 4. *supr. de vsuf. & iur. l. altius* 8. *Cod. de seruit. & aqua*, maximè si per stipulationem constitutio seruitutis facta sit *l. quicquid* 99. *de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Concessa seruitute, concessa intelliguntur cætera quoque omnia sine quibus seruitutis vsus nullus esse potest *l. si iter* 10. *sup. de seruit. l.* 2. *supr. de iurisd. l. legatu* 6 *infr. de alim. leg.* Nemo autem haurire aquam potest quin eat ad hauriendum: sed non est illa seruitus itineris separata à seruitute haustus, sed iter sine quo haustus esse non potest, vt neque actus sine itinere esse numquam potest *l.* 1. *de adim. legat.* Itaque non habet iter nisi ad hauriendum. Iunge *l. vlt. supr. tit. prox.*

a *Inesse & haustum.* Ratio dubitandi. Potest quis adire fontem etiamsi aquam non hauriat, nec ista conuertuntur, vt quemadmodum non potest quis habere haustum aquæ sine itinere, ita nec possit ire ad fontem quin hauriat aquam.

Ratio decidendi. Inutilis esset seruitus adeundi fontem si aquæ hauriendæ ius non esset. Cur enim sibi quis acquireret ius eundi ad fontem nisi vt hauriret aquam? Maligna autem interpretatio est quæ facit conuentionem inutilem *l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus de verbor. oblig. l. quoties* 12. *infr. de reb. dub.*

b *Et fonte priuato*, legendum est *ex fonte priuato*, vt sequentia ostendunt.

c *Ad flumen autem publicum.* Ratio dubitandi. Flumina publica non subiiciuntur priuatorum conuentionibus, vt neque aliud quicquam quod sit iuris publici *l. ius publicum* 38. *l. inter debitorem* 42. *supr. de pact.* Ratio decidendi. Ad flumina publica semper aditus aliquis est ex publico, sed plerunque commodior est aditus per fundum vicini, & eo casu potest rectè constitui seruitus itineris non tamè haustus, quia haustus ex fonte publico cuiuis patet.

d Nihil

d *Nihil eum agere.* Ratio dubitandi. Qui cedit haustum, cedit etiam tacitè iter ad hauriendum, vt initio huius §.

Ratio decidendi. Id habet locum in haustu ex fonte priuato in quo non potest alius quàm fontis dominus haurire aquam sine seruitute, At ex fonte publico haurire quiuis potest suo iure, & ideò eo si talis haustus est inutilis: Et cùm non valeat in principali, neque valere potest in tacito antecedente quod non nisi accessorium est, vulg. *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* Nam & antecedens necessarium licet antecedens sit & dicatur, tamen sequela est sui consequentis quod hoc casu principalis locum obtinet cùm principaliter deductum sit in conuentionem.

4. PAPINIANVS lib. 2. Responsorum.

PEcoris pascendi seruitutes, idem ad aquam appellendi, si prædij fructus maximè in pecore consistat, prædij magis quàm personæ videtur. Si tamen testator a personam demonstrauit, cui seruitutem præstari voluit: emptor vel heredi non eadem præstabitur seruitus.

Ad l. Pecoris 4.

Ratio dubitandi. Videntur hæ seruitutes deberi personæ magis quàm prædio.

Ratio decidendi. Pertinent maximè ad vtilitatem prædij cùm fundus prædij maximè in pecore consistit, vt dixi ad *l. prox. in princ. sup.* Ergo etiamsi aliquis fructus alius sit fundi, quàm in pecore, idem tamen erit vt valeat seruitus pascendi pecoris, dummodò aliquam vtilitatem adferat prædio, puta vt fiat pinguius. Quod benè Accursius notat, alioqui superflua esset dictio *Maximè* hic posita.

a *Si tamen testator.* Ratio dubitandi. Non potest constitui seruitus neque per testamentum neque per stipulationem quo certa persona demonstretur, quia non tantùm prædio, sed etiam domino prædij dominantis seruitutes quoque prædiales debentur.

Ratio decidendi. Multum interest vtrum seruitus concedatur personæ an prædio, illa extinguitur cùm persona, hæc transit ad heredes *l. si mihi 20. §. vlt. l. via constituta 23. § si fundus l. cum fundo 36. l. pen. infr. hoc tit. l. penul. de serui. leg. l. Mela 14. in fine de aliment. & cibar. legat. l. 3. infr. quem. seruit. amit.* Nec tamen eo minùs realis & prædialis seruitus est, quamuis non transeat ad heredes, cùm possit vindicare, vt subiicitur in *l. seq.* quomodo bene ratiocinatur Accursius. Neque nouum est vt seruitus etiam prædialis non transeat ad heredes, cùm expressè ita dictum fuit, vt hic. Patit enim conuentio hæc exceptionem pacti si heres vindicare seruitutẽ velit *l. 4. supr. de seruit.* Idem est si ex adfectione personæ possit colligi eam testatoris voluntatem fuisse vt seruitus ad heredem non transitet, vt in *l. penult. de seru. leg.* Item si vsusfructus vel vsus seruitutis realis legatus sit, vt in *l. 1. de vsufr. leg.* Ergo non tantùm distingui debet seruitus realis à personali, sed etiam seruitus realis quæ prædio merè debetur à seruitute reali, quæ prædio quidem debetur, aliàs non esset realis, sed propter certam personam solam, ita vt eo respectu possit etiam dici quodammodo personalis, non simpliciter sed realis & personalis simul, ad differentiam vsusfructus, & aliarum seruitutum personalium, quæ ita sunt personales, vt nullo modo sint seruitutes, ne quidem personales, puta si cui nullum prædium habenti tale ius concedatur, vt contra Rogerium benè disputat Accursius ex *l. prox. seq. & l. vt pomum 8. supr. de seruit. l. Mela 14. §. 1. in fin. de alim. leg.* vbi legendum est *Nam & haustus aqua vt pecoris ad aquam appulsus est seruitus, Persona tamen eius qui vicinus non est inutiliter relinquitur*, vt alio loco docuimus. Planè perpetuum illud est vt quod personæ acquiritur cum persona pereat non quod acquiritur prædio *l. 1. §. antepenultim. de aqua quotid. & æst.*

5. VLPIANVS lib. 17. ad Edictum.

ERgo secundùm eum & vindicari poterit.

Ad l. Ergo 5.

Illatio est ad initium non ad finem legis præcedentis, eo namque casu quo pactio quæ seruitutem constituit valet iure seruitutis, vindicari seruitus potest *l. 2. & tot. tit. infr. si seru. vind.* Non autem cùm valet duntaxat iure concessionis personalis. Nam ex concessione personali quantumuis valida nec vindicatio nec alia quàm personalis actio nasci potest. Eadem ergo dubitandi & decidendi ratio est ad hunc locum, quæ ad §. vlt. legis præcedentis.

1 ¶ Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ, calcisque coquendæ ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. & hoc Proculum, & Atilicinum existimasse, ait. sed ipse dicit, vt maximè calcis coquendæ & cretæ eximendæ seruitus constitui possit a, non vltrà posse, quàm quatenus ad eum ipsum fundum opus sit b.

Ad §. 1. Neratius.

Ratio dubitandi. Possunt hæc iura esse vtilia etiã ei qui non habeat vicinum prædium, puta vt alij vendantur vicinum prædium habenti.

Ratio decidendi. Seruitutes prædiorum non possunt constitui ei qui vicinum prædium non habeat, ideò namque seruitutes prædiorum appellantur *l. 1. §. 1. inf. tit. 1.* Valeat tamen hæc concessio non tanquam seruitutis siue realis siue personalis, sed tanquam iuris cuiusdam personalis, vt dixi ad finem legis superioris.

a *Constitui possit.* Scilicet ei qui vicinum fundum habeat, vt proximè dictum est.

b *Quatenus opus sit.* Ratio dubitandi. Vt possit constitui seruitus sufficit ei constitui qui habeat vicinum prædium *d. l. 1. §. 1. infr. tit. 1.*

ædibus, inferiores autem nulli seruiant, & paries communis, qui sit inter ædes inferiores, & medias, altius à domino inferiorum ædium sublatus sit: iure eum altius habiturum, Sabinus ait.

Ad §.1. Si ex tribus.

Ratio dubitandi. Paries communis pro parte pertinet ad dominum mediarum ædium quæ seruitutem superioribus debent, ideoque non posset ipse eum parietem altiùs tollere, quia faceret contra seruitutem, quamuis dominus ædium inferiorum, cui paries ille communis est nullam seruitutem debeat *l. per fundum* 11. *rust. præd.* Cùm nec pro parte seruitus constitui possit *l. pro parte* 11. *sup. tit.* 1.

Ratio decidendi. Communio parietis non facit communem seruitutem altiùs non tollendi, quàm mediæ duntaxat ædes superioribus debent, non etiam inferiores. Nec tantùm si paries sit communis pro diuiso, vt interpretatur Accurs. ex *l. ad certam* 7. *sup. tit. prox.* sed etiamsi pro indiuiso. Nec enim verendum est, vt ideò seruitus pro parte constituta videatur contra *d. l. pro parte.* Ponimus enim ædes medias seruire totas, ac proinde totum parietem qui ad ædes illas pertinet. Pertinet tamen pro parte tãtùm, & ideò, quòd paries communis pro parte tantùm seruiat fit occasione magis quàm iure, vt loqui soleo ex *l. 2. inf. de riuis*, id est, non vitio seruitutis malè ita constitutæ, sed quia paries non est totus earum ædium, quæ totæ seruitutem debent. Planè si socium tollẽtem altius parietem communem prohibere vellet dominus ædium seruientiũ, posset vtique *l. prox. inf.* sed hoc vt faciat, cogi non potest à domino superiorum ædium quibus debetur seruitus, quia propter seruitutem nemo cogitur quicquam facere, sed tantùm pati, extra seruitutem oneris ferendi, vt ratiocinatur Accurs. ex *l. quoties* 15. §. 1. *sup. tit.* 1. Alia sanè interpretatio Accursij, vt parietem communem dixerit hîc Pomponius pro medio, prorsus improbabilis est. Aliud enim est dicere parietem communem. Aliud dicere medium qui sit vnius tantùm ex vicinis.

26. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

IN re communi nemo dominorum, iure seruitutis, neque facere quicquam, inuito altero potest: neque prohibere, quo minus alter faciat [a]. nulli enim res sua seruit. itaque propter immensas contentiones plerumque res ad diuisionem peruenit: sed per communi diuidundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat, aut vt id opus, quod fecit, tollat [b], si modò toti societati prodest, opus tolli.

Ad l. In re communi 26.

Ratio dubitandi. Pars vnius ex sociis qui habent rem communem pro indiuiso non est pars alterius: habent enim separationem, iuris intellectu, quamuis non diuisione corporum *l. Meuius* 66. §. *duorum. de leg.* 2. Ergo cuilibet permittendum est vt de parte sua disponat etiam inuito altero.

Ratio decidendi. Nemini res sua seruit *l. vtifrui* 5. *si vsufr. pet.* Negari autem non potest quin res communis sit vnius ex sociis *l. seruis. §. vlt. de leg.* 1. licèt alterius quoque sit *l. illud* 46. *inf. de rit. nupt.* Ergo nemo dominorum facere quicquam potest inuito altero iure seruitutis in re communi. An verò iure dominij id ei licere debeat, alia quæstio est, de qua in *l. Sabinus* 28. *inf. Commun. diuid.* vbi dicitur per actionem communi diuidundo succurri socio, siue quid facere in re communi socio iuncto velit, siue ab eo sine causa prohibeatur id facere quod expediat, ex eaque causa damnum patiatur.

a *Quo minùs alter faciat.* Ratio dubitandi. In pari iure potior est causa socij prohibentis *d. l. Sabinus* 28. *inf. Commun. diuid. l. parietem* 8. *sup. hoc tit.*

Ratio decidendi. Nemini res sua seruit, vt proximè diximus ex *d. l. vti frui* 5. *si vsufr. pet.* Sufficit autem socio ad ius suum conseruãdum, vt possit prohibere iure dominij nõ seruitutis *d. l. Sabinus.* Itémq; vt possit per actionem cõmuni diuidundo sibi cõsulere aduersus molestum & importunum socium *d. l. Sabinus* 3. §. 1. *de oper. noui. nunc.* Nã qui inuito socio vult aliquid facere in re communi quodãmodo ius alienũ sibi præripit si quasi solus dominus ad suum arbitrium vti iure communi velit, vt scriptum est in *l. an vnus* 11. *inf. si seruit. vindic.* vnde tam multæ discordiæ quas materia cõmunionis excitare solet *l. cũ pater* 77. §. *dulcissimis. de leg.* 2. *l. qui neq;* 8. §. *vlt. de reb. cor. qui sub tut.* dũ sibi quisq; mauult benè esse quàm societati & cõmunioni, cuius semper habenda maior ratio est *l. actione* 65. §. *Labeo ad fin. infr. pro socio.*

b *Aut id opus quod fecit tollat.* Ratio dubitandi. Etsi prohiberi socius à socio potest ne quid in re communi faciat, vt tamen opus factum tollat cogi non potest *d. l. Sabinus* 28. *vers. sed etiam.* Non potest agi si cùm prohibere posset socius hoc prætermisit, vt illa lex ait. Ergo siue inuito & contradicente, siue absente socio aliquid socius fecerit in re communi tollere id cogetur, si modò toti societati prosit id opus tolli. Porrò in hac lege agitur de socio qui in re communi aliquid fecit non quidem absente socio, vt Accursius tentat dicere, sed eo inuito, id est, præsente & contradicente. Alioqui præsentia licèt non adscriberetur consensui, attamen negligentiæ imputaretur, propter quàm etsi negligens socius non amitteret actionem communi diuidundo, impediretur tamen ne posset petere vt opus tolleretur *l. si cùm meus* 14. *inf. si seruit. vindic.*

27. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SEd si inter me, & te communes sunt Titianæ ædes, & ex his aliquid non iure in alias ædes meas proprias immissum sit: nempe tecum mihi agere licet [a], aut rem perdere [b]. Idem fiet si ex tuis propriis ædibus in communes meas & tuas ædes quid similiter esset profectum: mihi enim soli tecum actio est.

Ad l. Sed si inter 27.

Ratio dubitandi. Non est prohibendus socius quominus vtatur iure suo in re communi dum ne alienum ius sibi præripiat *l. an vnus* 21. *infr. si seruit. vindic.*

Ratio decidendi. Non vtitur iure suo qui ex propriis aut communibus ædibus immittit tignum in alienas, quæ nullam seruitutem debeant.

a *Agere licet.* Communi diuidundo, vt in *dict. l. si cùm mulier* 14. *infr. si seruit. vindic.* iuncta *dict. l. Sabinus.*

Quod

Quòd si velis cum Accursio intelligere de negatoria, non patiar, cùm iure seruitutis non possit socius socium prohibere ne quid in re communi faciat, vt dictum est in *d. l. prox supr.* Nec possumus in re communi esse aduersarij cùm vnius loco habeamur *l. 4. §. si communem. inf. fin. regund.*

b *Aut rem perdere.* Id est destruere. Ratio dubitandi. Nemo sibi in causa sua ius dicere debet *tit. C. vt nemo in sua caus. l. 1. infr. quod legat.*

Ratio dubitandi. Quod quis ab alio non iure factum in suo solo possidet pro arbitrio destruere & tollere potest, nec authoritas iudicis in eam rem necessaria est, quia tumultus periculum hoc casu nullum est, cuius periculi ratio sola hoc ius induxit *l. non est singulis 176. de reg. iur.* Accurs. verò & Bartol. quia hæc verba sunt ita interpretati ac si scriptum esset, *aut seruitutem amittere* valde se torquent in quærenda ratione, Cur facilius possit seruitus amitti tempore pro parte, quàm pacto: Nec possunt inuenire, quia non magis tempore quàm pacto seruitus pro parte acquiri vel amitti potest *l. nam satis 6. §. 1. inf. quem. seruit. amitt. l. vna est via 18. inf. tit. prox.* Ergo rem perdere hic nihil nisi destruere est.

c *Idem fiet.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad sententiam præcedentem.

d *Mihi enim soli tecum est actio.* Malo legere *sola*, vt sensus sit non competere hoc casu duplex remedium sicut in casu præcedenti: vt possim vel tecum agere commodius, vel rem perdere, sed solam mihi competere actionem, quia quod in re communi socius habet id iure eum habere constat, nec proinde potest id socius propria authoritate perdere *l. 4 in fin. de seru. leg.* Alioqui ridiculum est dicere mihi soli tecum esse actionem, cùm de eo quod à te factum est nulla tibi possit competere, neque contra te ipsum *l. ne cum filiusfamilias 16. infr. de furt.* neque rursus contra me qui nihil feci.

1 ¶ Si in area communi ædificare velis, socius prohibendi ius habet, quamuis tu ædificandi ius habeas à vicino concessum [a]: quia inuito socio, in iure communi non habeas non ædificandi.

Ad §. 1. Si in area.

Ratio dubitandi. Quod in re communi socius habet id eum iure habere constat *l. 4. in fin. de seruit. leg.* Ratio decidendi. Aliud est ædificare velle, aliud iam ædificatum habere. Vt quod iam ædificatum est tollatur, necessaria est actio communi diuidundo, at vt ædificatio impediatur socij prohibitio sufficit *l. Sabinus 28. Comm. diuid.*

a *A vicino concessum.* Ratio dubitandi. Interest potissimum vicini cuius ædibus debetur seruitus altius non tollendi ne in area ædificetur, nec aliorum voluntas exquirenda est, quàm quorum interest *l. in concedendo 8. iun ct. l. seq. §. 1. infr. de aqua & aqua pluu. arcend.*

Ratio decidendi. Interest etiam eius cui communis est area si aream habere malit quàm ædificium, Et ideò voluntas ipsius quoque exquirenda est dictis legibus: Vicinus cui debetur seruitus consentire debet, quoniam alioqui posset impedire ædificationem iure seruitutis. At socius potest impedire ius dominij. Ergo & ipse consentire debet. Inuito enim socio non habet socius ius ædificandi in area communi, vt nec aliud quicquam faciendi *d. l. Sabinus 28. inf. comm. diuid. & l. prox. sup.*

28. PAVLVS lib. 15. ad Sabinum.

FOramen in imo pariete conclauis, vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri [a] placuit. hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo [b] aquæ veniat: neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit. at quod ex cœlo cadit, etsi non assiduè fit, ex naturali tamen causa fit, & ideò perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes [c] prædiorum perpetuas causas habere debent. & ideò neque ex lacu [d], neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidij [e] quoque immittendi, naturalis, & perpetua causa esse debet.

Ad l. Foramen 28.

Ratio dubitandi. Est etiam quædam seruitus fluminis *l. seruitutes 20. §. stillicidium. supr.*

Ratio decidendi. Non est hæc seruitus fluminis, quia flumen sicut & stillicidium fit per aquam quæ ex cœlo cadit *d. § stillicidium.* Aqua autem hæc quæ proluendi pauimenti causa per foramen mittitur non de cœlo cadit, sed manu hominis emittitur per foramen, quod est in pariete conclauis triclinij. Conclaue porrò intellige non quod multis clauibus formatur, vt malè definit Accurs. sed secretiorem partem domus. Triclinium verò tribus lectis constructum ad decumbendum, vt melius Gothofredus.

a *Neque tempore acquiri.* Ratio dubitandi. Etiam seruitutes tempore & acquiruntur & amittuntur *l. si quis diuturno 10. si serui. vindic.*

Ratio decidendi. Hæc seruitus non est, quia naturalem & perpetuam causam non habet qualem habere debent seruitutes omnes, vt sequitur in textu.

b *Si nihil ex cœlo.* Ratio dubitandi. Etiam aqua quæ ex cœlo cadit, non assiduè cadit.

Ratio decidendi. Naturaliter tamen cadit, & ex causa naturali, Et ideò perpetuò fieri existimatur licèt nõ assiduè fiat, quia causæ naturales sunt perpetuæ. Vno verbo significatur continuatio potentiæ, alio autem cõtinuatio actus, natura enim certa & perpetua est, sed non in actionibus suis exerendis assidua. Perpetuam ergo intellige non actu, sed habitu & aptitudine, vt Accurs. cum Philosophis loquitur. Nam nec parietes ipsi possunt esse æterni, vt nec ædificia quæ recipiunt seruitutes vrbanorum prædiorum *l. cum debere 33. inf. hoc tit.*

c *Omnes seruitutes.* Ratio dubitandi. Nemo tam perpetuò & continenter ire agere potest, vt eius possessio nullo momento interpellari videatur *l. seruitutes 14. sup. hoc tit. 1.* Ratio decidendi. Aliud est habere causam perpetuã, aliud verò possessionem continuam. Omnes seruitutes etiam rusticorum prædiorum habere debent causam perpetuã, nullæ continuam ne quidem vrbanorum. Et inepta est

diuisio illa seruitutum in continuas & discontinuas, quemadmodum & illa esset si quis vellet diuidere seruitutes in habentes causam perpetuam, & non habentes. Nam seruitutes omnes debent habere causam perpetuam, nec tantùm ad hoc vt possint acquiri tempore, quomodo Accursius & Bartol. ratiocinantur, sed etiam vt earum constitutio iure valeat. Valerent sanè tuitione prætoria, vt & aliæ pleræque, quæ ipso iure non valent *l.4. supr. tit.*[1]. saltem iure pacti, & ad acquirendum ius aliquod personale, vt in *l. vt pomum 8. sup. tit. 1. l. Mela 14. §. 1. infr. de alim. legat. l. pen. de seruit. legat. l. 3. in princ. de aqua quotid. & estiu. l. pecoris 4. infr. tit. prox.* Idque appaset ex *l. seq.* Hoc autè ideò, quia nihil aliud sunt quā iura prædiorum, nec iura prædiorum aliud quam prædia ipsa qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signif.* Prædia autem sui natura sunt perpetua. Quod nostri non intelligunt qui continuum & perpetuum confundunt, itémque causam & possessionem.

b *Neque ex lacu.* Ratio dubitandi. Potest constitui seruitus aquæductus etiam ex fonte, qui aliquando exarescat *l. vnus ex sociis 34. & l. seq. infr. tit. 1.* Et lacus omnis habet aquam perpetuam in quo maximè differt à stagno *l. 1. §. lacus & seq. infr. vt in flumin. public.* Cur non ergo etiam ex lacu constitui seruitus potest? Ratio decidendi. Etiam fons qui exarescit habet causam perpetuam & perennem, quia ad suas venas redire potest, & sufficit aquam esse viuam *l. 1. §. 4. infr. de fonte. l. 1. §. loquitur, & §. hac interdicta, & seq. de aqua quotid. & est.* Contra verò lacus tùm quoque, cùm habet aquam perpetuā, tamen causam perpetuam non habet, nisi ponas lacum viuum, id est, ex viuis agris conflatum: huius enim alia ratio esset. Planè in lacu perpetuam aquam habente nauigij seruitus constitui potest *l. via 23. §. 1. inf. tit. 1.* Nempe quia seruitus illa non ex lacu constituitur, vt aquæ ductus, sed in lacu. Hæc autem lex non negat posse constitui seruitutem in lacu perpetuo, sed ex lacu. Quòd si huius quoque diuersitatis rationem pergas quærere, dicam, quia per seruitutem nauigij aqua non minuitur. Iunge *l. 1. §. hoc interdictum. de cisterna. infr. de fonte. l. 1. §. loquitur & §. caput. de aqua quot. & est.*

c *Stillicidij.* Ratio dubitandi. Stillicidium non habet aliam causam, quàm aquam pluuiam quę perpetua non est.

Ratio decidendi. Imò perpetua est & perennis, quia naturalis, cùm cadat ex cœlo, licèt non sine intermissione *d. l. 1. §. hoc interdictum. de fact.*

29. POMPONIVS libro 32. ad Quintum Mucium.

SI quid igitur ex eo foramine, ex quo seruitus non consistit, damnum vicinus senssisset[a]: dicendum est, damni infecti stipulationem locum habere.

Ad l. Si quid igitur 29.

Ratio dubitandi. Ex eo foramine seruitus consistere non potest, vt proximè dictum est.

Ratio decidendi. Latior patet stipulatio damni infecti, quàm actio de seruitute, Nam stipulatio personam afficit, seruitus verò prædium, quod non nisi certis & legitimis modis affici potest: Nec sanè potest competere actio de seruitute vbi seruitus non est.

a *Sensisset.* Ratio dubitandi. Actio de damno infecto non habet locum pro damno iam facto & dato *l. 2. de damn. infect.*

Ratio decidendi. Stipulatio damni infecti interponitur quidem ante damnum datum, sed ex ea post damnum datum agitur. Stipulatio est de damno infecto, sed actio de damno facto. Iunge *l. si fistula 18. supr. l. si seruus 27. §. si furnum 10. infr. ad legem Aquiliam.*

30. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

SI quis ædes, quæ suis ædibus seruirent, cùm emisset, traditas sibi accepit: confusa, sublatáque seruitus est. &, si rursus vendere vult, nominatim imponenda seruitus est: alioquin liberæ veneunt[a].

Ad l. Si quis ædes 30.

Ratio dubitandi. Nemo emendo facit conditionem suam deteriorem, cùm sit titulus acquisitionis ne producta ad vnum finem operentur cōtrarium *l. legata 14. de adim. leg. l. legata 19. de leg. 1.*

Ratio decidendi. Confusione tollitur seruitus, confusio autem fit cùm dominus fundi dominantis acquirit fundum seruientem *l. 1. infr. quem. seruit. amitt.* quia nemini res sua seruire potest *l. in re communi 26 supr.*

a *Liberæ veneunt.* Ratio dubitandi. Confusio fit per acquisitionem dominij, ergo tollitur per separationem, arg. *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. si locus. infr. quem. seruit. amitt.*

Ratio decidendi. Seruitus semel extincta nunquam reuiuiscit, vt neque obligatio, & facto opus est vt restituatur, & iterum imponatur *l. si ei 9. infr. commun. præd.* iunct. *l. qui res 98. §. aream. de solut. l. si ager 23. & sequent. supr. quibus modis vsusfruct. amitt.*

1 ¶ Si partem prædij nactus sim, quod mihi, aut cui ego seruiam: non confundi seruitutem placet, quia pro parte seruitus retinetur. Itaque si prędia mea prædiis tuis seruiant, & tuorum partem mihi, & ego meorum partem tibi tradidero: manebit seruitus. Item vsusfructus[a] in alterutris prædiis acquisitus, non interrumpit seruitutem.

Ad §. 1. Si partem.

Ratio dubitandi. Non potest fieri vt cuiquam res sua seruiat pro parte, non magis quàm in totum *l. in re communi 26. supr.*

Ratio decid. Seruitus quamuis pro parte acquiri aut amitti non possit, per partes tamen retineri tota potest *l. pro parte 11. sup. tit. 1.* Per partes, inquam, dominij fūdi seruiētis, Nō aūt per partes seruitutis.

Quia

Quia cùm sit indiuidua. *l. 1. §. si vsusfructus D. ad leg. falc.* nullas potest habere partes. Proinde necesse est vt tota vel amittatur vel retineatur *l. vna est via 18. inf. tit. 1.* Iunge *l. quicquid 10. inf. comm. præd. l. vt pomum 8 §. 1. sup. tit. prox. l. vnus ex sociis 34. infr. tit. 1.*

a *Item vsusfructus.* Ratio dubitandi. Vsusfructus licet in iure consistat tamen res emolumentum cõtinet *l. Mænius 66. §. fundo de leg. 2.* Ergo vsusfructus ab vno ex sociis in alterius fundo acquisitus confundit seruitutem, acsi acquisitum esset partis dominium.

Ratio decidendi. Vsusfructus non est pars dominij cùm in iure consistat, & ideò acquisitio vsusfructus totius fundi non potest inducere confusionem seruitutis *leg. rectè dicimus 15. de verbor. signific.*

31. PAVLVS libro 48. ad Edictum.

SI testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, seruitutémque præstaret, deposuit ædificium: concedenda erit legatario vtilis actio [a]; qua prohibeatur heres, si postea extollere, supra priorem modum, ædificium conabitur.

Ad l. Si testamento 31.

Ratio dubitandi. Qui debet seruitutem ne luminibus officiat, non ideò prohibetur altiùs tollere, quoniam alia seruitus est, nisi in casu *l. si arborum 7. iunct. l. si domus 21. supr.*

Ratio decidendi. Heres, qui deposuit ædificium, quod altiùs tollere potuisset, eam sibi legem dixisse videtur quasi præstando seruitutem, quam præstare iussus erat, ne officeret luminibus legatarij, nec vnquam posset supra priorem modum altiùs tollere: quamuis altiùs tollendo, non idcirco luminibus officiatur, eamq; formam constituendæ & præstandæ seruitutis excogitasse intelligitur: alioqui ponendum esset ædificium hoc priusquam deponeretur tale fuisse, vt altiùs tolli non posset quin luminibus officeretur, quod tamen ex verbis legis colligi non potest.

a *Vtilis actio.* Ratio dubitandi. Seruitus etiam testamento rectè constituitur damnato herede ne vel hoc vel illud faciat *l. potest 16. infr. comm. præd. & tot. tit. de seru. legat.*

Ratio decidendi. Nihil facit contra testamentum heres qui supra priorem modum altiùs tollit, dum ne luminibus officiat, sed neque facit contra seruitutem, quæ nunquam solo testamento constituitur, sed ab herede cùm ad id damnatus est vt in hac lege constitui debet *l. 3. supr. de vsufr.* Ergo directa actione teneri non potest, præter id quod quasi aliud ædificium est, quod reædificatum est, quamuis vtilitatis causa idem ædificium esse intelligatur, quod ad seruitutem *l. seruitutes 20. §. si sublatum supr.* Vtili tamen tenetur non solùm quia facit contra tacitam conuentionem quæ inducitur ex depositione ædificij (Illa enim depositio pro quadam seruitutis constitutione ac veluti traditione habetur) sed etiam, quia quod vtilitatis causa idem ædificium esse intelligitur cui seruitus debebatur, vtilem tantùm actionem de seruitute parere potest, non directam. Malè Bart. hanc legem sic intelligit, vt domus destructa possit vsque ad statũ pristinum restaurari, non obstante seruitute Ne luminibus officiatur. Quasi hæc lex sit pro herede contra legatarium, ac non potiùs pro legatario contra heredem. Sensus ergo ille est quem diximus, vt heres qui ex legato debuit seruitutem non officiendi luminibus si ædes hereditarias deposuerit ad areã vsque, & postea easdem extulerit, non possit altiùs tollere supra priorem modum inuito legatario. Nam quin ad eum vsque modum possit altiùs tollere, non poterat dubitari, sed videbatur posse illum etiam supra priorem modum altiùs tollere dùm ne officeret luminibus legatarij: Contra tamen Paulus respondet non posse: quoniam constituta seruitute Ne luminibus officiatur, constituta videtur seruitus altiùs non tollendi, tanquam quæ in illa contineatur, quia non possunt altiùs tolli ædes quin lumina vicinarum saltem aliquatenus minuantur. Quod ipsum luminibus officere est *l. 4. supr.* itaque exceptio illa quam addidimus in ratione dubitandi *dum ne officeret luminibus legatarij* inutilis, est quia locum habere nunquam potest, iunge *l. qui luminibus 11. & l. inter 15. sup. eod.*

32 IVLIANVS lib. 7. Digestorum.

SI ædes [a] meæ seruiant ædibus Lucij Titij & ædibus Publij Mæuij ne altiùs ædificare mihi liceat & à Titio precario petierim, vt altius tolleretur, atque ita per statutum tempus ædificatum habuero: libertatem aduersus Publium Mæuium vsucapiam [b]. non enim vna seruitus Titio & Mæuio debebatur, sed duæ [c]. argumentum rei præbet, quod si alter ex his seruitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer [d], altero nihilominus seruitutem deberem.

Ad l. Si ædes 32.

a *Si ædes.* Ratio dubitandi. Qui precario possidet sicuti seruitutem longo tempore acquirere non potest *l. si quis diuturno 10. inf. si seru. vind.* Ita neque libertatem seruitutis, quia licèt precaria possessio sit iusta, non pergit tamen ad acquisitionis vigorem, vt loquitur *l. cõmuni 7. §. inter prædones infr. comm. diuid.*

Ratio decidendi. Possessio precaria nunquam prodest contra eum qui precario concessit, sed prodest contra tertium, quia iusta possessio est *l. 1. §. vlt. & l. 2. inf. vti possid. iunct. l. quæcunque 13. §. 1. sup. de public.*

b *Vsucapiam.* Ratio dubitandi. Seruitutes vsucapi non possunt *l. seruitutes 14. sup. tit. 1.* Ratio decidendi. Potest tamen vsucapi libertas seruitutis, nec ea vsucapio sublata est per legem Scriboniam *l. 4. §. vlt. inf. de vsucap.* scripsi ad *d. l. seruitutes 14. sup. tit. 1.* Intellige cum Accursio si ignorani seruitutem ad alium pertinere. Nec enim sine bona fide magis potest vsucapi libertas seruitutis, quàm ipsa seruitus *d. l. 4. §. vlt. de vsucap. l. vlt. infr. quem. seruit. amitt. l. pen. inf. comm. præd.* Potest tamen fieri vt sim in bona fide contra vnum, & in mala fide contra alterum, quo casu non vsucapiam contra eum cuius respectu sum in mala fide, sed contra alium vsucapiam, vt Accurs. & Bart. notant, quamuis mala fides per se sit indiuidua: aduersitas enim personarum facit diuiduum quod alioqui per se esset indiuiduum *l. Falcinius 7. §. quid si aduers. inf. quib. ex caus. in poss. eat. l. cui fundus 56. infr. de cond. & dem. onst.*

c *Sed duæ.* Ratio dubitandi. Vnæ sunt ædes quæ seruiunt, Ergo duæ nō possunt esse seruitutes, nec vna & eadem seruitus potest diuerso iure censeri vt pro vnius parte, vsucapiatur, non pro parte alterius, arg. *l. cum qui ædes 23. de vsucap.*

Ratio decidendi. Duæ sunt ædes quibus debetur seruitus, ergo duæ seruitutes: vnitas enim vel multiplicitas seruitutis æstimanda est à prædio dominante, non à seruiente: nec nouum est vt diuersis respectibus aliquid sit, & non sit, vt in *l. si ita scriptum 16 infr. de manum. test.*

d *Ab eo solo liberatur.* Bona ratio vt appareat vnam duntaxat esse seruitutem, sicuti cùm vna obligatio est *l. 2. §. 1. de duob. reis.* Ratio dubitandi. Etiam cùm vna tantùm seruitus debita est duobus fundis, fieri tamen potest vt ab alterutro duntaxat quis liberetur non ab vtroque *l. nam satis 6. vers. possunt autem inf. quemadm. seruit. amitt.* Ergo hæc bona ratio non est.

Dec. Ita demum potest vnus tantùm fundus liberari si id nominatim actum sit, vt scriptum est in *d. vers. Possunt autem*: quæ distinctio in hanc specialem cadere non potest, in qua tractatur de seruitute non duobus fundis debita, vt ibi, sed duobus vicinis, & ab altero solo remissa. Nec enim vnius pactum alteri nocere vllo casu potest *l. si vnus 27. §. pacta in fin. sup. de pact.*

1 ¶ Libertas seruitutis vsucapitur, si ædes possideantur. quare, si is qui altiùs ædificatum habebat ante statutum tempus ædes possidere desiit [a], interpellata vsucapio est. Is autem, qui postea easdem ædes possidere cœperit, integro statuto tempore [b] libertatem vsucapiet. natura enim seruitutium ea est, vt possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui ædes possidet.

Ad §. 1. Libertas.

Ratio dubitandi. Seruitus vsucapi nō potest quia est incorporalis *l. 4. supr. tit. 1. l. 4. §. si viam de vsucap.* Ergo nec libertas seruitutis, nec rursus potest vsucapio procedere sine titulo *l. Celsus 23. eod. tit.*

Ratio decidendi. Seruitutes quæ in superficie consistūt, vt vrbanorum prędiorum quodammodo possidētur simul cum ædibus *l. seruitutes 20. sup.* Et ideò poterant olim vsucapi ante legem Scriboniam, per quā sublata est vsucapio seruitutis, quoniam odiosa est non libertatis, quia fauorabilis *d. l. 4. §. vlt. de vsucap.* Etiam nullo titulo interueniente, qui cùm non sit necessarius in vsucapione seruitutis, vt diximus ad *d. l. seruitutes* 20. multò minùs necessarius est ad vsucapionem libertatis dummodo adsit bona fides, cum scientia & patientia vicini. Requiritur tamen continuata possessio ædium, quibus libertas acquiritur, alioqui vsucapio libertatis interrumperetur, vt subiicit Vlpianus, scilicet quantum ad seruitutes vrbanas. Nam in rusticis vsucapitur libertas sine vlla possessione ex sola aduersarij negligentia non vtentis, vt Bart. bene notat ex *l. 4. §. si viam de vsucap. l. pen. infr. quemad. seruit. amitt.* dixi ad *l. seruitutis 14. sup. tit. 1. & ad l. seruitutes 20. supr.*

a *Desiit.* Ratio dubitandi. Quamuis possessor ædiū seruientium desierit ædes possidere, non eo minùs tamen manet altiùs ædificatum.

Ratio decidendi. Nō ędes ipsę seruientes vsucapiunt, sed earum dominus, qui porrò sine possessione saltem earum ædium, vsucapere non potest *l. sine 25. D. de vsucap. & d. l. seruitutes 20. sup.* & interrupta naturaliter vsucapio cōtinuari postea non potest *l. naturaliter 5. eod. tit.* nō enim possunt seruitutes possideri sine ædibus, sed earū possessionē habere intelligitur qui ędes possidet, vt sequitur in textu.

b *Integro statuto tempore.* Ratio dubitandi. Possessio authoris accedit & prodest emptori *l. Pomponius 13. §. 1. de acq. poss. l. de accessionibus 14. de diuers. temp. præscr. & access. ear. l. 2. § penult. infr. Pro emptor. §. inter institut. de vsucap.*

Ratio decidendi. Semel interpellata vsucapio continuari posteà non potest, vt proximè diximus. Ponimus autem hîc interpellatam & interruptam fuisse, & eum qui cœperat vsucapere libertatē seruitutis, desiisse possidere ante completam vsucapionem, ac proinde sequentem possessionem non habuisse causam à priore, vel si habuit, aliū quempiam medio tempore possedisse, alioqui non posset dici interrupta vsucapio, quę ex contrario esset continuata per coniunctionem temporum & accessionem possessionis, vt bene Accurs. noster interpretatur. Cur enim deterior esset condicio vsucapiendę libertatis, quàm sit cæterarum vsucapionum minùs fauorabilium, in quibus tamen tempora authoris & successoris coniunguntur? Et enim vsucapio libertatis fauorabilissima, cùm nihil aliud sit quàm extinctio seruitutis, sicut præscriptio inquit Accurs. & post eum Bar. nihil aliud est quàm extinctio dominij: In quo tamen vterq; labitur. Præscriptio enim nihil nisi exceptio est, quæ actionem non extinguit sed supponit, & consequenter dominium, ex qua in rem actio, & vindicatio nascitur: Vsucapio fanè sicuti nouum dominium acquirit *l. 3. infr. de vsucap.* ita vetus extinguit, ne alioqui duo sint domini quiritiarij in solidum, at longi temporis possessio non nisi pręscriptionē, id est exceptionē acquirebat olim nec dominium vllum extinguebat, nec directum nec vtile quod nullum est nec vnquam fuit, hodie tamē aliud est post *l. vnic. C. de nud. iur. Quir. toll.* & post *l. vnic. C. de transfor. vsucap.*

33. PAVLVS libro 5. Epitomarum Alfeni Digestorum.

EVm debere columnam restituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cuius essent ædes, quæ seruirent, non eum, qui imponere vellet. nam cùm in lege ædium ita scriptum esset, *paries oneri ferundo, vti nunc est ita sit*: satis apertè significari in perpetuum parietem esse debere [a] non enim hoc his verbis dici, vt in perpetuum, idē paries æternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed vti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret: quemadmodum si quis alicui cauisset, vt seruitutem præberet [b], qui onus suum sustineret: si ea res, quæ seruit, & tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat.

Ad l. Eum

Ad l. Eum debere 33.

Ratio dubitandi. Natura seruitutum est vt quis pati duntaxat vel non facere non etiam vt facere cogatur *l. quoties 15. §. 1. sup. tit. 1.*

Ratio decidendi. Excipitur seruitus oneris ferendi, quoniam aliquid esse necesse est quod onus ferre possit, vt huius seruitutis aliquis sit vsus *l. etsi forte § etiam l. fictis 8. § distant infr. si seru. vind.*

a *Esse debere.* Ratio dubitandi. Hæc verba *parietes oneri ferendo vt nunc est, ita sit*, ad præsens tempus relata sunt non ad parietem futurum *l. si seruitus 13. sup. hoc tit* Et sufficit alias semel fecisse, vt in *l. Marcius 59. inf. locat. l. 1. §. vlt. de pollic.* ne alioqui detur progressus in infinitum *d. l. 1. §. sicuti ita vt legat. seu fideic. caus. cau. l. fideicommissi 11. §. si quis decem de legat. 3.*

Ratio decidendi. Non potest dici cogitatum de pariete qui æternus esset, sed de eo tantum, qui per vices ad eundem modum subrogitus pro eodem pariete haberi posset, nec enim per rerum naturam fieri potest vt corporale quicquam sit æternum. Aliud est in specie *d. l. si seruitus*, vbi potest conuentio commodè intelligi de præsenti tantùm lumine, quod & Accursius notat.

b *Et seruitutem præberet*, legendum est *seruientem scilicet parietem*, supplendum enim est hoc substantiuum, & repetendum ex præcedentibus, quod sequentia illa ostendunt. *Qui onus suum sustineret*, vbi etiam error est & legendum *tuum pro suum.* Et tertium in sequentibus *Si ea res qua seruiret vt tuum onus ferret* pro eo quod scriptum est, *qua seruiret*, & cùm scriptum esset more Florentini librarij, *qua seruit ET* pro *seruiret*, & Ratio dubitandi. In dubio & ambiguo facienda est interpretatio contra eum qui potuit legem apertius dicere *l. veteribus 39. supr. de pact. l. si arborem 17. § penult. sup.*

Dec. Nulla hic in verbis ambiguitas est, nec proinde admitti debet quæstio voluntatis *l. ille aut ille 25. §. 1. de leg. 3.* Et cùm seruitus omnis ipso iure sit perpetua *l. 4. supr. tit. 1.* consequens est vt parietem quoque perpetuum esse oporteat, qui necessarius est oneri ferendo, cùm seruitus oneris ferendi constituta est. Pottò nihil in hoc mundo perpetuum esse potest, inquit Bart. nisi per subrogationem.

34. IVLIANVS lib. 2. ex Minicio.

ET qui duas areas habet, alteram tradendo, seruam alteri efficere potest.

Ad l. Et qui duas 34.

Ratio dubitandi. Qui rem suam tradit, adhuc dominus eius est, alioqui tradendo transferre dominium non posset, nemini autem res sua seruit *l. in re communi 26. sup.*

Ratio decidendi. Confertur huiusmodi constitutio seruitutis in id tempus, quo alius erit dominus ædium seruientium, alius dominantium, quod sufficit vt valeat: sicuti è contrario non valet actus permissus collatus in tempus prohibitum *l. quod sponsa C. de donat. ant. nupt. l. filius 9 inf. D. de manum. test.* Et pactum quodcunque in traditione appositum valet *l. in traditionibus 44. supr. de pact.* adeoque licèt per eiusmodi pactum in traditione appositum inutilis seruitus constitueretur *l. si fundo 19. supr. tit. 1. l. venditor 13. infr. Comm. præd.* sed hoc intellige cum Accursio, dummodò is qui duas areas aut duas ædes habet non tradat eas simul, siue eidem personæ, siue diuersis: tunc enim non posset alias facere alijs seruas *l. si quis duas in pr. § duas autem. infr. comm. præd.* iunge *l. fundus 32. inf. tit. prox.* sicuti nec si fieret traditio ex interuallo post pactum. Necesse enim est fieri pactum in ipsa traditione, id est in tradendo *dict. l. in traditionibus*, aut quod idem est incontinenti post traditionem, quoniam ea quæ fiunt incontinenti videntur inesse *leg. iuris gentium 7. §. quinimo eod. titul. l. lecta 41. de reb. cred.*

35. MARTIANVS libro 3. Regularum.

SI binarum ædium dominus dixisset eas, quas venderet, seruas fore, sed in traditione non fecisset mentionem seruitutis: vel ex vendito a agere potest, vel incertum condicere, vt seruitus imponatur.

Ad l. Si binarum 35.

Ratio dubitandi. Multa proponuntur quæ non concluduntur *l. si dominus 8. de præscr. verb.* & quod in ipsa traditione dictum sit inspiciendum est, post ùs quam quid ante traditionem cùm potuerit mutari voluntas. Ratio decidendi. Lex contractus inspicienda est si de ea constet *d. l. dominus 8.* præsumitur enim secuta traditio iuxta formam præcedentis conuentionis *l. quædam mulier 77. de rei vind.*

a *Et ex vendito.* Ratio dubitandi. Ædes quę venditæ sunt nulla facta mentione seruitutis in traditione, sunt liberæ, & potest imputari venditori cur non in traditione ipsa seruitutem exceperit vt eas seruas traderet, Ergo non est ei danda actio vlla neque ex vendito, neque incerti condictio vt seruæ fiant. Neque enim possunt fieri seruæ ex eo solo quòd conuenerit fore nisi in ipsa traditione conuenerit vt sint seruæ, quia sicuti ex solo contractu citra traditionem non potest transferri dominium *l. traditionibus 20. C. de pact.* Ita neque seruitus constitui nisi per traditionem, cùm dominij mutationem hoc casu necessariò præsupponat *l. 5. infr. comm. præd.* un *d. l. quid aliud 86. de verb. signif.*

Dec. Bona fides semper postulat vt lex contractus seruetur quoties de ea apparet etiamsi contractus sit stricti iuris *l. si dominus 8. inf. de præscr. verb.* multò magis si sit bonæ fidei *l. venditor 13. inf. comm. præd.* ne decipiatur qui aliter non fuerat contracturus *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* Nec potest imputari ei qui legem non dixit in tradendo, dummodo dixerit in vendendo *l. in vendendo 66 in princ. inf. De contr. empt.* danda igitur est actio ex vendito venditori vt quod conuenit fiat, vel condictio incerti vt seruitutem constitui patiatur quæ in tradendo constituta non fuit *l. si liberum 8. inf. de act. empt.* ex quo loco apparet pro eo quod legitur hic *incertum condicere* legendum esse *incerti.* Est enim nomen actionis *l. sed & si 22. §. 1. & l. qui exceptionem 40. §. 1. de cond. indeb.* sicut & verba illa *ex vendito.*

Digitized by Google

36.PAPINIANVS lib 7.Quæstionum.

BInas quis ædes habebat vna contignatione tectas. vtrasque diuersis legauit. dixi: quia magis placeat tignum posse duorum esse, ita vt certæ partes cuiusque sint contignationis, ex regione cuiusque domini fore tigna: nec vllam inuicem [a] habituros actionem, ius non esse immissum habere. nec interest [b], purè vtriusque, an sub conditione alteri ædes legatæ sint.

Ad l.Binas 36.

Ratio dubitandi. Contignatio media videtur esse communis inter legatarios pro indiuiso. Nam neque tignum ipsum per se consideratum posset esse commune duorum pro diuiso, vt nec aliud quicquam mobile *l.Pomponius 8.in fi. sup.de rei vind.§. eadem interuentum vers.quòd si commodè Instit. de offic.iud.*

Ratio decidendi. Potest contignatio pertinere pro diuisis partibus ad singulos quibus singulæ ædes diuisim legatæ sunt, quia tignum quandiu cohæret & iunctum est ædibus, censetur pars ædium *l.cum qui ædes 23.de vsucap. l.1. de tign.iunct.* ac proinde quid immobile quamuis separatum ab ędibus non posset possideri à duobus aut duorum esse diuisim *l.arbor 19.§.vlt infr. comm. diuid.* vt Bart. hic disputat non contra Accursium, sed apertiùs tamen quàm Accursius. Iunge *l.pen. infr. pro socio. l. pro regione 8. de acq rer.dom.* Et euitanda est inductio communionis si alia interpretatio capi possit, propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. in re communi 26. supr. l. cùm pater 77.§. dulcissimus de leg. 2.* Ergo tigna vti stant tempore venditionis, ita stare debent: Non iure seruitutis, vt malè putat Bart. sed iure dominij, & communionis, vt in *l. an vnus 11. inf. tit.1.* aut occasione magis quàm iure, vt loquitur *l. 2.infr.de ruin.*

a *Nec vllam inuicem.* Ratio dubitandi. Non potest vnus ex sociis inuito altero habere aliquid immissum in parietem communem *l.in re 26.sup.*

Ratio decidendi. Contignatio hæc communis non est sed singulorum pro cuiusque parte diuisa, vt modò diximus.

b *Nec interest.* Ratio dubitandi. Cùm vni legatum est purè alteri sub condicione, non est æquale ius vtriusque legatarij, quia condicionalis nullum ius habet nisi post euentum condicionis *l.is cui 42.infr. de oblig & action.*

Ratio decidendi. Imò habet ius par & æquale quandocunque condicio existit, quia legatum exinde habetur pro puro *l.is cui via 11.§.1.in fi.quem.seruit.amitt.* iunct. *l.potior 11.§.1.inf.qui potior in pignor.hab. l.& post litem 12.§.res quæ infr.fam.herc.*

37.IVLIANVS libro 4.Digestorum.

IDémque esse, & si duobus ædes cesserint [a].

Ad l.Idémque 37.

Ratio dubitandi. Differunt in multis vltimę voluntates à contractibus etiam quòd ad seruitutes, vt in *l.vlt.inf.Comm præd.*

Ratio decidendi. Non differunt quòd ad hanc rem attinet, quia eadem vtroque casu ratio est, nec diuersitatis ratio videri potest, vt in *l.3.§. inde etiam infr.de iniust.rupt.*

a *Cesserint*, legendum est *cesserit*. Erat enim cessio nunc ex modis transferendi olim dominij quiritarij, vt tractat Vlpian.in *frag. Tit. 19. de acquis. rer.* Iunge *l.nemo 39.infr.*

38.PAVLVS lib.2.Quæstionum.

SI ædes meæ à tuis ædibus tantùm distent, vt prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat: seruitus imponi non potest.

Ad l.Si ædes 38.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt seruitus talis constituatur quæ vtilitatem suam adferat, etiamsi ędes vnius non sint in conspectu ędium alterius, vt cernere est in aquæductu. Sufficit autem aliquam esse vtilitatem aut hominis aut prædij vt vtiliter seruitus constitui possit *l.quoties 15.sup.tit.1.*

Ratio decidendi. Intelligitur hęc lex de seruitute quæ non aliter possit vtilitatem adferre quàm si in conspectu sint inuicem prædia *l.prox. infr.* Eiusmodi sunt seruitutes vrbanæ de quibus hic agitur non de rusticis, in quibus aliud est *l. seruitutes 14. §. publico loco supr.tit.prox.* Planè non illud etiam requiritur vt ædes sint vicinæ si modò sint in conspectu *l.si quis duas 9.in princ.inf. Comm.præd.* Et aliqua possit esse vtilitas seruitutis *l.Et ideò 5.inf.si seru.vindic.*

39.PAVLVS libro 1.Manualium.

NEmo enim propriis ędificiis seruitutem imponere potest, nisi & is, qui cedit, & is, cui ceditur, in conspectu habeant ea ædificia, vt officere alterum alteri possit.

Ad l.Nemo enim 39.

Ratio dubitandi. Potest quilibet pro arbitrio rei suæ condicionem facere deteriorem, cùm sit quilibet rei suæ moderator & arbiter *l. in re mandata 21. C.mand.*

Ratio decidendi. Seruitus non potest constitui nisi quæ sit vtilis, & quidem prædij cui debetur *l. quoties 15.sup.tit.1.* Non enim potest esse vllum prędium seruiens si non sit aliud dominans *l.1. §. 1.infr. Comm.præd.* Dominans autem prędium illud est cui seruiens posset officere, si non seruiret.

40.PAVLVS lib.3.Responsorum.

EOs, qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure fenestras immisisse, respondi.

Ad l.

Ad l. Eos qui ius 40.

Ratio dobitandi. Socius qoi non prohibuit aperiri parietem cæcum commuoem, cùm possit, videtur consensisse, vt in eo pariete fiereot feoestræ.

Ratio decidendi. Non potest quis habere fenestras in pariete communi inuito socio, nisi habeat ius immittendi luminis aut actiuè aut passiuè, vt Accursius post Irnerium interpretatur.

41 SCÆVOLA lib. 1. Responsorum.

OLympico habitationem, & horreum, quod in ea domo erat, quoad viueret, legauit: iuxta eandem domum hortos, & cenaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt. ad hortum autem, & cenaculum semper per domum, cuius habitatio relicta erat, aditus fuit. Quæsitum est, an Olympicus aditum præstare deberet. Respondi seruitutem quidem non esse: sed heredem transire per domum ad ea, quæ commemorata sunt, posse: dum non noceat legatario.

Ad l. Olympico 41.

Ratio dubitandi. Habitatio legata Olympico nõ fuit onerata vlla seruitute itinetaria, nec debet emolumentum legati minui, & afferri legatario eiusmodi onere iniuncto.

Ratio decidendi. Nullus ad hortos & cœnaculum aditus fuit oisi per domum legatam Olympico. Aditus ergo per eam domũ heredi præstandus est ex necessitate potiùs, quàm iure seruitutis, cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi 26. sup. l. 5. supr. si vsusfr. pet.* & proprietas maneat heredis. Aliud enim esset si pro habitatione proprietas domum legata proponeretur. Tuoc enim seruitutem sibi excipere contra legatarium heres posset, & deberet *l. testatrix pen. inf. si seru. vind. l. damnas 15. §. 1. de vsufr. leg.* Nec tantùm heredi sed etiam ipsius successori aditus debebitur. Differt eoim hic casus ab illo de quo in *l. pen. infr. de seruit. legat.* Cauere tamen debet heres ne noceat legatario. Non enim fit hæc interpretatio in odium legatarij, sed in fauorem heredis, vt quemadmodum aditus debetur legatario etiamsi legatus oon sit si modò aliter non possit legatarius frui re legata *d. l. damnas §. 1. l. seruum filij 44. §. vlt. de leg. 1.* Ita & multò magis debeatur heredi euiusque successori. Denique si vsusfructus adminiculis quibusdam indiget *l. 1. §. 1. sup. si vsusfr. pet.* Multò magis & proprietas. Iunge *l. si fundum sub condicione 81. §. qui fundum de leg. 1.*

1 ¶Lucius Titius, aperto pariete domus suæ quatenus stillicidij rigor, & tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuit. Quero: cùm neque luminibus Publij Mæuij vicini, neque itineri vicini officeret, neque stillicidium ne vicini domo cadat: an aliquam actionem Publius Mæuius vicinus ad prohibendum haberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur: nullam habere[a].

Ad §. 1. Lucius.

Ratio dubitandi. Nemini permittendum est vt in loco publico quicquam faciat, *l. 1. & tot. tit. Ne quid in loc. publ. fiat.* Hîc autem iaouam in publico aperuit.

Ratio decidendi. Nihil facit in publico qui domus suæ parietem aperit & in solo suo ianuam ponit, licèt eam in publico aperiat, id est eam in viam publicam reiiciat dum ne quid ex eo damoi vel incommodi sentiat, via publica, aut domus vicini. Nihil autem damni seorit via publica, si non aperiatur ianua oisi quateous tignorum proiectus cõpetit, nec rursum vicinus si neque luminibus vicini officiatur, neq; stillicidij rigor impediatur. Malo enim hîc legere *proiectus* quàm *protectus*. Et rursum *rigor* quàm cum Bartolo *vigor*. Rigorem enim intelligit stillicidij quateons stillicidium maximũ & in summa aqua pluuia se extendit, sicuti littus maris quatenus fluctus hibernus maximus excurrit, & exęstuat *l. litus est 96. l. litus publicum 112. de verb. signif.* Denique nunqoam danda est actio ei cuioa nihil probabiliter interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Et certè vix est vt in publico, ac noo potiùs in suo ianuam aperiat is, qui non aperit nisi quatenus stillicidij rigor & tignorum proiectus competit. Nam sicuti solemus dicere eius esse cœlum cuius est solum *l. cùm eo 9. supr.* ita à contrario fere possit quis dicere eius videri solum, cuius est cœlum, si aliud nihil obstet. Cœlum autem eius esse videtur qui tignorum proiectum habet ac quateous tigna supra viam publicam proiecta sunt. Licèt vsus vię, quę tecto subest non eò minus sit communis, vt cæterarum rerum quæ sunt publicę. Nam oec proiectum io aëra permittitur habere nisi qooniam aëris vsus communis est, Neque enim ideò fit proprius eius qui proiectum habet; ideoque bene hîc Scæuola ponit ianuam in publico apertam, habito scilicet respectu ad proprietatem & noo ad vsum.

a *Nullam habere.* Intellige cum Accursio vt non solum oullam habeat actiooem de seruitute, sed neque vllum ioterdictum ad tollendam ianuam in publico apertam, cùm neque priuatæ vllius vtilitati noceat, neque publicæ, sibi autem prosit, vt Accurs. beoe ratiocinatur ex *l. 2. § merito ne quid in loco publico.* Quisquis enim sibi prodest, etiam publicè prodest cùm publicam vtilitatem metiamur ex vtilitatib. singulorum, dum ne alij noceat. Planè quod addit Accurs. eum qui ianuam in publico aperuit nihil fecisse in publico, pugnat cum supradictis illis verbis Scæuolæ, *Ianuam in publico aperuit* nisi eo quo diximus modo explicetur.

DE SERVITVTIBVS PRÆDIORVM RVSTICORVM.

TIT. III.

1. VLPIANVS lib. 5. Institutionum.

SERVITVTES rusticorum prædiorum sunt hæ: iter, actus, via, aquæductus. Iter est ius [a] eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi [b] vel iumentum, vel vehiculum. Neque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet [c], & iter habet etiam sine iumento [d]. Via est ius [e] eundi, & agendi, & ambulandi. nam & iter, & actum, & se via continet [f]. Aquæductus [g] est ius aquam ducendi per fundum alienum.

Ad l. Seruitutes 1.

Ratio dubitandi. Etiam per prædium vrbanum potest constitui seruitus itineris.

Ratio decidendi. Sunt hæ seruitutes rusticorum prædiorum, quia rusticorum potissimùm prædiorum gratia comparatæ sunt, & quatenus prædiorum dominantium necessitas exigit *l. ergo 5 §. 1. infr.* & in solo consistunt, non in superficie vt illæ quæ sunt vrbanorum prædiorum *l. seruitutes 30. supr. tit. 1.* Sic & in prædiis rusticis possunt constitui seruitutes illæ, quas vrbanorum prædiorum appellamus *l. 1. infr. tit. prox.*

a *Iter est ius.* Ratio dubitandi. Qui habet actum, habet iter, vt lex hæc ait, & tamen non habet ius ambulandi nisi etiam habeat viam, vt sequitur in definitione viæ.

Ratio decidndi. Habet quidem ius eundi, sed non habet seruitutem itineris *l. 4. §. 1. infr. si seruitut. vindic.* Quod Accursius noster sic explicat, nec malè, vt in actu contineatur iter quantum ad commoditatem, non quantum ad seruitutem, quæ sit distincta & separata. Nemo enim agere potest quin eat, sic dicimus in seruitute vsusfructus contineri vsum non tamen seruitutem vsus *l. per seruum 14. §. 1.* vbi dixi *supr. de vsu & habitat.* iunct. *l. 5. §. ergo si fructus sup. vsufr. quem caueat.* Sed quod Accursius verba ista *Eundi & ambulandi* sic distinguit quasi eat is demùm, qui solus, ambulet verò qui cum alio, aut eat qui planè, vt ipse loquitur, ambulet verò qui currendo, ridiculum est. Distinguitur enim tanquam genus, & species, It quisquis ambulat, sed non ambulat quisquis it, Eunt etiam iumenta, & cætera animalia, itemq; homines etiam cùm agunt iumentum: sed ambulant soli homines, ita si neque iumentum agant, neque vehiculum siue soli ambulent, siue plures. Ambulare tamen intelligitur etiam is qui sella, aut lectica, aut equo vehitur *l. qui sella 7. l. inter 12. infr.*

b *Actus est ius agendi.* Ratio dubitandi. Potest etiam per se ire qui actum habet; id est sine iumento vel vehiculo *l. 2. infr. quem. seru. amitt. vt prox. inf.* ibi *etiam sine iumento.*

Ratio decidendi. Potest quidem ire sine iumento vel vehiculo, sed non tamen ambulare. Requiritur enim vt eundum habeat ad fundum, cui debetur seruitus ipsius prædij causa: Qui dicit *Ambulare* significat motum in loco. Qui verò *ire agere* aut *ire* simpliciter motum ad locum.

c *Qui actum habet.* Ratio dubitandi. Potest quis habere actum sine itinere non minùs quàm iter sine actu *l. 4. §. 1. infr. si seru. vind.*

Ratio decidendi. Potest seruitus actus esse sine seruitute itineris in abstracto, sed non sine itinere in concreto, quia nemo potest agere quin eat, vt suprà diximus. Inde est quod qui actu legato iter adimit nihil adimit quia sine itinere actus esse nunquam potest *l. 1. de alim. leg.* Item quod nec valet acceptilatio solius itineris si quis actum aut viam stipulatus sit. *l. & per iusiurandum 13. §. 5. inf. de accept.*

d *Etiam sine iumento.* Ratio dubitandi. Qui habet actum non habet ius ambulandi si non etiam habeat viam, vt constat ex viæ definitione, quæ hîc sequitur. Ratio decidendi. Aliud est ire sine iumento, aliud ambulare, ambulare est moueri in loco, ire agere moueri ad locum, vt diximus.

e *Via est ius.* Ratio dubitandi. Nihil videtur esse in via plus quàm in actu, si via nihil aliud est quàm ius eundi, agendi & ambulandi cùm per se quoque ire possit is qui actum duntaxat habet *l. 5. infr. quem. seru. amitt.*

Ratio decidendi. Aliud, & plus est ambulare, quàm ire per se, & sine iumento, vt proximè diximus. Ad hæc qui viam habet non tantùm agere iumenta & plaustrum ducere potest, vt ille qui actum habet, sed etiam trahendi lapidem aut tignum & rectam hastam ferendi si modò fructus non lædat *l. qui sella 7. infr.* Item armenta traiiciendi *l. inter actum 13. infr.* Item via latitudinem habet legitimam, actus & iter non habent *l. via 8. l. certo generi 13. §. latitudo infr.*

f *Et si via continet*, malo legere *In se.* Ratio dubitandi. Si is qui viam habet acceptò ferat, iter & actum, via quoque acceptò lata esse intelligitur *d. l. & per iusiurandum 13. §. 1. de acceptil.*

Ratio decidendi. Via, siue itinere & actu nunquam esse potest, sed habet tamen aliquid plus quàm iter & actum simul, etiamsi in abstracto hæ seruitutes accipiantur *l. si tam angusti 13. sup. de seruit. l. qui sella 7. & seq l. certo generi 13. §. latitudo infr.*

g *Aquæ ductus.* Ratio dubitandi. Etiam per fundum proprium potest quis aquam ducere *l. si mihi 20. §. penult. infr.*

Ratio

Ratio decidendi. Nemini res sua seruit *l. in re communi 26. sup. tit. 1. l. vti frui 5. supr. si vsufr. pet.* Quòd si quis per fundum suum aquam ducat facit id iure dominij non seruituris.

1 ¶ In rusticis computanda sunt aquæ haustus, pecoris ad aquam adpulsus, ius pascendi, calcis coquendæ, harenæ fodiendæ.

Ad §. 1. In rusticis.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad initium huius legis, Quod tamen hic dicitur de pecoris ad aquam appulsu, intellige cum Accursio si tale ius prędio non personæ debeatur ex *l. pecoris 4. inf. hoc tit. l. si quis vnas 32. sup. de vsufr.*

2 ¶ Traditio planè, & patientia seruitutum inducet officium prætoris.

Ad §. 2. Traditio.

Ratio dubitandi. Seruitutes, cùm sint incorporales tradi non possunt *l. 4. §. si viam infr. de vsucap. l. seruitutes 14. supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Patientia & vsus seruitutis pro traditione est *l. quoties 15. §. 1. & l. vlt. eod. ill. tit. l. 3. supr. de vsufr. l. si ego 11. §. 1. sup. de public. in rem. act.* Porò hęc traditio & patientia seruitutum inducit officium prætoris, non solùm videt actionem confessoriam vel negatoriam, quę licèt ciuiles actiones sunt non prætoriæ, ab ipso tamen Prætore dantur, sed etiam vt in danda actione iubeat interponi cautiones de patientia in futurum præstanda, quoniam alioqui nec seruitus ipsa præstari videretur, quæ tamē præstanda est arbitrio boni viri cùm actiones istæ sint arbitrariæ *l. harum 7. l. egi 12. inf. si seru. vind. l. vlt. sup. de seruit.* Nec proinde aliud iuris est in rebus corporalibus in quarum vindicatione, quoniam perinde est arbitraria, æquè necessaria cautio est *l. si post acceptum 18. & seq. l. si à bona fides 21. & pass. supr. de rei vindic.* Nec ad hunc casum pertinet quod dici solet futuri temporis tractum ad iudicem non pertinere *l. 1. §. 1. de vsur.* vt nec ea quæ ante iudicium contingunt *l. ædiles 25. §. Item sciendum est inf. de ædil. edict.* hoc enim fit propter arbitrium boni viri, quod in his actionibus potissimùm dominatur *§. præterea Inst. de action.* quod certè nec Accurs. nec Bart. intellexit. Cæterę Accursij interpretationes sunt ridiculæ, sicut & illa Bartoli, vt quemadmodum in rei vindicatione cogitur quis per officium iudicis rem restituere, ita & hîc per officium iudicis cogatur quis pati, vt patientia sit pro restitutione. Non enim officio sed arbitrio iudicis fit restitutio in actionibus arbitrariis, & arbitrium interponitur ex vi & potestate ipsa formulæ: Sed cautio interponitur officio iudicis à Prætore dati, nec in formula fit mentio cautionis quomodo fit restitutionis per illa verba *si res arbitratu tuo non restituatur d. l. harum 7. & dict. l. egi 12. infr. si seru. vindic. dict. l. vltim. supr. de seruit.*

2. NERATIVS libro 4. Regularum.

RVsticorum prædiorum seruitutes sunt: licere altius tollere, & officere prætorio vicini: vel cloacam habere licere per vicini domum vel prætorium: vel protectum habere licere.

Ad l. Rusticorum 2.

Ratio dubitandi. Hæ seruitutes omnes de quibus initio huius legis agitur dicuntur esse vrbanorum prædiorum in *l. 2. sup. tit. 1.*

Ratio decidendi. Neratius existimauit vrbana prædia & rustica ex loco, cæteri verò ferè omnes Iureconsulti ex materia & qualitate & vsu, vt constat ex *l. 4. §. in quib. caus. pign. vel hypot. tac. contr. l. vrbana familia 166. & vrbana prædia 198. de verbor. signif. l. si prædium 14. C. de præd. & aliis reb. minor. l. seruis 99. l. cùm quæreretur 60. §. 1. de leg. 3. l. peculium 65. de leg. 1. l. 4. §. quòd si vrbana infr. de pen. legat. l. quemadmodum 12. de supell. legat. l. 1. infr. titul. proxim.* De seruitute altiùs tollendi, dixi ad *dict. l. 2. supr. tit. proxim.* De seruitute cloacæ immittendæ ad *l. ius cloacæ 7. supr. de seruit.*

1 ¶ Aquæductus, & haustus aquæ, per eundem locum vt ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam vt diuersis diebus, vel horis ducatur. Si aquæductus, vel haustus aquæ sufficiens est: potest & pluribus per eundem locum concedi, vt & iisdem diebus, vel horis ducatur.

Ad §. 1. Aquæ ductus.

Ratio dubitandi. Non possunt plures per eundem locum & eodem tempore vti his seruitutibus quin sibi inuicem obstent cùm non pro parte sed in solidum singuli viam habeant *l. via 17. supr. de seruit.* ne alioqui se mutuò impediant *l. 2. §. vltim. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. itinere 28. inf. hoc tit.* Quo tamen casu vtile inter eos reddendum erit interdictum *l. Lucio 4. infr. de aqua quotid. & æst.*

Ratio decidendi. Potest vnum prædium debere seruitutem pluribus prædiis, nec quicquam vetat plures eodem loco & tempore aquam haurire vel ducere si aqua sufficiens est, si minus diuersis saltem diebus aut horis.

3. VLPIANVS lib. 17. ad Edictum.

ITem si possunt seruitutes imponi, & vt boues, per quos fundus colitur: in vicino agro pascantur. quam seruitutem poni posse, Neratius libro secundo Membranarum scribit.

Ad l. Item si possunt 3.

Ratio dubitandi. Seruitutes prædiorum non possunt esse nisi quæ debentur prædiis, à prædiis alioqui sunt personales: si debeantur personæ à prę-

dio l.1. *sup. de seruit.* seruitus autē pascendi pecoris sic imponitur, vt deberi videatur pecori, non prædio.

Ratio decidendi. Prædij fructus & vtilitas augetur per boues destinatos colendo fundo, vt per alia huiusmodi pecora in fundo commorantia, quæ porrò haberi non possunt, nisi sit vnde pascantur proinde vtilitas huius seruitutis non tam ad pecoris pascendi, quàm ad prædij commodum refertur, si tale sit prædium vt fructus eius maximè in pecore consistat *l. prox. inf.*

1 ¶ Idem Neratius, etiam vt fructus [a] in vicini villa cogantur, coactique habeantur, & pedamento [b] ad vineam ex vicini prædio sumantur, constitui posse scribit.

Ad §. 1. Idem Neratius.

a *Etiamsi fructus.* Ratio dubitandi. Videtur hoc etiam casu seruitus debita fructibus qui in vicini villa cogi possunt, potiùs quàm prædio. Nec enim fructus prædij sunt prædium, neque pars fundi, nisi quatenus fundo cohærent *l. fructus pendentes 44. supr. de rei vindic.*

Ratio decidendi. Prædium ex quo percipiuntur fructus qui in vicini villa posteà coguntur, fit tantò preciosius. Et prædium in cuius villa coguntur tantò vilius, quod sufficit ad constituendam seruitutem *l. de pupillo 5. §. & bellè de oper. nou. nunc. l. & ideò 5. inf. si seru. vindic.*

b *Et vt pedamenta.* Ratio dubitandi. Non videtur hæc seruitus habere causam naturalem & perpetuam cum hominis manu pedamenta sumantur. Non enim perpetuam causam habere potest quod manu fit *l. foramen 28. sup. tit. 1.* Omnes autem seruitutes causam perpetuam habere debent, licèt non continuam. Nec minùs rusticæ quàm vrbanę, vt ad illam legem scripsimus. Non est igitur hæc seruitus fundi.

Ratio decidendi. Seruitus fundi est vt ex eo possint sumi pedamenta ad vineam vicini colendam, quia hac ratione fundi illius minuitur ius & augetur ius alterius in quo est vinea: quod sufficit ad constituendam seruitutem *l. de pupillo 5. §. & bellè de oper. nou. nunc.* vbi eleganter diffinitur seruitus imposititia quæ vnius fundi ius auget, alterius verò imminuit. Nec eo minùs habet hæc seruitus causam naturalem & perpetuam, quod pedamenta manu hominis sumantur, cùm sumantur ex lignis quæ fundus seruiens profert naturaliter non manu hominis.

2 ¶ Eodem libro aut vicino, cuius lapicidinę fundo tuo immineat, posse te cedere, ius ei esse, terram, rudus, saxa iacere, posita habere: & vt in tuum lapides prouoluantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur.

Ad §. 2. Eodem libro.

Ratio dubitandi. Eadem quæ ad § proximum, quia videtur hæc seruitus deberi lapidibus, terræ, rudetibus, & saxis quæ in fundum vicinum prouoluuntur potiùs quàm prædio in quo sunt lapidicinæ. Ratio decidendi. Preciosior fit fundus in quo sunt lapidicinæ & alius fundus in quem lapides prouoluuntur fit deterior. Ergo vtilis est seruitus secundum id quod diximus ad §. prox præcedentem.

3 ¶ Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum. & (vt ait Neratius libro tertio membranarum) siue ei ius hauriendi, & adeundi cessum sit, vtrumque habebit: siue tantùm hauriendi, inesse & aditum: siue tùm adeundi ad fontem, inesse & haustum [a], hæc de haustu, & fonte priuato [b], ad flumen autem publicum [c], idem Neratius eodem libro scribit iter debere cedi, haustum non oportere: &, si quis tantùm (haustum) cesserit, nihil eum agere [d].

Ad §. 3. Qui habet haustum.

Ratio dubitandi. Alia est seruitus itineris, alia haustus aquæ *l. 1. supr.* Nec vna seruitute concessa, duplex constituta intelligitur cùm sit odiosa constitutio seruitutis, tanquam quę sit contra naturam rerum quæ omnes sunt liberæ *l. 4. supr. de usufr. & iur. l. altius 8. Cod. de seruit. & aqua*, maximè si per stipulationem constitutio seruitutis facta sit *l. quicquid 99. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Concessa seruitute, concessa intelliguntur cætera quoque omnia sine quibus seruitutis vsus nullus esse potest *l. si iter 10. sup. de seruit. l. a. supr. de iurisd. l. legatu 6 infr. de alim. leg.* Nemo autem haurire aquam potest quin eat ad hauriendum: sed non est illa seruitus itineris separata à seruitute haustus, sed iter sine quo haustus esse non potest, vt neque actus sine itinere esse numquam potest *l. 1. de adim. legat.* Itaque non habet iter nisi ad hauriendum. Iunge *l. vlt. supr. tit. prox.*

a *Inesse & haustum.* Ratio dubitandi. Potest quis adire fontem etiamsi aquam non hauriat, nec ista conuertuntur, vt quemadmodum non potest quis habere haustum aquæ sine itinere, ita nec possit ire ad fontem quin hauriat aquam.

Ratio decidendi. Inutilis esset seruitus adeundi fontem si aquæ hauriendæ ius non esset. Cur enim sibi quis acquireret ius eundi ad fontem nisi vt hauriret aquam? Maligna autem interpretatio est quæ facit conuentionem inutilem *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus de verbor. oblig. l. quoties 12. infr. de reb. dub.*

b *Et fonte priuato*, legendum est *ex fonte priuato*, vt sequentia ostendunt.

c *Ad flumen autem publicum.* Ratio dubitandi. Flumina publica non subijciuntur priuatorum conuentionibus, vt neque aliud quicquam quod sit iuris publici *l. ius publicum 38. l. inter debitorem 42. supr. de pact.* Ratio decidendi. Ad flumina publica semper aditus aliquis est ex publico, sed plerunque commodior est aditus per fundum vicini, & eo casu potest rectè constitui seruitus itineris non tamē haustus, quia haustus ex fonte publico cuiuis patet.

d *Nihil*

d *Nihil eum agere.* Ratio dubitandi. Qui cedit haustum, cedit etiam tacitè iter ad hauriendum, vt initio huius §.

Ratio decidendi. Id habet locum in haustu ex fonte priuato in quo non potest alius quàm fundi dominus haurire aquam sine seruitute, At ex fonte publico haurire quiuis potest suo iure, & ideò cessio talis haustus est inutilis: Et cùm non valeat in principali, neque valere potest in tacito antecedente quod non nisi accessorium est, vulg. *l. cùm principalis 178. de reg. iur.* Nam & antecedens necessarium licet antecedens sit & dicatur, tamen sequela est sui consequentis quod hôc casu principalis locum obtinet cùm principaliter deductum sit in conuentionem.

4. PAPINIANVS lib. 2. Responsorum.

PEcoris pascendi seruitutes, idem ad aquam appellendi, si prædij fructus maximè in pecore consistat, prædij magis quàm personæ videtur. Si tamen testator [a] personam demonstrauit, cui seruitutem præstari voluit: emptor vel heredi non eadem præstabitur seruitus.

Ad l. Pecoris 4.

Ratio dubitandi. Videntur hæ seruitutes deberi personæ magis quàm prædio.

Ratio decidendi. Pertinent maximè ad vtilitatem prædij cùm fundus prædij maximè in pecore consistit, vt dixi ad *l. prox. in princ. sup.* Ergo etiamsi aliquis fructus alius sit fundi, quàm in pecore, idem tamen erit vt valeat seruitus pascendi pecoris, dummodò aliquam vtilitatem afferat prædio, puta vt fiat pinguius. Quod benè Accursius notat, alioqui superflua esset dictio *Maximè* hîc posita.

a *Si tamen testator.* Ratio dubitandi. Non potest constitui seruitus neque per testamentum neque per stipulationem quin certa persona demonstretur, quia non tantùm prædio, sed etiam domino prædij dominantis seruitutes quoque prædiales debentur.

Ratio decidendi. Multum interest vtrum seruitus concedatur personæ an prædio, Illa extinguitur cùm persona, hæc transit ad heredes *l. si mihi 20. §. vlt. l. via constituta 23. § si fundus l. cum fundo 36. l. pen. infr. hoc tit. l. penul. de seruit. leg. l. Mela 14. in fine de aliment. & cibar. legat. l. 3. infr. quem. seruit. amitt.* Nec tamen eo minùs realis & prædialis seruitus est, quamuis non transeat ad heredes, cùm possit vindicare, vt subiicitur in *l. seq.* quomodo bene ratiocinatur Accursius. Neque nouum est vt seruitus etiam prædialis non transeat ad heredes, cùm expressè ita dictum fuit, vt hîc. Parit enim conuentio hæc exceptionem pacti si heres vindicare seruitutẽ velit *l. 4. supr. de seruit.* Idem est si ex adfectione personæ posit colligi eam testatoris voluntatem fuisse vt seruitus ad heredem non transiret, vt in *l. penult. de seru. leg.* Item si vsusfructus vel vsus seruitutis realis legatus sit, vt in *l. 1. de vsufr. leg.* Ergo non tantùm distingui debet seruitus realis à personali, sed etiam seruitus realis quæ prædio merè debetur à seruitute reali, quæ prædio quidem debetur, aliàs non esset realis, sed propter certam personam solam, ita vt eo respectu posit etiam dici quodammodo personalis, non simpliciter sed realis & personalis simul, ad differentiam vsusfructus, & aliarum seruitutum personalium, quæ ita sunt personales, vt nullo modo sint seruitutes, ne quidem personales, puta si cui nullum prædium habenti tale ius concedatur, vt contra Rogerium benè disputat Accurs. ex *l. prox. seq. & l. vt pomum 8. supr. de seruit. l. Mela 14. §. 1. in fin. de alim. leg.* vbi legendum est *Nam & haustus aquæ vt pecoris ad aquam appulsus est seruitus, Persona tamen eius qui vicinus non est inutiliter relinquitur*, vt alio loco docuimus. Planè perpetuum illud est vt quod personæ acquiritur cum persona pereat non quod acquiritur prædio *l. 1. §. antepenultim. de aqua quotid. & æst.*

5. VLPIANVS lib. 17. ad Edictum.

ERgo secundùm eum & vindicari poterit.

Ad l. Ergo 5.

Illatio est ad initium non ad finem legis præcedentis, eo namque casu quo pactio quæ seruitutem constituit valet iure seruitutis, vindicari seruitus potest *l. 1. & tot. tit. infr. si seru. vind.* Non autem cùm valet duntaxat iure concessionis personalis. Nam ex concessione personali quantumuis valida nec vindicatio nec alia quàm personalis actio nasci potest. Eadem ergo dubitandi & decidendi ratio est ad hunc locum, quæ ad §. vlt. legis præcedentis.

1 ¶ Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ, calcisque coquendæ ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. &, hoc Proculum, & Atilicinum existimasse, ait. sed ipse dicit, vt maximè calcis coquendæ, & cretæ eximendæ seruitus constitui posit [a], non vltrà posse, quàm quatenus ad eum ipsum fundum opus sit [b].

Ad §. 1. Neratius.

Ratio dubitandi. Possunt hæc iura esse vtilia etiã ei qui non habeat vicinum prædium, puta vt alij vendantur vicinum prædium habenti.

Ratio decidendi. Seruitutes prædiorum non possunt constitui ei qui vicinum prædium non habeat, ideò namque seruitutes prædiorum appellantur *l. 1. §. 1. inf. tit. 1.* Valebit tamen hæc concessio non tanquam seruitutis siue realis siue personalis, sed tanquam iuris cuiusdam personalis, vt dixi ad finem legis superioris.

a *Constitui posit.* Scilicet ei qui vicinum fundum habeat, vt proximè dictum est.

b *Quatenus opus sit.* Ratio dubitandi. Vt posit constitui seruitus sufficit ei constitui qui habeat vicinum prædium *d. l. 1. §. 1. infr. tit. 1.*

Ratio decidendi. Poteſt conſtitui ſeruitus prædialis ei tantùm cuius intereſt ratione prædij vicini; ergo non niſi quatenus intereſt *l. quoties 15. ſupr. de ſeruit.* Non autem intereſt ratione prædij niſi quatenus ad eius ipſius fundi vtilitatem ius iuribus opus eſt *l. ex meo 24. l. ii qui duo 29 inf. hoc tit.*

6. PAVLVS lib. 15. ad Plautium.

VEluti ſi figulinas haberet, in quibus ea vaſa fierent, quibus fructus eius fundi exportaretur: ſicut in quibuſdam fit, vt amphoris vinum eueharur: aut vt dolia fiant, vel tegulæ (vel) ad villam ædificandam. Sed ſi, vt vaſa venirent, figlinæ exercerentur: vſusfructus erit [a].

Ad l. Veluti 6.

Exempla ſunt eius quod in §. 1. legis præcedentis dictum fuit.

a *Vſusfructus erit.* Ratio dubitandi. Vſusfructus ſeruitus eſt quæ debetur perſonæ, etiam non habenti vicinum prædium, cùm ſit ſeruitus perſonalis non prædialis *l. 1. ſupr. de ſeruit. l. 3. §. vltim. quib. mod. vſusfru. amitt.*

Ratio decidendi. Vſusfructus eſt non tantùm ſi ius aliquod perſonale conſtituatur ei qui nullum habeat prædium, ſed etiam ſi ei qui habeat prædium, ſed cuius tamen nihil interſit ratione prædij, vt hoc caſu: ſufficit enim vt interſit ratione perſonæ, & vt aliqua vtilitas ex eo iure poſſit perſonæ accedere *leg. ſtatua 41. ſuprà, de vſufruct.*

1 ¶ Item longè recedit ab vſufructu ius calcis coquendæ, & lapidis eximendi, & harenæ fodiendæ, ædificādi eius gratia, quod in fundo eſt. item ſiluæ cæduæ, vt pedamenta in vineas non deſint. quid ergo [a], ſi prædiorũ meliorẽ cauſam hæc faciant? non eſt dubitandum, quin ſeruitutis ſit. & hoc & Marcianus probat: in tantum vt & talem ſeruitutem conſtitui poſſe putet, vt tugurium mihi habere liceret in tuo: ſcilicet ſi habeam [b] paſcui ſeruitutem, aut pecoris appellendi: vt, ſi hiemps ingruerit, habeam, quò me recipiam.

Ad §. 1. Item longè.

Ratio dubitandi. Non longè diſtant hæc iura à iure vſusfructus niſi in caſu de quo *ſupr. proximè.*

Ratio decidendi. Imò ſunt ſeruitutes prædiales quoties meliorem faciunt cauſam prædiorũ: quod contingit, non ſolùm cùm iura hæc conſtituuntur ad vaſa facienda, in quibus eius fundi fructus exportarentur, ſed etiã ſi ædificandi eius gratia quod in fundo ſit, aut ſi ſint ſyluæ cæduæ, vt pedamenta in vineis non deſint.

a *Quid ergo*, legendum eſt ſine interrogatione *Ergò ſi prædiorum cauſam meliorem hæc faciunt, dubitandum non eſt, quin ſeruitutes ſint* aut ſi retineas negationem, legendum erit. *Quid ergo ſi prædiorum meliorem cauſam aliter faciunt?* Id eſt neque ædificandi eius gratia quod in fundo eſt, neque ad facienda vaſa in quibus eius fundi fructus exportarentur. Poteſt enim pleriſque caſibus euenire, vt huiuſmodi iura faciãt meliorem cauſam prædiorum, alioqui eſſet inſulſa eiuſdem ſententiæ repetitio.

b *Scilicet ſi habeam*, Ratio dubitandi. Videtur hoc caſu conſtitui ſeruitus ſeruitutis contra *l. 1. de vſufr. leg. l. cùm eſſent 33. §. 1. inf.*

Ratio decidendi. Seruitus eſt prædij non ſeruitutis, ſed ita demum tamen ſi alia ſeruitus prædio debetur cuius gratia hæc quoque ſeruitus vtilis prædio eſſe poſſit, & ſine qua vtilis eſſe non poſſet, Eſt autem hæc vtilis prædio, cui debetur ſeruitus pecoris paſcendi, aut ad aquam appellendi, vt tugurium ei habere liceat in tuo, vt ſi hyems ingruerit, habeat quò ſe recipiat *l. augury 180. de verb. ſignif.*

7. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

QVi ſella, aut lectica vehitur: ire, non agere, dicitur. Iumentum [a] verò ducere non poteſt, qui iter tantum habet. Qui actum habet: & plauſtrum ducere [b], & iumenta agere poteſt. Sed trahendi lapidem, aut tignum [c], neutri earum ius eſt. quidam, nec haſtam rectam ei ferre licere: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret, & poſſent fructus eo modo lædi [d]. Qui viam habent [e] eundi, agendique ius habent plerique, & trahendi quoque, & rectam haſtam referendi, ſi modo fructus non lædet.

Ad l. Qui ſella 7.

Ratio dubitandi. Non it qui vehitur, ſed agit potiùs, cùm vehiculo vtatur.

Ratio decidendi. Non ambulat pedibus, ſed tamen it ſiue ſella geſtatoris, ſiue lectica vehatur, Nec poteſt dici agere: Agit enim is demùm qui ſequitur, non qui in ipſo vehiculo eſt, Ergo pertinet hoc ad ſeruitutem itineris duntaxat, non actus.

a *Iumentum.* Ratio dubitandi. Non agit iumentum qui ducit. Anteit enim qui ducit, ſequitur qui agit: vt ex illo Virgilij carmine conſtat, *Hanc que capellam protinus æger ago. Vix illam Tytire duco.*

Ratio decidendi. Nihil intereſt hac parte, an iumentum quis agat, aut ducat, & ſeruitutis itineris fines hoc excedit.

b *Plauſtrum ducere.* Plauſtrum ducitur, non agitur, iumentum & agitur & ducitur: vtrumque ſeruitutis actus eſt, non itineris.

a *Trahendi lapidem aut tignum.* Ratio dubitandi. Non eſt onerosius fundo ſeruienti vt lapis trahatur, vel tignum quàm vt plauſtrum ducatur. Ratio decidendi. Neque eundi neque agendi gratia lapis aut tignum trahitur, quod diuerſum eſt in plauſtro, & iumento.

d *Eo modo lædi.* Non eſt germana ratio, nam nec is qui viam habet lædere fructus poteſt, vt ſtatim ſubiicitur. Germana igitur ratio illa eſt quæ verbis præce-

præcedentibus continetur *quia neque eundi, neque agendi gratia id fieret.*

e *Qui viam habent.* Ratio dubitandi. Idem dici potest de eo qui actum duntaxat habet, vt habeat ius eundi, & agendi *l.1. supr. l.4. §.1. si seruit. vind.*

Ratio decidendi. Qui viam habet hoc amplius habet, quod non tantùm ire & agere potest, sed etiam ambulare, Itemq́ue trahere tignum & lapidem adeoque rectam hastam ferre, dummodo tamen fructua eo modo non lædantur quorum omnium nihil facere potest is qui tantùm iter, aut actum solum habet *l.1. supr. l. inter 12. inf.*

1 ¶In rusticis autem prædiis impedit seruitutem medium prędium, quod non seruit [a].

Ad §.1. In rusticis.

Aliud enim est in vrbanis, si modò ædificium vnum sit in conspectu alterius *l. si ædes 38. & seq. supr. tit. prox.* iũge *l. loci corpus 4. §. vlt. & l. seq. infr. si seru. vind. l. non solum 8. in princ. infr. de oper. nou. nunciat. l. si prius 7. §. vlt. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Rationem diuersitatis adferemus statim.

a *Quod non seruit.* Ratio dubitandi. Nihil habet commune libertas vnius fundi cum seruitute alterius.

Ratio decidendi. Medium inhabile impedit cõiunctionem extremorum *l. penult. infr. Rat. vero haber.* Est enim medium inhabile prædium quod non seruit, quia impedit ne seruitutis rusticæ vllus esse vsus possit, & interrumpit vsum seruitutis *l.3. §. si aquam infr. de aqua quot. & æst.* quod in vrbanis non semper idem est. Iunge *l. si mihi 20. §. pen. infr.* in *l. tradendis 7. §.1. infr. tit. prox.* Intellige autem si medium prædium quod non seruit sit priuatum. Nam si sit locus publicus non impedit seruitutem ne quidem rusticam dummodo seruitus illa non impediat publicum vsum *l. seruitutes 14. §. publico loco supr. de seruit.* ergo si medium prędium etiam priuatum non impediat ne aliqua vtilitas peruenire possit ad prędiũ dominans, valebit constitutio seruitutis, vt hîc cõcludit Bart. ex *l. vlt. infr. hoc tit.* Addit *l. pen. supr. de seruit.* sed malè, Alius enim illius loci sensus est, vt ibi docuimus. Illud certè notatu dignum est quod tradit Accurs. Aliquando medium trahere ad se duo extrema, vt hîc, aliquando finem trahere ad se principium, vt in *l.3. infr. de adim. leg.* Aliquando denique è contrario principium trahere ad finem, vt in *l. si quis in princ. 22. de legat. 3.* Quę omnia latiùs hîc tractat Bartolus.

8. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

VIæ latitudo ex lege duodecim tabularum in porrectum octo pedes habet: in anfractum, id est, vbi flexum est, sedecim.

Ad l. Via latitudo 8.

Ratio dubitandi. Via, sicut actus & iter, habet eam latitudinem quæ à contrahentibus in constitutione seruitutis demonstrata est *l. certo generis 13. §. latitudo infr.*

Ratio decidendi. Potest latitudo viæ ex conuentione amplior esse aut angustior, quàm à lege definita sit, sed si nihil à contrahentibus dictum sit, legitima latitudo sequenda est *d. §. latitudo.* Necesse tamen est vt vehiculum per eam latitudinem transire possit. Alioquin iter aut actus tantùm est non via *l. si tam angustis 13. supr. de seruit. l. via 23. in princ. inf. hoc tit.*

9. PAVLVS libro 1. Sententiarum.

SEruitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte, constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui solet [a].

Ad l. Seruitus 9.

Ratio dubitandi. Nihil interest, quod ad prædij dominantis vtilitatem attinet, an ducatur vel hauriatur aqua ex fonte, vel ea capite, aut ex alio quocunque loco, puta ex lacu aut ex stagno.

Ratio decidendi. Seruitutes omnes debent habere causam perpetuam & naturalem *l. foramen 28. supr. tit. 1.* Non habet autem causam naturalem & perpetuam seruitus ducendæ aquæ nisi ex fonte ducatur vel ea capite, id est ex eo loco vnde aqua nascitur *l.1. §. hoc interdicto infr. de aqua quot. & æst.*

a *Constitui solet.* Intellige tamen vt valeat non ipso iure sed tuitione prætoria *l.4. supr. de seruit. l.1. §. vlt. infr. de superfic.* Sic & alia multa contra subtilitatem iuris propter vtilitatem publicam inducta sunt, vt dicemus ad *l. per fundum 11. infr.*

10. PAVLVS lib. 49. ad Edictum.

LAbeo ait, talem seruitutem constitui posse, vt aquam quęrere, & inuentam ducere liceat: nam, si liceat, nondum ædificato ædificio seruitutem constituere, quare non æquè liceat nondum inuenta aqua, eandem constituere seruitutem? &, si, vt quęrere liceat, cedere possumus, etiam, vt inuenta ducatur, cedi potest.

Ad l. Labeo ait 10.

Ratio dubitandi. Eius aquæ, quæ nondum apparet seruitus constitui non potest *l. vlt. infr. si seruit. vindic.* vbi ex eodem Labeone ea sententia proponitur.

Ratio decidendi. Etiam futuro ædificio seruitus imponi potest *l. si seruitus 23. §.1 supr. tit. 1.* Ergo & aquæ nondum inuentæ. Nec secum pugnauit Labeo, vt quidam putant. Voluit enim constitui seruitutem vt aquam nondum inuentam quærere liceat, non tamen vt iter constitui possit ad ducendam aquam nondum inuentã, quod diuersum est, licèt Paulus in *d. l. vlt.* eandem vtriusque conuentionis causam, & rationem esse putet, contradicendi fortasse studio, vt ei in aliis plerisque iuris partibus accidit in notando Labeone.

Digitized by Google

11. CELSVS lib. 27 Digestorum.

PEr fundum, qui plurium est, ius mihi esse eundi, potest separatim cedi a. ergo subtili ratione non aliter meum fiet ius, quàm si omnes cedant b: & nouissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur c. Benignius d tamen dicetur, & antequam nouissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetere vti cesso iure non posse.

Ad l. Per fundum 11.

a *Potest separatim cedi*, legendum *non potest*: his enim verbis significatur ratio subtilis iuris *l. seruitus 9. sup.* subtili autem ratione non valet huiusmodi cessio separatim facta, vt hîc sequitur. Alioqui si legas affirmatiuè, mala erit illatio quæ subiicitur *Ergo subtili ratione*: & certè ratio iuris repugnat, seruitutem enim, cùm indiuidua sit, necesse est aut totam cedi, aut totam retineri *l. vna est via 18. l. vnus ex sociis 34. inf. hoc tit. l. pro parte 11. sup. de seruit.* Ideoq; in *l. vlt. inf. tit. 1.* dicitur hoc receptum esse, Quo verbo significantur ea quæ cum mera & subtili ratione iuris non consentiunt. Receptum autem est vt superiores cessiones separatim factæ confirmentur ex postfacto, quia nec subtili ratione iuris hoc dici posset siue quod non possit alter alterius ignorantis ius lædere *l. in diem 10. §. 1. & seq. infr. de aqu. & aquæ pluu. arc.* siue quod à domino imponi debeat seruitus, Ergo ab omnibus dominis, vt ratiocinatur Accursius.

b *Quàm si omnes cedant.* Ratio dubitandi. Conuentio quæ ab initio fuit inutilis ex postfacto non conualescit *l. vsufructus 26. infr. de stipul. seru. l. quod initio 29. de regul. iur.*

Ratio decidendi. Receptum est hoc vtilitatis gratia *d. l. vlt. inf. tit. 1.* vt & alia pleraque constituta de seruitutibus, vt in *d. l. seruitus 9. supr. l. 4. in princ. de seruit.* Nam ex mera iuris ratione aliud sanè probandum esset *l. 2. sup. de seruit. d. l. vnus ex sociis 34. infr. hoc tit d. l. vlt. infr. tit. prox.* Iunge *l. non distinguemus 32. §. cùm in plures de recept. Qui arbit. recept. sup.*

c *Confirmabuntur.* Non vt retrotrahatur acquisitio seruitutis ad tẽpus prioris cessionis, sed quasi cùm postremus cedit omnes pariter cedere videantur *d. l. vlt. inf. tit. 1.* vbi dicemus latius. Quid ergò si non- lint alij cedere? Non valebit priorum cessio, sed tenebuntur illi de euictione *l. si quis per fundum 10. infr. de euict.* Ita fit vt quod ab initio non valuit ex postfacto conualescat, non tamen solo tractu temporis, vt benè hic notat Accurs. ex *l. adoptio 38. sup. de adopt. l. 3. C. si maior fact. rat. habuer.* Ne obstet quod scriptum est in *d. l. quod initio 29. de reg. iur.* Item, vt quemadmodum præsenti die facta plerunque retrotrahuntur ad tempus præteritum, ita retro facta trahuntur ad tempus præsens *l. item si filiusfamilias 7. §. vltim. inf. de SC. Maced. l. sed & si 10. in fin. SC. Trebell. l. 1. §. 1. de leg. 3.* denique non esse idem iuris in parte quod ad partem, quod de toto quantum ad totum. Nec stari semper iudicio maioris partis *l. 1. C. de Comm. seru. manum.* cótra vulgaria brocardica quæ nostri desumunt ex *l. quæ de tota 76. sup de rei vind. l. si duo 51. de admin. tutor. l. qui scit 45. in princ. de vsur. l. iuris gentium 7. §. vlt. & l. seq. supr. de pact.*

d *Benignius.* Ratio dubitandi. Prætor non tuetur pacta inita contra regulas iuris ciuilis *l. iuris gentium 7. § .at Prætor l. contra 28 supr. de pact.*

Ratio decidendi. Pactum hoc, per quod seruitutis ius ceditur ab vno ex sociis separatim, non est omnino nullum ab initio, sed pendet, quia receptum est vt aliquo casu confirmari possit *d. l. vlt. inf. tit. 1.* Et nemini permittere debet Prætor vt veniat contra propriam conuentionem *d. l. 4. supr. de seruit. l. obligationum ferè 44. §. 1. de oblig. & act.* Interim ergo non valet ne quidem ad inducendam obligationem personalem, sed tantùm ad exceptionem, vt hic. Vnde notat Accurs. Nemini permittendum esse vt veniat contra factum proprium etiam quod sit ipso iure nullum ex *l. post mortem 25. supr. de adopt. l. venditor 13. in pr. infr. tit. prox.* ne quo nostri *ad d. l. post mortem & ad l. cùm à matre 4. Cod. de rei vindic.*

12. MODESTINVS lib. 9. Differentiarum.

INter actum, & iter nonnulla est differentia. iter est enim, qua quis pedes, vel eques commeare potest: actus verò, vbi & armenta traiicere, & vehiculum ducere liceat.

Ad l. Inter actum 12.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 1. & l. quisilla 7. sup.* vbi ostendimus differentias quæ sunt inter actum & iter. In actu enim iter continetur, non etiam actus in itinere. Qui habet actum potest etiam armenta traiicere. Sic enim legendum est non trahere vt in vulgata editione. (*Et armenta.* Non vt apud Accursium *armamenta*) Et vehiculum ducere potest. Qui verò iter tantùm habet, neutrum horum facere potest.

13. IAVOLENVS lib. 10. ex Cassio.

CErto generi agrorum adquiri seruitus potest, velut vineis: quod ea ad solum magis, quàm ad superficiem, pertinet. ideo, sublatis vineis, seruitus manebit. sed, si in contrahenda seruitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria a.

Ad l. Certo generi 13.

Ratio dubitandi. Seruitutes omnes debent habere causam perpetuam & naturalem *l. foramen 28. sup. tit. prox.* Vineæ autem non sunt perpetuæ.

Ratio decidendi. Ad solum magis quàm ad superficiem & vineas hæc seruitus pertinet, & ideò sublatis vineis seruitus durat, quod dissimile est in iis seruitutibus, quæ in superficie consistunt, quas vtique necesse est interire sublata superficie, arg. *l. 2. sup. de vsufr.* sicut autem certo generi agrorum acquiri seruitus potest, ita & ad certam partem agri *l. ad certam 6. supr. de seruit.*

a Erit

a *Erit necessaria.* Ratio dubitandi. Seruitus ipso iure non potest constitui ad tempus ne quidem ex conuentione partium *l. 4. supr. de seruit.*

Ratio decidendi. In constituenda seruitute vt in qualibet alia conuentione semper sequendum est quod actum est *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur.* ac proinde valet conuentio saltem ad inducendam exceptionem pacti vel doli *d. l. 4. de seruit. l. obligationum ferè 44. § placet de verb. oblig.* Nihil enim tam conuenit naturali æquitati quàm pacta seruari *l. 1. supr. de pact.* Scilicet data saltem ex iis exceptione.

1 ¶ Si totus ager itineri, aut actui seruit: dominus in eo agro nihil facere potest, quò seruitus impediatur, quæ ita diffusa est, vt omnes glebæ seruiant. At si iter, actúsve sine vlla determinatione legatus est: modo determinabitur: &, quà primum iter determinatum est, ea seruitus consistit, cęteræ partes agri liberæ sunt. igitur arbiter dandus est, qui vtroque casu viam determinare debet.

Ad § 1. Si totus.

Ratio dubitandi. Etiamsi simpliciter constituta sit seruitus, non tamen permittendum est domino prædij dominantis vt eat per villam ipsam, aut per medias vineas si æquè commodè per alteram partem ire possit *l. si cui simpliciter 9. supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Determinatio necessaria est siue inter viuos siue in vltima voluntate cõstituatur seruitus, idq; aut per arbitrium vt hîc, & *§. vlt. infr.* aut per vsum seruitutis, qui subsecutus sit per certũ locum *d. l. si cui 9.* Iunge *l. via 23. § vlt. infr. hoc tit.* Interim nihil potest facere dominus fundi seruientis; quod impediat seruitutem. Alioqui tenetur actione confessoria *l. 4. § si quis mihi ins. si seruit. vind. l. Quintus 15. inf. hoc tit. l. seruitutes 20. § si anteà supr. tit. 1.* quia scilicet totus fundus seruit *d. l. si cui & § vlt. infr. hac lege* iunct. *l. si mihi 20. & seq. inf.*

2 ¶ Latitudo actus: itinerisq; ea est, quæ demonstrata est. quòd si nihil dictum est; hoc ab arbitro statuendum est. In via aliud iuris est: nam, si dicta latitudo non est, legitima debetur.

Ad § Latitudo 2.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 8. sup.* Est enim vterque locus de legitima latitudine viæ. Quamquam hic §. est etiam de latitudine actus, & itineris, quæ non est alia quàm quæ pacto constituta, & determinata fuit, aut officio arbitri de ea re accepti, vt in *§. praeced. & seq.* Aut vsu subsecuto per quem determinatus fuerit certus locus, vt ab eo tempore cæteræ partes agri liberæ esse incipiant, quæ anteà omnes seruiebant *§. prox. sup. l. si cui simpliciter 9. sup. de seruit.*

3 ¶ Si locus, non adiecta latitudine, nominatus est: per eum qualibet iri poterit. sin autem prætermissus est: æquè, latitudine non adiecta, per totum fundum vna poterit eligi via dumtaxat eius latitudinis, quæ lege comprehensa est. pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium inuocandum est.

Ad § vlt. Si locus.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *§. 1 & 2. supr.* Est enim inter huius §. & superiorum species illa tantum differentia quod in illis agitur de toto fundo qui seruiat, In hoc autem de certo loco. Quo nomine non fundum sed portionem duntaxat fundi aliquam significamus: fundus autem integrum quiddam est & plerunque cum villa, locus, vt plurimùm, sine villa *l. locus 60. l. quæstio est 115. de verb. signif.*

14. POMPONIVS libro 32. ad Quintum Mucium.

PEr quem locum viam alij cessero, per eundem alij aquæ ductum cedere non potero. sed, & si aquæductum alij concessero, alij iter per eundem locum vendere, vel aliàs cedere non potero.

Ad l. 14. Per quem locum.

Ratio dubitandi. Aquæductus & haustus aquæ per eundem locum pluribus concedi potest *l. 2. § 1. supr.* Et tamen is qui habet haustum aquæ, habet etiam iter *l. iter § vlt. supr.*

Ratio decidendi. Supra iter alienum arcus aquæ ducendę causa non iure fit *l. supra iter 11. de aqua & aquæ pluu. arc.* Non quod vna seruitus impediat aliam *d. l. 2. § 1. supr.* Sed quia eo modo videretur constitui seruitus seruitutis contra *l. 1. de vsufr. legat.* Non idem est in haustu aquæ, quoniam qui habet haustum non habet seruitutem itineris, sed tantùm iter ad hauriendum *d. l. 3. § vlt. sup.* Quid? Nónne is qui cõstituit seruitutem in fundo suo remanet dominus fundi? Quidni ergo etiam alij aliam seruitutem constituere poterit? poterit vtique siue eodem tẽpore, siue diuersis temporibus *d. l. 2. § vlt. sup.* sed ita demum si per posteriorem seruitutem non impediatur prior, vt benè Accursius notat ex *l. in concedendo 8. de aqua & aqua pluu. arcend. l. 3. § penultim. leg. Lucio 4. leg. vltim. infr. de aqua quotid. & æstiu.*

15. POMPONIVS libro 32. ad Quintum Mucium.

QVintus Mucius scribit, cùm iter aquæ vel cottidianæ, vel æstiuæ, vel quæ interualla longiora habebat, per alienum fundum erit: licere, fistulam suam vel ficti-

lem, vel cuiuslibet generis, in riuo ponere, quæ aquam latiùs exprimeret a, & quod vellet in riuo facere licere, dum ne domino prædij aquagium deterius faceret.

Ad l. Quintus 15.

a *Exprimeret*, legendum est *Expromeret*. Ratio dubitandi. Riuus cùm sit in fundo, eius est cuius est fundus seruiens. Ergo potest etiam in riuo facere quicquid velit, In eo namque consistit ius dominij *l. pen. sup. de pact. l. in re mandata 21. C. mand.*

Ratio decidendi. Riui nullus est vsus nisi pro seruitute. Nec interest quicquam domini fundi seruientis, an latiùs aqua expromatur, necne, dum ne fiat deterior conditio fundi per seruitutem aquæductus, id est dum ne fiat durior seruitus aquæductus. Id enim est quod significant verba illa huius legis *Dum ne domino prædij aquagium deterius faceret.* Aquagium siquidem dictum est quasi aquæ agium, vt ex Sexto Pomponio notat hic Gothofredus. Iunge *l. 3. §. penul. & l. vlt. inf. de aqua quot. & æst.* Quod autem lex ait licere domino seruitutis fistulam suam, vel fictilem, vel cuiuslibet generis in riuo ponere, intellige cum Accursio, quæ tamen sit ex materia consueta. Neque enim consuetum est vt qui aquam habet eam per lapidem stratum ducat, *l. si prius 17. §. 1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Iunge *l. quæ per certum 15. inf. tit. prox.*

16. CALLISTRATVS lib 3. de Cognitionibus.

DIuus Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὔλογον ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν ἀλλοτρίοις χωρίοις ἰξεύειν. i. *Non est consentaneum, vt per aliena prædia, inuitis dominis, aucupium faciatis.*

Ad l. Diuus Pius 16.

Ratio dubitandi. Naturâ communis est omnium hominum aer *l. 2. supr. de rer. diuis.* Vnde est quod ea quæ in aere capiuntur fiunt capientium *l. 1. in fine de acquir. rer. dom.*

Ratio decidendi. Non potest fieri venatio nisi per eum qui sit in solo aliquo cuius dominus vtique prohibere potest ingredi volentem ne ingrediatur: Alioqui licita venatio est, nisi per principem prohibita sit *l. 3. §. 1. l. 5. §. fauos quoque de acquir. rer. dom.* Planè si quis prohibitus ingredi, sit ingressus inuito domino, iniuriarum tenetur, arg. *l. iniuriarum 13. §. vlt. & seq. infr. de iniur.* Nec eo minùs tamen fiet capientis quod ipse ceperit, vt benè hîc sentit Accurs. ex *§ feræ quoque bestiæ & sequ. instit. de rer. diuis.* & arg *l. vlt. §. sed cum in secundam C. de furt.* Nec tutius potest videri auceps furtum fecisse auium quarum possessio nunquam penes fundi possessorem fuit, cùm furtum nihil aliud sit quàm interuersio possessionis *l. 1. §. Scæuola infr. si is qui test. libert. ess. iuss.* Planè potest etiam inuito domino ingredi fundum alienum venandi causa, si ius illud seruitutis sibi acquisiuerit *d. l. iniuriarum 13. §. vlt. & l. sequ. infr. de iniur.*

17. PAPIRIVS IVSTVS libro 1. de Constitutionibus.

IMperatores Antoninus, & Verus Augusti rescripserunt, aquam de flumine publico, pro modo possessionum ad irrigandos agros a diuidi oportere, nisi proprio quis iure plus sibi datum ostenderit Item rescripserunt b aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat.

Ad l. Imperatores 17.

Ratio dubitandi. Cùm partes adscriptæ nõ sunt, viriles & æquales debentur *l. reos 11. §. cum tabulis de duob. reis l. Paulus respondit eos 45. de re iudic.*

Ratio decidendi. Seruitutes cùm sint iura prædiorum, debentur prædiis, & consequenter pro modo prædiorum *l. 2. §. vlt. l. ergo 5. in fin. supr.*

a *Ad irrigandos agros.* Potest tamen aqua duci etiam pecoris causa vel amœnitatis *l. 3 in princ. infr. de aqua quot. & æst.* Distingue autem cum Accursio, An flumen ex quo aqua ducitur sit nauigabile, aut per illud fiat aliud nauigabile vt eo casu nõ debeat Prætor permittere aquæductionem, quæ flumen minùs nauigabile efficiat *l. si autem 4 §. vlt. infr. de aqua & aquæ pluu. arc. l. 3. infr. de flumin.* Cæterùm non alius aquã ex flumine publico ducere potest, quàm cui id permissum sit à Principe, vel à Senatu *d. l. 3. §. ductus aquæ de aqua quot. & æst.* Proinde si quis ostenderit datũ sibi ius esse ducendæ aquæ supra quàm necesse sit ad agros proprios irrigandos, plus quoque ducere potest quàm pro modo possessionum.

b *Item rescripserunt.* Ratio dubitandi. Liberum est cuique ius aquæ per suum fundum ducendæ alij concedere, dummodò ei qui vicinum prædium habeat etiam diuersis dominis sine iisdem horis & diebus, siue aliis *l. 2. §. 1 & seq. sup.*

Ratio decidendi. Nihil fieri vnquam potest in alterius iniuriam, id est in præiudicium iuris tertij iam quæsiti, Nec si à Principe concedatur aut à Senatu *l. 2. §. si quid à Principe & §. merito, ne quid in loco publ. l. 3. in fin de aqua quot. & æst.* Quantò minùs si à priuato?

18. VLPIANVS libro 14. ad Sabinum.

VNa est via, etsi per plures fundos imponatur: cùm vna seruitus sit. Denique quæritur, an, si per vnum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto seruitus amittitur: an retineam seruitutem, & magis est, vt aut tota amittatur, aut tota retineatur a. ideóque, si nullo vsus sum, tota amittitur, si vel vno, tota seruatur.

Ad l. Vna est via 18.

Ratio dubitandi. Seruitutes sunt iura prædiorum *l. 1. §. vlt. supr. de rer. diuis.* Iura autem prædiorum nihil aliud quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signif.* Ergo tot seruitutes quot sunt prædia.

Ratio

Ratio decidendi. Vnica seruitutis constitutio est cùm ab vno domino constituitur licèt plura sint prædia quoniam vnica conuentio est. Ergo & vnica seruitus quæ non eo minùs indiuidua est quod per plures fundos imponatur. Plures enim hoc casu vnius vice funguntur.

a *Retineatur*. Ratio dubitandi. Seruitutes sicut non vtendo amittuntur, ita vtendo conseruantur *l. 1. & tot. tit. infr. quem. seruit. amitt.* Ergo quatenus vsus est dominus seruitutis.

Ratio decidendi. Seruitutes omnes excepto vsufructu indiuiduæ sunt *l. 1. §. si vsusfructus ad leg. falc.* Et ideò qui seruitute vtitur tota vtitur totamq; conseruat & retinet quia eius quoque vsus indiuiduus est *l. via 17 supr. de seruit. l. si eo loco 9 §. vlt. inf. si seruit. vindicet. l. si stillicidij 8. §. 1. iunct. l. nam satis 6. §. sed si is fundus & §. caeterum infr. quem. seruit. amitt. l. 6. vers. nec si inf. eod. tit.*

19. PAVLVS lib. 6. ad Sabinum.

SI vnus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum: inutilis est stipulatio: quia nec dari ei potest[a]. sed si omnes stipulentur, siue communis seruus: singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt. quia ita dari eis potest[b] à te: ne, si stipulator viæ[c] plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.

Ad l. Si vnus ex sociis 19.

a Ratio dubitandi. Communem fundum potest socius suum dicere *l. 5. §. 1. & 2. de leg. 1. l. illud. 46. de rit. nupt.*

Ratio decidendi. Nemo potest recipere seruitutem nisi sibi *l. proprium 5. infr. tit. 1. iunct. l. 38. §. alteri de verb. oblig.* Acquireretur autem etiam alteri socio seruitus quia indiuidua est *l. prox. supr.* Ideoq; pro parte dari non potest, vt hîc & *l. 2. 3. & 4. l. stipulationes non diuiduntur 42. de verb. oblig.*

a. *Nec dari ei potest.* Ratio dubitandi. Via licèt indiuidua recipit æstimationem quę diuidua est *l. si fundus 23. l. si is qui 80. §. 1. ad leg. falc.*

Ratio decidendi. Ita demùm cogendus est promissor dare pretium rei promissæ si per eũ stet quo minus rem præstet nõ si per rem ipsam quo minus dari possit *l. si mulier 59. §. ex asse inf. de iur. dot.*

b *Ita dari eis potest à te.* Legendum est *quia tota dari eis potest* & tollenda illa adiectio *à te* quæ & in vulgata editione deest. Præcedentia enim & sequentia omnia sunt in tertia persona non in secunda. Ratio dubitandi. Nõ potest dari via pro parte vt *sup. prox.*

Ratio decidendi. Potest dari tota omnibus & singulis, ideoq; habent singuli actionem in solidum sicut euenit in pluribus heredibus stipulatoris, de quibus statim pòst *l. 2. §. ex his vers. ex quo quidem infr. de verb. oblig.* Idem est si seruus communis stipuletur viam ad fundum communem. Nam vtriq; dominio acquirit, sed ita vt & omnibus & singulis æquè tota acquiratur si neutrius nomen in stipulatione adiectum sit *l. si communis 17. inf. de stipul. seru.* vbi dicitur tótam viam vni soli acquiri si alius vicinũ fundum nullum habeat. Obijcit Accursius tanquam contrarium, quod scriptum est in *l. etsi maximè 5. de seruit. legat.* Ad fundum domini viam seruo frustra legari, sed bene respondet aliud esse in stipulatione inter viuos, aliud verò in vltima voluntate. Nam cùm seruus communis stipulatus est viam ad fundum domini accipit vires stipulatio ex persona domini, perinde ac si esset ipse sibi stipulatus viam ad fundum proprium per fundum vicini: At cùm via legatur seruo ad fundum domini, perinde habendum est non acsi via legata esset domino serui, sed acsi via legata esset homini libero. Quo casu videretur via legata ad fundum alienum. Nec enim fundus domini esset fundus legatarij cuius persona esset libera. Et rursum huius diuersitatis ratio ex eo pendet quod in stipulatione versatur factum & opera serui, Ex operis autem serui nemo dubitat quin domino acquiratur. At in legato nullum serui factum versatur, nec potest videri acquisitio legati quæ tota iuris est esse in opera seruili, cùm neque sit aditio ipsa hereditatis *l. aditio 45. de acquir. hered.* quæ tamen factum & operam serui requirit *l. qui in aliena 6. §. vlt. alibi l. eum qui eo.* Non enim potest dominus serui instituti adire hereditatem sed tantùm seruo imperare vt adeat, nec hereditatem sibi acquirere nisi seruo adeunte: Cùm tamen legatum seruo relictum possit etiam ignorante seruo dominus & agnoscere & repudiare *l. legatum 7 de legat. 1.*

c *Ne si stipulator via.* Sensus est ne alioqui si quis nolit admittere quod proximè dictum est, paulatim eò decurrendum sit, vt dicamus si viæ stipulator pluribus relictis heredibus decesserit inutilem fieri stipulationem. Quod tamen absurdum esset vt interpretati sumus ad *l. via 17. supr. de seruit.* Itaque Florentina lectio retinenda est quæ sic habet *Ne si stipulator via plures heredes reliquerit, inutilis stipulatio fiet*, non vulgata quæ separatum §. constituit his verbis *si stipulator via plures heredes reliquerit vtilis stipulatio fiet*, quæ lectio nullius sensus est siue legas *vtilis* siue *inutilis*, in quo se torquet Accurs. Ratio dubitandi. Peruenit hæc stipulatio ad eum casum à quo incipere non potuit, cùm per partes acquiri seruitus non possit *l. pro parte 11. sup. de seruit.* Atque ita quidam ex prudentibus crediderunt *dict. l. 2. §. ex his de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Non est perpetua illa regula *l. penult. §. vlt. eod.* Quæ enim semel & ab initio constiterunt, ex post facto inutilia fieri non possunt *d. §. 2. & l. 5. D. ad leg. falcid. §. ex constitutio instit. de legat.*

20. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SI mihi eodem tempore concesseris & ire agere per tuum locum, & vti frui eo ius esse: deinde ego tibi concessero, ius mihi vti frui non esse, non aliter eo loco vteris frueris[a], quàm vt ire agere mihi rectè liceat. Item si & ducere per tuum fundum aquã iure potuero: & in eo tibi ædificare, inuito me, ius non fuerit: si tibi concessero, ius esse ædificare, nihilominus hanc seruitutem mihi præstari debebis, ne aliter ædifices,

quàm vt ductus aquæ meus maneat. totiúsque eius rei conditio talis esse debet, qualis esset, si vna duntaxat initio concessio facta esset.

Ad l. si mihi 20.

Ratio dubitandi. Cùm vtraque seruitus eodem tempore constituta est, videtur tantùm vna esse seruitus cùm sit vnica constitutio, & consequenter videtur ab vtraque recessum, si ab vna ex post facto recessum sit, vt aut tota amittatur aut tota seruetur *l. vna est via* 18. *supr.*

Ratio decidendi. Possunt eodem tempore & eadem conuentione duæ seruitutes constitui quarum vna ex postfacto sublata remanet altera *l. si domus* 21. *sup. tit. prox.* vbi dixi aliud esse si vna tantùm seruitus constituta proponeretur, vt in *l. si stillicidij* 8. *infr. quem. seru. amitt.*

a *Non aliter eo loco vtéris fruèris.* Ratio dubitandi. Nemo potest re sua vti frui *l. vti frui* 5. *sup. si vsusfruct. petat.*

Ratio decidendi. Hæc verba denotant factum vtendi fruendi non ius ipsum vsusfructus, quomodo, & quod apud Ciceronem in quadam epistola scriptum est *Id cuiusq; proprium esse quo vtatur fruatur.*

1 ¶Seruitus naturaliter, non manufacto, lædere potest fundum seruiētem. quemadmodum si imbri crescat aqua in riuo, aut ex agris in eum confluat, aut aqua fons secundum riuum, vel in eo ipso inuentus posteà fuerit.

Ad §. 1. Seruitus.

Ratio dubitandi. Seruitutes non ideò constituuntur, vt noceant fundo seruienti, sed vt prosint dominanti *l. quoties* 15. *supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Quod naturaliter fit, nullius culpa fit, & licèt noceat, innoxium tamen est *l. 1. §. vlt. D. de aqua & aquæ pluu. arc.* Ideò additur hîc *Non manu facto.* Interdum tamen æquitas aliud suadet, vt in casu *l. 2. §. apud Mamusam eod. ill. tit.* Nisi probabilius quis putet, quod ego quidem existimo, Triboniani esse totam illam additionem *Sed nos etiam in hunc casum æquitatem admisimus.* Nec enim sic loqui Paulus solet, aut alius quisquam ex veteribus iureconsultis, sed Tribonianus ex persona Compositorum omnium *fuerit.* Sunt enim omnes hæ caulæ naturales *l. foramen* 28. *sup. tit.* 1.

2 ¶Si fundo Seiano confinis fons fuerit, ex quo fonte per fundum Seianum aquam iure ducebam: meo facto fundo Seiano manet seruitus.

Ad §. 2 Si fundo.

Ratio dubitandi. Confunditur seruitus confuso dominio fundi seruientis & dominantis *l. 1. infr. quem. seruit. amitt.*

Ratio decidendi. Potest dominus fundi dominantis ducere aquam per fundum seruientem, licèt medium intercedat prædium, siue prædium illud medium seruiat, siue ad dominantis fundi dominium pertineat, ideoq; nulla ratio est vt ex duabus seruitutibus propter vnam confusam, altera quoque confundatur. Iunge *l. qui sella* 7. *§. 1. supr.* & quæ ibi dixi.

3 ¶Hauriendi ius non hominis, sed prædij est.

Ad §. 3. Hauriendi.

Ratio dubitandi. Hominis est non prædij haurire aquam, & nomen ipsum seruitutis denotat factum personæ.

Ratio decidendi. Seruitutes etiamsi factum personæ requirant ad vtendum, fundi tamen dominantis ius, non personam domini respiciunt, cùm acquiri non possint, Nisi ab eo qui prædium vicinum habeat, & quatenus vtilitas prædij exigit *l. 1. infr. tit. prox. l. 4. & l. 5. in fin. supr. hoc tit.* Interdum tamen haustus aquæ seruitus personæ est, aut potiùs quoddam ius personale, vt in *l. Mela* 14. *in fin. infr. de alim. legat.*

21. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

SI mihi concesseris iter aquæ per fundum tuum non destinata parte, per quam ducêrem: totus fundus tuus seruiet.

Ad l. Si mihi concesseris 21.

Ratio dubitandi. Viæ latitudo per legem 12. tab. definita est *l. via* 8. *supr.* vt scilicet sit octo duntaxat pedum in directum, & sexdecim in anfractum, nisi in constituenda seruitute aliud conuenerit.

Ratio decidendi. Definita quidem est latitudo viæ, sed non locus per quem via constitui debeat, vbi enim non est discreta via, totum via est. Iunge *l. prox. seq. & l. vlt. de aqua quot. & æst.* Et cùm seruitus sit indiuidua, proculdubiò tota est in toto, & tota in qualibet parte, sed ita tamen vt ciuiliter hoc intelligatur *l. si cui* 9. *sup. de seruit. l. certo generis* 13. *§. 1. 2. & 3. sup. hoc tit. l. via constitutæ* 23. *§. vlt. infr.*

22. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SEd quæ loca, eius fundi tunc, cùm ea fieret cessio, ædificiis, arboribus, vineis vacua fuerint, ea sola eo nomine seruient.

Ad l. Sed quæ loca 22.

Ratio dubitandi. Fundi seruientis quælibet pars seruit, vt proximè dictum est, Arbores autem, quæ in fundo sunt & cohærent solo faciunt partē fundi *l. adeò* 7. *§. vlt. l. sed si meis* 26. *§. arbor. de acq. rer. dom.*

Ratio decidendi. Conuentiones omnes ciuiliter interpretandæ sunt, vt quàm minimùm fieri potest lædant fundum seruientem, dum nihil intersit fundi dominantis, *l. si cui* 9. *supr. de seruit. l. certo generis* 13. *§. 1. & seqq. sup. hoc tit.* Accursius noster non malè

malè sic explicat vt totus quidem fundus seruiat de iure, vt ipse loquitur, sed tamen de iure & de facto ea tantùm loca seruiant quæ arboribus, ædificiis & vineis vacua sunt.

23. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

Via constitui vel latior octo pedibus, vel angustior potest: vt tamen eam latitudinem habeat, quà vehiculum[a] ire potest: alioquin iter erit[b], non via.

Ad l. Via constitui 23.

Ratio dubitandi. Non valet conuentio facta contra leges *l. iuris gentium 7. §. ait prætor l. contra 28. sup. de pact. l. pacta 6. C. eod.* Viæ autem latitudo legitima est, & per legem 12. tab. constituta, vt in porrectum octo pedes habeat, in anfractum verò, id est vbi flexum est, sedecim *l. 8. sup.*

Ratio decidendi. Nihil fit contra legem etiamsi latitudo viæ aut latior, aut angustior constituatur, quia neutrum lex prohibet, sed tantùm subsidiaria est si nihil de eo in constituenda seruitute dictum sit *l. certo generi 13. §. penult. supr. eod.* Longè aliud est fieri quid contra legem, aliud verò præter legem *l. necnon 28. §. quo ad eius supr. Ex quib. caus. maior. l. pater 10. in fin. de capt. & postlim.*

a *Quà vehiculum.* Ratio dubitandi. Etiam actus est ius agendi vehiculum *l. 1. sup.*

Ratio decidendi. Actus est ius agendi vehiculũ vel iumentum, sed via vtrumque *d. l. 1.* Itaque si vehiculum duci non possit, actus quidem esse potest, sed via esse non potest, neque tamen eo minùs actus est, si de vehiculo tãtùm ducendo, non etiam de iumento agendo cogitabatur. Est enim actus ius agendi vel iumentum vel vehiculum alternatiuè, non vtrumque coniunctim *d. l. 1. l. si tam angusti 14. sup. de seruit.*

b *Iter erit.* Ratio dubitandi. Id agebatur inter contrahentes vt via esset non iter.

Ratio decidendi. Id agebatur vt fundus seruiens grauissima seruitute oneraretur, multò magis vt leuissima, quæ licèt specie differat, tamen in grauissima continetur *l. 1. supr. l. & per iusiurandum 19. §. 1. vers. planè de accept. d. l. si tam 13. supr. de seruit.* In eo namque quod plus est continetur quod est minus *l. in eo 110. de reg. iur.* Ita fit vt si quod ago non valet vt ago, valeat vt valere potest, quod & Accurs. hic notat ex *d. l. si tam angusti.* Quamuis non sit hoc perpetuum *l. 1. inf. de iur. codicill.* vbi de hoc nostri tractant ex professo, & nos alibi scripsimus.

1 ¶ Si lacus perpetuus in fundo tuo est: nauigandi quoque seruitus, vt perueniatur ad fundum vicinum, imponi potest.

Ad §. 1. Si lacus.

Ratio dubitandi. Etiam lacus non perpetuus nauigandi facultatem præbere potest.

Ratio decidendi. Non est lacus perpetuus nisi qui perpetuam habet aquam *l. 1. §. lacus inf. ne quid in flum. publ.* sicuti nec seruitus potest cõstitui nisi causam habeat perpetuam & naturalem *l. foramen 28. sup. tit. prox.* vbi de hoc latiùs scripsimus, & ostendimus quantùm intersit, An seruitus constituatur ex lacu, vt aquæ ductus, quod fieri non potest *d. l. foramen.* An in lacu vt seruitus nauigij de qua in hoc §.

2 ¶ Si fundus seruiens, vel is, cui seruitus debetur, publicaretur, vtroque casu durant seruitutes: quia cum sua condicione quisque fundus publicaretur.

Ad §. 2. Si fundus.

Ratio dubitandi. Constitutio seruitutis in hac specie peruenit ad eum casum à quo incipere non potuit, cùm neque alij, neque ab alio constitui possit, quàm qui prædium habeat *l. 1. infr. tit. 1. l. traditio 20. §. 1. De acq. rer. dom.*

Ratio decidendi. Seruitus realis debetur & acquiritur prædio non personæ *§ prox. inf.* Fundus autem per publicationem dominum quidem mutat, sed non mutatur ipse, neque extinguitur & alienatio omnis fit cum sua causa *l. alienat. 67. de contrah. empt. l. vnica C. rem alien. gerent.* Licet contrahentes tùm quoque cùm de successoribus suis aut vniuersalibus aut singularibus cogitarunt, non etiam de fisco cogitauerint, quod mali fuisset ominis *l. inter stipulantem 83. § sacram de verb. oblig.* Ergo etiam si fundus publicetur, qui seruiat, aut cui seruitus debeatur, dicendum est vtroque casu seruitutem durare, sicut & alia quælibet fundi condicio durat *l. cum fundo 36. infr. hoc tit. l. cùm fundus 12. inf. tit. prox. l. neque vsusfructus 19. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. 3. C. de seruit. l. si debitor 12. C. de distract. pign.* Nouum tamen non est vt etiam realis seruitus non transeat in alios, quod quibus casibus accidat dixi ad *l. pecoris 4. supr.*

3 ¶ Quæcunque seruitus fundo debetur, omnibus eius partibus debetur. & ideo quamuis particulatim venierit, omnes partes seruitus sequitur[a]. & ita, vt singuli rectè agant, ius sibi esse fundi[b]. Si tamen fundus, cui seruitus debetur, certis regionibus inter plures dominos diuisus est: quamuis omnibus partibus seruitus debeatur: tamen opus est[c], vt hi, qui non proximas partes seruienti fundo habebunt, transitum per reliquas partes fundi diuisi iure habeant, aut, si proximi patiantur, transeant.

Ad §. vlt. Quæcunque.

Ratio dubitandi. Cùm seruitus aliqua cõstituta est indeterminatè, debet fieri determinatè certi loci per arbitrum, quo facto cæteræ partes fundi liberæ sunt *l. certo generi 13. §. 1. supr.*

Ratio decidendi. Seruitus indiuidua est cùm in iure consistat, & ideò tota est in toto, & tota in qualibet parte *l. 4. §. si vsusfructus ad leg. falcid. l. 2. §. 1. &*

necessaria. Omnibus enim partibus fundi dominantis debetur, tum quoque cùm non omnes fundi seruientis partes seruiunt. In eoque alia ratio est fundi dominantis, alia seruientis, vt suprà dixi.

26. PAVLVS libro 47. ad Edictum.

SI via, iter, actus, aquæductus legetur simpliciter per fundum: facultas est hæredi, per quam partem fundi velit constituere seruitutem, si modò nulla captio legatario in seruitute fit.

Ad l. Si via 26.

Ratio dubitandi. Legatum tam citò facit rem legatam legatarij, quàm hereditas heredis res singulas *l. legatum 80. de leg. 2.* Nec potest minui aut restringi legatum per heredem, cùm sit donatio à defuncto relicta, & ab herede præstanda, *l. legatum est 36. eod. tit. §. 1. instit. de legat.* Ergo non potest heres eligere per quàm fundi partem velit viam constituere, nec est in ipsius potestate cæteras fundi partes liberas facere *l. certo generi 13. §. 1. supr.* atque ita minuere legatum.

Ratio decidendi. Promissio itineris, aut actus, aut viæ, aut aquæ ductus, simpliciter facta etiam per stipulationem, non tollit promissori facultatem determinandi certam partem fundi ad vsum seruitutis, in constituenda seruitute *l. sicut 9. supr. de seruit. d. l. certo generi 13. §. 1. & seqq. supr.* Quod ergo licet promissori, cur non licebit heredi eius, qui seruitutem leganit? non enim per legatum seruitus constituitur, sed per traditionem, & legati præstationem, scilicet dum ne damnum vllum seruitutis sentiat legatarius. Nunquam enim permittendum est heredi vt faciat duriorem condicionem legatarij. Nec nouum est vel contrà iuris regulas vt electio detur heredi per quàm fundi partem seruitus constituatur, cùm sit ipse debitor seruitutis ex *reg. l. plerunque 10. §. vlt. inf. de iur. dot.* Neque verò permitti debet legatario vt per quamlibet fundi partem incedat. Nam & legatorum verba sicuti conuentionum ciuiliter sunt intelligenda *l. si cui simpliciter 9. supr. de seruit.* Quod si non possint consentire, quòd legatarius conquetatur captionem fieri sibi per electionem heredis, tùm verò arbiter inter eos sumédus erit *d. l. certo generi 13. §. 1. & vlt. sup.*

27. IVLIANVS libro 7. Digestorum.

SI communi fundo meo & tuo seruiat fundus Sempronianus, & eundem in commune redemerimus, seruitus extinguitur: quia per vtriusque dominii ius in vtroque fundo esse incipit. At si proprio [a] meo, & proprio tuo idem seruiat: manebit seruitus: quia proprio fundo per communem seruitus deberi potest.

Ad l. Si communi 27.

Ratio dubitandi. Fundus qui acquiritur communi nomine, licèt fiat communis, non tamen fit vniuscuiusque: Nec enim ita fit vnius, quin sit etiam alterius *l. illud 46. de rit. nupt.* Ideoque proprio fundo per communem seruitus deberi potest, vt in fine huius legis.

Ratio decidendi. Licèt non sint ambo in solidū domini, tamen par & æquale vtriusque ius est in vtroque fundo, quod sufficit vt per confusionem extinguatur seruitus, ac si dominus in solidum fundi dominantis acquisiisset in solidum fundum seruientem. Aliud est si duorum duo prędia sibi inuicem seruientia, fuerint communicata. Tunc enim seruitus nihilominus retinetur pro parte *l. vnus ex sociis 34. infr.* Et vt Accursius post Ioannem pluribus hic tractat siue fundus tuus proprius debeat seruitutem meo proprio, siue non tuus, sed alienus meo, siue alienus alieno, sola communicatio inter nos facta, siue alterutrius, siue vtriusque fundi, nunquam extinguit seruitutem *d. l. vnus ex sociis l. vt pomum 8. §. si prædium supr de seruit. l. si quis ædes 30. §. si partem sup. tit. prox.* At redemptio vnius, & alterius communicatio, aut vtriusque fine redemptio siue communicatio seruitutem semper extinguit, vt hîc & in *d. l. vnus infr.* longe quod mox sequitur in hac lege.

a *At si proprio.* Ratio dubitandi. Fundus communis proprius est vniuscuiusque, licèt sit etiam alterius *d. l. illud 46. de rit. nupt.*

Ratio decidendi. Non est proprius in solidum: sed communis, cùm in eo habeat quisque partem suam indiuisam *l. Mæuius 66. §. duorum de leg. 2.* Et ideò non est vtriusque socij ius par & æquale in vtroque fundo, quæ res facit vt proprio fundo per communem seruitus deberi possit, non tamen acquiri si fundus iam communis fuerit tempore seruitutis constitutæ, vt benè hîc Accursius ex *l. si quis 6. §. item si duo vers. si tamen altera infr. titul. prox.*

28. IVLIANVS libro 34. Digestorum.

ITinere ad prædium commune duorum legato, nisi vterque de loco itineris consentiat, seruitus neque adquiritur, neque deperit.

Ad l. Itinere 28.

Ratio dubitandi. Cùm locus itineris per certam partem fundi determinatus non est, totus fundus seruit *l. certo generi 13. § 1. & seqq. l. si mihi 21. supr.* Non potest igitur dissensus legatariorum in certo loco determinando impedire acquisitionem seruitutis.

Ratio decidendi. Constitutio seruitutis per totum fundum non facit quo minus certus locus determinandus sit, & reliquæ partes fundi liberæ fiant *d. l. certo generi 13. §. 1. supr.* Alioqui dissensus legatariorum faceret deteriorem seruitutis cōditionem, quod fieri non debet. Consentire ergo debent, ne inuicem se impediant, vt in *l. huiusmodi 84. in fin. de leg. 1. d. l. quoties 34. in prin. supr. de vsufr.* vbi dixi. Interim neque acquiritur seruitus, neque deperit, quia possunt quandoque consentire, vel sua

sponte vel iudice imminente *d.§.fin.* Arbiter enim dari poterit & debebit, qui partem determinet *d.l. certo generi 13.§.1.2.& 3 supr.* neque enim potest deperire iter quod adhuc nullum est *l. si partem 19. in princ. inf. quem. seruit. amitt.* Aliud est si ad plures plurium fundos seruitus itineris legetur. Non enim erit necesse, vt inter se de certo loco consentiant, sed tantùm vt singuli cum herede, quoniam eo casu plures sunt seruitutes, Iunge *l.2.§.vltim. supr. quib. mod. vsufr. amitt. l. vlt. in princ. C. comm. de leg.*

29. PAVLVS libro 2. Epitomatum Alfeni Digestorum.

IS, QVi duo prædia confinia habuerat, superiorem fundum vendiderat: in lege ita dixerat, vt aquam sulco aperto, emptori educere in fundum inferiorem rectè liceat. si emptor ex alio fundo aquam acciperet, & eam in inferiorem ducere vellet: quæsitum est, an possit id suo iure facere, nécne. respondi, nihil amplius, quàm quod ipsius fundi siccandi causa deriuaret, vicinum inferiorem recipere debere.

Ad l. Is qui duo 29.

Ratio decidendi. Verba conuentionis generalia sunt de omni aqua ex superiori fundo in inferiorem de iuandam, cùm indefinita æquipolleat vniuersali *l. si plures 98. de leg. 3.*

Ratio decidendi. Seruitus acquiritur fundo superiori vendito, & consequenter restringenda ad vtilitatem ipsius tantùm fundi superioris, id est siccãdi eius gratia, non etiam alterius, ex quo aquam emptor acciperet *l. ergo 5. in fin l. ex meo 24. supr. hoc tit. l. non modus 12. C. de seruit.* benè igitur Bald. hic notat, concessionem determinatam, aut quomodo mallem loqui concessionis determinationem hoc operari, vt quis ea non possit vti nisi secundum formam limitationis, id est non in alio prædio, quàm in dominante, nec in alium fundum quàm in eum qui nominatim seruiat.

30. PAVLVS libro 4. Epitomatum Alfeni Digestorum.

QVi duo prædia habebat, in vnius venditione aquam quæ in fundo nascebatur, & circa eam aquam latè decem pedes exceperat. Quæsitum est, vtrum dominium loci ad eum pertineat, an, vt per eum locum accedere possit. Respondit, si ita recepisset, *Circa eam aquam latè pedes decem*, iter dumtaxat videri venditoris esse.

Ad l. Qui duo 30.

Ratio dubitandi. Ea verba conuentionis *latè pedes decem* soli latitudinem significant, ergo videtur exceptum dominium fundi ad pedes vsq; decem.

Ratio decidendi. Adiectio verborum præcedentium *Circa eam aquam* ostendunt non fuisse exceptos decem pedes nisi propter aquam, vt scilicet ad eam accedere venditor posset, ergo iter duntaxat non dominium, Aliud enim est habere dominium loci, per quem seruitus debetur, aliud habere seruitutem *l. 4. in princip. si seru. vind. l. seruus 27. §. si quis aquæ ductus 32. infr. ad leg. Aquil.* Malè autem Accursius obiicit quasi contrarium, quod putat esse scriptum in *l. species 15. infr. de aur. & argent. legat. leg. vlt. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum. l. si fundum sub conditione 81. §. qui fundum de leg. 3.* Vsusfructus appellatione proprietatem intelligi: hoc enim falsissimum est, neque ex supradictis locis vllo modo probatur, vt docuimus ad *dict. l. vlt.* & ad *l. Proculus 19. supr. de vsufr.*

31. IVLIANVS libro 2. ex Minicio.

TRia prædia continua trium dominorum adiecta erant. imi prædij dominus, ex summo fundo, imo fundo seruitutem aquæ quæsierat: & per medium fundum domino concedente, in suum agrum ducebat. postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit. Quæsitum est, num imus fundus id ius aquæ amisisset: quia, cùm vtraque prædia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi seruire non potuissent. Negauit amisisse seruitutem: quia prædium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset. & quemadmodũ seruitus summo fundo, vt in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset quàm vt per medium quoque fundum duceretur: sic eadem seruitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desisset, aut omnium tria simul prædia vnius domini facta essent.

Ad l. Tria prædia 31.

Ratio dubitandi. Cum vtraque prædia eiusdem domini facta sunt, sibi seruire inuicem non possunt & confusione extinguetur seruitus *l. si communi 27. supr. l. 1. infr. quem. seru. amitt.*

Ratio decidendi. Seruitus, sicut non potest acquiri medio fundo intercedente, si medius ille fundus non seruiat, aut nisi domino concedente, vt per eum aqua ducatur *l. qui sella 7. §. 1. supr.* Ita & si quæsita sit conseruatur, vt eadem sit ratio impedientiæ & acquisitionis, & confusionis seruitutis ex reg *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. inter stipulantem 83. §. sacram de verb. oblig. l. quemadmodum 8. de acq. poss.* Ergo seruitutem in medio quoque fundo constitutam oportet extinctã esse, aut confusione si omnium tria simul prædia vnius facta sunt, aut non vtendo, si per medium fundum aqua duci desierit, tanto tempore quanto seruitus amitti solet. Similiter manet seruitus, si dominus fundi dominãtis acquirat fundũ qui sit medius inter duos fundos seruientes *l. si cùm seruitus 15. infr. quem. seru. amitt.* iunge *l. in tradendo 7. § interpositus l. quicquid 10. inf. tit. prox.*

Digitized by Google

32. AFRICANVS libro 6. Quæstionum.

FVndus mihi tecum communis est, partem tuam mihi tradidisti, & ad eũdem viam per vicinum tuum proprium. rectè eo modo seruitutem constitutam ait: neque quod dici soleat, per partes nec adquiri, nec imponi seruitutes posse, isto casu locum habere. hic enim, non per partem, seruitutem adquiri: vtpote cum in id tempus adquiratur, quo proprius meus fundus futurus sit.

Ad l. Fundus 32.

Ratio dubitandi. Per partes neque acquiri, neque imponi seruitus potest *l. vt pomum 8. §. 1. l. pro parte 11. supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Non per partem acquiritur hoc casu seruitus, sed in solidum, quia confertur acquisitio seruitutis, in id tempus quo fundus totus fuerit meus proprius, itaque confertur acquisitio in casum vtilem, & in tempus vtile quod sufficit *l. Stichus 39. in fin. de manum. test. l. 4. C. de donat. ant. nupt.* sicut è contrario non valet acquisitio seruitutis collata in tempus inutile, & in casum inutilem *l. Titio cùm morietur 51. sup. de vsufr.*

33. AFRICANVS libro 9. Quæstionum.

CVm essent mihi, & tibi fundi duo communes, Titianus & Seianus, & in diuisione conuenisset, vt mihi Titianus, tibi Seianus cederet: inuicem partes eorum tradidimus: & in tradendo dictum est, vt alteri per alterum aquam ducere liceret. rectè esse seruitutem impositam, ait: maximè [a] si pacto pœna subiecta sit.

Ad l. Cùm essent 33.

Ratio dubitandi. Eodẽ instanti & facta traditio & seruitus constituta est, ac proinde ante dominiũ acquisitum: nec enim traditio tunc cùm fit dominium transfert, sed cùm facta est. Tradentem enim dominum esse & manere oportet cùm tradit, alioqui non posset tradendo transferre dominium, quod tam non haberet *l. traditio 20. de acqu. rer. dom.* dominum portò esse oportet eum qui seruitutem & constituit & acquirit *l. 2. sup. de seru. l. 1. infr. tit. prox.*

Ratio decidendi. Confertur acquisitio in tempus factæ traditionis & translati inuicem dominij, vt & in *l. proxim præced.* vbi diximus hoc sufficere ad validitatem acquisitionis.

a *Maximè.* Quia cùm in tradendo pactum interpositum est, & pacto subiecta stipulatio, necesse est stipulationem interpositam esse post factam traditionem, quo casu nulla subesse ratio potest dubitandi. Hęc tamen dictio implicat idem esse etiamsi stipulatio nulla subiecta sit, quia tantundem prodest pactum in tradendo adiectum quantum stipulatio *l. in traditionibus 44. sup. de pact. l. certo genere 15. infr. tit. 1.* Iunge *l. 2. infr. de riuu*, sed noli addere *nisi pacto pœna subiecta sit*, ex *l. pacto 15. supr. de transact.* nec enim pœnæ adiectio est legitimus modus constituendæ aut acquirendæ seruitutis *l. cùm fundo 36. infr. hoc tit.* licèt pœna nunquam promittatur sine stipulatione, Vnde & pœnales stipulationes dicemus quia non omnes stipulationes sunt pœnales, sed tamen omnes pœnales conuentiones sunt stipulationes nisi in casu *l. litigatores 31. §. interdum. iunct. §. præced. sup. de recept. Qui arbitr. recept.*

1 ¶Per plurium prædia aquam ducis, quoquo modo imposita seruitute, nisi pactum, vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est [a]: neque eorum cuiuis, neque alij vicino poteris haustum ex riuo cedere. pacto enim, vel stipulatione interuenientibus, & hoc concedi solet: quamuis nullum prædium ipsum sibi seruire, neque seruitutis fructus [b] constitui potest.

Ad §. 1. Per plurium.

Ratio dubitandi. Aqua transiens per riuum eius est qui ducit, licèt terra eius non sit *l. si seruus 27. § si quis aquæ ductum 32. infr. ad leg. Aquil.* ergo potest ex ea aqua cedere cui velit.

Ratio decidendi. Non potest seruitus ab alio constitui quàm à domino *l. 2. sup. de seruit. l. prox. infr.* Non est autem dominus fundi seruientis ille qui est dominus seruitutis, & qui per aliorum fundos aquam ducit *l. loci corpus 4. in princ. inf. si seruit. vindic.* cùm nemini res sua seruiat, vt neq; vllum pręd.um sibi ipsi, quemadmodum in hoc §. scriptum est, & in *l. in re communi 26. vrban. præd.*

a *Subsecuta est.* Ratio dubitandi. Nemini res sua seruire potest *l. in re communi 26. sup. tit. 1. l. 5. supr. si vsufr. pet.* neque prædium vllum sibi ipsi, vt modò diximus: Atqui domino res sua seruiret, si alterutri eorum per quorum fundos aqua ducitur, ea seruitus cederetur. Rursum seruitutis seruitus cõstitui nulla potest *l. 1. de vsufr. leg.* Esset autem seruitus seruitutis, si ex aquæductu haustum aquæ ex riuo concedere liceret, siue cuius dominorum fundorum seruientium, siue alij vicino cuilibet.

Ratio decidendi. Non quidem valet ipso iure talis constitutio seruitutis: etiamsi pactum ab initio appositum sit in seruitute imponenda, aut etiam stipulatio, sed tamen defenditur ex æquitate prætoria, vt & in aliis plerisque casibus, in quibus ob publicam vtilitatem multa contra iuris ciuilis rationem circa seruitutes constituta sunt *l. 4. supr. de seruit. l. per fundum 11. sup. hoc tit. l. vlt. inf. tit. prox. l. si is qui 11. §. vlt. & l. seq. de pignor.* & hoc est quod significant verba illa, *& hoc concedi solet.* Nec videtur hoc casu seruitus omnino constituta à non domino, cùm fiat huiusmodi concessio ex domini voluntate, vt ratiocinatur Accursius ex *l. Papinianus 14. sup. de Publ. in rem act.* Sanè nulla etiam stipulatione, nulloque pacto interueniente, is cuius fundum aqua ingressa est, potest ex ea cedere cui velit, dum ne grauiorem faciat seruitutem *l. 1. §. illud Labeo 16. infr. de aqua quotid. & æst.*

Digitized by Google

b *Neq, seruitutis fructus*. Legendum est *seruitus*. Non enim agitur hic de fructu, vel vsufructu seruitutis, sed de haustu aquæ ex aquæductu, vt scripsi *libr.5. Coniect.cap.11.*

34. PAPINIANVS libro 7. Quæstionum.

VNus ex sociis fundi communis, permittendo ius esse ire agere, nihil agit. & ideò; si duo prædia, quæ mutuò seruiebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam seruitutes [a] pro parte retineri placet, ab altero seruitus alteri remitti non potest [b]. quamuis enim [c] vnusquisque sociorum solus sit, cui seruitus debetur, tamen, quoniam non personæ, sed prædia deberent: neque adquiri libertas, neque remitti seruitus per partem poterit.

Ad l. Vnus ex sociis 34.

Ratio dubitandi. Receptum est vt plures domini etiam non pariter cedentes seruitutes imponãt, vel acquirant *l.vlt.infr tit.1.*

Ratio decidendi. Ex æquitate & ob communem vtilitatem receptum illud est, sed ita si omnes cedant, vt nouissima tandem cessione superiores omnes confirmentur *d.l.vlt.& l 1.supr.hoc tit.* vnus ergo ex sociis solus cedens nihil agit *l.2. supr. de seruit. l.per fundum 11. sup.hoc tit.* Alia ratio est seruitutis personalis, quippe quæ etiam ab vno ex sociis cedi potest & legari, vt puta vsusfructus, quemodo hic notat Accursius ex *l.si seruit 10. supr. vsufr.quem.caueat.* Nempe quia seruitus personalis non afficit rem ipsam quam afficit realis.

a *Quoniam seruitutes*, id est, quandoquidem *l.vt pomum 8 §.1.supr.de seruit.* vbi vide.

b *Remitti non potest.* Ratio dubitandi. Fauorabilis est extinctio seruitutis sicut constitutio seruitutis è contrario odiosa tanquam quæ sit contra naturam *l.altius 8. C.de seruit. & aqua.* & fauorabilis quoque est reditus cuiusque rei ad suam naturam *l. si vnus 17.§.pactus ne peteret.in fin.sup.de pact.*

Ratio decidendi. Iisdem modis remitti potest & debet seruitus quibus acquiritur ex reg. *l.nihil tam naturale 35. de reg.iur.*

c *Quamuis enim.* Ratio dubitandi est in his verbis, Et decidendi in illis sequentibus *quoniam non personæ, sed prædio debentur.* Iunge quæ scripsi ad *l.si communi 27.sup.hoc tit.*

1 ¶ Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, an aquæ ductus amissus erit, quæritur.

Ad §.1. Si fons.

Ratio dubitandi & decid. erit ad *leg seq.* In hoc enim §. nihil nisi quæstio proponitur. In lege autem sequenti responsio ad propositam quæstionem.

35. PAVLVS libro 13. ad Plautium.

ET Atilicinus ait, Cæsarem Statilio Tauro rescripsisse in hæc verba: Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me: proposuerúntque, aquam, qua per aliquot annos vsi sunt, ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, & posteà ex eo fonte aquam fluere cœpisse: petierúntque à me, vt quod ius non negligentia, aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur, quorum mihi postulatio cùm non iniqua visa sit, succurrendum his putaui. Itaque, quod ius habuerunt tunc, cùm primùm ea aqua peruenire ad eos non potuit, id eis restitui placet.

Ad l. Et Atilicinus 35.

Ratio dubitandi. Seruitutes amittuntur non vtendo, nec distinguimus, an culpa aliqua, vel negligentia non vtendo interuenerit *l.2. l.si partem 19. § si per fundum, & pass. quemadm. seruit. amitt.*

Ratio dubitandi. Ipso quidē iure amittitur omnimodo, & indistinctè seruitus, nō vtendo, sed æquũ tamē est succurri ei, cui nihil imputari potest: Nihil autē est quod imputes ei qui per statutũ tempus non duxit aquam ex fōte qui exaruerat. Amissio enim seruitutis pœna est negligentiæ non vtentis. Iunge *l. si locus 14. inf. si quemad. seru. amitt.* Intellige autem *restitutionem* seruitutis hoc casu fieri non à Prætore ex edicto illo, si qua mihi iusta causa esse videbitur, vt malè putat Accursius, sed à Principe, & ex mera ipsius indulgentia ad quem recurri non solet, nisi cùm deficit potestas edicti *l.cùm quidã 30. in princ. l.cùm heres 52. l. Pannonium 86. de acq.hered.* Frustra enim petitur ab Imperatore quod edicto Prætoris conceditur *l. Imperatores 30. de reb. authoritate iudicis poss.* Denique fit hoc ex æquitate illa, de qua in *l.1. C.de legib. & l placuit 8. C.de iudic.* Posset que hinc sumi exemplum elegans illius æquitatis, quàm nostri scriptam appellant, si qua vspiam talis æquitas esse posset, quod tamen nos alibi sæpius refutauimus. Planè si hodie casus huius legis contingeret, non esset adeundus Princeps, sed sufficeret authoritas rescripti principalis, cuius hîc mentio fit, ad similes casus omnes decidendos *l.non possunt 12. & siq sup.de legib.* Illud sanè verum est quod notat Accurs. restitura re in pristinum statum, iura quoque omnia pristina restituenda esse ex *l.in tantum 6. supr. de rer. diuis. l. & si forte 6 §. etiam. inf si seruit. vindic. l. cum debere 33. sup. tit. prox l. qui res 98. § aream. versic. diuersum dicemus. inf. de solut. l. si locus 14 infr. quem seruit. amitt. l. voluntate 10. infr. quib. mod. pignus vel hypoth. solu.* Iunge *l.1. C.de Sent. pass & rest.*

34. PAVLVS libro 2. Responsorum.

CVm fundo, quem ex duobus retinuit venditor aquæ ducendæ seruitus imposita sit: emptor prædio quæsita seruitus distractum denuò prædium sequitur. nec ad rem pertinet [a], quòd stipulatio, qua pœnam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei fortè frui non licuisset, relata est.

Ad l. Cum

Digitized by Google

Ad l. Cum fundo 36.

Ratio dubitandi. Ex stipulatione alióve contractu vnius, non potest acquiri ius alteri *l. quæcumque 11. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Constituitur quidem seruitus per stipulationem, & ex ea stipulatione nascitur, & quæritur tantùm obligatio, ex obligatione autem personalis actio soli stipulanti, vel eius heredibus *l. si pactum 9 de probat. l. 1. & vlt. & tot. tit. C. de hered. act.* sed vbi quasi traditio seruitutis facta est per patientiam, & vsum, vt in *l. 1. §. vlt. sup. hoc tit.* afficit prædium ipsum tanquam qualitas prædij, ac proinde sequitur prædium in quemcumque transeat possessorem *l. via constitui 23. § si fundus, & seq. supr. l. venditor 13. infr. tit. prox.*

a *Nec ad rem pertinet.* Ratio dubitandi. Cùm persona stipulatoris demonstrata est cui seruitutem præstari promissor voluerit, nec emptori, nec heredi eadem seruitus præstanda est *l. 4. in fin. supr.*

Ratio decidendi. Aliud est demonstrari personam in acquirenda seruitute, aliud verò in stipulatione pœnali, quæ scil. nec nouat, nec ampliat, aut restringit præcedentem contractum *l. duo societatem 71 in prin. pro socio l. prædia 28 de act. empt.* Consequens igitur est vt secundus quoque emptor seruitutem hanc vindicare possit per actionem confessoriam.

37. PAVLVS lib. 5. Responsorum.

Λούκιος Τίτιος Γαΐῳ Σεΐῳ τῷ ἀδελφῷ πλεῖστα χαίρειν. ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν κρήνην τὴν κατασκευασθεῖσαν ἐν ἰσθμῷ ὑπὸ τοῦ πατρός μου, δίδωμι καὶ χαρίζομαί σοι δάκτυλον εἰς τὴν οἰκίαν σου τὴν ἐν τῷ ἰσθμῷ, ἢ ὅπου δ' ἂν βούλει. *id est,*

Lucius Titius C. Seio fratri S. P. De aqua fluente in fontem, quem pater meus in Isthmo instruxit, do concedóque tibi gratuitò digitum, siue ad domum, quam in Isthmo tenes: siue quocumque tandem volueris. Quæro, an ex hac scriptura vsus aquæ etiam ad heredes Gaij Seij pertineat. Paulus respondit, vsum aquæ personalem ad heredem Seij quasi vsuarij transmitti non oportere.

Ad l. Lucius 37.

Ratio dubitandi. Seruitus constitui potest per donationem non minus quàm per venditionem, cùm donatio sit titulus habilis ad transferendum dominium *l. 1. & pass. C. de donat.*

Ratio decidendi. Cùm persona certa demonstrata est cui seruitutem præstari quis voluerit, non tam seruitus constituta quàm personalis concessio facta intelligitur *l. 4. in fin supr. l. Mela 14. in fin. de alim. & cibar. leg.* Hic autem non tam prædio quàm personæ concessum est ius aquæ ducendæ, vt constat ex illis verbis, *siue ad domum, siue quocumque tandem volueris.* Aliud est & si seruitus realis constituta fuisset, vt in *l. prox. praced.* Cæterum, quod hic lex ait de digito aquæ, noli intelligere cum Accursio Quantum aquæ fluit per digitum statuæ, vel imaginis, sed de aqua quæ eius altitudinis sit, cuius digitus esse potest, sicut & aliquando conceditur aqua vsque ad altitudinem cubiti vel brachij: Nec enim his omnibus verbis aliud significatur, quàm modulus quidam aquarius: Aqua enim solebat olim diuidi à castellario per digitos, & vncias, vt Frontinus refert. Castellarium vocant eum qui habebat curam castellorum ex quibus aqua ducebatur ad diuortia vicorum, vt per digitos & vncias aqua diuideretur. Idem ait digitum rotundum habere diametrum vnius digiti.

38 PAVLVS lib. 1. Manualium.

FLumine interueniente, via constitui potest, si aut vado transiri potest, aut pontem habeat diuersum [a], si pontonibus traiiciatur. hæc ita, si per vnius prædia [b] flumen currat. alioquin, si tua prædia [c] mihi vicina sint, deinde flumen deinde Titij prædia, deinde via publica, in quam iter mihi adquiri volo: dispiciamus, ne nihil vetet, à te mihi viam dari vsque ad flumen, deinde à Titio vsque ad viam publicam. sed videamus. nam, & si tu [d] eorum prædiorum dominus sis, quæ trans flumen intra viam publicam sint, idem iuris sit: quia via consummari solet, vel ciuitate tenus, vel vsque ad flumen, in quo pontonibus traiiciatur, vel vsque ad proprium aliud eiusdem domini prædium: quod si est, non videtur interrumpi seruitus, quamuis inter eiusdem domini prædia flumen publicum intercedat.

Ad l. Flumine 38.

Ratio dubitandi. In rusticis prædiis seruitutem impedit medium prædium quod non seruit *l. qui sella 7. §. 1. supr.*

Ratio decidendi. Non quemadmodum prædium medium quod non seruit est inhabile medium quod impedit coniunctionem extremorum, ita & flumen publicum, Nam per alienum prædium quod non seruit nemo transire potest inuito domino per flumen publicum quilibet, dummodo tale sit, quod aut vado, aut per pontem transiri possit.

a *Diuersum.* Ratio dubitandi. Perinde potest transiri flumen quod pontonibus traiicitur, atque id quod vado, aut quod pontem habet.

Ratio decidendi. Factum necessarium est, & voluntas eorum qui pontones exercent, & ideò medium conferunt inhabile, perinde ac si transire volenti obstaret fluminis magnitudo *l si prius 17. §. via publica. de aqua & aquæ pluu. arc. l. 3. § si aqua ius. de aqua quot. & æst.*

b *Hæc ita si per vnius prædia*, malo legere *si inter* pro *si inter*. Nec enim flumen publicum currit per prædia priuatorum, sed inter prædia, Idque etiam sequentia ostendunt, præsertim vltima verba legis: Sensus autem est, hoc quod proximè dictum est, non posse viam constitui flumine interueniente si pontonibus traiiciatur, ita verum esse si inter vnios prædia flumen currat, nempe quia hoc casu interrumpitur seruitus quæ vnica est, nec continuari potest *d. §. via publica.* Sed ab hac tamen sententia recedit tandem Paulus in *versic. sed videamus* vsque ad finem legis, vt dicemus posteà.

c *Alioquin si tua prædia.* Ratio dubitandi. Interrumpi videtur seruitus viæ per flumen publicum,

quod non nisi pontonibus traiicitur, vt proximè dictum est, quia magnitudo fluminis impedimento est transeunti *d.l.si prius 17.§. via publica de aqua & aqua pluu.arcend.*

Ratio decidendi. Viæ vicinales plerunque sine vllo exitu intermoriuntur *l.vlt.de locis & itin.publ.* & consummari solent vel ciuitate tenus, vel vsque ad viam publicam, vel vsq; ad flumen in quo pontonibus traiiciatur, vel vsque ad proprium aliud eiusdē domini prædium, Ergo nihil vetat dari à te mihi viam vsq; ad flumen, deinde à Titio vsq; ad viam publicam quia hîc duæ sunt viæ, & duæ seruitutes, nec proinde de interruptione quicquam tractari potest vt in superiore casu. Et hæc inter duos istos casus diuersitas facti & iuris est, nec relinquitur à Paulo hic casus indecisus vsque ad postrema illa verba *quod si est*, vt malè putat Accurs. sed apertè deciditur illis verbis *dispiciamus* at *nihil vetet* loquendi more nostris prudentib. familiari, præsertim Paulo. d *Sed videamus num & si ita.* Redit Paulus bis verbis ad priorem casum de via constituta inter duo eiusdem hominis prædia flumine publico intercedente, quòd pontonibus traiiciatur, vt ostendat hoc quoque casu valere constitutionem viæ, quàm paulò ante dixerat non valere. Atque ita tandem concludit in vers. *quod si ita est*: ratione illa, quæ vtrique casui communis est, quòd via consummari solet vel ciuitate tenus, vel vsque ad viam publicam, vel vsque ad flumen publicum, in quo pontonibus traiiciatur, vel vsque ad proprium aliud eiusdem domini prædium. Nam cùm ita sit, consequens videtur, vt siue inter vnius & eiusdem hominis, siue inter duorum prædia flumen currat, dicendum sit valere seruitutem viæ. Nam quo casu flumen medium etiam quod pontonibos traiicitur non impedit ne per plurium prædia duplex via constitui possit, cur impediet quo minus vnica via similiter per vnius prædia constitui possit, nec per flumen intermedium interrumpatur? vt quod in duplici via receptum est, moltò magis in vna recipiatur. Quomodo in specie licèt dissimili argumentatur Vlpianus in *l.singularia 15.de reb.cred.* Et hæc vera certè huius legis sententia est, neque ab Accursio, neque ab aliis intellecta, sunt enim qui putent duos tantùm hîc casus tractari: Alij qui tres. Ego puto legem totam in vnam diuisione & subdiuisione consistere. Diuisio illa est in quæstione illa proposita. An flumine interueniente seruitus constitui possit, Aut flumen tale est quod vado transiri possit, aut quod pontem habeat, aut quòd pontonibus non, vt habet vulgata editio, pontonibus traiiciatur. Prioribus duobus casibus dubitatio nulla est, quin valeat seruitus, quia nihil est quòd eam impediat vel interrumpat. Tertius casus dubitabilior est & recipit subdiuisionem. Nam aut flumen publicum habet vicina prædia vnius & eiusdem hominis, eius scilicet qui debeat seruitutem, aut diuersorum? Posteriore casu minorem dubitationem res habet quin valeat constitutio viæ, cùm sit duplex via, nec de interruptione tractari proinde quicquam possit. Priore verò casu difficilius videtur vt non impediatur seruitus propter interruptionem, quàm adfert flumen interueniens quod non nisi pontonibus traiiciatur. Atque ita idem Paulus noster concludit in *d.l si priùs 17. §.via publica inf.de aqua & aquæ pluu.arc.* vbi ait non minus interueniente flumine publico quàm via posse cōstitui haustum aquæ, sed eodem ipso casu quo, interueniente flumine publico, viæ itineris & actus seruitus imponi potest, id est, inquit, si non sit impedimento transeunti magnitudo fluminis. Atqui impedimēto semper est magnitudo fluminis cùm flumen tale est, vt quia nec vadum nec pontem habet, non nisi pontonibus trajici possit. Ideòque nimirum Paulus in *d.§.via publica*, loquitur de flumine publico, de quo & intelligi hæc lex debet quod & Goueanus bene obseruauit *lib.1.variar.lect.cap.36.* ad differentiam torrentis cuius magnitudo cùm non sit impedimento transeunti, nisi secundùm quid & perrarò non posset certè impedire constitutionem seruitutis aut vsum eius interrumpere. Sed tamen contrà Paulus concludit in postremis illis verbis huius legis, *Quod si est, non videtur interrumpi seruitus quamuis inter eiusdem domini prædia flumen publicum intercedat.* Quibus verbis fatendum est corrigi non tantùm quod apertè idem Paulus contrà scripsit in *d.§.via publica*, sed etiam quod in hac ipsa lege primo illo versic. *Diuersum est si pontonibus trajciatur: hac ita si inter vnius prædia flumen currat:* quibus verbis nihil potuit scribi ad affirmandum apertius, sed quasi minus attentè ita respondisset, hoc ipsum quod responderat, posteà in dubitationem reuocat illis verbis *sed videamus*, tandémque mutat sententiam: quod nec Paulo nouum est, qui & ob eam causam subobscurus esse creditur, & intricatus, Illud sanè constat non magis flumen publicum interueniens, quàm viam publicam, aut alium quemlibet locum publicum posse impedire seruitutem *l.seruitutes 14.§ loco publico sup. de seruit.* nisi cùm magnitudo fluminis obstat transeunti *d.§.via publica*, qui tamen locus per hunc sanè corrigitur, vt dixi.

COMMV-

COMMVNIA PRAEDIORVM TAM VRBANORVM QVAM RVSTICORVM.

TITVLVS IIII.

1. VLPIANVS lib. 2. Institutionum.

Ædificia, vrbana quidem prædia appellamus. cæterùm, & si in villa ædificia sint, æquè seruitutes vrbanorum prædiorum constitui possunt. Ideò autem[a] hæ seruitutes prædiorum appellantur: quoniam sine prædiis constitui non possunt. nemo enim potest seruitutem adquirere vel vrbani, vel rustici prædij, nisi qui[b] habet prædium.

Ad l. Ædificia 1.

Ratio dubitandi. Vrbanorum prædiorum seruitutes dicuntur à prædiis non aliis vtique quàm vrbanis quibus debentur: vrbana verò prędia dici nō possunt, quæ ruri sunt & in villa, cùm vrbana dicantur ab vrbe, sicut & rustica à rure.

Ratio decidendi. Vrbana prædia distinguuntur à rusticis, non tam loco quàm materia & vsu, vt diximus ad *l. 2. sup. tit. 1. ex l. si prædium 16. C. de præd. minor. l. vrbana familia 166. l. vrbana prædia 198. de verb. signif.* & aliis iuris locis, nec proinde seruitutes vrbanę à rusticis.

a *Ideò autem.* Ratio dubitandi. Etiam seruitutes personarum, vt vsusfructus, vsus, & habitatio debentur à prædio non à persona, sunt enim iura in corpore aliquo *l. 2. supr. de vsufr.*

Ratio decidendi. Æstimantur seruitutes & nomen accipiunt ab eo quod aut personis debeantur, vt personales, aut prædiis, vt prædiales tam vrbanę quàm rusticæ. Non autem à prędio seruiente. Semper enim à digniore facienda est denominatio. Digniùs vero est quod denominatur, quàm quod seruit.

b *Qui habet prædium.* Ratio dubitandi. Vt valeat constitutio seruitutis, sufficit vt vel hominum intersit, vel prædiorum *l. quoties 15. supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Cùm interest hominum, seruitutes personales sunt, cùm prædiorum prædiales, possunt tamen promitti seruitutes etiam prædiales, vt sint debitæ per stipulationem, vel per pactū, etiam ab eo, & ei qui non habeat prædium, vt notat Accurs. ex *l. Labeo 10. sup. tit. prox. & l. si seruitus 20. §. 1. de seruit. vrban. præd. l. fundum 46. §. si per alienum. inf. de euict.* Nec minùs benè notat idem Accursius sufficere, vt is cui debetur seruitus quasi habeat prædium, vt seruus, inquit, filiusfamilias, tutor, curator, administratores Ecclesiarum, vel Vniuersitatum, & qui habet ius inferendi ad sepulchrum *l. nec dubito 10. s. p. de seruit. l. 1. §. sepulchra. inf. si seruit. vind. §. sed cùm factum. Instit. de stipul. seruor.*

2. VLPIANVS lib. 17. ad Edictum.

De aqua per rotam tollenda de flumine, vel haurienda, vel si quis seruitutem castello imposuerit, quidam dubitauerunt, ne hæ seruitutes non essent: sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adiicitur, licèt seruitus iure non valuit, si tamen hac lege comparauit, seu alio quocumque legitimo modo sibi hoc ius adquisiit, tuendum esse eum, qui hoc ius possedit.

Ad l. De aqua 2.

Ratio dubitandi. Non potest constitui seruitus, nisi quæ habet causam perpetuam & naturalem *l. foramen 28. supr. vrban præd.* qualem certè non habet seruitus de aqua per rotam tollenda etiam in flumine publico, cùm requirat factum hominis. Nec rursus de aqua per rotam tollenda ex castello, cùm castellum non habeat aquam fluentem & perennem, sed asseruatam *d. l. foramen.*

Ratio decidendi. Publica hominum vtilitas facit vt contra strictam iuris rationem huiusmodi seruitutes tueri prætor debeat, vt in *l. 4. §. 1. supr. de seruit. l. seruitus 9. l. per fundum 11. l. cùm esset 33. §. 1. supr. tit. prox. l. vlt. hoc tit.* Quamquam non ab alio quàm à Principe ipso aut à Senatu conceduntur, vt aquam ex flumine, vel castello publico, vel ex riuo, vel ex quo alio loco publico ducere liceat *l. 1. §. permittitur 41. & sequentib. infr. de aqua quotid. & æstiu. l. 3. de fluminibus.* Scilicet vt talis concessio valeat ipso iure. Nam si à priuato id concessum sit, non valet ipso iure concessio, neque iure seruitutis, neque aliter, sed tamen defendetur à Prætore ex æquitate & authoritate rescripti Imperatoris Antonini, de quo in hac lege, siue castellum priuatum sit, siue publicum, vt flumen. Vtroque enim casu secuta quasi possessioné huius iuris vtrumque auxilium competit & actionis, & exceptionis; ei, qui hoc iure vsus est *l. si à te emero 16. infr. tit. proxim.* vbi dicitur solam scientiam & patientiam pro quasi traditione seruitutis habendam esse. Defendetur ergo hæc concessio per tuitionem Prætoris non ipso iure, vt in *l. 1. sup. quib. mod. vsusfruct. amitt. l. 1. §. pen. infr. quod fals. tutor. auctor. l. 4. sup. de seruitutib.* Quod autem additur in hac lege *qui hoc ius possedit*, intellige de quasi possessione. Nec enim seruitutes cùm sint incorporales verè possidentur *leg. seruitutes 14.*

rust. præd. sic & in *l. vlt. de itin. act. priu.* in postremis illis verbis *Iure fundi possedisse oportet*, id est iure seruitutis, cum nihil aliud sint seruitutes quam iura prædiorum *l. 1. §. vlt. de rer. diuis.* Tuitio autem Prætoris hoc casu intelligenda est non vt detur exceptio tantum, sed vt detur etiam actio. Non enim ait Paulus tuendum eum esse, qui hoc ius possidet, cui posset sufficere exceptio, sed eum qui possedit, ac proinde cui possit hodie necessaria esse actio confessoria, si non possideat: Quemadmodum è contrario si hoc ius nunquam possedisset, cuilibet de populo, & actio & exceptio contra eum competeret *leg. statum 41. infr. de acquir. rer. dom.*

3. GAIVS lib 7. ad Edictum Prouinciale.

DVorum prædiorum dominus si alterum ea lege tibi dederit, vt id prædiū, quod datur, seruiat ei, quod ipse retinet: vel contra: iure imposita seruitus intelligitur.

Ad l. Duorum 3.

Ratio dubitandi. Dominus hic duorum prædiorum quandiu dominus est vtriusque, non potest alterutri imponere seruitutem, quia nemini res sua seruit *l. utre communi 26. sup. vrban. præd.* vbi verò desiit esse dominus, non potest acquirere seruitutem citra stipulationem; ne ex pacto detur actio *l. iuris gentium 7. §. quinimò sup. de pact.*

Ratio decidendi. Pacta omnia quæ in ipsa traditione fiunt omnimodo valent & habent maiorem vim quàm stipulationes *l. in traditionibus 48. sup. sod. de pact. l. pen. supr. de seruit. l. venditor 13. infr. hoc tit.* iunct. *l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit.* quia scilicet dominus duorum prædiorum non alia lege fuerat alterum venditurus, *d. l. vlt.* Iunge *l. si quis duas 6. infr. l. & qui duas 32. supr. vrban. præd.*

4. IAVOLENVS libro 10. ex Cassio.

CAueri, vt ad certam altitudinem monumentum ędificetur, non potest: quia id, quod humani iuris esse desiit, seruitutem non recipit: sicut nec illa quidem [b] seruitus consistere potest, vt certus numerus hominum in vno loco humetur.

Ad l. Caueri 4.

a *Caueri.* Ratio dubitandi. Interest publicè, vt monumenta non ad immensam altitudinem ædificentur, ne quis defuncto possit obiicere verbum illud vetus, *Scilicet hoc temeritati & curiositati humanæ deerat, vt eorum quoque cura susciperetur, quæ nec viuis nec mortuis essent profutura.*

Ratio decidendi. Monumentum religiosa res est, & consequenter diuini iuris non humani, nec proinde priuatorum pactionibus obstringi potest *l. 6. § sacra supr. de rer. diuis.* quomodo obstringeretur si monumenti altius non tollendi seruitus constitui posset, sanè publica lege & authoritate, quin fieri id possit dubitandum non est, vt constat ex Cicerone *lib. 2. de legib.*

b *Sicut nec illa.* Ita enim legendum est non vt in Florentinis *sicut ad illa.* Ratio dubitandi. Valet stipulatio, cum locus monumenti ea lege venit, ne inferantur ij quos ius est inferri *l. quòd si locus 11. inf. de relig.*

Ratio decidendi. Non quoties valet stipulatio etiam constitutio seruitutis semper valere potest. Seruitus enim afficit rem, quæ cùm semel facta est religiosa, nulla penitus conuentione affici potest, nec si conuentio fiat antequam locus factus sit religiosus, si modò collata sit in tempus quo erit religiosus, vt in *d. l. quòd si locus.* At stipulatio non nisi personam obligat, idemq; non sufficeret pactum, sed stipulatio ad hoc necessaria est, quia ex pacto agi non potest, ex stipulatione potest, *d. l. quòd si locus 11. de relig. & sumpt. funer.* fit autem locus monumenti religiosus statim atque in eum cadauer illatum est, diciturq; magis propriè sepulcrum, quamuis hæc nomina plerunque confundantur *l. 3. C. quæ res pignor. oblig. poss. l si sepulchrum 4. C. de relig. & sumpt. funer.* Cæterum quamuis sepulchrum dominij nostri non sit, via tamen ad sepulchrum potest constitui & vindicari *l. 1. in fin. infr. tit prox. l si venditor 10. infr. de relig.* Est igitur hæc lex tota intelligenda de loco religioso non de profano, vt benè Accurs. probat ex illis verbis *quia id quod iuris humani esse desiit, seruitutem non recipit.* Mallem tamen in postremis illis verbis *in loco vno humetur* pro *vno* legere *illo*, id est in loco monumenti & sepulchri. At dicta lex *si locus* de loco profano tempore conuentionis, facto postea religioso per illationem mortui.

5. IAVOLENVS libro 2. Epistularum.

PRoprium solum vendo an seruitutem talem iniungere possim, vt mihi & vicino seruiat similiter, si commune solum vendo, vt mihi, & socio seruiat, an consequi possim? Respondi: Seruitutē recipere, nisi sibi, nemo potest. adiectio itaque vicini pro superuacuo habenda est: ita vt tota seruitus ad eum, qui receperit, pertineat. Solum autem [a] commune vendendo, vt mihi, & socio seruiat, efficere non possum: quia per vnum socium communi solo seruitus adquiri non potest.

Ad l. Proprium 5.

Ratio dubitandi. In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est *l. in traditionibus 48. sup. de pact.*

Ratio decidendi. Non qualibet cōuentione potest acquiri seruitus, sed tùm demum cùm ratio iuris nō repugnat: repugnat autem vt quis alij quàm sibi seruitutem recipiat, & acquirat, quoniam alteri stipulari nemo potest *l. quæcunque 11. de oblig. & act. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* vbi ratio redditur, licet possit quis sibi recipere & retinere seruitutē etiam inutilem *l. pen. sup. de seruit.* facilius enim est recipiendo & retinendo acquirere seruitutem, quàm alio modo. Quam ob causam videbatur permittendum vt etiam alij saltem vicino, aut socio recipere seruitutem quis posset: sed non ita est.

a *Habenda est.* Ratio dubit. in indiuiduis cuiusmodi sunt

sunt seruitutes vtile vitiatur per inutile *l. stipulationis non diuiduntur 72. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Vitiatur vtile per inutile in iodiuiduis, cùm actus in totum valere non potest, hic verò valet constitutio & acquisitio totius seruitutis, sed in vtilitatem solius stipulantis. Vide *l. fundus ille 64. de contr. empt. & l. si mihi & Titio 110. in pr. de verb. oblig.* in quibus locis acquiritur perinde soli contrahenti, sed aliter in venditione, aliter in stipulatione. In venditione, totum: quia non fuerat venditor partem venditurus, nec emptor partem empturus *d. l. fundus ille. l. si quis aliam 46. de solut. l. tutor vrgentibus 47. §. 1. supr. de minor.* ne alioqui incidat inuitus in communionem *l. si non sortem 26. §. si centum. de cond. indeb.* In stipulatione verò, pars duntaxat *d. l. si mihi & Titio*, quoniam in stipulatione tale periculum nullū est, etiamsi pars sola acquiratur stipulatori, sed cùm pars acquiri potest. Nam cùm id quod in stipulationem deducitur, indiuiduum est, non solùm nihil vetat, sed etiam necesse est acquiri totum stipulatori, vt cùm tractatur de seruitute. Quare non est quod cum Bartolo dicas fieri hoc iure non decrescendi: Cùm fiat potius ex natura rei in stipulationem deductæ, quæ indiuidua est.

a *Solum autem.* Ratio dubitandi. Socius socio extraneus non est. quia fraternitatem quandam societas continet *l. verum 63. infr. pro soc. iunct. l. sunt qui 16. inf. de re iudic.* Ratio decid. Neq; socio potest acquiri seruitus per socium, neq; communi solo, vt neque per fratrem fratri, quia neque socius in socij, neq; frater in fratris potestate est, & vt fratri vel socio meo seruitus acquiratur, nihil interest mea *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig. l. si cùm duas 8 infr.* sicut nec vnus ex dominis communium ædium seruitutem imponere potest *l. 2.* vbi dixi *supr. de seruit. l. per fundum 11. l. si vnus 19. l. vnus ex socijs 34. sup. tit. prox.* Ergóne socij adiectio hoc casu superuacua est? Vt superiore casu adiectio vicini? Minimè verò. Nempe quia nō potest mihi soli acquiri seruitus, quam volui acquirere prædio communi, in eoq; differt hic casus à superiore, quod significat aduersatiua illa *solum autem*, non quasi deterior sit aut esse debeat conditio socij quàm extranei, vt malè putat Accursius: Est enim proculdubio causa socij longè fauorabilior, sed quia cùm proprium solum meum vendo, possum ei quam volo legem imponere, dum ne ratio iuris repugnet, vt dixi. At commune solum vendendo non possum, siue socio meo, siue mihi soli seruitutem excipiam, quia non possum de communi solo disponere inuito, vel ignorante socio. Propter quam causam puto fuisse leg. s esse corruptū legendumque, *quia per vnum socium in commune solo seruitus acquiri non potest.* Aliud enim est seruitutem acquirere in communi solo, vt solùm quod vendi tur ignorante socio, & ideò remanet commune, fiat seruiens, quod fieri posse lex negat: Aliud verò acquirere seruitutem communi solo, vt fiat dominans: quod quidem fieri similiter non potest, sed de hoc casu hæc lex non loquitur. Nec proinde cum Accursio damnare necesse est fuisse hic duo prædia communia, quorum alterum vendebatur, alterum retinebatur.

6. VLPIANVS libro 28. ad Sabinum.

SI quis duas ædes habeat, & alteras tradat: potest legem traditioni dicere, vt vel istæ, quæ non traduntur, seruæ sint his, quæ traduntur, vel contra, vt traditæ retētis ædibus seruiant: paruiq; refert[a], vicinæ sint ambæ ædes, an non. Idem erit[b] & in prædiis rusticis. nam & si quis duos fundos habeat: alium alij potest seruum facere, tradendo. Duas autem ædes[c] simul tradendo, non potest efficere alteras alteris seruas: quia neque adquirere alienis ædibus seruitutem neque imponere potest.

Ad l. Si quis duas 6.

Ratio dubitandi. Traditio in accipientem transfert rem talem qualis fuit penes tradentem *l. traditio 20. de acq. rer. dom.* Ratio decid. Lex quæ dicitur traditioni per pactum, vt alteræ ædes alteri seruiat afficit ædes ipsas, vt alias dominantes faciat alias seruientes *l. cùm esset 33 in princ. supr. tit. 1. l. 3. l. quicquid 10. hoc tit l. & qui duas 34. sup. vrban praed.*

a *Paruiq; refert*, scil. dum ne ita distent vt aliæ ædes alijs aut officere, aut prodesse non possint iuxta *l. si ædes 38. sup. vrban. præd* vbi dixi.

b *Idem erit.* intellige quod ad hoc, vt possit quis alium fundum alij seruum facere tradendo, vt sequentia explicant, non, vt idem fit, etiamsi fundi non sint vicini, Nam in rusticis seruitutibus medium prædium quod non seruit, impedit seruitutem *l. qui sella 7. §. 1. sup. tit prox.* Conualescit tamen seruitus si medio fundo posteà seruitus imponatur *l. prox. § 1. infr. hoc tit.* Interim ergo non est omninò inutilis conuentio cùm possit ex postfacto conualescere, licèt ab initio non constituatur seruitutem, vt in *l. per fundum 11. supr. tit. prox. l. vltim. infr. hoc titul.*

c *Duas autem ædes.* Ratio dubitādi. In traditionibus rerum quodcumque pactum appositum sit id valere certum est *l. in traditionibus 48. sup. de pact.*

Ratio decidendi. Seruitutem nisi sibi recipere nemo potest *l. prox supr.* ideoq; nec alienis ædibus seruitutem aut acquirere, aut imponere *l. 1. supr. l. si cùm duas 8 infr hoc tit.* vbi dicitur hoc ita locum habere si titius & eodem momento ambæ ædes traditæ sint, vt intelligantus aliud esse si separatim traditæ sint, quia tunc proprijs ædibus seruitus & acquisita & imposita videtur non alienis.

1 ¶ Si quis partem ædium tradet, vel partem fundi, non potest seruitutem imponere: quia per partes seruitus imponi nō potest, sed nec adquiri. Planè, si diuisit fundum regionibus, & sic partem tradidit pro diuiso, potest alterutri seruitutem imponere: quia non est pars fundi, sed fundus, quod & in ædibus potest dici, si dominus, pariete medio ædificato vnam domum in duas diuiserit, vt plerique faciunt nam & hic pro duabus domibus accipi debet.

Ad §. Si quis partem.

Ratio dubit. & decid. eadem quæ ad *l. pro parte 11. sup. de seruit.* Intellige tamen cum Accursio de parte indiuisa non de diuisa, vt sequentia explicant.

a *Planè si diuisit.* Ratio dubitandi. Per partes non potest imponi seruitus, nec acquiri *l. vt pomum 8. §. 1. l. pro parte 11. supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Quælibet pars fundi diuisi est fundus. Est enim *fundus* totum homogeneum *l. locus 60. infr. de verb. signif.* iunct. *l. rectè dicimus 25. ad fin. eo. tit. l. communi 7. §. 1. inf. Comm. diuid.*

b *Quod & in ædibus.* Ratio dubitandi. Domus est quid vnicum & indiuiduum quod diuerso iure censeri non potest *l. eum qui ædes 23. de vsucap. inf.* Nec enim vt quælibet pars fundi est fundus, ita quælibet pars domus est domus, vt nec quælibet pars hominis est homo. Vnde Accurs. benè infert multũ interesse an homo legetur, vel promittatur, aut domus, an fundus simpliciter. Si legetur vel promittatur homo, aut domus, teneri legatũ & promissio indistinctè, quia certis finibus circumscribitur qui mutari non possunt *l. Mauius 66. §. duorum. de leg. 2.* In fundo secus, quia esset derisorium legatum data vel minima parte fundi. Iunge *l. si domus 71. de leg. 1.*

Ratio decidendi. Ex vna domo plures effici plerumque possunt secundum voluntatem & destinationem patrisfamilias, & amplitudinem ędificij, aut angustiam inhabitantium. Quo casu solet paries medius ædificari qui domum à domo diuidat, in quo benè Accurs. notat magis facto opus esse ad diuidendam domum vnam in plures, quàm ad diuidendum fundum, licèt nostra destinatione non minùs domuũ quàm fundorum nomina nõ natura constituantur *l. quod in rerum 24. §. pen. infr. de leg. 1.* Vrbana enim prædia communibus parietibus plerumque disterminantur *l. 4. § pen. infr. fin. regund.*

2 ¶Item, si duo homines binas ædes communes habeamus, simul tradendo, idem efficere possumus, ac si ego solus proprias binas ædes haberem. sed & si [a] separatim tradiderimus, idem fiet. sic tamen [b], vt nouissima traditio efficiat etiam præcedentem traditionem efficacem. Si tamen [b] alteræ vnius propriæ sint ædes, alteræ communes, neutris seruitutem vel adquirere, vel imponere me posse, Pomponius libro octauo ex Sabino scripsit.

Ad §. 2. Item si duo.

Ratio dubitandi & dec. Eadem quæ ad *l. 3. in pr. sup. tit. 1.* Parum enim refert an de vna persona loquamur, an de pluribus, cùm eadem iuris ratio est *l. singulas 15. infr. de reb. cred.*

a *Sed & si* Ratio dubitandi. Non potest separatim cedi ius seruitutis à pluribus sociis *l. per fundum 11. supr. tit. prox.* Ratio decidendi. Nouissima cessione & traditione superiores confirmantur, idq; vtilitatis causa receptum est *l. vlt. inf.* Et sanè difficile est vt duo homines binas ædes quas habent communes, simul tradant, licèt non sit hoc impossibile, præsertim si traditio fiat per clausulam constituti, vt hodie passim fit aut per alium tradendi modum fictitium, vt per visum, quomodo ratiocinatur Accurs. ex *l. quod meo 18. in pr. & §. si venditorem. inf. de acq. poss.*

b *Si tamen.* Ratio dubitandi. Proprio fundo per communem seruitus deberi potest *l. si communi 27. sup. tit. 1.* Ratio decidendi. Aliud est posse deberi & retineri debitam seruitutem, aliud acquiri, vel imponi: Prius facilius est, Posterius verò difficilius *l. vt pomum 8. §. 1. supr. de seruit.* dixi ad *l. 2. eod. tit.* & ad *l. vnus ex sociis 34. sup. tit. prox.* Itaq; malè Haloander hîc addidit negationem. Malè item Accurs. distinguit, an pacto, an tempore cõstituatur seruitus, vt proprio fundo per communem seruitus cõstitui possit tempore, non etiam pacto, vel vltima voluntate ex *l. sed si inter nos 27. supr. vrban. præd.* Longè enim alia eius loci sententia est in verbis illis *aut rem perdere.* Quæ Accursium cæterósque interpretes omnes fefellerunt, vt ad illum locum docuimus.

3 ¶Si in venditione quis dixerit, seruas fore ædes, quas vendidit: necesse non habet liberas tradere. quare vel suis ædibus eas seruas facere potest, vel vicino concedere seruitutem, scilicet ante traditionem. planè, si Titio [a] seruas fore dixit, siquidem Titio seruitutem concesserit, absolutum est: si verò alij concesserit ex empto tenebitur: à quo non abhorret [b], quod Marcellus libro sexto Digestorum scribit: si quis in tradendo dixerit fundum Titio seruire, cùm ei non seruiret, esset autem obligatus venditor Titio ad seruitutem præstandam, an agere possit ex vendito, vt emptor seruitutem imponi patiatur prædio, quod mercatus est: magísq; putat, permittendum agere. idémq; ait [c], & si possit venditor Titio seruitutem vendere, æquè agere permittendum. hæc ita demum [d], si recipiendæ seruitutis gratia id in traditione expressum est. cæterùm si quis [e] (inquit) veritus, ne seruitus Titio debeatur, ideò hoc excepit: non erit ex vendito actio si nullam seruitutem promisit.

Ad §. 3. Si in venditione.

Ratio dubitandi. Non fiunt seruæ ædes, ob id solũ, quòd venditor seruas eas fore dixerit, manẽt ergo liberæ & consequenter liberæ tradi debent.

Ratio decidendi. Nihil facit contra bonam fidem vẽditor qui post venditionem seruas fecit, ædes, quas in vendendo seruas fore dixit, dũmodò fecerit ante perfectam traditionẽ, aut quod idem est in ipsa traditione, vt in *l. prox. & l. si cũ duas 8. inf. & hoc ipso §. vers. cæterùm.* Alioqui non posset, postquàm dominus esse desiisset: licèt traditione demũ facta appareat seruas illas esse. Potest enim ex post facto etiam impleri venditio; quæ ipso vẽditionis & conuentionis tempore non est impleta *l. si quis alienam 46 inf. de act. empt.* Nec possum videre quam rationẽ habeat quod Accurs. notat, Nõ posse venditorem seruas facere ædes quas vendidit, nisi post venditionẽ. Eo si quidem tempore emptoris iã est seruas facere ædes, quatum factus est dominus, nõ venditoris qui iam dominus esse desiit. Idque est quod lex apertè subiicit *scilicet ante traditionem*, vt & in *d. l. si cùm duas 8 infr.* Nam quod idem Accur. hæc verba sic intelligit, vt restringant tantùm proximum illud dictum *vel vicino cõcedere seruitutem*, somnium est, prorsúsq; cõmẽtitium. Vtrumque enim eodẽ iure & eodem tempore venditori cõceditur, vt vel ędib. suis seruas facere possit eas quas vẽdit, vel vicino cõcedere seruitutẽ, id est ius imponẽdæ

serui-

seruitutis ædibus venditis. Non enim vicino excipere seruitutem posset *l. prox. sup.*

a *Planè si Titio.* Ratio dubitandi. Perinde sunt seruę ædes, siue Titio, siue alij concessa sit seruitus, nec proinde videtur quicquam emptoris interesse.

Ratio decidendi. Potest interesse emptoris vt Titio potiùs, quàm alij seruitus debeatur, cùm ratione vnius fundi possit durior esse seruitus, quàm ratione alterius. Ideoq; tenetur ex empto venditor qui fecit aduersus conuentionem. Iunge *l. cùm venderes 59. inf. de contr. empt. l. fundum 7. l. quæro 39. l. qui per collusionem 49. de act. empt. l. minor 39. §. vlt. inf. de euict.*

b *A quo non abhorret.* Ratio dubitandi. Mendacium venditoris neque ei prodesse, neque emptori nocere debet, cùm numquam sit mendacium sine dolo. Aliud autem est fundum ei seruire cui non seruiat, aliud obligatum esse venditorem, vt eius fundi domino seruitutem præstet.

Ratio decidendi. Parum interest venditoris an fundum quem vendit iam seruum fecerit, an verò se obligauerit domino fundi ad seruitutem constituendam: nec rursum decipitur emptor qui emit fundum quasi iam seruum, si contra eum agatur ex vendito, vt seruitus imponatur. Nec quicquam refert quid ex æquipollentibus fiat *l. vlt. §. 1. inf. mand. l. mulier 22. § Brasidas infr. ad SC. Trebell.* Et cùm quid fit in præcedentis obligationis cōsequentiam, iam antè factum videtur *l. 1. qui potior. in pign. hab. infr.*

c *Idem q. ait.* Ratio decidendi. Certat venditor de lucro captando qui agit ex vendito vt possit seruitutem vendere. Non est autem ei permittendum vt constituendo seruitutem lucrum captet ex damno emptoris, cuius interest habere fundum liberum, qui neq; fuit seruus tempore venditionis, neque in eo vt ex illa præcedente conuentione fieri deberet seruus. Ratio decidendi. Non est venditor priuandus commodo suæ conuentionis cum tātò minùs fundum vēdiderit, quasi iam seruum. Est enim cōuentio illa pars pretij *l. fundi partem 79. de contr. empt. l. si sterilis 21. §. si tibi de act. empt.* Nec fit deterior conditio emptoris, cùm seruitus venditur, quæ nō fuerat à venditore promissa, quàm si promissa fuisset, cùm venditionis tempore fuerit excepta, sed hoc tamen cùm distinctione quæ sequitur. Intellige autem hunc versic. de eo casu quo fundus nondum sit traditus. Nam si iam sit traditus nō solùm actio ex vendito danda est emptori, sed etiam condictio incerti ex *l. si binarum 35. sup. vrban. præd.*

d *Hæc ita demum.* Ratio dubitandi. Alteri quàm sibi recipere seruitutem nemo potest *l. prox. sup.*

Ratio decidendi. Non alteri, sed sibi recipit, qui recipit ad suam vtilitatem, quamuis ita fecerit, vt eam posset alteri vendere *l. stipulatio ista. §. alteri. de verbor. oblig.*

e *Cæterùm si quis.* Ratio dubitandi. Cùm seruitus recepta & excepta est, nihil interest emptoris an id fecerit venditor, vetitus ne qua seruitus Titio deberetur, an qua alia de causa.

Ratio decidendi. Voluntas venditoris excipiētis seruitutem, quam veretur esse debitam nō illa est, vt fundum seruum possit facere si nōdum seruiat, sed vt non cogatur liberum tradere si iam seruiat, actus autem non debet operari vltra intentionē agentis *l. si ego 18. & l. non omnis 19. inf. de reb. cred.* Multū enim refert quid dicatur, fiatve, sed magis qua mēte *l. pen. infr. ad exhib. l. semper in stipulationib. 34. de reg. iur.*

7. PAVLVS lib. 5. ad Sabinum.

IN tradendis vnis ędibus ab eo, qui binas habet, species seruitus exprimenda est, ne, si generaliter seruire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit; quæ seruitus excepta sit, aut omnis seruitus imponi debeat.

Ad l. In tradendis vnis ædibus 7.

Ratio dubitandi. Indefinita æquipollet vniuersali etiam in cōstitutione seruitutis *l. si seruitus 23. sup. vrban. præd.* Ratio decidendi. Ita est in constitutione certæ seruitutis, sed non si indefinitè seruitus excepta sit, quia sequeretur vel non valere exceptionē propter nimiam incertitudinem, quæ solet semper vitiare *l. si duo sunt Titij 30. de testam. tutel. l. cùm ex pluribus 31. de manum. testam. l. si quis mihi 25. §. sed verum. de acq. hered. l. ita fidei 40. de iur. fisc.* vel exceptam esse omnem omnino seruitutem, vt posset imponi quæcunq; esset saltem congrua fundo dominanti, vt interpretatur Accurs. arg. *l. actione 65. §. renunciare. infr. pro soc. l. vlt. C. de annal. except.* quod esset absurdum. Nec n. debet venditor in tanta materia vagari, vt in *l. item exigit 16. supr. de dolo.* Iunge *l. quicquid 10. infr.* Itaq; non potest defendi, quod ait Accurs. omnem seruitutem habilem, & congruam intelligi debere exceptam. Id enim est quod Pauli ratiocinatio in hac lege præsupponit absurdum esse. Alioqui non esset bona ratio, propter quam dicendum sit, In tradēdis vnis ædibus ab eo qui binas ædes habeat, speciem seruitutis exprimendam esse. Nec ferendū esse vt generaliter excipiatur, ædes quæ venduntur seruas aut seruas fore. Multò igitur magis idem dicendum est, si in numero singulari excepta sit seruitus nulla demōstrata, licèt reluctetur Accursius. Nam cùm hoc casu non possit dici omnem seruitutem exceptam videri, necesse est fateri alteram partem dilemmatis, vt nullius momenti sit conuentio, quia incertum sit, quænam seruitus excepta fuerit. Itaq; non obstat quod obiicit Accurs. non debere capi eam interpretationem per quam actus pereat ex *l. quoties 12. de reb. dub.* Quid enim aliud possis dicere in tanta incertitudine legum supradictarum. Idq; nimirum est, quod ait *l. quicquid 10. inf. hoc tit.* quicquid venditor seruitutis nomine vult sibi recipere, id nominatim recipi oportere.

1 ¶ Interpositis quoque alienis ædibus, imponi potest: veluti, vt altius tollere, vel non tollere [a] liceat: vel etiam, si iter debeatur [b], vt ita conualescat si mediis ædibus seruitus posteà imposita fuerit sicuti per plurium [c] prædia seruitus imponi etiam diuersis temporibus potest. quanquam dici potest [e], si tria prædia continua habeam, & extremum tibi tradam, vel tuo, vel meis prædiis seruitutem adquiri posse: si verò extremo, quod retineam: quia & medium meum sit, seruitutem consistere. sed, si [f] rursus aut id, cui adquisita sit seruitus, aut medium alienauero, interpellari eum, donec medio prædio seruitus imponatur.

Ad §.1. Interpositis.

Ratio dubitandi. Non potest acquiri seruitus alienis ædibus *l. prox. vers. duas sup.* acquirit autem alienis interpositis qui acquirit vlterioribus suis, cùm non possit peruenire ad terminum nisi per medium.

Ratio decidendi. Non est prohibitum alij acquirere, dummodo non fiat nisi per consequentias. Et ex ordine *l. 1. & l. quod dicitur 7. infr. de author. tutor. l. cùm vnus 2. in prin. de reb. author. iud. possid.* Acquiritur autem interpositis ędibus non tàm seruitus aliqua, quàm vtilitas seruitutis alienæ quandiu illa seruitus durat, Cæterùm qui eam suis ædibus acquisiit, posset inuito domino interpositarum ædium seruitutem remittere, quod non posset, si interpositis quoque ædibus acquisita seruitus intelligeretur *l. vlt. sup. de pact. l. id quod nostrum 11. l. non debet alteri 74. de reg. iur.*

a *Vel non tollere.* Intellige si modò possit ea seruitus esse vtilis vlterioribus ædibus, nam si ædes interpositæ quæ nullam seruitutem habent neq; debẽt altiores sint, non potest dominus vlteriorũ ædium talem seruitutem imponere *l. si ædes meæ 38. supr. vrban. præd.* sicut ab initio constituta, incipit fieri inutilis si ædes interpositæ altiùs tollantur *l. & ideò 1. infr. tit. prox.* Non tamen idcirco extinguitur, sed interpellatur quousque ædes interpositæ iterum deprimantur, vt in fine huius §. iunct. *l. & si fortè 6. in prin. inf. tit. prox.*

b *Si iter debeatur.* Ratio dubitandi. In seruitutibus rusticis seruitutem impedit medium prædium quod non seruit *l. qui sella 7. §. 1. sup. tit. prox.*

Ratio decidendi. Potest interdum seruitus quæ ab initio ipso iure non valuit postea ex euentu cõualescere *l. prox. §. Item si duo supr. l. vlt. infr. hoc tit. l. pro parte 11. supr. tit. 1.* Hæc autem potest conualescere, si mediis ædibus posteà seruitus imponatur, idq; vtilitatis causa receptum est *d. l. vlt. inf.* vt & alia pleraq; circa seruitutes *l. 4. supr. de seruit. l. per fundum 11. sup. tit. prox.*

c *Vt ita conualescat.* Refer hanc distinctionem cum Accursio ad seruitutem itineris quæ est rustica, nõ ad alias vrbanas, de quibus priùs dictum fuit. Alia enim hac parte ratio est vrbanarum seruitutum, alia rusticarum *d. l. qui sella 7. §. 1. supr. l. si priùs 17. §. vlt. inf. de aqua pluu. arc.* iunct. *l. & ideo 5. & l. seq. inf. tit. prox. sup. hoc tit. d. l. si ædes 38. & seq. supr. vrban. præd.* Nec nouum est vt per prædium vrbanum seruitus rustica debeatur *l. cum fundus 12. l. iter 14. infr. hoc tit.*

d *Sicuti per plurium.* Ratio dubitandi. Per plurium prædium non potest imponi seruitus separatim *l. per fundum 11. supr. tit. 1.*

Ratio decidendi. Aliud est dicere *Per plurium prædia*, vt hîc, Aliud verò *Per plurium prædium*, vt in *d. l. per fundum 11.* Intellige tamen, vt cùm per plurium prædia diuersis temporibus constituitur seruitus, non valeat ipso iure prima constitutio, si seruitus sit rustica, sed posteà conualescat, vt *supr. prox.*

e *Quamquam dici potest.* Ratio dubitandi. In rusticis seruitutibus prędium medium impedit seruitutem si ipsum non seruiat *d. l. qui sella 7. §. 1 supr.* Meum autem prædium, quod medium est, mihi seruire non potest *l. in re communi 26. sup. vrb. præd.*

Ratio decidendi. Non est necesse vt prædium quod medium est mihi seruiat, sed sufficit vt sit meum, cùm eo casu eandem mihi vtilitatem adferat, *iure dominij* quam adferret iure seruitutis, si mihi seruiret quandoquidem etiam per fundum communem deberi seruitus possit *l. si communi 27. sup. tit. prox.* Alia species est *l. tria prædia 31. eod.*

f *Sed si.* Ratio dubitandi. Seruitus ab initio vtiliter constituta retineri potest, etiamsi ad eum casum perueniat, vt fiat inutilis *l. vt pomum 8. §. 1. l. Et fundo 19. sup. de seruit.*

Ratio decidendi. Durat quidem ipso iure, sed interpellatur donec medio prædio seruitus imponatur, quia nullam interim vtilitatem adferre potest, cùm nõ posset is cui debetur seruitus, ire ad fundũ seruientem per fundum medium, qui non seruiat. Non. n. potest dici alienatum esse fundum meum cum sua causa, id est cum onere seruitutis ex *l. via 23. §. si fundus sup. tit. prox. l. alienatio 67. inf. de contr. empt.* Siquidẽ mihi nec seruiebat nec seruire poterat eo tempore, quo erat meus *l. quicquid 10. infr.* Necesse igitur est vt vel medio prædio imponatur seruitus, vel vt alienatum recuperetur. Et ita benè Accurs.

8. POMPONIVS libro 8. ad Sabinum.

SI, cùm duas haberem insulas, duobus eodem momento tradidero: videndum est, an seruitus alterutris imposita valeat: quia alienis quidem ædibus nec imponi, nec adquiri seruitus potest. sed, ante traditionem peractam, suis magis adquirit, vel imponit is, qui tradit: ideóque valebit seruitus.

Ad l. Si cùm duas 8.

Ratio dubitandi. Alienis ædibus neque imponi neque acquiri seruitus potest *l. proprium 5. & 6. supr. eod. l. si vnus 19. supr. tit. prox.*

Ratio decidendi. Cùm ante peractam traditionem constituitur seruitus, vt in hac specie, suis magis ædibus quàm alienis eam acquirit is, qui vendit vtrasque, & tradit, quia dominium non transfertur nisi per traditionem perfectam *l. traditio 20. infr. de acq. rer. dom.* Iunge *l. si quis duas 6. §. item si duo.* & quæ ibi scripsimus *sup.*

9. POMPONIVS libro 10. ad Sabinum.

SI ei, cuius prædium mihi seruiebat, heres extiti, & eam hereditatem tibi vendidi: restitui in pristinum statum seruitus debet: quia id agitur, vt quasi tu heres videaris extitisse.

Ad l. Si ei 9.

Ratio dubitandi. Seruitus extinguitur quoties dominium fundi seruientis peruenit ad dominum fundi dominantis *l. prox. inf. l. 1. inf. quemad. seruit. amit.*

Ratio decidendi. Cùm hereditas venditur, id agitur inter emptorem & venditorem, vt emptor non quidem fiat heres, quod fieri nullo modo potest, quoniam qui semel heres fuit semper heres perseue-

persenerat *l. ei qui solnendo 88. de hered. instit. §. restituta Inst. de fideic. hered.* Nec vni duo in solidum heredes esse possunt *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.* Sed fiat loco heredis, ideóque restitui seruitutem oportet ex æquitate, vt eadem sit causa emptoris, quæ si heres ipse fuisset *l. 2. §. Cùm quis de heredit. vel act. vendit. l. 2. C. eod. l. debitori 7. C. de pact.* Et in eam rem competit actio vel ex stipulatu, si stipulatio intercesserit, vel ex vendito *d. l. debitori.* iunge *l. Papinianus 8. supr. de seruit.*

10. VLPIANVS libro 10. ad Sabinum.

QVidquid venditor, seruitutis nomine, sibi recipere vult, nominatim recipi oportet: nam illa generalis [a] receptio, *Quibus est seruitus, vtique est*, ad extraneos pertinet: ipsi nihil prospicit venditori ad iura eius conseruanda. nulla enim habuit: quia nemo ipse sibi seruitutem debet. quinimmo, & si debita fuit seruitus, deinde dominium rei seruientis peruenit ad me, consequenter dicitur, extingui seruitutem.

Ad l. Quidquid 10.

Ratio dubitandi & decidendi. Eadem quæ ad *l. in tradendo 7. in princ. supr.* Est enim vtriusque loci eadem ferè sententia, vt generalis exceptio seruitutis in vendendo fundo non sufficiat, sed specialis requiratur, siue fiat ea exceptio per stipulationem *l. quicquid astringendæ 99. de verb. oblig.* siue per pactum in tradendo appositum, quod scilicet non plus valere potest, quàm stipulatio *l. in traditionibus 44. supr. de pact. l. quia tantundem 7. de negot. gest. l. debitori 7. C. de pact.*

a *Nam illa generalis.* Ratio dubitandi. Generalis oratio generaliter est intelligenda *l. 1. generaliter de leg. præst. l. de precio 8. supr. de Publician.* vt proinde ad extraneos restringi non debeat.

Ratio decidendi. Nullam seruitutem habuisse potest venditor in re vendita, cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi 26. vrban. præd.* Adeò vt acquisitione fundi seruientis extinguatur ob hanc causam seruitus, confusionis potestate *l. 1. infr. quem. seruit. amitt.* scilicèt si totus fundus acquisitus sit, non si pars tantùm *l. vt pomum 8 §. 1. supr. de seruitut.* Aut si cùm per plurium prædia deberetur seruitus omnia facta sint mea *l. tria prædia 131. supr. tit. prox.* Non potest igitur ea exceptio prodesse venditori quantumlibet generalis. Est enim semper capienda ea interpretatio quæ vicio caret *l. in ambigua 19. supr. de legib.* Idem igitur est etiamsi nulli alij seruitus debeatur, quæ exceptionem vtilem facere possit. Exceptio enim seu reseruatio nullum ius nouum afferunt, sed tantùm vetus si quod competit conseruant, quod hic locus omnium optimè probat. Proinde si nulla omnino seruitus debebatur, non potest inutilis non esse exceptio, & reseruatio seruitutis, si qua debebatur etiam extraneo, vtilis exceptio est, ne eo nomine venditor ex empto conueniri possit quasi præmonito emptore, vt in *l. si quis duas 6. in fin. sup. hoc tit.* Alioquin venditor omnimodo teneretur etiamsi generaliter excepisset *Seruitutes si quæ debentur deb. buntur*, *l. quæro 39. inf. de act. empt.* Et alia longè est conceptio formulæ, de qua in *l. si arborem 17. §. vlt. supr. vrban præd. stillicidia vti nunc sunt vt ita sint*, quæ nec contra extraneos venditori prodest, quoniam iis verbis creditur venditor promittere se nulli seruitutem debere, quòd non similiter dici potest sic conceptâ formula *quibus est seruitus, vtique est*: significat enim aliquos esse quibus aliqua seruitus debeatur. Cæterùm si nulli debeatur seruitus, inutilis est exceptio, non per se, sed defectu materiæ. Non enim fit huiusmodi conuentio, vt aliqua seruitus noua acquiratur extraneo, sed vt si qua sit iam acquisita fortè, & debita, eius nomine venditor non teneatur *d. l. si quis duas 6. in fin. supr.* scilicet dummodò eam nesciERit venditor *dict. l. quæro 39. de act. empt.* quem alioquin ignorantia non excusaret, si modò fundum vel optimus maximúsq; esset, vendidisset *l. pen. de euict. l. qui vti optima 90. l. si cum fundum 126. de verb. signif. l. 1. §. 1.* vbi est textus omnium optimus, *de action. empt.*

11. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

REfectionis gratia, accedendi ad ea loca, quę non seruiant, facultas tributa est his, quibus seruitus debetur: qua tamen accedere eis sit necesse: nisi in cessione [a] seruitutis nominatim præfinitum sit, quà accederetur. & ideò [b] nec secundum riuum, nec supra eum, si fortè sub terra aqua ducatur, locum religiosum dominus soli facere potest: ne seruitus intereat. & id verum est: sed & depressurum [c], vel ad leuaturum riuum, per quem aquam iure duci potestatem habes: nisi si, ne id faceres [d] cautum sit.

Ad l. Refectionis 11.

Ratio dubitandi. Nemo ingredi potest inuito dominio fundum alienum, qui non seruiat *l. 5. in princ. de acq. rer. dom.*

Ratio decidendi Concessa seruitute intelliguntur concessa omnia sine quibus seruitute vti non posset is, qui debetur *l. si iter 10. supr. de seruit.* Et ideò nihil concessum intelligitur nisi quatenus necesse est, vt hîc sequitur. Et in *l. ergo 5 in fin. & l. seq. supr. tit. prox.*

a *Nisi in cessione.* Ratio dubitandi. Cùm in cessione seruitutis dictum est, per quam partem fundi non seruientis accedi oporteat ad fundum seruientem refectionis gratia, videtur hoc ipsum fundo quoque libero constituta seruitus.

Ratio decidendi. Non omnis concessio facit cessionem & constitutionem seruitutis, sed ea demùm quæ in eam rem habilis est, & quæ fit animo seruitutis constituendæ, vt constat ex *l. tria prædia 31. supra tit. proxim. l. vltim. in princip. supr. vrban. præd.*

b *Et ideò.* Ratio dubitandi. Potior debet esse causa religionis quam vtilitatis contrahentium, quia

summa ratio est quæ pro religione facit *l. sunt personæ infr. de relig.*

Ratio decidendi. Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri *l. non debet 74. de reg. iur.* Ne quidem fauore religionis *l. 2. §. locum infr. eod. ill. tit. de relig. l. locum 17. in princ.* vbi dixi *supr. de vsufr.* Hic autem seruitus interiret si supra riuum cùm aqua sub terra ducitur, locum religiosum facere dominus posset, quia locus facer aut religiosus seruitutem debere nullam potest *d. §. locum.*

c *Sed & depressurum.* Ratio dubitandi. Non potest riuum deprimere, aut tollere is, cui seruitus debetur *l. 3. §. pen. de itiner. act. priu. l. 1. §. vlt. infr. de riuis.*

Ratio decidendi. Imò potest omnia facere quæ sunt necessaria, & sine quibus vti seruitute aquæductus non posset, vt diximus ad initium legis. Itaque legendum hîc est *per quam aquam iure ducere* non *duci* aut *ducis*, aut *duci*, nisi malis tollere verba illa *potestatem habes* & legere *ducis*: quod malo. Sanè si vitiò, ac sine seruitutis necessitate riuum aut attollere, aut deprimere vellet dominus fundi dominantis, non esset ei permittendum *d. l. 1. § pen. iunct. l. pen. §. 1. de riuis & d. l. 3. §. vlt. de itin. act. priu.* vbi legendum est *via munienda* non vt vulgo *minuenda.*

d *Nisi si, ne id faceres.* Ratio dubit. Quod fieri necesse est, eius faciendi semper ius est: neque enim ratione, aut iure caret necessitas *l. non videntur 167. §. 1. de reg. iur. l. item quæritur 10. §. 1. infr. Commun. diuid.*

Ratio decidendi. Nemini permittendum est vt veniat contra propriam conuentionem *l. vlt. C. pact. int. empt. & vend. l. 1. & tot. tit. de pact. l. post mortem 25. supr. de adopt.* Sibique debet imputare qui cautiùs negotiatus non est, vt loquitur *l. 2. C. de furt.*

1 Si prope tuum fundum ius est mihi aquam riuo ducere: tacita hæc iura sequuntur: vt reficere mihi riuum liceat: vt adire, quà proximè possim ad reficiendum eum, ego, fabrique mei: item vt spatium relinquat mihi dominus fundi, quo dextra, & sinistra, ad riuum adeam, & quo terram, limum, lapidem, harenam, calcem iacere possim.

Ad §. 1. Si per tuum fundum.

Ratio dubitandi. Quicquid astringendæ obligationis est, id nisi palàm verbis expressum fit, pro omisso habendum est *l. quicquid 99. de verb. oblig.* maximè in odiosis, cuiusmodi sunt seruitutes. Non enim adiuuanda sunt per interpretationem ea, quæ odiosa sunt, sed quæ fauorabilia *l. hoc modo 64. de condit. & demonstr. l. cùm quidam 19. de liber. & post.*

Ratio decidendi. Etiam in strictis & odiosis pleraque sunt inta, quæ facile sequuntur, ea scilicet quæ sequi omnino necesse est vt aliquis vsus seruitutis esse possit, cuiusmodi sunt ea, de quibus in hoc §. Sunt enim omnia necessaria ad vsum seruitutis aquæductus. Et seruitus omnis suis indiget adminiculis *l. 1. §. 1. supr. si vsusfr. pet. l. veteres 4. infr. de itin. act. priu. l. 4. §. si quis mihi infr. tit. prox. l. vlt. supr. vrb. præd. l. damnas 15. §. 1. infr. de vsufr. leg. l. seruum filij 44. §. vlt. de leg. 1.*

12. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

CVm fundus fundo seruit: vendito quoque fundo, seruitutes sequuntur. Ædificia a quoque fundis, & fundi ædificiis eadem condicione seruiunt.

Ad l. Cùm fundus 12.

Ratio dubitandi. Emptor non est successor vniuersalis, sed singularis tùm quoque cùm est emptor vniuersitatis, puta hereditatis *l. 2. C. de hered. vel act. vend. l. nec vllam 13. §. quid si quis & seqq. supr. de hered. petit.* idcóque non succedit in alia iura venditoris, quàm quæ specialiter ei vendita & cessa fuerunt *l. Rutilia Polla 69. infr. de contr. empt.*

Ratio decidendi. Seruitutes sunt iura prædiorum *l. 1. § vlt. de rer. diuis.* Iura autem prædiorum nihil aliud, quàm prædia ipsa qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signif.* Ac proinde necesse est vt seruitutes sequantur fundum, in quemcunque transeant possessorem, nisi aliud dictum sit, quia semper fit alienatio cum sua causa *l. via constitui 23. §. 1. supr. tit. proxim. l. alienatio 67. de contr. empt. l. penult. infr. de euict.*

a *Ædificia.* Ratio dubitandi. Diuersa ratio est vrbanorum prædiorum & rusticorum. quia vrbana prædia faciunt vrbanas seruitutes, rustica rusticas, vt dixi ad *l. 1 supr.*

Ratio decidendi. Possunt ædificia vrbana seruire fundis, id est prædiis rusticis, Et prædia rustica vrbanis, & denominatur seruitus à prædio denominante non à seruiente, *l. 2. sup. tit. prox. l. in tradendis 7. §. 1. sup. l. iter 14. inf. hoc tit.*

13. VLPIANVS libro 16. Opinionum.

VEnditor fundi Getoniani, fundo Bottoiano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur, quamuis mari, quod natura omnibus patet, seruitus imponi priuata lege non potest: quia tamen bona fides contractus legem seruari venditionis exposcit: personæ possidentium, aut in ius eorum succedentium, per stipulationis, vel venditionis legem obligantur.

Ad l. venditor 13.

Ratio dubitandi. Mari quia commune est, & naturâ omnibus patet, seruitus imponi priuata lege non potest. Sunt enim communia & publica omnia extra commercium. Et in bonis nullius *l. 2. & 4. supr. de rer. diuis. l. 1. & 3. de acquir. rer. domin.* Nec tutius in singularem successorem transit obligatio personalis *l. vlt. §. 1. de contrah. empt. l. 1. §. si heres de SC. Trebell.*

Ratio decidendi. Bona fides contractus venditionis, exposcit seruari legem venditionis, non quidem vt possit semper constitui seruitus, sed vt personæ possidentium & contrahentium, adeoque in eorum ius vniuersale succedentium per stipulationis,

nis; vel venditionis legem obligentur l. 1. §. 1. de act. empt. iunct. l. quoties 9. §. heredes infr. de hered. instit. Licet enim successor singularis non teneatur ex contractu authoris sui, cùm tamen lex etiam quæ nudo pacto, longè magis si per stipulationem dicta est traditioni, seruanda est etiam ab emptore: Ne alioqui decipiatur venditor, qui non aliter fuerat venditurus l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vendit. l. in traditionibus 48. supr. de pact. in eoque maior potestas est obligationis personalis, quæ nascitur ex conuentione posita in traditione rei, quàm alterius cuiuslibet, etiam quæ stipulatione sit vallata, quia per eiusmodi conuentionem res ipsa afficitur, quæ per traditionem transfertur. Vbi autem semel affecta est, fit alienatio cum sua causa l. alienatio 67. de contr. empt. Quod Accursius noster ignorauit, qui verba illa aut in ius eorum succedentium restringit, vt & post eum Bartolus, ad heredes succedentes in ius hereditarium, ad exclusionem successorum singularium, quasi in iis aliud sit: Quod non puto iuris rationi conuenire non magis quàm verbis huius legis, quæ sunt generalia; Tam enim succedit emptor & alius singularis successor quilibet ins venditoris, quàm heres, licèt succedat titulo minùs pleno l. si à te 9. §. fin. l. iudicata 29. §. 1 infr. de exceptio. rei iud. Planè si ponetes per huiusmodi conuentionem lædi Ius publicum, & ita lædi vt vsus publicus maris impediatur etiam quod ad alios, qui non contraxerunt, dubitandum non est quin conuentio sit inutilis vt Accursius notat ex l. iuris gentium 7. §. si paciscar. iunct. l. ius publicum 38. supr. de pact. Sanè quod idem Accurs. ex hoc loco infert, Nemini licere contra factum proprium venire ex l. post mortem 25. supr. de adopt. l. per fundum 11. Rust. præd. verum quidem est sed ex hoc textu non benè probatur, Non solùm quia factum hoc de iure tenet tanquam appositum in traditione rei propriç venditæ, vt dixi, sed etiam quia non magis licere debet emptori qui non contraxit venire contra factum venditoris, quàm ipsi venditori ex regula l. aliud est 169. §. absurdum iunct. l. inuitus 156. §. plerumque de reg. iur.

1 ¶ Si constat, in tuo agro lapicidinas esse, inuito te, nec priuato, nec publico nomine, quisquam lapidem cædere potest, cui id faciendi ius non est: nisi talis consuetudo [a] in lapicidinis consistat, vt, si quis voluerit ex his cædere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum salarium [b], pro hoc, domino præstat. ita tamen [c] lapides cædere debet, postquam satisfaciat domino: vt neque vsus necessarij lapidis intercludantur, neque commoditas rei, iure, domino adimatur.

Ad §. 1. Si constat.

Ratio dubitandi. Publica vtilitas præferenda est priuatæ Auth. Res quæ C. Comm. de leg. l. ita vulneratum 51. §. 1. ad leg. Aquil. l. item si verberatum 15. §. 1. & 2. supr. de rei vindic.

Dec Nemini hominum ius suum detrahendum est l. 2. in princ. de his qui sui vel alien. iur. sunt. nisi cùm publicæ vtilitatis necessitas cogit: Quam porrò ponimus in huius §. specie nullam esse.

a *Nisi talis consuetudo.* Ratio dubitandi. Consuetudo nec rationem vincere potest nec legem l. 2. C. quæ sit long. consuet.

Ratio decidendi. Semper tolerabilia sunt quæ vetus consuetudo adprobauit l. Imperatores 13. in fine de Pollicitat. de quo scripsi ad l. de quibus 32. supr. de legib.

b *Salarium* aliquando *solarium* quod pro solo penditur, Et melius quàm Florentiæ *solacium* quod malè Accurs. interpretatur de decima debita fisco à domino ex l. Cuncti 3. C. de metallar. & metall. lib. 11. tit. 6. cuius dispositio nouum certè ius continet, ac Vlpiano cuius hæc lex est, incognitum. Intellige igitur de solario pendi solito ex eadem consuetudine.

c *Ita tamen*, Id est cum hoc tamen temperamento, vt & publicæ vtilitati satisfiat, & priuatæ domini, cuius sunt lapidicinæ: Est enim optimum temperamentum per quod fit vt neutrius partis ius lædatur l. ex his 8. in fin. D. quæ in fraud. cred. l. in creditore 38. in fine de euict. Idque agere & curare bonos iudex semper, quantum potest debet.

14. IVLIANVS libro 41. Digestorum.

ITer nihil prohibet sic constitui, vt quis interdiù duntaxat eat. quod ferè circa prædia vrbana etiam necessarium est.

Ad l. Iter 14.

Ratio dubitandi. Non potest constitui seruitus ad tempus l. 4. supr. de seruit.

Ratio decidendi. Interualla dierum & horarum non ad temporis causam sed ad modum pertinent iure constitutæ seruitutis dict. l. 4. §. vltim. l. in tradendis 7. §. interpositū supr hoc tit.

a *Quod facere.* Ratio dubitandi. Etiam noctu per alienas ædes iter nihil prohibet. Ratio decide di. Esset id nimis durum, & periculosum, propter maiorem delinquendi audaciam quam nox suppeditare solet l. aut furta 16. §. tempus infr. de pœn.

15. PAVLVS libro 1. Epitomarum Alfeni Digestorum.

QVi per certū locum iter, aut actū alicui cessisset, eum pluribus, per eundē locum, vel iter, vel actum cedere posse, verum est. quemadmodum, si quis vicino suas ædes seruas fecisset, nihilominùs aliis, quos vellet, multis [a] eas ædes seruas facere potest.

Ad l. Qui per certum locum 15.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad l. itinere 28. §. 1. sup. tit prox. Dub. Non potest fieri vt plures eodem tempore eant per eundem locum, non magis quàm vt in quo loco ego sto, tu stes l. 3. §. Ex contrario de acq. poss. Ratio decidendi. Diuersis horis vel diebus id fieri potest d. l. 2. §. 1. l. per quem locum 14. supr. tit. prox. vbi dixi d. l. 4. in fin. supr. de seruit.

a *Alijs quot vellet multis.* Ratio dubitandi. Non alij constitui potest seruitus quàm qui prædium habeat l.1. §.1.*sup.*

Ratio decidendi. Supponendi semper sunt termini habiles *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron. l.1. §. vlt. ad SC. Tertyll.* Ponendum igitur est illos quibus cedatur ius itineris vel alterius seruitutis habuisse prædium aliquod, & quidem vicinum. Intellige tamen potiorem fore causam eius cui potiori cessa fuerit seruitus, quàm posterioris *l. Lucio 4. infr. de aqua quotidiana & æstiua.*

16. Gaivs libro 2. Rerum cottidianarum siue aureorum.

POtest etiam in testamento heredem suum quis damnare, ne altiùs ædes suas tollat, ne luminibus ædium vicinarum officiat, vel vt patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidia aduersus eum habere, vel vt patiatur vicinum per fundum suum, vel heredis iter agere, aquámve ex eo ducere.

Ad l. Potest etiam 16.

Ratio dubitandi. Lex duodecim tabularum non permisit patrifamilias testari nisi de sua re & pecunia *l. verbis legis 120. de verbor. signif. l. conficiuntur 8. §. si post factum infr. De iur. codicill.* Seruitus autem quæ à testatore constituitur non est testatoris, cùm nemini res sua seruiat *l. quicquid 10. supr. l. in re communi vrban. præd.*

Ratio decidendi. Potest per damnationem legari ea quoque res quæ non sit testatoris, id est etiam aliena, multo magis ea quæ sit heredis, vt Vlpianus & Caius scribunt in Instit. *l. vnum ex familia 67. §. si rem de leg. 2. l. si quis in 9. §. 1. de man. testam.* In quo differebat olim legatum damnationis à legato vindicationis. An ergo dicendum erit legari seruitutem per vindicationem non potuisse, sed tantùm per damnationem? Ita videtur, sed tamen video titulum de *seruit. legat.* esse generalem. Et cùm fundo legato potuisse etiam viam ad illum fundum legari, vt via cum fundo vindicaretur, vt in *l. 3. de seruit. leg.* Itemque viam solam sine fundo, vt in *l. vlt. eod.* Nec enim nouum est in seruitutibus siue personalibus siue realibus vt quod nostrum non est transferamus ad alios *l. quod nostrum 63. de vsufr.* Sanè sublata hodie est tota hæc differentia legatorum, nec interest quibus verbis quid legetur post *l. 2. C. Com. de leg.* Iunge *l. si testamento 31. supr. vrban. præd. §. vlt. Instit. de vsufr.*

17. Papinianvs libro 7. Quæstionum.

SI precariò vicinus in tuo maceriam duxerit: interdicto, *Quod precario habet*, agi non poterit, nec maceria posita[a], donatio seruitutis perfecta intelligitur; nec vtiliter[b] intenderetur, ius sibi esse, inuito te, ædificatum habere, cùm ædificium, soli condicionem secutum, inutilem faciat intentionem. Ceterùm, si in suo[c] maceriam precariò, qui seruitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas vsucapietur, & interdicto *Quod precario[d] habet*, vtiliter cum eo agetur. Quòd si donationis * causa permiseris: & interdicto agere non poteris[e], & seruitus donatione[f] tollitur.

Ad l. Si precario 17.

Ratio dubitandi. Precarium potest consistere in rebus omnibus non solùm mobilibus & immobilibus, sed etiam incorporabilibus *l. 1. l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. infr. de precar.*

Ratio decidendi. Potest dominus mutata voluntate, atque ita soluto precario maceriam proijcere extra suum fundum *l. quemadmodum 29. §. 1. vers. aliud est dicendum infr. ad leg. Aquil.* & ideò non potest agere interdicto quòd non nisi ex necessitate introductum est *l. interdictum 14. eod.* Addit Accurs. interdictum de precario non dari ei qui penes se habet quod precario dedit, sed eo demum casu qui rem habet is qui precario rogauit ex *l. quæsitum 8. post principium, infr. de precar.* Hìc autem rem esse penes eum qui dedit precario. Non malè.

a *Nec maceria posita.* Ratio dubitandi. Maceriæ positio videtur habenda pro quadam traditione, aut saltem pro patientia, quæ solet perficere constitutionem seruitutis, saltem ad inducendum officium Prætoris *l. 1. §. vlt. sup. tit. l. l. vlt. supr. de seruit.* Est enim seruitutis species, vt possim ego in tuo fundo rudus iacere & lapides meos ponere *l. 3. §. eodem lib. 2. supr. tit.*

Ratio decidendi Nunquam traditio aut patientia nuda constituit seruitutem, vt neque transfert dominium nisi aliquo titulo præcedente *l. nunquam nuda 31. de acq. rer. dom.* Nec donatio fit sine animo donandi, & quamuis precarium proximè accedat ad donationem, differt tamen à donatione *l. 1. d. l. interdictum 14. de precar.* Et est quidem precarium donatio quædam, sed imperfecta.

a *Nec vtiliter.* Ratio dubitandi. Quæ ab initio sunt voluntatis solent ex postfacto esse necessitatis *l. sicut 5. C. de oblig. & act.* Nec videtur dolo carere is qui permisit alium in suo fundo ædificare, cùm posset prohibere, & re integra precarium reuocare. Cùm enim precarium sit liberalitas quædam, & beneficium, certum est beneficio iuuari quem, non decipi oportere *l. in commodato 17. §. sicut autem infr. commod.*

Ratio decidendi. Superficies cedit solo & ædificium soli condicionem semper sequitur *l. 2. D. de superfic. l. 2. C. de rei vindic. l. si in contra quem 5. C. de ædific. priuat.* Debet ergo sibi potiùs imputare is, qui ædificium in solo alieno posuit prætextu concessi precarij, quod sciebat reuocari quandoque posse, quia debuit prospicere posse hoc euenire, vt in *l. si quis domum 9. §. 1. versic. idem quærit infr. locat.* Est autem obseruandum, tres casus hìc à Papiniano proponi gradatim: Primus casus est, si maceria tantùm ducta sit, secundus si posita, tertius si ædificatum sit. Maceria enim materiam significat puri parietis, & parietem ipsum purum, id est sine atenato & calce constructum *l. paries est 157. de verbor. signif.* Primus casus

fus illam tantùm quæstionem admittit, an ei qui precarium concessit dandum sit interdictum de precario, vt maceria de fundo tollatur: secundus illam, vtrum perfecta videatur donatio, & concessio seruitutis, vt ei cui precarium concessum est ius sit habere maceriam positam in fundo concedentis. Tertius illam, vtrum possit is qui precarium impetrauit intendere ius sibi esse inuito concedente in eo loco ædificatum habere. Malè igitur Cuiacius hanc legem intelligit de precario per eum cõcesso, qui seruitutem debuit, & de seruitutis condonatione seu remissione. Est enim is casus nouus, & diuersus, qui statim sequitur.

c *Cæterum si in suo.* Ratio dubitandi. Verum est dicere, cùm quis in suo fundo tibi seruiente maceriam suam duxit precariò, atque ita seruitutis tibi debitæ vsum impediit, tanto tempore quanto amitti seruitus solet, te dominum fundi dominantis non fuisse vsum seruitute, Quidni ergo libertas vsucapietur? Constat siquidem seruitutes amitti non vtendo, & in amittenda hoc modo seruitute, nihil aliud inspici, nisi an quis seruitute vsus sit vel non *l. 2. & tot. tit. infr. quemadm. seruit. amitt.*

Ratio decidendi. Non potest libertas vsucapi, nisi iisdem dum casibus, quibus seruitus ipso iure amittitur *l. si ædes 32. in princ. & §. 1. sup. vrban. præd.* Hîc autem amitti seruitus nõ potest, ob id solum quòd ea vsus non sit is qui precarium cõcessit, cùm propter precarium id factum sit. Nemini enim prodesse debet, quod ab aduersario possedit precario, non magis quàm si vi aut clàm *l. 1. § vlt. D. vti possid. l. 1. de superf.* Licèt possessio precaria sit iusta non quę violenta est vel clandestina *l. quacunque 15. §. 1. sup. de public. in rem act. l. communi 7. §. inter prædones infr. comm. diuid.*

d *Et interdicto quod precario.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet is, qui precariò concessit, cur non reuocauerit precarium citiùs cùm posset, Non ergo dignus est cui detur interdictum ad cogendum dominum fundi debentis seruitutem itineris vt tollat maceriam quæ impedit vsum seruitutis.

Ratio decidendi. Nemo potest imputare aduersario liberalitatem, ex qua ipse lucrum sensent, *l. cùm in fundo 78. §. quod si mulier iunct. l. si extraneus 33. de iur. dot.* Et necessarium est hoc casu interdictum, quia is cui seruitus itineris debetur, & per maceriam impeditur, non potest sua authoritate maceriam in alieno fundo positam tollere, Ne sibi ipsi in causa propria ius dicere videatur, contra *l. 1. infr. quod legat. l. non est singulis 176. de reg. iur. & tot. tit. C. Ne quis in caus. sua iudic. vel iur. dic.*

Quod si donationis. Retinet hæc clausula vltimum casum, quo concessio facta sit à domino fundi dominantis, vt dominus fundi seruientis maceriam duceret, non in fundo dominante, sed in seruiente: at per donationem, & non per precarium.

e. *Agere non poterit.* Et ita aliud respondetur in hac specie, quàm in secundo casu huius legis. Nempe quia non precarium, sed perfecta donatio est.

f *Et seruitus donatione tollitur.* Ratio dubitandi. Nihil in conuentione dictum est de tollenda seruitute.

Ratio decidendi. Satis actum hoc intelligitur ex eo quòd dominus fundi dominantis permiserit donationis causa domino fundi seruientis, vt maceriam poneret in fundo suo, Et in eo ipso loco per quem seruitus itineris debebatur, Non enim potest vtrumque simul stare, & ex duobus contradictoriis concesso vno tollitur alterum *l. si stillicidij 8. infr. quem. seruit. amitt.* Ita vt neque de amittenda per non vsum seruitute, neque de libertate vsucapienda quicquam tractandum amplius superest.

18. PAVLVS libro 1. Manualium.

Receptum est[a]; vt plures domini & non pariter cedentes[b], seruitutes imponant, vel adquirant: vt tamen[c] ex nouissimo actu etiam superiores confirmentur, perindeque sit, atque si eodem tempore[d] omnes cessissent, & ideo[e], si is qui primus cessit, vel defunctus sit[f]; vti alio genere, vel alio modo partem suam alienauerit; post deinde socius cesserit; nihil agetur. cùm enim postremus cedat: non retrò adquiri seruitus videtur, sed perinde habetur[g], atque si post, cum postremus cedat, omnes cessissent. igitur rursus hic actus pendebit[h], donec nouus socius cedat. Idem iuris est[i] & si vni ex dominis cedatur, deinde in persona socij aliquid horum acciderit. Ergo & ex diuerso[k], si ei, qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt, tantum enim tempus[l] eis remissum est, quod date facere possunt, vel diuersis temporibus possint. & ideo non potest vni vel vnus cedere. Idemque dicendum[m] est, & si alter cedat, alter leget seruitutes. nam, si omnes[n] socij legent seruitutes, & pariter eorum adeatur hereditas, potest dici, vtile esse legatum, si diuersis temporibus[o] inutiliter dies legati cedit. nec enim[p] sicut viuentium, ita & defunctorum actus suspendi, acceptum est.

Ad l. Receptum est vis.

a *Receptum est*, scilicet vtilitatis causa, contra strictam iuris rationem, vt dixi ad *l. per fundum 11. sup. tit. 1.*

b *Non pariter cedentes*, id est *non simul nec eodem tempore.*

c *Et tamen.* Ratio dubitandi. Stipulatio pura suspendi non potest *l. vsusfructus 26. de stipul. seruor.*

Ratio decidendi. Ita est ex iuris ratione, sed vtilitatis causa aliud receptum est, vt & alia permulta circa seruitutes *l. 4. sup. de seruit.*

d *Eodem tempore*, id est eo tempore quo postremus cedit, vt sequitur in hac lege.

e *Et ideo.* Ratio dubitandi. Nouissima cessione superiores confirmantur *supr. prox. & d. l. per fundum 11. supr. tit. 1.*

Ratio decidendi. Quod pendet pro eo non est, quasi sit *quod dominium dat 169. §. 1. de reg. iur.* Et ita demum nouissima cessione superiores confirmantur si facta eà sit tempore habili, id est, eo tempore quo possint iungi cùm vltima. Quod non contin-

git, cum medio tempore decessit aut partem suam alienauit is, qui primus cesserit, quia si tum vellet cedere nihil ageret, cùm non alius possit cedere quàm qui tempore cessionis dominus est, *l. si ego 9. §. si res de iur. dot.* Medium enim inhabile impedit semper coniunctionem extremorum *l. pen. rat. rem haber.*

f *Vel defunctus sit.* Ratio dubitandi. Heres repræsentat personam defuncti *l. heres 23. de vsucap.*

Ratio decidendi. Repræsentat quidem sed in his tantum quæ iuris sunt, & à defuncto iure facta: in quo numero hæc cessio non est. Denique succedit heres in obligationes, sed non vt, quod à defuncto factum & traditum est inutiliter, ab herede quoque factum & traditum videatur *d. l. si ego 9. §. si res de iur. dot.*

g *Sed perinde habetur.* Ratio dubitandi. Qui postremus cedit ratam videtur habere primam cessionem, ratihabitio autem retrotrahitur ad tempus præteritum, quia æquiparatur mandato *l. vlt. C. de SC. Macedon.*

Ratio decidendi. Non potest quis ratum habere nisi quod ipsius nomine ab alio gestum est *l. si pupilli 6. §. sed si ego & seqq. de negot. gest.* Qui autem prior cessit, suo nomine cessit, non alieno.

h *Hic actus pendebit.* Ratio dubitandi. Nouissimus actus pendere non potest, sed primus tantùm.

Ratio decidendi. Qui postremus factus est pro primo habetur, priore in irritum deducto. Primus enim actus est, quem nullus præcedit *l. qui duos 9. de reb. dub.*

i *Idem iuris est.* Ratio dubitandi. Cùm vni ex pluribus sociis cedit seruitutem is, qui eius cedendæ solus ius habet, nullius alterius cessio expectari potest. Nec igitur actus pendere.

Ratio decidendi. Expectandum est vt alteri quoque cedatur, quia non magis vni, quàm ab vno ex pluribus sociis seruitus cedi potest, cùm sit indiuidua *l. si vnus 19. sup. tit. prox.*

k *Ergo & ex diuerso.* Ratio dubitandi. Cùm defunctus est vel partem suam alienauit is, qui nihil cessit, non potest mutari condicio & potestas cessionum ab aliis factarum, quia id quòd non est effectum nullum producere potest *l. penult. vers. quare si nullus de reb. cred.* Cessio autem quæ facta non est nihil est.

Ratio decidendi. Superueniens mors eius qui non cessit, aut alienatio per eum facta, perinde facit vt res non sit integra, ac si ipse cessisset, quia facit vt nouus accedat socius, quem verum est non fuisse socium eo tempore, quo alij cedebant, nec enim heres socij socius est, *l. actione 65. § morte infr. pro socio.* Cessionem autem priorem quæ per posteriorem confirmari possit, necesse est factam esse ab eo qui fuerit socius tempore vtriusque cessionis.

l *Tantum enim tempus.* Sensus est hoc tantum receptum esse vtilitatis causa, & remissum de rigore iuris, vt possint priores cessiones à quibusdam ex sociis separatim factæ, confirmari per nouissimam, ac si eo tempore quo vltima facta est omnes pariter & eodem tempore factæ essent, non etiam vt possint confirmari à quocunque & cuicunque factæ sint. Necesse siquidem est, factas esse omnes iis aut ab iis, qui tempore vtriusque cessionis socij fuisse reperiantur. Ergo non potest vnus nec vni ex pluribus quis cedere.

m *Idemq; dicendum*, vt scilicet prior cessio ab vno facta non confirmetur per posterius legatum factum ab altero, contrà quàm Accursius & Bartolus sentiunt. Ratio dubitandi. Non debet minor potestas esse legati quàm cessionis, cùm legatum vim legis habeat & potestatem transferendi dominij sine traditione *l. 2. de public. in rem action. l. legatum 80. de leg. 2.* priuatorum enim pactiones legum authoritate non consentiunt *l. vlt. infr. de suis & legit.* Atqui confirmaretur prior cessio per posteriorem, si vtraque inter viuos facta esset & ab iis qui vtriusque cessionis tempore socij fuissent.

Ratio decidendi. Non potest ex tam diuersis modis cedendæ seruitutis coniunctio vlla fieri cessionum, vt vno eodemque instanti vtraque cessio facta videri possit. Et tamen coniungi eas necesse est vt eo tempore quo nouissima fit vtraque facta videatur *vers. sed perinde supr.*

n *Nam si omnes.* Ratio dubitandi. Æque verum est non posse ex duorum testamentis ius vllum coniunctionis contingere *d. l. si sub condicione 16. sup. quib. mod. vsusfr. amitt.*

Ratio decidendi. Coniunctio quæ solet parere ius accrescendi non contingit ex diuersis testamentis, sed coniunctio cessionum fieri potest ex diuersorum testamentis, dummodò omnium hereditas eodem tempore adeatur, quia fit ea coniunctio per aditionem, non per testamentum, & sufficit diem vtriusque legati vtiliter cedere eodem tempore, quod fit per aditionem *l. 5. de seruit. legat.*

p *Si diuersis temporibus.* Ratio dubitandi. Dies legatæ seruitutis cedit à die mortis, si modò seruitus purè legata fuerit. Est enim ius proprium & singulare vsusfructus, vt eius dies non cedat nisi ab adita hereditate *l. vnic. supr. quand. dies vsusfr. leg. ced.*

Ratio decidendi. Cedit quidem dies legatæ seruitutis ab instanti mortis vt possit transmitti in heredem legatarij, sed non acquiritur legatario ante aditionem *l. vlt. de seruit. leg.* Maximè si legata sit per damnationem, herede damnato scilicet pati seruitutem, vt in *l. potest supr.* Non enim potest heres pati antequam factus sit heres per aditionem. Ergo aditionis tempus expectandum est. Vsusfructus ratio specialis in eo est, quòd quamuis possit legari etiam per vindicationem *tot. tit. de vsufr. legat.* Non potest tamen dies eius cedere nisi ab adita hereditate, quia scilicet non potest constitui nisi per separationem quæ ante aditam hereditatem fieri nulla potest *d. l. vnic.* vbi dixi *sup. quand. dies vsusfr. leg. ced.* & frustra esset dicere prius diē vsusfructus cedere etiam quantum ad transmissionem, cùm non possit vllo casu transmitti ad heredem quod & in cæteris seruitutibus personalibus idem est, diuersum autem in realibus *l. 2. & 3. infr. quand. dies legat. ced.* vbi obseruandum est poni hæc tanquam diuersa legatum transmitti, & diem legati cedere. Non potest transmitti legatum cuius dies non cesserit, sed non ideò consequens est vt legatum omne cuius dies cesserit transmitti possit: Denique realium seruitutum dies cedit statim quòd ad transmissionem sed non quantum ad acquisitionem personalium, nullo modo: nec si sint legatæ per vindicationem, sed tantum ab adita hereditate.

p *Nec enim.* Ratio dubitandi. Facilius est vt defunctorum quàm vt viuentium actus suspendantur, *dict. l. vsusfructus 26. de stipul. seruor. dict. l. 5. de seruit. leg.*

Dec.

Dec. Ratio iuris facit vt neque viuentium, neque morientium actus puri suspendi possint, sed vtilitatis causa receptum est vt viuentium actus suspendi possint, non etiam vt morientium. Neque enim posset fieri vt legatum factum à priore testatore videretur factum post mortem ipsius. Et eo tēpore quo alterius socij hereditas adiretur: quomodo in cessionibus inter viuos ea fictio induci facilè potest versic. *Cùm enim postremus supr.* Sed quod hic dicitur morientium actus suspendi non posse, intellige quod ad legata vel fideicommissa, quorum dies iam cesserit, Nam ex quo dies cessit, siue vtiliter siue inutiliter, non possunt amplius pendere: Antequam dies cesserit, pendent *dict.l. 3. & vltim. de seruit. leg.* Et ita bene hic Azo apud Accursium. Rursus quod hic dicitur posse suspendi actus viuentium, intellige non solùm, quantùm ad effectum, qui proculdubio suspendi facilè potest, vt in omnibus stipulationibus condicionalibus videre est, sed etiam quantùm ad validitatem actus *dict. l. per fundum*, sed hoc ex æquitate, vt dixi, non ex mera iuris ratione *dict. l. vsusfructus 26. de stipul. seruor.* Nihil enim vetat cessionem quæ inter viuos antè facta est, haberi pro facta, posteà, & factam fingi posteriori tempore, Tunc scilicet cùm posterior cessio fit, dummodò is, qui prior cessit viuat adhuc eo tempore nec socium mutauerit, vt diximus in præcedentibus quoniam scilicet eo quoque tempore fieri posset. Quod autem fieri potest facilè pro facto habetur, non etiam id quod fieri nullo modo potèst *l. confessionibus 13. iunct. l. seq. §. 1. inf. de interrog. in iur. fac.* Non obstat quod Accursius obicit de fictione legis Corneliæ & postliminij ex *§. si ab hostibus Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit.* Id enim fit non potestate conuentionis alicuius, sed legis & constitutionis. Nam & fictio postliminij constitutio iuris suspensi appellatur in *l. penultim. infr. de suis & legit.* Priuatorum autem conuentiones legum authoritate non censentur, inquit Papinian. in *l. vitium. eod.* Atque ita hæc lex alioqui satis obscura & intricata explicanda tota est. Iunge quæ scripsi ad hanc legem *lib. 19. Coniect. cap. 16.*

SI SERVITVS VINDICETVR VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

TITVLVS V.

1. VLPIANVS libro 14. ad Edictum.

ACTIONES de seruitutibus rusticis siue vrbanis eorum sunt, quorum prædia sunt. Sepulchra autem nostri dominij non sunt. Atquin viam ad sepulchrum possumus vindicare a.

Ad l. Actiones.

Ratio dubitandi. Actiones de seruitutib. cōfessoria scil. & negatoria sunt vindicationes & in rem *l. prox. inf.* Et tamē nō conuenit seruitutibus formula vulgaris illa vindicationis *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio l. 1. supr. de rei vind.* Cùm neque cerni oculis, neq; demōstrari possint, quia in iure consistūt *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis. l. seruitutes 14 supr. de seruit.*

Ratio decidendi. Seruitutes eorum sunt quorum & prædia quibus debentur: Cùm nihil aliud sint quàm iura prædiorum *dict. §. vltim.* Nec aliud iura prædiorum, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signif.* Possunt igitur vindicari, quia quod quis potest suum dicere, id vindicare demùm potest *l. Quintus 27 § Argento de aur. & argent. leg.* Et quorum sunt prædia, eorum necesse est esse iura prædiorum *l. 1. supr. sit prox.*

a *vindicare.* Ratio dubitandi. Actiones de seruitutibus eorum sunt quorum sunt prædia, vt proximè dictum est, atqui sepulchrum nostri dominij non est, cùm sit res religiosa, *l. in tantum 6. § penult. sup. de rer. diuis. l. 4. sup. tit. prox.* Ergo viam ad sepulchrum nostrum vindicare non possumus.

Ratio decidēdi Sepulchrum, licèt dominij nostri non sit, nostrum tamen est, adeò vt non sit alterius. Nec debet condicio rei religiosæ, ob id esse deterior, quod nostri dominij non sit. Cùm perinde via necessaria sit, vt ad sepulchrum nostrum ire possimus, ac si nostri esset dominij. Nam & nostra & publicè magis interest vt possit iri ad sepulchrum cuius alioqui nullus esse posset quàm vt posit iri ad fundum.

2. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

DE seruitutibus, in rem actiones competunt nobis (ad exemplum earum, quæ ad vsumfructum pertinent) tam confessoria, quàm negatoria: confessoria ei, qui seruitutes sibi competere contendit: negatoria domino, qui negat.

Ad l. De seruitutibus 2.

Ratio dubitandi. Nemo potest seruitutem demonstrare, cùm in iure consistat vt possit dicere *H. nerim. ex iure Quiritium meam esse aio*, vt dixi ad *l. prox. sup.*

Ratio decidendi. Actiones seruitutum nō sunt vindicationes vt cæteræ rerum corporalium quibus intendamus seruitutem nostram esse, sed ad exemplum earum quæ pro vsufructu comparatæ sunt, de quibus in *tit si vsusfr. petat. sup.* Confessoria scilicet & negatoria. Confessoria per quam intendimus seruitutem deberi prædiis nostris & consequenter nobis *l. 3. supr. rustic. præd.* Negatoria, per quam negamus seruitutem à fundo nostro deberi *§. Æquè inf de action. l. harum 7. l. sicut 8. in princ. l. si fistulas 13. infr. hoc titul.* Qualis actio nulla prodita est pro rebus corporalibus *dict. §. æquè*, vbi ratio redditur.

1 ¶ Hæc autem in rem actio confessoria nulli alij, quàm domino fundi competit. seruitutem enim nemo vindicare potest, quàm is, qui dominium in fundo vicino habet, cui seruitutem dicit deberi.

Ad §. 1. Hæc autem.

Ratio dubitandi. Aliud est vindicatio dominij aliud vindicatio seruitutis, cùm fundus consistat in corpore, seruitus autem in iure *l. seruitutes 14. sup. de seruit.*

Ratio decidendi. Seruitutes sunt intra prædiorum & debentur prędiis non personæ *l. vnus ex sociis 34 sup. rust. præd.* Nec ergo alij deberi possunt, Nec ab alio peti, quàm qui fundum vicinum habeat, *l. 1. sup. tit. prox.* Vtiles tamen actiones dantur interdum etiam alij quàm domino, sed tamen qui loco dominij quodammodo sit, puta superficiario *l. 1. §. vlt. inf. de superfic.* vsufructuario *l. vnic. §. 1. de remiß.* Bonæ fidei emptori qui haberet etiam Publicianam *l. si ab eo 18. de pignor.* Denique etiam creditori *l. ei qui pignori 16. sup. tit. de seruit.* Iunge *l. si ego 11. §. 1. sup. de public. in rem act.*

2 ¶ Rectè Neratius scribit, si medij loci vsusfructus legetur, iter quoque sequi per ea scilicet loca fundi, per quæ, qui vsumfructum cessit, constitueret, quatenus est ad fruendum necessarium. námque sciendum est, iter, quod fruendi gratia fructuario præstatur, non esse seruiturem. neque enim potest [a] soli fructuario seruitus deberi. sed, si fundo debeatur, & ipse fructuarius ea vtetur.

Ad §. 2. Rectè.

Ratio dubitandi. Vsusfructus & iter differunt toto genere; quia vsusfructus seruitus personalis est, itineris verò realis: vna igitur concessa, non intelligitur concessa altera, ne multiplicentur seruitutes, quæ sunt odiosæ.

Ratio decidendi. Iter quod fruendi causa fructuario præstatur non est seruitus sed tantùm adminiculum quoddam quo indiget vsusfructus vt possit quis vti frui *l. 1. §. 1. & seqq. supr. si vsusfr. pet. l. damnas 3. §. 1. infr. de vsufr. leg. l. seruum filij 44 §. vlt. de leg. 1.* Nec enim posset quis vti frui fundo ad quem non haberet aditum, & ideò nec sequitur vsumfructum nisi quatenus necessarium est ad fruendum. Iunge *l. 3. §. vlt.* vbi dixi *sup. rust. præd.*

a *Neque enim potest.* Ratio dubitandi. Vsufructuarius quod ad vsumfructum pertinet domini loco est. quia vsusfructus pars quędam dominij est *l. 4. l. si Tutor fructus 33. §. 1. sup. de vsufr l. cùm filius §. dominus de leg. 2.*

Ratio decidendi. Vsusfructus in iure non in parte consistit, licèt emolumentum rei contineat *l. Mauius 66. §. fundo eod. tit. l. si à reo 70. §. si reo de fideiuss.* Nec prædium fructuarium est fructuarij, sed solius proprietarij, *l. rectè dicimus 25. de verbor. signif.* Nec enim fructuarius dominus est *l. falsus creditor 43. §. vlt. inf. de furt.* Non ergo potest seruitus deberi prædio, in quo quis vsumfructum habet, quin debeatur proprietario. Quamuis propter proprietarium etiam fructuario debeatur *l. vnic. §. 5. de remiß.* & sequitur in textu. Pertinet autem hic locus ad quæstionem illam quæ inter prudentes veteres fuit cōtrouersa, vtrum fructuario detur vindicatio seruitutum De qua scripsimus ad *l. 1. & ad l. vti frui §. vtrum autem sup si vsusfr. petat.*

3 ¶ Pomponius dicit fructuarium interdicto de itinere vti posse, si hoc anno vsus est. alibi enim de iure, id est, confessoria actione: alibi de facto, vt in hoc interdicto, quæritur. quod & Iulianus libro quadragensimo octauo Digestorum scribit. pro sententia [a] Iuliani facit quod Labeo scribit, etiam si testator vsus sit, qui legauit vsumfructum, debere vtile interdictum fructuario dari: quemadmodum hæredi, vel emptori competunt hæc interdicta.

Ad §. 3. Pomponius.

Ratio dubitandi. Interdictum de itinere actúque priuato est de seruitute: seruitus autem soli fructuario deberi non potest, vt diximus.

Ratio decidēdi. In actione confessoria quæritur de iure, in Interdicto autem non nisi de facto, id est, an quis eo itinere triginta diebus anno proximo vsus sit *l. 1 in princ. & §. hoc interdicto infr. de itiner. act. priu.* quod non minùs conuenit fructuario, quàm proprietario. Proinde potest interdictum competere fructuario etiam cōtra proprietarium, Non item confessoria *l. 3. §. idem Iulianus. de itin. act. priu.* Quamuis vt illi interdicto locus sit ius fundi possedisse oporteat *l. vlt eod.*

a *Pro sententia.* Ratio dubitandi. Factum defuncti non est factum fructuarij, qui scilicet iuris successor non est vt heres. Est enim successor singularis, vt & alius legatarius quilibet si legato sit constitutus vsusfructus *l. quadam 9. § nihil interest sup. de edend.*

Ratio decid. Is cui vsusfructus legatus est in eo vsufructu quodammodo heres est *l. ad tempus 14. §. 1. de vsu-*

de usucap. Et ideò interdictum de itinere habere potest, non quidem directum, quia verum non est eum in ipsum itinere usum esse, sed utile in quo minus iuris habet, quàm non heres solùm, quia iuris successor ille est, sed etiam emptor quia scilicet dominus fundi est, Hi enim habent directũ interdictũ, nõ utile *l.1.§. ait prætor de aqua quot. & æst.* quia ut directum competat debet actor duo probare, & servitutem sibi competere, & se iure servitutis iuisse *l.3.§. hoc autem de itin. act. priu.* scilicet quantũ ad secundum caput interdicti. Habet enim illud interdictum duo capita ut benè notat Accursius, & ita dictio hæc *quemadmodum* in hac specie non tam modi similitudinem quàm effectum notat.

2. VLPIANVS libro 70. ad Edictum.

SEd, & si partem fundi quis emerit, idem dicendum est.

Ad l. Sed & si 3.

Ratio dubitandi. Cùm dominus qui habebat interdictum vendidit partem duntaxat fundi, potest in eius persona durare adhuc interdictum pro alia parte, ut proinde non tam facilè in emptorem transire debeat.

Ratio decidendi. Eadẽ ratio est partis quæ totius *l. quæ de tota 76. supr. de rei vind. l. si duo 57. in fin. de administ. tutor.* Nisi cùm diversitatis ratio aliqua reddi potest *l.3.§. unde etiam de iniust. rupt. &c.* Et quẽadmodum servitus fundo debita fundum semper sequitur, & ideò transit ad fundi emptorem *l. via constitui 23.§. quæcunque sup. rustic. præd.* Ita & transit ad emptorem partis fundi, cùm & quælibet pars fundi sit fundus *leg. si quis duas 6.§.1. supr. titul. prox.*

4. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

LOci corpus non est domini ipsius cui servitus debetur: sed ius eundi habet [a]. Qui iter sine actu, vel actum sine itinere [b] habet, actione de servitute utetur [c].

Ad l. Loci corpus 4.

Locum intellige cum per quẽ debetur & præstatur servitus. Ratio dubitandi. Vindicatio servitutis per illum locum datur, quæ non potest dari nisi domino *l. doce 9. de rei vind. l. in rem 23. supr. eod. tit.*

Ratio decidendi. Nemini res sua servit *l. in re communi 26. urban. præd. l. usufruct. 5. supr. si usufr. pet.* Nec proinde posset constitui servitus si dominium loci per quem præstatur servitus ad eum pertineat cui servitus debetur. Iunge *l. qui duo 30. in fin. supr. rust. præd.*

a *Sed ius eundi habet.* Mendosus hic locus valde est. Sunt enim hæc verba convertenda cum sequentibus in hunc modum *Sed ius eundi habet qui iter sine actu vel actum sine itinere habet, Et actione de servitute utetur*, nato errore ex prætermissa coniunctione *Et* quæ repetenda fuit ex posterioribus syllabis præcedentis dictionis, *habet.*

b *Vel actum sine itinere.* Ratio dubitandi. Non potest esse actus sine itinere cùm actus sit ius eundi agendi *l.1. rust. præd. l.1. infr. de adim. leg. l. & per iusiurandum 13.§.1. de acceptil.*

Dec. Potest actus esse sine servitute itineris, licèt non sine itinere, quod non est servitus de quo in *l. prox.§.2. supr.* Sic potest servitus ususfructus esse sine servitute usus, non tamen sine usu *l. per servum 14.§.1. de usu & habit.* Et servitus viæ potest esse sine servitute & actus & itineris, non tamen sine itinere aut actu *l.1. ubi dixi sup. rust. præd.* Et posse servitutem actus esse sine servitute itineris apparet evidenter ex eo, quod, qui iter petiit & summotus est, si postea actum petat non ideò repelletur exceptione rei iudicatę *l. si mater 11.§. si quis iter infr. de except. rei iud.* quod Accursij argumentum est, & quidem optimum. Nam qui petiit partem alicuius rei si totum petat posteà exceptione rei iudicatæ repellitur *l.3. l. Et an eadem 14. l. eggi totum 26. eod. tit.*

c *Et actione de servitute utetur*, id est vindicatione servitutis non dominij quæ vindicationes in eandem personã & eodem respectu numquam concurrunt, quia nemini res sua unquam servit, ut diximus.

1 ¶In confessoria actione, quæ de servitute movetur fructus etiam veniunt [a]. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt. & est veriùs, id demum fructuum nomine computandum, si quid sit, quod intersit agentis, servitute non prohiberi. Sed & in negatoria actione (ut Labeo ait) fructus computantur, quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium. & hanc sententiam Pomponius probat.

Ad §.1. In confessoria.

Ratio dubitandi. Servitutes sunt incorporales *l. servitutes 14. sup. de servit.* fructus autem sunt corporales, non potest autem res corporalis nasci ex incorporali *l. cogi 16.§. unde quæritur Ad S.C. Treb.*

Ratio decidendi. Fructus est omne id quod emolumentum rei continet *l. item si fundi 9. in princip. supr. de usufr. l. Mæuius 66.§. fundo de leg. 2. l. ult. de usur.* Habent autem etiam servitutes sua emolumenta, & interest actoris, cuius prædio servitus debetur, ne servitutis debitę commodo fraudetur, idipsum verò quod interest servitutis fructus est, ut sequitur in textu; Non tamẽ ususfructus, Non enim est servitus servitutis *l.1. de usufr. leg.* Ideò autem fructus veniunt in hanc actionem, quia ponimus actum contra possidentem, Alioqui fructus non venirent *l. pen. sup. si usufr. pet.* Idem est si ususfructus per confessoriam petatur *l. uti frui 5.§. pen. & fin. eod. tit.* iunge *l. videamus an in omnibus 19. inf. de usur.*

a *Fructus etiam veniunt* scilicet à die litis contestatæ, ut in corporalium rerum vindicatione, adeóque in personalibus actionibus, quia quale quid est cùm petitur tale dari debet *l.2. infr. de usur. l. præterea 20. supr. de rei vindicat.* Petitur autem eo tempore quo fit litis contestatio;

l.amplius 15.rat.rem haber.l.sed si lege 25.§.si ante supr.de petit hered.

b *Et est verius.* Ratio dubitandi. Aliud est de fructibus quærere, aliud de eo quod interest, quamuis vtrumque accessionis appellatione contineatur, quia accessio est quicquid accedit rei principali *tot.tit.de vsu,fructib.access.& mora.*

Ratio decidendi. Fructus quidem propriè sunt rerum corporalium, qui ex re ipsa nascuntur, & renascuntur *l.fructus 7.§.si vir infr.sol.matr.* sed tamen impropriè fructus dicitur quodlibet actoris emolumentum, in quo numero etiam quod pecuniariè ipsius interest, continetur *d.l.vlt. de vsur.& d.l.videamus 19.præsertim §.1.eod.tit.*

c *Quanti interest.* Quod etsi consistit in pecunia numerata, & in quantitate, semper tamen incertum est, quia quatenus cuiusque intersit, in facto non in iure consistit *l.quatenus 24.de reg.iur.l.vlt.infr.de prætor. stipul.*

2 ¶Si fundus, Cui iter debetur, plurium sit: vnicuique in solidum competit actio: (& ita Pomponius libro quadragensimo primo scribit) sed in æstimationem [a] id, quod interest, veniet: scilicet quod eius interest, qui experietur. itaque de iure quidem ipso singuli experientur & victoria & aliis proderit [b] æstimatio autem, ad quod eius interest, reuocabitur: quamuis per vnum adquiri seruitus non possit.

Ad §. 2. Si fundus.

Ratio dubitandi. Nemo alienum ius in iudiciū deducere potest sine mandato, quia nemo agit sine actione *l.si pupilli 6.§.vlt.de negot.gest.l.quoties 9.§.& generaliter de admin.tutor.* Ex contractu autem & iure alterius nemo agere potest *l.quæcunque 11.de oblig.& action.*

Ratio decidendi. Seruitutes omnes excepto vsufructu sunt indiuiduæ *l.1.§.si vsusfructus ad leg.falc. l.stipulationes non diuiduntur 72.l.in executione 85.de verbor.oblig.* ideóque de iis agi pro parte non potest *l.via 17.sup.de seruit.l.si vnus 19 rust.præd.*

a *Sed in æstimationem.* Ratio dubitandi. In æstimationem litis non aliud venire potest, quàm quod in litem deductum est *l.vlt. C.de fideic.libert.* Ergo tota seruitus æstimanda est, cùm tota in litem deducta sit.

Ratio decidendi. Et obligationes & actiones omnes ad hoc tantùm comparatæ sunt vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l.stipulatio ista 18.§.alteri de verb.oblig.* Non autem potest interesse illius qui habet seruitutem cum alio communem, nisi pro parte quæ ad eum pertinet *l.3.§.1.& l.2.§.vlt.infr.de verb.oblig.* Iunge *l.supra iter 11.§.quod si u inf.de aqu.& aqu.pluu.arcend.*

b *Et victoria aliis proderit.* Ratio dubitandi. Per vnum acquiri seruitus alij non potest *l.propriam 5.& l.vlt.sup.tit.prox.* Nec res inter alios iudicata aliis nocere debet, aut prodesse *l.1.& tot.tit.C.res inter alios actas aliis non nocere.*

Ratio decidendi. In indiuiduis fieri non potest vt victoria vnius non prosit cæteris, fitque id in necessariam consequentiam. Cuiusmodi quæ sunt, iuris regulas non offendunt *l.quod dicitur 7.infr.de author.tutor.* Non idem est si is qui primus egit summotus fuerit, & litem bonam culpa sua perdiderit. Nec enim debet id nocere cæteris, quia factum suum cuique nocere debet non alteri *l.si de communi 19.inf.hoc tit.iunct.l.non debet 74.l.factum 15.de reg.iur.*

3 ¶Sed & si duorum fundus sit, qui seruit: aduersus vnumquemque poterit ita agi. & (vt Pomponius libro eodem scribit) quisquis defendit, solidum debet restituere: quia diuisionem hæc res non recipit.

Ad §.3. Sed si duorum.

Ratio dubitandi. Nemo inuitus alium defendere cogitur, ideóq; quisquis alium defendit, cogitur satisdare *l.qui proprio 46.§.qui alium l.minor 51.§.vlt.cum legibus seqq.sup.de procur.*

Ratio decidendi. Non potest quis pro parte defendere seruitutem quæ indiuidua est *l.in executione 85.de verb.oblig.iunct.l.2.§.vlt.eod.tit.* Et ideò aduersus vnumquemque dominorum fundi seruientis potest agi in solidum *l.supra iter 11.§.Cassius de aqua & aqu.pluu.arcend.* Excipienda tamen est seruitus oneris ferendi in qua speciale est quod qui eam debet non tantùm pati, sed etiam facere cogitur *l.etsi fortè 6.§.si ædes iunct.§.etiam inf.hoc tit.* vbi dicam.

4 ¶Si quis mihi itineris, vel actus, vel viæ controuersiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur: Pomponius libro eodem scribit, cōfessoria actione mihi vtendum. nam & si arborem [a] impendentem habeat vicinus, qua viam, vel iter inuium, vel inhabile facit: Marcellus quoque apud Iulianum putat: iter petendum vel viam vindicandam. sed de refectione [b] viæ & interdicto vti possumus, quod de itinere actúque reficiendo competit: non tamen si silice [c] quis sternere velit: nisi nominatim id conuenit.

Ad §.4 Si quis mihi.

Ratio dubitandi. Non agitur hoc casu de iure seruitutis, quæ in controuersiam non deducitur, per confessoriam autem seruitus vindicatur *l.1.& 2.sup.* Ratio decidendi. Qui habet seruitutem habet ius faciendi ea omnia quæ ad vsum seruitutis sunt necessaria *l.qui viam 14.de nou.nunciat.l.si iter 10.supr.de seruit.*

a *Nam & si arborem.* Ratio dubitandi. Via & iter cùm sint seruitutes prædiales, consistunt in solo, non in superficie *l.2.sup de seruit.l.seruitutes 20.vrban.præd.* Nihil ergo commune habent cum arboribus in viam, aut iter impendentibus. Ratio decidendi. Qui seruitutem debet nihil potest facere quod vsum seruitutis impediat *d.l.qui viam 14.de nou.oper.nunc.* satisque facto denegat seruitutem, qui eius vsum impedit, licèt verbo fateatur *d.l.supra iter 11.in princ.inf.de aqua & aqua pluu.arcend.*

Sed

b *Sed de refectione*, id est præter actionem de seruitute quæ competit vt iã dictum est, Nam cùm refectio viæ sit facti, potuit & debuit de ea re interdictum proponi, quia interdicta sunt de facto, actiones de iure *l. 2. §. vlt. sup.* Licèt interdictũ illud de itinere actúq; priuato reficiendo habeat naturam proprietatis quatenus in eo etiã de iure quæritur, & qui agit eo interdicto debet probare se tantùm eo itinere vsum esse hoc anno, sed etiam reficiendi ius habere, quod porrò non alius habet quàm cui seruitus debetur *l. 3. §. ait Prætor & §. hoc autem infr. de itin. act. priu.* quod in prima parte illius interdicti diuersum est, quamuis alia quædam sint eiusmodi interdicta, quæ ad proprietatis causam pertineat, & in quibus non tantùm de facto sed etiam de iure quæritur *l. 2. §. quædam inf. de interd.* Porrò impedit vsum seruitutis qui reficere prohibet *l. pen. §. 1. de acquir. possess.* adeóque vim facit *l. vim facit 11. inf. de vi & vi armat.* iunge *l. certo generi 13. §. si totus l. Quintus 15. sup. de seru. rust. præd. l. refectionis sup. tit. prox.*

c *Non tamen si silice*, id est lapide. Ratio dubitandi. Nihil facit contra seruitutem is qui sternit viam lapide, cùm in constitutione seruitutis id prohibitum non sit, Nam in genere permissorum quale hoc est, quæ non sunt expressim prohibita, censentur permissa vt è contrario in genere prohibitorum quæcunque non sunt specialiter permissa censentur prohibita *l. mutus 43. §. 1. supr. de procur.*

Dec. Nõ est consuetudinis vt lapide via sternatur, quoniam faceret ea res seruitutem duriorem, & fundum deteriorem. Ea verò duntaxat quę in consuetudine esse solent intelliguntur conuenta in seruitute constituenda, licèt de iis nihil compresum sit. *l. si petiis 17. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arc.* Sanè si nominatim id conuenit, aliud erit. Bona fides enim semper exposcit seruari legem venditionis *l. venditor 13. in princip. supr. titul. prox.* cùm conuentio det legem contractui *l. 1. §. si conuenerit infr. depos.*

5 ¶ Sed & de haustu, quia seruitus est, competunt nobis in rem actiones.

Ad §. 5. Sed & de haustu.

Ratio dubitandi. Haustus aquę videtur seruitus personę, cùm nomen ipsum nihil nisi factum hauriendi demonstret.

Ratio decidendi. Ius hauriendi non hominis sed prædii est *l. si mihi 20. §. vlt. supr. rust. præd.* Et ideò per confessoriam vindicari potest, quia seruitus est, inquit lex, scilicet realis. Nam personalis cõcessio non potest peti per actionem de seruitute, vt in *l. 4 in fin. l. pen. sup. rust. præd. l. Mela 14. in fin. de alim. legat.*

6 ¶ Competit autem de seruitute actio domino ædificij neganti seruitutem se vicino debere, cuius ædes non in totum liberæ sunt, sed ei, cum quo agitur, seruitutem non debent. verbi gratia; Habeo ædes, quibus sunt vicinæ Seianæ, & Sempronianæ: Sempronianis seruitutem debeo: aduersus dominum Seianarum volo experiri, altiùs me tollere prohibentem. in rem actione experiar. licet enim seruiant ædes meę, ei tamen, cum quo agitur, non seruiunt. hoc igitur intendo, habere me ius altiùs tollendi, inuito eo, cum quo ago. quantum enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.

Ad §. 6. Competit.

Ratio dubitandi. Non potest negare actor suas ædes seruitutem debere, siue Titianis ædibus siue Sempronianis seruiant, Ergò neq; agere negatoria, qui enim agit negatoria hoc intendit, Nullam suum prædium seruitutem debere.

Ratio decidendi. Non habet liberas ædes absolutè si seruiant Titianis, sed habet liberas quod ad Sempronium, si nullam debeant Sempronianis: Et ideò agere potest negatoria contra Sempronium, quoniam qui agit negatoria, non negat absolutè suas ædes seruitutem debere, sed negat debere ædibus aduersarij. Hinc nata illa exceptio vulgaris *Quod ad te liberas ædes habeo*, cui apposita illa *Age cum Geminiano ex l. 3. C. de transact.* siquidem implere debet suam intentionem quisquis agit *l. vlt. C. de rei vindic. l. 4. C. de edend.* Idque est quod solemus dicere aduersus extraneos, id est qui domini non sunt, etiam vitiosam possessionem prodesse *l. vlt. de acq. poss.* Etsi soleo extraneos illo loco intelligere illos à quibus nõ habet causam possessor, quoniam scilicet aduersus eum à quo quis vi aut clam possidet nunquam possessio viciosa prodesse potest *l. 1. §. vlt. & l. 2. inf. vti possid.* Nec nouũ est vt qui actionẽ contra vnum habet non habeat contra alium, vt notat Accursius ex *l. si creditor 12. §. si simpliciter inf. qui potior. in pignor. hab. & tot. tit. C. res int. alios act.* Pro actore autem habebitur is, qui conuenitur negatoria, hactenus scilicet vt petitoris partibus fungi debeat, & ius suum probare, quia in his seruitutibus idem possessor iuris est & petitor *l. etsi fortè 6. §. 1. l. sicut 8. § sed si quæritur infr. hoc tit.*

7 ¶ Si cui omnino altiùs tollere non liceat, aduersus eum rectè agetur, ius ei non esse tollere.

Ad §. 7. Si cui.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt alicui non liceat altiùs tollere, nec tamen constituta sit seruitus altiùs non tollendi, de qua per negatoriam agi possit, vt puta si heres prohibitus sit altiùs tollere fauore certæ personæ non prędij, arg. *l. 4. in fin. sup. rustic. præd. l. pen. de seruit. leg.*

Ratio decidendi. Concessio seruitutis in dubio facta esse intelligitur, in rem non in personam, vt dicere solemus de pacto de non petendo *l. & heredi 21. §. vlt. cum l. seq. supr. de pact.* in rem porrò facta concessio seruitus est, Et de seruitute actio in rem quoque. Excipe causam *leg. penultim. infr. de seruitut. leg.*

8 ¶ Hæc seruitus & ei, qui vlteriores ædes habet, deberi poterit.

Ad §. vlt. Has seruitus.

Ratio dubitandi. Medium prædiorum quod non seruit impedit seruitutem saltem in rusticis *l. qui sella 7. §. 1. supr. rust. præd.* qualis est etiam seruitus altiùs non tollendi *l. 2. eod.*

Ratio decidendi. Potest quidem hæc seruitus esse rustici prædij, si cum Neratio rustica prædia ex loco æstimes non ex materia, aut ex vsu: sed tamen censetur semper vrbana, sicut & cæteræ vrbanæ seruitutes, in quo seruitutum genere certum est medium prædium etiam quod non seruiat, non impedire seruitutem, dummodò ex vnis ædibus in alias sit prospectus *l. si ædes 38. & sequ. sup. vrban. præd.*

5. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

ET ideò, si inter meas, & Titij ædes, tuæ ædes intercedant, possum Titij ædibus seruitutem imponere, ne liceat ei altiùs tollere, licèt tuis non imponatur: quia donec tu non extollis est vtilitas seruitutis.

Ad l. Et ideò 5.

Ratio dubitandi. Inutilis fiet seruitus te inuito, si dominus interpositarum ædium eas altiùs tollat, quia res perueniet ad eum casum à quo incipere non potuit *l. quia 16. infr. ad leg. Aquil.*

Ratio decidendi. Sufficit vt constitutio seruitutis huius casum aliquem vtilem habeat *l. Stichus 39. in fin. de manum. testam. l. heres à debitore 19. §. pen. infr. de fideiussor. l. statua 41. sup. de vsufr.* hæc autem habet casum vtilem quandiu scilicet dominus mediarum ædium eas altiùs non tollit, quòd si tollat, nō tam extinguetur, quàm cessabit seruitus. Nam iisdem ædibus postea depressis, apparebit eadem quæ antea erat seruitus, vt in *l. seq.* sic in *l. qui res §. aream de solut. l. pen. §. 1 in fi. de excep. rei iudic.* iunge *l. an tradendis 7. §. interpositis sup. tit. prox.*

6. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

ET si fortè, qui medius est, quia seruitutem non debebat, altiùs extulerit ædificia sua, vt iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si ædificauero: frustra intendes ius mihi non esse, ita ædificatum habere, inuito te. sed, si intra[a] tempus statutum rursus deposuerit ædificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.

Ad l. Et si forte 6.

Ratio dubitandi. Quamuis dominus interpositarum ædium altiùs eas sustulerit, non ideò tamen irrita fit seruitus, quæ ab initio benè constituta est, & semel constitit, licèt peruenerit ad eum casum à quo incipere non potuit *l. verbis legatis 5. infr. ad leg. Falc. l. existimo 98 de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Durat quidem seruitus vt neque extincta neq; finita dici possit, sed tamē cessat quandiu nullus eius vsus esse potest, ideóque nec actio aliqua negatoria rursum propōni potest, quę scilicet non datur vt nec alia vlla actio, nisi ei cuius interest, & quidem eo tempore quo agit *l. 3. §. t. de verb. oblig.* Et idcirco bene lex ait *frustra* non autē *nullo iure*, quia iure quidem intendes, sed frustra & inutiliter quod Papinianus dixit *non necessariò* in *d. l. 5. ad leg. falc.* cùm ex huiusmodi actione quamuis competente, non possit alia sequi condemnatio, quàm quanti actoris interesse in litem iurauerit *l. prox. in fin. infr.* sic in *l. qui petitorio 36. supr. de rei vind.* scriptum est si ostra tollitur vindicationem contra non possidentem, quamuis non eo minus iure intentatur à vero domino.

a *Sed si intra.* Ratio dubitandi. Semel extincta actio siue in personam, siue in rem sit, nonquàm reuiuiscit *l. quis res 98. §. aream de solut.*

Ratio decidendi. Non tam extinguitur hoc casu seruitus, quàm cessat, vt in *d. §. aream & in d. l. pen. §. 1. inf. de excep. rei iud.* Et ideò si postea ædes depressæ sint, quæ inutilem faciebant seruitutē altiùs nō tollēdi, renascetur seruitus, id est exurget, & restitutum exeret, quasi cessante impedimento, quæ seruitutis non tam constitutionem, quàm visum impediebat. Constitutio enim seruitutis ad ius pertinet, vsus verò ad factum. Iunge *l. an tradendis 7. in fin. sup. tit. prox.* Aliud est si seruitus amissa sit non vtendo, quia tunc non omnino extinguitur, nec postea vnquam renascatur ipso iure, sed restituenda est, si quando id æquum videatur, vt in *l. si locus 14. infr. tit. prox. l. & Attilicinus 35 supr. rust. præd.* iunge *l. nisi fuerit 7 sup. quib. mod. vsusfruct. amit.* & quæ ibi scripsimus.

1 Sciendum tamen an his seruitutibus possessorem esse cum iuris, & petitorem, &, si fortè non habeam ædificatū altiùs in meo, aduersarius meus possessor est[a]: nam, cùm nihil sit innouatum, ille possidet, & ædificantem me prohibere potest & ciuili actione[b], & interdicto *Quod vi aut clam*[c]: idem & est[d] si lapilli iactu impedierit. sed &, si, patiente eo[e], ædificauero, ego possessor ero effectus.

Ad §. 1. Sciendum.

Ratio dubitandi. Possessori nunquam datur actio, maximè quæ sit in rem, quia non nisi contra possessorem actiones in rem dari possunt *l. officium 9. l. is qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. l. vlt. & pass. sup. de rei vind.*

Ratio decidendi. Alia hac parte ratio est actionum in rem quæ pro rebus corporalibus competunt, alia earum quæ pro incorporalibus *§. æquè 2. inst. de act.* Actoris sanè partes non von casu obtinet etiam is, qui possidet *d. §. æquè 2. in fin.* scilicet vt intentionem suam probare cogatur *l. si priusquàm 15. in fin. de oper. nou. nunciat.* sic namque in *d. § æquè* legendum est *Non vno casu*, vt alibi docuimus. Iunge *l. pen. §. vlt. supr. si vsusfr. petat.*

a *Possessor est.* Ratio dubitandi. Iura possideri non possunt, quia nec tangi nec oculis cerni, cùm sint incorporalia *l. 1. §. vltim. de rer. diuis. l. seruus 43. §. incorporales infr. de acquirend. rer. dom. l. 4. §. si viam infr. de vsucap.*

Ratio

Ratio decidendi. Sunt etiam quidam iuris possessores; sed eo modo quo esse possunt, id est, quasi possessores *l. seruitutes 20. in princ. urb. præd. l. ultim. de seruit.* Qui nihil innouat possidet, qui innouat non possidet.

b *Et ciuili actione*, id est negatoria, quæ ciuilis actio est, itémque confessoria quæ actionis ad exēplum vindicationis rerum corporaliū competunt. Sunt enim hæ omnes actiones ciuiles non prætoriæ: Quod nota contra eos qui putant arbitrarias actiones ciuiles nullas esse. Sunt enim istæ & ciuiles & arbitrariæ *l. prox. inf.*

c *Quod vi aut clam.* Quia vi facit qui prohibitus facit, Clam verò qui celato aduersario, à quo cōtrouersiam timuit, aut timere debuit *l. prohibere autem 3. § vi aut facere inf. quod vi aut clam.* Interdictum enim illud competit etiam non domino *l. denique 13. in princ. eod. tit.* Neque enim quicquam vetat ciuilem actionem, qualis est confessoria, itémque negatoria, cum interdicto cōcurrere, licèt dici soleat frustra desiderari actionem prætoriā ab eo, qui ciuilem habeat *l. 1. sup. de Public.* Nempe quoniam in actione quæritur de iure, in interdicto autem de facto *l. 1. 2. § ult.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Intellige tamen cum Accursio, vt ita demum huic interdicto locus esse possit, si opus aliquod iam factum sit, id est, si iam ædificare cœpero. Non enim nisi de opere iam facto interdictum illud competit, vt ex ipsis edicti verbis apparet *l. 1. l. semper 15. & passim ill. tit. Quod vi aut clam l. 1. § 1. infr. de oper. nou. nunc.* Habet autem locum siue noui operis nunciatio præcesserit, siue non *d. l. 3. § clam facere, & l. 4. quod vi aut clam.*

d *Idem est*, scilicet vt possessor sit is qui nunciauit per lapilli iactū, quoniam qui sic nūciat non amittit possessionem suam, quam è cōtrario per lapilli iactum quasi per vim quandam licitam tuetur, sicut & qui nouum opus nunciat per Prætorem. Secus est in eo qui nouum opus verbo nunciat *l. de pupillo 5. § meminisse inf. de oper. nou. nunciat.* Nam & pro seruitute nouum opus nunciari posse constat non tantùm si seruitus sit vrbana *§ ult. inf. & l. inter seruitutes 15. supr. vrban. præd.* sed etiamsi rustica quicquid dicat & distinguat Accurs. ex *l. qui viam 14. inf. de oper. nou. nunciat.* de cuius sententia scripsimus *lib. 19. Comment. cap. 5.*

e *Sed & si patiente eo.* Ratio dubitandi. Qui patitur vicinum ædificare contra seruitutem, nihil ipse facit. Differunt enim toto genere & tota cathegoriâ *agere & pati.* Ergo non facit aduersarium possessorem seruitutis, imò potiùs videtur seruitutem sibi debitam remittere *l. si stillicidij 8. infr. tit. prox.*

Ratio decidendi. Patientia quidem eius cui debetur seruitus, inducit remissionem seruitutis, sed patientia eius qui negat seruitutē deberi non sufficit ad constituendam seruitutem, sed tantùm ad hoc, vt qui patiente vicino ædificauit, possessor effectus videatur. Est enim patientia in seruitutibus & iuribus omnibus incorporalibus pro traditione *l. ultim. sup. de seruit. l. 1. § ult. sup. Rust. præd.* Sed pro titulo esse non potest, semperq; titulum aliquem præsupponit etiam ad hoc, vt pro traditione sit *dict. § ult. l. 2. C. de acq. poss.* Nisi comitem habeat longi temporis possessionem in seruitutibus *l. 2. C. de seruit. & aqu. l. si quis diuturno 10. inf. hoc tit.* Ergo semper patientia præiudicat, inquit Accurs. ex *l. si sine 5. vers. quòd si patientiam. C. ad S. C. Vellean.*

2 ¶Etiam de seruitute, quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit: vt & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui seruitute imposita comprehensus est. & Gallus putat, non posse ita seruitutem imponi, vt quis facere aliquid cogeretur: sed, ne me facere prohiberet. nā in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adserit: non ad eum, cuius res seruit. sed eualuit Seruij sententiā in proposita specie: vt possit quis defendere, ius sibi esse, cogere aduersarium [a] reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem [b] hanc seruitutem non hominem debere, sed rem: denique licere [c] domino rem derelinquere, scribit.

Ad § 2. Etiam de seruitute.

Ratio dubitandi. Non potest seruitus ita imponi, vt quis facere aliquid cogatur, sed ne dominum fundi dominantis aliquid facere prohibeat *l. quoties 15. § 1. sup. de seruit.*

Ratio decidendi. Speciale est in seruitute oneris ferendi, cuius natura ex ipso nomine verbisq; seruitutis demonstrat, eum, qui talem seruitutem debet, obligatum esse vt cogatur reficere parietē ad onera vicini sustinenda. Quomodo enim posses onus meum ferre, nisi parietem seruientem præberes *l. cum debere 33.* vbi dixi *sup. vrban. præd.* iunge *l. proxim. & l. sicuti 8. in prin. & § dist. cod. inf. hoc tit.*

a *Cogere aduersarium reficere.* Ratio dubitandi. Nemo præcisè cogitur ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non posset; ideoque in obligationibus faciendi succedit præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. si insulam 81. l. in executione 85. de verb. oblig.*

Decidendi. Intelligenda sunt hæc verba de necessitate nō præcisa, sed cautiua, id est, nisi malit reus soluere quanti actoris interest: hæc enim natura est actionum de seruitute, siue agatur confessoria actione, siue negatoria *l. prox. infr.*

b *Labeo autem.* Ratio dubitandi. Cogitur is qui hanc seruitutem debet reficere parietem seruientē vt onus ferre possit, vt proximè dictū est, quod res ipsa præstare non potest. Homo igitur est qui hanc seruitutem debet non res. Decidendi. Seruitutes prædiorum omnes & prædiis debentur, & à prædiis *l. via constitui 23. § ult. rustic. præd. l. 1. § 1. sup. tit. prox.* nec quod hominis factū aliquod requiratur, vt in seruitute oneris ferendi, aut patientia, vt in cæteris omnibus, facere potest, vt seruitutem homo non res debeat.

c *l. em quoque licere.* Ratio dubitandi. Seruitutes constituuntur vt plurimùm per stipulationē *l. omnium 3. sup. de usufr. l. venditor 13. sup. tit. 1.* Ex stipulatione autē nascitur obligatio personalis, qua nemo potest se exuere qui fuit obligatus, cùm nemo suam obligationem facto suo possit tollere *l. si seruum 91. § nunc videamus inf. de verb. oblig.* Nec tantùm patientiam, sed factum quoque præstare cogitur is, qui hanc debet seruitutem, vt diximus, arg. *l. is cum quo 7. § 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

Decidendi. Non homo, sed prædium debet ser-

uitutem, vt proximè dictum est. Ergo licet domino fundi seruientis derelinquendo rem liberare se ab obligatione reficiendi parietis, id enim generaliter obtinet quoties, aut ex re, aut propter rem aliquam persona obligatur *l. si absente 48. cũ l. 64. supr. de vsufr.* Secus est cũ quis ex facto suo tanquã ex causa immediata conuenitur *d. l. in cũ quo 7. in pr. de aqua & aqua pluu. arc.* Quare nõ est quod cũ Accurs. aliquid obiicias de noxalib. actionibus, quæ sunt personales. Nascũtur. n. ex facto serui nõ ex facto domini.

3 ¶ Hæc autem actio in rem magis est, quàm in personam: & non alij competit, quàm dominó ædium, & aduersus dominum: sicuti cęterarum seruitutium inuentio.

Ad §. 3. Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. Per hanc actionem intenditur aduersarium facere aliquid oportere, id est, parietẽ reficere *§. prox. praeced.* quæ personaliũ actiunum natura & diffinitio est *§. appellamus. Institut. de action.* Ergo magis est in personam quàm in rem.

Dec. Prima actoris intentio est seruitutem hanc oneris ferendi deberi à prædio, quæ intentio tota in rem est: Vt autem dominus prædij seruientis etiam parietem reficere teneatur, intentio secundaria est in consequentiam prioris. Quæ autem non fiunt nisi per consequentias, non solent attendi maximè vt rei substantiam & qualitatem mutent *l. t. l. quod dicimus 7. de author. & consens. tutor.* Est igitur actio in rem quæ datur proinde soli domino, sed aduersus quemcumque possessorem, etiamsi dominus ille sit fundi seruientis *l. si quis diuturno 10. in fin. inf. hoc tit.* Qui sensus est huius loci.

4 ¶ Si ædes plurium dominorum sint, an insolidum agatur, Papinianus libro tertio Quæstionum tractat. & ait singulos dominos insolidum agere, sicuti de cæteris seruitutibus, excepto vsufructu [a]. sed non idem respondendum inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent.

Ad §. 4. Si ædes.

Ratio dubitandi. Nemo potest agere nisi cuius interest, & quatenus eius interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Cùm autẽ ædes plurium sunt quæ debent seruitutem oneris ferendi, non potest interesse vnius ex sociis nisi pro eius parte. Nam vt alij quid acquiratur aut adiudicetur nihil interest agentis *dict. §. alteri.*

Dec. Seruitutes omnes excepto vsufructu sunt indiuiduæ *l. 1. §. si vsusfructus. inf. ad leg. falc. l. 5. supr. de vsufr.* ideóque de iis agi non potest nisi in solidum, adeò vt victoria vnius etiam aliis non agentibus prodesse debeat. Planè condemnatio quæ semper in id quod interest concipienda est, non sequetur, nisi de eo quod agentis interfuerit *l. 4. §. si fundus,* vbi dixi *sup. hoc tit.*

a *Excepto vsufructu.* Ratio dubitandi. Etiam vsusfructus seruitus est, & consequenter in iure consistit; licèt tale ius sit in corpore *l. 1. & 2. supr. de vsufr.* Ergo est indiuiduus vt mæ omnia.

Dec. Vsusfructus emolumentum rei continet *l. Mauius 66. § fundo. de leg. 2.* quod emolumẽtum consistit in fructibus, qui cum sint corporales haud dubiè recipiunt diuisionem *d. l. 1. §. si vsusfructus. ad leg. falcid.* Cæteræ seruitutes omnes non aliud emolumentum habent quàm quod consistit in facto, quale est *ire, agere, ambulare.* Facta autem omnia indiuidua sunt *l. stipulationes non diuiduntur 72. & l. in executione 85. de verb. oblig.*

b *Sed non idem respondendum,* id est, non similiter tenentur singuli domini ædium seruientium in solidum conueniendi, sed omnes simul.

Ratio dubitandi. Eadẽ ratio videtur habere locum in pluribus dominis ædium seruientium, quę locum habet in pluribus dominis ædium dominantium, nempe quia seruitus indiuidua est, nec pro parte defendi magis quàm peti potest *l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. d. l. in executione 85 de verb. oblig.*

Dec. Diuersa ratio est quod pertinet ad hãc seruitutem oneris ferendi, quia is qui conuenitur, cogendus est parietem seruientem reficere, vt onus ferre possit: Quod tamen socius vnus in pariete communi facere inuitis aut ignorantibus sociis iure non potest *l. si ædes 12. l. Sabinus 28. infr. comm. diuid.* Atque ita locus hic intelligendus est non quomodo accipitur ab Accursio quasi nihil intersit hac parte inter seruitutem hanc oneris ferendi, & cæteras ex *l. 4. §. sed si duorum. sup. hoc tit.*

5 ¶ Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in seruitute imposita continetur: fortè vt reficiat lapide quadrato, vel capite structili, vel quouis alio opere, quod in seruitute dictum est.

Ad §. 5. Modus autem.

Ratio dubitandi. Etiamsi de modò refectionis nihil dictum sit in constituenda seruitute, non eò minùs tamen reficere domum cogitur is qui seruitutem debet oneris ferendi *l. eum debere 33. sup. de seru. vrban. præd.* Dec. Semper in stipulationibus cæterisq; contractibus sequimur id quod actum, dictúmque est, sin minùs id quod est positum in consuetudine regionis & in ea frequentatur *l. semper in stipulationibus 34 de reg. iur. l. si prima 7. §. 1. de aqua & aqua pluu. arcend. l. quòd si nolit 31. §. quia assidua. de ædilit. edict.*

6 ¶ Veniunt & fructus in hac actione: id est commodum, quod haberet si onera ædium eius vicinus sustineret.

Ad §. 6. Veniunt & fructus.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 4. §. 1. supr.* vbi dixi. Iunge *l. videamus 19. infr. de vsur.*

7 ¶ Pa-

7. ¶Parietem autem meliorem quidem quàm in seruitute impositum est, facere licet. deteriorem [a] si facit, an per hanc actionem [b], aut per operis noui nunciationem [c] prohibetur.

Ad §.7. Parietem.

Ratio dubitandi. Alia videtur esse res quæ melior facta est, vt area in qua ædificatum fuit *l. repeti §. §. vlt. sup. quibus mod. vsusfr. amitt.*

Decid. Parum refert an sit idem paries necne, dummodò sint eædem ædes. Sunt enim ædes quæ seruitutem debent non paries. Tenetur enim dominum præbere parietem seruientem *l. eum debere 33. vrban. præd. sup.*

a *Deteriorem* si facit supple, quàm in seruitute impositum sit. Ratio dubitandi. Nihil interest illius, cuius prædio seruitus debetur, an melior sit paries, an deterior, dummodò prosit, & idoneus oneri ferendo. Ratio decidendi. Vt melior paries est, ita fortior & commodior ad onus ferendum, & meliùs & diutiùs.

b *Aut per hanc actionem*, id est, confessoriam de seruitute oneris ferendi quæ competit aduersus omnem, qui cunque aut seruitutem denegat, aut vsum eius impedit *l. si quis diuturno 10. in fin. inf. hoc tit.*

c *Aut per noui operis nunciationem.* Ratio dubitandi. Non facilè concurrit actio cõfessoria cum operis noui nunciatione *l. qui viam 14. infr. de oper. nou. nunc.*

Ratio decidendi. Etiam pro seruitute nunciari nouum opus potest *l. vnic. §. 3. de remiss. l. 1. §. vltim inf. de oper. noui. nunciat.* Præterquàm in casu *d. l. qui viam 14.* vbi dicemus.

7. VLPIANVS libro 21. ad Edictum.

HArum actionum euentus hic est, vt victori officio iudicis aut res præstetur [a], cautio. res ipsa hæc est, vt iubeat aduersarium iudex emendare vitium parietis, & idoneum præstare. cautio hæc est [b], vt eum iubeat de reficiendo pariete cauere, neque se, neque successores suos prohibituros altiùs tollere, sublatúmque habere. &, si cauerit, absoluetur. si vero neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iurauerit [c].

Ad l. Harum actionum 7.

Scilicet confessoriæ & negatoriæ: de illis enim tractat Paulus generaliter in *l. 1. supr.* cui hæc coniungenda est. cùm sint ex eodem libro non de seruitute oneris ferendi specialiter, vt Accursius intelligit.

Ratio dubitandi. Actionum omnium euentus & exitus est vt pariat condemnationem, si non sequatur absolutio *l. 1. de re iudic. l. 3. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Condemnatio autem numquam fit ad quid faciendum, sed tantùm ad litis æstimationem præstandam *l. vltim. de condict. tritic. l. vinam 22. de reb. cred.* Dec. Actiones hæ confessoria & negatoria sunt arbitrariæ, sicuti cæteræ ferè omnes in rem actiones, quarum natura illa est, vt arbitrium iudicis præcedere oporteat de aliquo faciendo, vt si postea non pareatur arbitrio sequi possit condemnatio *§. præterea. Instit. de action.* Arbitrium igitur & officiũ iudicis præcedere oportet de re vel cautione præstanda, vt si neutrum fiat sequatur condemnatio quanti actor sua interesse in litem iurauerit, vt in *l. qui restituere 68. sup. de rei vind.* Exemplum tamen affertur de seruitute oneris ferendi: simile est in vsufructu *l. cuiuscunque 60. supr. de vsufr.*

a *Aut res præstetur aut cautio.* Habet ergo arbitrium hoc duas partes, quarum alterutri parere sufficit, vt sequi debeat absolutio, si verò neutrum fiat, sequeretur tunc demum condemnatio. Scripsi Iste in Chiliada de error. pragm. *Decad. 94 Error. 7.* Sanè si agatur antequàm ædificatum sit nõ de re præstanda tractandum est quæ adhuc nulla est, sed tantùm de cautione interponenda *l. si priusquam 15. inf. de oper. nou. nunc.* Cùm autem iubet iudex rem restitui, non iubet restitui præcisè, vt vult Accursius, sed cauisatiuè, nisi malit reus sequi condemnationem eius quod interest, vt dixi ad *§. 2. l. prox. sup.* Nec obstat quod ille obiicit ex *l. qui restituere 68. sup. de rei vind.* vt ibi diximus.

b *Cautio hæc est.* Noli intelligere de cautione Muciana, quæ scil. non ad omnes conditiones pertinet, quæ in non faciendo consistũt, sed ad eas tantùm quæ in vltimis voluntatibus adscriptæ sunt *l. Mucianæ 7. l. is cui 118. inf. de condic. & demonst.* Est igitur hæc cautio iudicialis vt aliæ omnes, quarum vsus præcipuus est in actionibus bonæ fidei *l. in omnibus 41. de iudic.* & arbitrariis *l. si post 18. cum seqq. l. is à quo 57. & pass. sup. de rei vind.* Cautione verò præstita absoluetur reus non per interlocutionem, vt vult Accurs. sed per diffinitiuam *l. vlt. inf. de re iudic.*

c *In litem iurauerit.* Ratio dubitandi. Non iuratur in litem pro re actori debita, sed pro ea tãtum quæ sit actoris, cùm non alia ratione permittatur iurari in litem, quàm quia nemo cogendus est rem suam iusto pretio vendere *l. tutor 8. inf. de in lit. iur. l. si filiofamilias 25. §. 1. solut. matr. l. non enim 9. rer. amot.* Per cõfessoriam autem & negatoriam petitur seruitus debita fundo actoris.

Dec. Qui agit confessoria, dicit ius seruitutis esse suum, & seruitutem vendicat quasi suam non quasi sibi debitam, ideóque nimirum agit vindicatione, non actione in personam. Sanè si res amplius præstari non possit nullo interueniente dolo malo eius qui seruitutem debet, sed tantùm cautio præstanda sit, neque præstetur, non iurabitur eo nomine in litem, vt benè Accursius, sed mala ratione quod ad cautionem agi non possit, neque actione bonæ fidei, neque in rem, sed officio tantùm iudicis. Nam neq; rei præstatio & restitutio venit nisi per arbitrium iudicis, vt cautio, sed ratio vera est, quia in litem numquam iuratur, nisi propter dominium, cùm quis domino rem suam inuito vult auferre legibus supradictis. Cogendus ergo erit reus ad cautionem captis pignoribus, vt in *§. sciendum. Instit. de satisd. tutor.*

8. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

SIcut autem [a] refectio parietis ad vicinũ [b] pertinet: ita fultura ædificiorũ vicini, cui seruitus debetur, quãdiu paries reficietur, ad inferiorẽ vicinum [c] non debet pertinere [d]. nã, si nõ vult superior fulcire, deponat [e]: & restituet, cũ paries fuerit restitutus [f].

Digitized by Google

Et hic quoque, sicut in cæteris seruitutibus, actio contraria g dabitur: hoc est, ius tibi non esse me cogere.

Ad l. Sicut 8.

a *Sicut autem.* Coniongenda est hæc lex cum *l. & si fortè 6. supr.* in qua egit Vlpian. de seruitute oneris ferendi. Est enim vtraque lex sumpta ex eodem Vlpiani libro.

b *Ad vicinum,* qui dominus est ædium seruientium vt benè Accursius, Non enim cui seruitus debetur vt alij ex *p. l. etsi fortè 6. §. Etiam supr. l. cum debere 33. vrban. præd.* Et hoc monstrat antithesis quæ sequitur in aliis verbis *vicini cui seruitus debetur.*

c *Ad inferiorem vicinum*, id est dominum ædium seruientium, de quo iam priore loco dictum fuerat.

d *Non debet pertinere.* Ratio dubitandi. Quæ ratio facit vt cogi possit dominus ædium seruientiũ reficere parietem ad onus ferendum, eadem videtur suadere vt cogendus sit fulturam præstare, id est omnia ea quæ ad fulciendam domum necessaria sunt, ne scilicet interim corruat, dum paries reficitur. Dec. Aliud est præstare parietem seruientem ex naturali necessitate rei ad constituendam hanc seruitutem oneris ferendi. Aliud verò fulcire domum dominantem, quod omnino seiunctum quid est, à seruitute oneris ferendi. Neque verò ampliandæ sunt seruitutes, cùm sint odiosæ, & iam speciale sit in seruitute oneris ferendi, & contra naturam cæterarum seruitutum, vt qui eam debet aliquid facere cogatur *d. §. etiam & d. l. cum debere 33. vrban. præd.*

e *Deponat.* Consilium ironicum, inquit Accursius, nec malè. Vix enim est vt vllo casu quisquam bonus paterfamilias id sequi velit, Posset tamen quisquis vellet.

f *Restitutus.* Nec tamen hoc casu dicendum erit reuiuiscere seruitutem, quæ nunquam fuerit extincta, cùm ponamus depositum fuisse ædificium ea mente vt restitueretur restituto pariete.

g *Actio contraria*, id est negatoria, vt sequentia explicant, id est ius tibi non esse me cogere ad fulciendam domum.

1 ¶ Competit mihi actio aduersus eum, qui cessit mihi talem seruitutem, vt in parietem eius tigna immittere mihi liceat, supráque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, supérque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant.

Ad §. 1. Competit.

Ratio dubitandi. Seruitus tigni immittendi differt à seruitute oneris ferendi, vt sequitur in *§. prox.* in hac autem specie videretur vtraque seruitus cõstituta, si ei cui ius est immittendi tigna in parietem vicini, liceret etiam supra ea tigna porticum ambulatoriam facere, aut structiles columnas imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant. Dec. Seruitutes ex conuentione legem accipiunt. Et ideò quamuis seruitus tigni immittendi non tribuat ius ædificandi porticum ambulatoriam super tigna, nihil tamen vetat ita constitui seruitutem tigni immittendi *l. loci corpus 4. §. si quis mihi supr. l. si prius 17. §. 1. inf. de acqu. & aqu. pluu. arcend.*

2 ¶ Distant autem hæ actiones inter se: quòd superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum: hæc verò locum habet ad hoc solum, vt tigna suscipiat: quod non est contra genera seruitutium.

Ad §. 2. Distant autem.

Ratio dubitandi. Tignum immissum in parietem vicini, est onus quod fert paries vicini. Ergo qui debet seruitutem tigni immittendi debet etiam seruitutem oneris ferendi & contrà.

Dec. Forma ipsa constituendarum huiusmodi seruitutum ostendit earum differentiam. Nam seruitus tigni immittendi denotat factum immittentis: At seruitus oneris ferendi factum debentis seruitutem, qui onus ferre debet. Ideóque posterior hæc seruitus obligat dominum prædij seruientis, vt parietem vicini, hoc est qui debet seruitutem vicino, vt benè interpretatur Accursius reficiat oneri ferendo idoneum *l. etsi fortè 6. sup. §. etiam sup.* Non etiam seruitus tigni immittendi. Et quemadmodum in hoc distant hæ seruitutes, ita & actiones, quæ pro his seruitutibus competunt.

a *Contra genera seruitutum*, Id est contra generalem naturam, & conditionem seruitutum quæ illa est vt qui seruitutem debet, pati tantum cogatur, non etiam facere *l. quoties 15. §. 1. supr. de seruit.*

3 ¶ Sed si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat a: sciendum est, possessoris partes sustinere si quidem tigna immissa sint, eum, qui seruitutem sibi deberi ait: si verò non sunt immissa, eum qui negat b.

Ad §. 3. Sed si quæritur.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. etsi fortè 6. §. 1. supr.* vbi diximus speciale esse in seruitutibus vt idem sit iuris possessor & petitor contrà quam in rebus corporalibus.

a *Sustineat*, scilicet in seruitute tigni immittendi, de qua nunc agimus.

b *Eum qui negat.* Ratio dubitandi. Probare debet is qui dicit non qui negat *l. 2. inf. de probat.*

Dec. Vnusquisque debet probare fundamentum suæ intentionis siue agendo siue excipiendo, maximè verò is qui agit negatoria *l. si priusquam 15. de oper. nou. nunciat. l. vlt. C. de rei vindic.* Et hoc potissimum est actoris partes sustinere *l. si priusquam 15. inf. de oper. nou. nuncia.* iunge *l. 2. de fertil. l. 2. in princ. C. de iuram. propt. calum. dand.*

4 ¶ Et

4 ¶ Et si quidem is obtinuerit, qui seruitutem sibi defendit, non debet ei seruitus cedi: siue rectè pronuntiatum est, quia habet: siue perperam, quia per sententiam non debet seruitus constitui, sed, quæ est, declarari. planè si, non vtendo [a], amisit dolo malo domini ædium [b], post litem contestatam [c]: restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino ædium [d].

Ad §. 4. Et si quidem.

Ratio dubitandi. Res iudicata etiam per errorē habetur pro veritate propter rerum iudicatarum authoritatem *l. ingenuum 25. de stat. homin. l. res iudicata 207. de regul. iur. d. seruo 65. §. cum Prætor. de SC. Trebell.* Ergo si is qui seruitutem sibi nullo iure adserit, tamen obtinuerit, debet ei ius seruitutis cedi, ne alioqui sententia nihil operetur.

Dec. Sententia iudicis numquam est modus cōstituendæ seruitutis, sed declarandæ tantùm eius, quæ est: quicquid dicat Accursius ex *l. Papinianus 18. sup. de seruit. l. & Atilicinus 35. rust. præd. l. si cum 18. inf. h. tit.* Ibi enim per sententiam seruitus non constituitur, sed constituta iam & amissa restituitur, aut potiùs restituenda pronuntiatur, vt in *l. qui se 78. supr. de iudic. l. 4. vlt. inf. pro emptor.* Ergo si malè pronuntiatum sit pro eo qui seruitutem sibi adserit, siue confessoria actum sit, siue negatoria non dabit sententia ius seruitutis victori qui iam eam habet. Sed tamen non eò minus proderit sententia, vt si post modum arbitrio iudicis non pareatur, sequi possit condemnatio quanti interest victuris *l. prox. supr.* nec de iure seruitutis dubitari amplius possit, de quo alioquin esset pronuntiandum antequam arbitrium redderetur posset *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.*

a *Planè si non vtendo.* Ratio dubitandi. Superueniens mala fides per litis contestationem non interrumpit vsucapionem inchoatam *l. si post 18. sup. de rei vindic.* licèt interrumpat longi temporis possessionem *l. maiore 26. C. eod. iunct. l. nec bona 9. C. de præscr. long. tempor. l. vnic. C. de transf. vsuc.* Ergo neque impediet vsucapionem libertatis seruitutum. Eiusdem enim iuris est vtraque vsucapio *l. sequitur 4. §. vlt. de vsucap. l. si ades 32. §. 1. sup. vrban. præd.*

Dec. Extinguitur quidem seruitus hoc casu & amittitur non vtendo, sed quia nihil potest imputari ei qui litem contestatus est, antequàm seruitus amitteretur, æquum est ei seruitutem restitui, quia quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. de vsur. d. l. si post 18. de rei vindic.* Alioquin prodesset improbo litigatori, quòd litem contestatus esset improbè quod esset iniquum *§. si ad exhibendum. inf. de offic. iud.* Hoc verò Accursius noster non intellexit, qui è contrario putat iure vetere interruptam fuisse vsucapionem litis contestatione non etiam longi temporis possessionem: indeque sumit occasionem comminiscendi fuisse litem contestatā contra alium quàm præscribentem suppositum scilicet à præscribente, vt in *l. pen. sup. de dol.*

b *Dolo malo domini ædium*, qui scilic. pendente lite prohibuerit aduersarium vti seruitute. Mala enim fides quæ per litis contestationem superuenit parum distat à dolo *l. sed etsi 25. §. si ante. supr. de petit. hered.*

c *Post litem contestatam.* Hoc ideò, quia si ante litem contestatam amissa esset seruitus non vtendo, aliud dicendum esset. Nec enim iudex post litem contestatam datus officium suum impertiri potest de iis, quæ ante litem contestatam accident *l. videamus 38. §. si actionem de vsur.* vt nec de iis qua contingent post sententiam *d. l. §. eod.*

d *In domino ædium.* Legendum est *in dominio*, vt habet vulgata lectio, Nam in dominio ædium ita obseruatur, vt si post litem contestatam ædes vsucaptæ sint, debeat restitui dominium victori, cuius conditio ex die litis contestatæ deterior fieri non potuit, melior potuit *d. l. si post 18. & seq. de rei vind.* iunct. *l. non solet 86. & seqq. de reg. iur. d. §. ad exhibendum.* Eademque dubitandi & decidendi ratio in ædibus, quæ à nobis in seruitute allata est.

5 ¶ Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, ex taberna casiaria fumum in superiora ædificia iure immitti posse, nisi ei rei seruitutem talem admittit. idémque ait: & ex superiore [a] in inferiora non aquam, nō quid aliud immitti licet [b], in suo enim alij hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autē sicut aquæ, esse immissionem. posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, ius illi non esse in suo lapidem cædere, vt in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo, eum, qui tabernam casiariam à Minturnensibus conduxit à superiore prohiberi posse fumum immittere: sed Minturnenses ei ex conducto teneri. agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumū immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium [c] agi poterit, ius esse fumum immittere. quod & ipsum videtur Aristo probare. sed & interdictum *Vti possidetis* poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo vti.

Ad §. 5. Aristo.

Ratio dubitandi. Fumus qui ex taberna casearia, vel ex alio quolibet loco inferiore ascendit in ædificia superiora, non tam immittitur ab homine, quàm naturaliter ascendere videtur: de eo autem quod fit naturaliter, neque conueniri, neque conuenire quisquam potest *l. 1. §. 1. & pen. infr. de aqua & aqua pluu. arc.* Dec. Non minùs fumi quàm aquæ immissio est, eaque non naturalis, sed arte & facto hominis ignem facientis. Nec enim sine fumo ignis esse potest.

a *Et ex superiore.* Ratio dubitandi & decid. eadem est, nisi quòd apertius est immitti aquam ab homine ex loco superiore, quàm immitti fumum ex inferiore, quia immittit aquam homo, fumum ignis. Eadem tamen vtriusque ratio est *l. pen. infr. de iniur.* Quem locum malè Accursius sic accepit quasi superior vicinus fumum inferioris excipere cogatur, nisi id fiat animo iniuriandi. Non enim hoc ait illa lex, sed tantùm ex ea causa nō competere actionem iniuriarum, nisi animus iniuriandi interuenerit. Cæterùm neutrum licet, neque iure seruitutis, neque naturaliter.

b *Immitti licet.* Ratio dubitandi. Licet cuique fa-

cere in suo quicquid velit quoties nulla seruitute impeditur *l. cum eo 9. supr. vrban. praed. l. in re mandata 21. C. mandat.* Dec. Dum tamen nihil in alienum immittat. Sic enim debet quis meliorem suam rem facere, vt deteriorem vicini non faciat *l. si fistulam 19. supr. vrban. praed. l. statuas. C. de religios. l. 1. §. sed & fossas. & §. iidem aiunt aquam. de aqua & aquae pluuiae arcendae. l. fluminum 24. §. vltim. de damno infect.*

c *Posse igitur.* Ratio dubitandi. De seruitute quae nulla est agi non potest, Non entis enim nullae sunt qualitates, vulg. *l. eius qui 41. inf. de reb. cred. l. quidam referunt 14. infr. de iur. codic.*

Dec. In confessoria actione id obtinet, non in negatoria, per quam negatur tantum seruitus: Idque per hanc formulam *ius tibi non esse.* Nimirum quoties id facit quod citra ius impositae seruitutis facere non possis. Et ita locus hic intelligendus est, & de negatoria directa, & non vtili. quod benè Ioãnes contra alios sensit qui non dabant nisi vtilem de seruitute numquam constituta, nec amissa. Et longè melius quàm Rogerius, qui haec verba ad factum nudum referebat, vt contra fumi immissionem vicinus possit se facto ipso munire, quod est ridiculum. Quicquid enim non iure fit, iure id fieri verò negatur. Iunge *l. si cum meus 14. & l. si quando 17. §. vlt. infr.*

d *Alfenum denique.* Ratio dubitandi. Non magnum damnum est, si cùm in tuo lapidẽ caedis, fragmenta in meum cadant. De Modicis autem neque praetor curare solet *l. scio 4. sup. de in integr. restit.* neq; iudex *l. si quis 8. supr. si quis caution. l. si debitori 21. supr. de iudic.* Dec. Nihil paruum est quod quotidie fiat, vt dicebat Plinius, aut quod quotidie fieri possit. Nec cogendus quicquam est incommodum ne dum damnum aliquod pati ab eo cuius fundo nullam seruitutem debeat *l. cum eo 9. supr. vrban. praed.*

e *Ex conducto teneri.* Ratio dubitandi. Nemo actionem habere debet ob id quod aliquid aduersus alium nullo iure moliri velit nec possit. Est enim illa improbitas ex qua consequi actionem nemo debet *l. itaque 12. in princ. de furt.*

Dec. Conductor quantò magis iure prohibetur ab alio ne re conducta frui possit, tantò magis actionem aduersus locatorem suum habere debet, Nisi in locatione locator excepisset quod plerumque fit ne id conductori facere liceret.

f *Ergo per contrarium.* Nam de qua re cõpetit confessoria ei qui seruitutem sibi adserit, de ea competit etiam negatoria ei qui negat seruitutem deberi & contrà *l. 2. supr. hoc tit.* Poterit etiam agi iniuriarum, sed ita si quid animo iniuriandi factum sit *l. pen. inf. de iniur.*

g *Sed & interdictum.* Ratio dubitandi. Interdictum vti possidetis tùm habet locum quando vterque litigantium dicit se possidere *l. 1. inf. vti possid.* Potest autem fieri vt quis te prohibeat vti re tua qualiter velis nec tamen dicat se eius rei possessorem.

Dec. Turbat possessorem is qui eum prohibet vti re possessa pro arbitrio si non habeat ius prohibendi. Et ideo datur interdictum possessori qui turbatur, aliud est si is qui prohibet ius habeat prohibendi. Non enim turbat alienam possessionem is qui suo iure vtitur, nec iuris executio habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur.* alioquin competit etiam actio iniuriarum *dict. l. iniuriarum 13. §. fin. iunct. l. sanè 14. eod.* Iunge *l. in re mandata 21. C. mand. l. 3. §. hoc interdictum cùm inquilinus & seq. infr. vti possid. l. vim facit 1. de vi & vi armat. l. sanè 14. infr. de iniur.*

6 ¶ Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non grauem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere. & ait, magis non posse agi, sicut agi non potest: ius esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lauare.

Ad §. 6. Apud Pomponium.

Ratio dubitandi. Ius est cuique in suo focum facere & ex foco fumum, saltem qui non sit grauis.

Dec. Nemini res sua seruire potest *l. in re communi 26. sup. vrban. praed.* & potest in suo facere quicquid velit iure dominij, non seruitutis *l. quoties 15. supr. de seruit.* Ideoque nec actio vlla comparata est vt liceat tibi in tuo ignem facere, aut sedere, aut lauare, quia nec te prohibendi quisquam ius habet quo minùs ita facias. Nec cuiusquã interest; quod tamen ad constituendam seruitutem necesse est *l. quoties 15. supr. de seruit.* Alia species est *l. si quando 17. §. 1. infr. hoc tit.* Iungo *l. iniuriarum 13. §. vltim. infr. de iniur.*

7 ¶ Idẽ in diuersum probat: nam & in balineis (inquit) vaporibus, cùm Quintilla cuniculum pergentem in Vrsi Iulii instruxisset, placuit, potuisse tales seruitutes imponi.

Ad §. 7. Idem in diuersum.

a Mallem legere *non idem in diuersum probat.* Nam si cum Accursio referas dictionem *Idem* ad Pomponium remanebit orationis sensus non falsus, sed imperfectus. Sensus ergo est Pomponium qui superiore casu non admiserat posse constitui seruitutem, admittat tamen in posteriore, scilicet ne possit imponi seruitus ne in tuo balineum facias cuius vapor vicini domum offendat.

Ratio dubitandi. Non potest quis prohiberi, quo minus balneum in suo habeat iuxta parietem communem, quamuis humorem paries capiat, nisi talis sit vsus tepidarij, vt assiduum humorem habeat, & id noceat vicino *l. fistulam 19. supr. vrban. praed.* Dec. Potest id prohiberi iure seruitutis si de eo seruitus constituta proponatur, non aliter *dict. l. fistulam.* Quemuis possim te prohibere ne fumum ex tuo in meum immittas *§. proxim. supr.*

9. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SI eo loco, per quẽ mihi iter [a] debetur, tu aedificaueris: possẽ intendere, ius mihi esse ire agere. quod si probauero, inhibebo opus tuũ. Itẽ Iulianus[c] scripsit, si vicinus, in suo ędificãdo, effecerit, ne stillicidiũ meum reciperet, posse me agere de iure meo, id

est

est, ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem [d] nondum ædificauit: siue vsumfructum, siue viam habet: ius sibi esse ire agere, vel frui, intendere potest, quòd si iam ædificauit [e] dominus: is, qui iter, & actum habet, adhuc potest intendere ius sibi esse: fructuarius autem non potest, quia amisit vsumfructum. & ideò de dolo [f] actionem dandam hoc casu, Iulianus ait. Contrà si in itinere [g], quod per fundum tibi debeo ædifices: rectè intendam, ius tibi non esse ædificare, vel ædificatum habere: quemadmodum si in area mea quid ædifices.

Ad l. Si eo loco 9.

Ratio dubitandi. In constituenda seruitute viæ nihil de ædificando, vel non ædificando dictum est. Non potest igitur seruitus viæ facere vt is cui debetur possit intendere non esse ius aduersario ædificare in eo loco per quem via via debetur, ne seruitus vltra id quod conuentum est porrigatur, præsertim cùm sit odiosa, & contra naturam *l. altiùs* 8. *C. de seruit. & aqua.*

Dec. Confessoria competit ei cui debetur seruitus quoties aut verbo, aut facto aliquo eunti prohibetur. Nihil enim facere potest is qui seruitutem debet quo seruitus impediatur *l. certo generi* 13. §. 1. *supr. rustic. præd.* Idque ex voluntate contrahentium, quoniam quisquis vult antecedens, idem necesse est vt velit etiam necessarium consequens, & contrà *l. si iter* 10. *sup. de seruit.* vbi dixi.

a *Per quem mihi iter.* Legendum est *via.* Sequitur enim *ius mihi esse ire agere*, quod intendere non potest is qui tantùm iter habet. Item *sicut in via diximus*, Item *is qui iter & actum habet.* Quisquis enim habet viam, is & iter & actum habet *l. 1. supr. rust. præd.* vbi dixi.

b *Inhibebo opus tuum.* Ratio dubitandi. Etiam pro seruitutibus locum habet nunciatio noui operis *l. vnic. §. pen. infr. de remiss. l. inter seruitutes* 15. *in fine. supr. vrban. præd.* Et per nunciationem inhibetur interim nouum opus ante allatas vllas probationes, quia siue iure, siue iniuria nunciatio facta sit opus inhibetur *l. 1. & tot. tit. de oper. nou. nunc.*

Decid. Qui viam habet si opus nouum nunciauerit ei qui in via ædificat nihil agit, sed seruitutem vindicare non prohibetur *l. qui viam* 14. *infr. de oper. nou. nunciat.* In confessoria autem actione, sicut in actionibus omnibus probare debet is qui agit *l. 4. Cod. de edend. l. actor* 23. *Cod. de probation.*

c *Item Iulianus.* Ratio dubitandi. In suo ædificare quilibet potest. Dec. Dum ne vicini ius lædat *l. de pupillo* 5. §. *meminisse. de oper. nou. nunciat.* Et ideò non ago ius tibi non esse ædificare, sed ius mihi esse immittendi stillicidij. Confessoria enim hoc casu agendum est non negatoria.

d *Sed si quidem.* Ratio dubitandi. Qui nondum ædificat nihil facit propter quod possit & debeat conueniri.

Dec. Qui agit confessoria non de facto vicini conqueritur, sed de iure suo experitur, quod non ex facto vicini nascitur, sed ex constitutione seruitutis. Sensus autem est, nihil hac parte distare viam ab vsufructu. Pertinet tamen hic versicul. ad eum qui licèt nondum ædificauerit, ædificare tamen velit, vt sequentia illa demonstrant *ædificare vel ædificatum habere.*

e *Quòd si iam ædificauit.* Ratio dubitandi. Nemo potest facto suo ius alienum lædere *l. non debet* 74. *de regul. iur. dict. l. de pupillo* 5. §. *meminisse. in fin. de oper. nou. nunciat. l. seruum* 91. §. *nunc videamus. de verbor. obligat.* Nihil ergo refert an dominus ędificauerit, vel non ædificauerit, siue de via tractemus, siue de vsufructu.

Dec. Vsusfructus extinguitur non via per rei mutationem *l. repeti* 5. § *rei mutatione*, §. *vlt. supr. quibus mod. vsusfruct. amitt.* Non igitur potest vsumfructum vindicare is qui vsumfructum amisit, quomodo potest viam petere is, cui via debetur quæ amissa non sit.

f *Et ideò de dolo.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt quis ædificauerit in eo fundo qui vsumfructum debebat nullo interueniente dolo, sine quo tamen actio de dolo habere locum non potest *l. 1. & tot. tit. D. de dolo.*

Dec. Subsidiaria est actio de dolo cùm alia quælibet deficit *dict. l. 1.* scilicet cùm dolus aliquis interuenit. Quòd si dolus nullus sit, datur actio in factum quæ subsidiaria est actionis de dolo, & quę sic concipitur, vt bonæ fidei mentio fiat *l. non debet.* 11. *in fin. eod. tit.*

g *Contrà si in itinere.* Ratio dubitandi. Possum perdere & destruere propria authoritate quicquid in meo non iure ædificatum est *l. sed etsi* 27. *supr. vrban. præd.* Dec. Non facit ea res quo minus possim agere confessoria si malim *d. l.* 27. *vrban. præd.* Nam & possem agere si in area mea ædificares, quæ nullam seruitutem deberet. Quanto magis si in eo loco per quem tibi iter debeo? Nam corpus loci per quem seruitus debetur non est eius cui debetur seruitus, sed & eius qui dominus est fundi seruientis *l. 4. in princ. supr.*

1 ¶Qui latiore via, vel angustiore vsus est, retinet seruitutem: sicuti qui aqua, [a] ex qua ius habet vtendi, alia mixta vsus est, retinet ius suum.

Ad §. 1. Qui latiore.

Ratio dubitandi. Is qui latiore vel angustiore via vsus est, non est vsus ea seruitute, quæ debebatur, sed alia. Est enim omnis seruitus indiuidua si excipias vsumfructum *l. 1. §. si vsusfructus. D. ad leg. falcid.* In indiuiduis autem nihil potest addi aut detrahi quin alia res fiat, & vtile per inutile vitiatur, vt notant in *l. placuit* 29. *de vsur. l. cùm ex causa* 139. *de verborum obligat.*

Dec. Qui vtitur latiore via, vtitur etiam ea quæ angustior constituta est, quia in eo quod plus est etiam quod minus est continetur *l. 1. §. si stipulanti. de verb. oblig. l. in eo* 110 *de reg. iur.* Qui verò angustiore vtitur etiam aliqua ex parte quod sufficit, vt totam seruitutem retineat *l. 2. inf. tit. prox.* quia seruitus viæ indiuidua est *l. via* 17. *supr. de seruit. l. vna est via* 18. *sup. rustic. præd.* Iunge *l. is cui via* 21. *in princip. infr. titul. proxim.*

a *Sicuti qui aqua.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad versic. præced. Nam & mixta aqua alia est, quàm quæ simplex. Et tamen in aqua mixta etiam simplex continetur.

10. VLPIANVS libro 43. ad Edictum.

SI quis diuturno vsu, & longa quasi possessione, ius aquæ ducendæ nanctus sit: non est ei necesse [a] docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo: sed vtilem habet actionem [b], vt ostendat, per annos fortè tot vsum se [c], non vi, non precariò [d] possedisse.

Ad l. Si quis diuturno 10.

Ratio dubitandi. Seruitutes cùm sint incorporales possideri non possunt, ideóque nec vsucapi *l. seruitutes* 14. *sup. de seruit. l. sequitur* 4. §. *si viam. infr. de vsucap.* Dec. Non quidem vsucapiuntur biennio vt res quæ possunt vsucapi, sed tamen diuturno & longo tempore acquiruntur, id est, decennio inter præsentes, aut vicennio inter absentes *l. 2. quæ sit intelligenda est. C. de seruit. & aqua.* in illis verbis, *Exemplo rerum immobilium*, in quibus scilicet locum non habet vsucapio, vt nec in seruitutibus, sed tantùm longi temporis possessio *l. vnic. Codic. de vsucap. transform l. vlt. in fin. C. de long. temp. præscr.*

a *Non est ei necesse.* Ratio dubitandi. Confessoria est actio in rem *l. 2. supr.* quisquis autem agit, maximè verò in rem probare suam intentionem debet *l. qui accusare* 4. *C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Iustúmque titulum sine quo iusta esse vindicantis intentio non potest *l. nullo* 24. *l. solemnibus* 25. *eod. tit.*

Dec. in seruitutibus quemadmodum vsus & patientia pro traditione *l. vlt. sup. de seruit. l. 1. §. vlti. rust. præd.* Ita & pro titulo est si is qui nullam seruitutem debuit, sciuit tamen & passus est aduersarium vti seruitute, Nempe quia præscriptio seruitutis soli ei nocet, qui dominus est eius fundi qui seruitutis vsum præbuit, non cæteris, quibus tamen noceret præscriptio rei cuiuslibet immobilis. Scripsi *lib. 17. Coniect. cap. 9. 10. & 11.* Neque tamen per vsum hunc & patientiam longi temporis acquiritur directa vindicatio seruitutis, sicut nec per longi temporis possessionem rei immobilis acquiritur directa vindicatio, sed vtilis tantùm, quia nec dominium per eam acquiritur *l. penult.* §. 1. *Cod. de præscript. 30. annor. l. si duo* 13. §. 1. *infr. de iureiur.* Idque sequitur statim in textu. Alius certè titulus in hac seruitutum præscriptione non requiritur *l. 1.* §. *vltim. & l. vltim. infr. de aqua & aquæ pluuiæ arcend. l. apparet.* §. *si quis seruitutem. infr. de itiner. act. priu.* Neque verò tituli, vel sola allegatio, quicquid reluctetur Accurs. arg. *l. cùm de in rem verso* 6. *infr. de vsur.* quæ ad hanc rem nil omnino pertinet.

b *Sed vtilem habet actionem.* Ratio dubitandi. Quisquis dominus est iure gentium, vel ciuili, habet directam actionem in rem *l. in rem* 23. *supr. de rei vind.* Dominus autem est quisquis titulum habet, aut aliquid quod sit pro titulo, vt in hoc casu scientia & patientia pro titulo est, vt modò diximus.

Dec. Solus titulus non sufficit ad transferendum dominium, nisi subsecuta traditione, & quidem quæ à domino facta sit. Alioqui prodest tantùm titulus & traditio ad causam vsucapionis, cùm agitur de re quæ vsucapi possit. Et ideò si possent vsucapi seruitutes, daretur etiam hoc casu actio directa in rem aduersus eum qui sciuisset, ac passus esset alium vti seruitute: sed quia non possunt vsucapi, licèt adsit scientia & patientia quæ pro titulo & pro traditione est, nec directa actio potest competere: & ideo ad vtilem decurrendum est non tam ex defectu tituli, quàm quod per longi temporis possessionem dominium acquiri non possit, ne plus possit longi quasi possessio, quàm longa verè possessio *d. l. pen.* §. 1. *C. de p*[illegible] 30. *vel* 40 *ann. d. l. si duo* 13. §. 1. *inf. de iureiur.*

c *Vsum se.* Intellige si vsus sit tanquam suo iure *l. vlt. infr. tit. 1. & iure seruitutis. l. vltim. infr. de itiner. act. priuat.*

d *Non precario.* Ratio dubitandi, Etiam precaria possessio est iusta *l. quæcumque* 13. §. 1. *supr. de Public. in rem act.* Dec. Nemo vnquam vincere debet ob id quod possidet etiam iustè si ab aduersario possideat *l. 2. infr. vti possid.* neque verò precaria possessio pergit ad iudicij vigorem, vt ait *l. communi* 7. §. *inter prædones. inf. comm. diuid.*

1 ¶ Agi autem hac actione poterit non tantùm cum eo, in cuius agro aqua oritur, vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam, non ducere impediunt, exemplo cæterarum seruitutum. Et generaliter, quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero.

Ad §. 1. *Agi autem.*

Ratio dubitandi. Dominus fundi seruientis est qui seruitutem debere intelligitur non alius extraneus quilibet. Dec. Non agitur confessoria eo colore, quasi is cum conuenitur seruitutem debeat, sed quod ei, qui agit seruitus debeatur, aut eius prædio: Adeóque actio in rem est non in personam *l. 1. sup.* Datur ergo contra quemlibet impedientem, quia quisque impedit vsum seruitutis, hoc ipso se quasi possessorem constituit *l. & si fortè* 6. §. 1. *sup. hoc tit.* Iunge *l. 3. C. de seruit. & aqua. l.* 3 § *item Iulianus. de itiner. act. priu. l. 1.* §. *compet. de aqua quotid. & æstiu.*

11. MARCELLVS libro 6. Digestorum.

AN vnus ex sociis in communi loco, inuitis cæteris, iure ędificare possit, an, si prohibeatur à sociis, possit cū his ita experiri, ius sibi esse ædificare: & an socij cū eo ita agere possint, ius sibi prohibēdi esse, vel illi ius ædificādi nō esse, &, si ędificatū iā sit,

non

non possit cum eo ita experiri,ius tibi non esse ita ædificatum habere,quæritur. & magis dici potest,prohibendi potius,quàm faciendi,esse ius socio: quia magis ille,qui facere conatur,(vt dixi) quodammodo sibi alienum quoque ius præripit, si, quasi solus dominus,ad suum arbitrium vti iure communi velit.

Ad l. An vnus 11.

Ratio dubitandi. Quilibet ex sociis dominus est rei communis *l. illud 46. de ritu nuptiarum.*

Dec. Res communis ita est vnius,vt tamen sit alterius *d. l. illud. l. rectè 15. de verbor sign. f. l. seruis electione 5. §. 1. de leg. 1.* Et ideo æquum est meliorem causam esse prohibentis quàm facientis *l. Sabinus 28. infr. commun. diuid.* quia is qui prohibet nihil facit nisi quod res in eodem statu manet,qui verò facit mutat statum rei,& ideò magis sibi quodammodo alienum quoque ius præripit,si quasi solus dominus vti iure communi ad suum arbitrium velit. Denique hic facit quasi solus dominus, qui verò prohibet non nisi quasi socius. Verum autem est esse illum socium,non etiam esse hunc solum dominum. Prohibitio tamen hæc non fit per negatoriam & iure seruitutis, sed iure domini *d. l. Sabinus. & l. in re communi. 6 vrb. præd.* Planè refectionem necessariam rei communis impedire socius non potest *l. si vt proponis 4. C. de ædific. priuat.*

12. Iavolenvs libro 2. Epistularum.

Egi, ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere. an & de futuris non immittendis cauendum est? respondi: Iudicis officio contineri puto, vt de futuro quoque opere caueri debeat.

Ad l. Egi 12.

Ratio dubitandi. Ad officium iudicis non pertinet futuri temporis tractus, aut vt alij loquuntur tractatus *l. 1. § 1. de vsur.* Dec. In actionibus confessoria & negatoria cautio quæ arbitrio iudicis irrogatur loco rei est *l. harum 7. supr. hoc titul.* Cautio autem non præstatur nisi de futuro *dict. l. harum 7. l. si à bona fides 21. in fine. l. is à quo 57. l. si is qui dolo 69. supr. de rei vindicat. l. qui ædificium 22. vrban. præd. l. si cuius 13. § cùm igitur. de vsufr. l. Antæus 14. § in hoc iudicium. de aqua pluu. arcend. l. quod si Ephesi 4. § 1. de eo quod certo loco. l. 1. Cod. in quib. caus. colon. cens. dom. accus. poss. libr. 11. tit. 49.*

13. Procvlvs libro 5. Epistularum.

Fistulas,quibus aquam duco, in via publica habeo, & hæ ruptæ inundant parietem tuum: puto, posse te mecum rectè agere,ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.

Ad l. Fistulas 13

Ratio dubitandi. Quod fistulę quibus aquam ducebam per viam publicam ruptæ inundant parietem tuum,non fit aliquo facto meo,sed naturali cursu aquæ fluentis in partem inferiorem, quæcunque se offert. Non igitur ob eam causam teneri debeo,cùm nec facto meo contigerit,vt fistulę ruptæ sint. Dec. Fistulæ per quas aquam ducebam, licèt nullo meo facto ruptæ sint, ibi tamen positæ erant facto meo, & ad meum commodum, ideóq; vitium earum præstare debeo, quia debueram curare ne rumperentur. Non tam enim aqua, quàm fistulę ipsæ inundant parietem tuum, id est, inundationis causam præstant. Et qui non facit quod facere debet intelligitur facere contra id quod facere debeat *l. qui non facit 121. de reg. iur.* Rectè ergo ages contra me negatoria, & intendes ius mihi non esse vt ex meo, flumina in tuum parietem fluant. Iunge *l. si fistula 18. supr. vrban. præd.*

14. Pomponivs libro 33. ad Sabinum.

Si, cùm meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quæ antea habueris: si noua velis immittere, prohiberi à me potes: immò etiam agere tecum potero, vt ea, quæ noua immiseris, tollas.

Ad l. Si cùm meus 14.

Ratio dubitandi. Qui passus est immitti tigna, nullo etiam titulo præcedente, fassus est deberi seruitutem tigni immittendi, adeóque fecit hoc ipso vicinum quasi possessorem seruitutis *l. & si forte 6. § secundum. supr.*

Dec. Non potest is cui seruitus debetur mutare statum antiquum seruitutis, nec duriorem eius conditionem facere *l. qui luminibus 11. supr. vrban. præd.* Sanè in locum antiquorum tignorum, si vetustate corrupta sint, noua tigna immitti posse certum est, quia eadem esse censentur. Nec tam noua esse quàm nouata. Ergo etiam prohibendi ius habeo ne alia noua tigna possis immittere, Imò vt quæ noua immisisti tollas. Iunge *l. altius 8. C. de seruit. & aqua.* Nam sufficio si cum paucis quis seruire velit, arg. *l. tutores 20. C. de neg. gest.* nec aliud si constituta sit seruitus tigni immittendi ab initio, licèt Accorsius dissentiat. Inspiciendum enim est ex postfacto quid ab initio immissum fuerit non quid immitti potuerit *d. l. qui luminibus l. si cui 9. supr. de seruit. l. certo generi 13. § 1. rust. præd.*

1 ¶ Si paries communis, opere abs te facto, in ædes meas se inclinauerit: potero tecum agere, ius tibi non esse parietem illum ita habere.

Ad §. vlt. Hæc seruitus.

Ratio dubitandi. Medium prædium quod non seruit impedit seruitutem saltem in rusticis *l. qui sella 7. §. 1. supr. rust. præd.* qualis est etiam seruitus altiùs non tollendi *l. 2. eod.*

Ratio decidendi. Potest quidem hæc seruitus esse rustici prædij, si cum Neratio rustica prędia ex loco æstimes non ex materia, aut ex vsu: sed tamen censetur semper vrbana, sicut & cæteræ vrbanæ seruitutes, In quo seruitutum genere certum est medium prædium etiam quod non seruiat, non impedire seruitutem, dummodò ex vnis ædibus in alias sit prospectus *l. si ædes 38. & sequ. sup. vrban. præd.*

5. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

ET ideò, si inter meas, & Titij ædes, tuæ ædes intercedant, possum Titij ædibus seruitutem imponere, ne liceat ei altiùs tollere, licèt tuis non imponatur: quia donec tu non extollis est vtilitas seruitutis.

Ad l. Et ideò 5.

Ratio dubitandi. Inutilis fiet seruitus te inuito, si dominus interpositarum ædium eas altiùs tollat, quia res perueniet ad eum casum à quo incipere non potuit *l. quia 16. infr. ad leg. Aquil.*

Ratio decidendi. Sufficit vt constitutio seruitutis huius casum aliquem vtilem habeat *l. Stichus 39. in fin. de manum. testam. l. heres à debitore 19. §. pen. infr. de fideiussor. l. statua 41. sup. de vsufr.* hæc autem habet casum vtilem quandiu scilicet dominus mediatum ædium eas altiùs non tollit, quòd si tollat, nō tam extinguetur, quàm cessabit seruitus. Nam iisdem ædibus posteà depressis, apparebit eadem quæ antea erat seruitus, vt in *l. seq.* sic in *l. qui res §. aream de solut. l. pen. §. 1 in fi. de excep. rei iudic.* iunge *l. in tradendis 7. §. interpositu sup. tit. prox.*

6. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

ET si fortè, qui medius est, quia seruitutem non debebat, altiùs extulerit ædificia sua, vt iam ego non videar luminibus tuis obstaturus, si ædificauero: frustra intendes ius mihi non esse, ita ædificatum habere, inuito te. sed, si intra [a] tempus statutum rursus deposuerit ædificium suum vicinus, renascetur tibi vindicatio.

Ad l. Et si fortè 6.

Ratio dubitandi. Quamuis dominus interpositarum ædium altiùs eas instruierit, non ideò tamen irrita sit seruitus, quæ ab initio benè constituta est, & semel constitit, licèt peruenerit ad eum casum à quo incipere non potuit *l. verbis legatis 5. infr. ad leg. Falc. l. existimo 98. de verb. oblig.*

Ratio decidendi. Durat quidem seruitus vt neque extincta neq; finita dici possit, sed tamē cessat quandiu nullus eius vsus esse potest, ideóque nec actio aliqua negatoria interim propō ni potest, quę scilicet non datur vt nec alia vlla actio, nisi ei cuius interfit, & quidem eo tempore quo agit *l. 3. §. 1. de verb. oblig.* Et idcirco bene lex ait *frustra* non autē *nullo iure*, quia iure quidem intendes, sed frustra & inutiliter quod Papinianus dixit *non necessariò* in *d. l. 5. ad leg. falc.* cùm ex huiusmodi actione quamuis competente, non possit alia sequi condemnatio, quàm quanti actoris interesse in litem iurauerit *l. prox. in fin. infr.* sicut *l. qui petitorio 36. supr. de rei vind.* scriptum est frustra institui vindicationem contra non possidentem, quāmuis non eo minus iure instituatur à vero domino.

a *Sed si intra.* Ratio dubitandi. Semel extincta actio siue in personam, siue in rem sit nunquam reuiuiscit *l. qui res 98. §. aream de solut.*

Ratio decidendi. Non tam extinguitur hoc casu seruitus, quàm cessat, vt in *d. §. aream & in d. l. pen. §. 1. in f. de excep. rei iud.* Et ideò si posteà ædes depressæ sint, quæ inutilem faciebant seruitutē altiùs nō tollēdi, renascetur seruitus, id est exurget, & se se rursum exeret, quasi cessante impedimento, quod seruitutis non tam constitutionem, quàm vsum impediebat. Constitutio enim seruitotis ad ius pertinet, vsus verò ad factum. Iunge *l. in tradendis 7. in fin. sup. tit. prox.* Aliud est si seruitus amissa sit non vtendo, quia tunc non omnino extinguitur, nec posteà vnquam renascitur ipso iure, sed restituenda est, si quando id æquum videatur, vt in *l. si locus 14. infr. tit. prox. l. & Atilicinus 15. supr. rust. præd.* iunge *l. nisi fallo 7. sup. quib. mod. vsusfruct. amitt.* & quæ ibi scripsimus.

1 ¶ Sciendum tamen an his seruitutibus possessorem esse eum iuris, & petitorem, &, si fortè non habeam ædificatū altiùs in meo, aduersarius meus possessor est [a], nam, cùm nihil sit innouatum, ille possidet, & ædificantem me prohibere potest & ciuili actione [b], & interdicto *Quod vi aut clam* [c]. idem & est [d] si lapilli iactu impedierit, sed & si, patiente eo [e], ædificauero, ego possessor ero effectus.

Ad §. 1. Sciendum.

Ratio dubitandi. Possessori nunquam datur actio, maximè quæ sit in rem, quia non nisi contra possessorem actiones in rem dati possunt *l. officium 9. l. is qui destinauit 24. l. qui petitorio 36. l. vlt. & pass. sup. de rei vind.*

Ratio decidendi. Alia hac parte ratio est actionum in rem quæ pro rebus corporalibus competunt, alia earum quę pro incorporalibus *§. æquè 2. inst. de act.* Actoris sanè partes non vno casu obtineret etiam is, qui possidet *d. §. æquè 2. in fin.* scilicet vt intentionem suam probare cogatur *l. si priusquàm 15. in fin. de oper. nou. nunciat.* sic namque in *d. §. æquè* legendum est *Non vno casu*, vt alibi docuimus. Iunge *l. pen. §. vlt. supr. si vsusfr. petat.*

a *Possessor est.* Ratio dubitandi. Iura possideri non possunt, quia nec tangi nec oculis cerni, cùm sint incorporalia *l. 1. §. vltim. de rer. diuis. l. seruum 43. §. incorporales infr. de acquirend. rer. dom. l. 4. §. si viam infr. de vsucap.*

Ratio

Ratio decidendi. Sunt etiam quidam iuris possessores, sed eo modo quo esse possunt, id est, quasi possessores *l. seruitutes 20. in princ. vrb. pred. l. vltim de seruit.* Qui nihil innuuat possidet, qui innouat non possidet.

b *Et ciuili actione*, id est negatoria, quæ ciuilis actio est, itemque confessoria quæ actionis ad exemplum vindicationis rerum corporaliũ competunt. Sunt enim hæ omnes actiones ciuiles non prætoriæ: Quod nota contra eos qui putant arbitrarias actiones ciuiles nullas esse. Sunt enim istæ & ciuiles & arbitrariæ *l. prox. inf.*

c *Quod vi aut clam.* Quia vi facit qui prohibitus facit, Clam verò qui celato aduersario, à quo cõtrouersiam timuit, aut timere debuit *l. prohibere autem 3. § clam facere inf. quod vi aut clam* Interdictum enim illud competit etiam non domino *l. denique 13. in princ. eod. tit.* Neque enim quicquam vetat ciuilem actionem, qualis est confessoria, itemque negatoria, cum interdicto cõcurrere, licèt dici soleat frustra desiderari actionem prætoriã ab eo, qui ciuilem habeat *l. 1. supr. de Public.* Nempe quoniam in actione quæritur de iure, in interdicto autem de facto *l. 1. §. vlt.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Intellige tamen cum Accursio, vt ita demum huic interdicto locus esse possit, si opus aliquod iam factum sit, id est, si iam ædificare cœpero. Non enim nisi de opere iam facto interdictum illud competit, vt ex ipsis edicti verbis apparet *l. 1. l. semper 15* & passim *ill. tit. Quod vi aut clam l. 1. §. 1. infr. de oper. non. nunc.* Habet autem locum siue noui operis nunciatio præcesserit, siue non *d. l. 1. § clam facere, & l. 4. quod vi aut clam.*

d *Idem est*, scilicet vt possessor sit is qui nunciauit per lapilli iactũ, quoniam qui sic nũciat non amittit possessionem suam, quam è cõtrario per lapilli iactum quasi per vim quandam licitam tuetur, sicut & qui nouum opus nunciat per Prætorem. Secus est in eo qui nouum opus verbo nunciat *l. de pupillo 5. §. meminisse. inf. de oper. nou. nunciat.* Nam & pro seruitute nouum opus nunciari posse constat non tantùm si seruitus sit vrbana *§. vlt. inf. & l. inter seruitutes 15. supr. vrban. pred.* sed etiamsi rustica quicquid dicat & distinguat Accurs. ex *l. qui viam 14. inf. de oper. nou. nunciat.* de cuius sententia scripsimus *lib. 19. Coniect. cap. 5.*

e *Sed & si patiente eo.* Ratio dubitandi. Qui patitur vicinum ædificare contra seruitutem, nihil ipse facit. Differunt enim toto genere & tota cathegoriá *agere & pati.* Ergo non facit aduersarium possessorem seruitutis, imò potiùs videtur seruitutem sibi debitam remittere *l. si stillicidij 8. infr. tit. prox.*

Ratio decidendi. Patientia quidem eius cui debetur seruitus, inducit remissionem seruitutis, sed patientia eius qui negat seruitutẽ deberi non sufficit ad constituendam seruitutem, sed tantùm ad hoc, vt qui patiente vicino ædificauit, possessor effectus videatur. Est enim patientia in seruitutibus, & iuribus omnibus incorporalibus pro traditione *l. vltim. sup. de seruit. l. 1. §. vlt. sup. Rust. præd.* Sed pro titulo esse non potest, semperq; titulum aliquem præsupponit etiam ad hoc, vt pro traditione sit *dict. §. vlt. l. 2. C de acq poss.* Nisi comitem habeat longi temporis possessionem in seruitutibus *l. 2. C. de seruit. & aqu. l. si quis diuturno 10. inf. hoc tit.* Ergo semper patientia præiudicat, inquit Accurs. ex *l. si fine 5. vers. quòd si patientiam. C. ad S. C. Velleian.*

2 ¶Etiam de seruitute, quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit: vt & onera ferat, & ædificia reficiat ad eum modum, qui seruitute imposita comprehensus est. & Gallus putat, non posse ita seruitutem imponi, vt quis facere aliquid cogeretur: sed, ne me facere prohiberet. nã in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adserit: non ad eum, cuius res seruit. sed eualuit Seruij sententiá in proposita specie: vt possit quis defendere, ius sibi esse, cogere aduersarium [a] reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem [b] hanc seruitutem non hominem debere, sed rem: denique licere [c] domino rem derelinquere, scribit.

Ad §. 2. Etiam de seruitute.

Ratio dubitandi. Non potest seruitus ita imponi, vt quis facere aliquid cogatur, sed ne dominum fundi dominantis aliquid facere prohibeat *l. quoties 15. §. 1. sup. de seruit.*

Ratio decidendi. Speciale est in seruitute oneris ferendi, cuius natura ex ipso nomine verbisq; seruitutis demonstrat eum, qui talem seruitutem debet, obligatum esse vt cogatur reficere parietẽ ad onera vicini sustinenda. Quomodo enim posses onus meum ferre, nisi parietem seruientem præberes *l. cum debere 33.* vbi dixi *sup vrban. pred.* longè *l. proxim. & l. sicuti 8. in prin. & §. dist. ant. inf. hoc tit.*

a *Cogere aduersarium reficere.* Ratio dubitandi. Nemo præcisè cogitur ad factum, quia sine vi & impressione id fieri non posset, ideoque in obligationibus faciendi succedit præstatio eius quod interest *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iudic. l. si insulam 81. l. in executione 85. de verb. oblig.*

Decidendi. Intelligenda sunt hæc verba de necessitate nõ præcisa, sed causatiua, id est, nisi malit reus soluere quanti actoris interest: hæc enim natura est actionum de seruitute, siue agatur confessoria actione, siue negatoria *l. prox. infr.*

b *Labeo autem.* Ratio dubitandi. Cogitur is qui hanc seruitutem debet reficere parietem seruientẽ vt onus ferre possit, vt proximè dictũ est, quod res ipsa præstare non potest. Homo igitur est qui hanc seruitutem debet non res. Decidendi. Seruitutes prædiorum omnes & prædiis debentur, & à prædiis *l. via constitui 23. §. vlt. rustic. præd. l. 1. §. 1. sup. tit. prox.* nec quod hominis factũ aliquod requiratur, vt in seruitute oneris ferendi, aut patientia, vt in cæteris omnibus, facere potest, vt seruitutem homo non res debeat.

c *Denique licere.* Ratio dubitandi. Seruitutes constituuntur vt plurimùm per stipulationẽ *l. omnium 3. sup. de vsufr. l. venditor 13. sup. tit. 1.* Ex stipulatione autẽ nascitur obligatio personalis, qua nemo potest se exuere qui fuit obligatus, cùm nemo suam obligationem facto suo possit tollere *l. si seruum 91. §. nunc videamus. inf. de verb. oblig.* Nec tantùm patientiam, sed factum quoque præstare cogitur is, qui hanc debet seruitutem, vt diximus, arg. *l. in cum quo 7. §. 1. de aqua & aqua pluu. arcend.*

Decidendi. Non homo, sed prædium debet ser-

Digitized by Google

uiturem, vt proximè dictum est. Ergo licet domino fundi seruientis derelinquendo rem liberare se ab obligatione reficiendi parietis, id enim generaliter obtinet quoties, aut ex re, aut propter rem aliquam persona obligatur *l. si absente 48. cũ l. 64. supr. de vsufr.* Secus est cũ quis ex facto suo tanquã ex causa immediata conuenitur *d. l. in cũ quo 7. in pr. de aqua & aqua pluu. arc.* Quare nõ est quod cũ Accurs. aliquid obiicias de noxalib. actionibus, quæ sunt personales. Nascũtur. n. ex facto serui nõ ex facto domini.

3 ¶Hæc autem actio in rem magis est, quàm in personam: & non alij competit, quàm domino ædium, & aduersus dominum: sicuti cęterarum seruitutium inuentio.

Ad §. 3. Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. Per hanc actionem intenditur aduersarium facere aliquid oportere, id est, parietẽ reficere *§. prox. praced.* quæ personaliũ actionum natura & diffinitio est *§. appellamus. Instit. de action.* Ergo magis est in personam quàm in rem.

Dec. Prima actoris intentio est seruitutem hanc oneris ferendi deberi à prædio, quæ intentio tota in rem est: Vt autem dominus prædij seruientis etiam parietem reficere teneatur, intentio secundaria est in consequentiam prioris. Quæ autem non fiunt nisi per consequentias, non solent attendi maximè vt rei substantiam & qualitatem mutent *l. 1. l. quod dicimus 7. de author. & cons. tut. & curat.* Est igitur actio in rem quæ datur proinde soli domino, sed aduersus quemcumque possessorem, etiamsi dominus ille sit fundi seruientis *l. si quis diuturno 10. in fin. inf. hoc tit.* Qui sensus est huius loci.

4 ¶Si ædes plurium dominorum sint, an insolidum agatur, Papinianus libro tertio Quæstionum tractat. & ait singulos dominos insolidum agere, sicuti de cæteris seruitutibus, excepto vsufructu [a]. sed non idem respondendum inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent.

Ad §. 4. Si ædes.

Ratio dubitandi. Nemo potest agere nisi cuius interest, & quatenus eius interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig.* Cùm autẽ ædes plurium sunt quæ debent seruitutem oneris ferendi, non potest interesse vnius ex sociis nisi pro eius parte. Nam vt alij quid acquiratur aut adiudicetur nihil interest agentis *d. l. §. alteri.*

Dec. Seruitutes omnes excepto vsufructu sunt indiuiduæ *l. 1. §. si vsusfructus. infr. ad leg. falc. l. 5. supr. de vsufr.* ideóque de iis agi non potest nisi in solidum, adeò vt victoria vnius etiam aliis non agentibus prodesse debeat. Planè condemnatio quæ semper in id quod interest concipienda est, non sequetur, nisi de eo quod agentis intererit *l. 4. §. si fundus,* vbi dixi *sup. hoc tit.*

a *Excepto vsufructu.* Ratio dubitandi. Etiam vsusfructus seruitus est, & consequenter in iure consistit; licèt tale ius sit in corpore *l. 1. & 2. supr. de vsufr.* Ergo est indiuiduus vt iura omnia.

Dec. Vsusfructus emolumentum rei continet *l. Mauius 66. § fundo. de leg. 2.* quod emolumẽtum consistit in fructibus, qui cùm sint corporales haud dubiè recipiunt diuisionem *d. l. 1. §. si vsusfructus. ad leg. falcid.* Cæteræ seruitutes omnes non aliud emolumentum habent quàm quod consistit in facto, quale est *ire, agere, ambulare.* Facta autem omnia indiuidua sunt *l. stipulationes non diuiduntur 72. & l. in executione 85. de verb. oblig.*

b *Sed non idem respondendum,* id est, non similiter erunt singuli domini ædium seruientium in solidum conueniendi, sed omnes simul.

Ratio dubitandi. Eadẽ ratio videtur habere locum in pluribus dominis ædium seruientium, quę locum habet in pluribus dominis ædium dominantium, nempe quia seruitus indiuidua est, nec pro parte defendi magis quàm peti potest *l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. d. l. in executione 85 de verb. oblig.*

Dec. Diuersa ratio est quod pertinet ad hãc seruitutem oneris ferendi, quia is qui conuenitur, cogendus est parietem seruientem reficere, vt onus ferre possit: Quod tamen socius vnus in pariete communi facere inuitis aut ignorantibus sociis iure non potest *l. si ædes 12. l. Sabinus 28. infr. comm. diuid.* Atque ita locus hic intelligendus est non quomodo accipitur ab Accursio quasi mihi intersit hac parte inter seruitutem hanc oneris ferendi, & cæteras ex *l. 4. §. sed si duorum. sup. hoc tit.*

5 ¶Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in seruitute imposita continetur: fortè vt reficiat lapide quadrato, vel capite structili, vel quouis alio opere, quod in seruitute dictum est.

Ad §. 5. Modus autem.

Ratio dubitandi. Etiamsi de modò refectionis nihil dictum sit in constituenda seruitute, non eò minùs tamen reficere domum cogitur is qui seruitutem debet oneris ferendi *l. eum debere 33. sup. de serv. vrban. præd.* Dec. Semper in stipulationibus cæterisq; contractibus sequimur id quod actum, dictúmque est, sin minus id quod est positum in consuetudine regionis & in ea frequentatur *l. semper in stipulationibus 34. de reg. iur. l. si prius 7. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. quòd si nolit 31. §. quia assidua. de ædilit. edict.*

6 ¶Veniunt & fructus in hac actione: id est commodum, quod haberet si onera ædium eius vicinus sustineret.

Ad §. 6. Veniunt & fructus.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 4. §. 1. supr.* vbi dixi. Iunge *l. videamus 19. infr. de vsur.*

7 ¶Pa-

7 ¶Parietem autem meliorem quidem quàm in seruitute impositum est, facere licet. deteriorem[a] si facit, an per hanc actionem [b], aut per operis noui nuntiationem [c] prohibetur.

Ad §.7. Parietem.

Ratio dubitandi. Alia videtur esse res quæ melior facta est, vt area in qua ædificatum fuit *l. repeti §. §. vlt. sup. quibus mod. vsusfr. amitt.*

Decid. Parum refert an sit idem paries nécne, dummodò sint eædem ædes. Sunt enim ædes quæ seruitutem debent non paries. Tenetur enim dominum præbere parietem seruientem *l. cum debere 35. vrban. præd. sup.*

a *Deteriorem* si facit supple, quàm in seruitute impositum sit. Ratio dubitandi. Nihil interest illius, cuius prædio seruitus debetur, an melior sit paries, an deterior, dummodò prosit, & idoneus oneri ferendo. Ratio decidendi. Vt melior paries est, ita fortior & commodior ad onus ferendum, & meliùs & diutiùs.

b *Aut per hanc actionem*, id est, confessoriam de seruitute oneris ferendi quæ competit aduersus omnem, quicunque aut seruitutem denegat, aut vsum eius impedit *l. si quis diuturno 10. in fin. inf. hoc tit.*

c *Aut per noui operis nunciationem.* Ratio dubitandi. Non facilè concurrit actio cōfessoria cum operis noui nunciatione *l. qui viam 14. infr. de oper. nou. nunc.*

Ratio decidendi. Etiam pro seruitute nunciari nouum opus potest *l. vnic. §. 3. de remiss. l. 1. §. vltim inf. de oper. nou. nunciat.* Præterquàm in casu *d. l. qui viam 14.* vbi dicemus.

7. VLPIANVS libro 21. ad Edictum.

HArum actionum euentus hic est, vt victori officio iudicis aut res præstetur[a], cautio. res ipsa hæc est, vt iubeat aduersarium iudex emendare vitium parietis, & idoneum præstare. cautio hæc est[b], vt eum iubeat de reficiendo pariete cauere, neque se, neque successores suos prohibituros altiùs tollere, sublatúmque habere. &, si cauerit, absoluetur. si verò neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem iurauerit[c].

Ad l. Harum actionum 7.

Scilicet confessoriæ & negatoriæ: de illis enim erat Paulus generaliter in *l. 1. supr.* cui hæc coniungenda est, cùm sint ex eodē libro, non de seruitute oneris ferendi specialiter, vt Accursius intelligit.

Ratio dubitandi. Actionum omnium euentus & exitus est vt pariat condemnationem, si non sequatur absolutio *l. 1. de re iudic. l. 3. C. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Condemnatio autem numquam fit ad quid faciendum, sed tantùm ad litis æstimationem præstandam *l. vltim. de condict. tritic. l. vinum 22. de reb. cred.* Dec. Actiones hæ confessoria & negatoria sunt arbitrariæ, sicuti cæteræ ferè omnes in rem actiones, quarum natura illa est, vt arbitrium iudicis præcedere oporteat de aliquo faciendo, vt si postea non pareatur arbitrio sequi possit condemnatio *§ præterea. Instit. de action.* Arbitrium igitur & officiū iudicis præcedere oportet de re vel cautione præstanda, vt si neutrum fiat sequatur condemnatio quanti actor sua interesse in litem iurauerit, vt in *l. qui restituere 18. sup. de rei vind.* Exemplum tamen affertur de seruitute oneris ferè dissimile est in vsufructu *l. cuiuscunque 60. supr. de vsufr.*

a *Aut res præstetur aut cautio.* Habet ergo arbitrium hoc duas partes, quarum alterutri parere sufficit, vt sequi debeat absolutio, si verò neutrum fiat, sequetur tunc demum condemnatio. Scripsi latè in Chiliade de error. pragm. *Decad. 94 Error. 7.* Sanè si agatur antequàm ædificatum sit nō de re præstanda tractandum erit quæ adhuc nulla est, sed tātùm de cautione interponenda *l. si priusquàm 15 inf. de oper. nou. nunc.* Cùm autem iubet iudex rem restitui non iubet restitui præcisè, vt vult Accursius, sed causatiuè, nisi malit reus sequi condemnationem eius quod interest, vt dixi ad *§. 2. l. prox. sup.* Nec obstat quod ille obiicit ex *l. qui restituere 68. sup. de rei vind.* vt ibi diximus.

b *Cautio hæc est.* Noli intelligere de cautione Muciana, quæ scil. non ad omnes condiciones pertinet, quæ in non faciendo consistūt, sed ad eas tantùm quę in vltimis voluntatibus adscriptæ sunt *l. Mucianæ 7. l. is cui 118. inf. de condic. & demonst.* Est igitur hæc cautio iudicialis vt aliæ omnes, quarum vsus præcipuus est in actionibus bonæ fidei *l. in omnibus 41. de iudic.* in arbitrariis *l. si post 18. cum seqq. l. is à quo 57. & pass. sup. de rei vind.* Cautione verò præstita absoluetur reus non per interlocutoriam, vt vult Accurs. sed per diffinitiuam *l. ... inf. de re iudic.*

c *In litem iurauerit.* Ratio dubitandi. Non iuratur in litem pro re actori debita, sed pro ea tātum quę sit actoris, cùm non alia ratione permittatur iurari in litem, quàm quia nemo cogendus est rem suam iusto pretio vendere *l. tutor 8. inf. de in lit. iur. l. si filiofamilias 25. §. 1. solut. matr. l. non enim 9. rer. amot.* Per cōfessoriam autem & negatoriam petitur seruitus debita fundo actoris.

Dec. Qui agit confessoria, dicit ius seruitutis esse suum, & seruitutem vindicat quasi suam non quasi sibi debitam, ideóque nimirum agit vindicatione, non actione in personam. Sanè si res amplius præstari non possit nullo interueniente dolo malo eius qui seruitutem debet, sed tantùm cautio præstanda sit, neque præstetur, non iurabitur eo nomine in litem, vt benè Accursius, sed mala ratione quod ad cautionem agi non possit, neque actione bonæ fidei, neque in rem, sed officio tantùm iudicis. Nam neq; rei præstatio & restitutio venit nisi per arbitrium iudicis, vt cautio, sed ratio vera est, quia in litem numquam iuratur, nisi propter dominium, cùm quis domino rem suam inuito vult auferre legibus supradictis. Cogendus ergo erit reus ad cautionem captis pignoribus, vt in *§. sciendum. Instit. de satisd. tutor.*

8. VLPIANVS libro 17. ad Edictum.

SIcut autem[a] refectio parietis ad vicinū[b] pertinet: ita fultura ædificiorū vicini, cui seruitus debetur, quādiu paries reficietur, ad inferiorē vicinum[c] non debet pertinere. nā, si nō vult superior fulcire, deponat[e]: & restituet, cū paries fuerit restitutus[f].

Et hic quoque, sicut in cæteris seruitutibus, actio contraria [g] dabitur: hoc est, ius tibi non esse me cogere.

Ad l. Sicut 8.

a *Sicut autem.* Coniungenda est hæc lex cum *l. & si fortè 6. supr.* in qua egit Vlpian. de seruitute oneris ferendi. Est enim vtraque lex sumpta ex eodem Vlpiani libro.

b *Ad vicinum*, qui dominus est ædium seruientium vt benè Accursius, Non enim cui seruitus debetur vt alij ex *p. l. etsi fortè 6. §. Etiam supr. l. eum debere 33. vrban. præd.* Et hoc monstrat antithesis quæ sequitur in aliis verbis *vicini cui seruitus debetur.*

c *Ad inferiorem vicinum*, id est, dominum ædium seruientium, de quo iam priore loco dictum fuerat.

d *Non debet pertinere.* Ratio dubitandi. Quæ ratio facit vt cogi possit dominus ædium seruientiũ reficere parietem ad onus ferendum, eadem videtur suadere vt cogendus sit fulturam præstare, id est omnia ea quæ ad fulciendam domum necessaria sunt, ne scilicet interim corruat, dum paries reficitur. Dec. Aliud est præstare parietem seruientem ex naturali necessitate rei ad constituendam hanc seruitutem oneris ferendi. Aliud verò fulciri domum dominantem, quod omnino seiunctum quid est, à seruitute oneris ferendi. Neque verò ampliandæ sunt seruitutes, cùm sint odiosæ, & iam speciale sit in seruitute oneris ferendi, & contra naturam cæterarum seruitutum, vt qui eam debet aliquid facere cogatur *d. §. etiam & d. l. eum debere 33. vrban. præd.*

e *Deponat.* Consilium ironicum, inquit Accursius, nec malè. Vix enim est vt vllo casu quisquam bonus paterfamilias id sequi velit, Posset tamen quisquis vellet.

f *Restitutum.* Nec tamen hoc casu dicendum erit reuiuiscere seruitutem, quæ nunquam fuerit extincta, cùm ponamus depositum fuisse ædificium ea mente vt restitueretur restituto pariete.

g *Actio contraria*, id est negatoria, vt sequentia explicant, id est ius tibi non esse me cogere ad fulciendam domum.

1 ¶ Competit mihi actio aduersus eum, qui cessit mihi talem seruitutem, vt in parietem eius tigna immittere mihi liceat, supráque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, supérque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant.

Ad §. 1. Competit.

Ratio dubitandi. Seruitus tigni immittendi differt à seruitute oneris ferendi, vt sequitur in *§. prox.* in hac autem specie videretur vtraque seruitus cõstituta, si ei cui ius est immittendi tigna in parietem vicini, liceret etiam supra ea tigna porticum ambulatoriam facere, aut structiles columnas imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant. Dec. Seruitutes ex conuentione legem accipiunt. Et ideò quamuis seruitus tigni immittendi non tribuat ius ædificandi porticum ambulatoriam super tigna, nihil tamen vetat ita constitui seruitutem tigni immittendi *l. loci corpus 4. §. si quis mihi supr. l. si prius 17. §. 1. infr. de aqu. & aqu. pluu. arcend.*

2 ¶ Distant autem hæ actiones inter se: quòd superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum: hæc verò locum habet ad hoc solum, vt tigna suscipiat: quod non est contra genera seruitutium [a].

Ad §. 2. Distant autem.

Ratio dubitandi. Tignum immissum in parietem vicini, est onus quod fert paries vicini. Ergo qui debet seruitutem tigni immittendi debet etiam seruitutem oneris ferendi & contrà.

Dec. Forma ipsa constituendarum huiusmodi seruitutum ostendit earum differentiam. Nam seruitus tigni immittendi denotat factum immittentis: At seruitus oneris ferendi factum debentis seruitutem, qui onus ferre debet. Ideóque posterior hæc seruitus obligat dominum prædij seruientis, vt parietem vicini, hoc est qui debet seruitutem vicino, vt benè interpretatur Accursius reficiat oneri ferendo idoneum *l. etsi fortè 6. sup. §. etiam sup.* Non etiam seruitus tigni immittendi. Et quemadmodum in hoc distant hæ seruitutes, ita & actiones quæ pro his seruitutibus competunt.

a *Contra genera seruitutum*, Id est contra generalem naturam, & conditionem seruitutum quæ illa est vt qui seruitutem debet, pati tantùm cogatur, non etiam facere *l. quoties 15. §. 1. supr. de seruit.*

3 ¶ Sed si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat [a]: sciendum est, possessoris partes sustinere si quidem tigna immissa sint, eum, qui seruitutem sibi deberi ait: si verò non sunt immissa, eum qui negat [b].

Ad §. 3. Sed si quæritur.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. etsi fortè 6. §. 1. supr.* vbi diximus speciale esse in seruitutibus vt idem sit iuris possessor & petitor contrà quam in rebus corporalibus.

a *Sustineat*, scilicet in seruitute tigni immittendi, de qua nunc agimus.

b *Eum qui negat.* Ratio dubitandi. Probare debet is qui dicit non qui negat *l. 2. inf. de probat.*

Dec. Vnusquisque debet probare fundamentum suæ intentionis siue agendo siue excipiendo, maximè verò is qui agit negatoria *l. si priusquam 15. de oper. nou. nunciat. l. vlt. C. de rei vindic.* Et hoc potissimum est actoris partes sustinere *l. si priusquam 15. inf. de oper. nou. nuncia.* Iunge *l. 2. de seruit. l. 2. in princ. C. de iuram. propt. calum. dand.*

4 ¶ Et si quidem is obtinuerit, qui seruitutem sibi defendit, non debet ei seruitus cedi: siue recte pronuntiatum est, quia habet: siue perperam, quia per sententiam non debet seruitus constitui: sed, quæ est, declarari. planè si, non vtendo [a], amisit dolo malo domini ædium [b], post litem contestatam [c]: restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino ædium [d].

Ad §. 4. Et si quidem.

Ratio dubitandi. Res iudicata etiam per errorē habetur pro veritate propter rerum iudicatarum authoritatem *l. ingenuum 25. de stat. homin. l. res iudicata 207. de regul. iur. l. seruo 65. §. cum Prætor. de SC. Trebell.* Ergo si is qui seruitutem sibi nullo iure adserit, tamen obtinuerit, debet ei ius seruitutis cedi, ne alioqui sententia nihil operetur.

Dec. Sententia iudicis numquam est modus cōstituendæ seruitutis, sed declarandæ tantùm eius, quæ est: quicquid dicat Accursius ex *l. Papinianus 18. sup. de seruit. l. & Attilicinus 35. rust. præd. l. licet eum 18. inf. h. tit.* ibi enim per sententiam seruitus non constituitur, sed constituta iam & amissa restituitur, aut potiùs restituenda pronuntiatur, vt in *l. qui se 78. supr. de iudic. l. 4. §. vlt. inf. pro emptor.* Ergo si malè pronuntiatum sit pro eo qui seruitutem sibi adserit, siue confessoria actum sit, siue negatoria non dabit sententia ius seruitutis victori qui iam eam habet. Sed tamen non eò minùs proderit sententia, vt si post modum arbitrio iudicis non pareatur, sequi possit condemnatio quanti eius interest victoris *l. prox. supr.* nec de iure seruitutis dubitari amplius possit, de quo alioquin esset pronuntiandum antequam arbitrium reddi posset *l. & ex diuerso 33. §. 1. supr. de rei vindic.*

a *Planè si non vtendo.* Ratio dubitandi. Superueniens mala fides per litis contestationem non interrumpit vsucapionem inchoatam *l. si post 18. sup. de rei vindic.* licèt interrumpat longi temporis possessionem *l. licet 26. C. eod. iunct. l. nec bona 9. C. de præscr. long. tempor. l. vnic. C. de trans. vsuc.* Ergo neque impediet vsucapionem libertatis seruitutum. Eiusdem enim iuris est vtraque vsucapio *l. sequitur 4. §. vlt. de vsucap. l. si ades 32. §. 1. sup. vrban. præd.*

Dec. Extinguitur quidem seruitus hoc casu & amittitur non vtendo, sed quia nihil potest imputari ei qui litem contestatus est, antequàm seruitus amitteretur, æquum est ei seruitutem restitui, quia quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. de vsur. d. l. si post 18. de rei vindic.* Alioquin prodesset improbo litigatori, quòd litem contestatus esset improbè quòd esset iniquum *§. si ad exhibendum. inf. de offic. iud.* Hoc verò Accursius noster non intellexit, qui è contrario putat iure vetere interruptam fuisse vsucapionem litis contestatione non etiam longi temporis possessionem: inde que sumit occasionem comminiscendi fuisse litem contestatā contra alium quàm præscribentem suppositum scilicet à præscribente, vt in *l. pen. sup. de dol.*

b *Dolo malo domini ædium*, qui scilic. pendente lite prohibuerit ad occasionem vti seruitute. Mala enim fides quæ per litis contestationem superuenit parum distat à dolo *l. sed etsi 25. §. si ante. supr. de petit. hered.*

c *Post litem contestatam.* Hoc ideò, quia si ante litem contestatam amissa esset seruitus non vtendo, aliud dicendum esset, Nec enim iudex post litem contestatam datus officium suum impertiri potest de iis, quæ ante litem contestatam accident *l. videamus 38 § si actionem de vsur.* vt nec de iis qua contingent post sententiam *d. l. 1. §. 1. eod.*

d *In domino ædium.* Legendum est *in dominio*, vt habet vulgata lectio, Nam in dominio ædium ita obseruatur, vt si post litem contestatam ędes vsucaptę sint, debeat restitui dominium victori, cuius condicio ex die litis contestatæ deterior fieri non potuit, melior potuit *d. l. si post 18. & seq. de rei vind.* iunct. *l. non solet 86. & sequ. de reg. iur. d. § ad exhibendum.* Eademque dubitandi & decidendi ratio in ædibus, quæ à nobis in seruitute allata est.

5 ¶ Aristo Cerellio Vitali respondit, non putare se, ex taberna casiaria fumum in superiora ædificia iure immitti posse, nisi ei rei seruitutem talem admittit. idemque ait: & ex superiore [a] in inferiora non aquam, nō quid aliud immitti licet [b], in suo enim alij hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autē sicut aquæ, esse immissionem. posse igitur [c] superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique [d] scribere ait, posse ita agi, ius illi non esse in suo lapidem cędere, vt in meum fundum fragmenta cadant. dicit igitur Aristo, eum, qui tabernam casiariam à Minturnensibus conduxit à superiore prohiberi posse fumum immittere: sed Minturnenses ei ex conducto teneri [e]. agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumū immittat, ius ei non esse fumum immittere. ergo per contrarium [f] agi poterit, ius esse fumum immittere quod & ipsum videtur Aristo probare. sed & interdictum *Vti possidetis* poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo vti.

Ad §. 5. Aristo.

Ratio dubitandi: Fumus qui ex taberna casearia, vel ex alio quolibet loco inferiore ascendit in ædificia superiora, non tam immittitur ab homine, quàm naturaliter ascendere videtur: de eo autem quod fit naturaliter, neque conueniri, neque conuenire quisquàm potest *l. 1. §. 1. & pen. infr. de aqua & aquæ pluu. arc.* Dec. Non minùs fumi quàm aquæ immissio est, eaque non naturalis, sed arte & facto hominis ignem facientis, Nec enim sine fumo ignis esse potest.

a *Et ex superiore.* Ratio dubitandi & decid. eadem est, nisi quòd apertius est immitti aquam ab homine ex loco superiore, quàm immitti fumum ex inferiore, quia immittit aquam homo, fumum ignis. Eadem tamen vtrobique ratio est *l. pen. infr. de iniur.* Quem locum malè Accursius sic accepit quasi superior vicinus fumum inferioris excipere cogatur, nisi id fiat animo iniuriandi. Non enim hoc ait illa lex, sed tantùm ex ea causa nō competere actionem iniuriarum, nisi animus iniuriandi interuenerit. Cæterùm neutrum licet, neque iure seruitutis, neque naturaliter.

b *Immitti licet.* Ratio dubitandi. Licet cuique fa-

cere in suo quicquid velit quoties nulla seruitute impeditur *l. cum eo 9. supr. vrban. prad. l. in re mandata 21. C. mandat.* Dec. Dum tamen nihil in alienum immittat. Sic enim debet quis meliorem suam rem facere, vt deteriorem vicini non faciat *l. si fistulam 19. supr. vrban. prad. l. statuas. C. de religios. l. 1. §. sed & fossas. & §. iidem aiunt aquam. de aqua & aquæ pluuiæ arcenda l. fluminum 24. §. vltim. de damno infect.*

e. *Posse igitur.* Ratio dubitandi. De seruitute quæ nulla est agi non potest, Nun enim enim nullæ sunt qualitates, vulg. *l. eius qui 41. inf. de reb. cred. l. quidam referunt 14. infr. de iur. codic.*

Dec. In confessoria actione id obtinet, non in negatoria, per quam negatur tantùm seruitus: Idque per hanc formulam *ius tibi non esse*, Nimirum quoties id facit quod citra ius impositæ seruitutis facere non possis. Et ita locus hic intelligendus est, & de negatoria directa, & non vtili, quod benè Ioannes contra alios sensit qui non dabant nisi vtilem de seruitute numquam constituta, nec amissa. Et longè melius quàm Rogerius, qui hæc verba ad factum hodum referebat, vt contra fumi inimissionem vicinus possit se facto ipso munire, quod est ridiculum. Quicquid enim non iure fit, iure id fieri verè negatur. Iunge *l. si cùm meus 14. & l. si quando 17. §. vlt. inf.*

d. *Alsenum depique.* Ratio dubitandi. Non magnum damnum est, si cùm in tuo lapidē cædis, fragmenta in meum cadant. De Modicis autem neque prætor curare solet *l. scio 4. sup. de in integr. restit.* neq; iudex *l. si quis 8. supr. si quis caution. l. si debitori 21. supr. de iudic.* Dec. Nihil paruum est quod quotidie fiat, vt dicebat Plinius, aut quod quotidie fieri possit. Nec cogendus quicquam est incommodum ne dum

damnum aliquod pati ab eo cuius fundu nullam seruitutem debeat *l. cum eo 9. supr. vrban. prad.*

e. *Ex conducto teneri.* Ratio dubitandi. Nemo actionem habere debet ob id quod aliquid aduersus alium nullo iure moliri velit nec possit. Est enim illa improbitas ex qua consequi actionem nemo debet *l. itaque 12. in princ. de furt.*

Dec. Conductor quantò magis iure prohibetur ab alio ne re conducta frui possit, tantò magis actionem aduersus locatorem suum habere debet, Nisi in locatione locator excesserit quod plerunque fit ne id conductori facere liceret.

f. *Ergo per contrarium.* Nam de qua re cōpetit confessoria ei qui seruitutem sibi adserit, de ea competit etiam negatoria ei qui negat seruitutem deberi & contra *l. 2. supr. hoc tit.* Poterit etiam agi iniuriarum, sed ita si quid animo iniuriandi factum sit *l. pen. inf. de iniur.*

g. *Sed & interdictum.* Ratio dubitandi. Interdictum vti possidetis tùm habet locum quando vterque litigantium dicit se possidere *l. 1. inf. vti possid.* Potest autem fieri vt quis te prohibeat vti re tua qualiter velis nec tamen dicat se eius rei possessorem.

Dec. Turbat possessorem is qui eum prohibet vti re possessa pro arbitrio si non habeat ius prohibendi. Et ideo datur interdictum possessori qui turbatur, aliud est si is qui prohibet ius habeat prohibendi. Non enim turbat alienam possessionem is qui suo iure vtitur, nec iuris executio habet iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur.* alioqui competit etiam actio iniuriarum *dict. l. iniuriarum 13. §. fin.* iuncta *l. sanè 14. eod.* Iunge *l. in re mandata 21. C. mand. l. 3. §. hoc interdictum cùm inquilinus & seq. infr. vti possid. l. vim facit 1. de vi & vi armata l. sanè 14. infr. de iniur.*

6 ¶ Apud Pomponium dubitatur libro quadragensimo primo lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non grauem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere, & ait, magis non posse agi, sicut agi non potest: ius esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lauare.

Ad §. 6. Apud Pomponium.

Ratio dubitandi. Ius est cuique in suo fumum facere & ex foco fumum, saltem qui non sit grauis.

Dec. Nemini res sua seruire potest *l. in re communi 26. sup. vrban. prad.* & potest in suo facere quicquid velit iure dominij, non seruitutis *l. quoties 15. supr. de seruit.* Ideoque nec actio vlla comparata est vt liceat tibi in tuo ignem facere, aut sedere, aut lauare, quia nec te prohibendi quisquam ius habet quo minùs ita facias, Nec cuiusquā interest, quod tamen ad constituendam seruitutem necesse est *l. quoties 15. supr. de seruit.* Alia species est *l. si quando 17. §. 1. infr. hoc tit.* Iunge *l. iniuriarum 13. §. vltim. infr. de iniur.*

7 ¶ Idē in diuersum probat: nam & in balneis (inquit) vaporibus, cum Quintilla cuniculum pergentem in Vrsi Iuli instruxisset, placuit, potuisse tales seruitutes imponi.

Ad §. 7. Idem in diuersum.

a. Mallem legere *non idem in diuersum probat.* Nam si cum Accursio referas dictionem *idem* ad Pomponium remanebit orationis sensus non falsus, sed imperfectus. Sensus ergo est Pomponium qui superiore casu non admiserat posse constitui seruitutem, admittat tamen in posteriore, scilicet ne possit imponi seruitus ne in tuo balneum facias cuius vapor vicini domum offendat.

Ratio dubitandi. Non potest quis prohiberi, quo minus balneum in suo habeat iuxta parietem communem, quamuis humorem paries capiat, nisi talis sit vsus tepidarij, vt assiduum humorem habeat, & id noceat vicino *l. fistulam 19. supr. vrban. prad.* Dec. Potest id prohiberi iure seruitutis si de eo seruitus constituta proponatur, naturaliter *dict. l. fistulam.* Quamuis possim te prohibere ne fumum ex tuo in meum immittas *§. proxim. supr.*

9. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

SI eo loco, per quē mihi iter [a] debetur, tu ædificaueris: posse intendere, ius mihi esse ire agere. quod si probauero, inhibebo opus tuū. Itē Iulianus [c] scripsit, si vicinus, in suo ędificādo, effecerit, ne stillicidiū meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est

ed by G

est, ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem [a] nondum ædificauit: siue vsumfructum, siue viam habet: ius sibi esse ire agere, vel frui, intendere potest, quòd si iam ædificauit [e] dominus: is, qui iter, & actum habet, adhuc potest intendere ius sibi esse: fructuarius autem non potest, quia amisit vsumfructum. & ideò de dolo [f] actionem dandam hoc casu, Iulianus ait. Contrà si in itinere [g], quod per fundum tibi debeo ædifices: rectè intendam, ius tibi non esse ædificare, vel ædificatum habere: quemadmodum si in area mea quid ædifices.

Ad l. Si eo loco 9.

Ratio dubitandi. In constituenda seruitute viæ nihil de ædificando, vel non ædificando dictum est. Non potest igitur seruitus viæ facere vt is cui debetur possit intendere non esse ius aduersario ædificare in eo loco per quem via via debetur, ne seruitus vltra id quod conuentum est porrigatur, præsertim cùm sit odiosa, & contra naturam *l. altiùs* 8. *C. de seruit. & aqua.*

Dec. Confessoria competit ei cui debetur seruitus quoties aut verbo, aut facto aliquo eunti prohibetur. Nihil enim facere potest is qui seruitutem debet quo seruitus impediatur *l. certo generi* 13. §. 1. *supr. rustic. præd.* Idque ex voluntate contrahentium, quoniam quisquis vult antecedens, idem necesse est vt velit etiam necessarium consequens, & contrà *l. si iter* 10. *sup. de seruit.* vbi dixi.

a *Per quem mihi iter.* Legendum est *via.* Sequitur enim *ius mihi esse ire agere*, quod intendere non potest is qui tantùm iter habet. Item *sicut in via diximus*, Item *is qui iter & actum habet.* Quisquis enim habet viam, is & iter & actum habet *l. 1. supr. rust. præd.* vbi dixi.

b *Inhibebo opus tuum.* Ratio dubitandi. Etiam pro seruitutibus locum habet nunciatio noui operis *l. vnic. § pen. infr. de remiss. l. inter seruitutes* 15. *in fine. supr. vrban. præd.* Et per nunciationem inhibetur interim nouum opus ante allatas vllas probationes, quia siue iure, siue iniuria nunciatio facta sit opus inhibetur *l. 1. & tot. tit. de oper. nou. nunc.*

Decid. Qui viam habet si opus nouum nunciauerit ei qui in via ædificat nihil agit, sed seruitutem vindicare non prohibetur *l. qui viam* 14. *infr. de oper. nou. nunciat.* In confessoria autem actione, sicut in actionibus omnibus probare debet is qui agit *l. 4. Cod. de edend. l. actor* 23. *Cod. de probation.*

c *Item Iulianus.* Ratio dubitandi. In suo ædificare quilibet potest. Dec. Dum ne vicini ius lædat *l. de pupillo* 5. §. *meminisse. de oper. nou. nunciat.* Et ideò non ago ius tibi non esse ædificare, sed ius mihi esse immittendi stillicidij. Confessoria enim hoc casu agendum est non negatoria.

d *Sed si quidem.* Ratio dubitandi. Qui nondum ædificat nihil facit propter quod possit & debeat conueniri.

Dec. Qui agit confessoria non de facto vicini conqueritur, sed de iure suo experitur, quod non ex facto vicini nascitur, sed ex constitutione seruitutis. Sensus autem est, nihil hac parte distare viam ab vsufructu. Pertinet tamen hic versicul. ad eum qui licèt nondum ædificauerit, ædificare tamen velit, vt sequentia illa demonstrant *ædificare vel ædificatum habere.*

e *Quòd si iam ædificauit.* Ratio dubitandi. Nemo potest facto suo ius alienum lædere *l. non debet* 74. *de regul. iur. dict. l. de pupillo* 5. §. *meminisse. in fin. de oper. nou nunciat. l. seruum* 91. §. *nunc videamus. de verbor. obligat.* Nihil ergo refert an dominus ędificauerit, vel non ædificauerit, siue de via tractemus, siue de vsufructu.

Dec. Vsusfructus extinguitur non via per rei mutationem *l. repeti* 5. § *rei mutatione*, §. *vlt. supr. quibus mod. vsusfruct. amitt.* Non igitur potest vsumfructum vindicare is qui vsumfructum amisit, quomodo potest viam petere is, cui via debetur quæ amissa non sit.

f *Et ideò de dolo.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt quis ædificauerit in eo fundo qui vsumfructum debebat nullo interueniente dolo, sine quo tamen actio de dolo habere locum non potest *l. 1. & tot. tit. D. de dolo.*

Dec. Subsidiaria est actio de dolo cùm alia quælibet deficit *dict. l. 1.* scilicet cùm dolus aliquis interuenit. Quòd si dolus nullus sit, datur actio in factum quæ subsidiaria est actionis de dolo, & quę sic concipitur, vt bonæ fidei mentio fiat *l. non debet.* 11. *in fin. eod. tit.*

g *Contrà si in itinere.* Ratio dubitandi. Possum perdere & destruere propria authoritate quicquid in meo non iure ædificatum est *l. sed etsi* 27. *supr. vrban. præd.* Dec. Non facit ea res quo minus possim agere confessoria si malim *d. l. 27. vrban. præd.* Nam & possem agere si in area mea ædificares, quæ nullam seruitutem deberet. Quanto magis si in eo loco per quem tibi iter debeo? Nam corpus loci per quem seruitus debetur non est eius cui debetur seruitus, sed & eius qui dominus est fundi seruientis *l. 4. in princ. supr.*

1 ¶ Qui latiore via, vel angustiore vsus est, retinet seruitutem: sicuti qui aqua, [a] ex qua ius habet vtendi, alia mixta vsus est, retinet ius suum.

Ad §. 1. Qui latiore.

Ratio dubitandi. Is qui latiore vel angustiore via vsus est, non est vsus ea seruitute, quæ debebatur, sed alia. Est enim omnis seruitus indiuidua si excipias vsumfructum l. 1. §. *si vsusfructus. D. ad leg. falcid.* In indiuiduis autem nihil potest addi aut detrahi quin alia res fiat, & vtile per inutile vitiatur, vt notant in *l. placuit* 29. *de vsur. l. cùm ex causa* 139. *de verborum obligat.*

Dec. Qui vtitur latiore via, vtitur etiam ea quæ angustior constituta est, quia in eo quod plus est etiam quod minus est continetur *l. 1. §. si stipulanti. de verb. oblig. l. in eo* 110. *de reg. iur.* Qui verò angustiore vtitur etiam aliqua ex parte quod sufficit, vt totam seruitutem retineat *l. 2. inf. tit. prox.* quia seruitus viæ indiuidua est *l. via* 17. *supr. de seruit. l. vna est via* 18. *sup. rustic. præd.* Iunge *l. is cui via* 11. *in princip. infr. titul. proxim.*

non possit cum eo ita experiri, ius tibi non esse ita ædificatum habere, quæritur. & magis dici potest, prohibendi potius, quàm faciendi, esse ius socio: quia magis ille, qui facere conatur, (vt dixi) quodammodo sibi alienum quoque ius præripit, si, quasi solus dominus, ad suum arbitrium vti iure communi velit.

Ad l. An vnus 11.

Ratio dubitandi. Quilibet ex sociis dominus est rei communis *l. illud 46. de ritu nuptiarum.*

Dec. Res communis ita est vnius, vt tamen sit alterius *d. l. illud. l. rectè 15. de verbor sign. §. l. serui electione 5. §. 1. de leg. 1.* Et ideo æquum est meliorem causam esse prohibentis quàm facientis *l. Sabinus 28. infr. commun. diuid.* quia is qui prohibet nihil facit nisi quod res in eodem statu maneat, qui verò facit mutat statum rei, & ideò magis sibi quodammodo alienum quoque ius præripit, si quasi solus dominus vti iure communi ad suum arbitrium velit. Denique hîc facit quasi solus dominus, qui verò prohibet non nisi quasi socius. Verum autem est esse illum socium, non etiam esse hunc solum dominum. Prohibitio tamen hæc non fit per negatoriam & iure seruitutis, sed iure domini *d. l. Sabinus. & l. in re communi 6. vrb. præd.* Planè refectionem necessariam rei communis impedire socius non potest *l. si vt proponis 4. C. de ædific. priuat.*

12. IAVOLENVS libro 2. Epistularum.

EGi, ius illi non esse tigna in parietem meum immissa habere. an & de futuris non immittendis cauendum est? respondi: Iudicis officio contineri puto, vt de futuro quoque opere caueri debeat.

Ad l. Egi 12.

Ratio dubitandi. Ad officium iudicis non pertinet futuri temporis tractus, aut vt alij legunt tractatus *l. 1. § 1. de vsur.* Dec. In actionibus confessoria & negatoria cautio quæ arbitrio iudicis irrogatur loco rei est *l. harum 7. supr. hoc titul.* Cautio autem non præstatur nisi de futuro *dict. l. harum 7. l. si à bonæ fidei 21. in fine. l. is à quo 57. l. si is qui dolo 69. supr. de rei vindicat. l. qui ædificium 22. vrban. præd. l. si cuius 13. §. cùm igitur. de vsufr. l. Antæus 14. §. in hoc iudicium. de aqua pluu. arcend. l. quod si Ephesi 4. §. 1. de eo quod certo loco. l. 1. Cod. in quib. caus. colon. cens. dom. accus. poss. libr. 11. tit. 49.*

13. PROCVLVS libro 5. Epistularum.

FIstulas, quibus aquam duco, in via publica habeo, & hæ ruptæ inundant parietem tuum. puto, posse te mecum rectè agere, ius mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.

[Ad] l. Fistulas 13

Ratio dubitandi. Quod fistulę quibus aquam ducebam per viam publicam ruptæ inundant parietem tuum, non fit aliquo facto meo, sed naturali cursu aquæ fluentis in partem inferiorem, quæcunque se offert. Non igitur ob eam causam teneri debeo, cùm nec facto meo contigerit, vt fistulę ruptæ sint. Dec. Fistulæ per quas aquam ducebam, licèt nullo meo facto ruptæ sint, ibi tamen positæ erant facto meo, & ad meum commodum, ideóq; vitium earum præstare debeo, quia debueram curare ne rumperentur. Non iam enim aqua, quàm fistulę ipsæ inundant parietem tuum, id est, inundationis causam præstant. Et qui non facit quod facere debet intelligitur facere contra id quod facere debeat *l. qui non facit 121. de reg. iur.* Rectè ergo ages contra me negatoria, & intendes ius mihi non esse vt ex meo, flumina in tuum parietem fluant. Iunge *l. si fistula 18. supr. vrban. præd.*

14. POMPONIVS libro 33. ad Sabinum.

SI, cùm meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quæ anteà habueris: si noua velis immittere, prohiberi à me potes: immò etiam agere tecum potero, vt ea, quæ noua immiseris, tollas.

Ad l. Si cùm meus 14.

Ratio dubitandi. Qui passus est immitti tigna, nullo etiam titulo præcedente, fassus est deberi seruitutem tigni immittendi, adeóque fecit hoc ipso vicinum quasi possessorem seruitutis *l. & si forte 6. §. sciendum. supr.*

Dec. Non potest is cui seruitus debetur mutare statum antiquum seruitutis, nec duriorem eius conditionem facere *l. qui luminibus 11. supr. vrban. præd.* Sanè in locum antiquorum tignorum, si vetustate corrupta sint, noua tigna immitti posse certum est, quia eadem esse censentur. Nec tam noua esse quàm nouata. Ergo etiam prohibendi ius habeo ne alia noua tigna possis immittere, Imò vt quæ noua immisisti tollas. Iunge *l. altius 8. C. de seruit. & aqua.* Nam sufficit si cui in paucis quis seruire velit, arg. *l. tutore 20. C. de neg. gest.* nec aliud si constituta sit seruitus tigni immittendi ab initio, licèt Accursius dissentiat. Inspiciendum enim est ex postfacto quid ab initio immissum fuerit non quid immitti potuerit *d. l. qui luminibus l. si cui 9. supr. de seruit. l. certo generi 13. §. 1. rust. præd.*

1 ¶Si paries communis, opere abs te facto, in ædes meas se inclinauerit: potero tecum agere, ius tibi non esse parietem illum ita habere.

Ad §.1. Si paries.

Ratio dubitandi. Nemini res sua seruire potest *l.in re communi 26. vrban.præd.* ideóq; nec potest quisquam agere de seruitute pro re communi, quia quod mihi tecum est commune, meum est, saltem pro parte *l.serui electione 5. in princ.& §.1. de leg.1. l.illud 46. de rit. nupt. & d.l.in re communi 26.*

Dec. Sicuti nemo potest ita vti re sua, vt vicino noceat *l.de pupillo §.meminisse de oper. nou. nunciat. l.sicut 8.§.Aristo.sup.hoc tit.* Ita nec per rem communem. Et ideò negatoriæ actioni locus esse potest vtroq; casu, si quid facias in tuo, quod vel in meas ædes inclinet, vel parietem communem inclinare faciat. Nec tantùm si quod tu in tuo facis, facias quasi iure seruitutis, vt putat Accursius, sed etiamsi iure dominij, aut nullo etiam iure, quia quod iure non fit, id iure fieri verè negatur, vt dixi ad *d.§.Aristo.* Et quidem per negatoriam, si modò tale sit id quod fieri negatur vt potuerit tamen fieri iure seruitutis. Hoc enim certè ad negatoriam actionem inducendam omnino necesse est. Iunge *l.si quando 17. §.vlt. infr.* Non tamen si in ipso pariete communi aliquid facias quod mihi noceat. Tunc enim ad actionem communi diuidundo recurrendum est, cessante negatoria *d.l.in re communi 26.* Iunge *l.si quando 17. infr. & l.sed si inter me 27. vrb.præd.*

15. VLPIANVS libro 6. Opinionum.

ALtiùs ædes suas extollendo: vt luminibus domus minoris annis vigintiquinque, vel impuberis: cuius curator, vel tutor erat: officiatur: efficit. quamuis hoc quoq; nomine actione ipse, heredésq; teneantur: quia, quod alium facientem prohibere ex officio necesse habuit, id ipse committere non debuit: tamen & aduersus possidentem easdem ædes danda est impuberi, vel minori actio: vt, quod non iure factum est, tollatur.

Ad l. Altiùs 15.

Ratio dubitandi. Damnum quod hoc casu patitur pupillus ex improbo facto tutoris, aut minor ex facto curatoris sarciri potest & debet actione tutelæ, quia quod alium facientem prohibere ex officio necesse habuit id ipse committere non debuit *l.2. C.de in lit.dand.tutor.* Nihil ergo causæ est cur pupillo vel minori contra tutorem aut curatorem ipsum accommodemus actionem.

Dec. Plus cautionis est in rem quàm in personam *l.plus cautionis 21. de reg.iur.* Nec eo minus danda est pupillo vel minori confessoria, vel negatoria, quæ in rem actiones sunt, quod præterea etiam personalem habiturus sit. Maximè cùm actio tutelæ aut negotiorum gestorum non nisi contra tutorem vel curatorem ipsum, aut heredes eius competat. Actio verò in rem contra quemlibet possessorem. Iunge *l.si quid §. & l.sicut in ædibus 9. C. de seruit. & aqua.* Actionem porro hic confessoriam intellige cum Accursio, non cum aliis negatoriam ex *l.si eo loco 9. supr.* Planè vt actio hæc instituatur, curator in hanc litem pupillo vel minori dandus erit *d.l.2. C.de in lit.dand.tutor. §.vlt. de author. tutor. Instit.*

16. IVLIANVS libro 7. Digestorum.

SI à te emero, vt mihi liceat, ex ædibus meis in ædes tuas stillicidium immittere: & postea, te sciente, ex causa emptionis immissum habeam: quæro, an ex causa, actione quadam, vel exceptione tuendus sim. respondi, vtrobique auxilio a me vsurum.

Ad l. Si à te 16.

Ratio dubitandi. Ex titulo præcedente secuta patientia seruitus plenò iure acquiritur *l.2. C.de seru. & aqua.* Hic autem & titulus præcessit, & secuta est scientia, cum patientia venditoris, quæ pro traditione fuit *l.vlt. sup.de seruit. l.1. §.vlt. rust.præd.* Quid ni ergo per acquisitionem huiusmodi seruitutis, & actio de seruitute acquiratur & exceptio?

Dec. Multum refert an expressim consentiente venditore emptor immissum habuerit stillicidium in ædes venditoris, an sciente tantùm & patiente. Consensus expressus secuto vsu seruitutis habetur pro traditione, & acquirit plenum ius seruitutis, & consequenter actionem directam in rem. At in consensu tacito qui ex sola scientia & patientia inducitur non adeò expedita res est. Effectu tamen idem est, scilicet quando aut emptio, aut alius titulus præcessit, vt hic. Alioquin ex sola patientia etiam longi temporis, daretur tantùm vtilis actio *l.si quis diuturno 10. supr.* Et similiter vtilis exceptio. Alia species est quæ proponitur in *l.si cùm meus 14. sup.* Non quòd ibi titulus nullus præcesserit, vt putat Accursius (nihil enim refert in specie huius legis, an titulus aliquis præcesserit, an nullus) sed quia ibi agitur de negatoria, hic de confessoria.

a *Vtrôque auxilio.* Actionis scilicet & exceptionis. Nam cui damus actionem multò magis exceptionem *l.1. §.is autem. de superfic. l.minus 156. §.s. de regulis iuris.*

17. ALFENVS libro 2. Digestorum.

SI quando inter ædes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, vt in vicini domum semipedem, aut ampliùs procumberet: agi oportet, ius non esse, illum parietem ita proiectum in suum esse inuito se.

Ad l. Si quando 17.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. si cum meus 14. §.1. supr.* Est enim hic de pariete communi, vt ille.

a Qui

a *Qui ita ventrem faceret.* Ratio dubitandi. Non eſt cogendus expectare is qui nullam ſeruirutem debet, vt paries, ſiue cõmunis, ſiue proprius vicini adeò ventrem faciat, vt & ſemi pedem aut ampliùs procumbat in domum ſuam *l. ſi cùm meus* 14. §. 1. *ſup.*

Decid. Neceſſe eſt ad dandam actionem in eo ſtatu rem eſſe, vt ex inclinato & procumbente pariete damnum aliquod timeri poſſit: quod tamen vix eſt vt timeri debeat ſi minus ventrem faciat paries, quàm vt ſaltem ſemipedem procumbat. Alioqui non eſſet tam delicatus vicinus facilè audiendus, vt de creditore ſcriptum eſt in *l ſi ſeruos* 15. *in fi. de pignor. act.* Et ita debet intelligi quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi cùm meus. §. 1. ſup.*

1 ¶Cùm in domo Gaij Seij locus quidam ædibus Annij ita ſeruiret, vt in eo loco poſitum habere ius Seio non eſſet: & Seius in eo ſiluam ſeuiſſet, in qua labra, & (tenes) cumellas poſitas haberet. Annio conſilium omnes iuriſpetiti dederunt, vt cum eo ageret, ius ei non eſſe, in eo loco ea poſita habere inuito ſe.

Ad §. Cùm in domo.

Ratio dubitandi. Seruitus ſic conſtituta vt alicui non liceat in ſuo poſitum aliquid habere videtur ſic intelligenda, vt non poſſit is qui ſeruitutem debet in eo loco ædificare aut ædificatum habere. In hac autem ſpecie nihil ædificatum proponitur.

Dec. Generaliter conſtituta ſeruitus generaliter intelligenda eſt vt nihil omnino poſitũ habeat is, qui ſeruitutem debet, maximè cùm ſit concepta negatiuè. Negatio enim ante verbum appoſita negat prorſus. Et dici ſolet propoſitionem negatiuam magis negare quàm affirmatiua affirmet *l. ſi is qui* 13. §. *verum ita & ſeq. de reb. dub.* Ergo nec ſyluam ſerere in eo loco poteſt qui ſeruitutem debet, nec tenetas cucumellas poſitas habere, aut quid aliud quod luminibus & proſpectui officere poſſit *l. ædificia* 12. *l. ſi arborem* 17. *ſupr. de ſeruit. vrban præd.* Alioqui ſi nihil intereſſet ſtipulatoris non valeret ſeruitus *l. ſicut* 8. §. *penultim. ſupr. l. quoties* 15. *ſupr. de ſeruit.* Actio igitur negatoria hoc caſu danda eſt, in eóque Iuriſperiti omnes, vt Alfenus hîc ſcribit, conſenſerunt, vt & in *l. inter omnes* 12. *ſupr. qui ſatiſd. cogant.*

2 ¶Secundùm cuius parietem vicinus ſterculinium fecerat, ex quo paries madeſcebat: conſulebatur, quemadmodum poſſet vicinùm cogere, vt ſterculinium tolleret, reſpondi ſi in loco publico [a] id feciſſet, per interdictum cogi poſſe: ſed, ſi in priuato [b], de ſeruitute agere oportere: ſi damni infecti [c] ſtipulatus eſſet, poſſit per eam ſtipulationem, ſi quid ex ea re ſibi damni datum eſſet [d], ſeruare.

Ad §. 2. Secundum cuius parietem,

Ratio dubitandi. Poteſt vicinus in ſuo ſterculinium aut ſterquilinium & aliud quidlibet facere pro arbitrio ſi nullam vicino ſeruitutem debeat *l. cum eo* 9. *ſupr. vrban. præd.* Nec quod vicinus aliquod ex eo damnum pati poſſit per quandam conſequentiam, videtur attendendum *l. 1. & l. quod dicimus* 7. *de author. tutor.*

Dec. Ita poteſt quis facere in ſuo vt tamen vicino non noceat *l. de pupillo* 5. §. *meminiſſe de oper. nou. nunciat. l. 1. § ſed & foſſas de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nimirum cùm principaliter ex eo facto vicinus læditur & immediatè: quod hic contingit. Iunge *l. ſicut* 8. §. *Ariſto. ſupr. hoc tit.*

a *Si in loco publico.* Ratio dubitandi. Quod publicum eſt, vſu tamen eſt priuatorum ſingulorum.

Decid. Ideo nimium fuit neceſſarium & propoſitum interdictum, *Ne quid in loco publico fiat.* Et vt quod factum erit, deſtruatur *l. 2. §. an Prætor quod in via infr. Ne quid in loco publ.*

b *Sed ſi in priuato.* Ratio dubitandi. Nulla proponitur conſtituta ſeruitus, Ergo de ſeruitute agi non poteſt.

Dec. Differentia hæc eſt inter confeſſoriam & negatoriam actionem, quod confeſſoria non competit niſi ſi qua ſit ſeruitus quæ debeatur. Negatoria verò cùm ſeruitutem ſibi adſerit is cui nulla debetur, adeóque quoties aliquid facere vult etiam citra ius ſeruitutis, quod tamen non niſi iure ſeruitutis fieri poſſit, vt dixi ad *l. ſi cùm meus* 14. §. 1. *ſupr.*

c *Si damni infecti.* Ratio dubitandi. Fruſtra is qui habet ciuilem actionem deſiderat honorariam *l. 1. ſupr. de publ in rem act.*

Dec. Habet etiam ſtipulatio damni infecti ſuam vtilitatem, quoniam is qui ex ea agit non cogitur dicere de iure ſuo, vt qui agit cõfeſſoria vel de non iure aduerſarij vt qui agit negatoria *l harum* 7. *l. ſi eo* 9. *in princ. & ſeq ſupr.* ſed ſufficit vt probet ſtipulationem interueniſſe.

d *Damni datum eſſet.* Ratio dubitandi. Stipulatio damni infecti refertur ad damnum quod nondum datum eſt, vt nomen ipſum demonſtrat *l. 2. & paſſ. de damn. infect.*

Dec. Confertur tamen in id tempus quo damnum datum erit, Et ideò ſi nunquam damnum fiat, nunquam hæc ſtipulatio committitur. Iunge *l. ſi fiſtulas* 18 *& l. ſi quid* 29. *ſupr. vrban. præd.* Non tamen damnum quodlibet facit, vt hæc ſtipulatio committatur, vt conſtat ex *l. 3. §. ſi vicinus de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nimirum ſi damnum quis dederit ob opus factum in ſuo, vt ibi, non etiam ſi in alieno, vt hîc & ita bene Accurſius poſt Azonem. Quod ſi non vicio ſolius loci damnum datum ſit, ſed vicio hominis non committitur ſtipulatio *l. fluminum* 24. *§. præterea de damn. infect.* Sed & actio ex locato competit ex hac cauſa, ſi conductor tale quid fecerit *l. qui damnum* 57. *infr. locat.*

18. IVLIANVS libro 6. ex Minicio.

IS cuius familia vicinum prohibebat aquã ducere, ſui poteſtatẽ nõ faciebat, nec ſecũ agi poſſet. quærit actor, quid ſibi faciendum eſſet. reſpõdi, oportere prætorẽ, cauſa

cognitaª, iubere bona aduersarij possideri: & non ante inde discederebᵇ, quàm is actori ius aquæ ducendę constituisset: & si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cœpisset: veluti si prata, arbores've exaruissent.

Ad l. Is cuius 18.

Ratio dubitandi. Omnium actionum instituendarum principium ab ea Edicti parte proficiscitur, quæ est de ius vocando §. *omnium. Instit. de pœn. temer. litig.* In ius enim vocare nihil aliud est, quàm iuris experiundi causa vocare *l. 1. supr. de in ius vocand.* Atqui vocati in ius non potest is qui latitat, nec sui copiam facit, quia omnis vocatio habebat olim prehensionem, Et qui vocabantur in ius rapiebantur obtorto collo, vt diximus ad *l. plerique 19. & alibi supr. ill. tit.*

Dec. Ob eam nimirum causam necesse fuit Prætorem inducere remedij loco, vt qui latitat in fraudem creditorum eius bona possideantur, primùm, deinde publicè distrahantur *tot. tit. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Et *de reb. author. iudic. possid.* Vt scil. hoc metu inuitetur debitor ad se defendendum, aut ad satisfaciendum creditoribus.

a *Causa cognita.* Nec enim cuiuslibet absentis bona statim possideri Prætor iubet, deinde distrahi, sed eius tantùm qui latitat, id est, qui non tantùm sui copiam non facit, sed id etiam cogitat vt fraudet suos creditores *l. 1. §. quid sit autem, & pass. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* Ergo causæ cognitio aliqua necessaria est saltem summaria, vt & in *l. 3. §. causa cognitio. infr. de Carbon. edict.*

b *Et non ante inde discedere*, Vt scilicet tædio longæ possessionis extorqueat satisfactionem, vt & in *l. is cui 5. in princ. vt in poss. legat.* Sicuti & ex causa damni infecti mittitur vicinus in possessionem, vt tædio possessionis extorqueat cautionem *l. prætoris 5. & pass. infr. de damn. infect.* Quid ergo si nec isto remedio moueatur latitans ad præstandam vicino indemnitatem, sed perseueret latitare? demoliendum erit opus per quod aquæ ductus prohibeatur, vt in *l. À quo fundus 45. infr. ill. tit. de dam. infect.* Nam vt eo nomine distrahatur fundus per quem aqua ducitur, durius sanè esset, satisque cautum est ei, cui seruitus debetur, quod cùm in possessione sit fundi seruientis, aquam per eum ducere suo arbitratu potest, & veluti pignoris iure fundum illum retinere quousque sit ei plenissimè satisfactum, si quid fortè senserit detrimenti ex siccitatibus, vt lex ait. Iunge *l. si quis emptionis 8 §. pen. C. de præscrip. 30. vel 40. annor.* Alia ratio est eius speciei, de qua in *d. l. à quo fundus 45.* Fit autem hæc constitutio ad tempus, vt vult Accursius, non per sententiam diffinitiuam, nec tamen de cautione quicquam hic tractandum est, quæ scilicet à latitante & absente interponi non potest. Itaque qui erat possessor seruitutis fit petitor per contumaciam, vt vult Accursius ex *l. consentaneum 8. C. quom. & quand. iud.* Nec enim is in cuius bonorum possessionem actor mittitur ideò condemnatur, sed potest quandoque se defendere, ant ni defendatur, bona eius possideri primùm, deinde vendi iubentur *tot. titul. de reb. author. iudic. possid.*

19. MARTIANVS libro 5. Regularum.

SI de communi seruitute quis bene quidem debere intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua: non est æquum, hoc cæteris damno esse. sed si per collusionemª cessit litem aduersario, cæteris dandam esse actionem de dolo, Celsus scripsit. idque ait Sabino placuisse.

Ad l. Si de communi 19.

Ratio dubitandi. Seruitutes omnes prædiorum indiuiduæ sunt ideóque fieri non potest vt factum vnius ex dominis fundi communis, cui seruitus communis quoque debebatur non prosit, aut noceat cæteris *l. loci corpus 4. §. si fundus supr. hoc tit.*

Dec. Non debet culpa vel dolus vnius ex sociis nocere aliis vt nec prodesse *tot. tit. C. res int. al. act. & quib. res iudic. non nocet l. si ideò 15. infr. de euict.* Itaque siue per collusionem vnius ex sociis condemnatio secuta sit, siue per culpam, quod benè litem non defenderit, non debet ea res nocere sociis, quo minùs saluam habeant de seruitute actionem. Iunge *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. penult. de solut. l. si perlusorio 14. infr. de appell. l. ex contractu 44. in fin. de re iudic.*

a *Sed si per collusionem.* Ratio dubitandi. Non datur actio de dolo nisi in subsidium si alia actio non sit *l. 1. & pass. supr. de dol.* Iam autem diximus neque culpam neque dolum eius qui succubuit, nocere sociis debere.

Dec. Multùm interest, an vnus ex sociis condemnatus fuerit, an verò lite cesserit. Condemnatio enim non afficit non condemnatos: sed cessio litis, afficit litem ipsam, & perimit, qua perempta quicquid in litem deductum fuerat, absumptum est *l. 2. infr. iudic. solui l. postquam 4. C. de pact.* In litem verò deductum fuerat totum ius seruitutis quod indiuiduum est *d. l. 4. §. si fundus supr.* Iunge *l. eleganter 7. §. penult. supr. de dol. l. supra iter 11. §. Cæm infr. de aqua & aqua pluu. arcend.*

20. SCÆVOLA libro 4. Digestorum.

TEstatrix fundo, quem legauerat, casas iunctas habuit, quæsitum est, si hæc fundo legato non cederent, eúmque legatarius vindicasset, an iste fundus aliquam seruitutem casis deberet:ª aut si, ex fideicommissi causa cùm sibi dari legatarius desideraret, heredes seruitutem aliquam casis excipere deberent. respondit, deberi.

Ad l. Testatrix 20.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. vlt. supr. vrban. præd.* Videbatur enim debere heredem testatoris præstare legatum fundum qualis fuit tempore testamenti & mortis heredis, ideóq;

non

non esse permittendum heredi vt in tradēdo fundo aliquam casis quas retinet, excipiat seruitutem: sed tamen magis est vt voluntas testatoris aliud suadeat ne quod remaneat penes heredem aut inutile ei fiat, aut minus vtilitatis adferat, quàm testatori ipsi adferre soleret, siue directò, id est verbis legati, siue obliquè ac per fideicommissa fundus relictus proponatur. Iunge *l. si seruum filij 44. §. vlt. de leg. 1.*

a *Aliquam seruitutem casis deberet.* Non ergo de seruitute legatario per heredem præstanda lex tractat, vt videtur sensisse Bartolus, sed de seruitute per heredem excipienda contra legatarium, quod sequentia apertiùs demonstrant.

1 Plures ex municipibus, qui diuersa prędia possidebant, saltum communem, vt ius compascendi haberent, mercati sunt. idq; etiam à successoribus eorum est obseruatum. sed nonnulli ex his, qui hoc ius habebant prædia sua illa propria venundederūt. Quæro, an in venditione etiam ius illud secutum sit prædia: cùm eius voluntatis venditores fuerint, vt & hoc alienarent. Respondit, id obseruandum, quod actum[a] inter contrahentes esset: sed, si voluntas contrahentium manifesta non sit, & hoc ius ad emptores transire[b]. Item quæro[c], an, cùm pars illorum propriorum fundorum legato ad aliquem transmissa sit, aliquid iuris secum huius compascui traxerit. Respondit, cùm id quoque ius fundi, qui legatus esset, videretur[d]: id quoque cessurum legatario.

Ad §. 1. Plures ex municipibus.

Ratio dubitandi. Ius pascendi pecoris videtur esse magis personæ, quàm prædij, nisi cùm prædij fructus maximè in pecore consistit *l. 4. sup. rust. præd.* Et consequenter non posse transire in singularem successorem.

Dec. Ius hoc seruitus est prædij quoties prædium aliquod est in quo sit pecus, siue ex maiore, siue minima parte fructus prædij consistat in pecore, vt dixi ad *d. l. 4.* seruitutes autem omnes prædiales sequuntur prædium *l. 2. in fine l. via constitui 23. §. si fundus & seq. l. si partem 25. sup. eod. tit. l. creditor 52. §. vlt. infr. de act. empt. l. in vendendo 66. §. 1. de contrah. empt. l. si pendentes 27 §. vlt. supr de vsufr.*

a *Quod actum.* Ratio dubitandi. Non est in arbitrio & potestate venditoris vt seruitus personalis transeat in emptorem, ne fiat durior conditio vicini, qui non nisi certæ personæ seruitutem debere voluit *d. l. 4. in fin. rust. præd l. Mela 14. in fin. de alim legat.*

Dec. Supponendi semper sunt termini habiles *l. adigere 6. § quamuis de iur. patron. l. 1. §. vlt. de SC. Tertyll.* ac proinde tractare hîc Scæuolam de seruitute prædiali, non de personali vt nolla sit repugnantia ex parte rei, quo minùs id obseruari possit, quod inter contrahentes actum est *l. semper 34. de reg. iur.*

b *Ad emptorem transire.* Ratio dubitandi. Nihil potest in emptorem transire nisi quod ille probet sibi venditum. Eius enim est probare qui dicit, non qui negat *l. 2. infr. de probat.*

Dec. Contra eom facienda semper interpretatio est, qui potuit legem apertiùs dicere *l. veteribus 39. supr. de pact.* quia debet ille sibi imputare cur non dixerit, cùm posset, Ergo contra venditorem *l. Labeo 21. de contr. empt.* Maximè autem in proposita specie, in qua seruitutes reales sua sponte rem sequuntur *d. l. via constitui 23. §. 2. & l si partem 25. sup. rust. præd.* *Lcùm fundus 12. supr. tit. prox.* Et hæc accommodatior decidendi ratio est, semper enim alienatio fit cum sua causa *l. alienatio 67 de contr. empt.*

c *Item quæro.* Ratio dubitandi. In dubio parcendum est heredi vt quam minimum fieri potest oneretur *l. Sempronius 47. de leg. 2.* Ergo videtur testator id ius seruare heredi suu voluisse, potiùs quàm transferre in legatarium.

Dec. Hæc seruitus cùm sit realis ius est fundi legati, & idcò sequitur necessariò fundum, & consequenter transit ad legatarium *d. l. via 23. §. si fundus supr. rust. præd.* & aliis suprà citatis. Nec enim aliud sunt iura prędiorum, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verb. signif.*

d *Videretur,* quia dubitari poterat, An esset seruitus prædij, an personæ *d. l. 4. sup. rustic. præd.* Ergo huoc locum intellige de saltu qui fuerit communis non dominio, & proprietate, alioqui nec personalis nec realis seruitus esse posset, sed vsu pecoris in eo pascendi, quæ vltima Accursij interpretatio est. Nisi malis cum eodem Accursio dicere fuisse prædium vniuersitatis non commune singulorum, quod magis probat Bartolus, quasi nihil vetet fundum vniuersitatis debere seruitutem prædiis singulorum: quod tamen mihi duriusculum videtur, cùm quicquid est vniuersitatis licèt non sit singulorum ratione dominij, tamen singulorum sit ratione vsus *l. in tantùm 6. §. vniuersitatis supr. de rer. diuis.* Nec proinde vlla necessitas aut vtilitas esse potest huiusmodi seruitutis. Neque magna hac parte differentia est inter ea quæ sunt vniuersitatis, & quæ sunt publica, quorum etiam communis est vsus, vnde fit vt interueniente loco publico seruitus nihilominus constitui possit nec interrumpatur quamuis ea quæ sunt publica sint nullius *l. seruitutes 14. §. publico loco supr. de seruit. l. vlt. supr. rustic. præd.*

21. LABEO libro 1. Pithanon à Paulo Epitomatorum.

SI qua aqua[a], nondum appareret, eius iter ductus constitui non potest Paulus: Immò puto, idcirco id falsum esse: quia cedi potest, vt aquam quæreres, & inuentam ducere liceret.

Ad l. Si qua aqua 21.

a *Si qua aqua.* Ratio dubitandi. Contra Labeonem cedi potest vt aquam quærere & inuentam ducere liceat, vt sequitur ex Paulo, nec Labeo ipse negabat in *l. Labeo 10. sup rustic. præd.*

Dec. Pro Labeone, Aliud est talem constitui posse seruitutem, quod verum est, aliud verò iter constitui ducendæ aquæ noodum inuentæ, quod fieri certè nequit, quia ex loco in quo inueniatur pendet, vt sciri possit per quem locum ducenda erit. Itaque hæc Pauli nota ad Labeonem mala est, & cauillatoria, vt dixi ad *d. l. Labeo.*

QVEMADMODVM SERVITVTES AMITTVNTVR.

TITVLVS VI.

1. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

SERVITVTES prædiorum confunduntur, si idem vtriusque prædij dominus esse cœperit.

Ad l. Seruitutes 1.

Ratio dubitandi. Seruitutes prædiorum debentur prædiis non personis, & à prædiis non à personis *l. vnus 34. sup. rustic. præd.* Non ergo in iis locum habere videtur eadem ratio confusionis, quæ in obligationibus personalibus, quod nemo sibi ipsi debere quicquam possit *l. heres à debitore 21. §. seruo tuo l. debitoris 50. infr. de fideiussor.*

Dec. Licèt seruitutes prædiorum debeantur prædiis, & à prædiis, acquiruntur tamen personis, quarum sunt prædia, in necessariam consequentiam *l. 1. supr. comm. præd.* Et similiter debentur etiam à personis, quarum sunt prædia seruientia, licèt non primò & per se, sed in consequentiam necessariam, quoniam persona sola est quæ & vti seruitute potest, & pati vt alius vtatur. Est ergo etiam in his seruitutibus eadem ratio admittendæ confusionis, multò magis in personalibus quæ primò & directè debentur personæ, non prædio, quamuis perinde à prædio debeantur, non à persona *l. quicquid 10. in fin. Comm. præd.* Et hic primus modus est amittendæ seruitutis, Confusio, Nempe si totum prædium seruiens acquiratur à domino prædij dominantis, aut contrà. Nam si pro parte tantùm, aliud est, quia seruitus pro parte retineri potest, licèt non acquiri *l. vt pomum 8. §. 1. supr. de seruit.* Iunge *l. tria prædia 31. sup. rustic. præd. l. si quis ædes 30. §. 1. sup. vrban. præd.*

2. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

QVi iter, & actum habet, si statuto tempore [a] tantum ierit, non perisse actum, sed manere, Sabinus, Cassius, Octauenus aiunt: nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.

Ad l. Qui iter 2.

Ratio dubitandi. Seruitus itineris differt tota specie à seruitute actus. Et ad seruitutem itineris pertinet, vt quis possit ire, Ad seruitutem verò actus, vt possit agere *l. 1. sup. rustic. præd.*

Dec. Etiam per se ire potest is qui actum solum habet, id est ire etiam sine iumēto, sed non tamen ambulare, quia in seruitute actus continetur quidem illud iter sine quo esse actus non potest, sed non seruitus itineris, vt explicauimus ad *d. l. 1.* Retinet ergo seruitutem actus etiamsi statuto tempore tantùm iuerit, sicut is qui habet vsumfructum, si sciens se habere vsumfructum, vsus tantùm sit, retinet etiam vsumfructum *l. is qui 20. quib. mod. vsusfr. amitt.* Quo exemplo dicēdum est in hac lege eum, qui actum & iter habuit iuisse tantùm, cùm tamen sciret etiam actum se habere, Alioquin non posset videri vsus eo iure quod ignorabat se habere *d. l. is qui vsumfructum.* Et ita benè Accursius. Hic verò secundus modus est amittendæ seruitutis *non vsu per statutum tempus.*

a *Statuto tempore.* ad vsucapionem: Quamuis enim seruitutes non vsucapiuntur, earum tamen libertas vsucapitur, Aliud est si tractetur de acquirenda seruitute. Tunc enim requiritur tempus quod necessarium est ad acquirendas res immobiles per longam possessionem *l. 2. C. de seruit. & aqua.* Sic autem scripsit Trib. vt & in *l. nam satis est 6. §. 1. infr. Constituto tempore.* Ob immutata per Iustinianum tempora vsucapionis in *l. vnica C. de vsucap. transform.* & specialiter in seruitutibus per *l. sicut 13. & l. vlt. C. de seruit. & aqua.*

3. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

IVra prædiorum morte, & capitis deminutione non perire, vulgo traditum est.

Ad l. Iura prædiorum 3.

Ratio dubitandi. Seruitutes prædiorum licet debeantur prædio, tamen debentur etiam personę in consequentiam necessariam, vt diximus ad *l. 1. supr.* Persona autem fit alia per capitis diminutionem *l. 1. & tot. tit. sup. de cap. minut.*

Dec. Seruitus prædialis cùm debeatur principaliter prædio, sequitur prædium, quod per capitis diminutionem personæ contingentem non mutatur *l. via 23. § si fundus rustic. præd. l. si quis ædes 30. vrban. præd.* Nisi id actum sit vt seruitus non egrediatur personam *l. 4. & 5. sup. rustic. præd.*

4. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

ITer sepulchro debitum non vtendo nunquam amittitur.

Ad l.

Ad l. Iter 4.

Ratio dubitandi. Etiam iter ad sepulchrum seruitus est & priuati iuris manet *l. seruitutes 14. §. 1. sup. de seruit.*

Dec. Sepulchrum res religiosa est, & extra hominum commercium, ideóque amitti ipsum non vtendo non potest, nec proinde seruitus itineris ad sepulchrum, quia sine eo itinere nullus sepulchri vsus esse posset: dixi ad *d. l. seruitutes 14. §. 1. supr. de seruit.* sic nec via publica amittitur vtendo *l. 2. infr. de via public. & itin. publ. resic.* quia nec ipsa in bonis vllius est.

5. IDEM libro 66. ad Edictum.

SEruitus & per socium, & fructuarium, & bonæ fidei possessorem nobis retinetur.

Ad l. Seruitus 5.

Ratio dubitandi. Neque per sociom, neque per fructuarium, neque per bonæ fidei possessorem acquiri seruitus potest *l. 2. supr. de seruit. l. si vnus 19. l. 34. supr. rustic. præd.*

Dec. Facilios est seruitutem retineri quàm acquiri *l. vt pomum 8. §. 1. iunct. l. pro parte 11. supr. de seruit.* Iunge *l. qui fundum 12. l. aquam 16. vers. quod si l. vsu retinetur 20. infr. hoc tit.* vbi dicitur retineri seruitutem etiam per malæ fidei possessorem.

6. CELSVS libro 5. Digestorum.

NAm satis est fundi nomine itum esse.

Ad l. Nam satis 6.

Ratio dubitandi. Neque socius nomine socij vtitur seruitute, neque vsufructuarius nomine proprietarij, neque bonæ fidei possessor nomine domini, sed suo quisque proprio *l. Pomponius 29. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. 48. bonæ fidei de acquir. rer. dom. l. meritò 51. pro socio.*

Dec. Satis est quod hi omnes iuerint & vsi sint seruitute nomine fundi cui debetur ad hoc vt seruitus fundo retineretur *l. vsu retinetur 20. & 21. infr.* Scilicet quia prædio debetur seruitus prædialis nõ personæ. Nec contrarium est quod scribitur in *l. fin. infr.* quia ibi in acquirendo hic in retinendo, inquit Accursius. Breuiter & benè.

1 ¶Si ego via, quæ nobis per vicini fundum debebatur, vsus fuero, tu autem constituto tempore cessaueris: an ius tuum amiseris? & econtrario, si vicinus, cui via per nostrum fundum debebatur, per meam partem ierit egerit; tuam partem ingressus non fuerit, an partem tuam non liberauerit. Celsus respondit: Si diuisus est fundus[a] inter socios regionibus: quod ad seruitutem attinet, quæ ei fundo debebatur, perinde est, atq; si ab initio duobus fundis debita sit: & sibi quisque dominorum vsurpat seruitutem, sibi non vtendo deperdit: nec ampliùs[b] in ea re causæ eorum fundorum miscentur, nec fit vlla iniuria ei, cuius fundus seruit, immo si quo melior: quoniam alter dominorum, vtendo, sibi, nõ toti fundo, proficit: Sed si is fundus[c], qui seruierit, ita diuisus est, plusculum dubitationis ea res habet. nam si certus ac finitus viæ locus est; tunc, si per longitudinem[d] eius fundus diuisus est, eadem omnia[e] seruanda erũt, quæ, si initio constituendæ eius seruitutis similiter hic duo fundi fuissent. si verò per latitudinẽ[f] viæ fundus diuisus est, (nec multum refert, æqualiter id factum est, an inæqualiter) tunc manet[g] idem ius seruitutis, quod fundo indiuiso fuerat: nec aut vsu detineri, aut, non vtẽdo, deperire, nisi tota via poterit, nec, si fortè inciderit, vt semita, quæ per alterum duntaxat fundum erit, vteretur, ideirco alter fundus liberabitur; quoniam vnum atq; eo modo indiuiduum viæ ius est. Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter conuenit. Certè si is[i] cui seruitus cedebatur, alterum ex ea diuisione fundum redemerit, num ideo minùs ea re fundi alterius seruitus permanebit? nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam, fundo altero manente seruo: si modo & ab initio[k] potuit angustior constitui via, quàm lege finita est, & adhuc id loci superest[l] in eo fundo, cui remissa seruitus non est[m], vt sufficiat viæ. quòd si minus[n] loci superest, quam viæ sufficiat, vterq; fundus liberabitur: alter propter redemptionem: alter, qui per eum locum, qui superest, via constitui non potest. Ceterum si ita[o] constitutum est ius viæ, vt per quamlibet partem fundi ire agere liceat: idque vel subinde mutare, nihil prohibet[p] atque diuisus est fundus: si per quamlibet eius partem æquè ire, atque agi posse tunc perinde obseruabimus[q], atque si ab initio duobus fundis suæ seruitutes iniunctæ fuissent, vt altera retineri, altera non vtendo possit deperire, nec me fallit, alieno facto ius alterius immutatu iri: quoniam ante satius fuerat, per alteram partem ire agere, vt idem ius ei in altera parte fundi retineretur. Contra, illud commodum accessisse ei, cui via debebatur, quòd per duas pariter vias ire agere possit: hisque octonos in porrectum, & senos denos in anfractum.

Ad §. 1. Si ego.

a *Si diuisus est fundus.* Ratio dubitandi. Licèt fundus cui seruitus debetur sit diuisibilis & diuisus, ipsa tamen seruitus indiuidua est *l. via 17. supr. de seruit. l. vna est via 18. supr. rust. prædior.*

Dec. Cùm fundus qui erat communis diuisus est regionibus; duo fundi fiunt, nec iam pars vna

est pars fundi sed fundus *l. si quis 6 §.1. supr. commun. præd. l. locus 60 de verb. sig. ff.* Et consequenter duplicem viam, & seruitutem fieri necesse est, & acquiri vnicuique ex sociis qui diuiserunt, vt perinde vnusquisque sibi suam vsurpet, aut amittat, ac si ab initio duo fundi fuissent, & seruitus singulis constituta *l. via 23. §. quacunque supr. rust. præd. l. 2. § penult. eod.*

b *Nec amplius.* Ratio dubitandi. Non potest diuisio facta inter socios duriorem facere conditionem fundi seruientis *l. 2. inf. quod vi aut clam l. non debet 74. de reg. iur.* facit autem deteriorem, si ex vna seruitute duas faciat.

Dec. Melior potius fit conditio eius cuius fundus seruit, Quoniam alter dominorum qui seruituto vtitur, sibi tantum proficit, non socio, cui tamen etiam prodesset si fundi diuisio nulla facta fuisset *l. prox. supr.* Ita fit, quod Accursius notat, vt qui in vno grauatur in alio releuetur.

c *Sed si is fundus.* Ratio dubitandi. Quemadmodum seruitus quæ debetur prædio, omnibus eius partibus debetur, ita & quæ à prædio ab omnibus eius partibus *d. l. via constitui 13 § vlt. iunct. l. certo generi 13. §. 1. l. si via 26. supr. rust. præd.* Nihil ergo hac parte interest, An de fundo seruiente tractemus, an de dominante.

Dec. Toties interest quoties dissimilitudinis ratio aliqua reddi potest. Cùm vbi alia ratio est, ibi aliud ius constituendum sit, vt & contrà, idem ius, vbi est eadem ratio *l. illud quæsitum 32. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam de inoff. rupt.* Hîc autem diuersitatis ratio euidens est, quæ sequitur in textu.

d *Tunc si per longitudinem.* Ratio dubitandi. Quæ sunt incorporalia vt via & seruitutes omnes non possunt vllas habere dimensiones, neque longitudinis, neque latitudinis, neque profunditatis, cùm neque tangi neque oculis cerni possint *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis.* quia scilicet quantitatem nullam habent, cuius dimensiones sunt longitudo, latitudo & profunditas.

Dec. Referuntur hæc verba ad longitudinem non viæ, sed loci per quem via debetur, qui locus corpus est *l. 4. supr. tit. 1.* Et ideò commodè diuidi potest, siue per longitudinem, siue per latitudinem.

e *Eadem omnia.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad sententiam præcedentem. Nam si ab initio fuissent duo fundi, vtique fuissent duæ viæ. Atqui vna tantùm hîc seruitus constituta est ab initio, quia vnius tantùm fundus fuit? Sed respondemus fieri hoc in consequentiam necessariam, quia non possunt fieri duo fundi facta diuisione per locum longitudinis viæ quin duæ fiant seruitutes viæ, idque cedit commodo potiùs quàm damno eius, qui dominus est fundi seruientis, vt proximè diximus.

f *Si verò per latitudinem.* Ratio dubitandi & decidendi, Eadem quæ ad versic. *Tunc si per longitudinem supr.*

g *Tunc manet.* Ratio dubitandi. Æquè hoc casu ex vno fundo fiunt duo ac si locus viæ per longitudinem diuisus esset.

Dec. Non tamen fiunt duæ viæ, sed tantùm duæ semitæ, quæ simul iunctæ vnam eandémque viam constituunt, quę cùm vna tantùm sit, est etiam necessario indiuidua, vt nisi tota non possit aut vsu retineri aut non vtendo amitti *d. l. vna est via 18. rust. præd.*

h *Possunt tamen.* Ratio dubitandi. Ius viæ indiuiduum est *d. l. vna est via 18. rust. præd.* In indiuidua autem non potest liberatio pro parte contingere, vt proximè dictum est *l. in executione 85. de verbor. oblig. l. heredes 25. §. idem iuris est infr. fam. herc.*

Dec. Quod via indiuidua est, facit vt tota sit in toto, & tota in qualibet parte, Eius scilicet loci quem ponimus certum ac finitum viæ fuisse. Hic enim casus est quem adhuc Celsus tractat. Ergo cùm diuisus sit fundus regionibus, licèt per latitudinem non per longitudinem viæ, sicuti duo fundi facti sunt, ita liberari alterum ex conuentione nihil vetat, quia non eo minus verum est, in altero fundo totum ius viæ, ac seruitutis manere.

i *Certè si is cui.* Ratio dubitandi. Cùm is cui seruitus debebatur, alterum ex ea diuisione fundum redemit, confunditur seruitus pro illa parte *l. 1. supr.* Ergo & in totum cùm indiuidua sit. Nec enim potest tota manere post acquisitionem factam vnius ex prædiis seruientibus.

Decid. Non ideò minùs alterius fundi seruitus permanebit, Et quidem tota, cùm in altero illo fundo, qui non fuit emptus, nulla seruitutis confusio interuenire potuerit. Sed tamen adhibenda distinctio est, quæ in textu sequitur, An locus viæ fuerit certus & finitus, an infinitus, cum subdiuisionibus adiectis.

k *Si modo & ab initio*, lego *vt ab initio.* Est enim hoc iuris non facti: Et ideò non debuit poni in conditione, vt in *l. à testatore 109. de condit. & demonstr.* Certum siquidem est potuisse ab initio angustiorem, vt & latiorem viam constitui, quàm quæ à lege finita est *l. via 23. in princip. supr. rustic. præd.* iunct. *l. via 8. eod.*

l *Et adhuc id loci superest.* Tantæ scilicet latitudinis vt vehiculum eà ire possit, Alioquin iter erit non via *d. l. via.*

m *Cui remissa seruitus non est.* Ratio dubitandi. Via facta angustior alia esse videtur, quàm quæ latior ab initio constituta fuit.

Dec. Eadem seruitus est sed restricta. Nec enim restringi potuit nisi ea quæ antè fuit. Nec citra nouam constitutionem seruitutis, alia & noua seruitus fieri potuit.

n *Quòd si minus.* Ratio dubitandi. Si ab initio constituta fuisset via eius latitudinis, vt per eam vehiculum duci non posset, via quidem non fuisset, sed iter tamen fuisset *d. l. via 23. rust. præd.* iunct. *l. si tam 12. supr. de seruit.* Ergo dicendum est alterum fundum qui redemptus non est manere seruum, hactenus scilicet vt debeat seruitutem itineris.

Dec. Qui constituit seruitutem viæ vel actus, facile creditur velle constituere seruitutem itineris si ad aliud constitutio prodesse non possit, sed seruitus viæ semel constituta vtiliter, nõ ita facilè potest ex postfacto degenerare in iter, aut in actum quæ sunt seruitutes aliæ & differentes specie. Nec enim iter continetur in actu aut in via formaliter, aut tanquam pars integralis, sed tantùm eminenter, vt loquuntur Philosophi.

o *Cæterùm si ita.* Secunda pars est distinctionis principalis, An nullus viæ locus certus determinatus fuerit. Hucusque enim prosecutus est Celsus eum casum, quo certus ac finitus viæ locus sit.

p *Nihil prohibet.* Delenda sunt hæc verba ideóq; in P. Flor. benè parenthesi circumscripta. Quæ enim præcedunt *idque vel subinde mutare* reguntur à præcedenti verbo *liceat.* Ratio dubitandi. Licèt in infi-

nito

nito constituta sit seruitus viæ, id est per totum fundum, sine vlla certi loci determinatione, attamen quàm primùm dominus fundi dominantia re agere direxerit, per illam partem semper eundum est, cæteræ autem partes liberæ fiunt *d.l.certo generi 13. §.1.supr. rustic.prad.* Nec amplius mutandæ viæ potestatem habeat *l.sicut 9. supr. de seruit.* Aut si id in constitutione seruitutis factum non sit, arbiter dandus est qui viam determinet *dict.l.certo generi 13.§.1.*

Dec. Seruitutes ex conuentione legem accipiunt, vt & contractus omnes *l.1. §.si conuenerit infr. depos. l.2.l.caueri 4.l.refectionis 11. & l. venditor 13. supr. comm prad.*

q *Tunc perinde obseruabimus.* Ratio dubitandi. Conuentio illa, vt per quamlibet fundi partem ire agere liceat, & subinde mutare, non facit vt ideò plures sint fundi, multò minùs vt plures sint viæ: vna enim etiam hoc casu via est, eàque ab omnibus fundi seruientis partibus debita, Non alia ratione, quàm quod indiuidua sit *l.si mihi 21.&l.via 23.§.vlt. rust.prad.* Nam & quæ per plures fundos via imponitur vna via est & vna seruitus *l.vna est via 18.eod.*

Dec. Vna quidem tantùm via fuit, sed perinde tamen obseruandum est diuiso fundo per regiones, ac si ab initio duobus fundis duæ seruitutes iniunctę fuissent, quia factis per diuisionem duobus fundis, superest potestas conuentionis, quæ facit, vt per quamlibet partem etiam cuiuslibet fundi dominus seruitutis possit ire agere, Et ita duas seruitutes ex vna fieri necesse est.

r *Possit deperire.* Ratio dubitandi. Facto alieno iur alterius immutari non debet *d. l. non debet 74. d reg.iur. l.2.quod vi aut clam.* Hic verò immutatur per diuisionem, Et quidem in deterius, cùm ex vna seruitute fiant duæ.

Dec. Imputare sibi debet is qui alteram viam amisit cur non per illam quoque fundi partem via vsus sit. Quòd si fecisset vtique idem ius in altera quoque fundi diuisi parte retineret. Hic enim sensus est illius clausulæ *quoniam factus ante fuerat.* Nullum itaque damnum sentire videtur, qui quod sentit ex culpa sua sentit *l.quod quis 203.de reg.iur.* Sed & pro hoc incommodo, sentit illud commodum ex diuisione facta fundi seruientis, quod cùm ante diuisionem vnam tantùm viam haberet, cœpit ex diuisionis die duas habere vias, per quas ire agere posset, adeóque bis octonos pedes in porrectum & senos denos in anfractum: quæ duplo maior viæ latitudo est quàm quæ legitima *l. via latitudo 8. supr. rust.prad.* Denique melius est viam in vtraque fundi parte retineri, quàm in nulla contineri, inquit Accursius. longe quæ de sententia huius loci non dissimiliter scripsi *lib.19.Coniect.cap.14.*

7. PAVLVS libro 13. ad Plautium.

SI sic constituta sit aqua, vt vel æstate ducatur tantũ, vel vno mẽse, quæritur, quemadmodum, non vtendo, amittatur: quia non est, continuum tempus: quo, cùm vti non potest, non sit vsus. itaque & si alternis annis [a], vel mensibus quis aquam habeat: duplicato constituto tempore amittitur. idem & de itinere [b] custoditur. si verò alternis diebus [c], aut die toto, aut tantum nocte: statuto legibus tempore amittitur: quia vna seruitus est. nam & si alternis horis [d], vel vna hora cottidie seruitutem habeat: Seruius scribit, perdere eum, non vtendo, seruitutem: quia id quod habet, cottidianũ sit.

Ad l. Si sic constituta 7.

Ratio dubitandi. Cùm sic constituta est seruitus aquæ ducendæ, vt vel æstate tantùm ducatur, vel vno mense, non potest esse continuum tempus quo dominus seruitutis ea vsus non sit, quando nec ea semper vti potuit. Nec enim potest cuiquã imputari cur non fecerit, quod iure facere non potuit. Ergo non potest amitti hæc seruitus non vtendo, per tempus legibus constitutum.

Dec. Variæ fuerunt hac de re sententiæ prudentum, vt constat ex *l. vlt.C.de seruit.& aqua*, vbi Iustinianus tandem constituit vt saltem lapsu vicennij, seruitus quælibet quantumuis discõtinuum vsum habeat, non vtendo amittatur. Et ratio est, Ne desidia eius qui per tam longum tempus cessauit vti, maneat impunita. Inuentæ namque sunt ad hoc vsucapiones & præscriptiones, vt diligentiores fierent domini ad res suas perquirendas. Videtur tamen Paulus, cuius est hæc lex innuere non putare se hanc seruitutem, de qua initio huius legis agit, posse amitti non vtendo, vt ratio, quam adfert his verbis *quia non est continuum tempus* decidendi causam contineat potiùs quàm dubitandi. Nam quæ sequuntur de amittenda seruitute aut duplicato, aut constituto tempore, ad alias species pertinent.

a *Itaque & si alternis annis.* Ratio dubitandi. Hoc etiam casu verum est non esse continuum tempus quo non sit vsus is cui seruitus debebatur, cùm vti non potuerit. Ergo non magis videtur hęc seruitus amitti posse non vtendo quàm illa de qua modo diximus.

Dec. Habet tempus certum, licèt discontinuum, ideóque nihil vetat amitti eam non vtendo, non equidem statuto tempore, sed duplicato, id est quadriennio si inspicias ius illud quod Pauli temporibus obtinebat, & quo amittebantur seruitutes omnes non vtendo per biennium, exemplo rerum immobilium.

b *Idem & de itinere.* Ratio dubitandi. Non semper & per omnia similis est seruitus itineris seruituti aquæ ductus, licèt ambę sint seruitutes rusticæ & ex earum numero, quas nostri vulgo discontinuas appellant. Nam ad vsum seruitutis aquæ ductus, plura requiruntur, quàm ad vsum seruitutis itineris, & factum quoddam permanere, constructi scilicet in alieno fundo riui, & fistularum per quas aqua ducatur *l. Quintus Mucius 15.supr.rust.prad.* quod in itinere actu & via diuersum est, vt scripsi *lib.19. Coniect.cap.9.10.& 11.*

Dec. Nulla hac parte inter has seruitutes dissimilitudinis ratio reddi potest. Ergo idem ius in vtraque statuendum est *l. illud quæsitum 32. ad leg. Aquil. leg.3. §. vnde etiam de inoff. rupt. & irr. fact. testam.*

c *Si verò alternis diebus.* Ratio dubitandi. Non est quotidianum quod alternis tantùm diebus fit, non magis quàm quod alternis annis vel mensibus, licèt tempus discontinuitatis breuius sit. Duplicato igitur tempore constituto est opus vt huiusmodi seruitus non vtendo amittatur.

Dec. Vna tantùm hæc seruitus est licèt habeat interualla dierum, vt & illa quæ habet interualla horarum, de quibus in *l.4.§.vlt.supr.de seruit.* videtúrq; quotidie fieri, quod alternis diebus fit, sicut & quod alternis horis, nisi quod habet commodiorem temporis & interuallorum distinctionem: fit enim vnoquoque alterno die, sed tamen vt dicam quod sentio, rationem hanc probare non possum, quia non modò falsum est, sed etiam implicat contradictionem, vt quotidianum sit quod alternis diebus fit. Malo itaque locum hunc emendare & sublata dictione *diebus* sic legere *si verò alternis aut die toto, aut tantùm nocte* cui lectioni bene conuenit quod sequitur *Nam etsi alternis horis*, vtroque enim casu quotidianum æquè est quod fit, quia fit quotidie quod fit die tantùm, non etiam nocte, aut nocte tantùm, non etiam die. Quare malo etiam pro *die toto* legere *die tantùm*, vt in vulgata lectione. Nihil enim refert an die toto an non toto, an alternis horis, vt sequitur in textu, Nisi quis dicat opponi constitutionem seruitutis ita factam vt alternis die toto aut nocte tantùm vtaris, seruituti sic constitutæ vt alternis horis. Sanè dictio illa *diebus* quam tollimus, addita fuit ab imperito interprete qui putabat malam fore grammaticam & nullius sensus orationem, si sic legeretur *si verò alternis, aut die tantùm aut nocte tantùm*, cùm tamen hæc verba optimum sensum habeant & elegantem constructionem. Nec tamen dici potest quicquam interesse, An alternis annis aut mensibus aut diebus vtenda seruitus constituatur.

d *Nam etsi alternis horis.* Ratio dubitandi. Non videtur hic casus similis superiori, quia in hoc casu quotidianum est id quod habet is, cui seruitus debetur. Et facilius est, vt quod quotidianum est amittatur non vtendo, quàm vt quod quotidianum non est.

Dec. Etiam quotidie fieri videtur, quod fit alternis die tantùm, aut nocte tantum, Et quamuis non esset id quotidianum, tamen non eo minus amitteretur seruitus non vtendo, per tempus constitutum, quia vna seruitus est. Dices vnam quoque seruitutem esse, si alternis annis vel mensibus aquæ ducendæ ius quis habeat. Absurdum enim esset dicere tot esse seruitutes quot sunt anni aut menses, Alioquin videretur seruitus constituta ad tempus, quod fieri non potest summo iure *l. seruitutes 4. sup. de seruit.* Nec rursus eo minùs esset vna seruitus quod duplicato tempore cõstituto amittatur non vtendo, duplicatur enim tempus, non quia sit duplex seruitus, sed quia magis discontinuum vsum habet. Respondeo, rationem hanc Pauli *quia vna seruitus est*, adiuuandam esse, & sic intelligendam, non quasi priore casu sit duplex seruitus, sed quòd etiamsi vna tantùm sit, videatur tamen adeò discontinua & dissipata vt vix vnius iure censeri posse existimetur. Quanquam, si mihi credis, hic quoque locus corruptus est, & pro *seruitus* legendum *Dies*. Nam admisso priore mendo de alternis diebus, hoc quoque induci necesse fuit.

8. Pavlvs libro 15. ad Plautium.

SI stillicidij immittendi ius habeam in aream tuam: & permisero ius tibi in ea area ædificandi, stillicidij immittendi ius amitto. Et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, & permisero tibi, in eo loco, per quem via mihi debetur aliquid facere, amitto ius viæ.

Ad l. Si stillicidij 8.

Ratio dubitandi. Ex diuersis & disparatis non benè infertur, vulg. *l. Papinianus 19. & vltim. de minor.* Aliud autem est me tibi permittere vt in area, quæ seruitutem stillicidij, aut viæ mihi debet, ædifices: Aliud verò velle me amittere seruitutem: Nec enim facilè prudens quisquam credendus est velle suum iactare, vulg. *l. cùm de indebito 25. infr. de probat.* nec rursus potest actus vllus operari vltra intentionem agentis, vulg. *l. si ego 18. & l. non omnis 19. inf. de reb. cred.* Dec. Actus seruituti contrarius iste est vt permittam tibi ædificare in eo loco per quem seruitus mihi debetur, & nihilominus seruitutem retinere velim, dummodò tale sit ædificium, vt eo posito non sit futurus mihi liber vsus seruitutis *l. si precario 17. in fin. supr. comm. prad.* Generale autem est vt per actum contrarium videatur quilibet ius suum deserere, dixi ad *d. l. si precario 17.* Iunge *l. si domus 21.* & quæ ibi dixi *supr. vrban. prad.*

1 ¶ Is, qui per partem itineris it, totum ius vsurpare videtur.

Ad §. 1. Is qui.

Ratio dubitandi. Per non vsum amittuntur seruitutes *l. prox. supr.* etiam ab ignorante *l. si partem 18. infr.* Ergo non retinetur nisi quatenus iis vsus probatur is, cui debebatur. Et consequenter qui per partem tantùm itineris it, non nisi partem seruitutis vsurpare videtur. Cùm & pro parte retineri seruitus possit *l. vt pomum 8. §. 1. sup. de seruit.* & imputare sibi debeat dominus seruitutis cur non toto itinere ierit, & vsus sit cùm posset *l. nam satis est 6. ante fi. versic. Quoniam supr. hoc tit.*

Dec. Seruitus itineris est indiuidua vt & cæteræ omnes, excepto vsufructu *l. 1. §. si vsusfructus infr. ad leg. falcid.* Et consequenter aut totam retineri necesse est per vsum partis, aut totam amitti *l. vna est via 18. supr. rust. prad.* Atqui absurdum esset dicere totam amitti cùm ea pro parte vsus sit dominus. Ergo dicendum est per vsum partis totam retineri. Intelligeautem cum Accursio de parte agri non diuisi ex *l. nam satis 6. §. 1. supr.* Item de seruitute petita per confessoriam non per interdictum *l. 1. §. Iulianus erit de itinere act. priuat.*

9. Iavolenvs libro 3. ex Plautio.

A Qua.

SI in partem aquagij influxit, etiam si non ad vltima loca peruenit, omnibus tamen partibus vsurpantur.

Ad l. Aqua 9.

Ratio dubitandi. Aquæ vsus in seruitute aquæductus eatenus est quatenus aqua ducitur. Ergo si aqua in partem tantùm aquagij influxerit, nec ad vltima loca peruenerit, non potest videri tota seruitus retenta & vsurpata.

Dec. Eadem quæ ad *l. praced.* quia hæc quoque seruitus indiuidua est & consequenter facilè, imò necessario per vsum partis tota retinetur *l. vna est via 18. sup. rust. præd.*

10. PAVLVS libro 15. ad Plautium.

SI communem fundum ego, & pupillus haberemus: licet vterque non vteretur: tamen propter pupillum & ego viam retineo.

Ad l. Si communem 10.

Ratio dubitandi. Priuilegium quod habet pupillus ne quid ex eius bonis possit vsucapi, est personale, vt cætera ferè omnia quæ personis huius ætatis & conditionis indulgentur *l. bona fides 48. §. 1. infr. de acquir. rer. dom. l. qui fundum 7. §. si tutor infr. pro emptor. l. ex pluribus 42. de admin. tutor.* Et consequenter non debet egredi personam pupilli *l. alia causa est 14. solut. matrimon.* Ne beneficium quod pupillo datur propter eius ignorantiam & ætatem alteri sit captiosum, qui cum pupillo non contraxit *l. 3. quib. ex caus. in poss. eat. l. si debitor 7. §. si quid cum pupillo infr. quæ in fraud. credit.*

Dec. In indiuiduis cuiusmodi sunt seruitutes omnes excepto vsufructu, vt in præcedentibus legibus diximus, non est nouum vt quis per alium retineat, quod per se retinere non potest. Nam & alias id euenit, vt in *l. 3. quæ res pign. l. cùm hereditate 55. de acquir. hered.* Maximè cum id fit per consequentiam necessariam, vt in *l. si is qui 29. de liber. legat.* & in specie proposita. Nam cùm pupillus non possit pro sua parte amittere communem seruitutem non vtendo non magis quàm rei suæ vsucapionem pati quod ea quoque sit quædam species alienationis *l. si fundum 16. infr. de fund. dotal. l. alienationis 28. de verb. signif.* necesse vt tota seruitus retineatur & quidem qualis est, id est communis

1 ¶Si is, qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus vsus fuerit: amisit nocturnam seruitutem, qua vsus non est. Idem est [a] in eo, qui certis horis aquæductum habens, aliis vsus fuerit, nec vlla parte earum horarum.

Ad § 1. Si is qui.

Ratio dubitandi. Non potest imputari negligentia ei, qui cùm nocturnam aquam haberet interdiu ea vsus est per tantum tempus, quanto alioqui potuisset amittere seruitutem non vtendo. Nec potest negari quin aqua vsus sit.

Dec. Imputari ei potest cur non sit vsus aqua quam habuit, id est nocturna, sed diurna tantùm, quam non habuit. Amisit ergo quam habuit, neque potuit retinere aliam quam non habuit *l. si quis 18. infr.* Aliud est in specie *l. cùm constet 5. §. 1. infr. de aqua quot. & æstiu.* vbi pluribus aqua debebatur certis horis separatim ducendo, quàm illi permutatis inter se temporibus duxerant, singuli enim ius suum retinent, quia vtuntur alius per alium, vt benè Accursius docet.

a *Idem est.* Ratio dubitandi. Interualla dierum & horarum non pertinent ad substantiam non seruitutis, sicut nec ad causam temporis, sed tantùm ad modum iure constitutæ seruitutis *l. seruitutes 4. in fi. supr. de seruitut.* Ergo non eò minus seruitute vsus videri debet, qui vsus est aliis horis quàm quibus vti debuit.

Dec. Quoties quis alia seruitute vsus est quàm quæ debebatur, nihil ei prodest, quòd sit vsus *leg. prox. & l. si quis 18. infr. hoc tit.* Alia autem re vtitur, qui aliis horis seruitute vtitur quàm quibus debuit. Modus namque in constituenda seruitute dictus spectandus est *l. 4. §. pen. & vlt. supr. de seruit.* Iunge *l. prox. infr.*

11. MARCELLVS libro 4. Digestorum.

IS, cui via, vel actus debebatur, vt vehiculi certo genere vteretur, alio genere fuerat vsus. videamus, ne amiserit seruitutem: & alia sit eius condicio, qui amplius oneris[a], quam licuit, vexerit: magísque hic plus, quàm aliud, egisse videatur: sicuti latiore itinere vsus esset, aut si plura iumenta egerit, quàm licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. ideóque in omnibus istis quæstionibus[b] seruitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus, quàm pactus est in seruitute habere.

Ad l. Is cui via 11.

Ratio dubitandi. Qui seruitute aliqua vsus est aliter quàm constituta fuit, non eò minus vsurpat seruitutem, nec eam amittit non vtendo *l. si stillicidij 8. §. 1. l. aqua 9. supr.*

Dec. Aliud est vti quem seruitute plus minúsve quàm potuerit. Aliud verò aliud facere, quàm quod iure seruitutis facere debuerit. Priore casu vsurpatur seruitus, posteriore non item, *leg. si quis 18. infr.* Qui autem alio genere vehiculi

vsus est, quàm de quo fuerat actum in constituenda seruitute, non tam plus aut minus, quàm aliud egit, quoniam alia seruitus esset.

a *Qui amplius oneris.* Ratio dubitandi. Neque hic constituta seruitute vti videtur, sed alia, quoniam ex qualitate & quantitate oneris prouidetur alia fieri seruitus.

Dec. Plus & minus non faciunt differre specie, vt aiunt Philosophi, quia non aliud faciunt, vt in exemplis in hac lege positis. Et qui facit plus quàm debeat illud ipsum facere intelligitur quod debet *l. si arborem 19. §. 1. sup. vrban. præd. l. 1. § Item quæritur & l. cùm constet 5. infr. de aqua quot. & est.* quia in eo quod plus est continetur quod est minus *l. in eo 110. de reg. iur.* Nisi quod plus est fiat illicitè & contra prohibitionem, vt si quis fines mandati excedat *l. 5. infr. mandat.*

b *Idemque in omnibus istis quæstionibus.* Totus hic versiculus aut Triboniani est, aut ad posteriores tantum species huius legis referendus, non ad eam quæ initio proposita est, in qua certè dubitari non potest quin seruitus amissa sit non vtendo.

1 ¶ Heres[a], cùm legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei seruitutes, extinguentur, si legati condicio existat. Videamus[b], an adquisitæ sequantur legatarium. & magis dicendum est, vt sequantur.

Ad §. 1. Heres.

a *Heres.* Ratio dubitandi. Pendente conditione legati, heres interim dominus est pleno iure *l. & post litem 12. §. vlt. infr. famil. hercisc. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum. liber. non fiunt.* Ergo seruitutes ab eo constitutæ tenent, tanquam à vero domino constitutæ.

Dec. Existens quandocunque condicio legati facit vt legatum pro puro habeatur *d. §. vlt. iunct. l. qui balneum 9. l. qui potior 11. qui potior. in pignor. habeant.* Et consequenter vt dominium fundi legati tam inde ab initio recta via ad legatarium peruenisse intelligatur *l. legatum 80. de legat. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Quo posito apparet fuisse constitutam seruitutem ab eo, qui dominus nunquam fuisse intelligitur *l. si fundum 105. infr. de condic. & demonstr.* Estque hæc res ex numero earum in quibus non nisi ex postfactu apparere potest quid anteà fuerit *l. quædam 15. de reb. dub. l. qui res 98. § 1. de solut.* Et hoc est quod dici solet extincto iure datoris extingui ius acceptoris *l. lex vectigali 31. de pignor. iunct. l. grege 13. §. 1. eod.*

b *Videamus.* Ratio dubitandi. Cùm legati conditio extitit legatum conditionale habetur pro puro ideòque heres nunquam dominus fuisse intelligitur, vt proximè diximus ex *dict. l. Et post litem §. vlt. infr. fam. hercisc.* Ergo non valuit seruitus per eam acquisita huic prædio, quia non alius potest acquirere seruitutem quam qui habet prædium *l. 1. supr. comm. præd.*

Dec. Negari non potest quin seruitus vtiliter acquisita sit inspecto tempore acquisitionis cùm eo tempore heres qui acquisiuit fuerit verè dominus, & pleno iure, adeò vt medio tempore alienare posset non irreuocabiliter, sed cum sua causa *l. generaliter. 24. §. vltim. infr. de fideicomm. libert. l. necessariò 8. de peric. & commo. rei vendit.* Quod autem ex postfacto per existentiam conditionis, & agnitionem legati. nunquam dominus fuisse intelligitur, fit in gratiam legatarij ne sit ei aliòqui necesse implorare voluntatem heredis, sine qua dominium transire in legatarium iam non posset *l. si ego 9. § si rus infr. de iur. dot.* Ergo non debet in eiusdem legatarij odium retorqueri vt eo minùs maneat seruitus benè acquisita *l. nulla 25. supr. de legib. l. quod fauore 6. Cod. eod. l. penultim. C. ad SC. Trebell.* Sequuntur itaque legatarium quia sequuntur rem legatam *l. cum fundus 12. comm. præd.* Et potest videri heres quodammodo procurator legatarij in re legata, quomodo debitor dicitur procurator debitoris in re pignorata *l. si pignori 29. in fi. infr. famil. ercisc.* & fructuarius procurator proprietarij in re fiduciaria *l. 1. § vltim. infr. de oper. noui nunciat. l. 1. in fin. supr. vsufruct. quem. caueat.*

12. Celsvs libro 23. Digestorum.

QVi fundum alienum bona fide emit, itinere quod ei fundo debetur, vsus est. retinetur id ius itineris: atq; etiam si precariò, aut vi deiecto domino possidet. fundus enim qualiter se habens, ita cùm in suo habitu possessus est: ius non deperit. neque refert, iustè, néne possideat, qui talem eum possidet. Quare fortius[a], & si aqua per riuum sua sponte perfluxit, ius aquæ ducendæ retinetur. quod & Sabino placuit, vt apud Neratium libro quarto membranarum scriptum est.

Ad l. Qui fundum 12.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei emptor, cùm putet se dominum vtitur seruitute fundo debita suo nomine non alieno. Non igitur potest vsus eius vsurpare seruitutem in fauorem veri domini esse seruitus debetur.

Dec. Seruitus non personæ debetur, sed prædio *l. vnus 24. supr. rust. præd.* Proinde sufficit fundi nomine vtum esse aliquem seruitute, quisquis tandem illud sit qui vsus est *l. seruitus 5. & l. Nam satis est 6 in princip. supr. l. vsu retinetur 20. & seqq. infr.* etiamsi malæ fidei possessor fuerit *l. licet 24. infr. eodem.* Idque est quod in hac lege additur *fundus enim qualiter se habens cùm in suo habitu possessus est ius non deperit.* Alludit enim ad id quod toties inculcauimus, iura prædiorum nihil aliud esse quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86 de verb signif.*

a *Quare fortiùs.* Ratio dubitandi. Nullum hominis factum interuenit cùm aqua sua sponte currit, per fundum qui seruitutem debet

Nun

Non potest igitur ea res excusare negligentiam illius cui debetur seruitus, quo minùs amittat seruitutem non vtendo.

Dec. Tantò magis verum est, fundum ipsum vsum esse aquæ seruitute, cùm ea naturaliter vsus est, nullo facto hominis interueniente. Idque est quod lex ait *fortuis*, vt intelligamus casum hunc minus habere dubitationis, quàm superiorem. Non quòd vt desidiosi res existimant, faciat satis ille, qui aquam sua sponte labi & currere patitur *l.1.§. quæsitum 21. inf. de aqua quot. & æstiu.* sed quia nullo hac in re hominis facto opus est.

13. VLPIANVS libro 17. Digestorum.

SI quis ex fundo, cui viam vicinus deberet, vendidisset locum proximum seruienti fundo, non imposita seruitute: & intra legitimum tempus, quo seruitutes pereunt, rursus eum locum adquisisset: habiturus est seruitutem, quam vicinus debuisset.

Ad l. si quis 13.

Ratio dubitandi. Qui vendidit locum proximum fundo seruienti nulla imposita seruitute videtur abiecisse penitus animum retinendæ seruitutis, cùm facto suo præripuerit sibi facultatem vtendi amplius seruitute, quia scilicet vti non potest si non habeat transitum per partes quas vendidit proximas fundo seruienti: Nihil ergo ei prodesse debet, quod antequam præterierit tempus, quo potuit amitti seruitus non vtendo, rursus easdem fundi partes acquisierit: Maximè si eas vendiderat nulla redimendi facultate retenta. Qui enim facit actum contrarium videtur ius suum deserere *l. si stillicidij 8.* vt dixi *supr.*

Dec. Seruitus quæ fundo debetur, omnibus eius partibus debetur, Et ideò quemadmodum si particulátim fundus veniret omnes eius partes seruitus sequeretur *l. via constitui 23. §. vlt. supr. rust. præd.* Ita & particula duntaxat eius vendita, superest seruitus quæ reliquis omnibus fundi partibus non venditis debebatur, Et quamuis ea vti non possit dominus, idémque venditor, quia non habet partes proximas fundo seruienti, Cessat tamen propter impedimentum medij inhabilis *l. qui sella 7. §. 1. rustic. præd.* veriùsquàm extincta sit: vnde est quod si tempus nondum prêterierit intra quod poterat amitti non vtendo, & interim partes illas venditas venditor rursum acquisierit, eadem seruitus debetur non quasi ressuscitata vel restituta, sed quasi nunquam sublata. Iunge *l. tria prædia 31. sup. rust. præd. l. & si fortè 6. in princ. supr. tit. prox.*

14. IAVOLENVS libro 10. ex Cassio.

SI locus, per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset: & intra tempus, quod ad amittendam seruitutem sufficit, alluuione facta, restitutus est: seruitus quoque in pristinum statum restituitur [a]. quòd si id tempus [b] præterierit, vt seruitus amittatur, renouare eam cogendus est.

Ad l. Si locus 14.

Ratio dubitandi. Nihil potest imputari ei qui non est vsus seruitute debita per locum qui fluminis vi & impetu occupatus est. Et rursum ponimus nondum præteriisse tempus intra quod potuerit non vtendo amitti seruitus. Non ergo est opus vt restituatur, cùm restitutio seruitutis præsupponat extinctionem, non minùs quàm priuatio præsupponat habitum.

Dec. Seruitutes prædiorum, cùm à prædiis debeantur, sine prædiis stare non possunt *l. sicut 13. C. de seruit. & aqua l. 1. supr. comm. præd.* Et consequenter sublato per impetum fluminis loco per quem seruitus debebatur, ipsam quoque seruitutem sublatam esse necesse est. Nam & idem in vsufructu contingeret *l. 2. supr. l. si ager 23. & seq. sup. quib. mod. vsufruct. amitt.*

a *Restituitur.* Ratio dubitandi. Seruitus semel extincta nunquam ipso iure reuiuiscit, sicut nec obligatio, sed facto hominis opus est vt restituatur *l. si et 9. supr. comm. præd.*

Dec. Cùm nullo facto hominis seruitus extincta est, sed solo facto naturæ, vt in casu proposito, solo quoque facto contrario restituitur, quia non tam ipso iure fuerat extincta, quàm facto, vt ita dicam, & per defectū loci qui seruitutem debebat. Potest igitur alluuio accedens restituere quod inundatio & impetus fluminis abstulerat. Sed intellige de sublato fluminis incremēto, & latente decremento secundum distinctionem *d. l. si ager 23. & l. cùm vsumfructum 24. sup. quib. mod. vsuf. amitt.* facit reg. *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur.*

b *Quòd si id tempus.* Ratio dubitandi. Etiamsi tempus præterierit, quo potuerit amitti seruitus non vtendo, verum tamen est dicere nihil posse imputari ei, qui non est vsus seruitute, quandiu locus fluminis occupatus fuit, quia nec vti potuit *l. si sit 7. supr.* Ergo si post tempus illud præteritum restituatur locus in pristinum statum, restitui quoque seruitus debet ipso iure adeóque ipso facto, vt in superiore specie, & in lege præcedente.

Dec. Quemadmodum ad retinendam seruitutem sufficit vt per fundum aqua ducta sit à quolibet, adeóque vt aqua per fundum seruientem sua sponte cucurrerit, vt dixi ad *l. qui fundum 12. supr.* quia per vsum aquæ factum magis ipsum, imò rem ipsam, quàm personam facientem intelligimus, Ita ad amittendam seruitutem sufficit quoquo modo impeditum fuisse vsum seruitutis, etiamsi naturaliter id contigerit, nec hominis negligentia vlla interuenerit: Sed tamen quia verum est nihil imputari posse ei cui seruitus debebatur, æquum est renouari eam, & ad id cogi per actionem confessoriam dominum fundi seruientis,

sed impetrata tamen prius restitutione in integrum, vt Accursius sentit ex *l. 2. §. si quis propter inundationem infr. de itin. act. priu. iunct. l. & Attilicinus 35. sup. rust. præd.*

1 ¶Cùm via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est: vicinus proximus viam præstare debet.

Ad §. 1. Cùm via.

Ratio dubitandi. Cùm via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, nihil potest imputari ei qui vicinus est vt de suo viam præstare debeat.

Dec. Tanta est necessitas viæ publicæ, vt si perierit, necessariò ex alicuius priuati fundo & detrimento præstanda sit. Potior enim semper habenda est ratio vtilitatis publicæ quàm priuatæ *Auth. res quæ C. comm. de leg.* A quo autem præstari potiùs debet, quàm à vicino proximiore. Est igitur hæc res ex earum numero quæ sic constituatur non tam ex iustitia & æquitate aliqua, quàm quòd nihil æquius & melius constitui possit. Impensa tamen publica nouam viam publicam fieri oportet *l. venditor 13. §. 1. supr. comm. præd. l. 2. C. pro quib. caus. seru. pro pram. liberi. accep.*

16. IAVOLENVS libro 2. Epistularum.

SI cùm seruitus mihi per plures fundos deberetur, medium fundum adquisiui: manere seruitutem puto, quia totiens seruitus confunditur, quotiens vti ea is, ad quem pertineat, non potest, medio autem fundo adquisito, potest consistere: vt per primum & vltimum iter debeatur.

Ad l. Si cùm seruitus 15.

Ratio dubitandi. Confunditur seruitus quoties idem fit dominus fundi dominantis & seruientis *l. 1. supr.*

Dec. Toties confunditur seruitus quoties is ad quem pertinet ea vti non potest iure seruitutis. Atqui medio fundo acquisito etiamsi in eo non possit amplius consistere seruitus, Nihil tamen vetat adhuc ita eam subsistere, vt per primum & vltimum seruitus debeatur: Præbet enim eandem commoditatem seruitutis, licèt non iure seruitutis. Idem ergo est etiam primum aut vltimum prædium ab eo cui seruitus debebatur, acquisitum fuerit *l. tria prædia 31. supr. rust. præd. l. si prius 17. §. vlt. infr. de aqua & aquæ pluu. arc.*

17. PROCVLVS libro 1. Epistularum.

AQuam, quę oriebatur in fundo vicini, plures per eundem riuum iure ducere soliti sunt, ita vt suo quisque die à capite duceret: primò per eundem riuum eumq; communem: deinde vt quisq; inferior erat, suo quisq; proprio riuo, & vnus statuto tépore quo seruitus amittitur, non duxit. existimo, eum ius ducendæ aquæ amisisse. nec per ceteros, qui duxerunt, eius ius vsurpatum esse. proprium enim cuiusq; eorum ius fuit: neq; per alium vsurpari potuit. Quòd si plurium [a] fundo iter aquæ debitum esset: per vnum eorum omnibus his, inter quos is fundus cõmunis fuisset, vsurpari potuisset. item si quis [b] eorum quib. aquæ ductus seruitus debebatur, & per eundé riuum aquam ducebant, ius aquæ ducendæ, non ducendo eam, amisit: nihil iuris eo nomine ceteris, qui riuo vtebantur adcreuit: idq; commodum eius est, per cuius fundum id iter aquæ, quod non vtendo, pro parte vnius amissum est: libertate enim huius partis seruitutis fruitur.

Ad l. Aquam 16.

Ratio dubitandi. Sufficit aquam ductam esse ab aliquo etiam suo nomine adeoque per fundum sua sponte accurrisse, vt seruitus vsurpetur *l. qui fundum 12. supr. l. vsu 20. & seqq. inf. eod.*

Dec. Proprium cuiusque sociorum hoc ius seruitutis fuit, & suam quisque seruitutem habuit, ac proinde sua quisque vsus est non aliena: suam igitur tantùm vsurpauit quisque non alienam, Et consequenter ea quæ à nemine vsurpata fuit, non vtendo amissa est.

a *Quòd si plurium.* Ratio dubitandi. Etiam cùm plurium fundo iter aquæ debitum fuit, iure tamen suo quisque sociorum vsus est, non alieno.

Dec. Cùm plurium fundo aliqua seruitus debetur, non tot sunt seruitutes quot sunt socij, sed vna tantùm, quia vnus duntaxat fundus est, cui seruitus illa debetur in qua seruitute, sicut in dominio fundi, commune est ius omnium sociorum: Ideóque per vsum vnius totum ius etiam cæterorum vsurpatur, id est, vt benè semper Accurs. explicat vsu retinetur *l. seruitus 5. sup.*

b *Item si quis.* Redit ad priorem speciem huius legis de seruitute debita pluribus plurium fundis. Ratio dubitandi. Solet portio deficiens adcrescere cæteris qui ex eodem iure veniunt, puta ex eodem testamento, arg. *l. si sub conditione 16. supr. quib. mod. vsusfr. amitt. l. vnic. C. de caduc. toll. § vbi autem.*

Dec. Seruitus quæ non vtendo amittitur non alterius commodo potest amitti, quàm illius qui eam debebat, quique eo modo libertatem seruitutis acquisiuit pro parte eius qui seruitute vsus non est, satisque consultum est iis, qui seruitute vsi sunt, quod partes eorum non sunt amissę, Longéque alia species est, *l. communi liberto 24. infr. de bon. libert.* quam vt contrariam Accursius opponit. Nec enim quicquam est in hac specie, quod de iure adcrescendi tractari possit, cùm nihil sit quod vacet, vt benè hîc post Azonem Accursius.

17. POM-

17. POMPONIVS libro 11. ex variis lectionibus.

LAbeo ait: si is, qui haustum habet, per tempus, quo seruitus amittitur, ierit ad fontem, nec aquam hauserit: iter quoque eum amisisse.

Ad l. Labeo 17.

Ratio dubitandi. Qui per tempus quo seruitus amittitur iuit ad fontem, licèt aquam non hauserit, tamen vius est itinere, Ergo non debet iter amisisse, nec consequenter haustum, siquidem sufficit vsum esse seruitute pro aliqua parte *l. 1. l. si stillicidij 8. §. 1. & l. seq. supr.*

Dec. Non potest per se ire qui habet seruitutem haustus aquæ, sed tantùm ad hauriendam aquam *l. 3. §. vlt. supr. rust. præd.* id est, in necessarium antecedens futuri consequentis. Ergo si aquam non hauserit, licet iuerit, non potest videri vsus seruitute, nec in totum nec pro parte, sed eo itinere cuius nullum ius habuit. Itaque cùm amittat principale, necesse est vt amittat quoque accessorium *l. nihil dolo 129. §. 1. inf. de reg. iur.*

18. PAVLVS libro 15. ad Sabinum.

SI quis alia aqua vsus fuerit, quàm de qua in seruitute imponenda actum est: seruitus amittitur.

Ad l. Si quis 18.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. si communem 10. §. 1. sup.* Nam is qui alia aqua vsus est, quàm de qua conuenit in seruitute imponenda actum est, vtitur quidem aqua sed non seruitute debita, idcóq; non vtendo eam amittit, quasi non plus aut minus quàm debeat, sed aliud fecerit, vt in *l. is cui via 11. supr.* Iunge *l. 1. §. illud tamen infr. de aqua quot. & æstiu.*

1 ¶ Tempus, quo non est vsus præcedens fundi dominus, cui seruitus debetur, imputatur ei qui in eius loco successit.

Ad §. 1. Tempus.

Ratio dubitandi. Sua cuique negligentia & culpa nocere debet non alteri *l. factum 155. de reg. iur.* Negligentia enim culpa est. Saltem cum magna est *l. magna 226. de verbor. signif.*

Dec. Non potest melior esse conditio successoris etiam singularis, quàm authoris *l. instum 156. §. plerumque l. aliud est 180. §. vlt. de reg. iur.* quia semper fit alienatio cum sua causa *l. alienatio 67. de contrah. empt. l. vnic. C. rem alien. gerent.* Et imputari potest ei qui emit à negligente, arg. *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Cùm tamen imputari non possit domino fundi seruientis, cur dominus seruitutis fundum dominantem alij vendiderit antequàm seruitus aut vsurpata esset, aut amissa. Vide quid simile in *l. si heres 70. §. vlt. ad Trebell. & in §. inter emptorem. Instit. de vsucap.*

2 ¶ Si, cùm ius haberes [a] immittendi, vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, ideóque nec tu immittere poteris, non ideò magis seruitutem amittes: quia non potest videri vsucepisse vicinus tuus libertatem ædium suarum, qui ius tuum non interpellauit.

Ad §. 2. Si cùm ius haberes.

a *Si cùm ius haberes.* Ratio dubitandi. Verum est non esse vsum seruitute hunc qui habuit ius tigni immittendi, cùm per statutum tempus nihil immiserit. Dec. Non potest amitti seruitus vrbana quin vsucapiatur libertas, nec rursus vsucapi libertas, quin factum aliquod intercedat vsucapientis ad interpellandum ius seruitutis *l. hac autem 6. l. seruitutes 20. supr. vrban. præd. l. fundus 32. §. 1. rust. præd.* In eóque differunt seruitutes vrbanæ à rusticis *d. l. hac autem.* Aliud esset in seruitute oneris ferendi: Is enim, qui hanc seruitutem debet, etiam parietem reficere cogitur qui onus ferat *l. sed & si fortè 6. §. etiam sup. tit. 1.* Iunge *l. si locus 14. sup. hoc tit.*

19. POMPONIVS libro 32. ad Sabinum.

SI, partem fundi vendendo, lege cauerim, vti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem: & statutum tempus intercesserit antequam riuum facerem: nihil iuris amitto, quia nullum iter aquæ fuerit: sed manet mihi ius integrum. quòd si fecissem iter, neque vsus essem, amittam.

Ad l. Si partem 19.

Ratio dubitandi. Qui potest facere vt possit iam videtur posse *l. qui potest 174. de reg. iur.* Atqui fuit in mea potestate vt riuum facerem, quo facto seruitute vti potuissem. Ergo perinde amittere illam debeo ac si seruitute vsus essem, cùm non nisi per me steterit. Dec. Non potest amitti seruitus per non vsum, nisi ex quo dominus seruitutis ea vti potuit, quia priuatio præsupponit habitum, sicuti nec potest perimi actio quæ nunquam fuit nata *l. si in diem 46. l. Titio vsusfructus 96. de condit. & demonstrat. l. 1. §. vltim. supr. quibus modis vsusfruct. amitt. l. itinere 28. supr. rustic. præd. l. Sempronius Attalus 16. infr. de vsufruct. legat.* Non potest autem duci aqua, quin priùs iter aquæ constituatur *l. vlt sup. tit. 1.*

sari que punitur in eo mea negligentia, quòd tantisper carui commodo seruituris. Mauet igitur mihi ius integrum non tantùm actionis personalis vt vult Accursius, sed etiam confessoriæ exercendæ: scilicet vbi riuum reficere, aut etiam ad riuum reficiendum, si dominus fundi seruientis nolit fortasse pati refectionem *l. refectionis 11 sup. comm. præd. l. & si fortè 6. §. etiam sup. tit. prox.*

1 ¶Si per fundum meum viam tibi legauero, &, adita mea hereditate, per constitutum tempus ad amittendam seruitutem ignoraueris eam tibi legatam esse: amittes viam non vtendo. quòd si intra [a] idem tempus, antequam rescires tibi legatam seruitutem, tuum fundum vendideris: ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea vsus fuerit, quia scilicet tua esse cœperat, vt nec ius repudiandi [b] legatum tibi possit contingere, cùm ad te fundus non pertineat.

Ad §. 1. Si per fundum.

Ratio dubitandi. Nihil potest imputari ei qui non est vsus eo iure quod ignorabat sibi competere *l. mater decedens 19. sup. de inoff. testam.* Neq; rursum cur non egerit *l. cùm sex 55. inf. de ædilit. edict.*

Dec. Legatum per vindicationem relictum transit recta via à testatore in legatarium *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. de furt.* & acquiritur etiam ignoranti *l. cùm pater 77. §. surdo de leg. 2.* Potest igitur ipso iure amitti non vtendo, etiam ab ignorante. Nam quæ ignorantes acquirimus etiam ignorantes amittere possumus, dabitur tamen restitutio in integrum ex capite ignorantiæ, si Accursio credimus ex *l. & Attilicinus 35. rustic. præd.* Sed ego dubito, Multum enim refert, An quis non sit vsus seruitute, quia per ignorantiam non potuerit vt hîc (cui enim magis quàm sibi potest suam imputare ignorantiam?) an propter impedimentum ex parte rei, vt ibi.

a *Quòd si intra.* Ratio dubitandi. Qui nesciuit sibi legatam viam, non potuit cogitare de transferenda via in emptorem, neque rursus emptor de ea acquirenda, cùm actus non operentur vltra intentionem agentium *l. si ego 18. & seq. infr. de reb. credit.* Ergo nec potuit emptor eam amittere non vtendo.

Dec. Seruitutes prædiorum necessariò sequuntur fundum, cui debentur *l. cùm fundus 12. supr. comm. præd.* quia sine prædiis stare non possunt *l. 1. eod. l. sicut 13. C. de seruit. & aqua.* Nec aliud sunt iura prædiorum, quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud 86. de verbor. signif.* Et quemadmodum acquiruntur prædio etiam ignorante legatario, si legatæ sint per vindicationem, vt proximè diximus, ita & cum fundo transeunt necessariò etiam ab ignorante legatario in ignorantem emptorem. Et consequenter potest emptor ea vti intra tempus constitutum ad eam amittendam, Et non vtendo quoque eam amittere: quia iam cœperat esse venditoris, & per eius personam cœpit esse emptoris quoque, Qui habet præterea actionem de dolo contra venditorem si is tacuerit sciens seruitutem debitam fundo quæ posteà sit amissa non vtendo, *l. in vendendo 56. §. 1. de contr. empt.* Hæc verò maximè obtinent si fundus venditus sit *vti optimus maximúsque est, l. 190. & 126. 169. de verbor. signif. l. penultim. de euict.*

b *Vti iam nec ius repudiandi.* Ratio dubitandi. Acquisitio legati quæ fit sola legis potestate in fauorem ignorantis legatarij, non est adeò irreuocabilis vt non sit in legatarij potestate legatum repudiare si nolit agnoscere *l. seruum filij 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1. l. quædam 15. de reb. dub.*

Dec. Potest legatarius repudiare legatum, quandiu aut agnoscendi aut repudiandi legati ius remanet in persona legatarij: At non posteaquàm ius illud à legatario siue sciente, siue ignorante translatum est in alium, quia nemo alienum ius repudiare potest, at nec suum quidem si iam fuerit voluntariè acquisitum, *l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia de leg. 2. l. 1. §. decretalis de success. edict.* Sed nec rursus poterit emptor legatum hoc repudiare, quia non fuit ei delatum, sed venditori, nec fuit cessum hoc ius repudiandi legati in venditorem, quod nec cedi potuit, nec in alium transire, excepto casu *l. legatum 7. de leg. 1.* Denique ius alteri iam quæsitum alterius facto tolli non potest præsertim venditoris *l. si ego 9. §. si res de iur. dot. l. id quod nostrum 11. l. non debet 74. de reg. iur.* Satísque debet esse venditori, quod non teneatur de euictione *l. penultim. infr. de euict.*

20. SCAEVOLA libro primo Regularum.

VSu retinetur seruitus, cùm ipse, cui debetur, vtitur: quíve in possessionem eius est: aut mercenarius: aut hospes: aut medicus: quíve ad visitandum dominum venit, vel colonus: aut fructuarius.

21. PAVLVS libro 5. Sententiarum.

FRuctuarius, licet suo nomine.

22. SCAEVOLA libro primo Regularum.

DEnique quicumque quasi debita via vsus fuerit.

23. PAVLVS libro 5. Sententiarum.

SIue ad fundum nostrum facit, vel ex fundo.

24. SCAEVOLA libro 1. Regularum.

LIcet malæ fidei possessor sit, retinebitur seruitus.

Ad l.

Ad l. vsu retinetur 20. & seq. 21. 22. 23. & 24.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. 5. & l. qui fundum 12. sup. hoc tit.* vt dixi: Non enim videbatur posse vsurpari seruitus per alium, quàm per eum cui debetur, & qui suo nomine ea vsus sit, & qui habuerit animum retinendæ sibi seruitutis: In quo numero non est qui in possessione est prædij cui seruitus debetur, nec hospes, nec medicus, nec amicus, qui ad visitandum dominum venit, nec colonus, nec fructuarius. Multò minùs malæ fidei possessor, de quibus omnibus agitur in hâc lege & in sequentibus. Sed decidendi ratio est, quia satis est fundi nomine itum esse *l. 6. sup.* siue ex fundo nostro itum sit, siue aliunde ad fundum qui seruitutem debet: Adeò vt sufficiat aquam ipsam per se iuisse & sua sponte fluxisse per fundum seruientem *d. l. qui fundum 12. sup.* sic in *l. si mulieri 22. sup. quib. mod. vsufr. amitt. l. 1. §. is cuius. & §. pen. inf. de itin. act. priu.*

25. Pavlvs libro 5. Sententiarum.

SEruitutę vsus non videtur, nisi is, qui suo iure vti se crediderit. ideóque si quis pro via publica[a], vel pro alterius seruitute[b] vsus sit, nec interdictum[c], nec actio vtiliter[d] competit.

Ad l. vlt.

Ratio dubitandi. Seruitutis amissio per non vsum impeditur. etiamsi quis seruitute vsus sit alieno nomine *l. vsu retinetur 20. & seqq. supr.*

Dec. Aliud est quærere de vsu seruitutis ad eam acquirendam, vt in *l. si quis diuturno 10. sup. tit. proxim.* Et hoc casu non aliter videtur quis seruitute vsus, quàm si iure suo vti se crediderit: Ideóque nec aliter habet aut actionem confessoriam, de qua in *d. l. si quis aut dictum. l. apparet 5. §. penult. infr. de itiner. act. priu. l. 1. §. Aristo 19. infr. de aqua quot. & æstiu.* Aliud verò quærere de vsu seruitutis ad eam retinendam & vsurpandam: quo casu sufficit vt quilibet vsus sit, siue suo, siue alieno nomine, vt in *legib. proxim.* Cæterùm hoc etiam casu requiritur, vt qui vsus est seruitute sit ea vsus quasi debita fundo dominanti *l. denique 22. supr.* Alioqui non vsurparetur seruitus, Non tamen illud etiam requiritur ad vsurpandam seruitutem vt qui ea vtitur sciat cuius sit fundus seruięns *l. 1. §. is cuius infr. de itiner. actúque priuat.* quia scilicet debetur seruitus à prædio non à persona.

a *Pro via publica.* Ratio dubitandi. In iis quæ in facto consistunt plus valere debet quod in veritate, quàm quod in opinione est *§. si quis rem suam. Instit. de legat.* quæ enim facti sunt semper sunt in se vera, nunquam falsa aut ficta. Non autem eò minùs est priuata via, quod qui ea vtitur putet esse publicam. Dec. In iis quæ pendent ab animo plus valet quod in opinione est, quàm quod in veritate *l. is qui putat 15. de acquir. hered. l. 2. §. Celsus scribit. infr. pro emptor. l. si opus 21. §. si iussero. infr. quod vi aut clam. l. 1. §. Aristo. 19. de aqua quot. & æst.* Nemo autem potest acquirere seruitutem tempore, nisi habeat animum acquirendi. Non tam enim refert quid fiat quàm qua mente *l. sed & si quid 22. supr. de vsufr. l. filiofamilias 42. de condic. & demonstr.* Viam autem publicam nemo potest sibi longo vsu acquirere, vt nec eam non vtendo amittere *l. 2. inf. de via public.* quia scilicet non priuati iuris est, sed publici, & consequenter extra commercium, & in bonis nullius *l. 1. sup. de rerum diuis.*

b *Vel pro alterius seruitute.* Ratio dubitandi. Siue quis vsus sit seruitute quasi sua, siue quasi aliena, cum tamen semper animum habet, vt vtatur fundi nomine, cui putat seruitutem deberi, quod sufficit *l. nam satis 6. in princip. supr.* Dec. Sufficit fundi nomine itum esse ad vsurpandam seruitutem *d. l. nam satis.* sed non ad eam acquirendam, vt hîc.

c *Nec interdictum.* Ratio dubitandi. In interdicto non quæritur nisi de facto *l. 2. §. vlt. supr. si seruit. vindic.* sufficitque factum fuisse non vi, non clàm, non precariò *l. 1. vti possid. l. 1. §. penult. & vlt. de itin. act. priu. l. 1. de superfic. cum similibus.* Dec. Interdicta quæ pro seruitutibus competunt, illud etiam exigunt, vt qui vult vti interdicto, ius fundi possederit, id est, iuerit per fundum vicini non solùm nec vi, nec clàm, nec precariò, sed etiam ea opinione quod putaret ita se posse facere iure suo *d. l. 1. §. Aristo 19. infr. de aqua quot. & æst.* iunct. *l. 1. §. si quis autem cum putaret 8. de itin. act. priu.* Alioqui si credebat posse se prohiberi ne id faceret non magis habet interdictum, quàm actionem de seruitute *l. vltim. infr. de itin. act. priu. & d. §. Aristo. & d. §. si quis autem.*

d *Nec actio vtiliter.* Mallem legere *vtilis* ex *d. l. si quis diuturno 10. supr. si seruit. vindic.* Apparet autem ex his verbis tractari in hac lege de seruitute acquirenda per vsum longi temporis non de vsurpanda: Itémque quod Accursius noster bene notat in acquirendis seruitutibus non minùs quàm ad vsucapionem rerum corporalium requiri bonam fidem ex *l. si precariò 17. versi. cæterùm supr. comm. præd. & d. §. Aristo. & d. §. si quis autem. l. vltim. in fin. C. de præscript. long. temp. l. 2. C. de seru. & aqu. §. nouissimè. Inst. de vsucap. l. 1. & 2. C. de præscr. quæ pro libert.* Idem est in præscribenda libertate seruitutis vrbanæ cùm in ea necessarium sit factum aliquod præscribentis contrarium seruituti *l. si quis alta 18. §. vlt. supr. hoc tit. l. hac autem 6. sup. vrban. præd.* Quod in rusticis seruitutibus secus est *d. l. hac autem. l. sequitur. §. si viam. infr. de vsucap.* vbi dicitur etiam violentum expulsorem vsucapere libertatem viæ, si expulsus amiserit postea viam non vtendo, vt mirer Accursium hac in re dubitanter loqui. Quanquam non similiter probare possunt, quod infert Bart. præscriptionem triginta annorum currere etiam iure canonico, siue bona fide quod in ea nullum requiratur factum præscribentis. Nunquam enim ius canonicum patitur præscribi cum mala fide, quæ nec vnquam esse potest sine mala conscientia, de qua exoneranda semper cogitat Pontificius legislator, quippe quam videt non posse oneratam manere, absque peccato, nec proinde absque dispendio salutis æternæ. Vnde etiam est quod volunt iidem Canonistæ malam fidem defuncti transire in heredem & impedire ne possit heres præscribere, Nempe quia tenetur exonerare conscientiam defuncti, ne alioqui hoc ipso suam oneret, vt iidem tractant ad *cap. vlt. extr. de præscript.* Quamuis plerique legistarum vt eorum verbo vtar, non tamen omnes, contrà sentiant, Nos alibi fusiùs scripsimus. An verò requiratur etiam titulus in acquisitione seruitutum, & rerum corporalium, alia quæstio est, de qua scripsi ad *d. l. si quis diuturno 10. sup. si seru. vind.*

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIAE SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

Ad libr. IX. Pandectarum.

TITVLVS I.

Si quadrup. pauper. fecisſ. dicet.

1. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

SI quadrupes pauperiem fecisse dicitur, [a] actio ex lege duodecim tabularum descendit. quæ lex voluit: aut dari id, quod nocuit [b], id est id animal, quod noxiam commisit: aut æstimationem [c] noxiæ offerre. Noxia autem est ipsum delictum. Quæ actio [d] ad omnes quadrupedes pertinet.

Ad l. Si quadrupes 1.

Nomen est actionis *si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*. itaq; post hæc verba non debet poni virgula sed vno contextu legi, *actio* acsi scriptum esset *Actio si quadrupes pauperiem fecisse dicetur*, sic actio si certum petetur in *l.1. de condict. tritic.* Est autem duplex hæc actio, Directa vna de quadrupede, Alia vtilis de bipede *l. pen. infr.* Neutra tamen in feris locum habet *§. in bestiis infr. hac lege.*

a *Ex lege 12. tabul.* Ad differentiam actionis quæ descendit ex lege Aquilia, de qua in *tit. seq.*

b *Id quod nocuit.* Noxam vocant, vnde dicimus *Et noxam dedere, & noxa dedere.* Noxia autem delictum ipsum est, vt sequitur in textu, & in disticho illo Azonis apud Accursium,

Noxia delictum est, delinquens noxa vocatur.

c *Aut æstimationem.* Est igitur hæc actio noxalis & ex earum numero quæ sunt ciuiles, licèt nulla huius mentio fiat in *§. sunt autem Instit. de nox. act.* quia specialis de ea titulus est. Cæterùm nulla hic dubitandi aut dicendi ratio occurrit, vt nec in cæteris quæ sunt iuris constituti, quorum nec vlla plerumque ratio reddi potest *l. non omnium 20. supr. de legib.* Habet tamen hæc actio manifestam rationem, Quia neque me pauperiorem fieri æquum est per tuam quadrupedem, Neque tuam conditionem fieri deteriorem, quàm quanti quadrupes ipsa est: Quæ generalis ratio fuit inducendarum omnium actionum noxalium *§. summa autem ratione Instit. de noxal. act. l. Prætor ait 7. §. 1. infr. de damn. infect.* sola tamen damni æstimatio in obligatione & condemnatione est, Noxæ autem deditio in solutione tantùm *l. miles ita 6. §. 1. de re iudic.*

d *Quæ actio.* Est enim nomen actionis de quadrupede indefinitè, Ergo de omni quadrupede quia indefinita æquipollet vniuersali, vt in *l. si plures 98. de legat. 3.* Non tamen in bestiis, licèt sint quadrupedes, propter naturalem earum feritatem *d. §. in bestiis infr.* Nascitur autem vt apparet non ex contractu vel quasi, neque ex maleficio vel quasi, sed ex pauperie, vt ait Accursius, Et ex earum numero est, quæ dicuntur nasci ex variis causarum figuris in *l. 1. infr. de oblig. & act.*

1 ¶ Ait prætor *Pauperiem fecisse.* Pauperies [a] est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim [b] potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret [c].

Ad §. 1. Ait Prætor.

Delenda est dictio *Prætor*. Non enim de Prætore loquitur Vlpian. sed de lege, de qua quoniam proximè locutus fuerat, non repetit, sed simpliciter *ait* pro eo quod alibi scriptum est *ait lex*, vt in *l. ait lex 11. infr. tit. 1.* Idque constat apertiùs ex verbis legis positis in *Inst. eod. tit.* Hoc verò Accursius noster ignorauit, qui hanc actionem ciuilem quidem esse fatetur, sed Prætorem tamen de ea tractasse ait, deceptus hac sola dictione, quam tollimus.

a *Pauperies.* Definitur *pauperies* per *damnum*, quia inde dicta est quòd pauperiorem quem faciat, sicut

& *damnum* ab adimendo, & quasi à diminutione patrimonij *l.3.inf de dam.infect.* Dicitur autem damnum sine iniuria datum, ad differentiam damni iniuriæ, de quo in titulo sequenti. Et quoniam bruta animantia, sicuti iuris capacia non sunt, ita neque iniuriæ, vt sequitur in textu. Nec tamen consequēs est vt etiam pro homine qui sensu careat puta pro furioso & pro pupillo hæc actio dari possit. Non enim datur nisi pro brutis.

b *Nec enim.* Ratio dubitandi. Etiam bruta animantia iuris naturalis perita dicuntur in *l.1.§.ius naturale.sup.de iust.& iur.* Dec. Iniuria æstimatur ex iure cùm dicatur iniuria, ex eo quod non iure fit *l.1.inf. de iniur.* Ius autem ex ratione *l.quod non ratione 39. sup. de legib.l.illud 32.infr.tit 1.* Ergo bruta animantia sicuti rationis expertia sunt, ita & iuris, Et consequenter faciendæ iniuriæ, Et quod contra ab Vlpiano scriptum est supradicto loco, referendum dum est ad ius naturale sumptum materialiter non formaliter, id est ad materiam non ad substantiam iuris naturalis, vt ibi explicauimus.

c *Quod sensu caret.* scilic. rationis, vt de furioso scriptum est in *l.si tibi 8.§.vnus.de opt. leg.l.infans 12. inf. ad leg.Corn.de sicar.*

2 ¶Itaque, vt Seruius scribit. tunc hæc actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit: aut bos cornu petere solitus, petierit: aut mulæ propter nimiam ferociam. Quod si propter[a] loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes, in aliquem onus euerterit: hæc actio cessabit, damníque iniuriæ agetur.

Ad §.2.Itaque.

Ratio dubitandi. Cùm quadrupes commota feritate nocuit, nihil tamen eius domino imputari potest, sed ei potiùs quem aut equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petierit, aut mula: Hic enim prospicere debuit posse hoc euenire *l.si quis domum 9.§.1.in fin.infr.locat.* iunct.*l. quod quis 203. de reg.iur.* Dec. Imputari potest domino quod talem quadrupedem habuerit, nec per se aut per alium admonuerit transeuntem de vicio suæ quadrupedis: Et suam cuique quadrupedem æquius est nocere tanquam domino, quàm alteri, sicut & prodesse. Igitur opus est vt non sit generalis animantium feritas, vt dominus teneatur, sed sit extrinsecus excitata & commota, vt textus habet. Potest tamen interdum etiam vtilis actio de pauperie pro feris animalibus locum habere, vt notat Accurs. ex *§.vlt.Instit.hoc tit.* Iunge *l.qui seruandarum 14. §.vlt.de præscr.verb.l.vlt.de leg. Aquil.*

a *Quòd si propter.* Ratio dubitandi. Etiam cùm propter loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut quòd plus iusto esset onerata quadrupes, in aliquem onus euerterit, non eò minùs verum est damnum datum esse per quadrupedem.

Dec. Nullo quadrupedis vicio hoc fit, sed ex causa extrinseca, quæ quadrupedem ipsam si culpæ capax esset faceret inculpatam. Itaq; quo casu quadrupedem si conueniri posset teneri æquum non esset, nec dominum ipsius teneri æquum est, vt eadem hac parte ratio sit quadrupedis, quæ hominis, & domini eadem, quæ quadrupedis futura esset si ipsa conueniretur. Cessante igitur huiusmodi actione his casibus necesse est recurrere ad actionem damni iniuriæ, quæ descendit ex lege Aquilia, de qua *infr.tit.proxim.* vel ad actionem subsidiariam in factum. Nam qui occasionem damni præstat, damnum dare videtur *l.qui occidit 30.§.in hac actione.* iunct.*l.qua actione 7.§.sed si quis plus iusto. infr. tit.prox.*

3 ¶Sed & si canis, cùm duceretur ab aliquo, asperitate sua euaserit, & alicui damnum dederit: si contineri firmiùs ab alio poterit, vel si per eum locum induci non debuit, hæc actio cessabit: & tenebitur, qui canem tenebat.

Ad §.Sed & si canis.

Ratio dubitandi. Etiamsi canis firmiùs ab alio contineri potuerit, aut per eum locum duci nō debuerit, perinde tamē verum est damnum per quadrupedem datum esse, quod ex verbis legis sufficere videtur, vt nomen ipsum actionis demonstrat.

Dec. Actio hæc non nisi ex necessitate comparata est, sicut & cæteræ noxales, vt competeret eo casu, quo alioqui nulla erat competitura. Nam cùm quis ex facto suo & culpa propria tenetur, iustius est vt cum eo agatur, & quidem actione præcisa & absoluta, quamuis quadrupes damnum dederit, quasi homo potiùs dederit, ex reg.*l.is damnum dare 169.de reg.iur.& d.l.qui occidit 30. §. in hac actione. inf.tit.prox.* His ergo casibus cessante hac actione competet actio damni iniuriæ ex lege Aquilia, vt diximus ad *§.praced.*

4 ¶Sed & si, instigatu alterius, fera damnum dederit: cessabit hæc actio.

Ad §.4.Sed & si instigatu.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad posteriorem partem *§ praced.* Iunge *l.item Mela 11.§.item cum eo.inf.tit.prox.* Aliud est si non facto, sed tamen dolo alterius quadrupes tua mihi damnum dederit, tunc enim non cessat hæc actio, sed additur actio de dolo in dolosum, si tu non sis soluendo *l.& eleganter 7.§ si quadrupes sup.de dol.*

5 ¶Et generaliter hæc actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota, pauperiem dedit. ideóque si equus dolore concitatus, calce petierit: cessare istam actionem. sed eum, qui equum percusserit, aut vulnerauerit, in factum[a] magis, quàm lege Aquilia, teneri: vtique ideò, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si, cùm equum[b] permulsisset quis, vel palpatus est, (&) calce eum percusserit: erit actioni locus.

Ad §.5. Et generaliter.

Ratio dubitandi. Feritas horum animantium naturalis & ingenita est. Dec. Contra naturam fieri intelligitur quod contra naturalem cæterorum huius generis animalium consuetudinem fit. Sunt autem hæc animalia mansueta magis quàm ferocia, cùm sint quodammodo capacia disciplinæ, ad differentiam bestiarum de quibus in *§. in bestiis 7. infr.*

a *In factum.* Ratio dubitandi. Actiones omnes in factum sunt subsidiariæ deficientibus directis *l. 1. & qui seruandarum 14. & pass. de præscript. verb.* Hîc autem videtur competere directa damni iniuriæ ex lege Aquilia, cùm facto & culpa hominis damnum datum sit, *§. itaque sup.*

Dec. Vt competat actio damni iniuriæ directa ex lege Aquilia vel vtilis, Non sufficit vt facto vel culpa hominis damnum datum sit, sed illud prætereà, vt qui conuenitur corpore suo damnum dederit *l. si quis fumo 49. in princ. infr. tit. prox. §. vlt. Instit. eod. tit. de leg. Aquil.* quod hîc non contingit.

b *At si cùm equum.* Ratio dubitandi. Debet sibi imputare is qui equum permulsit, aut palpatus est, cùm equo causam dederit percutiendi, nec proinde damnum vllum sensisse videtur *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Dec. Non eo minùs verum est vitio & feritate quadrupedis, quæ seipsam concitauit, damnum datum esse. Quod sufficit vt huic actioni locus esse possit. Nec enim tanta hîc culpa est hominis, vt alterius equi cuiuslibet feritatem ideò fuerit concitaturus.

6 ¶Et, si alia quadrupes aliam concitauit, vt damnum daret: eius, quæ concitauit, nomine agendum erit.

Ad §.6. Et si alia.

Ratio dubitandi. Habet locum hæc actio cùm fera commota naturali feritate nocuit *§. 1. supr.* non item si instigatu hominis *§ sed & si instigatu supr.* Debet igitur agi nomine quadrupedis concitatæ non eius quæ concitauit.

Dec. In pecudibus idem obtinet quod in hominibus, vt ea quæ damni occasionem dat, ipsa damnum dare videatur *l. qui occidit 30. §. in hac actione l. si ex plagis 52. §. 1. & 2. inf. tit. 1. iunct. l. is damnum dat 169. de reg. iur.* Cur enim agatur propter quadrupedem quam alia concitauit, cùm et si ab homine concitata esset hæc actio cessaret *d. §. sed etsi instigatu sup.*

7 ¶Siue autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, siue per aliam rem, quam tetigit quadrupes, hæc actio locum habebit: vtputa si plaustro bos obtriuit aliquem, vel alia re deiecta.

Ad §.7. Siue autem.

Ratio dubitandi. In actione damni iniuriæ quæ descendit ex lege Aquilia multum interest an suo corpore damnum quis dederit, an alieno, cum hoc posteriore casu non nisi subsidiaria in factum actio competat *§. sed & si instigatu 4. supr.*

Dec. Actiones in factum ex facto tantùm hominis competunt, at non etiam ex facto quadrupedis, quia quod à quadrupede factum est, à domino quadrupedis factum videri non potest. Ideóque fuit necesse vt lex 12. tab. hanc actionem induceret, cùm alioqui nulla actio competere quadrupedis nomine potuisset, ne quidem in factum.

8 ¶In bestiis putem, propter naturalem feritatem, hæc actio locum non habet. & ideò, si vrsus fugit, & sic nocuit, non potest quondam dominus conueniri: quia desinit dominus esse, vbi fera euasit. & ideò, & si eum occidi[a], meum corpus est.

Ad §.8. In bestiis.

Ratio dubitandi. Etiam bestię quadrupedum appellatione continentur, licèt naturalem habeant feritatem. Dec. Differentia hæc est inter bestias, & cæteras quadrupedes quod bestiæ adeò feræ sunt, vt statim atque desierunt esse in potestate domini desinant in eius etiam esse dominio: quod in mansuetioribus diuersum est quæ aut reuertendi, aut sponte manendi habent consuetudinem, aut quæ etiam vbi euaserunt facilè in nostram potestatem redeunt, ideóque nec fiunt primi occupantis *l. 3. §. fi. de acq. rer. dom. § fera. vers. planè. Instit. de rer. diuis.* Excipe tamen casum *§. 1. Instit. hoc tit.* vbi etiam pro fera bestia datur hæc actio, sed vtilis non directa, vt benè notat Accurs.

a *Si eum occidi*, scilicet priùs quàm in potestatem meam peruenerit. Et hinc pendet ratio dubitandi, quia fera bestia vbi prioris domini custodia euasit, non fit nisi primi occupantis *d. l. 3. § vlt. de acquir. rer. domin.* Sed decidendi ratio est, quia bestia cùm occiditur, occupatur, saltem quod ad corpus attinet: Et ideò corpus pertinet ad occidentem tanquam id quod superest ex re occupata *l. solum 49. §. 1. supr. de rei vindic.*

9 ¶Cùm arietes, vel boues commisissent, & alter alterum occidit: Quintus Mucius distinxit[a]: vt, si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio: si is, qui non prouocauerat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire[b], aut in noxam dedere oportere.

Ad §.9. Cùm arietes.

Ratio dubitandi. Cùm arietes aut boues commiserunt, id est, cornibus se inuicem petierunt, & alter alterum occidit, tota res acta est inter bestias, quarum nihil potest dici interesse, & inter quas nulla potest esse actio: Sunt enim actiones personarum gratia comparatæ non bestiarum *§. vlt. Inst. de iur. natur. gent. & ciuil.* Dec. Interest domini cuius quadrupes occisa est, & ideò datur ei actio contra dominum quadrupedis quæ occidit, quia negari non potest, quin pauperiem fecerit, damnúmque dederit.

a *Distinxit.*

a *Distinxit.* Ratio dubitandi. Hæc distinctio non videtur posse cadere in bestias & quadrupedes, sed tantùm in homines, qui culpæ & iniuriæ sunt capaces. Iniuria enim est si quis prior prouocet, E contrario nõ est iniuria si quis noceat prouocatus, & lacessitus iniuria. Semper enim penes eum recidit iniuria, qui prior percussit *l. si ex plagis 32. §. 1. inf. tit. prox.* tanquam qui princeps fuerit delicti, vt loquitur *l. in hoc iudicium 10. in fin. de seru. corrupt. infr. l. quoniam 6. C. ad leg. Iul. de vi public.*

Dec. Omni animantium generi à natura est tributum vt se vitámque suam tueatur, inquit Cicero *de off. lib. 1.* Est igitur iuris naturalis tuitio proprij corporis, & consequenter communis est omnibus brutis animantibus *l. 1. § vlt. l. 3 supr. de iust. & iur.* Et consequenter eadem distinctio habere locum debet in brutis animantibus, quæ in hominibus. Ergo si non appareat vtrius quadrupes prior aliam adgressa sit neuter tenebitur, vt benè Accursius sentit ex *l. scientiam 45. §. cùm stramenta. infr. titul. proxim.*

b *Eum sibi aut noxam sarcire.* Si dominus sit quadrupedis, quæ prior adgressa est, & aliam occidit, quia eius nomine tenetur domino alterius quadrupedis, quæ adgressuram, & occisa passa fuit, quem Accursius designari putat dictione illa *sibi*, sed malò pro *eum sibi legere cuiu fit* pro *cuius fit.* Nullius enim domini mentio in hoc §. hucusque facta est. Nec sanè dictio illa *sibi* latiùs potest referri ad dominum bouis occisi, & adgressuram passi. Nam & in §. sequent. scriptum est *non cuius fuerit*, Et deinde *cuius nunc est.*

10 ¶ Et, cùm etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, aduersus dominum hæc actio datur, non cuius fuerit quadrupes, cùm noceret, sed cuius nunc est.

Ad §. 10. Et, cùm etiam.

Ratio dubitandi. Nihil potest imputari ei qui non fuit dominus quadrupedis eo tempore quo nocuit, ideóque eius nomine teneri illum æquum non est, alioqui pro aliena quadrupede conuenietur.

Dec. Etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur: ac proinde conueniendus est is, qui dominus est quadrupedis eo tempore, quo conuenitur, non qui dominus fuit tempore noxæ: quoniam solus possessor noxæ dedendæ facultatem habet: Idque in noxalibus omnibus obtinet, etiam quæ seruorum nomine competunt *§. omnis autem. Instit. de noxal. act.*

11 ¶ Planè si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio. Noxæ autem dedere est, animal tradere viuum.

Ad §. 11. Planè si ante.

Ratio dubitandi. Etiam si ante litem contestatam decesserit animal, non eò magis definit interesse illius, cui animal damnum dederat: quæ ratio fuit inducendæ huius actionis. Dec. Aut noxalem oportet esse actionem, quæ datur in dominum quadrupedis, aut nullam propter rationem positam in *§. sunt autem Instit. de noxal. action. & in l. 1. inf. ill. tit. & l. Prætor ait 7. §. 1. de damn. infect.* Mortuo autem animali, quod noxiam fecit, non potest superesse noxalis actio, cùm corpus nullum sit quod pro noxa dedi possit. Animal enim viuum noxæ dedendum est nõ mortuum *l. qui sibi 33. §. 1. de solut.* Cùm noxam dedere nihil aliud sit quàm animal viuum tradere, vt sequitur in textu. Planè post litem contestatam mortuo animali non potest contingere liberatio *l. si heres 16. l. si plurium seruus furtum fecerit 39. §. vlt. infr. de noxal. act.* Idémque est si in noxali iudicio accipiendo dominus moram fecerit *l. electio 26. §. si is quem eod. tit. & §. si post litem. infr. hac lege.* Paria enim sunt iudicium accepisse, & in accipiendo iudicio moram fecisse.

a *Tradere viuum.* Ratio dubitandi. Etiam mortui animalis vtilitas aliqua esse potest *§. in bestiis 7. in fi. supr. l. mortuo boue 49. in princ. de leg. 2.*

Dec. Animal quod noxæ deditur nõ solùm qualemqualem vtilitatem adferre debet, sed tantam quantam adferre potest ad pleniorem indemnitatem actori præstandam. Nec rursus potest dici animal deditum quod iam est mortuum, cùm non amplius sit animal, sed cadauer, ac proinde aliud quid diuersum ab eo quod noxæ dedendum est.

12 ¶ Is demùm, si commune plurium sit animal, aduersus singulos erit insolidum noxalis actio, sicuti in homine.

Ad §. 12. Is demum.

Ratio dubitandi, Communis animalis dominus non potest noxæ dedere totum animal cùm nõ sit dominus nisi pro parte. Noxæ autem deditio pro parte fieri potest *l. si seruus communis 8. inf. de noxal. act.*

Dec. Dicitur actio noxalis dari in solidum, non quia necesse sit rem ipsam quæ noxiam admisit in solidum dari præcisè, sed quia vel cogitur dedere totum animal etiam pro partibus condiuisorum si consentiant, vel si non passi, reluctantibus sociis solidum litis æstimationem præstare, nec liberatur si partem duntaxat aut rei aut æstimationis præstare velit: vt contingit etiam in cæteris noxalibus, quę pro homine dantur *l. si plurium 5. infr. eod. tit. tit.* Et ideò non dicimus actionem hanc dari in solidum, sed *noxalem in solidum. l. heredes 25. § si vnus. inf. fam. ercisc.* vbi additur ob hanc causam dari actionem familię erciscundæ, aut Communi diuidundo ei qui totum soluit aduersus socios qui partes suas dedere noluerunt, cùm non aliter nec pro sua parte potuerit negotium expedire, quod & scriptum est in *d. l. si seruus.*

13 ¶ Interdùm autem dominus in hoc non conuenietur, vt noxæ dedat, sed etiam insolidum, vt pura si iure interrogarus, an suo quadrupes esset, responderit non esse suam. nam, si constiterit esse eius, insolidum condemnabitur.

Ad §. 13. Interdum.

Ratio dubitandi. Nunquam est æquum, vt quis propter suam quadrupedē in plus oneretur, quàm quanti quadrupes ipsa est quæ damnum dedit *l. 1. inf. de noxal. l. Prætor ait 7. §. 1. inf. de damn. infect.*

Dec. Qui interrogatus in iure negauit suam esse quadrupedem, dignus est qui propter mendacium teneatur duriùs, & in solidum. Nec enim debet vnquam impunitum esse mendacium *l. vlt. sup. de rei vind. Auth. Item si possessor. C. qui potior. in pig. hab. l. rem alienam 41. in fi. de pignor. act.* Quòd si cùm eius non esset quadrupes, interrogatus tamen in iure dixerit suam esse, perinde tenetur interrogatoria, etiam ex mendacio, sed noxali actione tantùm non in solidum. Nam & hæc satis magna mendacij pœna est, satisque facit meliorem interrogantis conditionem, qui actionem alioqui nullam habere deberet personalem aduersus possessorem hunc, ne quidem noxalem, si non mentitus possessor fuisset. Sed intellige dummodò is qui alienam quadrupedem suam esse dixit dominium eius sibi acquirere potuerit *l. si seruus 16. §. 1. inf. de interrog. in iur. faciend.* Et ita intelligi debet *l. si quis in iure 17. eod. tit.* vt ad eum locum dicemus.

14. ¶Si, post litem contestatam, ab alio sit animal occisum: quia domino legis Aquiliæ actio competit: ratio in iudicio habebitur legis Aquiliæ: quia dominus noxæ dedendæ facultatem amiserit, ergo ex iudicio proposito[a], litis æstimationem offeret, etsi paratus fuerit actionem mandare aduersus eum qui occidit. Hanc actionem[b] nemo dubitauerit, heredi dari, ceterisque successoribus: item aduersus heredes, cetero̍sque, non iure successionis, sed eo iure, quo domini sint, competit.

Ad §. 14. Si post litem.

Ratio dubitandi. Cùm post litem contestatam quadrupes occisa est, fieri ampliùs nequit, vt quadrupes ipsa dedatur, non magis, quàm si ante litem contestatam decessisset. Non potest igitur superesse noxalis actio hoc casu magis quàm illo in quo extinctam esse actionem supradictum est in *§. planè.* Nam nec potest quis videri habere in potestate & possidere rem mortuam, quod tamen ad noxalem actionem inducendam necesse est *l. quoties. §. in potestate. infr. de noxal. action.* iunct. *l. electio 26. § si is. quem. eod.* Dec. Domino quadrupedis occisæ competit actio damni iniuriæ ex lege Aquilia, quæ actio subintrat locum, vt ita dicam ipsius quadrupedis: vt proinde sicut viua quadrupede cogeretur dominus aut eam noxæ dedere aut litis æstimationem offerre: Ita & ea post litem contestatam mortua cogendus sit, an æstimationem litis totam soluere, aut actionem legis Aquiliæ in vicem quodammodo deditionis præstare. Sed hîc dissimile illud est, quod in posteriore casu omnimodo & in litis æstimationem actor consequetur, aut ab eo, cuius quadrupes damnū dedit, aut ab eo qui quadrupedem illam post litem contestatam occidit: quia de noxæ deditione tractandum nihil amplius superest, cùm quadrupes sit. Nec quicquam absurdi est teneri eum qui occidit ad totius litis æstimationem, cùm eius facto dominus noxæ dedendæ facultatem amiserit, vt hîc scriptum est: neque rursus iniquum est liberari dominum quadrupedis à noxali actione præstando actionem legis Aquiliæ ex reg. *l. quod debetur 55. de pecul.* quia quoties quis ob id solum tenetur quod actionem habeat delegatio pro iusta præstatione est.

a *Ex iudicio proposito.* Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicium venisse id quod post litem contestatam, acceptúmque iudicium accidit, ideóque alia interpellatione & consequenter alio iudicio opus est *l. non potest 23. sup. de iudic.*

Dec. Subrogatus sapit naturam eius in cuius locum subrogatur, vulg. *l. si quis cum 10. §. iniuriarum. si quis cautione.* Hic autem subrogatur actio legis Aquiliæ in locum quadrupedis occisæ, vt possit non quidem dedi pro noxa, sed cedi in vicem noxæ. Æstimationem verò hic intellige non solius corporis, sed eius quoque quod interest *l. inde Neratius 21. in fin. infr. tit. prox.*

b *Hanc actionem.* Ratio dubitandi. Actiones pœnales ex delicto descendentes non solent dari in heredem *§. non autem. inf. de perpet. & temp. act.* licèt detur heredi excepta actione iniuriarum, & si quæ sunt similes, vt ibid. Dec. Datur hæc actio contra heredes non eo iure quo successores sunt, id est, non quasi contra heredes & successores, sed eo iure quo sunt domini, id est, quasi contra dominos eius, scil. quadrupedis, quæ pauperiem fecit, & quā ponimus adhuc viuere, nec alienatam esse: Alioqui vel extincta esset actio morte quadrupedis, vel trāslata in emptorem, quia noxa caput sequitur, vt suprà dictum est. Cur verò detur hæc actio heredi, & quidem tāquam heredi, ratio aperta est. Quoniam ex parte illius qui damnum passus fuit non est pœnalis, sed rei persecutoria, cùm detur ad indemnitatem: At ex parte illius qui conuenitur est pœnalis. Neque enim dominus quadrupedis ex damno quod quadrupes fecit fit vnquā locupletior. Ideóque non debet dari in heredem, quatenus heres significat successorem, sed quatenus significat dominum. Quæ vetus huius dictionis significatio est *§. vlt. Instit. de hered. qual. & diff. l. de hereditate 19. §. pater. infr. de castrens. pecul.* Idem est in cæteris noxalibus omnibus actionibus, vt contra heredes dentur iure non successionis, sed dominij *l. pen. §. vlt. inf. de noxal. action.* Item in actione ad exhibendum *l. de eo 12. §. vlt. inf. ad exhib.* Et in omnibus in rem actionibus, quia non dantur nisi contra possessorem.

2. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

HÆc actio non solùm domino, sed etiam ei, cuius interest, competit: veluti ei, cui res commodata est: item fulloni: quia, eo quod tenentur, damnum videntur pati.

Ad l. Hæc actio 2.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse commodatarij, fullonis, & aliorum qui non sunt domini, cùm res pereat domino *l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act. l. contractus 23. de reg. iur.*

Dec. Videntur hi omnes damnum pati, quia tenentur

nenturrem commodatam , aut vestimenta quæ polienda acceperunt, restiruere, ac ni faciam indemnitatem eo nomine præstare. Ergo si quo casu non teneantur, nec actio eis competet : In lege Aquilia aliud est, quia eam actionem verba ipsa legis domino tantùm dederunt *l.2. in princip. l.item Mela 11. §. cum qui. & §. legis. & pass. infr. titul. proxim.*

1 ¶Si quis aliquem euitans magistratum fortè, in taberna proxima se immisisset, ibique à cane feroce læsus esset: non posse agi canis nomine, quidam putant. at, si solutus fuisset, contrà.

Ad §.1. Si quis aliquem.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis aliquem euitans, fortè magistratum in tabernam proximam se immisit, ibiq; à cane feroce læsus est, verum est damnum à quadrupede datum esse.

Dec. Imputari potest huic qui vltrò se in tabernam illam immisit, in qua canis ferox continebatur ne posset euadere , & quempiam offenderet Quid enim est quod huius canis domino possit imputare? Quare nec vtili actione teneri eum puto, qui fecit quod potuit; ne quis à cane isto læderetur: quamuis contradicat Accursius, quasi ferocior canis fiat ex eo quod ligatus est. Aliud est si canis ferox solutus erat, quem dominus debuerat continere. Alia item species est quæ tractatur in §. *vlt. Instit. hoc tit.* vbi agitur de cane, vrso, apro & leone quem dominus ibi habuerit quà vulgo iter fit, quod in specie huius §. non fuit.

3. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

EX hac lege, iam non dubitatur, etiam liberarum personarum nomine agi posse, si fortè si patremfamilias, aut filiumfamilias vulnerauerit quadrupes. scilicet vt non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum: & onerararum amissarum, quásque amissurus quis esset inutilis factus.

Ad l. Ex hac lege 3.

Ratio dubitandi. Liberum corpus non recipit æstimationem *l.1.§. sed cùm liber, & l. vlt. infr. de his qui deiec. vel effud. l.2.§.3. versic. corporum. inf. de leg. Rhod. de iact. l. liber homo 13. in princ. inf. tit. prox.*

Dec. Non liberi corporis æstimatio fit hoc casu, sed impensarum in curationem personæ liberæ factarum, & operarum amissarum, aut quas amissurus sit is, qui vulneratus est, factus inutilis ex vulnere §. 1. *versic. ob hominem verò. Instit. de obligat. quæ ex quasi delict. nasc. l.5. infr. tit. prox.*

4. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

HÆc actio vtilis competit, & si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit.

Ad l. Hæc actio 4.

Ratio dubitandi. Lex duodecim tabularum non est locuta nisi de quadrupede. Dec. Eadem ratio est in bipede si damnum fecerit, quamuis rariùs id contingat, ideoq; nimirum locuta est lex de quadrupede tantùm. Verùm actio hæc vtilis est non directa, quia non ex verbis nascitur, sed ex interpretatione legis.

16. ALFENVS lib. 2. Digestorum.

AGaso cùm in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit. mula calcem reiecit, & crus Agasoni fregit. consulebatur, possétne cum domino mulæ agi, quod ea pauperiem fecisset. respondi posse.

Ad l. Agaso vlt.

Ratio dubitandi. Imputari Agasoni potest si vt mulam equus olfaceret, atque ita ad appetendum mulæ coitum se excitaret. Dec. Non eò minùs verum est mulam pauperiem fecisse : nec debuit Agaso casum illum præuidere , præsertim cùm à domino mulæ admonitus non esset. Ergo cum domino mulæ rectè aget.

AD LEGEM AQVILIAM.

TITVLVS II.

1. VLPIANVS lib.18.ad Edictum.

LEx Aquilia omnibus legibus, quæ ante se de damno iniuria locutæ sunt, derogauit: siue duodecim tabulis, siue alia quæ fuit. quas leges nunc referre non est necesse. Quæ lex Aquilia[a] Plebiscitum est: cùm eam Aquilius tribunus plebis à plebe rogauerit.

Ad l.Lex Aquilia 1.

Ratio dubitandi. Lex duodecim tabularum non putuit per plebiscitum antiquari, cùm leges duodecim tabularum adprobatæ fuerint ab vniuerso populo *l.2.sup.de orig.iur.* plebiscita verò non nisi à plebe tantum, *§.plebiscitum.Instit. de iur.natur.gent.& ciuil.*

Dec. Plebiscita per legem Hortensiam vim legum habere cœperunt *d.§.plebiscitum.* Lex autem vna per aliam posteriorem abrogari & tolli potest, aut in totum aut pro parte. Vide *l.quacunque actiones 56.inf.de oblig.& action.*

a *Quæ lex Aquilia.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est, quia lex est quæ rogatur à toto populo, Plebiscitum autem quod à sola plebe *§.lex est, & d. §.plebiscitum.eo.tit.* Sed post legem Hortensiam plebiscita leges dici cœperunt, & promiscua fieri nomina legis & plebisciti. Nam & lex falcidia similiter plebiscitum fuit, à Falcidio Tribuno plebis lata. Sanè legem quam vocamus Aquiliam plebiscitum fuisse, vt hic Vlpianus scribit, testatur etiam Iustin. *Nouell. 18. De trient. & semiss.cap.8.§.studium verò.*

2. GAIVS lib.7.ad Edictum Prouinciale.

LEge Aquilia, capite primo cauetur, (vt) *qui seruum, seruámve, alienum, alienámve, quadrupedem, vel pecudem, iniuria occiderit, Quanti id in eo anno plurimi fuit, tantùm æs dare domino damnas esto.* Et infrà[a], deinde cauetur, vt aduersus, inficiantem in duplum actio esset. Vt igitur[b] apparet, seruis nostris exæquat quadrupes, quæ pecudum[c] numero sunt, & gregatim habentur: veluti oues, capræ, boues, equi, muli, asini. sed, an sues[d] pecudum appellatione continentur, quæritur. & rectè Labeoni placet, contineri. sed canis[e] inter pecudes non est. longè magis bestiæ[f] in eo numero non sunt: veluti vrsi, leones, pantheræ, elephanti autem[g], & cameli, quasi mixti sunt: nam & iumentorum operam præstant, & natura eorum fera est: & ideò primo capite contineri eas oportet.

Ad l.Lege Aquilia 2.

Sunt verba legis Aquiliæ quæ posteà suis locis accommodatiùs singula explicabuntur. Puto autem legendum hîc *quadrupedémve pecudem*, vt sequentia ostendunt.

a *Et infrà, l.inde Neratius 23.§.penult.inf.* vbi dicemus. Est autem hoc primum caput legis Aquiliæ De homine occiso.

b *Vt igitur apparet.* Ratio dubitandi. Iure naturali hominum omnium vnum genus est, nec differunt liberi à seruis *l.4.sup.de iustit.& iur.l.quod attinet 32.de regul.iur* Serui autem à quadrupedibus distant toto genere, cùm perinde homines sint, quadrupedes autem bruta animantia.

Dec. Iure ciuili serui pro nullis habentur potiùs quàm pro mortuis *d.l.quod attinet 32.* quia non habent caput in ciuitate *l.3.§.vltim. & l.4.sup.de capit.minut.*

c *Quæ pecudum.* Restitutio est quadrupedum, de quibus lex Aquilia locuta est, Non enim de quadrupedibus omnibus locuta fuit, sed tantùm de iis quæ pecudum numero sunt, ideoq́; dixi legendum *quadrupedémve pecudem.*

d *Sed an sues.* Ratio dubitandi. Quia sues nullam nisi mortuæ vtilitatem ferè præstant extra fœtum. Cùm tamen pecudes dictæ sint quasi pecuniam dantes, nisi potiùs pecuniæ nomen à pecude deriuatum est, quod in pecudibus potissimùm patrimonia olim consisterent.

Dec. Sufficit vt vtilitatem aliquam etiam viuæ adferant per fœtum, licèt iumentorum operam nullam præstent. Iumenta enim à iuuando dicta sunt: Iuuant autem etiam sues.

e *Sed canis.* Ratio dubitandi. Etiam canis quadrupes est & pertinet ad *tit.prox. si quadrup. pauper. fecis. dicet.l.2.§.1.sup.tit.prox.* Dec. Non ideò continetur appellatione pecudum, quia nullam iumenti operam præstat cùm nulla in re iuuet. Et in hoc differt hic titulus à præcedenti. Nam actio ill. *si quadrup. paup fecis.dicet.* ad quadrupedes omnes pertinet, adeoque ad bipedes *l.4.ill.tit.*

f *Longè magis bestiæ.* Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad vers.c.præced. Nisi quod minus dubitationis est in bestiis, quæ feræ sunt, nec nisi feram naturam habent, quàm in cane qui est ex domesticis animalibus & mansuetioribus. Vnde est quod ad titulum præcedentem pertinent etiam canes, Feræ autem bestiæ non item *l.1. §.sed & si canis, & §.in bestiis.supr.tit.1.*

g *Elephanti autem.* Ratio dubitandi. Elephanti sunt ex feris bestiis non ex mansuetis.

Dec. Etiam iumentorum operam præstant. Et ideò primo legis Aquiliæ capite continentur. Vide *l.Ædiles 38.§.iumentorum. de ædilit.edict.*

3. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

SI seruus, seruáve, iniuria occisus, occisáve fuerit, lex Aquilia locum habet. Iniuria occisum esse meritò adiicitur: non enim sufficit occisum: sed oportet, iniuria id esse factum.

Ad l. Si seruus 3.

Ratio dubitandi. Non potest quis occidi citra iniuriam, nisi si quando id iure fiat, cùm iniuria ex eo dicta sit quod non iure fiat *l. 1. inf. de iniur.*

Dec. In hoc tractatu legis Aquiliæ iniuriam appellamus damnum culpa datum *dict. l. 1. §. 1.* Potest autem occidi homo sine culpa *l. scientiam 75. §. qui cùm aliter. infr. hoc tit.*

4. GAIVS lib. 5. ad Edictum Prouinciale.

ITaque, si seruum tuum latronem, insidiantem mihi occidero, securus ero. nam aduersus periculum naturalis ratio permittit se defendere.

Ad l. Itaque 4.

Ratio dubitandi. Non est singulis concedendum, vt per se faciant quod per magistratum fieri oportet, ne maioris tumultus occasio detur *l. non est singulis 176. de reg. iur.* Dec. Vim vi repellere licet *l. 3. sup. de iust. & iur. l. 1. C. quand. lic. vnicuique sin iud. se vindic.* dùm fiat cum moderamine inculpatæ tutelæ *l. 1. C. vnde vi. d. §. qui cùm alter.*

1 ¶ Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: vt tamen id ipsum cum clamore [a] testificetur. interdiu autem [b] deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: vt tamen æquè cum clamore testificetur.

Ad §. 1. Lex 12. tabul.

Verba enim legis hæc fuerunt *Si nox furtum faxit, si im aliquis occisit iure cæsus esto.*

a *Cum clamore.* Ne alioqui facilè ac obuium sit cuilibet occisori dicere se noctu deprehendisse furem quem occiderit: sed hoc de homicidio in vrbe facto intelligi oportet non de eo quod ruri, vbi clamor vix exaudiri possit. Iunge *l. furem 9. infr. de sicar.*

b *Interdiu autem.* Ratio dubitandi. Æquè fur est qui interdiarius est, atque is qui nocturnus.

Dec. Maius periculum est à nocturno, quàm ab interdiario, estq; difficilius vt eo tempore adeatur magistratus, aut vt ciuium auxilium imploretur. Cæterùm conclamatione semper aliqua opus est, Idq; ex hoc loco addendum est in *l. si pignore 54. §. furem. inf. de furt.* Iunge *l. si ex plagis 52. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. infr. de furib. balnea.*

5. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

SEd & si quemcunque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse, &, si metu quis [a] mortis furem occiderit: non dubitabitur, quin lege Aquilia non teneatur. sin autem [b] cùm posset adprehendere, maluit occidere: magis est, vt iniuria fecisse videatur. ergo & Cornelia [c] tenebitur.

Ad l. Sed & si 5.

Ratio dubitandi. Etiam qui alium se ferro petentem occidit, habuit animum occidendi. Ergo tanquam occisor teneri debet.

Dec. Is tantùm videtur iniuria occidisse qui per culpam occidit *l. 1. §. 1. inf. de iniur.* Culpa autem nulla est eius qui aggressorem occidit, vt se vitamque suam tueretur, cùm aliter id facere & aggressori parcere non posset. licèt non fuerit ipse prior percussus: sufficit enim terror armorum *l. 3. §. qui armatis inf. de vi & vi armat.* Moderatio tamen inculpatæ tutelæ semper necessaria est *l. 1. C. vnde vi.* sed ita vt non ideò cogendus sit fugere si honestè non possit ex *l. si filius 15. de cond. dic. instit. l. prox. in princ. sup.* E contrario, potest esse culpa & iniuria etiam eius, qui nocere noluit *§. 1. in fin. infr.* Iunge *d. l. si pignore 54. §. furem inf. de furt. d. l. 1. inf. de furib. balnea.*

a *Et si metu quis.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt quis metum mortis sibi inferat vltrò, & sine causa, quæ res non potest occisorem eximere à culpa. Multum námque interest inter metum illatum, & suspicionem inferendi *l. metum 9. supr. quod met. caus.*

Dec. Metum illatum esse oportet ab aliquo, non ab ipso occisore, & talem metum esse qui possit cadere in constantissimum virum *d. l. metum 9.* iunct. *l. 5. & 6. eod.* Itemq; vt aliter se tueri non potuerit vt iam diximus ex *l. scientiam 45. §. qui cùm aliter infr.* & sequitur statim, Denique vt tutela sit inculpata *d. l. 1. C. vnde vi.*

b *Sin autem.* Ratio dubitandi. Non sine periculo fieri potest vt fur adprehendatur potiùs quàm occidatur. Nemo autem cogitur periculum subire, cùm cuilibet permissum sit naturali ratione non tantùm contra vim, sed etiam aduersus periculum se defendere. *l. prox. supr.*

Dec. Nemini vnquam permissum est alium occidere, nisi cum moderamine inculpatæ tutelæ *d. l. 1. C. vnde vi. l. furem 9. infr. de sicar.* Non est autem inculpata tutela, cùm adprehendi potuit is, qui occisus est: Melius enim erat vt iussu Magistratus occideretur *l. penultim. de condict. caus. dat. d. l. non est singulis 176. de regul. iuris.* Plerumque tamen difficilis huius rei probatio est, & in dubio parcendum est occisori, dummodò periculum probet. Alioqui non tantùm in culpa est, sed etiam in dolo, vt probat illatio quæ sequitur in illis verbis *Ergo & Cornelia tenebitur.* Non enim alius tenetur Cornelia quàm qui in dolo est *l. in lege 7. ad legem Corneliam de sicariis.* Aquilia verò is etiam tenetur, qui in culpa tantùm est, adeóque leuissima *l. in lege Aquilia 44. infr. hoc tit.* Atqui dolus semper probandus est *l. dolum 6. C. de dolo l. in exceptionibus 9. §. qui dolo de reg. iur.* & aliter quàm ex solo facto in lege Cornelia, *d. l. in lege.* Ergo in dubio præsumendum erit pro occisore quod ad sui corporis defensionem occiderit, nisi ex per-

sonarum temporis & loci circumstantiis alia coniectura & præsumptio capienda sit. Vide doctiss. Gothofredum hic. Necessariæ tamen semper sunt motibus nostris literæ Principis, quas vulgo vocant *innocentiæ*, Pragmatici nostri *de pardon*, quæ cùm quoque necessariæ sint, cùm quis lacessitus etiam cum moderamine inculpatæ tutelæ alium occidit, non vt alioqui condemnari talis occisor debeat, sed vt Principis maiestati & honori hoc tribuemus.

c *Ergo & Cornelia*, lege scil. Cornelia de sicariis, de qua in *d.l. furem 9. infr. ill. tit. ad leg. Cornel. de sicar.* quæ de occiso & vulnerato locuta est, sicut & lex Aquilia, sed aliter atque aliter, vt modò diximus.

1 ¶ Iniuriam autem hic accipere nos oportet: non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam: sed quod non iure factum est, hoc est, contra ius, id est, si culpa quis occiderit. & ideò interdum[a] vtraque actio concurrit, & legis Aquiliæ, & iniuriarum. sed duæ erunt æstimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur iniuriam hîc damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

Ad §. 1. Iniuriam.

Ratio dubitandi. Iniuria dicitur ex eo quod non iure fit *d. l. 1. de iniur.*

Dec. Generalis illa iniuriæ appellatio est, sed speciales alias diuersas habet: Inter cæteras hanc, vt accipiatur pro contumelia, vt in actione iniuriarum. Interdum pro damno culpa dato, vt in hoc tractatu de lege Aquilia *d. l. 1. §. 1.* & hîc.

a *Et ideò interdum.* Ratio dubitandi. Non caret dolo qui vult b s idem consequi *l. si quis dolo 51. in fin. infr. de re iudic. l. bona fides 56. de reg. iur.*

Dec. Nunquam plures actiones pœnales de vna eademque re concurrentes alia aliam consumit *l. quæcunque 56. & l. numquam 60. inf. de oblig. & act.* Id enim est, Pœnales esse, ad differentiam earum quæ rei persecutionem continent: Neque verò hæ actiones concurrunt ad idem, quoniam alia actionis iniuriarum, alia legis Aquiliæ æstimatio est, id est, alia contumeliæ, alia damni *l. item apud Labeonem 15. § si quis seruo 46. inf. de furt.* licèt actio quoque iniuriarum damni æstimationem contineat *l. dominum 8. C. de iniur.* Nimirum tanquam rei persecutoria, non vt pœnalis, id est, inspecto meo damno, non quanti res fuit, vt in lege Aquilia in quo totum est pœna *l. item Mela 11. § sed si plures in fin. infr. & l. inde Neratius 23. § hanc actionem. inf. § his autem verbis. Instit. eod. titul.* Quod tamen ex vna consecutus est actor, condemnationem ex altera minuere debet *l. qui seruum 34. De oblig. & action.*

b *Qui nocere noluit.* Exempla sunt in *l si seruum 27. §. insulam. & sequen. l. si nutricem 45. §. 1. l si ex plagis 52. § in clivo inf hoc tit.*

Ratio dubitandi. Delictum non fit sine animo delinquendi & nocendi, cùm voluntas & propositum distinguant maleficia *l qui iniuriæ 53. in prin. de furt.* Nec tam factum inspiciendum sit, quàm causa faciendi *l verum est 39. eod.*

Dec. Quemadmodum delictum non potest esse sine dolo: Ita è contrario potest culpa esse sine delicto, quoniam potest esse & sine dolo. Hęc autem actio legis Aquilię nihil nisi culpam exigit & damnum culpa datum, quamuis non eò minùs locum habeat, quod etiam dolus interuenerit *§. ac ne u quidem. Instit. hoc tit.* Hic enim sensus est eorum verborum *non minus ex dolo quàm ex culpa quisque hac lege tenetur*, quæ nonnulli malè inuersa putant.

2 ¶ Et ideò quærimus[a], si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit. & Pegasus negauit. quæ enim in eo culpa sit, cùm suæ mentis non sit? & hoc est verissimum. cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodum[b] si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat: aut si tegula ceciderit[c]. Sed & si infans[d] damnum dederit, idem erit dicendum. Quòd si impubes[e] id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri & Aquilia eum. & hoc puto verum, si sit iam iniuriæ capax.

Ad §. 2. Et ideò.

a *Et ideò quærimus.* Ratio dubitandi. Furiosus & infans non magis sensu carent quàm quadrupedes, quæ tamen & damnum dare possint & facere locum actioni *si quadrupes pauper. f. ciss. dicet.* etiam contra dominum eui multò minùs imputari potest, quàm furioso & infanti qui ipsi manu sua damnum dederunt.

Dec. Lex Aquilia exigit non modò damnum, sed etiam culpam, quę porrò nulla potest esse in furioso & infante, cùm sensu careant *l si tibi 8. § vmus. de opt. legat. l. congruit 13. § furiosi, & l. seq. sup. de offic. Praes.* perinde ac quadrupes *l. 1. §. aut sup. tit. prox.* Casus ergo est *h vlt. inf. de admin. tutor.* Nec tamen vsque adeò adæquandus est furiosus quadrupedi, vt pro damno quod furiosus dederit & pauperie quam fecerit aliqua dari actio debeat, vt ex tit. prox. Quanquam nec datur actio vlla contra quadrupedem, sed contra eius dominum, quem porrò furiosus nullum habet si sit liber. Quod si sit seruus adhuc est impunitum furiosi & infantis factum *l. quod infans 60. supr. de rei vindic.*

b *Quemadmodum* supple *cessat Aquilia.* Nam cùm quadrupes damnum fecit, non cessat omnis actio, sed hæc tantum legis Aquiliæ. Competit autem actio *si quadrupes paup. f. ciss. dicet.* quæ, vt modò dixi, ex facto furiosi nunquam competit, neque contra ipsum si sit liber, neque contra ipsius dominum si sit seruus, vt modò dixi post Accursium ex *d. l. quod infans 60. supr. de rei vindicat.* Iunge *l. furiosi 40. de regul. iuris.*

e *Aut si tegula ceciderit*, quo etiam casu actio nulla competit, nisi fortè ex stipulatione damni infecti secundum distinctionem *l. fluminum 24. §. Seruius putat, & l. damni 43. in princ. 3. de damn. infect.*

d *Sed & si infans.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ in furioso. Nam hæc ætas ignorat etiam illa quæ videt, inquit *l. vnic. Cod. de fals. monet.* ac proinde nullius culpæ nec iniuriæ capax est, qui iuris non est *l. Fulcinius 7. § adeò autem. infr. quibus ex caus. in poss. eat.*

Quod

c *Quòd sit impubes.* Ratio dubitandi. Pupillus quoque licet infantiam excesserit parum distat à furioso *d.l.Fulcinius §.planè interdum quib.ex caus.in poss.eat.*

Dec. Pupillus potest esse capax doli & iniuriæ, puta si sit proximus pubertati *l.heredibus* 13. §.1 *supr.de dol.l.* 4. §. *de dolo infr.de dol.mal.except.* Ideoq; & furti tenetur *l.impuberem* 23.*inf.de furt.* § *pen.Instit.de oblig.quæ ex delict.nasc.l.pupillum* 111.*de reg.iur.*

3 ¶Si magister in disciplina vulnerauit seruum, vel occiderit: an Aquilia teneatur, quasi damnum iniuria dederit? & Iulianus scribit, Aquilia teneri eum, qui eluscauerat discipulum in disciplina. multo magis igitur in occiso idem erit dicendum. proponitur autem apud eum species talis: Sutor (inquit) puero discenti ingenuo, filiofamilias parum bene facienti, quod demonstrauerit, forma calcei ceruicem percussit, vt oculus puero perfunderetur. dicit igitur Iulianus, iniuriarum quidem actionem non competere: quia non faciendæ iniuriæ causa percusserit, sed monendi, & docendi causa, an ex locato [a], dubitat: quia leuis dumtaxat castigatio concessa est docenti; sed lege Aquilia posse agi, non dubito.

Ad §.3. Si magister.

Ratio dubitandi. Sutor qui puero discenti & parum bene facienti, forma calcei ceruicem percussit, ita vt oculus puero perfunderetur, non habuit animum faciendæ iniuriæ. Ergo non potest videri damnum iniuria dedisse *l.verum est* 39 *l.qui iniuria* 53. *inf.de furt.*

Dec. Ea ratio duntaxat facit, vt non possit teneri actione iniuriarum, at non etiam vt non teneatur lege Aquilia, cùm verum sit eum iniuria damnum dedisse, & per culpam, siquidem iniuria præceptoris sæuitia culpæ adnumeratur, vt scriptum est in *l.sequ.* nec nisi leuis castigatio ei concessa est, qualis non est illa quæ puerum cicatricibus deformat *l.locum* 17. §.1 *supr.de vsufr.l.item quæritur* 13. §. *item Iulianus.inf locat.* Idem est in marito nimis sæuiente, etiam in seruos dotales *l.si constante* 24. § *si maritus.inf.solut.matrim.* Et in fructuario sæuiente in seruos in quibus habet vsusfructum *d.l.locum.§.vltim.* aut in creditore sæuiente in seruos pignoratos *l.eleganter* 24. §. *vlt.de pignor.act.*

a *An ex locato.* Ratio dubitandi. Leuis castigatio non est magistro deneganda quoniam emendationis non iniuriæ gratia videtur adhiberi *l. aut facta* 16. §. *causa inf.de pœn.*

Dec. Modus tenendus est *vt ne quid nimis.* Hic autem modum non tenuit qui tam atrociter puerum percussit: Nec verò difficilius aut maius quicquam est in ipsa etiam sapientia, quàm tenere modum.

6. PAVLVS lib. 21. ad Edictum.

PRæceptoris enim nimia sæuitia culpæ adsignatur.

Ad l. Præceptoris 6.

Ratio dubitandi. Solent præceptores adhibere verbera emendationis non iniuriæ gratia *d.l.aut factum* 16. §. *causa infr.de pœn.*

Dec. Leuis quidem castigatio iis permissa est, sed ita vt teneant modum, nec castigatio in nimiam sæuitiam degeneret: Nimia enim sæuitia culpa est etiam in Magistratu *l.Magistratibus* 12. *sup.de iurisd.* & sæuitia quæ in propriis culpanda est, in alienis est coercenda *d.l.si constante* 24. §. *si maritus infr.solut.matrim.* quæ & aduersus ipsos dominos plus æquo sæuientes punienda est *l.2.de his qui sui vel alien.iur.sunt.* sufficit autem culpam subesse vel leuissimam vt fiat locus actioni legis Aquiliæ *l.in lege* 44.*inf.hoc tit.*

7. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

QVa actione [a] patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filij sui propter vitiatum oculum sit habiturus: & impendia, quæ pro eius curatione fecerit.

Ad l. Qua actione 7.

a *Qua actione.* Ratio dubitandi. Hominis liberi & ingenui, qualis hic erat de quo tractamus, nulla æstimatio est *l.liber homo* 103.*de verb oblig.*

Dec. Non datur hæc actio ad æstimationem, sed in id quod minus est ex operis filij sui propter vitiatum oculum & eluscatum filium, vt loquitur *l.pen.infr.de cond.triticar.* pater percepturus sit, & ad impendia, quæ pro eius curatione fecerit vt in *l.3. sup.tit.prox.* Interest sanè patris neque corpus neq; animum liberorum corrumpi *l.vt tantùm* 14. §.1.*inf.de seru.corrupt.*

1 ¶Occisum autem accipere debemus, siue gladio, siue etiam fuste, vel alio telo, vel manibus, si fortè strangulauit eum, vel calce petiit, vel capite, vel qualiter qualiter [a].

Ad §.1. Occisum.

Ratio dubitandi hîc nulla est, quia lex Aquilia vsa est generali verbo *occidere* quo continentur actus omnes occisionis quorū exēpla hîc ponuntur.

a *Vel qualiter qualiter.* An ergo etiamsi alimenta deneget? Ita videtur putare Accursius. Nam & necare creditur is, qui alimenta denegat *l.4 infr.de agnosc.& alend.liber.* Sed nō puto, quia lex Aquilia vsa est verbo actiuo significante factum & actum ipsum occidendi, vt & lex Cornelia de sicariis *l.in lege* 7.*inf.ad leg.Cornel.de sicar.* qui porrò actus non interuenit in denegatione alimentorum. Nam qui denegat non tam occat, quàm necare videtur, lex autem de vero actu sensit non de ficto.

2 ¶Sed si quis plus iusto oneratus, deiecerit onus, & seruum occiderit: Aquilia locum habet. fuit enim in ipsius arbitrio, ita se non onerare. Nam & si lapsus [a] aliquis, seruum alienum onere presserit: Pegasus ait, lege Aquilia eum teneri: ita demum, si vel plus iusto se onerauerit, vel negligentiùs per lubricum transierit.

Ad §.2. Sed si quis.

Legendum est *sed & si quis*. Est enim hic textus ampliatiuus, non aduersatiuus ad præcedentia.

Ratio dubitandi. Impossibilium nulla est obligatio *l. impossibilium* 185. *de reg. iur.* Impossibile autem est vt quis onus cui impar est ferat, nec culpam habet si oppressus onere illud teiecerit, atque ita seruum alienum occiderit.

Dec. Culpa præcessit casum, cùm non debuerit hic se plus æquo onerare, & fuerit in ipsius arbitrio vt se non oneraret, sicuti neque culpa caret is qui pluribus negotiis se onerat, quàm quæ expedire bene possit.

a *Nam & si lapsus.* Ratio dubitandi. Casus fortuitus est vt quis secundo labatur, nec quisquam credendus est velle labendo sibi nocere, vt seruum alienum onere suo opprimat.

Dec. Hîc quoque culpa præcessit casum, si is qui hac conuenitur actione, aut plus æquo se onerauerit, aut per lubricum negligenter transierit. Debuit enim periculum præuidere, & prospicere futurum vt posset id accidere *l. si quis* 9. §. 1. *infr. locat.* In culpa autem est quisquis non præuidit quod præuidere debuit *l. si putator* 31. *& l. si ex plagis* 52. §. *in cliuo. infr. hoc titul. l.* 1. §. *itaque. supr. titul.* 1.

3 ¶ Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit, neque eum, qui impulit, teneri, quia non occidit: neque eum, qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundùm quòd in factum actio erit danda in eum, qui impulit.

Ad §.3. Proinde.

Ratio dubitandi. Is damnum dedisse intelligitur, qui damni occasionem dat *l. qui occidit* 30. §. *in hac quoque. infr. hoc tit. l. is damnum* 169. *de reg. iur.* damni verò dedit occasionem is qui alium impulit.

Dec. Is demùm tenetur lege Aquilia, qui & corpore suo & culpa sua damnum dedit: hîc autem licèt in culpa sit, non suo tamen corpore, sed alieno damnum dedit. Non igitur potest teneri lege Aquilia: multò minùs verò is, qui occidit, cùm culpa eius nulla sit. Est igitur necessaria actio in factum subsidiaria, & quidem contra impellentem, non contra eum qui impulsus est, quia is solus in culpa est, qui impulit, non item qui ignorans impulsus est *d. l. ex plagis* 52. §. *in cliuo Capitolino. infr. & §. vltim. Instit. eod.*

4 ¶ Si quis in colluctatione, vel in pancratio, vel pugiles dũ inter se exercentur, alius alium occiderit: si quidẽ in publico certamine alius aliũ occiderit, cessat Aquilia, quia gloriæ causa, & virtutis, non iniuriæ gratia videtur damnum datum. hoc autem in seruo [a] non procedit: quoniam ingenui solent certare [b]. in filiofamilias vulnerato procedit. Planè si cedentem [c] vulnerauerit, erit Aquiliæ locus: aut si non in certamine seruum occidit: nisi si domino committente [d] hoc factum sit, tunc enim Aquilia cessat.

Ad §.4. Si quis in colluctatione.

Ratio dubitandi. Etiam cùm quis in colluctatione, aut in pugillari certamine, aut in pancratio mixto ex pugillari, & lucta, alium occidit, verum est dedisse illum damnum suo corpore & occidisse.

Dec. Non sufficit occidisse, si non occiderit etiã iniuria & culpa aliqua interueniente: hîc autem videtur damnum dedisse gloriæ causa & virtutis, nõ iniuriæ gratia, cùm in publico fecerit, & publicæ lætitiæ causa, vt Accursius interpretatur, qui bene hinc notat eos, qui propter gloriam mortui sunt, etiam post mortem per gloriã credi viuere, vt qui in acie pro Republica ceciderunt *tit. de excus. tutor. instit.* In quo tamen numero ponendi non sunt qui in ludis istis & circulis quantumlibet publicis occiduntur. Cùm nec illi ponendi sint, qui in bello ceciderunt si non etiam in acie.

a *Hoc autem in seruo.* Ratio dubitandi. Lex Aquilia nõ est locuta nisi de seruo vel serua quadrupedéve pecude *l. 2. sup.* Dec. Etiam cùm liber homo vulneratus est & ingenuus, actioni legis Aquiliæ locus est *l. 5. §. vlt. sup.* Et initio huius legis, sed vtili non directæ, quia non ex verbis legis Aquiliæ descendit, sed ex interpretatione *l. liber homo* 13. *inf.* nec ad æstimationem quæ nulla est liberi hominis datur, sed ad id quod interest, & impensas in curationem factas *l. 3. sup. tit. prox.* & hac lege in princ. *l. qua vulgo* 42. *de edil. edict.*

b *Solent certare.* Semper autem supponendi sunt termini habiles *l. adigere* 6. §. *quamuis. de iur. patron. l.* 1. §. *vlt. inf. ad SC. Tertyll.*

c *Planè si cedentem.* Ratio dubitandi. Non est fauorabilior qui aduersario cedit in pugna, quàm qui non vult cedere. Dec. Neque virtus neque gloria vlla est cedentem & fugientem occidere, debuitq; victori ingenuo satis esse ad gloriam istorum certaminum, quod cedere aduersarium coegerat. In hostili bello aliud est, vbi nõ de gloria tantùm certatur, sed de summa rerum, deq; salute Reipublicæ.

d *Nisi si domino committente*, id est, permittente, & exponente seruum suum huic periculo.

Ratio dubitandi. Non habet dominus in seruos suos vitæ ac necis liberam potestatem sine causa post constitutionem Antonini, de qua in *l. 1. §. vlt. & l. 2. de his qui sui vel alien. iur. sunt.*

Dec. Actio legis Aquiliæ non competit nisi domino *l. item Mela* 11. §. *legis autem. infr.* Cui facta est iniuria, & damnum illatum. Non fit autem domino consentienti iniuria, nec damnum *l. in diem* 9. §. 1. *de aqua & aqua pluu. arcend. l. quod quis* 203. *de reg. iur.* Faciunt autem valde imperitè, qui ex hoc loco colligunt duella ex iure Quiritium permissa esse: Quasi verò bonum sit argumentum à seruis iisdemq; paganis, de quibus agitur in hoc §. & qui quadrupedibus æquiparantur in *l. 2. §. 1. sup.* ad liberos homines & Christianos qui hodie passim tam crudeli isto mortis genere non modò contra Principum leges humanas, sed etiam contra diuinam, nec minùs anima, quod deplorandũ magis est, quàm corpore trucidantur, aut viui potiùs ad inferos detruduntur. De quibus extat elegantissimus & eruditissimus tractatus Gallicus, vnà Latinus, Petri Boissati Delphinalis clarissimi dùm Viennæ Allobrogum viueret in Viennensi Balliuatu præfecti, vbi omnia illa quæ ex repertis priscorum & recentiorum populorum morib. & ex omni iure, vt erat ille

totius

totius iuris peritissimus in hanc rem exquiri possunt. Tanti viri cuius constantem ac singularem amicitiam semper studiosissimè colui, nunc defuncti felicem piámque memoriam religiosissimè tecolo, Nunquam desiturus laudare quem amare numquam destiti.

5 ¶ Sed si quis seruum ægrotum leuiter percusserit, & is obierit: rectè Labeo dicit, lege Aquilia eum teneri: quia aliud alij mortiferum esse solet.

Ad §. 5. Sed si quis seruum.

Ratio dubitandi. Qui leuiter percussit, non habuit animum occidendi, & leniẽda est pœna eius, qui in rixa fortè, aut aliter casu magis quàm voluntate hominem occidit *l. 1. §. Diuus Hadrianus infr. ad leg. Cornel. de sicar.* vbi certè pro *causa* legendum est *casu.* Dec. Culpa tam grauis est eius, qui ægrotum leuiter percussit, ita tamen vt ex eo ictu homo perierit, quàm si sanum hominem grauiter percussisset & occidisset. Aliud enim alij mortiferum esse solet *l. nihil interest 32. infr. ad leg. Iul. de adulter.* & hac parte alia ratio est legis Aquiliæ, alia legis Corneliæ de sicariis, in qua requiritur animus occidendi, qui ex qualitate & circumstantiis facti colligitur *dict. § Diuus.* Iunge *l. fluminum 24. §. idem Seruius D. de damn. infect. l. item si obstetrix 9. §. vlt. infr.*

6 ¶ Celsus autem multum interesse dicit, occiderit, an mortis causam præstiterit: vt, qui mortis causam præstitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur: vnde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit: & ait, causam mortis præstitisse: quemadmodum eum, qui furenti gladium [a] porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum.

Ad §. 6. Celsus autem

Ratio dubitandi. Lex non verbis imposita est, nec poni debet sed rebus *l. 2. in fin. comm. de legat.* Et leges de effectu sunt intelligendæ, potiùs quàm ex nudo cortice verborum æstimandæ *l. 1. § hac autem verba supr. quod quisque iur. l. pen. §. docere. Ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim.* Effectu autem ipso nihil interest an mortis causam quis præstiterit, an ipse occiderit *l. qui occidit 30. §. in hac infr.* adeoque nec in lege Cornelia de sicariis *l. nihil 15. infr. de sicar.*

Dec. Lex Aquilia locuta est de eo tantùm qui occidit, non etiam de eo qui mortis causam præstitit: Actiones autem quæ ex lege Aquilia competunt non aliter competere possunt, ne verbis deficientibus legis deficiat etiam actio, per quod fiat vt delictum maneat impunitum damno scilicet secuto, vt in *l. item si obstetrix 9. & l. si quis fumo 49. in princ. inf.* Alia ratio est legis Corneliæ de sicariis *d. l. nihil 15 de sicar.*

a *Furenti gladium.* Ratio dubitandi. Qui furenti gladium porrigit, is neque suo neque alieno corpore occidit.

Dec. Mortis tamen causam præstat, & ideò cessante lege Aquilia danda est actio in factum secuto damno, vt proximè diximus. Debuit enim prospicere futurum, vt furiosus habens gladium hominem posset occidere, quod futurum non erat si nemo ei gladium porrexisset. Nam neque hoc casu reddi gladius debuit si fuisset furiosi *l. bona fides 31. infr. depos.*

7 ¶ Sed si quis de ponte aliquem præcipitauit: Celsus ait, siue ipso ictu perierit, aut continuò submersus est, aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri: quemadmodum, si quis puerum saxo illisisset.

Ad §. 7. Sed si quis de ponte.

Ratio dubitandi. Cùm quis de ponte præcipitatus est, siue ipso ictu perierit, siue cõtinuò submersus sit, aut lassatus vi fluminis victus perierit, non tã occidisse videtur is qui præcipitauit, quàm mortis causam præstitisse. Teneri ergo debet actione in factum, non legis Aquiliæ, *vt sup. prox.*

Dec. Occidisse intelligitur is cuius facto solo & corpore immediato homo perit, non minùs quàm si puerum saxo illisisset, Quamnis hoc casu etiam saxum concurrat vt superiore casu aqua *§. vlt. instit. hoc tit.* Sic in eo qui obiecta face alium vrit *l. si seruus 27. §. si quis igitur inf.*

8 ¶ Proculus ait, si medicus seruum imperitè secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem.

Ad §. 8. Proculus.

Ratio dubitandi. Qui per imperitiam secuit, non habuit animum nocendi. Dec. Imperitia cuiusque in arte sua culpę adnumeratur *l. si quis donum 9. §. Celsus infr. locat. l. illustrat 6. § sicuti de off. præs. l. imperitia 132. de reg. iur.* Quæ culpa sicut facit locum actioni ex locato, quia in eo contractu venit leuis culpa *l. contractus 23. de reg. iur. l. si vt certo 5. §. nunc videndum inf. commod.* ita & actioni legis Aquiliæ, quę nihil requirit nisi damnum & culpam. Iunge *l. item quæritur 13. §. si gemma locat.*

8. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

IDem iuris est, si medicamento perperam vsus fuerit. Sed & qui benè [a] secuerit, & dereliquit curationem, securus non erit, sed culpæ reus intellegitur.

Ad l. Idem iuris est 8.

Ratio dubitandi. Qui medicamento perperam vtitur, multùm distat ab eo, qui venenum pro medicamento dedit, de quo in *§. Celsum 6. l. supr. prox.*

Dec. In medico parum hæc distant, quoniam imperitia culpæ adnumeratur, vt & in quolibet artis suæ imperito *d.l.illicitas 6.§.sicuti supr.de off.præsid.l.si quis domum 9.§.Celsus locat.*

a *Sed & qui benè.* Ratio dubitandi. Ei qui benè secuit culpa nulla, nec imperitia potest imputari.

Dec. Culpa est medico derelinquere sine causa curationem benè institutam: Omnis imperitia in eo, in quo quis peritus esse debuit, culpa est, nec sine culpa esse potest. At culpa etiam sine imperitia esse potest: nec rursum interest, An culpa concomitetur casum an præcedat, aut sequatur *l.prox.§.pen.supr.l.qui foueas 28.infr.hoc tit.l.1.§.in quinque infr.de oblig.& action.* Sanè de culpa leui medicum teneri sufficit, non etiam de leuissima, vt benè Azo apud Accursum ex *l.contractus 23.de reg.iur.*

1 ¶Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eæ alienum hominem obtriuerint, vulgò dicitur culpę nomine teneri. Idem dicetur[a], & si propter infirmitatem, sustinere mularum impetum non potuerit. nec videtur iniquum, si infirmitas culpæ adnumeretur, cùm affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit, vel intellegere debet, infirmitatem suam alij periculosam futuram. Idem iuris[b] est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam, vel infirmitatem retinere non poterit.

Ad §.1.Mulionem.

Ratio dubitandi. Difficile est mulioni impetum mularum retinere. Dec. Difficile est mulioni imperito, sed non ei qui artis suæ peritus sit. Nec minùs in mulione quàm in medico imperitia culpæ adnumeranda est *dict.l.si quis domum 9.§. Celsus infr.locat.*

a *Idem dicetur.* Ratio dubitandi. Non est in cuiusquam potestate vt infirmus non sit, cùm id pēdeat ex habitu corporis, supremáque Dei voluntate. Ergo infirmitas non est culpæ adnumeranda.

Dec. Non caret culpa ille qui id affectat, in quo vel intelligit vel intelligere debet suam infirmitatem futuram alij periculosam *l.fi. C.de adsess.l.cùm in plures 60.§.seruum meum inf.locat.l.damni 43.in prin.inf.de damn.infect.§.impetu 8.Instit.eod.*

b *Idem iuris est.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *versic.præced.* Sed intellige per infirmitatem factum eo demùm casu quo alius firmior potuisset aut mulas aut equum retinere *d.§.impetu.*

9. VLPIANVS libro 18.ad Edictum.

ITem si obstetrix medicamentum dederit, & inde mulier perierit: Labeo distinguit, vt, siquidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin verò dedit, vt sibi mulier offerret, in factum actionem dandam. quæ sententia vera est. magis enim causam mortis præstitit, quàm occidit.

Ad l.Item si obstetrix.

Ratio dubitandi. Obstetrix quę medicamentum dedit ex quo mulier periit, videtur occidisse, siue manibus suis medicamentum supposuerit, siue dederit mulieri vt ipsa sibi offerret.

Dec. Primo casu videtur obstetrix occidisse, quia suo corpore, id est suis manibus medicamentum dedit, sicut & qui pecora inclusit in loco vbi fame perierunt *l.penul.C.hoc tit.* Posteriore verò casu mortis causam potiùs præstitit, quod non sufficit vt actioni legis Aquiliæ locus fiat *l. qua actione 7.§. Celsus sup.hoc tit.* Licèt sufficiat in lege Cornelia *l.nihil 15.infr.de sicar.* Ergo in factum actio necessaria est *§.pen.instit.hoc tit.* Nec minùs in fœminis quàm in maribus obtinet quod suprà diximus imperitiam culpæ adnumerari, Ex generali regula iuris *l.imperitia 132.de reg.iur.*

1 ¶Si quis per vim, vel suasum, medicamentum alicui infundit vel ore, vel clystere, vel si eum vnxit veneno malo[a], lege Aquilia eum teneri: quemadmodum obstetrix supponens tenetur.

Ad §.1.Si quis per vim.

Ratio dubitandi. Etiam coacta voluntas est voluntas *l.si mulier 21.§.vlt.sup.quod met.caus. l.si patre cogente 22.inf.de rit.nupt.* Volenti autem non fit iniuria *l.in diem 9.§.1.infr.de aqua & aquæ pluu.arcend.*

Dec. Duplicem iniuriam facit qui alium cogit vt velit iniuriam pati. Nec eo minus verum est, damnum hunc dedisse, & sua culpa, & suo corpore. Quid enim refert an malum medicamentum quis supponat aut venenum, an infundat ore vel clystere, an vngat?

a *Veneno malo.* Sunt enim quędam etiam bona venena *l.qui venenum 236.de verbor.signif.* Ergo nomen medium est, & tam id quod ad sanandum quàm quod ad occidendum paratum est. Nam & medicamenta ferè omnia secundum medicos habent aliquid veneni, vt morbi plerique etiam, fatente Hippocrate, aliquid diuini.

2 ¶ Si quis hominem fame necauerit, in factum actione teneri, Neratius ait.

Ad §.2.Si quis hominem.

Ratio dubitandi. Occisum accipere debemus in lege Aquilia eum qui occisus est qualiter qualiter. Competit ergo etiam contra eum qui fame necanit actio legis Aquiliæ, neç est necessaria actio in factum.

Dec. Lex Aquilia requirit factum occidentis. Qui autem alium fame necat, nihil facit, imò hoc ipso necat quod nihil facit, quamuis dici soleat

eum

Eum qui non facit quod facere debet hoc ipso facere aduersus ea quæ facere debet *l. qui non facit* 121. *de reg. iur.* sed id fictitiè dicitur, non verè. Et hoc iam diximus ad *l. qua actione* 7. §. 1. *sup.* Aliud est in eo qui pecora inclusit in eo loco vbi posteà fame perierint *l. pen. C. hoc tit.* Nam in includendo factum aliquod versatur & quidem proximum & immediatum. Nam fame perire pecora, non facere sed pati est, & ex parte illius qui id egit vt fame perirent simplex abnutiuum est vt loquitur Paul. in *l. inter* 83. §. 1. *De verbor. oblig.* Hîc autem agitur de eo qui non inclusit pecora fame perempta. Et ita hi loci conciliandi sunt, non quomodo ab Accursio qui putat actionem in factum posse cum Aquilia concurrere, quod certè falsum est. Nam actio in factum nunquam nisi subsidiaria est.

3 ¶Si seruum meum equitantem, concitato equo, effeceris in flumen præcipitari; atque ideo homo perierit: in factum esse dandam actionem, Ofilius scribit: quemadmodum si seruus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

Ad §. 3. Si seruum.

Ratio dubitandi. Qui concitat equum, damnum ipse dat proprio corpore, & propria culpa. Ergo teneri debet lege Aquilia.

Dec. Non præcipitat seruum meum is qui efficit, vt equus concitatus eum præcipitet. Itaque non tam occidisse dici potest quàm suo corpore mortis causam præbuisse, quod longè diuersum est, quemadmodum si seruus meus ab alio in insidias deductus, & ab alio occisus esset; vt sequitur. Est igitur hoc casu necessaria in factum actio subsidiaria, cùm deficiat Aquilia.

4 ¶Sed si per lusum iaculantibus, seruus fuerit occisus: Aquiliæ locus est: sed si, cùm alij [a] in campo iacularentur, seruus per eum locum transierit; Aquilia cessat: quia non debuit, per campum iaculatorium iter intempestiuè facere, qui tamen data opera [b] in eum iaculatus est, vtique Aquilia tenebitur.

Ad §. 4. Sed si per lusum.

Ratio dubitandi. Qui per lusum iaculantur, non habent animum nocendi neque comminiscendæ iniuriæ, nec rursum damnum dant proprio corpore sed per iaculum. Ergo non tenentur Aquilia.

Dec. Non carent culpa, qui iaculantur in loco publico extra campum iaculatorium. Et lusus quoque noxius in culpa est, vt in *l. seq. & in l. actione* 50. *in fin. de furt.* Occidit enim proprio corpore is qui iaculatur, licet occidat per medium iaculum, sicuti suprà diximus de eo qui alium includit, vt eum fame necet quamuis occidat per mediam famem *d. l. pen. C. hoc tit.*

a *Sed si cùm alij.* Ratio dubitandi. Noxius lusus in culpa est *l. prox. inf.* nec manere debet impunitus *d. l. in actione* 50. *in fin. de furt.* Potestque imputari ei qui iaculatus est in campo etiam iaculatorio, per quem videt alium transeuntem, cùm prospicere debuerit posse id euenire *l. si quis domum* 9. §. 1. *in fin. infra locat.*

Dec. Imputari magis potest ei qui per cãpum iaculatorium intempestiuè iter fecit, debuit enim ille prior periculum prauidere, nec periculi metu iaculantes à lusu deterrere, sicut & Aquilia cessat si quis ex ludentibus damnum passus sit inter ludendum, id enim casu magis fit, quàm culpa *l. si ex plagis* 52. §. *vlt. inf. hoc tit.* Et ludo imputandum est, vt & alia pleraque quæ ex ludo proueniunt mala, de quibus elegans est hoc distichum, *Ludus, opes, rixas, fas, furtum, numina, sortem, Perdit, amat, nescit, parturit, odit, habet.*

b *Qui tamen data opera.* Ratio dubitandi. Non potest actio legis Aquiliæ ei competere, cui propria culpa imputari potest, licèt etiam culpa aliqua sit eius qui conuenitur, vt pares culpæ mutua compensatione tollantur, quomodo de delictis scriptum est in *l. viro* 39. *solut. matrim.*

Dec. Grauior culpa est eius qui data opera iaculatus est in transeuntem per campum, etiam iaculatorium: Nec enim potuit ille, aut debuit eam pœnam statuere in hominem intempestiuè transeuntem per campum iaculatorium; vt data opera impunè occidi posset. Itaque non tam hæc culpa est, quàm dolus, qui non potest compensari cùm nuda culpa sed tantùm cum dolo *d. l. viro l. qui foueas* 28. §. 1. *& l. seq. iunct. l. si putator* 31. *inf. l. homo liber* 54. §. 1. *vers. sed damnum inf. de acquir. rer. domin.*

10. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

NAm lusus quoque noxius in culpa est.

Ad l. Nam lusus 10.

Ratio dubitandi. Sunt ista contraria ludere, & seriò agere; vt proinde casus fortuitus esse videatur, si quis per lusum det damnum alteri, nisi det data opera §. *vlt. l. præced. & l. si ex plagis* 52. §. *vlt. inf.*

Dec. Ludi omnes comparati sunt recreationis duntaxat gratia, non vt per eos aliis noceatur: Itaque innoxios eos esse oportet, & non periculosos, vt impuniti sint *l. in actione* 50. *in fin. infra de furt.*

11. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

ITem Mela scribit, si, cùm pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit, & sic serui, quem tonsor habebat, gula sit præcisa adiecto cultello: in quocunque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri, Proculus in tonsorem esse culpam. Et sanè, si ibi tondebat, vbi ex consuetudine ludebatur, vel vbi

transitus frequens erat, quod si imputetur, quamuis nec illud malè dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Ad l. Item Mela 11.

Ratio dubitandi. Non est locus legi Aquiliæ cùm damnum casu datum est, magis quàm culpa *l. si ex plagis 52. §. vlt. inf. hoc tit.* Videtur autem in hac specie damnum contigisse casu fortuito, cùm neque in culpa sit is qui ludens deiecit pilam vehementiùs in manum tonsoris, qui seruum tondebat, licèt eo facto gula præcisa sit, Neque tonsor: vterque enim dabat operam rei licitæ.

Dec. Potest culpa esse in ludente, si fortè data opera id fecerit, aut in eo loco in quo non ex consuetudine ludebatur: Potest etiam esse in tonsore si fortè ibi tondebat vbi ex consuetudine ludebatur, vel vbi transitus frequens erat. Quamuis vt lex subiicit de seipso queri debeat is, qui in loco periculoso sellam habenti tonsori se commiserit: Quæ ratio cùm sit bona, concludit, quod verius est, nullo casu tonsorem teneri, sed vel eum qui lusit, si in eo loco in quo ex consuetudine non ludebatur, aut data opera, vel neminem. Imputanda enim est denique culpa quæ præcessit casum, *l. vltim. infra Commod.*

1 ¶Si alius tenuit, alius interemit: is qui tenuit, quasi causam mortis præbuit, in factum actione tenetur.

Ad §. 1. Si alius.

Ratio dubitandi. Qui tenuit eum quem alius interemit, damnum dedit suo corpore, nec potest dici carere culpa, vt neque animo faciendæ iniuriæ.

Dec. Non potest dici occidisse, qui nullum ictum intulit, sed tantùm mortis causam præstitisse, quod licèt sufficiat in lege Cornelia de sicariis *l. nihil interest 15. inf. ad leg. Corn. de sicar.* non tamen sufficit an lege Aquilia *l. qua actione 7. §. Celsus sup.*

2 ¶Sed si plures seruum percusserint: vtrum omnes quasi occiderint, teneantur, videamus. & si quidem apparet, cuius ictu perierit: ille, quasi occiderit, tenetur, quod si non apparet: omnes, quasi occiderint, teneri, Iulianus ait. &, si cum vno agatur, ceteri non liberantur [a]. nam ex lege Aquilia quod alius præstitit, alium non releuat, cùm sit pœna.

Ad §. 2. Sed si plures.

Ratio dubitandi. Quemadmodum cùm apparet, cuius, ex pluribus, ictu homo perierit, dubitationem res non habet, quia is teneri solus debeat lege Aquilia, Ita cùm non apparet, absurdum videtur dicere omnes teneri, cùm ab vno iam occisus, non potuerit ab aliis iterum occidi. Non enim sicut vnum vulnus alij mortiferum esse solet *l. qua actione 7. §. pen. sup.* ita mors morti adiici potest, nec semel mortuus iterum mori. Ideoque meliùs esset neminem teneri, cùm satius sit nocentem absolui quàm innocentem damnari *l. absentem 5. inf. de pœn.*

Dec. Non potest dici quisquam innocens ex iis, quos constat percussisse: Proinde nec illud, vt nemo teneatur, non magis quàm quis vnus teneatur, cùm nesciri possit cuius ictu perierit, licèt ex telorum genere id plerunque discerni debeat *l. vlt. inf. de sicar.* secus est si plures inuicem sibi damnum dederint *l. scientiam 45. §. cùm testamentum infr.* Consequens igitur est dicere omnes in hac specie teneri, quasi omnes occiderint. Non tam id quòd verum sit, quàm quia nihil sit quod melius dici possit *l. ita vulneratus 51. inf. hoc tit.* Et hoc ex iuris regula, quæ extat in *l. quoties nihil 200. de reg. iur.* Ita verò tenentur omnes vt singuli teneantur in solidum, sicut & in actione arborum furtim cæsarum *l. si plures 6. in princ. inf. arbor. furt. cæsar.* Et in actione furti *l. 1. Cod. de cond. ob. furt.* Idem est in actione *Quod met. caus.* si plures vim aut metum intulerint, vt scilicet possint singuli conueniri in solidum, sed cum hac differentia, quod soluente vno alij liberantur, quoniam actio non tantùm mixta est, sed etiam ab initio rei persecutoria sui natura *l. item si cùm 14. §. vlt. & l. seq. quod met. caus.* sic & in *l. si plures sup. de eo per quem fact. erit.* Quòd si actio persecutoria concurrat cum pœnali, vt in *l. vnde quæritur 7. §. 1 inf. commod. d. l. si vulneratus 41. infr. locat. l. qui seruum 34. in fin. inf. de oblig. & action.* Alius ille tractatus est, de quo scribemus ad *d. l. vnde quæritur.* Malè tamen Accursius scribit actionem hanc legis Aquiliæ non esse pœnalem nisi in duplo, & in repetitione æstimationis retrorsum faciendę. Nam imò verò tota est pœnalis licèt non detur ad pœnam tantùm vt actio furti, sed etiam ad rei persecutionem vnde & mista appellatur in *§. sed & legis Aquiliæ Institut. de action. l. sed actione 50. inn ct. l. 47. & 48. inf. pro socio.* Cæterùm censeri eam totam pœnalem & iure pœnalis actionis, ex eo constat, quod alioqui daretur etiam in heredem quatenus esset rei persecutoria, & eo saltem casu quo seruus occisus pluris anteà non fuisset nec de duplo tractandum quicquam esset, quod tamen euidenter falsum est, *d. §. his autem verbis l. inde Neratius 23. §. hanc actionem inf hoc tit.* Denique est tota pœnalis sed non tamen totaliter. Ergo generaliter verum est quod hîc dicitur, quòd ex lege Aquilia vnus præstitit, alium non releuare, cùm sit pœna, & quidem ex parte tam accipientis quàm dantis. Nam si ex parte accipientis non sit pœna, aliud est *l. 3. inf. tit. prox.*

a *Non liberantur.* Ratio dubitandi. Improbus est qui vult bis idem consequi *l. bona fides 57. de reg. iur l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.*

Dec. Nunquam actiones pœnales de eadem re concurrentes præsertim contra diuersas personas, alia aliam consumit *l. nunquam 60. de obligat. & act.* Hæc autem actio legis Aquiliæ ab initio sui natura & aptitudine pœnalis tota est licèt nō totaliter, vt modò dixi, per quam vnusquisque improbi facti sui pœnam luit *§. his autem verbis inst. h. tit.* sed ita tamen vt interdū alia atque alia fiat ęstimatio, vt in *d. l. ita vulneratus inf. hoc tit.* Aliud est in actione Quod metus causa *d. l. item si cum 14. §. vlt. quod met. caus.*

Ad §. 3.

3 ¶Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimauerit: priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulnerauerit, quia ex alio vulnere periit: posteriorem teneri, quia occidit. quod & Marcello videtur, & est probabilius.

Ad §. 3. Celsus scribit.

Ratio dubitandi. Mortiferè vulneratus dicitur is quem constat ex eo vulnere moriturum licèt alius nemo superueniret, qui eum occideret *l. huic scripturæ 15. §. 1. & l. ita vulneratus 51. inf.* Nec videtur damnum vllum inferre is qui vulnus nouum infligit homini æquè morituro *l. si alius 7. § est & alia. versic. idem ait esse inf. Quod vi aut clam.* Ergo prior solus teneri debet de occiso. Posterior autem vel nullo modo, vel saltem non nisi de vulnerato.

Dec. Negari non potest quin vterque teneri debeat, cùm vterque vulnerauerit & corpore suo damnum dederit *d. l. ita vulneratus 51.* sed prior de vulnerato tantùm, posterior de occiso, quia verum est, periisse occisum ex secundo vulnere, non ex primo: Contrà quàm Iulianus senserit in *d. l. ita vulneratus 51. inf.* Dissensit enim hac in re Iulianus à cæteris vt dicemus ad *d. l. ita vulneratus.* Inde fit vt idem eundem seruum vulnerauerit primùm, siue mortiferè siue non mortiferè, posteà deinde cum occiderit, teneatur dupliciter lege Aquilia, & de vulnerato & de occiso, quia duo delicta sunt *l. illud quæsitum 32. §. 1. inf.* Quantò magis si plures mortiferè vulnerasse proponantur, & posterior occidisse? Iunge *l. huic scripturæ 15. §. 1. & l. seq.* & quæ ibi dicemus *inf.*

4 ¶Si plures trabem deiecerint, & hominem oppresserint, æquè veteribus placet, omnes lege Aquilia teneri.

Ad §. 4. Si plures.

Ratio dubitandi. Verum est dicere neminem ex his qui trabem deiecerunt, & hominem oppresserunt, trabem deiecisse, sed omnes simul, Nec enim singuli trabem deiicere potuissent. Nemo igitur lege Aquilia teneri debet.

Dec. Subtili quidem ratione id dici potest, sed tamen ad publicam vtilitatem pertinet, vt dicamus potiùs omnes teneri, ne alioquin maneat delictum impunitum, quod nunquam ferendum est *l. ita vulneratus 51. inf. hoc tit. l. Stichum aut Pamphilum 95. inf. de solut.* dixi ad § *sed si plures supr.*

5 ¶Item cum eo qui canem irritauerat & effecerat, vt aliquem morderet, quamuis eum non tenuit, Proculus respondit, Aquiliæ actionem esse. sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit, & effecit, vt aliquem morderet. cæterùm, si non tenuit, factum agendum.

Ad §. Item cum eo.

Ratio dubitandi. Pro Proculo, Is qui canem irritauit, & effecit vt aliquem morderet, videtur ipse suo corpore damnum dedisse.

Dec. Pro Iuliano, Is demùm suo corpore damnum dedit, qui canem tenuit, non etiam is qui non tenuit: Hic enim corpore canis non suo damnum dedit, Et ideò in factum actione conueniendus est non ex lege Aquilia. Iunge *l. 1. §. sed etsi sup. tit. prox.* & quæ ibi scripsimus.

6 ¶Legis autem Aquiliæ actio hero competit, hoc est domino.

Ad §. 6. Legis autem Aquiliæ.

Ratio dubitandi. Potest interesse illius etiam qui non sit dominus. Dec. Hæc actio nascitur & competit ex lege Aquilia, lex autem non nisi de domino locuta est *l. 2. sup. l. ob id 43. infr.* In eoque differt hæc actio ab illa de qua *tit. prox. præced. l. 2. ill. tit.* Datur tamen interdum vtilis hæc actio etiam non domino *§. vlt. & leg. seqq. infr.* Ergo hic §. de directa tantùm intelligi debet.

7 ¶Si in eo hominem, quem tibi redhibiturus essem, damnum iniuria datum esset: Iulianus ait, legis Aquiliæ actionem mihi competere, méque, cum cœpero redhibere, tibi restituturam.

Ad §. 7. Si in eo homine.

Ratio dubitandi. Non videtur quisquam id capere aut habere quod necesse est alij eum restituere *l. non videtur 51. & l. quod euincitur 190. de reg. iur.*

Dec. Non eo minùs rectè quid nostrùm dicimus quod eius dominium à nobis abire quandoque speretur *l. non idcò 66. de rei vindic. l. plerunque 205. de reg. iur.* Qui autem habet hominem redhibendum, interim dominus est, licèt redhibendo cogatur omnia reddere quæ per eum hominem acquisiit *l. cùm autem 23. §. vlt. & l. seq. inf. de ædilic. edict.*

8 ¶Sed, si seruus bona fide alicui seruiat, an ei competit Aquiliæ actio? & magis in factum actio erit danda.

Ad § 8. Sed si seruum.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non est dominus, nec domini loco habetur nisi quod ad fructus pertinet *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. dom.*

Dec. Bona fides tantùndem possidenti præstat, quantùm veritas, vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de reg. iur.* Ideóque bonæ fidei possessori qui quoniam est in cursu vsucapiendi haberet etiam Publicianam, multò magis æquum est dari actionem contra vulneratorem, aut occisorem hoc

minis bona fide possessi, sed in factum, non legis Aquiliæ, quia duminus verè non est: datur autem etiam contra dominum *l. si dominus 17. inf.* ob operas quas bonæ fidei possessor amisit *l. iustissimè 44. §. vlt. inf. de adilit. edict.* Nimirum si talis bonæ fidei possessor sit is qui habeat etiam titulum, vt benè Accursius notat, *arg. l. 1. §. 1. infr. de seru. corrupt. l. 2. §. 1. de relig. & sumpt. funer.* sanè contra quemcumque possessorem datur directa domino *l. si eo tempore 38. inf. l. si à domino 36. §. si possessor sup. de hered. petit.*

9 ¶Eum, cui vestimenra commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere, Iulianus ait: sed domino eam competere.

Ad §. 9. Eum cui.

Ratio dubitandi. Interest eius, cui vestimenta commodata sunt, vt habeat actionem contra eum à quo scissa sunt, cùm futurum sit vt eo nomine teneatur commodati, qua de causa datetur ei actio, de qua in superiore titulo *si quadrup. paup. feciss. dicet. l. 2. ill. tit.*

Dec. Actio legis Aquiliæ non datur omnibus quorum interest vt illa superior, sed domino tantùm, vt suprà proximè, qualis non est commodatarius, sed tamen quia ipsius interest nec delictum manere debet impunitum, actio in factum ei vt puto accommodanda est. Actio autem legis Aquiliæ domino competet. Itaque is qui vestimenta sciderit duobus tenebitur, duabus actionibus.

10 ¶An fructuatius, vel vsuarius legis Aquiliæ actionem haberet, Iulianus tractat. & ego puto meliùs, vtile iudicium ex hac causa dandum.

Ad §. 10. An vsufructuarius.

Ratio dubitandi. Vsusfructus in plerisque iuris partibus instar dominij obtinet *l. 4. sup. de vsufr. l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2.* & consequenter vsufructuarius domini quodammodo iure censeri debet.

Dec. Vsufructuarius neque dominus est, neque domini loco *l. falsus 43. in fin. inf. de furt.* quia vsusfructus in iure non in parte consistit *l. Mauius 66. §. fundo eod. l. si à reo 70. § si reo inf. de fideiussor. l. rectè dicimus 25. de verbor. signific.* Ergo non potest habere actionem legis Aquiliæ, quæ non datur nisi domino *§. legis autem sup.* Idem de vsuario longè magis tractari potest, qui multò minus iuris habet in fructibus, quàm fructuatius. Habet enim duntaxat vsum, non emolumentum. Habet tamen vterque iudicium vtile legis Aquiliæ, quia vterque domini quodammodo procurator est *l. 1. §. vlt. inf. de oper. nou. nunc.* nec proinde indigent actione in factum. Iunge *l. locum 17. §. vlt. sup. de vsufr.* Competit autem hoc iudicium vtile etiam contra dominum *l. prox. inf. l. arbitrio 18. §. si dominus sup. de dolo l. si plures 9. §. deiectum inf. de vi & vi armat. l. si vsusfructus 22. inf. de aqua & aquæ pluu. arc.* Itaque de vtili actione legis Aquiliæ accipi debet quod scriptum est in *l. deniq. 13. in princ. inf. quod vi aut clam*, non de directa *l. cadere 5. §. in coniunct. praced. inf. arbor. furt. cæsar.*

12. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

SEd & si proprietaris dominus vulnerauerit seruum, vel occiderit, in quo vsusfructus meus est: danda est mihi ad exemplum legis Aquiliæ, actio in eum proportione vsusfructus [a]: vt etiam ea pars anni in æstimationem veniat, qua nondum vsusfructus meus fuit.

Ad l. Sed & si 12.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ, cùm non detur nisi domino, non potest dari contra dominum. Exemplo Publicianæ quæ licet detur etiam bonæ fidei possessori non potest tamen dari contra dominum *l. pen. sup. de Public.*

Dec. Vsufructuarius est dominus iuris vsusfructus, sicut & vsuarius dominus est eius iuris, quod nos vsum appellamus. Ideoq; habent isti vindicationem seruitutis *l. 1. §. 1. si vsusfr. petat.* Potest ergo fructuarius, itemque vsuarius agere contra dominum actione legis Aquiliæ. Non quidem directa, cùm non sit dominus sed vtili ad exemplum scilicet directæ, vide *l. & eleganter 7. §. si seruum sup. de dolo.* vbi datur etiam actio ad exhibendum contra dominum, & quidem quod magis est directa, quoniam ad exhibendum vtilis nulla est *l. cùm seruus 16. inf. ad exhibend.* Iunge *l. arbitrio 18. §. si dominus eod. ill. titul.*

a *Proportione vsusfructus.* Id est ad ratam temporis quo vsusfructus constitit, *Ne etiam ea pars anni ad æstimationem veniat qua nondum vsusfructus meus fuit.* Sic enim legendum est non quomodo legitur vulgò *vt etiam.* Est enim error facilis & lubricus pro *Ne* legere *vt*, & subintelligēdum *quod esset absurdum.* Quid enim absurdiùs quàm vt in hac vtili actione legis Aquiliæ æstimetur vsusfructus hominis vulnerati aut occisi etiam pro ea parte anni qua vsusfructua eius non fuit? simile quid in *l. scilicet 20. inf.* sic neque fit vlla æstimatio infantis occisi, retroacto tempore ante natiuitatem, quia nulla esset *l. inde Neratius 23. § si infans inf. hoc tit.*

13. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

LIber homo, suo nomine vtilem Aquiliæ haber actionem. directam enim non haber: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Fugitiui [a] autem nomine dominus haber.

Ad l. liber homo 13.

Ratio dubitandi. Liber homo suus est & sui iuris, & vt ita dixerim dominus sui ipsius, cùm in sua ipse sit potestate, vt loquitur *l. sic eueniet 21. infra de adulter.*

adulter. Quidni ergo habere potest actionem legis Aquiliæ proprio nomine?

Dec. Actio legis Aquiliæ non datur nisi domino *l. Item Mela* 11. §. *legis autem sup.* Nemo autem dominus est membrorum suorum quia realem distinctionem esse oportet inter dominum & eam rem quæ in alicuius dominio sit: Præter id quod liberi cuiusque hominis & ciuis corpus ad Rempublicam pertinet, cuius est de ciuium suorum corporibus, membris & fortunis pro arbitrio disponere. Nam & ideò lex dicitur dominus & personarum & rerum omnium quæ sunt in republica *l. 1. sup. de legib.* Deficiente igitur directa actione recurrendum necessariò est ad vtilem, non ad consequendam æstimationem quæ liberi hominis nulla esse potest *l. 1. §. sed cùm homo infr. de his qui deiecer. vel effud.* sed operarum amissarum & amittendarum, id est, non minùs futurarum, quàm præteritarum *l. ex hac lege 5. sup. tit. prox. l. qua actione 7. §. si quis in colluctatione.* vbi dixi *sup. hoc tit.* Licèt ruptis retibus non fiat æstimatio piscium qui capti non sunt, cùm incertũ fuerit an caperentur *l. quemadmodum 29. §. item Labeo infr.* Nec enim perinde incertum est an operas aliquas fuerit præstaturus seruus si occisus aut vulneratus non fuisset. Idemq; iuris est in homine libero nisi quod hic sibi, seruus domino operatur.

a *Fugitiui.* Ratio dubitandi. Fugitiuum non habet dominus in sua potestate, parumq; ipsius videtur interesse an occisus aut vulneratus sit fugitiuus, necne, cùm nullam vtilitatem à fugitiuo sperare potuerit, quippe qui faciat sui furtum & se pro libero gerat *l. 1. C. de seru. fugit.*

Dec. Fuga serui damnosa domino esse non debet *d. l. 1.* Quantumque abest vt fugitiuus domino subtrahat dominium sui ipsius, vt nec possessionẽ ei adimat, quia sicut aliarum rerum possessionem interuertere domino non potest, ita ne suam quidem potest *l. rem quæ nobis 15. infr. de acq. poss. l. vltim. §. serui inf. de public. & vectig.* tametsi libertatis species quædam sit fugisse, hoc est potestate dominica in præsenti liberatum esse *l. quod si 17. §. idem rectè ait 10. inf. de ædilit. edict.*

1 ¶ Iulianus scribit, si homo liber bona fide mihi seruiat, ipsum lege Aquilia mihi teneri.

Ad §. 1. Iulianus.

Ratio dubitandi. Liber homo bona fide possessus, ab eo possidetur cui bona fide seruit *l. homo liber 54. §. vlt. inf. de acquir. rer. domin.* Non potest igitur contra eum competere possidenti legis Aquiliæ actio *l. ne cum filiofamilias 16. de furt.*

Dec. Liber homo licèt bona fide seruiat, non ideò tamen amittit libertatem, Et consequenter potest obligari tanquam extraneus quilibet, etiam ei, cui seruit, vt possit ab eo conueniri de damno dato *d. l. homo liber 54. §. 1. versic. sed damno dato. infr. de acquir. rer. domin.* Nimirum postquàm apparuerit liberum esse hominem qui amplius bona fide possideri non possit. Poterit ergo conueniri lege Aquilia, sed non ob culpam leuissimam, adeoq; nec ob leuem, vt extraneus quilibet, sed ob latam duntaxat quæ dolo æquiparatur *d. l. homo liber 54. §. 1. versi. sed damno dato,* vbi pro *tamen* lege *tantùm.*

2 ¶ Si seruus hereditarius occidatur: quæritur, quis Aquilia agat, cùm dominus nullus sit huius serui. Et ait Celsus legem domino damna salua esse voluisse: dominus ergo hereditas habebitur. quare adita hereditate, heres poterit experiri.

Ad §. 2. Si seruus hereditarius.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non datur nisi domino *l. Item Mela 11. §. legis autem sup.* Iacente autem hereditate nemo est dominus rerum hereditariarum quia in nullius bonis sunt *l. 1. supr. de rer. diuis.* Dec. Hereditas iacens domini loco est per fictionem iuris, inductam ob id maximè ne interim res hereditariæ fieri possint primi occupantis, tanquam res nullius *l. non minùs 31. in fin. inf. de hered. instit. l. hereditas 34. de acquir. rer. dom.* Acquiritur ergo actio legis Aquiliæ hereditati tanquam domino *l. si à domino 36. § si possessor supr. de petit. hered.* & consequenter heredi quandocunque adeunti hereditatem *l. 1. §. Scæuola inf. si quis testam. liber. ess. iuss. sit* quia ex die mortis adiisse retrofingitur *l. heres quandocunque 49. de acquir hered. l. omnis hereditas 138. l. omnia fere 193. de reg. iur.* iunge *l. ob id 43. infr. hoc tit.*

3 ¶ Si seruus legatus, post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliæ actionem legatario, si non post mortem [a] serui adgnouit legatum. quòd si repudiauit [b], consequens esse ait Iulianus dicere, heredi competere.

Ad §. 3. Si seruum legatum.

Ratio dubitandi. Legatarius quandiu non agnouit legatum, repudiare illud potest, *l. si tibi homo §. cùm seruus de leg. 1.* Ergo interim non potest videri dominus quia irrita esset repudiatio post acquisitionem *l. 1. §. decretalis infr. de success. edict. l. Titia cùm testamento 35. §. Lucia infr. de legat. 2.*

Dec. Legatum quando[illegible]cognitum transit recta via à testatore in [illegible]tarium, si modò legatus erat olim per vindicationem, nec videtur medio tempore vnquam fuisse heredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. de furt.* Nec requiritur scientia legatarij, dum ne vlla secuta sit repudiatio *l. cùm pater 77. §. surdo de leg. 2.* Denique duplex est acquisitio legati, vna reuocabilis, quæ fit per legem & per quam legatum acquiritur etiam ignoranti *d. §. surdo.* Alia irreuocabilis per quam acquiritur legatario volenti & legatum agnoscenti *d. §. cùm seruus & l. ei qui 13. inf. de condict. instit.* vt nos dicemus *l. seruum filij 44. § 1. De legat. 1.*

a *Si non post mortem.* Ratio dubitandi. Seruus legatus, etiam priùs quàm moreretur, erat legatarij, quamuis ignorantis *d.l.cùm pater 77. §. surdo & l. legatum 80. de leg.2.* & consequenter ei quæsita fuerat actio legis Aquiliæ, quæ postea per serui mortem intercidere non potuit *l.euicta 16 §.si seruum infr. de euict.l.si hominem 47.§.1.de aedilit.edict.*

Dec. Duplex acquisitio est legati vt modò diximus, vna quæ fit ipso iure sola legis potestate de qua in *l.legatum 80. de leg.2.* & hæc reuocabilis est imò extinguibilis omnino per secutam repudiationem *d.l.si tibi homo 86.§.cùm seruus de leg.1.* Requirit enim pro condicione sine qua non, & aditionē hereditatis *l.& eleganter 7.§.item si seruum supr. de dol.* & agnitionem legati *l.ei qui 13.de condic.instit.* Alia irreuocabilis quæ fit per agnitionem legati, quia legatum semel agnitum repudiari postea non potest *d.l.ei qui 13 de condic.instit.* Itaque quandiu legatarius non agnouit legatum, cùm adhuc repudiare possit, non potest videri dominus irreuocabilis fuisse, nec proinde quæsita ei actio legis Aquiliæ. Quid enim si repudiasset? *dict.l.seruus filij 44.§.1.De legat.1.* Maximè cum actio legis Aquiliæ de occiso nascatur hoc casu ex morte serui, postquam vtique secuta est agnitio legati, quod repudiari vtiliter amplius non potest. Is enim demum potest legatum agnoscere qui & repudiare *l.4.l. is potest 18. infr. de acquir.hered.* Hoc igitur casu competit actio legis Aquiliæ heredi non legatario, nec heredi legatarij.

b *Quod si repudiauit.* Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ competit domino *l.item Mela 11.§.legis autem sup.* fuit autem legatarius dominus ipso iure citra vllam agnitionem *d.l.cùm pater §.surdo & l.legatum 80.de leg 2.* non autem heres: alioqui essent duo eiusdem rei domini in solidum eodem tempore, quod fieri non potest *l.si vt certo 5.§.vlt.inf. Commod. l.de hereditate 19.§.pater de castrens.pecul.*

Dec. Secuta quandocunque repudiatio legati nunquam agniti, facit vt legatum nunquam legatario acquisitum fuisse videatur, vt proximè diximus ex *d.l.seruum filij 44.§.1. D. legat.1. l.si tibi homo 86.§.cùm seruus de leg.1.l.quadam 15.inf.de o...* Adde vt collegatario, si quis sit, dominium legati retro adcreuisse hoc casu videatur *l.Titio 34.& seq.inf hoc tit.* Ergo hoc casu actio legis Aquiliæ competit heredi, quia legatum nunquam agnitum remanet in hereditate *l.legatum 116.de leg.1.*

14. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

SEd si ipse heres eum occiderit, dictum est, dandam in eum legatario actionem.

Ad l.Sed & si ipse heres 14.

Ratio dubitandi. Heres dominus est, nec eo nomine alius significatur quàm dominus *§.vlt. Instit. de hered.qual. & diff. l.3 §. Pomponius supr. de minor. l.de hereditate 19.§.pater inf.de castrens.pecul.* Aquiliæ autem legis actio soli domino competit *l.2. l. Item Mela 11. § legis autem supr.* Non ergo potest competere legatario contra heredem qui occidit.

Dec. Dominium legati quandocunque agniti recta via transit recta via à testatore in legatarium, etiam ignorantem, vt diximus ad §.*praced.* Et ideò dicitur legatarius esse quodammodo heres in re legata *l.id tempus 14.§.1.infr de vsucap.* Occiso igitur seruo legato, non alij potest competere actio legis Aquiliæ, quàm legatario, nec contra alium quàm contra heredem ipsum quem ponimus occisorem. Neque enim potuit heres facto suo suam obligationem tollere *l. si seruum 91.§.nunc videamus infr. de verb.oblig.* quod intellige quamuis mora nulla præcesserit, nec præcedere potuerit in legato seruo præstando, qui nec peti potuit ante aditam hereditatem, ex reg.*l.si pupillus 127.de verbor.obligat.* & *l.nulla 88.de reg iur.* satis enim moram contrahit & plus quàm moram qui legatum hominem occidit *d.l.si seruum in princip.* & *§.1.Sed hoc ita,* si modò seruus occisus sit post aditam hereditatem, & agnitum sit legatum ante mortem serui. Sunt enim hæ duæ condiciones sine quibus non potest legatum acquiri legatario, vt diximus ad §. præcedentem ex *l.& eleganter 7. §.item si seruum supr. de dolo l.ei qui 3. de condic.instit.* Non quòd alioqui extinguatur legatum morte serui legati ab herede occisi. Extinctum autem semel agnosci posteà non possit, sed quia non datur Aquilia nisi domino: legatarius autem non potest fieri dominus ante aditam hereditatem, sed saluam habet actionem ex testamento *d.§.seruum.*

15. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

HVic scripturæ consequens est dicere: vt, si ante aditam hereditatem occidatur legatus seruus apud heredem remaneat [a] Aquiliæ actio per hereditatem adquisita. Quòd si vulneratus [b] sit ante aditam hereditatem, in hereditate quidem actio remansit: sed cedere ea legatario heredem oportet.

Ad l.Huic scripturæ 15.

Ratio dubitandi. Is cui legatus est per vindicationem, fit statim dominus, nec cogitur expectare heredem, vt Caius scribit in *Instit.de legat.* Alioqui non transiret in eum recta via rei legatæ dominium nunquam factum heredis *l. legatum 80.de leg. 2.* Nihil ergo interest an legatus seruus occisus sit, ante aditam hereditatem, an pòst.

Dec. Non adita hereditate corruunt legata omnia & cætera quæ in testamento etiam valido relicta sunt, *leg. si nemo 9. inf de testament. tutel. leg. eam quam 14. Codice de fideicommiss.* Et consequenter expectandum necessariò est, vt heres adierit hereditatem, vt sciri certò possit an legatum possit videri tam ante acquisitum legatario *leg. & eleganter septima, §. item si seruum suprà, De dolo.* Et est hæc res, earum ex nu-

ex numero, in quibus ex postfacto apparet quod anteà fuerit *l. quadam 15. infr. l. qui res 98. §. 1. de solut.* Itaque non expectatur quidem consensus heredis, vt in legato per damnationem, ne sit locus interdictu *Quod legatorum*, sed expectatur vt adeat hereditatem, ad hoc vt per aditionem confirmetur testamentum & consequenter omnia in eo legata, atque ita supradictus Caij locus, & *tit. Quod legat.* intelligi debet.

a *Apud hos eadem remaneat.* Ratio dubitandi. Quandocunque agnitum legatum ex die mortis agnitum retrofingitur *d. l. si tibi homo 86. §. cùm seruus de leg. 1. l. quadam 15. inf. de reb. dub.* iunct. *l. omnia ferè 193. de regul. iur.* ac proinde legatum fuisse iam exinde in dominio legatarij. Ergo & actio legis Aquiliæ ei acquisita fuisse retrofingitur in consequentiam necessariam acquisiti dominij.

Dec. Fieri nequit vt legatum non extinguatur, re ipsa extincta *l. si ex legati 23. de verbor. oblig. l. mortuo boue 49. de leg. 2.* Proinde sicut seruus legatus desinit esse in legato, cùm desinit esse in rerum natura ante aditam hereditatem, ita & actio legis Aquiliæ non alij potest acquiri quàm hereditati iacenti, quæ sola interim domini loco est: Nec quod post serui mortem & adeatur hereditas, & agnoscatur legatum, facere potest vt retrofingatur dominium serui iam anteà fuisse acquisitum legatario, quia retrofictionis terminus à quo non est habilis, cùm iam eo tempore seruus legatus nullus sit, & mors serui interueniens tanquam medium inhabile impedit coniunctionem extremorum *l. si is qui pro emptore 15. infr. de vsucap. leg. penultim. infr. rem. rat. haber.* Moritur ergo seruus hoc casu cum lucro heredis, vt & aliis quibusdam casibus, si modò sine culpa heredis mortuus sit *l. filiusfamilias 114. §. vltim. de leg. 1.* quia penes eum remanet actio legis Aquiliæ tanquam hereditati non legatario acquisita, nec eam cedere heres legatario cogitur. Planè si heres ipse seruum legatum occiderit tenebitur legatario non tantùm ex testamento si modò merentem, & ob facinus aliquod occiderit *l. quod ergo si maiorem 53. §. si heres de leg. 1.* sed etiam lege Aquilia, quoniam salua hoc casu superest agnitio legati, quasi seruus ab herede occisus adhuc viuere existimetur *d. l. si ex legati 23. l. si seruum 91. §. vlt. de verb. oblig.*

b *Quod si vulneratus sit.* Ratio dubitandi. Sicuti mortuo seruo legato ante aditam hereditatem vsque adeò extinguitur legatum, vt nec cogendus sit heres præstare legatario actionem legis Aquiliæ sibi acquisitam per hereditatem, quemadmodum proximè diximus, Ita & vulnerato ante aditam hereditatem seruo, idem dicendum esse videtur, vt eadem sit ratio partis in parte, quæ totius in toto. Nam homo qui vulneratus fit deterior. Quod autem fit deterius ex parte perit *l. penultim. infr. de condict. tritic.*

Dec. Longè diuersa est ratio legati hominis occisi, alia vulnerati. Nam occiso homine legato ante aditam hereditatem totum legatum extinguitur vt nec posteà agnosci possit *l. liber homo 13. §. vlt. supr.* Cùm autem vulneratus tantùm est, legatum manet, periq; potest, & consequenter actio legis Aquiliæ heredi acquisita per hereditatem legatario præstanda est, quasi & ipsa sit pars quædam manentis legati, subrogata in vicem partis quæ ex illato vulnere periit. Ideò autem cessione opus est, quia fuit hęc actio quęsita heredi proprio nomine, nec vnquam defuncto competiit, ob idq; nec in fideicommissarium vniuersalem transiret sine cessione *l. qui ita 66. § damnum inf. ad Treb.* iunct. *l. si heres pecuniam 73. eod.*

1 ¶ Si seruus vulneratus mortiferè, postea ruina, vel naufragio, vel alio ictu maturius perierit: de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato. Sed si manumissus[a], vel alienatus, ex vulnere periit, quasi de occiso agi posse, Iulianus ait: hæc ita tam variè: quia verum est, eum à te occisum tunc, cum vulnerabas; quod mortuo eo, demum apparuit: in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus. Sed si vulneratum[b] mortiferè, liberum & heredem esse iusseris, deinde decesserit: heredem eius agere Aquilia non posse.

Ad §. 1, Si Seruus.

Ratio dubitandi. Qui mortiferè vulneratus est, iam tùm occisus creditur cùm vulnerabatur, vt hic scriptum est & in *l. ita vulneratus 51. infr.*

Dec. Non est passa ruina superueniens, vel naufragium, vel alius ictus apparere, an ex vulnere hic decesserit, & ideò non potest qui mortiferè vulnerauit teneri nisi de vulnerato *l. Item Mela 11. §. Celsus supr.* vbi eadem extat Vlpiani sententia ex Celso & Marcello, qui contra Iulianum hac parte vt & in aliis plerisque senserunt. Aliter enim proculdubio Iulianus sensit in *d. l. ita vulneratus.* Sed ratio quam hic adducit Vlpianus apertè Iuliani sententiam & opinionem vellicat, & refellit, vt ad eum locum dicemus. Cùm tamen Vlpianus Iuliani quoque authoritate hic vtatur, fatendum necessariò est variasse Iulianum, & in hac quæstione aliter atque aliter sensisse.

a *Sed si manumissus.* Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non competit, nisi domino *l. Item Mela 11. § legis autem supr.* Dominus autem hic non est eo tempore quo seruus moritur.

Dec. Ex euentu apparet occisum fuisse hunc seruum iam eo tempore quo vulnerabatur. Quo tempore dominus erat ille cui damus actionem legis Aquiliæ de occiso, licèt posteà hunc seruum alienauerit vel manumiserit. Neque verò nouum est vt facta retrotrahantur *l. ait lex 21. §. 1. infr. l. qui res 98. §. 1. de solut. l. damni 18. §. Sabini 11. infr. de damn. infect.*

b *Sed si vulneratum.* Ratio dubitandi. Non minùs in hoc casu, quàm in superiore apparet ex euentu, iam tùm fuisse occisum seruum, cùm vulnerabatur. Ergò legis Aquiliæ actio ad heredem manumissoris transmitti debet.

Dec. Res in hac specie peruenit ad eum casum, à quo incipere non potuit, cùm hic seruus vulneratus heres fuerit institutus, nec proinde possit agere de seipso occiso, neque viuus, neque mortuus. Non viuus, quia mortuum eum esse oportet, vt actio competat de occiso: Non

mortuus, quia mortuo competere actio non potest. Ergo neque hic heres domini sui, neque ipsius heres agere lege Aquilia potest *l. sicut 36. §. 1. inf.* Aliud est in alio herede vel in coherede extraneo *d.d. l. sicut in fin.*

16. MARCIANVS lib. 4. Regularum.

QVia in eum casum res peruenit à quo incipere non potest.

Ad l. Quia 16.

Ratio dubitandi. Sicuti quod ab initio non valuit tractu temporis, & ex post facto non conualescit *l. quod ab initio 29. de reg. iur.* Ita è contrario, quod ab initio constitit, non eo minus debet consistere, quod ad eum casum peruenerit à quo incipere nō potuit: Quomodo Papinianus argumentatur in *l. verbis 5. infr. de leg. Falcid.* & quam actionem quis propter seruum semel habuit, eam manumissione serui vt nec morte nec fuga eius amittit *l. eiecta 16. § si seruus inf. de euict. l. quacunque actiones 56. inf. de oblig. & act.*

Dec. Fuit hæc veterum Iurisconsultorum opinio, quæ plerisque placuit, licèt non omnibus, vt constat ex *l. extremo 98. l. pluribus 140. § fin. de verb. oblig. l. in ambiguis 85. §. 1. de regul. iur.* Ea quæ ab initio constiterunt, corruere tamen si ad eum casum pervenerint, à quo incipere non potuerunt *l. debitor 81. de leg. 2.* scilicet si antea nondum perfectionem suam habuerunt. Multa enim durant si perfecta sunt, quæ fieri prohibentur *l. patre furioso 8. supr. de his qui sunt sui vel alien. iur.* Papiniano certè nunquam hæc propositio placuit *d. l. verbis 5. Ad leg falcid. §. Ex contrario instit. de legat.* Non est ergo hoc principium iuris, sed regula quædam multas habens exceptiones. Aliam rationem afferunt nonnulli tanquam ex Sabino aut Marcello, quod ad heredem non possit transmitti actio, quæ defuncto competere non potuit, quodque absurdum sit heredem precium consequi, quasi occisi eius cui heres extitit *d. l. sicut 36. §. 1. inf. hoc tit.* Sed ea ratio pertinet ad heredem heredis, de quo agitur in *d. §. 1.* non ad hunc heredem domini sui, de quo tractamus in hoc §. Alia enim ratio est propter quàm non potest hic seruus vulneratus mortiferè, idemq; à domino suo heres cum libertate institutus, agere lege Aquilia. Nempe quia res peruenit ad eum casum à quo non posset incipere: Non propter manumissionem serui *d. §. serum*, sed quia res ad eum casum peruenit vt velit quis agere lege Aquilia de seipso occiso, quod est ridiculum, cùm mortuum eum esse necesse sit vt occisus dici possit, Et occisum, vt de occiso agi. Nemo autem post suam mortem potest agere, multò minus se occisum ac mortuum dicere, ac probare. Denique implicat contradictionem vt actio legis Aquiliæ de occiso, competat ipsi occiso, quamuis defuncto, cuius heres occisus est, competitor fuerat, si vulnerato superuixisset. Competit ergo ab initio nimirum domino vulnerati, sed eo defuncto ante vulneratum definit competere absolutè, quia non potuit transmitti ad vulneratum ipsum, quamuis heredem institutum ac deinde mortuum, adeoque nec ad eius heredem, licèt extraneum, propter rationes positas in *d. l. sicut 36. §. 1.* quarum vna petita est à iuris ratione, Alia verò ab absurdo, vt ad eum locum diximus.

17. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

SI dominus seruum suum occiderit: bonæ fidei possessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur. (1. *Si coniunctim*[a] *duobus legetur Stichus, & alter eorum occisum repudiauerit, puta, coniunctum solum posse Aquilia agere: quia ratio accreuisse dominium ei videtur.*)

Ad l. Si dominus 17.

Ratio dubitandi. Habet dominus in seruum suum vitæ & iuris potestatem, nec veteri potest ne occidendo seruum suum conueniatur actione legis Aquiliæ, quæ non datur nisi domino *l. Item Mela 11. § legis autem supr.*

Dec. Nemini permittendum est vt iure suo abutatur in alterius iniuriam, neque vt alienum ius lædat, *l. nond. bet 74. de reg. iur.* In proposito autem dominus qui seruum quamuis suum occidit ab alio bona fide possessum, & cum titulo, aut pignoratum, vtique lædit ius bonæ fidei possessoris & creditoris pignoratitij, cùm scilicet cum interueniente culpa aliqua vel per nimiam sæuitiam, non cùm ex iusta causa occidit. Ideoque ne maneat impunitum delictum, danda est contra eum bonæ fidei possessori & pignoratitio creditori actio non legis Aquiliæ, quia non sunt domini, sed in factum. Quod si nulla penitus fuit causa serui occidendi, tanto magis puniendus est ac si seruum alienum occidisset *l. 1. §. vlt. & l. 2. sup. de his qui sunt sui vel alien. iur.* datur autem hæc actio bonæ fidei possessori nullum habenti, & creditori ad æstimationem corporis, non tantùm ad id quod interest actoris *d. l. qui occidit 30. §. 1. inf.* quia pœnalis actio est. Cæterum si dominus ex iusta aliqua causa & merentem seruum suum occidit, licèt ab alio bona fide possessum, vel sibi pignoratum, metuere non magis debet actionem in factum subsidiariam, quàm legis Aquiliæ, cùm vtraque fit de damno iniuria dato. Iniuriam enim nullam facit qui merentem seruum etiam alienum occidit *l. Item Mela 11. §. si in eo homine sup. l. qui occidit 30 in princ. inf. hoc tit. & l. seruum 27. inf. de pignor.* Ita bene Accursius.

a *Si coniunctim.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. Titio 34. inf. hoc tit.* Nam & hunc §. plerique subdolum & suppositiтium esse putant post Anton. Augustin. *lib. 3. emendat. cap. 1.* Licet meram habeat, & elegantem sententiam, eandem scilicet illam quam *d. l. Titio 34.* vbi dicemus.

18. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

SEd & si is, qui pignori seruum accepit, occidit eum, vel vulnerauit: lege Aquilia, & pigneratitia conueniri potest: sed alterutra[a] contentus esse debebit actor.

Ad l.

Digitized by Google

Ad l. Sed & si in 18.

Continuanda est hæc lex cum initio legis proximè præcedentis, vt tantò magis appareat suppositicium esse & tollendum d. §. 1. Ratio dubitandi. Creditor pignoratitius procurator quodammodo est debitoris in pignore *l. si pignori 29. ad fin. infr. fam. ercisc.* Non enim sibi possidet, sed debitori quòd ad causam dominij pertinet *l. pignori 13. l. serui 16. infr. de vsucap.* Non magis ergo potest dari actio legis Aquiliæ domino, contra creditorem pignoratitium quàm intra seipsum.

Dec. Creditor procurator debitoris est hactenus vt rem pignoratam seruet ac tueatur, & abstineat ab omni dolo & culpa non solùm lata, sed etiam leui *l. si vt certo 5. §. nunc videndum infr. commod. l. contractus 23. de reg. iur. l. creditor 7. & seq. C. de pignor. act.* Non igitur vt possit seruum pignoratum occidere, aut vulnerare, arg. *l. qui fundum 7. §. si tutor inf. pro emptore.* Ideoq; tenetur hoc nomine ea lege Aquilia, & pignoratitia actione.

a *Sed alterutra.* Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ est pœnalis *l. Item Mela 11. §. sed si plures supr. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem inf. hoc tit. §. his autem verbis instit.* Ergo non potest reum liberare ab actione pignoratitia *l. cùm ex vno 32. l. nunquam 60. inf. de oblig. & act. l. 2. de priuat. delict. l. nunquam 130. de reg. iur. l. vnic. C. quand. ciuil. act.*

Dec. Cùm actio pœnalis mista concurrit cum rei persecutoria, vt actio legis Aquiliæ cum pignoratitia, non permittitur concursus, sed electione vnius alia tollitur, vel saltem quod ex vna actor cõsecutus est liberat reum ex alia, vt ex ea conueniri non possit nisi pro eo in quo plenior est posterior quàm prior *l. qui seruum 34. de obligat. & act. l. sed si ex causa 47. cum tribus seqq. inf. pro soc.* Secundum quam hæc debet intelligi *l. vnde quæritur 7. inf. commod.* vbi fauente Deo, pleniùs quæstionem hanc tractabimus, Est enim difficilis satis & perplexa. Aliud est si plures deliquerint, & in legem Aquiliam inciderint quia quod vnus soluit alium non liberat, cùm sit pœna *d. §. sed si plures*, vbi dixi.

19. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

SEd si communem seruum occiderit quis: Aquilia teneri eum, Celsus ait. Idem est[a]; & si vulnerauerit.

Ad l. Sed & si communem 19.

Ratio dubitandi. Communis seruus est vniuscuiusque ex sociis, licèt sit etiam alterius *l. illud. 46. inf. de rit. nupt.* Legis autem Aquiliæ actio non datur contra dominum regulariter, sed domino *l. 2. l. Item Mela 11. §. legis supr.* Ergo non contra occisorem qui dominus fuit.

Dec. Nec illud negari potest quin serui dominus etiam fuerit is, qui non occidit *d. l. illud 46. l. Mæuius 66. § duorum de leg. 2.* debet igitur habere tanquam dominus actionem legis Aquiliæ contra occisorem, quamuis socium. Neque enim permittendum est socio vt communionis prætextu, Ius socij lædat & seruum communem impunè occidat. Iunge *d. l. si seruus seruum 27. §. 1. inf. hoc tit. l. sed si ex causa 47. infr. pro socio l. etsi non omnes 8. §. venit. infr. commun. diuid.* Aliud est in actione iniuriarum, *l. item apud Labeonem 15. § fin communem 36. infr. de iniur.* In dubio enim credendus est socius iuri suo vti potiùs, quàm delinquere voluisse *l. merito 51. pro soc.* quod non similiter dici potest verberato & vulnerato seruo communi, cùm ex eo facto non tantùm seruus lædatur, vt per nudam contumeliam, sed etiam socius.

a *Idem est.* Ratio dubitandi. Maior videbatur, cùm seruus vulneratus, quàm cùm occisus est, quia vulnerati serui remanet pro parte dominus is, qui vulnerauit, & absurdius videtur dari actionem legis Aquiliæ contra eum qui non solùm fuerit dominus eo tempore quo vulnerauit, sed quo etiam conuenjatur. Sed decidendi ratio eadem est, quia non potest socius socij ius lædere, nec vulnerando, aut occidendo facere, vt non alterius quoque seruus sit is, qui aut occiditur, aut vulneratur: sicut nec in potestate ipsius serui esse debet vt vni soli ex duobus dominis seruiat *l. si seruus seruum 27. §. 1. infr. hoc tit.*

20. VLPIANVS libro 42. ad Sabinum.

SCilicet pro ea parte, pro qua dominus est qui agat.

Ad l. Scilicet 20.

Ratio dubitandi. Seruus non est ex earum rerum numero quæ per partes diuidi possint *l. in executione 85. § pro parte de verb. oblig.*

Dec. Plures domini in vno seruo, vt & in alia qualibet re communi & indiuisa, licèt diuisibili partes suas singuli obtinent iuris intellectu, non diuisione corporis *l. Mæuius 66. §. duorum de legat. 2.* Absurdum autem esset eam serui partem in æstimationem venire, quæ nunquam fuerit actoris, vt in *l. sed si proprietatis 12. sup.*

21. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

AIt lex: *Quanti is homo in eo anno plurimi fuisset.* quæ clausula æstimationem habet, damni, quod datum est.

Ad l. Ait lex 21.

Ratio dubitandi. Per legem Aquiliam æstimatur duntaxat damnum, quod datum est, ideoque & legis Aquiliæ actio damni iniuriæ, aut iniuria scilicet dati. Atqui non datur damnum nisi eo ipso instanti quo datur. Ergo illius præcisè temporis æstimatio spectari debuit, non quanti

plurimi in eo anno is homo fuerit qui aut occisus aut vulneratus est.

Dec. Fuit hoc constitutum in pœnam illius qui damnum siue occidendo siue vulnerando dedit, ob idque dicitur hæc actio pœnalis, & quidem ab initio, & sui natura, & si non semper actu ex parte agentis, semper tamen aptitudine, id est, etiamsi res non pluris antea fuerit, & semper actu ex parte damnum dantis *l. Item Mela 11. §. sed si plures supr. l. in- de Neratius 23. §. hanc actionem infr. hoc titul. §. his autem verbis Instit. eod.* Sicut & in condemnatione furtiua contra furem, furisve heredem æstimatur quanti plurimi res fuit in pœnam & odium furti, quamuis ea actio non sit pœnalis *l. in re furtiua 8. §. 1. de condict. furt. l. 2. §. quæsitum infr. de priuat. delict.* Extra has duas causas inaudita est in libris nostris æstimatio *quanti plurimi.*

1 ¶ Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est. Quid si mortifere fuerit vulneratus, & postea post longum interuallum mortuus sit? inde annum numerabimus, secundum Iulianum, ex quo vulneratus est: licet Celsus contrà scribit.

Ad §. 1. Annus autem.

Ratio dubitandi. Nullum fuit damnum datum in seruo vel occiso vel vulnerato antequàm occisus sit, aut vulneratus, sed tantùm ex quo tempore occisus, aut vulneratus est. Debuit ergo annus computari exinde aut inspecto illo tempore præcisè non retrorsum.

Dec. Res quæ amplius non extat æstimari nullo modo potest, *l. 5. in fin. infr. de in lit. iur.* multò minus recipere maiorem æstimationem, sicùt nec homo occisus, si quis vellet præcisè tempus mortis inspicere *l. 3. infr. de condict. tritic.* Sic & in condictione furtiua annus retrorsum computatur, sed tamen cum hac differentia, quod non egrediatur æstimatio retrorsum iudicij accipiendi tempus *d. l. 2. §. 1. de priuat. delict.*

a *Quid si mortiferè.* Ratio dubitandi, pro Celso. Nó potest aliud esse instans mortis, aliud occasionis. Occiditur enim is demùm qui moritur.

Dec. Mortiferè vulneratus censetur iam tùm occisus, cùm vulnerabatur, quamuis non nisi mortuo demùm eo id appareat *d. l. huic scripturæ 15. §. 1. supr. l. ita vulneratus 51. infr. hoc tit.* vbi ea ipsa extat quæ hic refertur Iuliani sententia.

2 ¶ Sed vtrum corpus eius solum æstimamus, quanti fuerit, cùm occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? & hoc iure vtimur, vt eius, quod interest, fiat æstimatio.

Ad §. vlt. Sed vtrum.

Ratio dubitandi. Hæc verba *quanti res est* quibus vsa est lex Aquilia non ad id quod interest, sed ad veram rei æstimationem referuntur *l. hæc verba 193. de verb. sign.* Nec rursus lex Aquilia locuta est, nisi de corpore hominis, vt constat ex initio huius legis.

Dec. Actio legis Aquiliæ est de damno iniuria dato, & consequenter datur ad indemnitatem, præsertim cùm sit pœnalis. Non autem consequetetur actor indemnitatem si non præstaretur ei omnis vtilitas, id est, quanti eius interest ratione siue lucri cessantis, siue damni emergentis *l. 2. §. vlt. infr. de eo quod cert. loc. l. si commissa 13. rat. rem hab.* Ideò autem locuta est de homine quia voluit præstari æstimationem *quanti plurimi* quæ solum cadit in corpus occisum aut vulneratum, non etiam in id quod interest; quod nec augeri potest, nec minui nisi per probationes *l. vlt. inf. de stipul. prætor.* Præstandum igitur est quanti actoris interest eo tempore quo seruus occiditur & intra annum *l. antepen. infr. hoc tit.*

22. PAVLVS lib. 22. ad Edictum.

PRoinde, si seruum occidisti, quem sub pœna tradendum promisi, vtilitas venit in hoc iudicium.

Ad l. Proinde 22.

Ratio dubitandi. Non habetur ratio eius quod interest extra rem etiam si respiciat damnum emergens *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem de act. empt.* Est autem extra rem, & distinctum quid à seruo occiso, quòd eum dominus alicui tradere debeerat sub pœna.

Dec. Iustum est interesse ratione damni emergentis, cùm incurrit dominus promissam pœnam ob seruum non traditum *l. si venditor 6. §. 1. & l. sequ. infr. de seru. export.* Cùm enim pœna promissa est nihil quærimus nisi quænam sit quantitas & conditio stipulationis *l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. vlt. de stipul. prætor.* Nec liberaretur promissor si paratum se diceret cedere stipulatori actione legis Aquiliæ, vt in specie *l. huic scripturæ 15. supr.* Ibi enim non alia de causa tenetur heres legatario, quàm quia habet actionem legis Aquiliæ ex regula *l. quod debetur 51. de pecul.* Hîc autem dominus tenetur ad pœnam, quia eam promisit. Sed nonne debitor mortuo ante moram seruo liberatur etiam à pœna? Vtique quia rei impossibilis pœna esse non potest *l. si homo 69. infr. de verb. oblig.* Ponendum igitur est cum Accursio, occisum fuisse hominem post moram. Et sanè solet vt plurimùm pœna promitti, cùm reus congruo loco & tempore interpellatus differt solutionem sine causa, nousmq; diem ad soluendum sibi dari postulat. Ergo cùm mora iam contracta est. Poterat enim adhuc solui seruus etiam post moram vsque ad litem cõtestatam: Nam & homo ipse etiam post moram occisus adhuc petendus est *l. si seruum 91. §. vlt. infr. de verb. oblig.* In quo noster fallitur Accursius putans debitorem qui in mora fuit, non posse liberari dando seruum postea, quod falsum est.

1 ¶ Item

1 ¶ Item causæ corpori cohærentes æstimantur, si quis ex comœdiis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum vnum vel vnam occiderit. non solum enim perempti corporis æstimatio facienda est: sed & eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.

Ad §. 1. Item causæ.

Ratio dubitandi. Occiso vno equo ex quatuor qui quadrigam constituebant, verum tamen est alios neque occisos neque vulneratos aut aliter deteriores factos fuisse: Lex autem Aquilia non nisi de corpore occiso aut vulnerato locuta est.

Dec. Plenissima indemnitas præstanda est per hanc actionem *l. prox. §. vltim. sup.* Non esset autem plena indemnitas si non etiam causæ corpori cohærentes æstimarentur. Mortuo autem equo qui quadrigam constituebat tota quadriga perit *l. peculium 65. §. 1. de leg. 2.* quæ faciebat cæterorum equorum majorem æstimationem. Non tamen vt equorum omnium æstimatio ineatur, sed tantùm vt eius ratio haberi debeat, quo depreciati sunt. Plerunque enim nisi omnes habere expedit *l. cùm eiusdem 34. §. 1. l. Ædiles 38. §. penultim. & vlt. de ædilit. edict.* Neque ideò pretium constituitur ex adfectione, sed ex ipsa rei vtilitate. Itaque non pugnat quod scriptum est in *l. si seruum 33. infra & in l. pretia rerum 63. inf. ad leg. Falcid.*

23. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

INde Neratius scribit, si seruus heres institutus occisus sit, etiam hereditatis æstimationem venire.

Ad l. Inde Neratius 23.

Ratio dubitandi. Etiamsi seruus, qui fuerat heres scriptus, non fuisset occisus, potuerat tamen nolle adire aut fallens adire, aut fato suo mori ante aditam hereditatem, quo casu nunquam fuisset domino acquisita hereditas *l. qui in aliena 6. §. vlt. aliàs l. eum qui inf. de acq. hered.*

Dec. Occiso qui fuerat heres scriptus nulla spes superest acquirendæ hæreditatis, quam scilicet alius non potest acquirere præter seruum qui fuit ipse institutus, cùm esse institutum sit facti, licèt heredem esse sit iuris. Quæ autem facti sunt non possunt transire ad dominum *l. qui heredi 44. de condicion. & demonstr. l. si stipulatus fuerim. 76. in prin. de verbor. oblig.* Ergo damnum amissæ hereditatis æquum est venire in æstimationem legis Aquiliæ. Alioqui non præstaretur indemnis dominus serui, per quẽ sufficit potuisse acquiri hereditatem domino, & hodie non posse, licèt potuerit etiam fieri vt nunquam acquireretur *l. sed & si 11. in princ. inf. ad exhibendum l. si quis vxori 52. §. si seruus subreptus 28. infra de furt. §. illud Instit. hoc tit.*

1 ¶ Iulianus ait, si seruus liber, & heres esse iussus occisus fuerit, neque substitutum, neque legitimum, actione legis Aquiliæ, hæreditatis æstimationem consecuturum, quæ seruo competere non potuit. quæ sententia vera est. pretij igitur [a] solummodò fieri æstimationem: quia hoc interesse solum substituti videretur. ego autem puto, nec pretij fieri æstimationem: quia si heres esset, & liber esset.

Ad §. 1. Iulianus ait.

Ratio dubitandi. Cùm seruus occisus fuit, qui fuerat à domino institutus, verum est heredem eum esse amplius non posse, & consequenter locum esse substituto vulgari, aut heredi testatoris legitimo, qui proinde in ius & locum domini successerit. Ponimus eum occisum fuisse seruum viuo domino. Atqui dominus habuisset actionem legis Aquiliæ pro seruo occiso. Et in eam actionem veniret æstimatio hereditatis delatę seruo, vt proximè diximus. Quidni ergo eadem actio competeret vulgari substituto, aut legitimis heredibus testatoris?

Dec. Ea demum actio potest competere substituto aut legitimo heredi, quæ fuit hereditaria & potuisset defuncto competere, vel heredi ipsi testamentario *l. nam sicut 36. §. 1. inf. hoc tit.* Atqui seruo occiso qui fuerat institutus nunquam potuit competere hæc actio, quia quandiu vixit, seruus fuit, nec proinde actionem vllam habere potuit *l. serui 14. de oblig. & act.* Multò minus Aquiliam de seipso occiso, etiam si heres ipse domino extitisset, *dict. l. nam sicut §. 1.* Quod verò ad defunctum pertinet, potuit quidem ipse agere Aquilia, sed de precio tantùm serui, non etiam ad consequendam hereditatis suæ æstimationem, cùm nec vlla sit viuentis hereditas *l. 1. de hered. vend. l. 1. inf. pro herede.* Ergo neq; ad aliud habere legis Aquiliæ actionem poterit substitutus vulgaris aut testatoris heres legitimus, quam vt precium serui non etiam vt ęstimationem hereditatis consequatur. Sensus igitur est, in æstimationem legis Aquiliæ venire quidem precium alienæ hereditatis delatæ seruo, si dominus ipse agat, non tamen hereditatis domini, nec magis in persona substituti aut legitimi heredis, quàm ipsius serui, cui certè nullo casu Aquilia competere potuit siue viuo, siue defuncto domino sit occisus.

a *Pretij igitur.* Ratio dubitandi. Pro Iuliano. Interest substituti aut legitimi heredis, qui si seruus occisus non esset haberet hodie seruum in patrimonio.

Dec. Pro Vlpiano. Si seruus non fuisset occisus, vtique & heres necessarius fuisset, & in necessarium antecedens liber, ac proinde nullius omnino æstimationis: Addo aliam rationem, quia si heres ex testamento fuisset, vtique & substitutionis vulgaris & legitimæ successionis condicio defecisset. Vbi enim acquisita hereditas est ex testamento, neque substituto vulgari, neque legitimo heredi locus est *§. 1. Instit. de hered. qual. & differ. l. pen. C. de necess. hered. instit. l. quandiu 39. de acq. hered. l. post aditam 5. C. de impub. & al. substit.*

2 ¶ Idem Iulianus scribit: si institutus fuero sub condicione, *Si Stichum manumisero*: & Stichus sit occisus post mortem testatoris in æstimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim defecit condicio. quod si viuo [a] testatore occisus sit, hereditatis æstimationem cessare: quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur.

Ad §. 2. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Cùm institutus fui sub condicione *si Stichum seruum meum manumisero*, verum est dicere neque fuisse institutum seruum meum, neque per eum potuisse mihi acquiri hereditatem, cùm fuerit collata institutio in personam meam, non etiam serui mei: sed & condicio hæc habenda est pro impleta, cùm non stet per me qui non possum videri defectus condicione, cùm non possim ampliùs parere condicioni. Ita enim demùm implenda est voluntas testatoris si possit, inquit Vlpianus in *l. qua sub conditione 8. §. quoties. infr. de condic. instit.* Cur ergo hereditas æstimabitur?

Dec. Propter occisionem serui defecit condicio, quia occisus manumitti non potest, nec rursus adiri hereditas, nisi impleta prius condicione *l. facta 63. § si sub condicione inf. ad SC. Treb.* Hereditatem igitur æstimari hoc casu oportet, non minùs, quàm seruum ipsum: sed hoc ita si seruus post mortem testatoris occisus sit. Nam si viuo testatore, aliud est, vt sequitur in texto, quamuis non eò minus deficiat condicio si seruus occisus sit. Aliud est si fato suo sit mortuus. Multùm namq; refert an hominis facto an solo naturæ fato perierit seruus. Et ita benè Accurs. hunc locum cõciliat cum *d. §. quoties.* Ibi enim agitur de seruo naturaliter mortuo, hîc de occiso: Qui occiduntur, creduntur potuisse diutius viuere, non etiam qui naturali fato, si hoc verbo vti liceat, moriuntur.

a *Quod si viuo.* Ratio dubitandi. Etiam cùm viuo testatore seruus meus occisus est quem ex condicione institutionis manumittere deberem, verum est dicere propter occisionem serui defecisse condicionem. Est enim hæc condicio ex earum numero, quæ & viuo & mortuo testatore & impleri possunt, & deficere *l. hæc condicio 11. §. 1. de cond. & dem.*

Dec. In actione legis Aquiliæ inspicitur retrorsum quanti plurimi res fuit *l. ait lex 21. §. 1. supr.* Non potuit autem acquiri hereditas quæ nulla fuit viuentis hominis *l. 1. de here. l. vel act. vend. l. 2. pro hered.* Aliam rationem adfert Accursius ex Azone, quia non videatur mihi quæsitum vel amissum quod ex alieno pendebat arbitrio cùm posset testator mutare voluntatem. sed ineptè meo iudicio, quia cum tractamus casum, quo seruus quidem viuo testatore occisus sit, sed tamen quo testator iam sit mortuus, vt proinde certum sit eum nec voluntatem vnquam mutasse, nec mutare amplius posse, Ergo neque alia, neq; melior ratio adferri potest, quam quæ allata fuit hîc à Iuliano, & Vlpiano.

3 ¶ Idem Iulianus scribit, æstimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit. & ideo [a], & si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum, quo præcideretur, fuerit occisus: posse eum Aquilia agere, pretióque eo æstimandum, quanti fuit prius, quàm artem cum pollicè amisisset.

Ad §. 3. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. ait lex 21. § 1. sup.*

a *Et ideò.* Ratio dubitandi. Non potest videri magnum illatum damnum occisione pictoris quantumlibet excellentis, qui antè iam pollicem amiserat, cùm sine pollice vix possit quisquam benè pingere, aut aliud ferè quicquam facere, quod manu fieri oporteat. Pollicem enim Grammatici dictum volunt à pollendo. Dec. In lege Aquilia res æstimatur quanti plurimi fuit eo anno retrorsum computato *l. ait lex 21. §. 1. supr.* Fuit autem seruus eo anno pluris, priùs scilicet quàm esset ei præcisus pollex.

4 ¶ Sed & si seruus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat fuerit occisus, de quo quæstionem habere destinaueram, vt fraudium participes eruerentur: rectissimè Labeo scribit, tanti æstimandum, quanti mea interesset, fraudes serui per eum commissas detegi, non quanti noxa eius serui valeat.

Ad §. 4. Sed & si seruus.

Ratio dubitandi. Domini destinatio habendæ quæstionis pro seruo, qui rationes domini fraudulenter gesserat, fraude cum multis participata, non potest augere æstimationem serui, quæ ex veritate æstimanda est non ex opinione *l. inter hæc 174. & l. hæc verba 193. de verb. sign.*

Dec. Interest domini fraudes detegi, & fraudum participes sciri, quod nisi habita quæstione sciri non potest, nec rursus quæstio haberi de mortuo. Est igitur huius quoque damni æstimatio ineunda, non quasi serui qui occisus est, sed tanquam eius quod interest occisum seruum non esse. Dices, nullum esse damnum domini cùm semper onus ei incumbat probandi alios fraudem participasse. Eo autem probato posse vincere etiam post occisum seruum. Sed facilè fieri potest, vt hodie probationes habeat qui eo tempore quo seruus occisus est nullas habebat, ideoque victus sit: Aut vt probationes fraudis quas hodie habet sint inutiles, puta defunctis iam iis, qui hodie fraudis participes reperiuntur: vt benè Accursius post Azonem explicat ex eleganti textu *l. argentarius 10. §. vlt. sup. de edend.* vbi hæc ratio adfertur, quare de cautione subrepta vel corrupta competat condicio, & damni iniuriæ actio. Iunge *l. in lege 40. infr.*

5 ¶ Sed & si bonæ frugi [a] seruus, intra annum mutatis moribus, occisus sit: pretium id æstimabitur, quanto valeret prius, quàm mores mutaret.

Ad §. 5. Sed & si bonæ.

a *Sed & si bonæ frugi.* Ratio dubitandi. Seruus qui anteà bonæ frugi posteà mutauit mores, & mutatis moribus occisus est, non potest veram æstimationem recipere ex bonis moribus quos habuit & amisit, cùm non casu aliquo fortuito id contigerit, sed propria serui nequitia & voluntate; Postquam quodammodo imputari domino qui seruum malis moribus præditum ad meliores mores redire non coegerit. Dec. Æstimatio serui facienda est ex verbis legis Aquiliæ quanti plurimi eo anno seruus fuit: Pluris autem fuit eo tempore illius anni, quo fuit ille bonæ frugi, & bonis moribus non quo bonos mores iam mutarat. Non enim inspiciendum est, quantum serui occisi dominum consequi æquum sit, sed quantum præstare occisorem oporteat, cuius factum punitur cùm actio sit pœnalis.

6 ¶ In summa omnia commoda, quæ intra annum, quo interfectum est, pretiosiorem seruum facerent, hæc accedere ad æstimationem eius dicendum est.

Ad §. 6. In summa.

Ratio dubitandi & decis. eadem quæ ad *l. ait lex 21. §. 1. sup.* Est enim eadem vtriusq; loci sententia, in æstimando damno ex lege Aquilia computandum esse annum retrorsum.

7 ¶ Si infans sit occisus nondum anniculus: verius est sufficere hanc actionem: vt æstimatio referatur ad id tempus quo intra annum vixit.

Ad §. 7. Si infans.

Ratio dubitandi. Cùm infans nondum anniculus occisus est, non potest fieri vt æstimetur, quanti fuerit toto anno retrorsum computato *dict. l. ait lex 21. §. 1 sup.* id est, repetitis trecentis sexaginta quinque diebus, vt loquitur *l. ita vulneratus 51. infr.* Alia igitur actio hoc casu danda est, quàm directa legis Aquiliæ, puta vtilis: quasi deficientibus verbis legis, aut in factum subsidiaria.

Dec. Sufficit actio legis Aquiliæ, vt æstimetur infans quanti fuit tota illa parte anni qua vixit. Sunt enim verba legis intelligenda in terminis habilib: quatenus infans occisus per annum integrum vixerit non de eo qui minus anno, Et satis est retrorsum computari tempus in diem vsque natiuitatis, non in diem vsque 365. nec pugnat, sed potius congruit quod scriptum est in *l. sed etsi proprietatis 15. sup.* vt ibi diximus.

8 ¶ Hanc actionem & heredi, cæterisque successoribus dari constat: sed in heredem, vel cæteros hæc actio non dabitur, cùm sit pœnalis: nisi fortè [a] ex damno locupletior heres factus sit.

Ad §. 8. Hanc actionem.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ est rei persecutoria, cùm detur ad indemnitatem, vt tota hac lege diximus. Ergo danda est heredi, & in heredem ex regula *l. in honorarus 35. de obligat. & act.*

Dec. Est tamen etiam pœnalis & quidem ab initio & aptitudine etiam ex parte actoris, cùm detur supra quàm res fuit eo tempore quo periit, *§. hu autem verbis. Instit. hoc titul.* Itaque ex earum numero est, quæ mixtæ appellantur, quòd & pœnales sint & rei persecutoriæ *§. vt autem 19. vers. sed & legis. Instit. de action.* Pœnales autem actiones quamuis ex parte actoris sint sui natura etiam rei persecutoriæ, non dantur in heredem *§. non autem. Inst. de perpet. & tempor. action. l. vnic. C. ex delict. d. funct.* Sanè quin heredi hæc actio competat, si defuncto competierit, nulla dubitatio est *§. 1. sup. l. nam si cas 36. §. 1. inf. hoc tit. C. de hered. act.* quia scil. non merè pœnalis, sed mista & rei quoque persecutoria est. Nam quæ merè sunt pœnales, eæ non magis heredi quàm in heredem dantur *l. pen. sup. de in ius vocand. l. iniuriarum. inf. de iniur* Excipe actionem furti quæ in hoc æquiparatur actioni legis Aquiliæ in *l. 1. §. pen. inf. de priuat. delict.* quamuis vna sit mista alia merè pœnalis. Iunge *l. si dominium 47. inf. de furt.*

a *Nisi fortè* Ratio dubitandi. Heres qui locupletior factus est ex delicto defuncti non eò magis fit successor delicti, vt eo nomine conueniri possit *l. 1. inf. de priuat. delict. l. si pœna 20. de pœn.* nec transfert crimina ad heredes, cùm morte finiantur, & pœna debeat sequi suos authores *l. sancimus 22. C. de pœn.* Et quamuis heres etiam ignorans succedat in vitia defuncti *l. cùm heres 11. D. de diuers. tempor. præscr.* nō ideò tamen succedit in crimina. Vitia namq; sunt possessionis *l. vitia 11. C. de adquir. poss.* Crimina sunt personæ, ac proinde cum persona extinguuntur.

Dec. Turpia lucra semper heredibus extorquenda sunt, ne alieno scelere ditentur *l. in heredem 5. in princ. de calumniat. d. l. vnic. C. ex delict. defunct. l. quod diximus 16. §. vlt. sup. Quod met. caus. l. 1. §. & qui hominem. infr ad leg. Cornel. de sicar. l. qui seruandarum 14. §. 1. de præscript. verb.*

9. ¶ Si dolo seruus occisus sit: & lege Cornelia agere dominum posse constat: &, si lege Aquilia egerit, præiudicium fieri Corneliæ non debet [a].

Ad §. Si dolo 9.

Ratio dubitandi. Sufficit legis Aquiliæ actio etiam cùm dolus malus occisoris interuenit, Etsi enim contenta est culpa, non ideò tamen excludit dolum *l. qui occidit 30. §. in hac inf.* Id enim est quod ait Iustin. in *§ iniuria. hoc tit.* Non minùs ex dolo quàm ex culpa quemque hac lege teneri.

Dec. In eo differt actio legis Aquiliæ à lege Cornelia de sicariis, quòd lex Aquilia dolum non exigit, si modò culpa interuenerit: Lex autem Cornelia dolum omnimodo requirit, vt cæteræ omnes leges publicorum iudiciorum *l. 1. & 7. inf. de lege Cornel. de sicar.* Hæc criminalis illa ciuilis est *l. 3. C. hoc tit.* Proinde interueniente dolo, & Aquiliæ & Corne-

liæ locus esse potest etiam occiso seruo *§. liberum. Instit. hoc tit.* Non enim criminalis excludit ciuilem *l. vnic. C. quand. ciuil. act. praeiud. crimin.* sed tamen potest ciuilis actio facere præiudicium criminali, hactenus vt quandiu ea exercetur non possit criminalis institui: Et ita intellige cum Accursio quod scriptum est in *l. interdum 4. inf. de accusat. l. 2. §. 1. inf. vi bonor. raptor.* sc. cùm principalis agitur de re familiari *d. l. interdum*, id est, de damno principaliter non de crimine publico secundùm Vlpiani distinctionem in *l. Praetor edixit 7. §. 1. inf. de iniur.* Iunge *l. 3. Cod. hoc tit.*

a *Non debet:* Ratio dubitandi. Non est audiendus, siue agendo, siue excipiendo is cuius nihil interest, cùm & obligationes, & actiones, & exceptiones omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisq; acquirat sibi quod sua interest, aut retineat *l. stipulatio ista 38. §. alteri, iunct. l. 3. de verb. oblig.* Nihil autem interest eius qui per actionem legis Aquiliæ plenissimam indemnitatem consecutus est.

Dec. Maiori quæstioni & cognitioni per minorem fieri præiudicium numquam oportet *l. vbi maioris 21. inf. de except. l. vlt. C. de petit. hered.* Maior autem est quæstio legis Corneliæ, quæ ad publicam & vtilitatem & vindictam pertinet, non vt lex Aquilia ad priuatam. Publica autem vindicta & vtilitas semper præferenda est priuatæ. *Auth. res quæ. C. comm. de legat. d. l. Praetor. 7. §. 1. inf. de iniur. d. l. 2. §. 1. vi bonor. rap.* Interdum tamen etiam ciuilis actio præiudicat criminali eo sensu quo proximè explicauimus.

10 ¶Hæc autem actio aduersus confitentem competit in simplum: aduersus negantem, in duplum.

Ad §. 10. Hac autem actio.

Ratio dubitandi. Omnes actiones sunt aut in simplum, aut in duplum, aut in triplum, aut in quadruplum *§. omnes autem Instit. de action.* Nulla autem quę sit in simplum & in duplum simul, quod implicaret contradictionem. Dec. Sunt quædam actiones in quibus lis per infitiationem crescit, odio scil. facti improbi cum infitiatione coniuncti: vt in actione legis Aquiliæ, aut depositi ex incendii, tumultus, naufragij & ruinæ causa facti, vt vel mendacium, vel insignior perfidia puniatur *l. 1. §. 1. & §. hac autem 4. inf. depos. l. 4. C. hoc tit. l. 2. §. 1. sup.* Non est igitur hæc actio in simplum & in duplum simul quod fieri non posset, sed diuersis respectibus: In simplum ab initio & aduersus confitentem, in duplum ex postfacto, & aduersus negantem: sicut enim erranti medicina confessio est, Ita infitiationem in iure factam per mendacium puniri saltem hoc casu æquum est, nisi ante litem contestatam emendata sit *l. electio 26. §. neque inf. de noxal. action. l. de ætate 11. §. vlt. inf. de interrog. in iur. fac.* Ne alioqui mendacium maneat impunitum quod semper puniendum est *l. 4. C. hoc tit. l. ea quæ 4. C. de condict. indeb. l. eum qui 30. in princ. inf. de iureiur. l. sed & si ex parte 4. §. 1. inf. quod cum eo qui in alien. potest. est. d. l. de ætate 11. §. si cum esset inf. de interrog. in iur. faciend. § si quis autem. & §. illud. Nouell. 18 de trient. & semiss.* Sunt quædam tamen actiones quæ ab initio & omni casu dantur sui natura in duplum, vt de seruo corrupto etiam aduersus fatentem *l. doli 5. §. hac actio inf. de seru. corrupt.* Ergo non eò minùs tenebitur qui confessus est se occidisse eũ, qui à furioso sit occisus, sufficit enim occisum esse à quocunque, vt malè Ioannes contra sentiat. Quid enim refert an seruus occisus sit ab eo eum quo propter occasionem nulla possit esse actio? Cùm neque occisor liberetur per alterius confessionem, neque confessus per alterius occisionem *d. l. qui seruum 20. inf. de interrog. in iur. faciend.*

11 ¶Si quis hominem viuum falsò confiteatur occidisse, & posteà paratus [a] sit ostẽdere, hominem viuum esse: Iulianus scribit, cessare Aquiliam: quamuis confessus sit se occidisse. hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem [b], ne necesse habeat docere, eum occidisse. cæterùm occisum esse hominem à quocunque oportet.

Ad §. vlt. Si quis hominem.

Ratio dubitandi. Confessus in iure pro iudicato habetur *l. 1. inf. de confess.* Res autem iudicata pro veritate est *l. ingenuum 25. inf. de stat. hom. l. res iudicata 207. de reg. iur.* Debétq; de se potiùs conqueri is qui sua cõfessione, quamuis erronea se onerauit. Nam quod iactari solet non audiri eum, qui perire velit *l. non tantùm 6. inf. de appellat.* ad hũc casum non pertinet, in quo non de pœna corporali agitur, sed de pecuniaria. Dec. Falsæ confessiones ita demùm ratæ sunt, si an tius, aut naturam recipere possint, non aliter *l. confessionibus 13. & l. seq. in fi. inf. de interrog. in iur. facien.* ne per fictionem & imaginem veritas naturæ adumbretur *l. filio 23. inf. de liber. & posthum.* Atqui verum est hunc de quo agimus, quem reus cõfessus est se occidisse, adhuc viuere: Sed hoc probare debet, qui perperam confessus fuit, vt ex hoc appareat erroneam esse confessionem, Quo non probato vtique onerabitur sua confessione reus, licèt non ipse occiderit, adeóq; tametsi probet aliũ occidisse, quamuis non ideò occisor liberetur. Sic enim locum hunc intelligo ex *l. qui seruum 20. inf. de interrog. in iur. faciend.* In contractibus & legatis aliud est, vt benè contra Martinum ex Bulgaro & Ioanne disputat Accursius ex *Authen. contra qui propriam. C. de non numer. pecun. l. 3. inf. de confess.*

a *Et posteà paratus sit.* Ergo ei incumbit vt doceat erroneam esse confessionem: Alio tamen iure viuimus in criminali actione legis Corneliæ: Prius enim est vt constet de corpore mortuo, quia non auditur perire volens *d. l. non tantùm 6. inf. de appellat. d. l. 3. de confess.* Quòd si soluerit etiam plus quàm debebatur, nihil repetit dum non soluerit suprà duplum, vt contra eundem Martinum ex Io. Accursius noster tractat ex *l. ea quæ 4. Cod. de condiction. indebit.*

b *Confessoriam actionem*, Id est, quę nascitur ex confessione, quę & interrogatoria appellatur in *Tit. de interrog. in iur. faciend.* vt & negatoria posset dici quæ nasceretur ex negatione facta ad interrogationẽ. Nec enim agimus de confessoria, de qua in *tit. si seruit. vindic.* sed melius dicitur interrogatoria, quia ex interrogatione nascitur, siue aduersus cõfitentem, siue aduersus negantem *dict. tit. de interrog. in iur. faciend. & interrog. ait.* vt hanc speciem actionis distinguamus à confessoria quæ datur de seruitute, de qua in *tit. supr. si seru. vindic.* Est autem valde singulare in hac actione, vt qui per errorem confessus

est.

est se occidisse, non sit andiendus si velit probare contrarium, vt scilicet mendacium ipsius omnimodo puoiatur, dummodò termini sint habiles, id est, dummodò sit occisus is quem reus confessus est à se occisum *d.l.conf.ßionibus, & seq. inf de interrog. in iur faciend.*

24. PAVLVS libro 21.ad Edictum.

HOc apertius est circa vulneratum hominem, nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus æstimationem cuius volueris faciemus: vel ad quod tempus recurramus.

Ad l.Hoc apertius 24.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. *vlt.l.praeced.* nec enim æstimari potest vulnus, qood nullum est cùm non entis nollæ sint qualitates *l. eius qui 41. inf. de rebus credit.* nec rursus potest annus retrorsum computari cùm sit computandus ex die vulneris illati *l.aut lex at. §.s.supr.*

25. VLPIANVS lib.28.ad Edictum.

PRoinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit: magis est, vt non teneatur in mortuo, licèt fassus sit.

Ad l.Proinde si occisus 25.

Ratio dubitandi. Cùm mortuus repetitur is, quem reus confessus est se occidisse, confessio recipit naturam. Potuit enim fieri vt qui mortuus est fuerit occisus ab eo qui confessus est. Sunt ergo termini satis habiles, vt sua confitenti nocere possit & debeat confessio *l confeßionibus 13. & l. seq. §.1. inf.de interrog in iur.faciend.*

Dec. Aliud est occisum quem esse, aliud verò mortuum. Quisquis occisus est mortuus quoque est, sed non contra. Non ergo necesse est vt probetur eum viuere, qui occisus dicitur, sed sufficit vt appareat mortuum eum esse suo fato. Inde namque sequitur necessariò, Igitur occisum eum non esse, nec posse per rerum naturam esse veram confessionem eius qui confessus est se occidisse illum, qui à nemine sit occisus *§.præterea si me. Institut. hoc titulo.*

1 ¶Si procurator, aut tutor, aut curator, aut quiuis alius confiteatur, aut absentem vulnerasse: confessoria in eos vtilis actio danda est.

Ad §.1.Si procurator.

Ratio dubitandi. Neque procuratoris, neque tutoris, aut curatoris, aut defensoris confessio alij nocere potest *l.si sine 9.§.Celsus*, aliàs *l.si defensor.inf de interrog.in iur.faciend.* Dec. Confessoria & interrogatoria actio datur contra confitentem ipsum, non autem contra eum de quo facta confessio est *d.§.Celsus.* Est tamen vtilis tantùm hæc actio confessoria, iam directa, quia de se quisque non de alio confiteri debet, vt directa teneatur *d.l.si sine. § alius pro alio.* Quòd si confessio falsa non sit, sed vera, dabitur in dominum ex ea confessione vtilis quoque actio, si Accursio credimus, sed ego probare non possum, qui video verba huius §.esse generalia de confessione per procuratorem, tutorem & curatorem facta, siue falsa sit, siue vera: item ex *l.certum 6. §.sed an & ipsos.infr de confeß.* vbi generaliter quoque scribitur non sufficere ipsos procuratores, vel tutores, vel curatores fateri, vbi quis velit id restringere ad eum casum quo facta sit confessio absentis aduersario, sanè excipiendus est procurator habens mãdatum speciale. Is enim omnimodo mandantem obligat.

2 ¶Notandum [a], quòd in hac actione, quę aduersus confitentem datur, iudex non rei iudicandæ, sed æstimandæ datur: nam nullæ partes sunt iudicandi in confitentes.

Ad §.2. Notandum.

a *Notandum.* Ratio dubitandi. Res iudicata satis est, quæ finem litibus imponat condemnatione, vel absolutione *l.1. inf. de re iudic.* Dec. Confessus in iure pro iudicato habetur *l.1 inf.de confeß.* Qui autem iam iudicatus, & condemnatus est, condemnari amplius non debet in causis nimirum ciuilibus: Nam in criminalibus aliud est *l. si confessus 5. de custod.& exhibit.reor l.qui sententiam 16.C.de pœn.* Cęterùm in eum qui confessus est in iure & apud Prætorem, nullæ sunt partes Prætoris, Noli addere *nisi in condemnando.* Nam ne hoc quidem, cùm iam habeatur pro condemnato: nec Prætoris sit condemnare quemquam, sed tantùm iudicis, quem Prætor in eam rem dedit, nisi ex causa remittat confessum ad Prætorem vt absoluatur, vt in specie *l.pen in fin. inf.de conf.ß.* Noli ergo cum Accursio distinguere an lis fuerit summária, an solemniter inchoata: Nullo enim casu fieri potest, aut debet sententia ciuilis in confessum, ne aliquid de Prætorum authoritate detrahi videatur, si is, qui apud Prætorem & in iure confessus est, nondum habeatur satis pro condemnato: Dare ergo iudicem debet Prætor non ad rem iudicandam, sed ad executionem iudicati, puta ad restituendum *d.l.pen. de conf.ß.* aut ad litem æstimandam, nec vllam facere condemnationem nisi ad æstimationem litis & damni *l.1. & 5. eod.tit.* quia confessus habetur quidem pro condemnato, sed non idcò lis pro æstimata, cùm in cæteris causis lis æstimetur per condemnationem ipsam, non autem vt hîc post condemnationem, quia scilicet condemnatio fit per confessionem quæ præcedit sententiam iudicis, ideoque tempore quasi ex causa iudicati computantur ex die confessionis *l. certum 6.§.vlt.eod.tit.De confeß.*

26. PAVLVS libro 22. ad Edictum.

PVta enim, quòd, qui conuenitur, fateatur se occidisse, & paratus sit æstimationem soluere, & aduersarius magni litem æstimat.

Ad l. Puta enim 26.

Exemplum est superioris sententiæ, ad eum casum pertinens, quo sit dandus iudex ad litem æstimandam, non ad iudicandam: Aliquando enim pluris, aliquando minoris æstimatur lis *l. 3. & vlt. de condict. tritic. l. qui restituere 68. sup. de rei vindic. l. vlt. inf. de fideiussor.*

27. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

SI seruus seruum alienum subripuerit, & occiderit: & Iulianus, & Celsus scribunt, & furti, & damni iniuriæ competere actionem.

Ad l. Si seruus 27.

Ratio dubitandi. Per vtramque harum actionum actor plenissimam indemnitatem consequitur: sufficit ergo vt alterutram habeat vt in *l. sed & si is 18. sup.*

Dec. Nunquam plures actiones pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit *l. nunquam 66. inf. de oblig. & act.* Maximè verò si plura sint delicta. Neque enim delictum vnum alterius delicti minuit pœnam *l. x. in princ. de priuat. delict.* Tam autem furti quàm legis Aquiliæ actiones pœnales sunt *d. l. 1. in fin.* Et aliud crimen est furtum facere, aliud verò occidere. Et quamuis ille qui iam deliquit, iterum delinquendo nihil adiiciat ad pœnam legitimam primi criminis *l. sed si subripuit 28. inf. de furt.* adiicit tamen ad extraordinariam, & noui criminis pœnam ad veterem: Aliud siquidem est augeri pœnam, aliud nouam adiici. Quòd si vnum duntaxat esset delictum ex quo duæ actiones nascerentur, vna tolleret aliam, nisi in eo quod excederet, vt notat Accurs. ex *l. qui seruum 34. inf. de oblig. & act. l. si vulneraueris 43. locat. l. sed si ex causa 47. & seqq. inf. pro socio.* Nec tamen iis locis erant ambæ actiones pœnales, sed vna pœnalis, alia rei persecutoria, sicuti ipsi ad *l. Item Mela 11. §. sed si plures sup.*

1 ¶Si seruus communis, id est, meus & tuus seruum meum occiderit: legi Aquiliæ locus est aduersus te, si tua voluntate fecit. & ita Proculum existimasse, Vrseius refert. quòd si non voluntate [a] tua fecit, cessare noxalem actionem: ne sit in potestate serui, vt tibi soli seruiat. quod puto verum esse.

Ad §. 1. Si seruus.

Ratio dubitandi. Non debet actio legis Aquiliæ dari contra eum qui voluit damnum fieri, sed contra eum ipsum qui damnum iniuria dedit, & proprio corpore *l. qua actione 7. l. proinde 25. supr. l. ita vulneratus 51. inf.* Atqui etiam si seruus communis meus & tuus voluntate mea seruum tuum occiderit, non eo tamen magis verum est damnum me tibi meo corpore dedisse.

Dec. Quod facit seruus mandante domino, videtur dominus ipse facere *l. 1. §. quod igitur 17. inf. de vi & vi armat.* Nec proinde debet hoc casu noxalis esse actio, vt dominus seruum noxæ dedendo liberetur, cùm is ipse magis deliquerit quàm seruus, qui parere habuit ferè necesse, licèt non ad locum habeat cùm dominus iussit occidi aliquem *l. seruus 20. infr. de obligat. & act.* Iunge *l. 2. & pass. infr. de noxal. act.*

a *Quod si non voluntate.* Ratio dubitandi. Potest seruus facere deteriorem domini etiam ignorantis conditionem delinquendo, adeò vt nec debeat dominus hoc in damno reputare *d. l. 1. §. quod igitur 15. de vi & vi armat.* vbi sine dubio legendum est addita negatione *in damno non debet reputare*, vt sequens ratio demonstrat.

Dec. Non debet esse in potestate serui communis vt soli ei seruiat ex dominis cui velit: Esset autem si ob delictum serui cogeretur dominus innocens eum noxæ dedere socio, licèt in seruo non communi hæc ratio non sit bona *§. summa Instit. de noxal. act.* Aliam tamen rationem adfert Accursius æquè bonam quod seruo communi delinquente possit vnusquisque ex dominis conueniri actione noxali. Ergo non potest noxali agere contra socium sed Communi diuidundo *l. cùm seruus 41. inf. De noxal. action. l. penult. vers. quam interpretationem C. de furt.* Quæ tamen actio Communi diuidundo est hoc casu quodammodo noxalis eundémque habet effectum *l. si seruus 61. in princ. infr. de furt.*

2 ¶Item si seruus communis, meus & tuus, sit occisus à seruo Titij: Celsus scribit, alterum ex dominis agentem, aut litis æstimationem consecuturum pro parte, aut noxæ dedi ei in solidum oportere: quia hæc res diuisionem non recipit.

Ad §. 2. Item si seruus.

Ratio dubitandi. Seruo communi occiso damnum commune est dominorum, Communis ergo debet esse actio legis Aquiliæ, & consequenter non ab vno ex ipsis singulari nomine instituenda, sed vel ab vtroque, vel ab vno vtriusque nomine.

Dec. Actio legis Aquiliæ datur ad æstimationem damni, quæ cùm in pecunia consistat, semper diuisionem recipit *l. in executione 85. inf. de verb. oblig.* Potest ergo vni ex dominis dari, pro ea scilicet parte pro qua dominus est *l. scilicet 20 sup.* sed tamen quoniam hæc actio quoties datur ex delicto serui, noxalis est, & habet dominus facultatem dedendi noxæ, si malit seruum dedere quàm damni æstimationem

tionem præſtare, facienda erit deditio in ſolidum, quia indiuidua eſt, nec pro parte fieri poteſt *l. ſi ſeruus communis 8. infr. de noxal. act. l. 4. §. ſi fundus. ſupr. ſi ſeruit. vindic.*

3 ¶ Serui autem occidentis nomine dominus tenetur: is verò[a], cui bona fide ſeruit, non tenetur. Sed an is[b], qui ſeruum in fuga habet, teneatur, nomine eius, Aquilia actione, quæritur. & ait Iulianus, teneri. & eſt veriſſimum: cui & Marcellus conſentit.

Ad §. 3. Serui autem.

Ratio dubitandi. Melior condicio noſtra fieri poteſt per eos quos in poteſtate habemus, deterior non poteſt *l. melior 133. de regul. iur.*

Dec. Permiſſum eſt ſeruo delinquenti facere deteriorem condicionem domini ſui, hactenus vt eum dominus pro noxa dedere debeat, ni malit æſtimationem præſtare *l. 1. §. quòd igitur 15. inf. de vi & vi armat.* Ne alioqui ſit in poteſtate ſerui facere, vt delictum ſuum ſit impunitum, cùm ipſe conueniri non poſſit *l. cùm ſeruo 107. de regul. iuris.*

a *Is verò.* Ratio dubitandi. Etiam aduerſus quoſcunque poſſeſſores, ſiue bonæ, ſiue malæ fidei ſint, noxales actiones dantur *l. non ſolùm 13. in fin. de noxal. action.*

Dec. Actio legis Aquiliæ ſpecialem habet rationem, quia ſicuti non datur, niſi domino ſerui occiſi *l. Item Mela 11. §. legis ſupr.* Ita nec niſi contra dominum ſerui occidentis, quia nec alius tenetur quàm qui ſuo corpore damnum dedit: Videtur autem dediſſe ſuo corpore qui ſerui ſui corpore dedit *l. qua actione 7. §. proinde ſupr. l. ita vulneratus 51. infr. hoc titul.* Nec quod bonæ fidei poſſeſſor loco domini eſt, ad rem facit, quia ad fructuum acquirendorum cauſam id pertinet, non ad cætera *l. bonæ fidei 48. inf. de acquir. rer. dom. l. bona fides 136. de regul. iur.* In cæteris noxalibus actionibus aliud iuris eſt. Dantur enim etiam contra bonæ fidei poſſeſſorem *d. l. non ſolùm,* ſi modò poſſideat eo tempore quo conuenitur non aliter *l. pen. verſ. cùm igitur. C. de furt.*

b *Sed an is,* Ratio dubitandi. Fugitiuus furtum ſui facit *l. 1. C. de ſeru. fugit.*

Dec. Dominus ſerui fugitiui remanet is, qui antè fuit, cum non debeat eſſe in ſerui fugientis poteſtate, vt ſe ſubtrahat dominio, & poteſtati domini ſui *l. vltim. §. ſerui. inf. de public. & vectig. l. rem quæ nobis 15. infr. de acquirend. poſſeſſ.* Ergo poteſt eius nomine Aquilia conueniri, ſcilicet ſi tam facilem copiam habeat eius recuperandi, vt eum in poteſtate ſua habere adhuc videatur: Alioquin non tenetur noxali actione *l. quoties 21. §. in poteſtate, & l. ſeq. in prin. & §. 1. inf. de noxal. act.* Niſi hactenus vt cogatur cauere de eo exhibendo *l. Celſus 5. §. vltim. infr. ad exhib.* Niſi hoc quoque in lege Aquilia ſpeciale eſt dicamus, vt detur contra dominum, etiam qui non habeat ſeruum in poteſtate: quod in cæteris noxalibus diuerſum eſt. Ideò fortaſſe quòd lex Aquilia dat actionem contra dominum tanquam dominum non tanquam habentem ſeruum in poteſtate: dominus enim eſt, tùm quoque cùm non habet eum in poteſtate, cùm aliud ſit in poteſtate habere, aliud in dominio: Denique in actione legis Aquiliæ Prætor nullo modo ſe interponit, ſed tantùm in cæteris noxalibus ad quas pertinet edictum, de quo in *d. l. quoties 21. §. Prætoris infr. de noxal. action.* Cæteræ autem noxales non dantur contra dominum quatenus dominus eſt, ſed tantùm quatenus habet in poteſtate, ex edicto ſcilicet Prætoris.

4 ¶ Huius legis ſecundum quidem capitulum[a] in deſuetudinem abiit.

Ad §. 4. Huius legis.

Ratio dubitandi. Non poteſt conſuetudo legem vincere *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.*

Dec. Poteſt tamen deſuetudo legem abrogare *l. de quibus 32. ſupr. de legib.* vbi dixi.

a *Secundum quidem capitulum.* Huius ſecundi capituli, neque verba, neque ſententiam certam habemus. Cuiacius tamen intelligit fuiſſe hoc caput de intercepta aliqua vtilitate: Diuinare facile eſt, ſed bene diuinare difficile eſt.

5 ¶ Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: *Cæterarum rerum, præter hominem, & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quod vſerit, fregerit, ruperit iniuria: quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantùm æs domino dare damnas eſto.*

Ad §. 5. Tertio autem.

Ratio dubitandi. Tertium caput eſt de iſtis fractis & ruptis: Et ad huius tertij capitis interpretationem pertinent cæteræ quæ ſequuntur in hac lege. Differt autem caput hoc tertium à primo quòd ex hoc non fit æſtimatio Quãti plurimi res fuit eo anno retrorſum computato, ſed quanti triginta diebus proximis præteritis *quanti ſcilicet plurimi*, vt *l. quemadmodum 29. §. vlt. infr. hoc tit. §. cæterùm. Inſtit. eo.* Incipiunt autem verba Edicti non ab illis *ſi quis alteri,* vt putat Accurſ. ſed ab illis præcedentibus *cæterarum rerum.*

6 ¶ Si quis igitur non occiderit hominem, vel pecudem: ſed vſſerit, fregerit, ruperit: ſine dubio[a] ex his verbis legis agendum erit. Proinde[b], ſi facem ſeruo meo obieceris, & eum aduſſeris, teneberis mihi.

Ad §. 6. Si quis igitur.

Illatio eſt & exemplum ad verba tertij capitis legis Aquiliæ.

a *Sine dubio*, fruſtrà ergo quæras rationem dubitandi, vbi nulla eſt.

b *Proinde.* Ratio dubitandi. Videris hoc caſu non tam corpore tuo, quàm per facem vſſiſſe ſeruum meum.

Dec. Satis corpore tuo vssisti, cùm facem obiecisti. Alioqui nemo posset teneri de vsto cùm nemo vrat nisi per medium ignem: Intellige autem cum Accursio de homine sic vsto, vt tamen non sic occisus: Alioqui agendum esset ex primo capite de homine occiso. Iniuriam porrò in hac quoque parte edicti accipe pro culpa, vt in *l. 5. §. 1. supr. hoc tit.*

7 ¶ Item si arbustum meum, vel villam meam incenderis: Aquiliæ actionem habebo.

Ad §. 7. Item si arbustum.

Ratio dubitandi. Non videtur lex Aquilia in hoc tertio capite sensisse de rebus inanimatis, vt nec in primo capite, sed tantùm de animatis extra hominem & pecudes, *arg. l. vlt. in fin. de trit. leg.*

Dec. Verba legis sunt generalia, ac proinde generaliter intelligenda de omni vsto fracto & rupto *l. 1. §. & generaliter de legat. præstand.*

8 ¶ Si quis insulam voluerit meam exurere, & ignis etiam ad vicini insulam peruenerit: Aquilia tenebitur etiam vicino. non minùs [a] etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas.

Ad §. 8. Si quis insulam.

Ratio dubitandi. Voluntas & propositum distinguunt maleficia *l. qui iniuria 53. infr. de furt.* Hic autem noluit etiam vicini ædes incendere.

Dec. Non eò minùs verùm est damnum vicino factum fuisse, & quidem per culpam, imputare namque sibi debet qui dederit operam rei illicitæ, nec propterea prospexit fieri posse, vt ad vicini vsque ædes ignis euagaretur, & incendium perueniret *l. qui occidit 30. §. in hac lege inf. hoc tit. l. si quis dominum 9. §. 1. in fin. locat.*

a *Non minùs.* Ratio dubitandi eadem quæ ad sententiam præcedentem, quia noluit incendiarius sic inquilinorum res incendere, sed tantùm domino ædium nocere.

Ratio decid. eadem quoque, quia & inquilinis damnum intulit, & per culpam vrendo: quod sufficit, vt huic capiti legis Aquiliæ locus fiat, quæ culpam omnem etiam leuissimam imponit *l. in lege 44. infr. hoc tit. & d. §. in hac lege.*

9 ¶ Si fornicarius seruus coloni ad fornacem obdormisset, & villa fuerit exusta: Neratius scribit, ex locato conuentum præstare debere: si neglegens in elegendis ministeriis fuit. cæterùm [a] si alius ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit: an tenebitur, qui subiecerit? nam, qui custodit, nihil fecit: qui rectè ignem subiecit, non peccabit. quid ergo est? puto vtilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormiuit [b], quàm in eum, qui neglegenter custodit: nec quisquam dixerit in eo, qui obdormiuit rem eum humanam, & naturalem passum: cùm deberet vel ignem extinguere, vel ita munire, ne euagaretur.

Ad §. 9. Si fornicarius.

Ratio dubitandi. Nulla est hoc casu culpa conductoris, qui neque ignem subiecit, neque obdormiuit ad fornacem.

Dec. Culpa est & quidem leuis, quod negligens fuerit in eligendis ministeriis, & quòd tales ministros habuerit *§. Proculus 11. inf.* Nec enim diligens paterfamilias in eo fuisset negligens circa rem suã: Conductor autem tenetur de culpa leui *l. 5. §. nunc videndum infr. commod. l. contractus 23. de regul. iur.* Ergo non tenebitur, si in eo negligens non fuit.

a *Cæterùm.* Ratio dubitandi. Qui rectè ignem subiecit, nihil peccauit, qui verò custodiit etiam negligenter, nihil fecit, multò minùs is qui obdormiit cùm rem humanam & naturalem passus sit: Lex autem Aquilia requirit factum vrentis, aut frangentis, aut rumpentis, neque verò vnius factum trahere alios in periculum debet *l. illicitas 6. §. sicuti. supr. de offic. præsid.*

Dec. Non caret culpa qui negligenter custodit ignem, quem custodire negligenter debuit ne euagari posset *l. qui occidit 30. §. in hac lege. infr. hoc tit.* sicut nec is qui ad fornacem obdormiuit, Ergo tam contra hunc, quàm contra illum danda est actio legis Aquiliæ, non quidem directa, quia neuter eorum quicquam fecit, sed vtili, quia & damnum intulerunt, & culpam contraxerunt, videnturque quodammodo fecisse contra id quod facere debuerunt hoc ipso, quo non fecerint quod facere debuerunt *l. qui non facit 121. de regulis iuris.*

b *Ad fornacem obdormiuit.* Ratio dubitandi. Hic non solùm nihil fecit, sed etiam rem naturalem & humanam passus est.

Dec. Debuit antequàm obdormiret aut ignem extinguere, aut ita munire & coercere, ne euagaretur: Quo non facto apertè in culpa est, & somnus licèt naturalis & humana res sit, imputatur tamen ei qui vigiliam in se recipit. Neque verò semper naturæ & vicio naturali paretur, nisi cùm de vicio ædium aut alterius rei inanimatæ agitur, vt in *l. fluminum 24. §. sed vt ne quid. inf. de damn. infect.* Aut cùm tale vicium est à natura vt aduersus illud nulla arte, vel diligentia succurri possit: Denique quoties culpa præcessit casum, vtique casus etiam fortuitus non excusat *§. si ex plaustro. infr. l. si vendita 11. inf. de peric. & commod. rei vendit.* Aliud est in fortuito incendio *l. penult. inf. de incend. ruin. & naufr.* quamuis possit via fieri incendium sine culpa alicuius. Potest tamen sine culpa patrisfamilias *d. l. si vendita. l. 3. §. 1. supr. de offic. Præfect. vigil.*

10 ¶ Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria tenearis: & ait Proculus, agi non posse. quia nec cum eo, qui focum haberet. & ideò æquius puto,

puto, in factum actionem dandam: scilicet si paries exustus sit. si autem b nondum mihi damnum dederit, sed ita ignem habeas, vt metuam, ne mihi damnum des: damni infecti puto sufficere cautionem.

Ad §. 10. Si furnum.

a *Si furnum.* Ratio dubitandi. Qui furnum habet secundum parietem communem non caret culpa si tantum ignem furno subiecerit vt paries communis exustus sit.

Dec. Liberum est cuique habere furnum & focum in suo *l. quoties 15. in princ. supr. de seruit. l. si fistula 8. §. Aristo & seq. sup. si seruit. vindicet.* cùm nulli sunt tribuli per quos flamma paries torretur *l. quidam Hiberus 13. & l. fistulam 19. vrban. præd.* Non potest igitur teneri lege Aquilia ob exustum parietem communem, cùm non dederit operam rei illicitæ, sed tamen quia damnum dedit, & quidem per iniuriam & culpam æquum est teneri eum actione ad factum subsidiaria: Adeoq; directa actione legis Aquiliæ, si poneres illum fuisse præsentem aduštionĭ, & cùm posset prohibere non prohibuisse, cùm præsentia sola pro consensu factoq; habeatur *l. falsu 43. §. si is qui infr. de furt.*

a *Si autem.* Ratio dubitandi. Non potest in stipulationem damni infecti etiam furni nomine interpositam venire damnum quod culpa furnarij datum est *l. fluminum 24. §. præterea 7. infr. de damn. infect.*

Dec. Quo casu damnum datum faciendum est per aliquam actionem, siue sit illa legis Aquiliæ, siue in factum, eo casu interponi potest & debet cautio damni infecti ante damnum datum *l. si fistulæ 18. supr. vrban. præd.* Sed in eam stipulationem non aliud damnum venit, quàm quod vitio ignis & furni contigit aut etiam culpa promissoris, non etiam quod culpa furnarij *d. §. præterea*, dummodo tali damno aliqua ope occurri potuerit *§. Cassius & ead. lege.*

11 ¶Proculus a ait, cùm coloni serui villam exussissent, colonum vel ex locato, vel ex lege Aquilia teneri: ita vt colonus possit seruum noxæ dedere: & si vno b iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed hæc ita c si culpa colonus careret. Ceterum d si noxios seruos habuit, damni eum iniuria teneri cur tales habuit. Idem e seruandum & circa inquilinorum insulæ personas scribit. quæ sententia habet rationem.

Ad §. 11. Proculus.

a *Proculus.* Ratio dubitandi. Incendium factum culpa serui non ideò potest videri factum culpa coloni, qui tamen non potest conueniri actione locati, nisi ex culpa sua eaq; non leuissima sed leui, aut lata *l. penult. infr. de incend. ruin. & naufrag. l. 5. §. nunc videndum infr. Commod: l. contractus de regul. iur.*

Dec. Culpa lata est si colonus fuerit negligens in eligendis seruis & ministeriis *§ si fornicarius 9. sup.* Sed de hoc casu intelligendus non est hic §. vt sequentia demonstrant. Dicendum igitur est teneri colonum ex locato in hac specie, tametsi culpa careat, quia factum serui sui præstare debet, hactenus saltem, vt eum noxæ dedat, si nolit æstimationem damni præstare: Quamuis actio ex locato non soleat esse noxalis, cùm ex solo contractu non ex delicto sit datur.

b *Et si vno.* Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ est pœnalis *l. vnde Neratius 23. §. hanc actionem. 8. supr.* Ergo neque consumi debet per actionem ex locato, neque illam consumere.

Dec. Cùm vtraque actio est pœnalis, id obtinet *l. numquam 60. infr. de obligat. & action. l. 1. de priuat. delict.* sed cùm vna est pœnalis mista, alia rei persecutoria, aliud est *l. sed & si is 18. supr. l. si vulneraueris 43. infr. locat. l. si qui seruum 34. de oblig at. & action.*

c *Sed hæc ita.* Id est, ita demùm futuram actionem ex locato noxalem si ex facto & delicto serui dominus conueniatur, non etiam si ex culpa propria: quo casu actio ex locato simplex competit ad præcisam indemnitatem consequendam.

d *Ceterum.* Ratio dubitandi. Non est noxius, qui habet seruos noxios.

Dec. Non caret culpa qui noxiis seruis vtitur, *§. si fornicarius 9. sup. hac lege.* Cùm & si quid damni ob inimicitias coloni contigerit culpæ eius imputetur *l. si merces 25. §. culpæ autem inf. locat.*

e *Idem seruandum.* Ratio dubitandi. Non habet conductor inquilinos in sua potestate, vt ex eorum quemadmodum ex seruorum facto teneri debeat, ne cenim potest liber homo condicionem alterius facere deteriorem *l. soluendo 39. de negot. gest.*

Dec. Inquilinos ipse elegit, ideoq; factum eorum præstare debet *l. 1. §. vltim. infr. furt. aduers. naut. caup. stabul. l. videamus 11. in princ. l. qui insulam 30. §. qui mulas infr. locat. §. Item is ex cuius cœnaculo Inst. de oblig. quæ ex quasi delict. nasc.*

12 ¶Si cùm apes meæ ad tuas aduolassent, tu eas excusseris, legis Aquiliæ actionem competere, Celsus ait.

Ad §. Si cùm apes 12.

Ratio dubitandi. Non videtur vltrò damnum intulisse, qui apes alienas quæ ad suas aduolauerint excussit.

Dec. Non eò minus damnum dedit, qui alienas apes innocentes excussit. Nec caret culpa, cùm iustam causam habere nullam ita faciendi: Nec potest negari quin fecerit contra tertium caput legis Aquiliæ, de quo in *§. Tertio autem capite & sequent. supr.*

13 ¶Inquit lex, *Reperit.* Rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt, corruperit.

Ad § 13. Inquit lex.

Ratio dubitandi. Aliud est *rumpere*, aliud *corrumpere*. Hoc enim posterius patet latiùs, cùm quisquis rumpit corrumpat, non contrà: hæc autem lex Aquilia cùm sit pœnalis non fuit amplianda, & adiuuanda interpretatione *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. de condic. & demonstr.*

Dec. Veteres *rumpere* dicebant pro *corrumpere*, vt & aliis plerisque verbis simplicibus vtebantur pro compositis. Et leges omnes etiam pœnales recipiunt interpretationem passiuam à iure communi ex identitate rationis, vt loquuntur, cùm diuersitatis ratio reddi non potest *l. illud 32. inf. l. 3. §. vnde etiam. de iniust. rupt.* Iunge §. *& non negat 16. inf.*

14 ¶ Et ideò Celsus quærit: si lolium, aut auenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares: non solùm *Quod vi aut clam* dominum posse agere, vel si locatus fundus sit, colonum, sed & in factum agendum, & si colonus [a] eam exercuit, cauere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet. nam alia quædam species damni est, ipsum quid corrumpere, & mutare, vt lex Aquilia locum habeat: alia, nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.

Ad §. 14. Et ideò.

Ratio dubitandi. Interest an quis damnum det corrumpendo aliquid aut mutando, An verò nulla ipsius rei facta permutatione, aliud quid applicando cuius molesta separatio sit, puta si lolium aut auenam in segetem alienam quis iniecerit, vt eam inquinaret.

Dec. Lex Aquilia verbo isto *ruperit* denotauit factum corrumpendi per mutationem, nec aliter potest lex Aquilia locum habere, In hac autem specie nihil tale factum est. Igitur lex Aquilia locum habere non debet, sed tantùm actio in factum subsidiaria, per quam actor æquè consequetur indemnitatem ne factum improbum maneat impunitum: Patet enim latiùs actio in factum, quàm legis Aquiliæ & alia damni species est, quæ contingit per corruptionem vel mutationem speciei. Alia verò quæ per applicationem & adiectionem alterius materiæ sine vlla speciei ipsius mutatione. Itaque ratio quam adfert Vlpianus in versi. *nam alia* pertinet ad id quod in hoc versicul. scriptum est *de actione in factum colono danda*, non ad id quod in *versic. sequent. de cautione per colonum præstanda:* quod Accursius benè notat. Obserua tamen cùm immixtio aliqua sic facta est, vt molesta separatio sit & difficilis, etiam quasi de corrupto agi posse §. *item si quis 20. infr.* Quod non pugnat cum hoc §. Aliud enim est agi de corrupto, aliud de quasi corrupto. De Corrupto agitur lege Aquilia, de quasi corrupto in factum, id est, quasi Aquilia, quo nomine aliquando vtilem, aliquando in factum actionem significamus quæ non tam vtilis quàm subsidiaria est, nec vnquam legis Aquiliæ actio simpliciter appellatur, vt illa interdum quæ est vtilis §. *sed & si quis 19. infr.*

a *Et si colonus.* Ratio dubitandi. Colonus cui damnum illatum est habet actionem in factum, eamque exercet suo nomine, quia ipsius interest. Non ergo cogendus est cauere. Solet enim onus cautionis imponi ei qui alieno nomine aut agit aut defendit *l. sed & hæ 35. § vlt. cum legg. seqq. supr. de procurat.* iunct. *l. qui proprio 46. § qui alium eod.*

Dec. Non tantùm interest coloni, sed etiam domini qui ex hac causa posset eum inquietare, qui damnum dedit: Non quidem lege Aquilia vel in factum, sed interdicto Quod vi, aut clam, quia cuius est fundus eius est seges *l. functus 45. de rei vindicat. l. qui scit 25. §. 1. infr. de vsur.* Interdicto autem huic locus est quoties aliquid fit in solo non etiam si in fructibus *l. si alius 7. §. notauimus infr. quod vi aut clam*, quamuis etiam fructuum nomine competat *l. quamquam eod.* scilicet si fructus lædantur per opus factum in solo: Cautio igitur hoc casu necessaria est, vt & in specie *leg. cùm pater 29. infr. de iur. dot.*

15 ¶ Cum eo planè, qui vinum spurcauit, vel effudit, vel acetum fecit, vel alio modo vitiauit, agi posse Aquilia, Celsus ait: quia etiam effusum, & acetum factum, corrupti appellatione continetur.

Ad §. Cùm eo planè 15.

Ratio dubitandi. Vinum spurcatum vel effusum aut acetum factum non mutatur in ipsa vini substantia, Idem enim vinum est licèt deterius factum. Dec. Etiam spurcatum & effusum vinum, & acetum factum, corrupti appellatione continetur quia corrupta est & mutata qualitas vini ex qua potissimum æstimatur vinum *l. 4. & 6. infr. de peric. & comm. rei vend.* Sufficit ergo lex Aquilia nec in factum actio necessaria est.

16 ¶ Et non negat fractum, & vstum contineri corrupti appellatione, sed non esse nouum, vt lex, specialiter quibusdam enumeratis, generale subiiciat verbum, quo specialia complectatur, quæ sententia vera est.

Ad §. 16. Et non negat.

Ratio dubitandi. Etiam quod fractum & vstum est corrupti appellatione continetur. Non potest ergo ita lex Aquilia intelligi vt *ruperit* dictum voluerit pro *corruperit*, ne alioqui bis idem dixisse videatur, cùm leges omnes breues esse oporteat, & propriis verbis conscriptas.

Dec. Non est nouum vt lex quibusdam specialiter enumeratis generale subiiciat verbum quo specialia omnia complectatur. Hæc etiam dubitandi & decidendi ratio est ad § *inquit lex 13. supr.* sic in *l. generali 13. C. de sacrosanct. Eccles.*

17 Rupisse

17 ¶ Rupisse eum vtique accipiemus, qui vulnerauerit, vel virgis, vel loris, vel pugnis ceciderit, vel telo, vel quo alio, vt scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit: sed ita demùm, si damnum iniuria datum est. cæterùm si nullo seruum pretio, viliorem, deterioremve fecerit Aquilia cessat, iniuriarúmque erit agendum duntaxat. Aquilia enim eas ruptiones quæ damna dant, persequitur. Ergo [a] etsi precio quidem non sit deterior seruus factus, verum sumptus, in salutem eius, & sanitatem facti sunt: in hoc mihi videri damnum datum, atque ideò lege Aquilia agi posse.

Ad §.7. Rupisse.

1 Ratio dubitandi. Primum caput legis Aquiliæ pertinet etiam ad vulneratos seruos, vt constat ex *l. Item Mela* 11. *§. Celsus. l. huic scripturæ* 15. §. 1. *supr. l. ita vulneratus* 51. *inf. hoc tit.* non ergo ad tertium.

Dec. Ad eos maximè qui mortiferè vulnerati sunt pertinet primum caput *l. 2 in princ. supr. & §. inquit lex sup.* ob rationem positam in *d. l. ita vulneratus* 51. tertium ad alios: Pertinet enim primum caput potissimum ad occisos quoquomodo, de quibus vide *l. 1. § occisorum* 17. *infr. de S. C. Silan.*

a *Sed ita demùm.* Ratio dubitandi. Non potest fieri vt quis seruus vulneretur quin damnum aliquod inferatur, cùm tantò fiat deterior qui vulneratus est licèt ex eo vulnere non perierit.

Dec. Imò potest fieri vt nullius precij seruus sit, quem expediat potiùs non habere, puta furem, fugitiuum, aut erronem: Itemq; vt tale vulnus sit quod serui precium nulla ex parte imminuerit, Quibus casibus nullum certè ex vulnere damnum est, & ideò cessat Aquilia, quæ non est nisi de damno iniuria dato. Et agendum est iniuriarum si cætera concurrant quæ ad eam actionem inducendam sunt necessariæ. Iunge *l. si eo tempore* 38. *l. scientiam* 45. §. 1. *infr. hoc tit.* Et ideò de seruo vulnerato qui posteà ex vulnere perierit bis lege Aquilia agi potest de vulnerato primum ex tertio capite, deinde de occiso ex primo capite, sed non contrà: Si enim priùs actum sit de occiso, nō potest agi posteà de vulnerato, nisi cùm duo sint delicta, id est, cùm seruus primùm vulneratus est, deinde alio ictu occisus *d. l. illud* 32. §. 1. *l. si vulnerato* 46. *infr.*

a *Ergo.* Ratio dubitandi. Non ob id pluris aut minoris seruus est quod ad curandum & sanandum eum aliquid impensum sit.

Dec. Damnum est quoties eo nomine aliquid abest *l. si commissa* 13. *rat. rem hab.* Lex autem Aquilia eas ruptiones quæ damna dant persequitur, vt textus habet, id est, datur ad indemnitatem. Vnde est quod competit etiamsi seruus qui vulneratus fuerat sanatus sit *l. scientiam* 45. §. 1. *infr. l. ex hac lege* 3. *supr. tit. prox. l. vlt. inf. tit. prox.*

18 ¶ Si quis vestimenta sciderit, vel inquinauerit: Aquilia quasi ruperit, tenetur.

Ad §.18. Si quis vestimenta.

Ratio dubitandi. Aliud est scindere aut inquinare vestimenta, Aliud rumpere. Dec. Corrupti appellatione omnia ista continentur.

19 ¶ Sed & si quis milium, vel frumentum meum effuderit in flumen: sufficit Aquiliæ actio.

Ad §.19. Sed & si quis.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad §. *cum eo planè. supr.* Nisi quòd ibi legis Aquiliæ directa actio competit. Hîc vtilis tantùm, quia vt benè obseruat Accursius, corpus læsum non est cùm quis milium vel frumentum meum in flumen effudit.

20 ¶ Item si quis frumento harenam, vel aliud quid immiscuit, vt difficilis separatio, quasi de corrupto agi poterit.

Ad §.20. Item si quis.

Ratio dubitandi. Alia species damni est, ipsum quid corrumpere, & mutare, quo solo casu locum habet hoc tertium caput legis Aquiliæ, Alia verò nulla ipsius mutatione, applicare aliquid cuius separatio sit molesta §. *& ideò* 14. *supr.* corruptio enim sine aliqua speciei mutatione fieri non potest.

Dec. Non debet impunitum esse factum tam improbum eius qui frumento meo arenā vel quid aliud immiscuit quod sit molestæ & difficilis separationis, quia & culpam & damnum habet: Ideoq; licèt legis Aquiliæ cesset actio, danda tamen est actio in factū subsidiaria *d. §. & ideò.* Et hoc est quod ait hic §. *quasi de corrupto*, nec enim verè corruptum est, quod ita mistum est, vt separari tamen possit quamuis molesta sit separatio, vt loquitur Vlpianus in *d. §. & ideò*, id est difficilis, vt in hoc §. Est enim aliquando impossibilis, vt in *l. 1. § præterea infr. de separat. l. si alieni* 78 *inf. de solut.*

21 ¶ Si quis de manu mihi nummos excusserit: Sabinus existimat, damni iniuriæ esse actionem, si ita perierit, ne ad aliquem peruenirent. puta si in flumen, vel in mare, vel in cloacam ceciderunt: quòd si ad aliquem [a] peruenerunt: ope, consilio furtum factum agendum [b], quod & antiquis placuit. idem, etiam in factum [c] dari posse actionem ait.

Ad §.21. Si quis de manu.

Ratio dubitandi. Qui de manu mihi nummos excussit, etiamsi ita perierint ne ad aliquem peruenirent, non ideò tamen aut vsisse, aut fregisse, aut rupisse quicquam videtur. Ergo non incidit in tertium caput legis Aquiliæ.

Dec. Etiam hoc appellatione corrupti continetur, non minùs quàm si quis vinum effuderit, Ergo directa competit, non vtilis tantùm, & in factum,

quomodo putat Accurs. Qui enim dicit actionem damni iniuriæ simpliciter, non sentit de actione in factum de qua paullò post agitur, & in §. *Interdum. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc.* & in *l. qui seruandarum* 14. §. *sed etsi calicem. inf. de præscript. verb.* Distinguendi ergo sunt diligenter duo illi casus positi in hoc §. vt primo casu competat actio directa legis Aquiliæ, si damni dandi causa nummi de manu mea sint ita excussi, & perierint. Non autem in factum. Altero autem in factum non legis Aquiliæ. Aliud est si quis calicem si voles argenteum in profundum abiecerit etiam damni dandi causa. Nec enim id pro effuso haberi potest quod vno constat spiritu *l. rerum mixtura* 30. *inf. de vsucap.* solaq; idcirco in factum actio competit *d. l. si qui seruandarum* §. *sed etsi.* Aliud rursum est si nummi iti de manu mea excussi ad alium peruenerint. Nullum enim damnum passus videor qui eo nomine habiturus sum non modò vindicationem si nummi extent, sed etiam condictionem furtiuam, & actionem furti si furandi animus interuenerit.

a *Quòd si ad aliquem.* Ratio dubitandi. Furtum non fit nisi effectu furandi *l. 1.* §. *vlt. l. si quid fur* 22. *l. inter omnes* 46. §. *rectè & pass. inf. de furt.* §. *placuit. Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* Potest autem fieri vt quis de manu mea nummus excusserit, qui ad alium posteà peruenerint, nec tamen excusserit eo animo vt peruenirent.

Dec. Supponendi semper sunt termini habiles *l. adigere* 6. §. *quamuis de iur patron. l. 1.* §. *vltim. ad SC. Tertyll.* Ergo & in proposita specie interuenisse animum furandi & lucrandi, & ideò excussos nummos vt alius eos tolleret, isq; sustulerit *l. si quis vxori* 52. § *si quis de manu* 13. *de furt.* §. *interdum. Instit. de oblig. quæ ex delict. nasc. d. l. qui seruandarum* 14. §. *sed etsi calicem de præscr. verb.* Sed hoc casu præter actionem furti etiam in factum actio danda est, non vt in superiore casu legis Aquiliæ.

b *Furtum factum agendum.* Locus mancus est & ita supplendus, vt legamus *furtum factum furtiq; agendum*, quod ad vulgatam lectionem proprius accedit. Huc enim casu actio furti competit *d.* §. *si quis de manu*, sed quia furandi affectus probãdus est, quod plerumque difficile est, melius ac tutius est agere in factum. Nam & ea competit, vt sequitur in textu, soletq; dari quoties dubitari potest an alia competat siue facti, siue iuris ea quæstio sit *l. quia actionum. d. l. qui seruandarum* 14. §. *sed etsi calicem. l. si gratuitam* 27. *& pass. inf. de præscr. verb.*

c *Sed & in factum.* Ratio dubitandi. Non solet dari neque competere actio in factum subsidiaria cùm alia competit *l. 1* §. *vlt. l. 2. & pass. de præscript. verb.* Hic autem competit actio furti aut saltem legis Aquiliæ, vt dictum est.

Dec. Concurrit aliquando etiam cum aliis actionibus si quoquomodo dubitari possit an alia competat, propter periculum malæ electæ actionis *d. l. qui gratuitam* 17. *& pass. eod. ill. tit.* Semper enim tutius est agere præscriptis verbis & in factum. Quanquã malo hunc versicul. intelligere quomodo & verba ipsa sonant, licèt reluctante Accursio de secundo casu quo nummi de manu mea facto tuo excussi ad alium peruenerint. Licèt enim damni dandi causa id factum sit, damnum tamen nullum datum est, cùm habeant actionem furti contra eum ad quem peruenerunt, & cuius opera & consilio id factum est per quam sim quadruplum aut saltem duplum consecuturus: Item contra te si lucrandi causa, & ideò fecisti vt alius tolleret & ipse sustulerit *d. l. si quis vxori* 52. § *si quis de manu inf. de furt.* Præter id quod habeo etiam vindicationem si nummi extent & furtiuam condictionem, siue nummi extent, siue extare desierint. Ergo damni iniuriæ actio hoc casu dari non potest, non magis, quàm in specie *d.* §. *sed & si* siue damni dandi causa id feceris, vt in *d.* §. *sed & si*, siue per lasciuiam, nec data opera, vt in § *interdum. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* sed in factum actio deneghri his casibus certè non debet quæ in priore huius §. specie, neque necessaria est, neque competit.

22 ¶ Si mulier pugno, vel equa ictu à te percussa eiecerit: Brutus ait, Aquilia teneri, quasi rupto.

Ad § 21. *Si mulier.*

Ratio dubitandi. Non corrumpitur mulier quæ partum eiicit.

Dec. Corrumpitur quæ non suo tempore eiicit, & quæ ob id quòd percussa sit abortum facit *lege Quintus* 39 *infr. hoc titul.*

23 ¶ Et si mulum plus iusto onerauerit, & aliquid membri ruperit: Aquiliæ locum fore.

Ad §. 23. *Et si mulum.*

Ratio dubitandi. Qui mulum plus iusto onerat, nihil minus cogitat, quàm vt membrum aliquod mali rumpat, cùm rupto membro tantò magis futurum sit vt mulus fiat impar oneri ferendo.

Dec. Non caret culpa, qui plus iusto onerat mulum, cùm ea res membri rumpendi det causam, Ideoque non modò corrupisse videtur, sed etiam propriè rupisse *l. qui insulam* 30. §. *qui mulas. infr. locat.*

24 ¶ Si nauem venaliciarum mercium perforasset: Aquiliæ actionem esse, quasi ruperit, Viuianus scribit.

Ad §. 24. *Si nauem.*

Ratio dubitandi. Qui perforat nauem venaliciarum mercium, non ideò perforat aut rumpit ipsas merces.

Dec. Perforando nauim perdit & corrumpit merces non minùs quàm si eas in mare profunderet, cùm ita efficiat vt nauis tandem mergatur & merces omnes pereant quæ in naui erant. Et idcirco lege Aquilia damni iniuriæ tenetur, quasi nubes quoque ipsas corruperit. Nam & hoc rupti & corrupti appellatione continetur §. *cùm eo planè* 15. & § *sed & si quis. in princ.*

25 ¶ Si oliuam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, vel vincas

vineas crudas, Aquilia tenebitur: quod si iam maturas [a], cessat Aquilia. nulla enim iniuria est, cùm tibi etiam impensas donauerit, quæ in collectionem huiusmodi fructuum impenduntur. Sed si collecta hæc interceperit, furti tenentur. Octauenus [b] in vuis adiicit: nisi inquit in terram vuas proiecit, vt effunderentur.

Ad §.25. Si oliuam.

Ratio dubitandi. Nulla vtilitas est segetis immaturæ nec vuarum crudarum licèt sint ista omnia in fructu *l. si absente 48. §.1. supra de vsufr.* Nullum ergo damnum est si quis immaturas oliuas decerpserit, aut segetes desecuerit, vel vuas crudas, sic dictas quod coctas esse oporteat, vt ferant vinum, quod nihil aliud est quàm aqua cocta in ligno, vt dicebat Aristoteles. Lego enim *vuas* hîc non vt vulgò *vineas* quod & sequentia demonstrant quia nec vineæ secantur sed vuæ.

Dec. Damnum est subtrahere spem & oliuarum maturatum, & segetum, & vuarum. Etsi enim fieri poterat, & multa accidere, vt spem seges mentiretur, & priùs perirent oliuæ & segetes & vuæ, quàm maturescerent, Illud tamen multò certius est fieri non posse vt maturæ vnquam fiant oliuæ, quæ ante maturitatem decerptæ sint, aut segetes quæ dissectæ aut vuæ: Nam & spes in lege Aquilia venit in æstimationem *l. Inde Neratius 23. supra.* Nec paruum damnum est in spei quamuis dubiæ amissione. Quamquam in oliua speciale est vt immatura plus habeat reditus quàm si matura legatur *l. pen. inf. de vsufr. leg.*

a *Quod si iam maturas.* Ratio dubitandi. Non est cuiquam permittendum vt alienas oliuas vt segetes aut vuas etiam maturas quis intercipiat, & corrumpat, cùm tantò maior iniuria fiat domino.

Dec. Nulla in eo iniuria est nullumq; damnum, licèt non desit culpa, nisi fructus sint exportati, quo casu furti agendum esset vt sequitur. Alioqui etiam beneficium contulisse videtur is qui sua impensa oliuas, segetes & vuas collegit, cùm eam impensam vltrò donasse videatur *l. adeò 7. §. ex diuerso inf. de acquir. rer. dom. l. qui alienam 14. inf. de donat. l. 2. C. de rei vindic.* Estque hic locus in eam rem valde accommodatus quoties quæritur de impensarum in rem alienam factarum repetitione: Quæ quæstio ab interpretibus nostris variè tractata est, & à nobis quoque tam in libris Coniecturarum quàm in *Chiliade de error. pragmatic.* vbi inter cætera distinguimus in hac quæstione prædonem à simplici malæ fidei possessore.

b *Octauenus.* Ostendit hic locus in præcedente sententia de vuis locutum esse Vlpianum, non de vineis, vt emendauimus. Ratio dubitandi. Etiam cùm proiiciuntur vuæ in terram, vt effundantur, verum est videri eum qui collegit donasse impensas in earum collectionem factas, *vt sup. prox.*

Dec. Periculosior est effusio vuarum, quàm aut oliuarum aut segetum, quia facilius rumpuntur & corrumpuntur, Nisi in quibus locis ita sunt affectæ vuæ vt in terram proiici eas opus sit: Nempe vt teneriores fiant & maturiores. Nunquam verò vt effundantur: si quando igitur quis eas proiecerit vt effunderet, lege Aquilia eum teneri æquum est, cùm negari non possit quin eo facto ipsas corruperit: furti tamen non tenetur, cùm lucrandi animum nō habuerit *l. si quis testamentum 41. §. 1. inf. h. t.*

26 ¶Idem & in silua cædua scribit: vt, si immatura, Aquilia teneatur: quod si matura interceperit, furti teneri eum, & arborum furtim cæsarum.

Ad §. 16. Idem.

a *Idem & in sylua.* Ratio dubitandi. Syluam cæduam etiamsi intempestiuè cæsa sit in fructu esse cōstat, sicut olea immatura lecta, item fœnum immaturum cæsum in fructu est *l. si absente 48. §. 1. supra de vsufr.* adeò vt olea immatura plus habeat reditus quàm si matura legatur *l. pen. inf de vsufr. leg.*

Dec. In sylua cædua si immatura & intempestiuè cæsa sit, damnum est, quia maior vtilitas quæ ex ea sperabatur præcisa est. Quidni verò? cùm & is qui virginem immaturam stuprauit lege Aquilia teneatur *l. si stuprum 25. infra de iniur.* si verò matura fuit, nullum damnum est, imò lucrum potiùs ob donatam impensam, quæ syluæ cædendæ fuit necessaria, vt diximus ad versic. *quòd si maturas.* Ideoq; non potest Aquilia locum habere quæ omnimodo damnum exigit, sed neque furti aut arborum furtim cæsarum nisi cæsa sylua ab eodem qui cecidit intercepta sit. Itaque legendum hîc est *quod si matura & interceperit*, vt sit bonus sensus: Nisi malis legere *maturâ* cum accentu circumflexo vt sit ablatiuus absolutus hoc sensu *cùm esset sylua matura* aut vt in vulgata editione *si maturam interceperit.* Iunge *l. si immaturam inf. quod vi aut clam.*

27 ¶Si salictum [a] maturum ita, ne stirpes læderes, tuleris: cessare Aquiliam.

Ad §. 17. Si salictum.

a *Si salictum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad sententias præcedentes. Eadémque rursum distinctio adhibenda an salictum maturum sit, an immaturum, Nisi quod tum quoque cùm maturum cæsum est, non aliter tamen cessat Aquilia, quàm si ita cæsum sit, ne stirpes læderentur.

28 ¶Et, si puerum quis castrauerit, & pretiosiorem fecerit: Viuianus scribit, cessare Aquiliam, sed iniuriarum [a] erit agendum, aut ex edicto [b] ædilium, aut in quadruplum.

Ad §. 18 Et si puerum.

Ratio dubitandi. Castratus puer fit certè deterior quæ membro vno diminutus esset, & cui tam necessariò pars corporis abest, vt Paulus loquitur in *l. si autem 7. inf de ædil. edict.* vbi hic morbosus dicitur, quamuis in mulis & aliis animalibus, quæ iumentorum appellatione continentur aliud sit *l. Ædiles aiunt 38. §. sed enim eod. ult. tit. de ædil. edict.*

Dec. Lex Aquilia non quolibet damno contenta est, sed precij damnum exigit, cùm pœnæ nomine æstimet quanti plurimi res fuit in triginta diebus proximis retrorsum computatis §. *tertia autem supr.* Potest autem seruus castratus factus esse deterior corpore, & tamen preciosior, cùm castratis & eunuchis cubiculariis olim Principes vterentur *l. 4. C. de prepos. sacr. cubic.* fortasse vt de vxorum pudicitia minus laborandum haberent. Sic enim benignius suspicari iubet quàm quod cum Quintil. *lib. 5. Instit. Cap. 12. in fi.* Et cum Marciano nostro in *l. 3. §. Item is cuius inf. ad leg. Cornel. de sicar.*

a *Sed iniuriarum.* Ratio dubitandi. Non facit iniuriam castrando seruum is qui facit eum preciosiorem.

Dec. Iniuria est, quod ad iniuriarum actionem pertinet quicquid in contumeliam alterius fit, licèt damno careat *l. sed & si 5. §. 1. infr. de iniur.* longe *l. 3. §. item is cuius & l. is qui seruum 6. & l. 4. §. vlt. de sicar. & Nouell. 142. de his qui Eunuchos faci. Cap. 1. l. 1. & 2. C. de Eunuch.* Ex quibus lucis apparet castratoreaistos incidere etiam in legem Corneliam de sicariis, & pœnam mereri capitalem.

b *Aut ex edicto.* Nam Ædiles castratum pro morboso habent, cum minoris sit fortitudinis & vtilitatis *d. l. si autem 7. & l. Ædiles aiunt 38. §. sed enim infr. de adil. edict.* Benè autem statim *aut in quadruplum.* Nam ex ædilitio edicto nulla in quadruplum pœna est sed tantùm ex Prætoris iurisdictione si agatur furti manifesti §. *pœna manifesti instit. de oblig. qua ex delict. nasc. & §. 1. Instit. de perpet. & tempor. action.* quæ tamen actio vix est vt competat hoc casu, cùm fur manifestus ille sit qui in furto deprehenditur, deprehensus autem non ita citò possit castrare, sed tantùm vel occidere vel frangere vel effudere id quod intercipiebat *l. fine manifestus 10. infr. de condict. furt.* Intellige ergo cum Accursio de actione ex *tit. si quadrup. paup. fecisse dicat.* Est enim ex lege duodecim tabulatum, sed tamen cùm non detur illa in quadruplum *l. 1. & pen supr. tit. prox.* Tollenda certè sunt verba illa *in quadruplum*, licèt repugnet Accursius.

29 ¶Si calicem diatetrum faciendum dedisti: si quidem imperitia fregit, damni iniuria tenebitur: si verò non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus. & ideo plerumque [a] artifices conuenire solent, cùm eiusmodi materiæ dantur, non periculo suo se facere. quæ res ex locato tollit actionem, & Aquiliæ.

Ad §. 19. Si calicem.

Ratio dubitandi. Qui calicem diatetrum, id est, ex lapillo vel gemma perforandum accepit, etiam si per imperitiam fregerit, non est in culpa, sed illi potiùs qui imperito artifici rem tam preciosam efficiendam dedit, cùm debuisset eligere peritiorem arg. *l. 1. §. is quoque infr. de oblig. & act. iunct. l. inter artifices 31. de solut.*

Dec. Imperitia culpæ annumeratur *l. imperitia 132. de reg. iur.* maximè in artifice *l. si quis domum 9. §. Celsus l. Item quæritur 13. § si gemma infr. locat.* In lege autem Aquilia etiam leuissima culpa venit *l. in lege 44. infr. hoc tit.* Aliud ergo est si vitio materiæ damnum contigerit, puta quod rimas illa viciosas haberet, nisi vltrò periculum in se receperit *dict. §. si gemma.* Conuentio enim dat legem negotio *l. 1. §. si conuenerit inf. depos.* Sic neque conductoris periculum vllum est, de eo quod soli vitio accidit *l. vlt. inf. locat.*

a *Et ideò plerumque.* Ratio dubitandi. Non valent pacta quæ inuitant ad delinquendum *l. si vnus 27. §. illud nulla supr. de pact.* aut quæ prouocant ad negligentiam cùm diligentibus iura scripta sint, non negligentibus *l. non enim 16. ex quib. caus. maior. l. pupillus 24. quæ in fraud. cred.*

Dec. Contractus omnes ex conuentione legem accipiunt *d. l. 1. §. si conuenerit depos.* quia non aliter fuerat artifex contracturus *l. vlt. C. de pact. int. emptor. & vend.* Nec quicquam imputari potest ei qui cautiùs negotiari noluit *l. 2. C. de furt.* sed illi potiùs, qui ea lege artifici materiam dedit. Pacta enim omnia seruanda sunt quæ neque contra leges sunt, neque contra bonos mores *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor sup. de pact.*

b *Et Aquiliæ.* Id est etiamsi per imperitiam damnum datum sit, quo casu diximus Aquiliæ locum esse. Intellige tamen dum ne imperitia hæc sit affectata. Esset enim dolo proxima, qui numquam remissus esse intelligitur *d. §. illud nulla.*

30 ¶Si cùm maritus vxori margaritas extricatas dedisset in vsu, eáque inuito, vel inscio viro perforasset, vt pertusis in linea vteretur: teneri eam lege Aquilia, siue diuertit, siue nupta est adhuc.

Ad §. 30. Si cùm maritus.

Ratio dubitandi. Constante matrimonio neque pœnalis, neque famosa actio datur inter coniuges sed tantùm de damno in factum *l. 2. C. rer. amot.* Atqui legis Aquiliæ actio pœnalis est *l. inde Neratius 23 §. hanc actione n supr.* Non ergo potest dari contra vxorem quandiu vxor & nupta est.

Dec. Non est hoc casu pœnalis, quia datur duntaxat in simplum fauore nuptiarum *l. vlt. infr. de seru. corr.* Et ita intelligi debet *l. si mulier 37. de donat. int. vir. & vxor. l. penult. inf hoc tit.* Sanè famosa non est, alioqui non daretur in vxorem constante matrimonio, vt benè ratiocinatur Accursius ex *l. 2. C. rer. amot. l. 2. inf. eod. ill. tit.*

31 ¶Si quis ædificij mei fores confregerit, vel refregerit, aut si ipsum ædificium diruit, lege Aquilia tenetur.

Ad §. 31. Si quis ædificij.

Ratio dubitandi. Non rumpit, neque vrit, neque frangit ædificium meum is qui ædificij mei fores aut confregerit, aut refregerit, cùm effractis quoque foribus ædificium stare possit. Nec is rursus qui totum ædificium diruit.

Dec.

Dec. Fracti appellatione omnia ista continentur, Latiùs sumpta fracti appellatione vt & rupti §. *inquit lex 13. sup.* propter vtilitatem legis Aquiliæ *l. qui seruandarum 14. §. sed & si calicem inf. de præsc. verb.*

32 ¶ Si quis aquæductum meum diruerit, licèt cementa mea sunt, quæ diruta sunt, tamen, quia terra mea non sit, qua aquam duco: melius est dicere actionem vtilem dandam.

Ad §. 32. Si quis aquæductum.

Ratio dubitandi. Aquæductus meus est, ergo mihi tanquam domino potest competere actio legis Aquiliæ, quæ etiam ex tertio capite, non nisi domino datur §. 3. *autem capite l. 5. sup.*

Dec. Quamuis diruto ædificio cemēta mea sint, terra tamen mea non est *l. qui duo 30. sup. rust. præd.* Ergo directa actio legis Aquiliæ dari non potest, quæ non datur nisi domino, sed tamen vtilis ex æquitate & interpretatione legis, competet, quoniam aquæductus meus fuit, & cæmenta mea.

33 ¶ Si ex plaustro lapis ceciderit, & quid ruperit, vel fregerit, Aquiliæ actione plaustrarium teneri, placet. si malè composuit lapides, & ideo lapsi sunt.

Ad §. 33. Si ex plaustro.

Ratio dubitandi. Casu fortuito magis quàm plaustrarij culpa fieri videtur, si lapis ex plaustro cadat. Dec. Culpa hæc imperitiæ plaustrarij est, si ideò lapsi sunt quòd eos plaustrarius malè composuerat. Imperitia enim culpæ adnumeratur *l. imperitia 132. de reg. iur.* Alioqui plaustrarius non tenetur, neque Aquilia, neque in factum *arg. §. si calicem 29. sup.* vbi dixi.

34 ¶ Si quis seruum [a] conductum ad mulum regendum, commendauerit ei mulum, ille ad pollicem suum eum alligauerit de loro, & mulus eruperit sic, vt & pollicem auelleret seruo, & se præcipitaret: Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, sit ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum, vel debilitatum: sed si ictu [b], aut terrore mulus turbatus sit, cùm dominum eius (id est, muli & serui [c]) cum eo, qui turbauit, habiturum legis Aquiliæ actionem. mihi autem videtur [d], & eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliæ.

Ad §. 34. Si quis seruum.

a *Si quis seruum conductum*, legendum est *conduxerit*, vt sit bona constructio, vel *conductum habens*. Vt habet vulgata lectio. Ratio dubitandi. Potest imputari ei qui mulionem imperitum conduxit, ideòque nō videtur danda ei actio ex *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Dec. Magis potest imputari ei qui locauit imperitum pro perito *l. item in plures 60. §. seruum 7. inf. locat.* scilicet si sine definitione personæ conductio facta sit *d. §. seruum.* Alioqui potest imputari conductori qui seruum imperitum specialiter voluit conducere. Semper enim ei qui malè elegit imputatur cur talem elegerit *l. 1. §. is quoque de oblig. & act. cum simileb.*

b *Sed si ictu.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet is, qui talem seruum conduxit, si ipse eum elegerit aut serui domino qui eum locauit si à domino ipso electus sit, vt suprà proximè & *d. l. cùm in plures 60. §. seruum inf. locat.*

Dec. Culpa nulla est neque electi neque eligentis, eum autē ictu aliquo, aut terrore mulus turbatus est, ita vt se præcipitauerit, indéque vel ruptus vel debilitatus sit: locatorem dari æquum sit, neque in eum qui deliquit denegari.

c *Id est muli & serui.* Additio est mali interpretis & ideò parenthesi benè circumscripta. Dominum enim solius muli intelligit non dominum serui: Alius siquidem erat muli, alius serui dominus, sicut è contrario præcedentia illa *ex conducto agendum cum domino*, de domino serui accipienda sunt, non de domino muli.

d *Mihi autem videtur.* Ratio dubitandi. Per actionem ex conducto locator tanti solet condemnari quanti interest conductoris *l. si fundus 33. §. & hæc distinctio 35. inf. locat.* Nil agitur necesse est dari præterea illi actionem legis Aquiliæ.

Dec. Qui damnum iniuria dedit dignus est qui pœnali actione teneatur, vt præstet etiam suprà quàm intersit actoris §. *Proculus 11. sup. & l. qui seruum 34. inf. de oblig. & act.* vbi tamen dicitur, quòd actor ex vna harum actionum consecutus sit, ex alia consequi amplius non debere. Quomodo etiam accipi debet quod scriptum est in §. *& si puerum 28. sup.* vbi etiam Accursius notat, scripsi ad *l. item Mela 11. §. sed si plures sup.*

35 ¶ Item si tectori locaueris lacum vino plenum curandum, & ille eum pertudit, vt vinum sit effusum: Labeo scribit in factum agendum.

Ad §. vlt. Item si tectori.

Ratio dubitandi. Tector qui lacum vino plenum curandum conduxit, & incrustandum si eum pertuderit ita vt vinum sit effusum, videtur vinum effudisse, atque ita corrupisse § *cum eo 15. & §. sed & si quis 19. supra.* Ergo tenetur lege Aquilia siue per imperitiam id fecerit, quia culpæ annumeratur *l. imperitia 132. de reg. iur.* siue dolo malo, Nisi dicas imputandum esse qui talem tectorem elegit: Quo casu non magis in factum, quàm ex lege Aquilia agere ei permittendum est, cùm nullum sensisse damnum videatur ex reg. *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Dec. Lex Aquilia non habet locum nisi de eo quod corruptum, aut fractum, aut vstum est. Hîc autem non est corruptum vinum per se, nec effusum nisi vicio cisternæ pertusæ, & malæ incrustatæ. Proinde non potest dari actio legis Aquiliæ quæ requirit damnum immediatè datum corpo-

Digitized by Google

re. Sed datur tamen actio in factum, quia non debet factum manere impunitum, cum hic rector non careat culpa. Quod sufficit ad dandam actionem in factum, si praeterea damnum aliquod datum sit, non etiam ad dandam actionem legis Aquiliae *l. qui occidit 30. §. pen. inf. § fin. Instit. hoc tit.*

28. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

QVi foueas vrsorum, ceruorúmque capiendorum causa faciunt, si in itineribus fecerint, eóque aliquid decidit factúmque deterius est, lege Aquilia obligati sunt. at si in aliis locis vbi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.

Ad l. Qui foueas 28.

Ratio dubitandi. Publicè interest huiusmodi foueas fieri vrsorum, ceruorum & luporum capiendorum causa, cæterorúmque animalium, quorum vita & libertas non nisi damnosa publicè esse potest. Publica verò vtilitas semper præferenda est privatæ. *Auth. res quæ. Cod. comm. de legat. l. ita vulneratus 51. §. vlt. infr.*

Dec. Nihil potest nec debet fieri in publico, ne capiantur homines pro bestiis, debétq; industria huiusmodi venatorum esse innoxia, vt & cætera omnia quæ sunt permissa *l. si Titius 7. §. antepen. infra quod vi aut clam.*

1 ¶ Hæc tamen actio ex causa danda est: id est, si neque denunciatum est, neque scierit, aut prouidere potuerit. & multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summouetur petitor, si euitare periculum poterit.

Ad § 1. Hæc tamen.

Ratio dubitandi. Semper & indistinctè verum est imputari posse & debere ei qui in publico tale quid fecit *d. l. si alium 7. §. antepen. inf. quod vi aut clam.*

Dec. Qui sciuit foueas, aut facilè præuidere illas potuit, non potest dicere se deceptum ab alio, quàm à seipso, vt in *l. nam si actor 26. supr. de rei vind.* Nec debuit certiorari, qui iam certus erat *l. 1. §. vlt. inf. de act. empt.* Item quid si ei denunciatum sit, ne illac transiret? vt in *l. si putator 31. inf.* Ergo adhibenda est distinctio aliqua, nec danda actio nisi ex causa, quoniam & ex causa denegari potest.

29 VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

QVemadmodum si laqueos eo loci posuisses, quo ius ponendi non haberes, & pecus vicini in eos laqueos incidisset.

Ad l. Quemadmodum 29.

Ratio dubitandi. Voluntas & propositum maleficia distinguunt *l. qui iniuria 53. de furt.* tractamus autem eum casum, quo laquei positi sunt venandi tantùm non etiam domino nocendi causa.

Dec. Semper imputari potest ei qui laqueos in eo loco posuit in quo ponendi ius non habuit *l. in laqueum 55. inf. de acq. rer. dom.* Et quod ad legem Aquiliam pertinet, satis est damnum datum esse tale quod lege Aquilia contineatur, licèt infligendi damni animus nullus fuerit, si modò cum damno culpa interuenerit. Itaque si denunciatum sit aut alio modo periculum præscire potuerit qui in illud incidit, nulla ei competit actio *l. prox. sup.*

1 ¶ Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo iure habebam recidisses: posse me tecum damni iniuria agere, Proculus scribit. debuisti enim mecum, ius mihi non esse protectum habere, agere. nec esse æquum damnum me pati, recisis à te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Seueri: qui ei, per cuius domum traiectus erat aquæductus citra seruitutem, rescripsit, iure suo posse eum intercidere. & meritò: interest enim, quòd hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

Ad §. 1. Si protectum.

Ratio dubitandi. Si iniuria est habere protectum in alienas ædes nullo iure, iniuria non est recidere *arg. l. 1. in fin. sup. ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim.*

Dec. Non est singulis concedendum vt sibi ius dicant *l. 1. infr. quod legat. & tit. C. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dicat.* Nec vero per seipsos faciant quod per magistratum fieri oporteat *l. non est singulis 176. de reg. iur. l. extat 13. sup. quod met. caus.* Et vnicuiq; ius suum tueri permittitur, sed ita tamen vt nullo prætextu iniuriam comminiscatur *l. 1 §. & parui refert infr quod vi aut clam.* Hic autem damnum irrogat is qui protectum recidit, quia recidit tigna vicini. Debuit igitur agere negatoria & intendere ius non esse vicino ita protectum habere vt in *l. si quando 17. supr. si seruit. vindic. l. vlt. infr. de arbor. cædend.* Nec video cur in hoc casu Accursius noster cautionem exigat ex *l. Thesaurus 15. infr. ad exhib. l. vnic. infr. de gland. leg.* quæ omnino ad rem non pertinent.

a *Aliud est dicendum.* Ratio dubitandi. Etiam cùm is per cuius domum aquæductus citra seruitutem traiectus erat ipsum intercidit, verum est dicere eum ius sibi dixisse, quod nunquam permittendum est, vt *supr. prox.*

Dec. Multum interest an propria authoritate quis destruat opus quod alius fecerit in suo, an quod in alieno: Prius licitum est, posterius prohibitum *l. sed sicut 27. sup. de vrban. præd.* vbi dixi. Iunge *l. 3. §. item videamus & seq. inf. vti possid.* Præsertim si copia iudicis non sit, vt in *l. generale 54. C. de decur. lib. 10. tit. 51. l. quosdam 6. C. de metallar. & metall. lib. 1. Tit. 6.* Aliud est si quis velit propria authoritate ossa quæ in suo fundo ab alio illata sunt effodere vel eruere. Hoc enim nō potest sine decreto Pontificum, aut iussu Principis *l. ossa 8. supr. inf. de relig.* fauore scilicet religionis, vt benè Accurs. ex *l. sunt personæ 43. eod. tit.*

2 ¶ Si

2 ¶Si nauis tua impacta in meam scapham, damnum mihi dedit: quæsitum est, quæ actio mihi competeret. & ait Proculus: si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, & culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum: quia parui refert, nauem immittendo, aut seruaculum ad nauem ducendo, an tua manu damnum dederis: quia omnibus his modis per te damno adficior. sed, si fune rupto [a], aut cum à nullo regeretur, nauis incurrisset: cum domino agendum non esse.

Ad §. 2. Si nauis.

Ratio dubitandi. Lex Aquilia non habet locum, nisi cùm quis sua manu aut suo corpore damnum dedit, quia legis verba personam ipsam demonstrant *l. 1. l. si seruus 27. §. tertio autem capite sup. l. ita vulneratus 51. inf. hoc tit.*

Dec. Parui refert an nauem immittendo aut seruaculum, aut, vt Cuiscius legit, serraculum ad nauem ducendo, aut tua manu damnum dederis, quia his omnibus modis per te damno afficior. Ergo si in potestate nautarum fuit ne tale quid accideret, & culpa eorum intercessit, cùm ea lege Aquilia agi potest.

a *Sed si fune rupto.* Puto hanc sententiam corruptam esse & in fine huius §. deleta negatione legendum esse *cum domino agẽdum esse.* Ratio enim dubitandi erat, quia nullum domini factum interuenerat, sicut nec vlla nautarum culpa, sed decidendi ratio est quòd in culpa sit dominus qui aut nauem suam bonis finibus non instruxit, aut gubernatore à quo regi posset, scripsi in Libris Coniect. Intellige nisi tanta vis naui facta sit vt nulla arte temperari potuerit. Tunc enim nec in dominum quidem danda actio est *§. si nauis alteram 4. inf.* vbi nec Accursius negat dandam actionem contra dominum, quando non fuit casus fortuitus. Rursus intellige vt hoc casu in factum agi oporteat non lege Aquilia siue directa siue vtili, quia neque corpore neque quasi suo corpore damnum dedit. Puto tamen futuram hoc casu hanc in factum actionem quasi noxalem, vt si paratus sit dominus nauim pro damno derelinquere audiendus sit. Ex ratione posita in *l. Prætor ait 7. §. 1. de damn. infect.* licèt non sint propositæ noxales actiones pro rebus inanimatis, vt sic notat Accursius. Nam & actiones nominatæ interdum sunt quasi noxales vt de actione Communi diuidundo scriptum est in *l. si seruus communis 61. de furt.* iunct. *l. 8. in fin. & l. antepen. inf. de noxalib. act.* Aliud est in specie *l. vlt. §. si propter infra de public. & vectigal.* quam quasi similem Accursius adducit.

3 ¶Item Labeo scribit, si cùm vi ventorum nauis impulsa esset in funes anchorarum alterius, & nautæ funes præcidissent, si nullo alio modo, nisi præcisis funibus, explicare se potuit, nullam actionem dandam. idémque Labeo [a] & Proculus, & circa retia piscatorum, in quæ nauis piscatorum inciderat, æstimarunt. Planè, si culpa [b] nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed vbi [c] damni iniuria agitur, ob retia: non piscium, qui ideò capti non sunt, fieri æstimationem: cùm incertum fuerit, an caperentur. Idémque & in venatoribus, & in aucupibus probandum.

Ad §. 3. Item Labeo.

Ratio dubitandi. Cùm vi ventorum nauis impulsa est in funes anchorarum alterius, & nautæ funes præciderunt vt saluti suæ prospicerent, apparet casui fortuito magis quàm culpæ nautarum id ascribendum esse.

Dec. Culpa fuit funes præcidere, si alio modo explicare se nauis potuit: semper enim abstinendum est à damno inferendo quantum fieri potest: sed si alia ratio nauis expediendæ nulla fuit, cessat actio legis Aquiliæ, quia non potest videri quid iniuria fecisse, is, qui se tueri voluit, cùm aliàs non posset *l. 3. §. pen. infr. de incend. ruin. naufrag. l. si quis fumo 49. §. 1. infr. l. 1. §. sed & si quis arare 5. versic. quòd si alter inf. de aqua & aqua pluu. arcend. l. qui seruandarum 14. in princ. de præscr. verb.*

a *Idemq; Labeo.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad sententiam præcedentem, sed noli legere in sequentibus, vt vulgò, *nauis piscatorum*: Loquitur enim de ea naui quæ piscatorum non erat, sed alterius.

b *Planè si culpa.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *§. prox. supra.* Intellige autem agendum esse hoc casu lege Aquilia cum nautis, non cum domino secundum distinctiones *d. §. proxim. supra.*

c *Sed vbi.* Ratio dubitandi. Etiam causæ corpori cohærentes æstimantur in actione legis Aquiliæ, & quod accedere verisimiliter potuisset, si damnum iniuria datum non esset *l. ait lex 21. § vlt. & legg. seqq. supra.* In eo namque quod mea interest non minus continetur, quod lucrari potui, quàm quòd mihi abest *l. si seruum 33 infr. l. si commissa 13. inf. rat. rem hab.*

Dec. Incertum fuit, an pisces illi caperentur, cùm potuerint multa accidere ne caperentur *l. si iactum 12. inf. de act. empt. l. 5. §. 1. infra de acquir. rer. dom.* Debet autem eius quod interest siue in lucro cessante cõsistat, siue in damno emergente, certa esse ratio & probatio *l. vlt. inf. de prætor. stip.* Eademque ratio est venatorum & aucupum *dict. l. 5. §. 1.* Et hæc germana huius loci ratio est, non quam adfert Accursius tanquam meliorem, quòd hæc actio non detur nisi de damno præterito ex *l. 2. §. quæsitum de priuat. delict.* Non enim eò minùs habetur ratio futuri commodi in præterito damno æstimando, dummodo futurum illud commodum fuerit in spe probabili ex dispositione iuris communis, vt in *l. ait lex 21. §. vlt. & legib. seq. 21. 22. supr.* quod in piscibus aut auibus capiendis diuersum est.

4 ¶Si nauis alterã contra se venientem obtulisset: aut in gubernatorẽ, aut in ductorem actionem cõpetere damni iniuriæ, Alfenus ait, sed, si tanta vis [a] naui facta sit, quæ

temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem, sin autem culpa nautarum id factum sit puto Aquiliæ sufficere.

Ad §.4. Si nauis alteram.

Ratio dubitandi. Nauis illa est quæ alteram nauem contra se venientem obtuit, non persona ductoris aut gubernatoris.

Dec. Culpa est ductoris est gubernatoris quod per suam aut imperitiam aut negligentiam passus sit id damni accidere, quod satis est ad legẽ Aquiliam. Idem intellige de exercitore *§. Item exercitor Instit. de oblig. quæ ex quas. delict.* vbi tamen dicitur dãdam in eum actionem in factum, non etiam legis Aquiliæ quam hîc dat Vlpian. contra ductorem & gubernatorem nauis, quoniam hi, cùm essent in naui, suo quodammodo corpore damnum dederunt, non etiam exercitor.

a *Sed si tanta vis.* Ratio dubitandi. Tùm quoque cùm tanta vis naui facta est vt nulla arte temperari potuerit, æquius tamen est damnum quod nauis dedit domino eius imputari quàm alteri.

Dec. Maiorem vim nemo præstat *l. si quis damnum 9. §. Iulianus l. si merces 25. §. vis maior inf. locat. l. contractus 23. de reg. iur.* Maximè verò in lege Aquilia quæ damnum exigit iniuria & culpa datum *l. 5. §. vlt. sup.* Ergo quod hic dicitur *nullam in dominum dandam actionem*, sic intellige ac si scriptum esset *nullam ne quidem in dominum*, vt intelligamus dominum nauis semper in subsidium teneri, vt diximus ad *§. si nauis tua supr.* Scilicet cùm eius culpâ aliquâ damnum datum est non casu fortuito quod & Accurs. hîc fatetur.

5 ¶Si funem quis quo religata nauis erat, præciderit: de naue quæ periit, in factum agendum.

Ad §.5. Si funem.

Ratio dubitandi. Cùm funem, quo religata nauis erat quis præcidit, non ideò tamen aut fregit nauem aut rupit.

Dec. Sufficit vt occasionem damni dederit, vt teneatur non quidem lege Aquilia, sed saltem in factum *l. proxim. §. penult.* iunct. *l. si quis fumo 49. l. bonis alienos 53. inf.* Cæterùm non sufficit funem præcisum esse, nisi præterea nauis perierit.

6 ¶Hac actione ex hoc legis capite de omnibus animalibus læsis, quę pecudes non sunt, agendum est. puta vt de cane, sed & de apro, & leone, ceterísque feris, & auibus idem erit dicendum.

Ad §.6. Hac actione.

Ratio dubitandi. Habet locum hoc tertium caput legis Aquiliæ in cæteris omnibus rebus prçter pecudes & homines occisos etiam inanimatis *§. capite tertio 13. Instit. hoc tit.*

Dec. Quod hîc scriptum est de animalibus, quæ pecudes non sunt, ad differentiam primi Capitis, non excludit res inanimatas, vt ex tota hac lege apparet: Nec semper inclusio vnius est aliorum exclusio: Et lex apertissimè locuta est de cæteris rebus omnibus, præter hominem & pecudem occisos, *l. si seruus 27. §. Tertio autem capite 5. sup.* Quicquid autem non excipitur manet in regula, Ergo etiam de pecudibus si occisæ non sint, sed vulneratę tantùm, Erit agendum ex hoc tertio capite legis Aquiliæ, vt benè Accursius notat ex *d. l. si seruus 27. §. inspisse 17. & §. si quis igitur 6. supr.*

7 ¶Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. Nam & cum pecudes [a] aliquis pignori cepisset, & fame eas necauisset, dum non patitur te eis cibaria adferre: in factum actio danda est. Item, si dum putat [b] se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit, & res tritas, corruptásque reddat: dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est, & si ex lege pignus cepit. Si quid tamen [c] magistratus aduersus resistentem violentiùs fecerit, non tenebitur Aquilia. Nam & cùm [d] pignori seruum cepisset (&) ille se suspenderit, nulla datur actio.

Ad §.7. Magistratus.

Ratio dubitandi. Etiam magistratibus municipalibus modica castigatio concessa est *l. magistratus 12. sup. de iurisd.* nec potest videri per iniuriã factum quod magistratu iubente factum est, multò minùs quod per magistratum ipsum *l. si alius 7. §. Est & alia infr. quod vi aut clam. l. non videntur 167. §. 1. l. non est singulis 176. de reg. iur.*

Dec. Nec magistratibus etiam, qui cum imperio sunt, licèt quicquam iniuriosè facere *l. nec magistratibus 32. infr. de iniur.* ne vnde iura nascuntur, vnde proficiscatur iniuriarum occasio *l. meminerint 6. C. vnde vi.* Iunge *l. iniuriarum 13. §. 1. & seq. inf. de iniur. l. si finita 1. §. si publicus inf. de damn. infect. l. 3. sup. quod met. caus. l. animaduer 13. inf. de peric. & commo. rei vend.*

a *Nam & cùm pecudes.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. item si obstetrix 9. §. si quis hominem sup.* Iunge *l. penul. C. hoc tit. l. 2. §. si publicanus infr. vi bonor. rapt.*

b *Item si dum putat.* Ratio dubitandi. Nemini debet officium suum siue publicum siue priuatum esse damnosum *l. videlicet 29. supr. ex quib. caus. maior. l. si seruus 61. §. quod verò de furt. l. 3. §. vltim. de testib. l. sed si quis 7. infr. testam. quem. aperiant.*

Dec. Peccauit in officio hic magistratus municipalis, qui pignora quæ ex lege capere debuerat, nõ ex lege cepit: Et ideò cùm hic culpa casum pręcesserit, teneri eum oportet, licèt posteà sine ipsius dolo pignora vel trita sint vel amissa. Nã nec reddi videtur quod deterius redditur *l. 3. §. 1. Commod.*

Sanè

Sanè si inculpatum sit factum, Magistratus non debet teneri licèt damnum dederit, vt in *l. si alius 7. §. est & alia infr. quod vi aut clam.*

Quod dicendum est. Ratio dubitandi. Nihil potest imputari magistratui qui pignus ex lege cæpit.

Dec. Non sufficit benè cepisse nisi benè etiam conseruentur, Nec minùs hoc, quàm illud ad magistratus municipalis curam pertinet.

c *Si quid tamen.* Ratio dubitandi. Nihil est quod magistratus quilibet tam exosum habere debeat, quàm vim *l. extat 13. supr. quod met. caus. l. non est singulis 176. de reg. iur.* à qua proinde omnimodo abstinere magistratum oportet *l. meminerim 6. C. vnde vi. l. vlt. in princ. supr. quod met. caus.*

Dec. Aduersus vim nihil sine vi fieri potest: vim autem primam committit qui magistratui resistit, nec dolo carere potest *l. non potest dolo 199. de reg. iur.* Qui verò prior vim fecit, in eum tota culpa recidit etiam inter priuatos *l. si ex plagis 52. §. 1. infr. hoc tit. l. in hoc iudicium 10. inf. de seru. corrupt.* Sanè apparitori qui magistratus non est, si de facto exequatur & citra mandatum iudicis; de facto quoque, vt loquuntur resisti potest *l. prohibitum 5. Cod. de iur. fisc. l. Contra nostras C. de execut. & exact. lib. 12. tit. 61.* Sed magistratui nunquam. Nec si per iniuriam quid faciat, Extra casum specialem *leg. marito 24. §. vltim. infr. de adulter.*

d *Nam & cùm.* Ratio dubitandi. Imputari potest magistratui, Cur seruum pignori captum non melius custodiri curauerit, ne in ipsius serui arbitrio & potestate maneret vt se suspenderet: suspecta enim semper esse debet nequitia seruilis ingenij.

Dec. Non potuit hic casus præuideri ne quidem à prudentissimo magistratu, si nulla in eo seruo probabilis erat suspicio quod tantum scelus in seipsum esset ausurus, solósque fugitiuos iubentur magistratus diligenter custodire, sed hactenus ne euadant, non vt se non suspendant *l. 1. §. & merito inf. de fugit.* Intellige nisi hic seruus tale aliquid iam antea attentasse probaretur, quod magistratus non ignoraret.

8 ¶Hæc verba, *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, etsi non habent *plurimi*, sic tamen esse accipienda constat.

Ad §. vlt. Hæc verba.

Ratio dubitandi. Non facile supplendum quicquam est in verbis legis, cùm nihil à lege inconsultò vel dictum vel prætermissum videri possit. Tam enim facilè fuerat dictionem *plurimi* addere in tertio capite, quàm in primo, si ita lex sensisset: arg. *l. vnic. §. vbi autem. vers. sin autem ad deficientis. C. de caduc. toll.* Dec. Plebs Romana quæ interrogante Gallo Aquilio Tribuno hanc legem tulit contenta fuit, quòd prima parte eo verbo vsa fuisset *§. at nec plurimi inst. hoc tit Nouell. 18. de Trient. & semiss. cap. 8. §. studium verò.* Nec nouum est vt vna pars legis, aut Senatusconsulti declaretur per alteram *l. vtrum autem 23. sup. de hered. pet.* Et saoè leges claras quidem & dilucidas esse oportet, sed tamen breues, & quæ fugiant eorundem verborum repetitionem, quoties illa commodè suppleri potest.

30. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

QVi occidit adulterum deprehensum seruum alienum, hac lege non tenebitur.

Ad l. Qui occidit 30.

Ratio dubitandi. Lex Aquilia locum habet in primo capite potissimùm eo casu, quo homo occisus est, nec permitti cuiquam debet vt seruum alienum malo animo impunè occidat, cùm vix domino permissum sit vt seruum suum proprium, nec tamen nisi ex magna causa, possit occidere *l. 1. & 2. de his qui sunt sui vel alien. iur.*

Dec. Seruus est ex numero eorum quos marito per legem Iuliam de adulteriis impunè occidere licèt *l. marito 24. inf. de adult.* Quod autem fit lege permittente extra culpam & iniuriam est, Cùm iuris executio non habeat iniuriam *l. iniuriarum 13. §. 1. de iniur.* & consequenter pœnam non meretur *l. Gracchus 4. C. de adult.* Patris ius latius & potentius est vt possit adulterum quemlibet occidere cum filia *l. patri 20. & sequentib. inf. ill. tit.*

1 ¶Pignori [a] datus seruus si occisus sit, debitori actio competit: sed an & creditori [b] danda sit vtilis, quia potest interesse eius, quòd debitor soluendo non sit, aut quòd litem tempore amisit, quæritur. sed hic iniquum est, & domino, & creditori eum teneri: nisi si quis putauerit, nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cùm prosit ei ad debiti quantitatem, &, quod sit ampliùs, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod ampliùs sit, quàm in debito, debitori dandam actionem: & ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quòd litem amisit, creditor quidem vsque ad modum debiti habebit Aquiliæ actionem, vt prosit hoc debitori: ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliæ actio.

Ad §. 1. Pignori.

a *Pignori.* Ratio dubitandi. Creditor licèt non sit dominus pignoris, sibi tamen & ad suam vtilitatem possidet ad omnia præterquam quòd ad vsucapionem *l. seruus 16. & l. pignore 13. inf. de vsucap.* Ideóq; debitoris quodammodo procurator esse intelligitur *l. si pignori 29. infr. famil. ercisc.* Cur ergo non habebit actionem legis Aquiliæ, sicut habet etiam actionem furti? *l. creditoris 15. inf. de furt.* Cùm eius intersit quàm maximè.

Dec. Actio legis Aquiliæ domino soli competit. Non etiam cuilibet alij cuius intersit. In quo differt hæc actio ab illa *si quadrup. paup. fecis. dicet. l. 2. in princip. l. item Mela 11 §. penultim. l. si seruus 27. § tertio autem capite supr. hoc tit. iunct. l. 2. supr. tit. 1.* debitor autem pignoris dominus est non creditor

l. neque pignus 45. de reg. iur. Ideóq; ad debitorem spectant casus fortuiti non ad creditorem *l. quæ fortuitu 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. de reg. iur. l. si inter 21. §. quicquid. infr. de pignor.*

b *Sed an & creditori.* Tota hæc quæstio & distinctio Triboniani est, vt & stylus ipse ostendit, non Pauli: Est enim ratio illa dubitandi inepta, quod possit interesse creditoris, Cùm actio legis Aquiliæ vt modò diximus, non ei cuius interest competat, sed soli domino: Et cùm iam dictum sit dandam eam domino, Quis non statim videat iniquum esse vt teneatur occisor & debitori & creditori? Deinde quod sequitur *Eum teneri* non ad alium referri potest, quàm ad occisorem, de quo tamen nullum hucusque verbum. Rursum quod sequitur in versic. *Nisi si quis putauerit*, Ridiculum est: Non enim verendum fuit ne iniuria afficeretur debitor, si creditori quoque actionem legis Aquiliæ accommodaremus propter rationem positam in textu & in *l. si pignore 22. infr. l. & eleganter 24. §. si vendiderit infr. de pignor. act. l. si inter 21. §. penultim. & vltim. infr. de pignor.* Sed ne fieret iniuria occisori, qui pro eodem facto duobus teneretur, quod iam iniquum esse diximus, Postremò in illis verbis *Et ideò*, supponit Tribonianus pro certo & iam dicto illud ipsum quod erat positum in quæstione, cùm ait *in his casibus in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quia litem amisit.* Quis enim adhuc dixit dandam esse? Aut quænam eius dandæ necessitas est, tametsi aut debitor non sit soluendo, aut creditor tempore litem suam amiserit? Est enim paratissimum remedium, vt cogatur debitor cedere creditori actione legis Aquiliæ, vt sit illa quodammodo in vicem pignoris, arg. *l. rem hereditariam 61. de euict. dict. l. eleganter 24. § si vendiderit infr. de pignor. act.* Illud verò temperamentum, vt vtrique detur hæc actio sed creditori vsque ad modum debiti, debitori verò in id quod debitum excedit, absurdum sanè est. Habet enim hæc actio suas leges ex verbis ipsis legis Aquiliæ, & fieri certè nequit vt ex eadem causa pluribus diuisim competat, nec vt detur ei cuius interest, si non sit etiam dominus, cùm detur soli domino, vt iam sæpè diximus ex *l. Item Mela 11. §. pen. supr.* Nunquam ergo competit creditori, quia creditor nunquam dominus est nisi cùm chirographum debitum est, vt in *l. in lege 40. infr.* quippe cuius dominus est creditor *l. si quis testamentum 41. infr.*

2 ¶Si quis alienum vinum, vel frumentum consumpserit: non videtur damnum iniuria dare. ideóque vtilis danda est actio.

Ad §. 2. Si quis.

Ratio dubitandi. Plus est consumptum quid esse, quàm aut vstum ex parte, aut ruptum, aut fractum, qui tamen casus omnes comprehenduntur verbis ipsis legis Aquiliæ in tertio capite, nec potest negari quin damnum iniuria dederit is qui alienum vinum aut frumentum sciens & mala fide consumpsit.

Dec. Non de quolibet damno iniuria dato locutum est tertium caput legis Aquiliæ, sed tantùm de vsto, fracto, & rupto. In quorum nullo continetur quod consumptum est. Ideóque ad vtilem legis Aquiliæ necessariò recurrendum est, quæ ex interpretatione inducta est à prudentibus ob necessitatem, & vtilitatem legis *l. quia actionum 11. l. quoties 21. infr. de præscript. verbor.* Nec sanè potest videri corruptum quod consumptum est in eos vsus, in quos à natura comparatum est, vt benè ratiocinatur Accursius ex *l. qui seruandarum 14. §. vlt. eod. tit.* Vbi non datur actio legis Aquiliæ & damni iniuriæ contra eum qui ad alienam glandem depascendam pecus suum immisit.

3. ¶In hac quoque actione, quæ ex capitulo oritur, dolus, & culpa punitur. Ideóque [a] si quis in stipulam suam, vel spinam, comburendæ eius causa, ignem immiserit: & vlterius euagatus, & progressus ignis alienam segetem, vel vineam læserit: requiramus, num imperitia eius, aut neglegentia id accidit. nam, si die ventoso id fecit, culpæ reus est. nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est, & qui non obseruauit, ne ignis longiùs procederet. at si omnia, quæ oportuit, obseruauit, vel subita vis venti longiùs ignem produxit: caret culpa.

Ad §. 3. In hac quoque.

Ratio dubitandi. Lex Aquilia non nisi de damno iniuria dato locuta est: fieri autem vix queat vt per iniuriam quid fiat sine dolo.

Dec. In lege Aquilia *iniuria* nomen pro culpa accipitur *l. 5. §. 1. supr. l. 1. infr. de iniur.* Pro culpa inquam qualibet etiam leuissima *l. in lege 44. infr.* Nec minus in tertio capite, quàm in primo, quamuis videretur maior ratio puniendæ culpæ, cùm de hominibus aut pecudibus occisis tractatur, quàm cum de cæteris dominis, quæ non possunt non minoris esse momenti. Planè sicuti non minùs ex culpa quàm ex dolo tenetur quis hac actione, Ita nec minùs ex dolo, quàm ex culpa, vt loquitur Iustin. in *§. ac ne is quidem Instit. hoc tit.* Nec enim dolus vnquam est sine culpa, licèt culpa plerunque sit sine dolo.

a *Ideóq;* Ratio dubitandi. Nullam vicino facit iniuriam qui in stipulam suam vel spinam ignem immittit comburendæ eius gratia, cùm id faciat in suo, & iure suo & ad agri sui vtilitatem.

Dec. Iniuria fit quoties adest culpa: In proposito autem non caret culpa is, qui in stipulam aut spinam suam ignem immisit, cōburendæ eius gratia si aut die vētoso id fecerit, quo casu præuidere poterat maius fore periculum, aut etiam alio quouis tempore non obseruauerit omnia, quæ debuerat obseruare ne ignis latius & in agrum vsque vicini euageretur. Quisquis enim igne vtitur, curare debet ex lege 12. tabul. vt innoxium ignem habeat. Et cuilibet permissum est meliorem quidem agrum suum facere, sed ita tamen ne vicini deteriorem faciat *l. 1. §. sed & fossas infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* satisq; damnum dat suo corpore qui occasionem

damni

damni præstat *l. si seruus 27. §. si quis insulam in fine sup. l. 4. § si cum seruum inf. vi bon. rapt. l. nihil interest 5. inf. ad leg. Corn. de sicar. l. videamus 11. §. vlt. inf. locat. l. qui domum 57. eod.* Iunge *l. qua actione 7. §. Celsus sup. hoc tit.* Extra hos casus caret culpa, nec proinde tenetur lege Aquilia, puta si obseruatis omnibus quæ oportuit, subita vis venti longiùs ignem prodoxerit. Iunge *l. qui ædes & l. pen. infr. de incend. ruin. naufrag.*

4 ¶Si vulneratus[a] fuerit seruus non mortiferè, negligentia autem perierit: de vulnerato actio erit, non de occiso.

Ad §. vlt. Si vulneratus.

a *Si vulneratus.* Ratio dubitandi. Non periisset hic seruus per negligentiam, si priùs non fuisset vulneratus, quamuis vulnus non esset per se lethale: videtur ergo occidisse qui mortis causam primam vel saltem occasionem præbuit, quod sufficit ad inducendam legem Aquiliam *§ prox. & l. prox. §. pen.* vt & ad legem Corneliam *l. nihil interest 15. infr. de sicar.*

Dec. Lex Aquilia pro occiso habet eum duntaxat vulneratum qui mortiferè vulneratus sit, id est, eo vulnere ex quo certum sit eum moriturum *l. ita vulneratus 15. infr.* si non postea idem ille sit ab alio occisus *l. Item Mela 11. §. Celsus suprà*, vbi diximus. Qui autem per negligentiam periit non tam ex vulnere, quàm ex negligentia periit. Proxima autem causa, & immediata inspicienda est, non remota.

31. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

SI putator ex arbore ramum cùm deiiceret, vel machinarius lapidem prætereuntem occidit: ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamauit, vt casus eius euitari possit. sed Mucius etiam dixit, si in priuato idem accidisset, posse de culpa agi. culpam autem esse, quòd, cùm à diligente prouideri poterit, non esset prouisum: aut tum denunciatum esset, cùm periculum euitari non possit. secundùm quam rationem non multùm refert per publicum, an per priuatum iter fieret: cùm plerumque per priuata loca vulgò iter fiat. Quòd si nullum[a] iter erit, dolum duntaxat præstare debet, ne immittat in eum, quem viderat transeuntem. nam ab eo exigenda non est: cùm diuinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

Ad l. Si putator 31.

Ratio dubitandi. Putator cùm ex arbore ramum deiicit, aut machinarius lapidem, non vacat rei illicitæ, sed idipsum facit quod ex arte sua facere debuit. Dec. Non caret culpa si in locum publicum deiecerit, per quem sciebat posse aliquem transire. Debuerat enim saltem proclamare vt casus rami vel lapidis posset euitari. Aliud est in lege Cornelia de sicariis, quia dolum omnimodo exigit, nec contenta est culpa etiam lata *l. in lege 7. infr. de sicar.* Idem iuris est in loco priuato, si modò talis sit per quem transiri soleat *l. 1. § parui infr. tit. 1.* Culpa enim est cùm id quod à diligente prouideri potuit, non est prouisum *l. sed & si 26. §. si feria supr. ex quib. caus. maior. leg. si quis domum 9. §. 1. vers. Idem quærit, & l. si merces 25. § pen. infr. locat.* Aut cùm denunciatum est eo tempore, quo periculum iam euitari non possit vt in *l. si rem quam 29. §. vlt. inf. de euict.* In lege autem Aquilia venit culpa etiam leuissima *l. in lege 44. inf.* Iunge *§. Item si putator Instit. hoc tit.*

a *Quod si nullum.* Ratio dubitandi. Lex Aquilia non exigit dolum *l. prox. § pen. supr.* In quoque differt à lege Cornelia, vt diximus ex *l. lege 7. infr. de sicar.*

Dec. Non exigit dolum tanquam dolum, sed tanquam culpam, vt in *l. si rem quam 29. §. vlt. inf. de euict.* quia hoc casu nulla potest esse culpa si non sit etiam dolus cùm diuinare nõ potuerit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Sic in *l. si fideiussor 29. § si cum debitor inf. mandat l. qui foueas 28. in fi. sup. hoc tit.* Malè igitur Accursius hunc locum accipit quasi in hac specie non teneatur quid de culpa sed tantùm de dolo, & quasi hîc culpa quoque per se aliqua esse possit, quæ tamen nulla esse potest, vt dicam ad *l. in lege 44. infr.*

3. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

ILlud quæsitum est, an quod proconsul in furto obseruat, quod à familia factum sit (id est, vt nõ in singulos detur pœnæ persecutio, sed sufficeret id præstari, quod præstandum foret, si id furtum vnus liber fecisset) debeat & in actione damni iniuriæ obseruari. sed magis visum est, idem esse obseruandum: & meritò. cùm enim circa furti actionem hæc ratio sit, ne ex vno delicto tota familia dominus careat: eaque ratio similiter & in actionem damni iniuriæ interueniat: sequitur, vt idem debeat æstimari; præsertim cùm interdum leuior sit hæc causa delicti: veluti si culpa, & non dolo, damnum daretur.

Ad l. Illud quæsitum 32.

Ratio dubitandi. Prætoris edictum, de quo in *tit. si famil. furt. fecisse dicet.* non locorum est nisi de furto non etiam de damno iniuria dato, nec rursus lex Aquilia quicquam tale cauit. Neque verò negari potest quin tot sint iniuriæ & maleficia quot sunt serui, qui iniuriam fecerunt *l. si plures serui 34. infrà de iniur.*

Dec. Ius æstimatur in ratione, ita vt vbi eadem ratio est aut iuris, aut æquitatis, idem quoque ius statuendum sit, cùm dissimilitudinis ratio reddi non possit; *lege tertia, §. vnde etiam de iniust.*

rupt. l.si postulauerit 37.§ iubet lex infr. ad leg. Iul. de adulter. l.1. §. hoc interdictum infr. de furto. l. nautas §. vlt. supr. naut. caup. stab. l. vnica in princ. de bonor. possess. ex testament. milit. Nihil tamen vetat in duobus casibus, quorum diuersa sit ratio, idem ius constitui dùm ne contraria ratio *l. si quis 5. vers. hac in patre infr. de collat. bonor.* Iunge *§. eadem ratione vers. istas instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Hîc autem eadem vtroque casu iuris ratio est. Illa scilic. ne ex vno delicto dominus tota familia carendus habeat. Nisi quòd maior ratio est ita statuendi iuris in lege Aquilia, cùm detur hæc actio ex sola culpa, quæ leuiorem pœnam meretur, quàm dolus, sine quo non sit furtum *l. si quis testamentum 41. in fi. infr.* Quamuis illud sit in actione de albo à familia corrupto *l. si familia 9 supr. de iurisdict.* vbi dixi. Itémque in actione iniuriarum *d. l. si plures.* Nam in actione legis Aquiliæ & damni iniuriæ non tam habenda est ratio iniuriæ, quàm damni, quod vnicum est, tùm quoque cùm à pluribus datum fuit.

1 ¶ Si idem eundem seruum vulnerauerit, posteà deinde etiam occiderit: tenebitur & de vulnerato, & de occiso: duo enim sunt delicta. aliter atque si [a] quis, vno impetu, pluribus vulneribus, aliquem occiderit: tunc enim vna erit actio de occiso.

Ad §.1. Si idem.

Ratio dubitandi. Non potest quis grauiùs vulnerari, quàm vt occidatur. Non potest igitur fieri vt quis teneatur & de occiso & de vulnerato.

Dec. Cùm quis eum quem priùs vulnerauerat postea occidit, duo sunt delicta *l.2. §.1. infr. de priu. delict.* quorum neutrum impunitum manere debet. Neque enim delictum vnum, tollit aut minuit alterius pœnam *d. l. 2. in princ. infr. de priuat. delict.* Iunge *l. Item Mela 11. §. 3. supr.*

a *Aliter atque si.* Ratio dubitandi. Cùm quis vno impetu pluribus illatis vulneribus aliquem occidit, plura quoque sunt facta.

Dec. Vnicum est delictum, quia vno impetu plura sunt illata vulnera: Et idcirco non nisi de occiso agi potest. Nam ex vno & eodem delicto fieri non potest vt quis de vulnerato & occiso teneatur, licèt non sit nouum vt ex vno delicto plures actiones diuersæ speciei nascantur *d. l. 2. §. 1. & 2. de priuat. delict.* Sic & qui plures iniurias passus est, si iniuriarum agere velit, cogitur omnes iniurias, quas simul passus est, congerere *l. prætor 7. §. si mihi plures infr. de iniur.*

33. PAVLVS libro 2. ad Plautium.

Si seruum meum occidistis: non affectiones æstimandas esse puto, (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles) sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum, non ex affectione, nec vtilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quòd eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit. nec illum, qui filium alienum possideat, tantùm habere, quanti eum patri vendere posset. in lege enim Aquilia damnum consequimur: & amisisse dicemur quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.

Ad l. si seruum 33.

Ratio dubitandi. In lege Aquilia etiam habenda ratio eius quod interest *l. ait lex 21. §. vlt. supr.* interest autem aliquando etiam ratione affectionis *l. si in emptionem 35. sup. de minor.*

Dec. Pretia rerum æstimanda sunt ex communi hominum opinione, non ex adfectione singulorum *l. precia rerum 63. infr. ad leg. falcid. l. ideò 3. de eo quod cert. loc.* nec facile adfectionis ratio habetur *l. 1. §. & alias 15. inf. si quid in fraud. patron.* nisi in bonæ fidei iudiciis *l. cùm seruus 54. infr. mand.* At non etiam in lege Aquilia, in qua non agitur nisi de damno dato: damnum autem non est, nisi quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur *l. si commissa 13. rem rat. hab. l. inde Neratius 23. supr.* Non ergo semper verum est tanti rem quamlibet esse quanti vendi potest nisi addas aut intelligas *quanti communiter*, vt benè Accursius ex hac lege infert, & ex *l. 3. §. duo fratres infr. de iur. fisc. l. 3. in princ. ad leg. falc. l. quærebatur. versi. quare eod. l. 1. §. si heres inf. ad SC. Trebell.* Magis tamen propriè damni appellatione continetur id quod nobis abest, quàm quod lucrari potuimus cùm damnum ab adimendo dictum sit *l. 2. infr. de damn. infect.* Quanquam ea quoque nobis adimi videntur quę nunquam habuimus si modò habendi occasio nobis adimatur & præripiatur: in quibusdam sanè alia ratio habetur damni emergentis, alia lucri cessantis, vt in *l. 1. §. sicut autem de aqua & aqua pluu. arcend. l. quod autem 6. §. patrem 19. quæ in fraud. cred. l. si is cui 71. in fin. de furt.*

1. ¶ In damnis, quæ lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.

Ad §.1. In damnis.

Ratio dubitandi. Tertium caput legis Aquiliæ videtur comprehendisse damna omnia cætera extra homines occisos & pecudes *§. caput tertio. Instit. hoc tit.*

Dec. Non comprehendit nisi damna quæ ex vsto, vel fracto, vel rupto, aut si quod altero trium horum continetur *l. si seruus 27. §. tertio autem capite 5. supr.* Item non alia damna quàm quæ quis suo corpore & culpa dederit, in factum igitur actio fuit necessaria, per quam suppleretur quod legi tam iustæ & necessariæ deerat, *leg quia actionum 11. infrà, de præscription. verborum.* Non tamen sufficit

ad dan-

ad dandam in factum actionem, vt damnum datum sit, nisi culpa etiam aliqua interueniat quæ actionem dare suadeat *l. quemadmodum* 29. §. *sed si supr.*

34. MARCELLVS libro 21. Digestorum.

TItio & Seio Stichum legauit, deliberante Seio, cùm Titius vindicasset legatum, Stichus occisus est. deinde Seius[a] repudiauit legatum. perinde Titius[b] agere possit, ac si soli legatus esset.

Ad l. Titio 34.

Ratio dubitandi. Cùm legatarius repudiauit legatum, videtur res legata retrò fuisse heredis *l. seruum filij* 44 §. 1. *de leg.* 1. Dec. Id tum demùm verum est cùm vni tantùm legitum est: At cùm duobus coniunctim, vt in hac specie, aliud est, quia coniunctim legati nihil aliud est quàm tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri *l. coniunctim* 80. *de leg.* 3. scilicèt cùm plures in legato coniuncti sunt re & verbis, aut re tantùm, Nam si verbis tantùm coniuncti essent, aliud probandum esset, vt tractauimus ad *l.* 1. *& pen. sup. de vsufr. adcrescend.* iunge *l. si dominus* 17. §. 1. *sup.*

a *Deinde Seius.* Ratio dubitandi. Sera legati repudiatio est post extinctam rem legatam, sicut nec eo tempore agnosci posset *l. liber homo* 15. §. *vlt. supr.*

Dec. Agnitio legati facta per vnum ex legatariis coniunctum re & verbis, aut re tantùm, conseruat collegatarij ius integrum ad agnoscendum vel repudiandum legatum, quia nihil interest heredis ad quem non potest redire legatum: Et ita ex persona collegatarij consequitur legatarius quod alioqui ex sua non posset, vt in *l. si is qui duos* 29. *de liber. leg. l.* 3. *in fin. quæ res pignor.*

b *Perinde Titius.* Ratio dubitandi. Eo tempore quo Titius agnouit legatum nondum erat solus dominus serui legati, qui posteà fuit occisus. Ergo non potest soli ei competere Aquiliæ legis actio, cùm in lege Aquilia inspiciatur quanti fuit seruus occisus anno retrorsùm computato, non tempus quod sequitur mortem *l. ait lex* 21. § 1. *supr.* Dec. Retrò videtur acquisitum ei dominium per repudiationem Seij quandocunque secutam, ita vt retrò fingatur solus dominus fuisse tempore occisionis, Et hæc ratio est quæ ponitur in *l. seq.*

35. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

QVia retrò adcreuisse dominium ei videretur.

Ad l. Quia retrò 35.

Ratio dubitandi. Legatum ita facit rem legatam legatarij, vt hereditas heredis res singulas, quasi nunquam factum heredis *l. legatum* 80. *de leg.* 2. Atqui Seio non minùs quàm Titio fuerat legatus seruus coniunctim. Dec. Sunt quidam casus in quibus necesse est dominia manere in suspenso *l. seruum* 43. §. *vlt. inf. de acquir. rer. dom. l. de hereditate* 19. §. *vlt. de castr. pecul.* In quotum numero hic casus est *l. quadam* 15. *inf. de reb. dub. l. seruum filij* 44. §. 1. *l. si tibi homo* 86. §. *cùm seruum coniunct. l. legatarius* 38. §. 1. *de legat.* 1. *l. proinde* 8. *inf. de reb. cred.* Acquisitio enim illa legati quæ fit sola legis potestate de qua in *d. l. legatū* 80. *de leg.* 2. nō est irreuocabilis citra agnitionem *l. ei qui* 13. *de condic. inst.* nec impedit repudiationem. Quamuis diei soleat seram esse repudiationem post acquisitionem *l. Titia* 34. §. *Lucia de leg.* 2. *l.* 1. §. *decretalis de success. edict.*

36. MARCELLVS libro 21. Digestorum.

NAm sicut repudiante legatario legatum, heredis est actio, perinde ac si legatus non esset: ita huius actio est, ac si soli legatus esset.

Ad l. Nam sicut 36.

Ratio dubitandi. Legatum est delibatio hereditatis *l. legatum est* 116. *de leg.* 1. Hereditas autem non potest transferre in heredem nisi quod ipsa habuit *l.* 1. §. *Scæuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.*

Dec. Legatum repudiatum à legatario qui solus est habetur pro non facto *d. l. seruum filij* 44. §. 1. *l. si tibi homo* 86. §. *cùm seruus de leg.* 1. Et consequenter manet in hereditate *d. l.* 15. *de reb. dub. d. l. proinde* 8. *infr. de reb. cred. d. l. legatarius* 38. §. 1. *de legat.* 1.

1 ¶ Si dominus seruum, quem Titius mortiferè vulnerauerat, liberum & heredem esse iusserit, eique postea Mæuius exstiterit heres: non habebit Mæuius cum Titio legis Aquiliæ actionem: scilicet secundùm Sabini opinionem, qui putabat[a] ad heredem actionem non transmitti, quæ defuncto competere non potuit. nam sanè absurdum accidet, vt heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit. Quod si ex parte[b] eum dominus heredem cum libertate esse iusserit: coheres eius, mortuo eo, aget lege Aquilia.

Ad §. 1. *Si dominus.*

Ratio dubitandi. Cùm dominus seruum suum Stichum liberum & heredem esse iusserit iam anteà mortiferè vulneratum à Titio, Et set io libertatem ex testamento domini consecuto, extitit posteà heres Mæuius, non potest negari, quin Mæuius sit heres primi domini, Ex regula iuris quæ vult heredem heredis esse heredem primi testatoris, *l. si quis filiumfamilias* 7. §. *vltim. de acquirend. heredit. l. vltim. Cod. de heredit. institut.* Atqui primo domino competebat actio legis Aquiliæ *l. ita vulneratus* 51. *supr.* quamuis ille ante vulneratum

Digitized by Google

decessisset, quia nimirum vulneratus intelligitur eo tempore occisus quo vulneratus fuit *d.l. ita vulneratus*. Ergo Mæuio secundo heredi danda est actio legis Aquiliæ quæ testatori morienti competebat. Idque fatetur Marcellus in secundo casu huius §. *si dominus seruum vulneratum heredem ex parte* tantùm scripserit cum libertate, vt apparet ex fine huius §. vbi dicitur coheredem serui mortuo eo lege Aquilia rectè acturum.

Dec. Vt heredi heredis possit competere actio quæ primo testatori competierat, illud etiam necesse est vt primo heredi competierit, per cuius personam secundus fit heres testatoris: Medium enim habere esse oportet. Atqui primo heredi non potuit competere actio legis Aquiliæ, quia fieri nequit vt actio de occiso competat ei ipsi qui occisus est, cùm non nascatur nisi demùm eo mortuo, quo tempore iam nullus est: Ergo nec secundo heredi competere potest. Et hæc vera ac germana iuris ratio est. Cui non obstabit si dicas competiisse primo heredi actionem legis Aquiliæ saltem de vulnerato, cùm antè fuerit vulneratus quam mortuus: Nō enim ex vno vulnere mortifero duæ actiones legis Aquiliæ nasci possunt, vna de vulnerato, alia de occiso, sed vna tantùm de occiso, quia vnicum vulnus & delictum est *l. illud* 32. §. 1. *supr.* Sed aliàm quoque rationem adfert Marcellus ab absurdo sumptam, quia sanè absurdum esset vt heres pretiū quasi occisi consequeretur eius cuius heres extitisset.

a *Qui putabat*. Hac forma loquendi significat Marcellus non fuisse à cæteris prudentibus omnino receptam hanc Sabini sententiam, sic enim loqui solent nostri, vt in *l. Papinianus* 23. *de don. int. vir. & vx.* iunct. *l. cùm hic status* 32. §. *& generaliter & l. seq. eod. tit.* Ratio igitur hæc non Sabini est sed Marcelli, sumpta tamen ex propositione quadam Sabini qui solebat dicere, Non posse actionem vllam transire à defuncto in heredem, si nunquam defuncto ea competierit *tot. tit. de heredit. act. l. Pamponius* 86. *de acq. hered.* Atqui non potuit primus heres agere de occiso ex lege Aquilia ob seipsum mortiferè vulneratum: ponimus, cùm mortem secutam esse oporteat, vt possit agi de occiso, vt constat ex fine huius §. & *l. ita vulneratus* 51. *infr.* Sed non placuit maior illa Sabini propositio cæteris omnibus Iureconsultis, quia non est perpetua *l. si quis* 35. *sup. de dol. l. si quis testamentū* 41. *infr.* cùm non sit nouum vt plenior actio heredi & in heredem competat quàm defuncto competierit, aut in defunctum *l. si per imprudentiam* 51. § *non mirum infr. de euiction. l. hereditariarum* 7. *de reb. author. iud. possid. & C. vt act. ab hered. & contr. hered. incip.* Quæ tamen Iustiniani constitutio ostendit supradictam Sabini sententiam transiisse in regulam iuris veteris. Cæterùm supposita hac Sabini sententia pro vera, benè concludit ratiocinatio Marcelli, non posse Mæuium heredem vulnerati agere Aquilia, quia nec vulneratus ipse agere potuisset de se occiso, quia iam tùm occisus credatur, cùm vulnerabatur, adeò vt ex eo tempore ius domino quæsitum sit agendi. Viuebat enim dominus tempore illati vulneris, Et ob eam nimirum causam si seruus hic vulneratus, heres cum alio institutus sit, nemo dubitat quin coheres de occiso agere possit ex persona & iure defuncti, mortuo demùm coherede, vt sequitur in textu. sed ipsi vulnerato & occiso non potest competere, propter implicitam contradictionem, quia non potest competere, nisi viuo, nec tamen nasci nisi eodem mortuo, nec rursus illa competere priùs quàm nascatur.

b *Quòd si ex parte.* Ratio dubitandi. Non potest ad heredem transmitti actio, quæ defuncto competere nunquam potuit secundum Sabini sententiam, de qua modò diximus. Atqui nunquam potuit defunctus agere de seruo occiso, tametsi decesserit post eum vulneratum cùm prior ipse decesserit, & hunc ipsum vulneratum superstitem, adeóque heredem reliquerit: Nun enim agi de occiso potest ante mortem vulnerati.

Dec. Qui vulneratus est ex eo ipso vulnere quandocunque posteà decessit, iam cùm occisus intelligitur, cùm vulnerabatur *l. hunc scriptura* 15. §. 1. *& l. at lex* 21. §. 1. *supr. l. ita vulneratus* 51. *infr. hoc titul.* Ergo exinde nata fuit actio legis Aquiliæ de occiso, quamuis ante mortem vulnerati exerceri non potuerit. Est enim hic casus ex eorum numero in quibus ex futuro euentu pendet ius quod in præteritum fuit *l. qui res* 98. §. 1. *de solut. l. quædam* 15. *de rebus dub.* Potuit ergo ius hoc transmittere ad heredem etiam admissa Sabini sententia: Nec in persona coheredis habet locum ratio illa, siue iuris, siue absurditatis quam vsurpauimus in vulnerato, eodémque coherede instituto. Et sanè heres succedit non tantùm in omne ius quod defunctus habuit agendi, sed etiam in id omne quod habuisset si diutiùs vixisset, id est, quod habuit vel actu vel aptitudine, cùm ipsius personam repræsentet *l. heres* 22. *de vsucap.* Iunge *l. hereditariarū* 7. *de reb. author. iudic. possid. l. hereditariarum* 40. *de obliga. & act.* Atqui si diutiùs vixisset dominus serui vulnerati, habuisset proculdubio actionem legis Aquiliæ de occiso. Quidni ergo transmittet eam ad heredem quemlibet, dum ne illum ipsum seruum qui vulneratus fuit heredem sibi eligat, vt diximus? Nec quod dominus quandiu vixit, agere non potuerit, ad rem facit. Huius enim iuris executio quidem impeditur, aut potiùs differtur quandiu vulneratus viuit in eum vsque diem quo perierit, & certum sit illum ex eo vulnere periisse, sed natiuitas non differtur, quæ ex inflicto vulnere oritur, & ex instanti non mortis sumitur, sed inflicti vulneris. Iunge *l. inde Neratius* 23. §. 1. & quæ ibi dixi & *l. hunc scriptura* 15. §. *vltim.* vbi dixi *supr. l. si verò* 5. §. *& hac autem actio infr. titul. prox.*

37. IAVOLENVS libro 14. ex Cassio.

Liber homo si iussu alterius, manu, iniuriam dedit: actio legis Aquiliæ cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi affuit. quòd si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit.

Ad l. Liber homo 37.

Ratio dubitandi. Liber homo qui damnū & iniuriā dedit manu sua, potest ipse suo nomine cōueniri, licet alterius iussu id fecerit, etiā qui imperādi ius

ius habuit, sicut & imperans quoque tenetur ipse suo nomine, non quidem lege Aquilia, quia non dedit damnum suo corpore *l. qua actione 7. §.1. supr.* sed iniuriarum *l. non solùm 11. §. Proculus. inf. de iniur. l. 5. de aqu. pluu. arcend.*

Dec. Is damnum dat qui iubet dare, Culpa verò caret, qui parere habuit necesse *l. is damnum 169.* iunct. *l. 163. §.1. de reg. iur. l. in fraudem 10. §. vlt. de his qua vt indign. l. si tacitum 13. ad leg. Falcid. l. is qui in puteum 11. §. si tutoris, & seq. infr. quod vi aut clam.* In seruo nulla distinctio est, quia cum seruo nulla est actio *l. cum seruo 107. de reg. iur.* Licèt cùm quæritur an domino parere debeat adhibēda distinctio sit, quæ ponitur in *l. ad ea 157. eod. tit. l. seruus 20. de oblig. & act.* Quam & Accurs. adhibendam censet in filiofamilias, & in ciue, vt neque hic cogatur semper, & passim obtemperare magistratui.

1 ¶Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quòd pauperiem fecisset, ab alio occisa est, & cum eo lege Aquilia agitur: æstimatio non ad corpus[a] quadrupedis, sed ad causam eius, in quo de pauperie actio est, referri debet: & tanti damnandus est is, qui occidit iudicio legis Aquiliæ, quanti actoris interest, noxæ potiùs deditione defungi, quàm litis æstimatione.

Ad §.1. Si quadrupes.

Intellige non de quadrupede pecude, sed de qualibet. Nam de aliis quadrupedib. occisis competit actio legis Aquiliæ, non quidem ex primo capite, sed ex tertio *§. Capite tertio 13. Instit. hoc tit.*

a *Non ad corpus.* Ratio dubitandi. Ex verbis legis Aquiliæ fit æstimatio quanti plurimi fuit res in qua damnum datum est, aut eo anno retrorsum computato, aut in triginta diebus proximis *l. 2. in princ. l. ait lex 21. in princ. & §.1. supr.* Dec. Sic accepta est lex Aquilia, vt æstimandum sit id omne quod actoris interest *d. l. ait lex 21. §. vlt. & l. seq. supr.* Interest autem in hac specie non quanti fuit quadrupes occisa, sed quanti actoris interest noxæ potiùs deditione defungi, quàm litis æstimatione *l. 1. §. pen. sup. tit. proxim.* quia occisam quadrupedem non potest ampliùs noxæ dedere, quomodo posset si illa viueret *l. 1. §. si post litem*, vbi dixi *sup. eod. tit. prox.*

38. IAVOLENVS libro 9. Epistularum.

SI eo tempore, quo tibi meus seruus, quem bona fide emisti, seruiebat, ipse à seruo tuo vulneratus est, placuit, omnimodo[a] tecum rectè lege Aquilia experiri.

Ad l. Si eo tempore 38.

Ratio dubitandi. Seruus meus tibi bona fide seruiens, perinde in omnibus ferè habetur, ac si seruus tuus esset, vt bona fides tantùm præstet possidenti quantum veritas *l. qui bona fide 23. in princ. & §. si quis duobus inf. de acq. rer. dom. l. bona fides 136. de reg. iur.* Idem ergo iuris esse debet atque si seruus tuus seruum tuum vulnerasset.

Dec. Seruus qui bona fide seruit remanet domini, Et ideò si sit occisus ab alio seruo bona fide possessoris, non alij quàm domino competere potest actio legis Aquiliæ *l. item Mela 11. §. legis autem, & pen. supr.* nec contra alium, quàm bonæ fidei possessorem dominum serui occidentis *l. si seruus seruum 27. §. serui autem 2. sup.* Aliud est in actione serui corrupti, quæ sicuti bonæ fidei possessori non competit, ita nec contra bonæ fidei possessorem *l. 1. §. 1. inf. de seru. corrupt.* Neque enim actio illa, vt hæc competit pro facto serui. Aliud rursum in petitione hereditatis, quæ scilicet nunquam datur contra bonæ fidei possessorem, nisi quatenus is locupletior factus est, vt benè Accursius notat ex *l. sed etsi 25. §. consuluit sup. de hered. petit.*

a *Omnimodò*, id est, siue sciente, siue ignorante bonæ fidei possessore seruus tuus meum vulnerauerit. Quid si tu ipse? Multò magis teneberis, si modò post litem contestatam *l. si homo 45. sup. de rei vindicat.*

39. POMPONIVS libro 17. ad Quintum Mucium.

QVintus Mutius scribit: Equa, cùm in alieno pasceretur, in cogendo, quod prægnas erat, eiecit. quærebat dominus eius, possétne cum eo, qui coegisset, lege Aquilia agere: quia equam iniiciendo, ruperat. si percussisset, aut consultò vehementius egisset: visum est agere posse.

Ad l. Quintus Mucius 39.

Ratio dubitandi. Iure suo fecit is, in cuius fundo equa pascebatur quòd eam de fundo suo exire coegerit. Nihil ergo ei potest imputari, cùm iuris executio non habeat iniuriam *l. iniuriarum 13. §.1. inf. de iniur.* Dec. Non caret culpa qui equam alienam prægnantem, aut tam grauiter percussit, aut tam vehementer consultò egit, vt eam fœtum eiicere coegerit: Debuerat enim ius suum tueri tantùm non iniuriam comminisci *l. 1. §. vlt. quod vi aut clam. §. vlt. Instit. hoc tit. l. nam & si præcipitata 51. infr. de furt.* & sequitur in hac lege. Ergo aut teneri lege Aquilia debet si equam tetigerit, aut saltem in factum, si non tetigerit, nec suo corpore damnum dederit, sed damni occasionem tantùm præbuerit *l. bouem 53. & l. vlt. inf. hoc tit.*

1 ¶Pomponius.

QVamuis alienum pecus in agro suo quis deprehendisset: sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset: quoniam, si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit: nec agere illud aliter debet, quàm (vt suprà diximus) quasi suum: sed vel abigere debet sine damno, vel admonere dominum, vt suum recipiat.

Ad §.1. Pomponius.

a *Pomponius*. Malè hic textus vulgo distinguitur à præcedente sententia, quasi sit disiunctus *§. adeoq; distincta lex.* Nam cùm tota hæc lex sit Pomponij, qui notas scripsit ad Quintum Mucium, nec in præcedentibus aliud scriptum sit, quàm quod à Quinto Mucio dictum fuerat, Apparet vnicum esse totius huius legis contextum & spiritum, nec nisi rationem sententiæ Quinti Mucij à Pomponio hîc adferri, quæ illa est quòd qui alienum pecus in agro suo deprehendit, sic illud expellere debeat, quo modo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damni ceperit habet eo nomine propriam actionem, quæ dicitur de pastu, ex l. 12. tab. *l. qui seruandarum 14. §. vlt. inf. de præsc. verb.* Ergo ne quidem includere alienum pecus debet: Tantùm abest vt possit occidere, sed vel abigere debet sine damno, vel admonere dominum vt suum recipiat. Quid si admonitus nolit? Tùm fortasse licebit si non occidere saltem includere. Eóque iure vtimur ex generali Senatus nostri consulto quo etiam occidere licet. Iure igitur communi aliud est ex præcepto illo iuris, alterum non lædendi, Cui respondet primum illud præceptum iuris naturalis, Quod tibi fieri non vis alteri ne feceris. Iunge *l. 1. de solut. infr.* Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio est ad hunc locum, quæ ad initium huius legis. Iunge *l. hoc amplius 9. §. 1. infr. de damno infecto. l. ratis 8. de incen. ruin. naufr. l. 1. D. de solution.*

40. Pavlvs libro 3. ad Edictum.

IN lege Aquilia: si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub conditione mihi pecunia debita fuerit: & interim [a] testibus quoq; id probare possim, qui testes possunt non esse, eo tempore, quo conditio exstitit: & si, summatim re exposita, ad suspicionem [b] iudicem adducam, debeam vincere. sed tunc [c] condemnationis exactio competit, cùm debiti conditio exstiterit. quòd si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

Ad l. In lege 40.

Ratio dubitandi. Damnum in lege Aquilia certum esse debet, vt certa possit fieri æstimatio, & certa quoq; sequi possit condemnatio. Ideóq; nec pro mortiferè vulnerato datur actio de occiso, priusquàm mortuus sit. Et quidem ex eo vulnere *l. huic scripturæ 15. §. 1. sup. l. ita vulneratus 51. inf.* Atqui ratione debiti conditionalis quod in deleto chirographo continebatur, nihil interest creditoris, antequàm conditio exstat, cùm fieri possit vt deficiat *l. pecuniam 36. in fin. inf. de reb. cred. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fisc. l. cedere diem 213. de verb. sign. l. vnic. §. sin autem sub conditione C. de caduc. tollend.*

Dec. Interest iam inde ab initio creditoris, cùm etiam pendente conditione stipulationis sit creditor, scil. conditionalis, adeò vt spem illam transmittat ad heredem *§. ex conditionali. Instit. de verb. oblig.* in quo differt à legatario conditionali *l. is cui 42. de oblig. & act.* licèt non possit apparere de damno dato, nisi existente demùm conditione. Est enim hic etiam casus ex eorum numero in quibus ex postfacto apparet quid antè fuerit, de quibus in *l. quædam 15. de reb. dub. l. qui res 98. §. 1. de solut.* Interim igitur danda est Aquilia si modò per testes probetur quid chirographo deleto contineretur, ne probationes morte testium intercidant si differatur eorum auditio in id vsq; tempus quo conditio extiterit, aut possint interim mori. Probationes enim cùm sint fauorabiles, semper adiuuandæ sunt, & probandi licentia amplianda, potiùs quàm restringenda, hactenus saltem vt veritas sit in tuto: Sed si purum fuit creditum, nihil damni passus videtur is, qui contenta in instrumento deleto probare statim per testes potest *l. quidam tabularum 32. §. 1. infr. de furt.* Iunge *l. qui tabulas 27. §. 1. & seq. eod.* Hodie tamen hoc iure vtimur, vt qui paratos habet testes quorum mortem aut absentiam vereatur, possit eos iudici exhibere, vt interim audiatur, ne probationes intercidant, quamuis nondum sit lis contestata ex *cap. quoniam frequenter. extr. vt lit. non contest.* Sed hoc impetrato in eam rem speciali rescripto Principis, quod Pragmatici vocant, Examen ad futuram rei memoriam, de quo vide *defin. 1. C. nostro de probat.* Ergo in specie huius legis non solùm non differtur auditio testium, sed neque condemnatio, sed sola exactio, quia præsens damnum est cum culpa coniunctum: quod sufficit, vt hæc actio competat, sed ita tamen, vt deficiente postea conditione condemnatio euanescat, quasi ex postfacto appareat nihil vnquam interfuisse. Aliud est in specie *l. si seruus 14. de condict. furt. & l. 3. § antepen. inf. de tab. exhib.* Itémque in specie *l. quòd si in diem 16. sup. de hered. petit.*

a *Et interim*, Malo tollere coniunctionem, vt constructio melior sit & absoluta.

b *Ad suspicionem.* Ratio dubitandi. Actor intentionem suam plenè probare debet & concludenter ex *l. non epistolis 13. & seq C. de probat. l. qui accusare 4. C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* Nec sufficit, vt iudex ad suspicionem aliquam adducatur, quia non ex suspicionibus iudicandum est, sed ex probationibus, iisque clarissimis *l. vlt.* vbi omnes notant *C. de probat.*

Dec. Contra eum qui in culpa est euidenti, sufficiunt quales quales probationes, & præsumptiones, quæ saltem transferant in eum onus probandi contrarium: Præsertim cùm per aduersarium ipsum factum est ne plenior probatio haberi possit, vt in proposito *l. si de possessione 20. C. de probat. l. antepen. inf. hoc tit.*

c *Sed tunc.* Ratio dubitandi. Præposterum est, vt fiat condemnatio antequam subsit iusta condemnandi causa: Vbi autem condemnatio facta est, mandari eam executioni oportet, etiam cùm malè ac perperam facta est, idque propter rerum iudicatarum authoritatem, quia totus sententiæ vigor in executione consistit *l. seruo 65. §. cùm Prætor. infr. ad SC. Trebell. l. pen. C. de execut. rei iudic.*

Dec. Nō est nouum vt faciliùs detur actio, quàm exactio, & vt ex causa suspendatur executio iudicati, vt in *l. cùm milites 16. §. 1. de compensat.* scil. cùm euentus conditionis extrinsecus exspectandus est, nec ideò tamen differendum iudicium, ne fortè aut probationes quæ non nisi in iudicio fieri possunt, intercidant, aut ipsa etiam actio, quod in hac specie facilè contingeret per mortem eius, qui chirographum deleuit, cùm hæc actio sit pœnalis, ideóque non detur in heredem *l. inde Neratius 23. §. hanc actionem. supr. ho. tit.* Iunge *d. l. quidam tabularum. §. vlt.*

§. vlt. infr. de furt. Finge testes aut senes esse, quales hac parte apud nos creduntur qui quinquagesimum annum excesserunt, aut valetudinarius, aut longa absentia absfuturos, aut de salute periclitari, vt grassante peste, vel bello. Illæ namq; sunt circumstantiæ, ex quibus probationes istæ extra ordinem admitti solent: Summaria ergo in hanc rem cognitione aliqua opus est, vt in *l. 3. §. sciendum. infr. ad exhib.* cùm alioqui necessaria sit plena facti inquisitio *l. iudices 9. Cod. de iudic.* sicut & regulariter oportet litem esse contestatam, vt testes audiri possint, & publicari. *Nouell. 90. de testib. cap. 5. §. quoniam. & cap. vltim.* Itémque impletam esse conditionem antequàm ex contractu condicionali agi possit *d. l. cedere diem.* Alioqui non tam malè quàm nihil agitur *l. vnic. in fine. sup. quand. dies vsufr. legat. ced.* Alij aliter apud Accursium, sed malè hanc legem explicant. Iunge *l. Argentarius 10. §. vlt. sup. de edend.* Et obserua cum Accursiu aliud singulare in hac specie, quòd tempus iudicati exequendi non currit nisi à die existentis conditionis, quia nec priùs tenet condemnatio *l. 2. Cod. de vsur. rei iudic. l. 3. de vsur. l. debitoribus 31. infr. de re iudic.* Cætera quæ ad legis huius praxim. pertinent, vide in *dict. Defin. 3. Cod. nostr. de probat.* & apud virum clariss. Dionys. Gotthofred. hîc.

41. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

SI quis testamentum deleuerit, an damni iniuriæ actio competat videamus. & Marcellus libro quinto Digestorum dubitans negat competere. quemadmodum enim (inquit) æstimatio inibitur? ego apud eum notaui, in testatore quidem hoc esse verum: quia quod interest eius, æstimari non potest: verumtamen [a] in herede, vel legatariis diuersum: quibus testamenta penè chirographa sunt. Ibidem Marcellus scribit, chirographo deleto, competere legis Aquiliæ actionem. Sed & si quis[c] tabulas testamenti apud se depositas deleuerit, vel pluribus præsentibus legerit: vtiliùs est, in factum, & iniuriarum agi, si iniuriæ faciendæ causa, secreta iudiciorum publicauit.

Ad l. Si quis testamentum 41.

Ratio dubitandi. Etiam testatoris interest vt vltima eius voluntas effectum sortiatur *l. 1. C. de sacros. eccles.* Nam & ad publicam vtilitatem id pertinet *l. vel negare 6. infr. test. quemadm. aper.*

Dec. Parùm interest testatoris, qui quandiu viuit aliud testamentum condere possit, Et quamuis non posset condere, fortè in eo loco in quo testium & ciuium Romanorum copiam non haberet, vt in *l. conficiuntur 8. §. 1. inf. de iur. codic.* non tamen posset iniri æstimatio eius quòd ob eam causam interesset, cùm nulla vtilitas ad testatorem ex eius testamento peruenire possit: Vtilitatem enim oportet esse pecuniariam, vt damnum sit pecuniarium, & æstimari pariter possit. Quamuis verum sit eum, qui tabulas testamenti deleuit, eas corrupisse, vt *l. prox. inf. l. qui tabulas 27. §. vlt. inf. de furt.*

a *Veruntamen.* Ratio dubitandi. Tabulæ testamenti quandiu testator viuit, neque ad heredem, neq; ad legatarios pertinent, quarum scilicet effectus totus confertur in id tempus quo testator erit mortuus *l. qui test. im. fac. poss.* legis autem Aquiliæ actio competit soli domino *l. 2. & pass. supr.*

Dec. Heredi & legatariis testamenta penè chirographa sunt, cùm ex testamento tanquam ex chirographo actionem habeant: Ergo non minùs Aquilia lege agere possunt quàm si alicui ex ipsis chirographum corruptum & deletum esset. Qui enim delet scripturam, ita vt legi non possit, corrumpit, *d. l. prox. infr.* Licèt non sint illi verè domini tabularum, quæ sanè ad heredem magis pertinent, nisi chartam & exemplum testamenti emerit legatarius à notario. Solent enim legatarij hodie chartam & exemplum testamenti emere à notario, non minùs quàm heredes de quibus in *l. 2. supr. de edend. l. postquam 5. § si dies infr. vt legat. seu fideicomm. seruand. caus. caueat.* Ponendum tamen est cum Accursio fuisse tabulas deletas, non solùm post mortem testatoris, sed etiam post aditam hereditatem. Alioqui daretur actio de dolo *l. si quis tabulas 35. sup. de dolo.*

b *Ibidem.* Ratio dubitandi. Is cui chirographum deletum est, aut probare potest per testes, quid chirographo contineretur, aut non potest: Si potest, nullum damnum passus videri debet, cùm perinde per testes atque ex chirographo possit vincere; si non potest, frustra des ei actionem legis Aquiliæ, cùm probare non possit quanti sua interesit: Nisi fortè referre velles actionem ad æstimationem tabularum duntaxat, quod esset nullius penè vtilitatis *l. qui tabulas 27. & seq. l. quidam 32. in princip. & §. 1. infr. de furt.*

Dec. Semper interest creditoris saltem ratione tabularum quarum dominus est. Itémque ratione debiti si fuit condicionale, vt in casu *l. prox. supr. & l. quidam. 32. §. 1. inf. de furt.* Itémq; in casu *l. argentarius 10. §. vlt. sup. de edend.* vbi est textus elegans & ad huius loci explicationem valde accommodatus. Ergo locus est legi Aquiliæ, quoniam qui debet corrumpit *l. prox. infr.*

c *Sed & si quis.* Ratio dubitandi. Qui tabulas testamenti apud se depositas deleuit, si consultò & dolo malo id fecerit, tenetur actione depositi, si sine dolo malo, secus: At lege Aquilia nullo modo, nec si culpa interuenerit, quia nõ potest æstimari quod ex hac causa interest actoris, vt in prima parte huius legis. Dec. Ob eam nimirum causam deficiente lege Aquilia datur actio in factum subsidiaria *l. quia actionum 11. de præscript. verb.* Itémque actio iniuriarum, si iniuriæ faciendæ causa secreta non quidem patrimonij, vt putat Accursius, sed iudiciorum depositarius publicauerit. Nec enim leuis iniuria est, nec leue delictum, secreti religionẽ violare. Est enim sacra res & religiosa, Sed & de dolo dabitur hoc casu, non quidem testatori, qui habet actionem depositi, si eo viuo deletæ sint tabulæ *l. 1. §. si quis tabulas 38. inf. depos.* Itémque ipsius heres, sed heredi si post mortem testatoris & ante aditam hereditatem id factum sit *l. si quis tabulas 35.* vbi diximus *supr. de dolo.* Qui vnius casus est ex iis in quibus actio aliqua competit heredi quæ non competierat defuncto contra Sabini sententiam, de qua in *l. nam sicut 36. §. 1. supr. hoc tit.* Item accusatio falsi lo-

cum habere hoc casu potest *l.1.§.is qui de fals.* Et pœna metalli aut deportationis in insulam pro qualitate personarum *l.si quis aliquid 38.§.qui vivi & §.qui instrumenta infr.de pœn.*

1 ¶ Interdum euenire Pomponius eleganter ait, vt quis, tabulas delendo, furti non teneatur, sed tantùm damni iniuriæ: vtputa si non animo furti faciendi, sed tantùm damni dandi deleuit. nam furti non tenebitur. cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.

Ad §.1.Interdum.

Ratio dubitandi. Qui delet tabulas intercipere eas intelligitur, cùm earum vsum & vtilitatem adiuuat ei, cuius intererat conseruari. Quidni ergo teneatur omnimodo furti si modò mala mente ac dolo malo id fecerit?

Dec. Multum interest an lucrandi, an potiùs damni faciendi gratia deletæ sint tabulæ: Furtum enim sine affectu furandi, & lucrandi non fit *l.1. inf.de furt.§.placuit. Instit.de oblig. quæ ex delict. nasc.* At lex Aquilia damno contenta est & culpa si nihil aliud impediat, quo minùs ea actio competat, nec præterea requirit animum damni dandi *l.5. §.1.l.si seruum 27.§.si fornicarius, & §. & si puerum supr.* Porrò voluntas & propositum distinguit maleficia *l. qui iniuria 53.infr.de furt.*

42. IVLIANVS libro 48. Digestorum.

QVi tabulas testamenti depositas, aut alicuius rei instrumentum ità deleuit, vt legi non possit depositi actione [a]: & ad exhibendum tenetur [b]: quia corruptam [c] rem restituerit, aut exhibuerit. legis quoque Aquiliæ actio ex eadem causa competit. corrupisse enim tabulas rectè dicitur, & qui eas interleuerit.

Ad l. Qui tabulas 42.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad legem præcedentem.

a *Depositi actione.* Legendum est *depositi,* aut potiùs *de deposito*, quod malo errore nato ex omissa duplicatione syllabæ *de*, & ponendum in hac specie depositarium interleuisse tabulas dolo malo. Alioqui non est locus actioni depositi *l.vnic. §. nunc videndum.supr.commod. l.iuris gentium 7. § illud nulla. supr. de pact.l.contractus 23.de reg.iur.*

b *Tenetur.* Ratio dubitandi. Actio depositi datur ad rei restitutionem, & actio ad exhibendum ad exhibitionem: vtique verò satisfacit qui restituit, & qui exhibet: Ideóque videtur cessare actio ad exhibendum, Et in factum potiùs agendum esse *l. exhibitionis 7.C.ad exhibend.*

Dec. Non videtur reddi neque exhiberi res quæ deterior aut redditur, aut exhibetur *l.3.§.1.l.in rebus 18. §.1.inf.commod.* Ideóq; potest etiam ad exhibendum agi. sed tutiùs in factum est, ne hoc ipsum disputandum sit, an rem exhibeat is qui exhibet deteriorem *l.si quis hominem 17. inf.ad exhib.* Nisi mutata sit rei substantia *l.Iulianus 9. §.si quis.infr.eod.ill.tit.*

c *Quia corruptam.* Ratio dubitandi. Qui reddit tabulas testamenti, aut alterius testamenti deletas, reddit substantiam ipsam tabularum incorruptam.

Dec. Qui chirographum dicit, aut tabulas, non de nudo corpore tabularum intelligit, sed de substantia rei quæ tabulis continetur *l. qui chirographum 59.de leg.3.l.seruum filij 44.§.cum qui.§.huiusmodi 84.§.si ita de leg.1.* Et ob id nimirum pro deletis tabulis datur domino actio legis Aquiliæ, contra delentem, ex tertio capite, quasi corruperit. Imò, inquies, competit ex hac causa actio de dolo, quæ omnem aliam actionem excludit *l.si quis tabulas 35.sup.de dol.* sed id obtinet si post mortem testatoris & ante aditam hereditatem deletæ sint tabulæ, Non si post aditam hereditatem vt hîc. Rationem diuersitatis attuli ad eum locum. Erit autem hæc actio legis Aquiliæ non vtilis, aut in factum, vt putat Accurs. sed directa in persona heredis: vtilis verò in persona testatoris ob rationem positam in *l.proxima supr. in princ.& §.pen.* vbi dixi.

43. POMPONIVS libro 19. ad Sabinum.

OB id, quòd antequàm hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliæ actionem habes: quod post mortem eius, cui heres sis, acciderit. dominum enim lex Aquilia appellat, non vtiq; eum, qui tunc fuerit, cùm damnum daretur. nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum ea actio poterit: neque ob id, quod tum commissum fuerit, cùm in hostium potestate esses, agere postliminio reuersus poteris. & hoc aliter constitui sine magna captione posthumorum liberorum, qui parentibus heredes erunt, non poterit. Eadem dicemus [a] & de arboribus eodem tempore furtim cæsis. Puto eadem dici posse [b] etiam de hac actione *quod vi aut clam*: si modò quis aut prohibitus fecerit: aut apparuerit eum intellegere debuisse, ab eis, ad quos ea hereditas pertineret, si rescissent, prohibitum iri.

Ad l. Ob id 43.

Ratio dubitandi. Lex Aquilia non dedit actionem nisi domino *l.2. l.Item Mela 11. §. legis autem & pass. hoc tit.* Heres autem non fuit dominus antequàm adiret hereditatem, quia hereditatis aditio illa est, quæ & heredem & dominum facit *l.aditio 45.de acquir.hered.*

Dec. Hereditas vicem domini sustinet *l. non minùs 31.§.1.de hered.instit.l.hereditas 34.de acquir. rer.dom.* & heres quandocunq; adeundo hereditatem iam ex die mortis adiisse illam retrofingitur *l.heres quandocunque 49.de acquir.hered.* Et consequenter acquiritur actio legis Aquiliæ hereditati, quoties vulneratur seruus hereditarius *l.homo liber 13.§.si seruus sup.*

hoc

lucrat. Quicquid enim fuit hereditatis transfert hereditas in heredem *l.1.§. Scæuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Alioqui si in lege Aquilia solus ille dominus intelligendus esset, qui tempore damni dati verè fuisset, sequeretur ne quidem ab eo cui heres quis fuisset actionem hanc transituram, quod esse absurdum *l. nam sicut 36. §. 1. sup.* Transeunt enim actiones omnes in vniuersalem successorem, quamuis non etiam in singularem exceptis illis quæ nascuntur ex interdictis *de itin. act. priu. & quod vi aut clam l. 3. §. hoc interdictum, & §. sed & si quis de itin. act. priu. l. is qui 11. §. sed & si postea, quod vi aut clam*. Nec postliminij fictio quicquam prodesset ei, cui damnum datum esset eo tempore, quo is apud hostes fuisset, quia scil. tempore captiuitatis non potuit esse reuera dominus is, qui eo tempore seruus hostium verè fuit *§. si ab hostibus. Instit. quib. mod. ius patr. potest. solu. l. sic eueniet 21. infr. ad l. Iul. de adulter.* Denique nec prodesset posthumis quòd nati fuerint heredes patri, post cuius mortem damnum in seruo paterno, aut alia re paterna datum esset. Nec enim potuerūt esse domini, antequàm fuerint homines, nec homines antequàm fuerint editi *l. in lege 9. §. 1. ad legem Falcid. l. vlt. inf. de colla. bonor.* Quæ tamen omnia essent absurda, quia postliminio reuersus semper in ciuitate mansisse, & dominium rerum suarum retinuisse intelligitur *d. § si ab hostibus. l. illa institutio 32. §. 1. inf. de hered. instit. & tot. tit. de captiu. & postlim.* Et posthumus qui in vtero fuit parte moriente iam tùm natus fuisse intelligitur *l. qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. de stat. homin. l. si primo 8. in fin. de liber. & posthum.* Neque tamen consequens est vt possint isti agere furti. Nec enim rei hereditariæ furtum fit *l. hereditariæ 68. infr. de furt.* ob rationem positam in *dict. §. Scæuola.*

a *Eadem dicemus.* Ratio dubitandi. Hereditati furtum fieri non potest *l. 1. §. Scæuola si is qui testam. lib. ess. iuss.* nec rei hereditariæ *l. hereditaria 68. de furt.* propter rationem positam in *d. § Scæuola*, vt modò diximus. Ergo non potest actio arborum furtim cæsarum acquiri hereditati, nec per hereditatem heredi. Dec. Non est furti actio, cùm & sine furto fieri possit, vt quis arbores furtim cædat *l. furtim 7. §. 1. infr. arbor. furt. cæsar.* Nihil ergo vetat acquiri eam hereditati, & heredi Nam & hereditas & heres eandem defuncti personam repræsentant *l. heres 22. de vsucap.* Denique furtum nihil aliud est quàm interuersio possessionis alienæ, quæ porro penes hereditatem nulla est *d. § Scæuola.* At furtim cæsæ arbores dicuntur, quæ domino ignorante celandíq; eius causa cæduntur, tametsi nulla fiat interuersio possessionis *d. l. furtim 7. in princ.*

b *Puto eadem dici posse*, id est, etiam actionem Quod vi aut clam per hereditatem iacentem posse acquiri heredi, si forte seruus hereditarius aliquem prohibuerit ne faceret, & fecerit, aut is qui fecit intelligere debuerit se ab eis ad quos hereditas pertineret si id resciuissent, prohibitum iri. Nam priore casu vi factum videtur, posteriore autem clàm *l. 1. §. quid sit vi. l. 3. §. clam facere. inf. quod vi aut clam.*

Ratio dubitandi. Hereditas non potest prohibere, vt nec aliud quicquam quod sit facti *d. l. 1 §. Scæuola si is qui testam. liber. ess. iuss.* quia in iure consistit non in corpore *l. hereditas 50. supr. de hered. petit.* Nihil ergo potest fieri vi aut clam iacente hereditate.

Dec. Potest ea prohibitio fieri per seruum hereditarium, contra quàm si quid fiat, vi factum videbitur, vt verò aliquid clam fiat sufficit vt existimare debuerit is, qui fecit, prohibituros eo quibus delata esset hereditas, si scirent. Nec requirimus vt ita ille existimauerit, sed sufficit vt existimare potuerit & debuerit, quia opinionem & existimationem eius non resipinam esse oportet, ne melioris sint condicionis stulti, quàm periti *l. Seruum 4. quod vi aut clam.* Neque rursus vt interdictum illud competat, exigimus interuersionem illam possessionis quomodo in actione furti *d. l. 1. §. Scæuola si is qui test. lib. ess. iuss.*

44. VLPIANVS libro 42. ad Sabinum.

IN lege Aquilia & leuissima culpa venit.

Ad l. In l. 44.

Ratio dubitandi. Verum quidem est in lege Aquilia culpam venire. *l. illud certum est 13. inf. de liberal. cau. l. qui occidit 30. §. in hac. sup. hoc tit.* Sed culpam nostri cum dicunt leuem non leuissimam intelligunt *l. contractus 23. de reg. iur.*

Dec. Lex Aquilia tam iusta & necessaria visa est, vt acceperit à prudentibus amplissimam, & largissimam interpretationem, in eo præsertim vt culpam omnem etiam leuissimam comprehenderet *l. quia actionum 11. infr. de præscript. verb.* Nec aliter quis lege Aquilia non tenetur quàm si nulla eius culpa interuenerit *§. ac ne is quidem. Instit. hoc tit.* in quo nos errauimus *Decad. 76. in Error. 7.* vbi negauimus in lege Aquilia æstimari culpam leuissimam. Neque enim tùm locus sic occurrebat qui fortasse vnicus in toto iure nostro est, in hancrem, & singularis. Iunge *§. illud palam est, eodem*, Aliqua autem culpa est etiam quæ leuissima. Excipiendus tamen est casus *l. homo liber 54. §. 1. versic. sed damnum. infr. de acq. rer. domin.* si liber homo bona fide mihi seruiens damnū mihi dederit. Culpam enim ab eo exigere debemus grauiorem, nec tam leuem quàm ab extraneo: sic enim ibi legendum est non vt vulgò *nec tamen.* Alium casum excipit Accursius ex *l. si putator 31. in fin. sup.* in illis verbis *nam culpa ab eo exigenda non est*, sed malè. Sensus enim est, Non posse culpam vllam argui ne quidem leuissimam eius, qui diuinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, sed dolum duntaxat, si forte aliquid immiserit in eum quem viderit transeuntem. Vnus ergo duntaxat casus excipiendus fuit ex *d. l. homo liber. §. 1.* propter specialem illam rationem quæ locum habet in homine libero bona fide seruiente, qui licet maneat liber, tamen seruum se putat. Ab illo igitur culpam grauiorem exigemus, nec tam leuem quàm in extraneo, id est, vt ego interpretor, culpam leuem tantùm, non etiam leuissimam.

2 ¶ Quotiens a sciente domino seruus vulnerat, vel occidit: Aquilia dominum teneri dubium non est.

Ad §.1.Quotiens.

a *Quotiens.* Ratio dubitandi. Non eò minùs tenetur dominus lege Aquilia ex delicto serui, quòd aliquem insciente domino seruus vulnerauerit, vel occiderit, vt scil. cogatur dominus, vel præstare litis, damníque æstimationem, vel seruum noxę dedere *l.si seruus 27.§.Proculus.sup.hoc tit.*

Dec. Tenetur quidem dominus, ex delicto serui actione legis Aquiliæ, sed ea tantùm quæ sit noxalis, si non ex eius voluntate seruus deliquerit: Cùm verò sciente domino seruus vulnerat, vel occidit, tenetur dominus proprio nomine, ita vt noxæ deditione non liberetur: Et ita hîc locus accipi debet ex *dict.l.si seruus 27.§.1.supr.l.1. §.quod igitur 15. inf. quod vi aut clam.l.2.& pass. infr.de noxal.actio.* Ideò autem hoc casu tenetur dominus lege Aquilia, quia ipsius corpore datum videtur damnum, quòd serui corpore datum est ex domini voluntate. Parum enim refert, an quis suo corpore det, an alieno, dummodo ipse det corpore, sicuti etiam alieno corpore possidemus *l.3.§.caterùm.l.peregrè 44.§.vlt.& pass.de acquir. possess.* Et magis delinquit qui eum vulnerat, quem liberum putat *l.5.§.1. infr.de seru. corrupt.*

45. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

SCientiam hîc pro patientia accipimus: vt qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit.

Ad l.Scientiam 45.

Ratio dubitandi. Patientia non potest esse sine scientia, sed scientia sine patientia esse potest.

Dec. Hæc actio pœnalis est, ideóque dari non debet contra eum cui nulla culpa imputari potest: Culpa autem nulla est eius qui scit, si vel prohibere non possit, vel prohibeat cùm potest *l.culpa caret 50.l.nullum crimen 109.de reg.iur.l.si fundus 33.ad fin.locat.l.1.§.quòd si quis.infr.de Silan.l.x. & 3.infr. de noxal. act.l.2.& 4.C.eod.*

1 ¶Lege Aquilia [a] agi potest, & sanato vulnerato seruo.

Ad §.1. lege Aquilia.

a *Lege Aquilia.* Ratio dubitandi. Cùm seruus qui vulneratus fuerat sanatus est, nihil iam videtur interesse, cùm damnum, quod datum credebatur, amplius nullum sit. Itaque videtur res peruenisse ad eum casum, à quo incipere non potuit *l.quia 16. supr.* Dec. Etiam sanato seruo remanet damnum impendiorum, quę in curationem fieri necesse fuit *l.si seruus 27.§.rupisse.sup.l.3.sup.tit.prox.*

2 ¶Si meum seruum [a] cùm liberum putares, occideris lege Aquilia teneberis.

Ad §.2.Si meum seruum.

a *Si meum seruum.* Ratio dubitandi. Non potest videri damnum aut iniuriam mihi fecisse, qui vulnerauit, aut occidit seruum meum, quem putabat esse liberum, non verberaturus, aut occisurus si meum sciuisset *l.item apud Labeonem 15.§.interdum 45. inf. de iniur.* aut quòd fortè sciret non dari actionem legis Aquiliæ directam pro libero homine vulnerato, quia dominum membrorum suorum nullum habet, nec seipsum quidem *l.liber homo 15.sup.*

Dec. In actione iniuriarum quæ contumeliam exigit, & animum inferendæ iniuriæ, distinctio illa locum habet, non etiam in actione legis Aquiliæ quæ nihil nisi damnum & culpam exigit, non etiam damni dandi voluntatem *l.5.§.1.d.si seruus seruum 27.§.si fornicarius.l.si quis testamento 41. §.vlt.supr.* Non eò minùs autem vtrumque interuenit quod is qui vulnerauit, aut occidit, seruum meum, liberum illum esse putauerit: Sed & qui vulnerauit hominem liberum quasi seruum meum sciuit aut scire debuit etiam liberum hominem suo nomine vtilem habere Aquiliæ actionem *d.l. liber homo.supr.* Pręualet enim quod principale est, illum damnum dare *l.eum qui 18.§.si iniuria eod.ill.tit.*

3 ¶ Cùm stramenta ardentia transilirent: duo concurrerunt, ambóq; ceciderunt, & alter flamma consumptus est. nihil eo nomine potest agi, si non intellegitur, vter ab vtro euersus sit.

Ad §.3.Cùm stramenta.

Ratio dubitandi. In culpa ambo fuerunt qui non prospexerunt posse fieri vt si stramenta eodem tempore transilirent concurrerent, ambóque in flammam caderēt. Culpa enim est si quis non prospicit quod potest euenire, licèt possit etiam non euenire *l.si quis domum 9.§.1.vers.inde quærit. inf. locat.* Nec rursum negari potest alterum ab altero euersum esse: Consequens igitur est vt eius nomine qui flamma absumptus est, actio legis Aquiliæ danda sit domino contra superstitem si liber sit, aut si seruus, contra dominum eius.

Dec. Non deficit ius, sed probatio, vt in *l. duo sunt Titij 30.de testam.tut.l.si eius 34. ad SC. Trebell.* & quoties nihil sine captione inuestigari potest, id semper eligendum est, quod minimum habeat iniquitatis *l.quoties nihil 200.de reg.iur.* Minus autem iniquum est nocentem absolui, aut impunitum remanere, quàm innocentem damnari *l.5. de pœn.* iunge *l.item Mela 11.§.sed si plures, suprà*, & quæ ibi dixi.

4 ¶Qui cùm aliter tueri se non possunt, damni culpam dederint, innoxij sunt. vim enim vi defendere omnes leges, omniáque iura permittunt. sed si defendendi [a] mei causa, lapidem in aduersarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero: tenebor lege Aquilia: illum enim solum, qui vim infert ferire conceditur: & hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam vlciscendi causa factum sit.

Ad l.

Ad §. Qui cùm aliter.

Legendum est *damni causam*, non *culpam* cùm statim sequatur *innoxij sunt*.

Ratio dubitandi. Damnum semper dat qui aut vulnerat aut occidit.

Dec. Vim vi repellere omnes leges, omniaque iura permittunt *l. 3. sup. de iustit. & iur.* dum id fiat, cum moderatione inculpatæ tutelæ *l. 1. Cod. vnde vi.* Quod euenit si is qui vim fecit aliter se tueri non potuit, fecitque tuendi sui duntaxat non etiam vlciscendi causa, vt sequitur in textu. Ergo incontinenti non etiam ex interuallo *l. 3. §. eum igitur de vi & vi armat.* quamuis aliquando ignoscendum sit ei qui se vlcisci voluit prouocatus *l. qui cùm maior 40. §. si libertus 6 de bon. libert.* legibus scilicet Romanis non Christianis & propterea vindicta iuris nõ facti: quę distinctio in hac quęstione summè notãda est. Iunge *l. si ex plagis 52. §. 1. inf. l. 5. C. de metall. lib. 12. tit. 4.*

a *Sed si defendendi.* Ratio dubitandi. Qui defendendi sui causa lapidem proiecit, cùm rem licitam fecerit, non debet teneri, si alium percusserit prætereuntem, de quo offendendo non cogitauit, arg. *l. si putator 31. sup.*

Dec. Illum solum, qui vim infert, ferire conceditur, non alium innocentem, & nihil tale præuidentem. Nec quod offendendi animus desit, facere potest, vt nec damnum vllum sit, quod esse sufficit ad legem Aquiliam inducendam, in qua magis inspicitur quod in veritate est, quàm quod in opinione *l. eum qui 18. § si iniuria. inf. de iniur.* quamuis non ad actionem iniuriarum, quæ iniuriandi animum requirit *d. § si iniuria, & l. 4. eod. ill. tit. de iniur.* Et in iis quæ ab animo pendent magis inspicitur quod in opinione est quàm quod in veritate, *l. 2. versical. non magis, infr. de his quæ in testament. delentur.*

5 ¶ Qui idoneum [a] parietem sustulit, damni iniuria domino eius tenetur.

Ad §. 5. Qui idoneum.

a *Qui idoneum.* Ratio dubitandi. Qui sustulit idoneum parietem, neque vssit, neque fregit, neque rupit *l. si seruum 27. § tertio capite supr.* Dec. Corrupit, quod sufficit *§. inquit lex sup.* Quod si non esset idoneus paries lucrum potiùs, quàm damnum adferre videtur, qui eum tollit ob impensas quas donasse videtur, vt in *l. si seruum 27. § si oliuam supr.*

46. VLPIANVS libro 50. ad Sabinum.

SI vulnerato seruo lege Aquilia actum sit: posteà mortuo ex eo vulnere, agi lege Aquilia nihilominus potest.

Ad l. Si vulnerato 46.

Ratio dubitandi. Non potest ex vno delicto bis agi lege Aquilia, sed eo tantùm casu quo plura sunt delicta, vt in *l. illud 32. § 1. supr.* Hîc autem ponimus non modò vnum esse delictum, sed vnum etiam vulnus. Dec. Qui vulneratus ita fuit, vt ex eo vulnere posteà sit mortuus, intelligitur iam tùm occisus cùm vulnerabatur, vt ex euentu apparoit l. *huic scripturæ 15. §. 1. supr.* nisi per negligentiam potiùs, quàm ex vulnere perierit *l. qui occidit 30. §. vlt. sup.* Ideóque tenetur de occiso, nec quod ante mortem serui fuerit conuentus de vulnerato ex tertio legis capite liberare eum debet, quo minùs possit adhuc conueniri de occiso ex primo capite: alia enim actio est, & ex alia ac noua causa, nisi hâctenus, vt quod actor per priorem actionem consecutus est imputetur ei in posteriorem, arg. *l qui seruum, 4. infr. de oblig. & act.* Et ita hic locus accipi debet vt sequẽs lex ostendit & explicat. Iunge *l. si seruus seruum 27. §. rupisse 17. infr. hoc tit.*

47. IVLIANVS lib. 86. Digestorum.

SEd si priore iudicio æstimatione facti posteà mortuo seruo, de occiso agere dominus instituerit: exceptione doli mali opposita compelletur, vt ex vtroque iudicio nihil amplius consequatur, quàm consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Ad l. Sed si priore 47.

Ratio dubitandi. Nullus facit dolo, qui iure suo vtitur *l. nullus 55. de reg. iur.* Hîc autem vtitur dominus iure suo cùm post seruum mortuum agit de occiso *d. l. huic 15. §. 1. supr.*

Dec. Doli exceptio locum habet, quoties quis per occasionem iuris ciuilis captat lucrũ ex damno alieno contra naturalem æquitatem *l. 1. infr. de dol. except.* Est autem contra naturalem æquitatem, & bonam fidem, vt quis ratione vnius eiusdémque vulneris duplicem æstimationem damni consequatur *l. si quis dolo 51. in fi. inf. de re iudic. l. bona fides 57. de reg. iur.* Itaque sufficit quod plurimum est præstari *l. ex empto 11. §. idem Neratius ait 10. inf. de act. emp. l. quia dicitur 32. infr. de euict.*

48. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

SI seruus, ante aditam hereditatem, damnum in re hereditaria dederit, & liber factus in ea re damnum det, vtraque actione [a] tenebitur, quia alterius, & alterius facti hæ res sunt.

Ad l. Si seruus 48.

Ratio dubitandi. Seruus ne quidem ex delicto, quod in seruitute committit, potest cõueniri, quia cum seruo nulla actio est *l. cum seruo 107. de reg. iur.*

Dec. Noxa caput sequitur, ideóque statim ac incipit seruus habere caput, quod contingit accepta libertate *l. 4. de capitis minutione*, incipit posse conueniri actione ex eiusmodi delicto competente *l. 4. Cod. an seruus ex suo facto.* Iam enim nata fuerat obligatio tempore delicti, *l. serui 14. infr. de obligation. & action.* licèt non possit quandio seruus est conueniri, *dicta lege cùm seruo 107. de regula iuris.* Non enim ideò debet impunitum esse factum serui, quòd crediderit fore vt secum agi

non posset *l.1.§.1.inf.si is qui testam.liber..est ess.iusser.* Alia species est, de qua in *l.2.eod.tit.tit.si is qui testam. liber ess.iuss.sit.*

a *Vtraque actione.* Intellige ob vtrumque delictum, & duabus actionibus, vna in factum quæ competit in duplum ex edicto *si is qui testam. liber. esse iussus est. l.1.ill. tit.* & quæ nascitur ex delicto facto in seruitute. Altera legis Aquiliæ quæ ex secundo delicto, sed aliter atque aliter. Nam ex primo delicto non potuit sanè dari legis Aquiliæ actio, sed in factum merè prætoria, illque ex naturali potiùs, quàm ex ciuili æquitate, de qua in *l.1.§. 1. ill. tit. si is qui testam. liber ess. iuss.* Ex secundo autem delicto admisso post pubertatem conuenitur lege Aquilia, vt alius liber quilibet.

Ratio dubitandi. Non potuit seruus teneri lege Aquilia eo tempore quo damnum prius dedit. Ergo nec eo nomine post libertatem conueniri. Obligari enim lege Aquilia nihil est aliud, quàm obligari ciuiliter, quod in seruum non cadit *dict.l. serui 14.de oblig.& act.*

Dec. Duo sunt delicta & duo damna, licèt in vna eadémque re ab eodem data sint, Et idcirco vtriusque nomine delinquentem teneri æquum est *l.Illud 32.§ 1.supr.* Plura enim delicta etiam in vna & eadem re plures admittunt actiones *l. plura delicta 53.de obligat.& action.* Distingue tamen, an ideò plura sint delicta, quod ex pluribus factis & diuerso tempore factis nascantur, vt hìc: quo casu omnibus vti permissum est, An verò ex vno tantùm facto, & maleficio. Quo casu obtinet quod scriptum est in *dict.l.plura 53.* non posse actorem vti omnibus. Et hoc est quod ait hæc lex, *quia alterius & alterius facti hæ res sunt*, ac si diceret, quia duo sunt delicta diuersis facta temporibus, diuersam quoque rationem habentibus. Vtraque verò actione non tenebitur de culpa etiam leuissima, sed tantùm actione legis Aquiliæ. Alia enim, quæ in factum est, non nisi de dolo competit, vel saltem ex lata culpa, quæ tam sit dolo proxima, vt dolum repræsentet, vt benè notat Accurs.ex *d.l.1.§. non altas. infr. si is qui testam.lib.ess.iuss.*

49. VLPIANVS lib. 9. Disputationum.

SI quis, fumo facto, apes alienas fugauerit, vel etiam necauerit, magis causam mortis præstitisse videtur, quàm occidisse: & ideò in factum actione tenebitur.

Ad l. Si quis fumo 49.

Ratio dubitandi. Etiam in lege Aquilia damnum dedisse videtur, qui occasionem damni dedit *l.qui occidit 30.§.pen.supr.*

Dec. Lex Aquilia eum solum comprehendit, qui corpore suo immediatè damnum, aut damni occasionem dederit *l. ita vulneratus 51.infr. §. vlt. Inst. eod.* Hic autem non suo corpore damnum dedit, qui apes fugauit, aut necauit fumo facto: sed tamen quia non debet tale admissum esse impunitum *d.l. ita vulneratus 51. & l. Stichum aut Pamphilum 95.in princ. de solut.* danda est actio in factum subsidiaria *l.quia actionum 9.infr. de præscriptis verbis.* Iunge *Litem si obsistit 9.§ si quis hominem.supr.*

1 Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum vt videatur damnum iniuria datum, quod cum damno iniuriam attulerit: nisi, magna vi cogente, fuerit factum, vt Celsus scribit circa eum qui incendij arcendi gratia, vicinas ædes intercidit. nam hic scribit cessare legis Aquiliæ actionem: iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perueniret, vicinas ædes intercidit, & siue peruenit ignis, siue antè extinctus est: existimat, legis Aquiliæ actionem cessare.

Ad §.11. Quod dicitur.

Ratio dubitandi. Lex Aquilia id agit tertio capite, vt damnum iniuria datum quodlibet sarciatur. Cauit enim de cætero omni damno, quod damnum sit extra casus comprehensos in primo capite de hominibus & pecudibus occisis § *capite tertio 13.Inst. hoc tit.* Ergo generaliter danda est actio legis Aquiliæ, pro damno quolibet.

Dec. Lex non de damno tantùm locuta est, sed de damno iniuriæ, id est, per iniuriam dato. Iniuriam autem dixit pro culpa *l.5.§.1.supr.l.1.§.1. de iniur.* Culpam ergo omnimodo exigit *l.qui occidit 30. §.penult.supr.l.1. C.eod.* saltem leuissimam *l. in lege 44. supr.* Porrò nulla culpa est eius, qui magna vi cogente puta incendij arcendi causa, & tam iusto metu ductus ædes vicinas intercidit, ne ignis ad suas perueniret. Nec distinguimus an ad eius ædes vsque ignis peruenerit, an prius extinctus sit, sufficit enim vt iustus fuerit metus ne perueniret *l.3. §. pen.de incend.ruin.naufr.* licet ea distinctio locum habeat in *l. si alius 7. §. est & alia. infr. Quod vi aut clam.* Ex præcedenti enim statu & damno æstimanda est culpa, licèt damnum ex postfacto crescat, adeò vt probato damno præsumatur etiam culpa, nisi probetur innocentia, vt hìc Accursius noster notat & probat ex illis verbis huius *§. nisi magna vi*, scilicet cum damnum à sciente datum est: Alioqui culpa in ignorante non præsumitur *l. si putator 31. supr.*

50. VLPIANVS lib. 6. Opinionum.

QVi domum alienam inuito domino, demolit, & eo loco balneas extruxit: præter naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet, etiam damni dati nomine actione subiicitur.

Ad l. Qui domum 50.

Ratio dubitandi. Qui alienam domum dolo malo molitus est, & in eo loco balnea extruxit videtur damnum nullum dedisse, cùm rem pretiosiorè fecerit. Sunt.n. balnea cõmodiora, & ad vsum effectumq; sanitatis & ad vtilitatẽ conductionis.

Dec.

Dec. Quod habet dominus loci balnea, & eorum sit dominus, non habet in lucro ex beneficio eius qui demolitus est, sed suo iure, quia & naturali & ciuili ratione superficies cedit solo *l. 2. sup. de superfic.* Nec eò minùs verum est damnum iniuria datum esse, cùm quis alienam domum demolitus est, quia hîc damnum & culpa est *l. scientiam 45. §. vlt. l. si seruus seruum 27. § si quis aedific. sup. l. 2. C. eod.*

51. IVLIANVS lib. 86. Digestorum.

ITa vulneratus est seruus, vt eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore hæres institutus est: & postea ab alio ictus, decessit. Quæro, an cum vtroque de occiso, lege Aquilia agi possit. Respondit: Occidisse dicitur vulgò quidem, qui mortis causam quolibet modo præbuit. sed lege Aquilia is demùm teneri visus est, qui adhibita vi, & quasi manu causam mortis præbuisset: tracta videlicet interpretatione vocis à cædendo, & à cæde. Rursus Aquilia lege teneri existimati sunt, non solùm qui ita vulnerassent, vt confestim vita priuarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis seruo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex interuallo ita percusserit, vt maturius interficeretur quàm ex priore vulnere moriturus fuerat: statuendum est, vtrumque eorum lege Aquilia teneri. Idque est consequens [a] auctoritati veterum: qui, cùm à pluribus idem seruus ita vulneratus esset, vt non appareret cuius ictu periisset, omnes lege Aquilia teneri iudicauerunt. Æstimatio [b] autem perempti non eadem in vtriusque persona fiet, nam qui prior vulnerauit, tantùm præstabit, quantum in anno proximo homo plurimi fuerit repetitis ex die vulneris trecentum sexagintaquinque diebus, posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit, in quo pretium quoque hereditatis erit. Eiusdem ergo serui occisi nomine alius maiorem, alius minorem æstimationem præstabit. nec mirum cùm vterque eorum ex diuersa causa, & diuersis temporibus occidisse hominem intelligitur. Quòd si quis absurdè [c] à nobis hæc constitui putauerit; cogitet, longè absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potiùs: cùm neque impunita maleficia esse oporteat: nec facilè constitui possit, vter potiùs lege teneatur. Multa autem [d] iure ciuili, contra rationem disputandi, pro vtilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest. vnum interim posuisse contentus ero. Cùm plures [e] trabem alienam, furandi causa, sustulerint, quam singuli ferre non possent: furti actione omnes teneri existimantur: quamuis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri, quia némini verum sit eam sustulisse.

Ad l. ita vulneratus 51.

Ratio dubitandi. Non potest fieri vt quis occidatur bis, aut à duobus alio atque alio tempore, Ergo prior non potest teneri quasi occiderit, sed tantùm quasi vulnerauerit, cùm ex alio vulnere perierit, sed posterior solus qui occidit *l. item Mela 11. §. Celsus, supr.*

Dec. In lege Aquilia vulneratus mortiferè, id est, ex eo ictu ex quo certum sit eum moriturum, habetur pro iam tum occiso *d. §. Celsus.* Rursum dubitari non potest, quin is etiam occiderit qui verè occidit, vterque ergo tenetur. Et hæc Iuliani sententia fuit, cuius est hæc lex, Sed à cæteris prudentibus magis communiter improbata, vt constat ex *d. l. §. Celsus.* nec immeritò. Qui enim mortiferè vulnerauit, ita demum credendum est iam tum occidisse, si ex postfacto id appareat. Superueniens autem secundum vulnus non patuit, vt apparere possit an ex priore vulnere fuerit moriturus, haud secus atque si mortiferè vulneratus posteà incendio vel ruina, vel naufragio periisset *l. huic scripturæ 15. §. 1. supr.* Ideoq; ne nimirum Iulianus tot rationes conquirit, vt opinionem suam quasi dubiam, & aliis suspectam tueatur. Sanè contraria sententia placuit Celso, Marcello, & Vlpiano, qui eam probabiliorem scribit in *d. §. Celsus. & in d. l. huic scripturæ 15. §. 1.* Itémque Caio in *l. illud 32. §. 1. sup.* vbi non distinguitor in eodem vulnerante & occidente an mortiferè vulnerauerit, an non. Quòd vtroque casu nó possit ob primum vulnus teneri, nisi de vulnerato: Qui secundum Iuliani sententiam teneri duplíciter deberet de occiso. Non possum tamen videre cur Vlpianus in *d. l. huic scripturæ,* cùm scribit si seruus vulneratus mortiferè postea ruina, vel naufragio, vel alio ictu maturius perierit de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato, authorem eius sententiæ laudet Iulianum, nisi fortè Iuliano idem accidit, quod alias Papiniano, & Scæuolæ, vt variauerit, & à seipso dissenserit, quod certè nec nouum, nec mirum est. Nam quod tenuit Accursius non fuisse certum in specie *d. §. Celsus, & d. l. 15. §. 1.* quod vulneratus à primo, esset ex eo ictu moriturus, pugnat apertè cùm earum legum verbis. Quid enim aliud est mortiferè quem esse vulneratum, quàm ita vulneratum esse, vt certum sit eum ex illo ictu moriturum?

a *Idque est consequens.* Ratio dubitandi. Cùm à pluribus idem vulneratus est, nec appatet ex cuius ictu perierit, non potest fieri vt non aliquis innocens damnetur, cùm tamen melius sit etiam nocentem absolui *l. si quis absentem 5. inf. de pœn.*

Dec. Ad publicam vtilitatem pertinet vt delicta non maneant impunita *l. 4. § cùm dominus. infr. de noxal. action. l. si à reo 70. §. vlt. de fideiuss. l. qui serui 20. inf. de interrog. act. l. si longius 18. §. 1. sup. de iud. l. per omnes 6. C. de defens. ciuit.* Maximè verò, cùm pœna non nisi pecuniaria est. Nam in lege Cornelia de sicariis nó idē obtineret, arg. *l. vlt. de lege Corn. de sicar.* Et in legibus publicorum iudiciorum potissimum habet locum, quod scriptum est in *d. l. si quis absentem.* Cæterùm ratio hæc Iuliani non benè concludit. Est enim hic casus, in quo sit aliquis ita vulneratus

à pluribus, vt nesciri possit ex cuius ictu perierit, longè dissimilis est ei, quem tractamus in quo certum est eum qui ab alio vulneratus tantùm fuerat, licèt mortiferè à posteriore occisum esse. Iunge *l.* 1. *§. vlt. & l.* 2 *inf. tit. prox.*

b *Æstimatio.* Ratio dubitandi. Non potest eiusdem corporis diuersa & multiplex esse æstimatio.

Dec. Imò potest si ad diuersa tempora & ad diuersas causas respectus habeatur. In proposito autem fit æstimatio hominis à priore occisi inspecto eo quanti plurimi fuit eo anno retrorsum à die vulneris computato *l. ait lex* 21. *§.* 1. *supr.* Quatenus verò à posteriore occisus esset, æstimaretur inspecto eo quanti plurimi fuit anno proximè præterito computando ex die posterioris vulneris: In qua æstimatione continebitur æstimatio hereditatis, quam seruus hic adire potuisset si tam citò occisus non fuisset *l. inde Neratius* 23. *in princ. supr.* Ita fit vt vterque teneatur ex primo capite legis Aquiliæ: Alioqui non esset ineunda æstimatio primi vulneris, nisi quanti plurimi fuisset in triginta diebus proximis *l. si seruus seruum* 27. *& capite tertio & l. quemadmodum* 29. *§. vlt. sup.*

c *Quod si quis absurdè.* Ratio dubitandi. Nunquam ius ciuile patitur quid absurdè dici vel fieri, vulg. *l. nam absurdum* 7 *de oper. liberi.*

Dec. Maioris absurdi euitandi gratia interdum aliquid permittitur quod absurdum videri possit, sicut & aliquid iniqui permittitur nonnunquam ne quid iniquius contingat *l. quoties nihil* 200. *de reg. iur.* Esset autem multò absurdius, neutrum teneri de occiso, quàm vtrumque teneri. Prior enim sententia offendit publicam vtilitatem, cuius semper habenda ratio est: Posterior priuatam quæ semper publicæ postponi debet *Auth. res quæ C. comm. de legat.* ex vetere illa lege 12. tab. quæ nullam penitus patitur exceptionem *salus populi suprema lex esto.* Sed ad hanc rationem alij responderent, non impunita fore maleficia etiamsi dicamus priorem non teneri nisi de vulnerato: Posteriorem verò teneri de occiso: Nec esse adeò difficile dignoscere vter de occiso teneri debeat, cùm dubitare non possit quin teneatur posterior qui verè ac immediatè occidit: Quare nec possum probare quod Accursius notat de rigore iuris neutrum teneri de occiso, Non priorem quia non occiderit: Non posteriorem, quia & sine ipsius ictu vulneratus fuisset mortuus. Nam imò verò vulnus à priore inflictum non facit quo minus certum sit hunc à posteriore occisum. Et si quid in hoc absurdi est & difficultatis, totum est ex parte illius qui prior vulnerauit, quem alij contra Iulianum dixerunt non teneri de occiso: Quamquam videtur certè Iuliani sensus idem fuisse qui Accursij in iis verbis *Cogeret longè absurdius constitui neutrum teneri aut alterum potiùs.*

d *Multa autem.* Videtur his verbis innuere Iulianus & fateri non posse sententiam suam defendi, si mera iuris subtilitas attendatur, sed tantùm ex æquitate, & communis vtilitatis gratia eam admitti oportere. Quasi verò ad publicam vtilitatem non sufficiat posteriorem teneri solum de occiso, si non prior quoque de occiso similiter teneatur, quod sanè durius est, quàm vt admitti possit aut debeat. Itaque ego cum aliis prudentibus contra Iulianum hac parte sentio.

e *Cùm plures.* Ratio dubitandi. Cùm alienam trabem plures furandi causa sustulerunt, quam singuli ferre non possent, verum est dicere, Neminem illorum eam sustulisse, Illud ergo quoque verum est neminem furtum fecisse, nec proinde teneri furti, quo tamen admisso, sequetur impunitum fore delictum, *leg. si plures* 34. *de furt.*

Dec. Verum est omnes simul sustulisse. Quidni ergo omnes simul tenebuntur? Alioqui esset impunitum delictum, quod tantò grauius videri debet, quantò plures fuerunt, qui deliquerunt. Potiùs enim dicendum est tot esse delicta, quot sunt personæ delinquentes. Sed exemplum hoc valde dissimile est: Nec enim sciri hoc casu potest, quis aut priùs aut magis quàm alius deliquerit. Cùm tamen in nostra specie certum sit seruum à posteriore verè ac omnino occisum: A priore verò vulneratum duntaxat mortiferè quidem, sed non tamen vt sequens vulnus non sit passum dignosci an ex primo perierit, cùm tamen certum sit periisse ex secundo.

52. ALFENVS lib. 2. Digestorum.

SI ex plagis seruus mortuus esset: neque id medici inscientia aut domini negligentia accidisset: rectè de iniuria, occiso eo, agitur.

Ad l. Si ex plagis 52.

Ratio dubitandi. Aliud est mortuum quem esse, licèt fuerit antea vulneratus, aliud verò esse occisum. Tenetur ergo tantùm de vulnerato is qui seruum plagis affecit, licèt is posteà sit mortuus.

Dec. Occisus intelligitur quisquis ita vulneratus est vt ex eo vulnere posteà decesserit, dùm ne id per medici inscientiam, aut per negligentiam contigerit *l. qui occidit* 30. *§. vltim. supr.* Sufficit enim vt ex postfacto appareat vulnus lethale fuisse, *l. huic scripturæ* 15. *§.* 1. *sup.* Et in hoc prudentes omnes consenserunt.

1 ¶ Tabernarius in semita, noctu, supra lapidem lucernam posuerat. quidam prætereuns eam sustulerat, tabernarius eum consecutus, lucernam reposcebat, & fugientem retinebat. ille flagello, quod in manu habebat, in quo dolor inerat, verberare tabernarium cœperat, vt se mitteret. ex eo maiore rixa facta, tabernarius ei, qui lucernam sustulerat, oculum effoderat: consulebat, num damnum iniuria non videtur dedisse, quoniam prior flagello percussus esset. respondi, nisi data opera effodisset oculum, non videri damnum iniuria fecisse: culpam enim penes eum qui prior flagello percussit,

percussit, recidere. sed, si ab eo non prior vapulasset, sed cùm ei lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarij culpa factum videri.

Ad §.1.Tabernarius.

Ratio dubitandi. Rupit proculdubio & corrupit qui alteri oculum effodit, & consequenter in verba & sententiam legis Aquiliæ *l.si seruum seruum* 27.§.*inquit lex.sup.*

Dec. Lex Aquilia non modò damnum exigit, sed etiam culpam, quam iniuriæ nomine intellexit *l.5.§.1.l.qui occidit 30.§.pen.sup.* Nulla autē culpa est eius, qui percussus prior flagello, in quo non dolor, vt legit Accursius, sed dolori inerat, id est, in ita cuius virgam latebat pugio, alium percussit, & ei oculos effodit. Quoties enim rixa aliqua fit tota culpa in eum recidit qui prior percussit, & rixæ fuit author & princeps, vt loquitur Paulus in *l. in hoc iudicium 10.infr.de seru.corrupt.* Contra quem etiam præsumendum est, quod quicquid alius fecit ad sui defensionem fecerit, dummodò fecerit incontinenti, non ex interuallo, nisi probetur contrarium, vt Accursius hîc colligit, & ex *l.1.§.cùm arietes.supr.tit.prox.* Noli tamen sic intelligere quasi in quem alios adgressus est debeat expectare, vt prior percutiatur, argum. *l.3.§.eum igitur de vi & vi armat.*

2 ¶In cliuo capitolino duo plostra onusta mulæ ducebant. priores plostri muliones conuersum plostrum subleuabant, quo facilè mulæ ducerent, interim superius plostrum cessim ire cepit. & cùm muliones, qui inter duo plostra fuerunt, è medio exissent, posterius plostrum à priore percussum, retrò redierat, & puerum cuiusdam obtriuerat. dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. respondi, in causa ius esse positum. nam si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent: & ideò factum esset, vt mulę plostrum retinere non possint, atque onere ipso retraherentur: cum domino mularum nullam esse actionem: cum hominibus, qui conuersum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse. nam nihilominùs eum damnum dare, qui, quod sustineret, mitteret sua voluntate, vt id aliquem feriret. veluti si quis asellum, cùm agitasset, non retinuisset. æquè si quis ex manu telum, aut aliud quid immisisset, damnum iniuria datet. Sed si mulæ [a], quia aliquid reformidassent, & muliones timore permoti ne opprimerentur, plostrum reliquissent: cum hominibus actionem nullam esse: cum domino mularum esse. Quòd si [b] neque mulę, neque homines in causa essent: sed mulæ retinere onus nequissent: aut, cùm conniterentur, lapsæ concidissent, & ideò plostrum cessim redisset, atque hi, quò conuersum fuisset, onus sustinere nequissent: neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem: Illud quidem certè quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularū agi non posse: quoniā non sua sponte, sed percussæ retrò redissent.

Ad § 2.In cliuo.

Ratio dubitandi. Lex Aquilia non habet locum nisi cùm quis præcipuè suo corpore ac quodam modo immediatè damnum dedit *l.proxim.supr.§.vlum.Instiut hoc titulo.* Atqui hoc casu neque dominus mularum, neque muliones ipsi corpore suo damnum dederunt, cùm quoque cùm aliqua eorum culpa fuit. Ergo in factum agendum esset potiùs quàm lege Aquilia; siue contra muliones, siue contra dominos mularum.

Dec. Is quoque videtur corpore proprio damnum dare, qui onus quod sustineret, omisit sua voluntate, vt aliquem feriret. Non minùs, quàm si quis ex manu telum, aut quid aliud immisisset. Debent ergò lege Aquilia teneri aut mularū domini, aut muliones secundum distinctionem hîc positam, prout eorum quisque in culpa fuit, & damni causam dedit: Culpa sanè mulionum est si mulas nimis onerauerint, eàque res damno causam dederit *l.qua actione 7.§ sed si quis plus, supr.*

a *Sed si mulæ.* Ratio dubitandi. Non potest imputari domino metus subitus mularum, si nihil per mulionis imperitiam factum sit. Non ergo debet teneri lege Aquilia quæ culpam exigit.

Dec. Non quidem tenetur proprio nomine & lege Aquilia simplici, sed tenetur tamen Aquilia noxali, vt vel damni æstimationē præstet, vel mulas ipsas noxæ dedat *l.si seruus seruum 27.§.1. vbi dixi supr.*

b *Quòd si.* Ratio dubitandi. Damnum hoc contigit facto mularum: Quidni ergo partia noxalis Aquilia hoc casu contra dominum datur, aut actio de pauperie ex *tit.prox.praced.*

Dec. Non tenetur dominus ex facto mularum, nisi cùm vicio mularum, aut aliarum pecudum damnum datum est. Hic autem vicium mularum nullum fuit. Alia causa est stipulationis damni infecti, quam præstare interdum cogitur etiam dominus incolumium ædium si vicinus sit viciosarum quæ decidentes in incolumes damnum dederint vicino: nempe quia imputare sibi is debet, cur non petierit caueri sibi priùs à domino viciosarum *l. qui bona 13.§. cùm inter. infr. de damn. infect.*

3 ¶Quidam boues vendidit ea lege, vti daret experiundos: posteà dedit experiundos. emptoris seruus in experiundo percussus ab altero boue cornu est. quærebatur, num venditor emptori damnum præstare deberet. respondi, si emptor boues emptos haberet, non debere præstare. sed si non haberet emptos: tum, si culpa hominis [a] factum esset, vt à boue feriretur, non debere præstari: si vitio bouis, debere.

Ad §.3. Quidam.

Ratio dubitandi. Damnum cōtingens post perfectam emptionem in re vendita, pertinet ad emptorem, non ad venditorem: Emptio autem nudo consensu perficitur *l. necessario 8. & tot. titul. de peric. & comm. rei vend. l. §. cùm autem. Instit. de empt. & vendit. l. Lucius 1. infr. de euict.* Multò minùs potest ad venditorem pertinere damnum quod contigerit per occasionem rei venditæ.

Dec. Non semper emptio perfecta est ob solam conuentionem precij, sed & tantum casu quo nihil aliud faciendum superest, vt cernere est in venditionibus quæ fiunt in scriptis, de quibus in *l. contractus 17. C. de fid. instrument.* Nihil enim actum videtur quandiu aliquid superest agendum *l. pen. C. de his quæ vt indign.* Hic autem fuerant boues venditi ea lege vt daret eos venditor emptori experiundos. Quo casu potest aliquando id agi vt nondum perfecta venditio sit, aliquādo vt iam sit perfecta, sed resolui possit sub condicione si displicebunt, vt in *l. 1. de in diem addict. l. 1. de leg. commiss.* Verè igitur respondet I.C. cum distinctione *Si emptor boues emptos haberet.*

a *Si culpa hominis.* Ratio dubitandi. Cùm emptor non haberet boues emptos, venditor eorum dominus manet, Ergo de damno teneri omnimodo debet. Dec. Non potest venditor teneri ex culpa serui emptoris, sed totam eam culpam in dominum serui recidere necesse est. Ergo distingui oportet an serui, quem bos cornu ferit, culpa aliqua interuenerit an non, vt primo casu non teneatur venditor, Posteriore verò teneatur lege Aquilia noxali ex vicio bonis, quia eùm venditor bonem recipit, omnia rectè aguntur, inquit Accur. ex *l. quia redhibito 9. sup. de alien. iud. mutand. caus. fact. l. quòd si nolit 31. in princ. inf. de adil. edict.*

4 ¶Cùm pila complures luderent, quidam ex his seruulum, cùm pilam percipere conaretur impulit, seruus recidit, & crus fregit: quærebatur, an dominus serui lege Aquilia cum eo, cuius impulsu ceciderat, agere potest. respondi, non posse: cùm casu magis, quàm culpa videretur factum.

Ad §. vlt. Cùm pila.

Ratio dubitandi. Damnum proculdubio dedit, & quidem suo corpore, qui seruum impulit, atque ita seruum coegerit vt caderet, & crus frangeret.

Dec. Non sufficit damnum datum esse, nisi etiam culpa aliqua interuenerit. Hic autem nulla culpa eius est, qui seruulum impulit, magísque casu quàm culpa damnum contigit, propter naturam ludi quæ illa est, vt alius alium impellat. Etsi ludus quoque noxius in culpa est *l. nam lusus 10. sup.* Iunge *Item Mela 1. in princ. supr.*

53. Neratius lib. 1. Membranarum.

Boues alienos in angustum locum coēgisti, eóque effectum est, vt deiicerentur. datur in te, ad exemplum legis Aquiliæ, in factum actio.

Ad l. Boues 53.

Ratio dubitandi. Qui alienum pecus in agro suo deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, Et ni id faciat tenetur lege Aquilia *l. Quintus 39. §. 1. sup.*

Dec. Non debet vtique impunitum esse factum, Et ideò datur hoc casu in factum actio: Sed legis Aquiliæ locum hîc habere non potest, quia is qui boues alienos coegit in angustum locum, quamuis ex eo factum sit, vt deiicerentur, non ideò videtur eos deieciſſe, neque suo corpore præcipuè & immediatè damnum dediſſe, quod tamen necesse est, vt directæ actioni legis Aquiliæ locus fiat *§. vlt. Instit. hoc titul. & l. ita vulneratus 51. sup.* Iunge *l. nam etsi præcipitata 51. inf. de furt.*

54. Papinianus lib. 37.

Legis Aquiliæ debitori competit actio, cùm reus stipulandi ante moram promissum animal vulnerauit. idem est, & si occiderit animal. quòd si, post moram [a] promissoris qui stipulatus fuerat, occidit, debitor quidem liberatur [1]: lege autem Aquilia hoc casu non rectè experietur: nam creditor ipse sibi potiùs, quàm alij, iniuriam fecisse videtur.

Ad l. legis Aquiliæ 54.

Ratio dubitandi. Cùm creditor promissum animal vulnerauit aut occidit, ipse sibi magis quàm debitori fecit iniuriam, cùm debitor liberetur morte serui ante moram contingente *l. si ex legati 23. infr. de verbor. obligat. l. proxim. infr.* Non est igitur danda legis Aquiliæ actio debitori contra creditorem, sicuti nec contra extraneum *l. arbitrio 8. §. vlt. sup. de dol.*

Dec. Cùm seruus promissus tantùm vulneratus est, negari non potest quin damnum sentiat debitor, qui hoc casu remanet obligatus, Et consequenter cùm sit dominus serui vulnerati non alij quàm ipsi potest competere actio legis Aquiliæ, quæ semper competit domino. Cùm autem seruus à stipulatore occisus est ante moram promissoris, licèt contingat ei liberatio, vt nullum ex hac parte damnum sentire videatur, ita vt moriatur hoc casu seruus lucro debitoris, quomodo loquitur *leg. filiusfamilias 114. §. vltim. de leg. 1.* verè tamen damnum sentit, quia commodum illud amittit, quod ex promisso seruo percipere potuisset in eum vsque diem, quo eum tradidisset ad se liberandum: Præter id quod multa poterant accidere, propter quæ fieret, vt nunquam seruum præstare teneretur. Quid enim si stipulator posteà sine herede decessisset, nec filius bona eius occupare voluisset? vt in *l. haberè*

here licere 37. de euict. Quid si pactus fuisset de non petendo? inspecto igitur præsenti statu, verum est & damnum promissori eodémque domino datum esse, & culpam stipulatoris interuenisse, qui promissum seruum occidit. Quidni ergo Aquilia tenebitur? Nec enim indiget debitor liberatione, quandiu nihil adhuc ab eo peti potest, neque rursum liberatur nisi per consequentias, quæ attendi non solent *l. 1. de author. tutor.* Nec pro modico haberi debet damnum illud medij temporis, in quo potuerit hereditas aliqua opulentissima domino per seruum obuenire. Cuius damni licèt ratio haberi nulla possit antequàm hereditas obtigerit, scilicet vt veniat in æstimationem, Hactenus tamen habenda est vt saltem æstimatio serui venire debeat. Aliud tamen esset si non ab ipso stipulatore, se ab extraneo seruus occisus fuisset *d. l. arbitrio 18. §. vlt. sup. de dolo.* vbi dixi rationem diuersitatis. Iunge *l. prox. infr.* vbi Paulus apertè scribit in hoc tractatu differre creditorem ab extraneo extra casum illius legis.

a *Quòd si post moram.* Ratio dubitandi. Etiam cùm post moram promissoris stipulator promissum hominem occidit, iniuriam tamen fecit, & damnum dedit promissori, quem non eo minus verum est manere dominum, & per eum si occisus non fuisset, potuisse acquirere sibi hereditatem: Nec enim mora sola modus est transferendi, aut amittendi dominij. Quidni ergo etiam hoc casu lege Aquilia poterit agere promissor contra stipulatorem?

Dec. Non debet promissori frustratio sua prodesse contra creditorem, qui moram passus est *l. hominem 37. in fi. infr. mandat.* Ne alioqui melioris sit condicionis qui moram contraxit, quàm si non contraxisset: Sed eadem in omnibus haberi ratio debet, quæ fuisset si mora nulla interuenisset ex reg. *l. iure ciuili 24. de condic. & demonstr. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* Quo casu promissus homo iam factus fuisset stipulatoris, nec alienum sed suum hominem stipulator occidisset. Aliud ergo est si homo duntaxat vulneratus sit, quia hoc casu interest omnimodo promissoris, qui non liberatur, & consequẽter solus ex eo vulnere damnum patitur. Ideóque loquitur hîc Papinianus de occiso tantùm, non etiam de vulnerato.

b *Debitor quidem liberatur.* Ratio dubitandi. Non liberatur debitor per mortem serui contingentem post moram *d. l. si ex legati 23. de verb. oblig.* quoniam mora perpetrat obligationem *l. si seruum 91. § sequitur & §. vlt. eod.*

Dec. Factum cuique suum nocere debet non alteri *l. factum 155. l. in condemnatione 137. §. pen. de reg. iur.* nec debet alteri per alterum iniqua condicio inferri *l. non debet 74. eod.* Ergo cùm stipulator ipse promissum hominem occîdit, non potest non liberari debitor, qui stipulatoris ipsius facto impeditur ne præstare possit quod promisit, sed non ideò tamen dabimus huic debitori actionem legis Aquiliæ contra stipulatorem, eundem que occisorem, cùm is sibi potiùs quàm alij iniuriam fecisse videatur. Inspiciendum enim est maximè quid qua mente fiat *l. nauis 6. infr. ad leg. Rhod. de pact. l. etiam 18. §. 1. infr. solut. matrim.*

55. PAVLVS libro 22. Quæstionum.

STichum aut Pamphilum promisi Titio: cùm Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit. Quæsitum est de actione legis Aquiliæ. Respondi: Cùm viliorem occidisse proponitur: in hunc tractatum, nihilum differt ab extraneo creditor. quanti igitur fiet æstimatio? vtrùm decẽ milium, quanti fuit occisus: an quanti est [a], quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? & quid dicemus, si & Pamphilus decesserit sine mora? iam pretium [b] Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor. & sufficiet fuisse pluris, cùm occideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione [c], etiam si post mortem Pamphili intra annum occidatur, pluris videbitur fuisse.

Ad l. Stichum 55.

Ratio dubitandi. Cùm stipulator occîdit promissum hominem ante moram promissoris, qui plures sub disiunctione promiserat, siue vilior siue preciosior occisus sit, remanet debitor obligatus *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut.* vtroque igitur casu indistinctè dicendum est competere debitori actionem legis Aquiliæ, non minùs contra creditorem, quàm contra extraneum.

Dec. Cùm vilior occisus est, solus preciosior in obligatione remanet, ideoque non potest liberari debitor, nisi soluendo preciosiorem, cùm antea potuisset liberari soluendo viliorem *d. l. Stichum 95. de sol.* Nihil ergo hac parte interest inter creditorem & extraneum; Nam etsi extraneus occidisset viliorem, tanti esset ille ęstimandus quanti est preciosior qui dandus omnimodo est, cùm tanti interfuit promissoris, sed cùm preciosior occisus est, non potest pluris æstimari propter viliorem superstitem, quàm quanti fuit toto eo anno præterito retrorsum computando, quia potest liberari dando viliorem: Et hoc casu differt extraneus à creditore, Nam contra extraneum æstimandus est preciosior quanti plurimi fuit, & tota æstimatio venit in legem Aquiliam: Contra creditorem verò æstimatur preciosior detracta æstimatione vilioris qui dandus fuisset omnimodo si preciosior occisus nõ fuisset nec datus: Aut si viliorem adhuc petere velit creditor, qui preciosiorem occîdit, potest quidem pro suo iure facere, sed eo casu præstabit ex lege Aquilia totam preciosioris æstimationem.

a *An quanti est* Et in hanc partem inclinat Paulus, vt vilior tanti debeat æstimari, quanti est preciosior superstes, qui omnimodo dari debet. Tanti enim reuera interest debitoris, siue ab extraneo, siue à creditore vilior occisus sit. Quid? Nónne etiam defuncti vilioris precium potest debitor soluere? Minimè verò, solus enim is qui superest, remanet præcisè in obligatione *d. l. Stichum aut Pamphilum*, Nec est contrarium quod Vlpianus scribit in *l. cætera 47. §. sed si Stichus de leg. 1.* in illis verbis *fortassis vel mortui precium* Sunt enim verba illa irreptitia & delenda. Alioqui secum pugnaret Vlpianus

cùm ſcribat in præcedentibus ſi Stichus aut Pamphilus legatus ſit,& alter deceſſerit,alterum omnimodo præſtandum. Quid enim aliud eſt *omnimodo* quàm præciſè?vel ſolùm,vt loquitur *d.l.Stichum*,id eſt,ſine electione præſtandi precij alterius,qui defunctus eſt?

b *Iam precium*, legendum eſt *An precium*? Eſt enim hæc quæſtio,vt ex nota interrogationis conſtat. Et ad eam reſpondetur ſequentibus illis verbis *& ſufficiet*. Ratio dubitandi. Cùm poſt mortem Stichi deceſſit Pamphilus,qui erat precioſior,idque ante moram promiſſionis,liberatur promiſſor à præſtatione Pamphili. Ceſſat igitur ratio propter quam diximus in præcedente ſpecie pluris æſtimandum Stichum ob precium Pamphili.

Dec. In lege Aquilia æſtimatur, quanti plurimi res fuit anno retrorſum computato *l. ait lex 21. §. 1. ſup.* Verum autem eſt Stichum tanti æſtimandum fuiſſe cùm occideretur, quia tunc viuebat adhuc Pamphilus, non ergo poteſt eius minui æſtimatio quamuis poſteà contigerit mori Pamphilum ante moram,Et ſufficiet pluris fuiſſe Stichum, cùm occideretur, vel intra annum retrorſum computandum.

c *Hac quidem ratione.* Ratio dubitandi. Cùm poſt mortem Pamphili qui erat precioſior, Stichus vilior occiſus eſt, non ideò pluris æſtimandus eſt Stichus,quòd omnimodo præſtandus ſit Pamphilus,qui amplius præſtari non poterat eo tempore quo occidebatur Stichus.

Dec. Creſcit æſtimatio Stichi propter Pamphilum,etiam poſt mortem Pamphili, quia in lege Aquilia æſtimatur res quanti plurimi fuit eo anno retrorſum computato *d.l.ait lex 27.§.1.ſupr.* Verum autem eſt eo anno potuiſſe præſtari Stichum,& retineri Pamphilum. Ponimus enim Stichum deceſſiſſe intra annum computandum à morte Pamphili:ſic in *l.dolo §.vlt.& l.ſeq.infr.de ſeru.corrupt.*

56.PAVLVS lib.2.Sententiarum.

MVlier,ſi in rem viri damnum dederit,pro tenore legis Aquiliæ conuenitur.

Ad l.Mulier 56.

• Ratio dubitandi & decidendi,eadem quę ad §. *ſi cùm maritus 30. l.ſi ſeruus ſeruum 27.ſup.hoc tit.* vbi monuimus intelligendam ita eſſe hanc legem, vt mulier ſi conſtante matrimonio lege Aquilia conueniatur, non teneatur quanti plurimi res eo anno fuit, ſed tantùm in ſimplum fauore nuptiarum ex *l.vlt.inf.de ſeru.corrupt.*vt non ſit hoc caſu pœnalis actio, quæ alioqui non poſſit dari inter coniuges conſtante matrimonio *l.1.C.rer.amot.* Itaque magis dicenda eſt hęc actio in factum,quę datur ad exemplum & in ſubſidium legis Aquiliæ *l. quia actionum 11.de præſcr.verb.* quàm actio legis Aquiliæ quę ſemper pœnalis eſt & quidem tota licèt non totaliter, vt dixi ad *l.item Mela 11.§.ſed ſi plures ſupr.*Idq; eſſe videtur quod ſignificant verba illa huius legis *Pro tenore legis Aquiliæ.*

57.IAVOLENVS lib.6.ex Poſterioribus Labeonis.

EQuum tibi commodaui,in eo tu cùm equitares, & vnà cùm plures equitarent, vnus ex his irruit in equum,téque deiecit:& eo caſu crura equi fracta ſunt. Labeo negat, tecum vllam actionem eſſe. ſed, ſi equitis culpa factum eſſet, cum equite ſanè ª,non cum equi domino ᵇ,agi poſſe verum puto.

Ad l.vlt.Equum.

Ratio dubitandi. Commodatarius tenetur de culpa etiam leuiſſima, debetq; præſtare diligẽtiam quàm maximam, quia commodatũ fit in gratiam ſolius commodatarij *l. 5. §. nunc videndum infr.commod.l.contractus 23.de reg.iur.*

Dec.Nulla hoc caſu culpa eſt commodatarij,ne quidem leuiſſima: Ideoq; ceſſat Aquilia,quæ culpam aliquam exigit ſaltem leuiſſimam *l.in lege 44. ſup.*quę potrò hîc nulla eſt,vt in *l.vlt.inf.cõmod.*Ceſſat etiam actio commodati *d.l.vlt.* quod hæc lex ſignificat iis verbis *Negat tecum vllam actionem eſſe.*

a *Cum equite ſanè.* Ratio dubitandi. Non eſt danda actio ei cuius nihil intereſt *l.3.§.1.l.ſtipulatio iſta 38. §.alteri inf.de verb.obl.*Hic autem nihil intereſt commodatarij, qui cùm in culpa nulla ſit, ne quidem leuiſſima,ab eo qui cõmodauit conueniri, vt proximè diximus,non poteſt:Nec rurſus poteſt Aquilia dari commodatario,etiamſi eius intereſt,ſed ſoli domino *l.Item Mela 11.§.legis autem & paſſ ſupr.*

Dec. Poteſt quidem intereſſe commodatarij,ſi quid fortè in curationem equi impenderit, aut ex caſu equi damnum ipſe aliquod paſſus ſit:Nec debet impunitum eſſe factum equitis, qui ſolus deliquit, & culpa damnum dedit, ſed tamen non poteſt ea res dare actionem legis Aquilię commodatario *d.§ pen.*& ideò ſic debet hic locus intelligi, vt cum equite dominus poſſit agere,non commodatarius,vt mox dicemus.

b *Non cum equi domino.* Videtur hæc adiectio non modò inepta ſed etiam ſuperflua: Nec enim dubitari poteſt, quin dominus equi nulla teneatur actione, cùm ſolus ipſe damnum ſenſerit, & de eo potiùs dubitandum eſſet , an commodatarius ipſi domino teneretur lege Aquilia, aut commodati, quod proximè negatum eſt. Tota enim huius legis quæſtio eſt, Contra quem danda ſit actio legis Aquiliæ equi domino, An contra commodatarium, an contra equitem, nõ etiam vtrum commodatario aduerſus dominum, quod nullo caſu fieri poteſt nec ſi cõmodatarij interſit, vt modò diximus ex *d.l.item Mela 11.§.legis autem ſup.* Sũt ergo hęc verba imperiti interpretis,ideoq; delenda. Quod non videtur percepiſſe Accurſius, qui huius verſiculi rationem hanc reddit, quod culpa equitãtis damnum datum ſit, non vitio equi, quaſi ſi vitio equi id cõtigiſſet,cum equi domino agi deberet. Quod ego quidem admitterem ſi damnum ab equo datum eſſet, At nos eum caſum tractamus quo damnum datum ſit non ab equo,ſed ipſi equo.

DE HIS QVI EFFVDERINT, VEL DEIECERINT.

TIT. III.

1. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

PRÆTOR ait de his qui deiecerint, vel effuderint: *Vnde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, deiectum, vel effusum quid erit: quantum, ex ea re damnum datum, factúmve erit, in eum, qui ibi habitauerit, in duplum, iudiciū dabo, si eo ictu homo liber perisse dicetur: quinquaginta aureorum iudicium dabo, si viuet, nocitúmque ei esse dicetur: quantum ob eam rem æquum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari: tanti iudicium dabo: si seruus, insciente domino, fecisse dicetur, in iudicio adiiciam, aut noxam dedere.*

1 ¶ Summa cum vtilitate id prætorem edixisse, nemo est, qui neget, publicè enim vtile est, sine metu, & periculo, per itinera commeari.

Ad l. 1. & §. 1. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Iniquum est vt ex alterius delicto quis vnquam damnetur: debet enim pœna sequi suos authores *l. si pœna 10. inf. de pœn. l. sancimus 22. C. eod.* Et tamen ex hoc edicto contingit interdum vt ex facto alterius alter teneatur. Imò & interdum cùm nullius factum intercessit §. *quod cùm suspenderetur & §. seq. & §. vlt.* iunct. *l. 2. & 3. inf.*

Dec. Summa cum vtilitate & æquitate Prætor hoc edictum proposuit, quia publicè interest sine metu & periculo per itinera, siue publica, siue priuata commeari, vt hîc: Et ad inhabitantium curam pertinet vt prouideant ne quid ex domo deiiciatur vel effundatur quod transeuntes siue consistentes possit lædere: Debet enim inhabitator suorum omnium, quorum opera vtitur, factum præstare *l. vnic. infr. furt. aduers. naut. caup. vel stabul.*

2 ¶ Parui autem interesse debet, vtrùm publicus locus sit, an verò priuatus: dummodò per eum vulgò iter fiat: quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur. semper enim ea loca, per quæ vulgò iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. Ceterùm [a] si aliquando vulgus in illa via non commeabat: & tunc deiectum quid, vel effusum, cùm adhuc secreta loca essent, modò cœpit commeari: non debet hoc edicto teneri.

Ad §. 2. Parui autem refert.

Ratio dubitandi. Fauorabilior est locus publicus, quàm priuatus, propter admixtum fauorem boni publici *Tit. ne quid in loco public.*

Dec. Hoc edicto Prætor prospicit omnibus iter facientibus, nec publicis viis studet: Publicéque interest vt etiam priuata loca per quæ vulgò iter fieri solet non minorem habeant securitatem, quàm publica *l. hoc edictum 6. infr. l. si putator 9. supr. tit. prox.*

a *Ceterùm.* Ratio dubitandi. Verum est eo tempore quo agitur viam esse locum illum in quem quid effusum vel deiectum est: Ergo debet ad hoc edictum pertinere.

Dec. Damni dati tempus inspiciendum est non actionis institutæ. Nihil autem imputari potest ei qui effudit vel deiecit in locum eo tempore secretum, & per quem vulgò iter non fiebat: Nec enim ex postfacto delicti culpa nasci potest *l. serui 17. §. 1. infr. de furt.* vt nec delicti æstimatio crescere, vt habet iuris regula.

3 ¶ Quod cùm suspenderetur, decidit: magis deiectum videri. sed & quod suspensum decidit, pro deiecto haberi magis est. Proinde [a] & si quid pendens effusum sit, quamuis nemo hoc effuderit: edictum tamen locum habere, dicendum est.

Ad § 3. Quod cùm suspenderetur.

Ratio dubitandi. Non deiecit qui suspendit, cùm ideò quid suspendatur ne deiiciatur: Et multum interest an quid adhuc fiat, an factum iam sit, *l. si quis id quod 7. § quòd si sup. de iurisd.*

Dec. Perinde factum intercedit suspendentis, atque deiicientis, & culpa quoque, siue malè suspendat, siue iam malè suspenderit. Nam & quod suspensum decidit pro deiecto haberi magis est, vt hîc. Potuit enim & debuit præuidere is, qui suspendit, futurum vt si malè quid suspenderetur, breui decideret.

a *Proinde.* Ratio dubitandi. Qui suspendit non effudit. Ergo ex hoc edicto non potest teneri de effuso.

Dec. Debuit æquè hic prospicere posse hoc euenire, vt si malè suspēderetur, postea tandem effun-

deretur, & ideò in colpa est qui non præuidit quod euenire potuit, Et quod diligẽs paterfamilias præuidere debuisset *l. si quis domum 9 §. 1. vers. it. de quarit. vel locat.* Itaque culpa hîc præcedit casum. Vtilis tamen his casibus non, directa actio ex hoc edicto competet, quasi cessantibus verbis edicti, non sententia, vt notat Accursius ex *l. si quis id quod 7. supr. de iurisd.* Sed non fuit curiosior Vlpianus in hoc notando, Ideò fortasse quia actio directa quæ ex hoc edicto datur non aliud nomen habet quàm actionis in factum, quo nomine vtiles quoque & subsidiariæ actiones significantur *l. quia actionum 1. infr. de præscr. verb.*

b *Quamuis nemo.* Nam si alius effunderet, solus is ex hoc edicto teneretur non ille qui anteà malè suspendisset, quia posterioris culpæ mora esset passa apparere an prior malè suspendisset, vt in *l. huic scriptura 15. §. 1. sup. tit. prox.*

4 ¶Hæc in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cùm quid deiieeretur, vel effunderetur: non in dominum ædium: culpa enim penes eum. nec adiicitur culpæ a mentio, vel inficiationis, vel in duplum detur actio: quamuis damni iniuriæ vtrumque exiget.

Ad §. 4. Hæc in factum.

Ratio dubitandi. Ex ædibus damnum datum est, ergo in dominum ipsum ædium dari actio debet.

Dec. In eum dari debet actio, qui est in culpa: Nulla autem culpa est domini si quid ex ædibus in viam deiectum sit: sed inhabitatoris, nisi fortasse velit quis imputare domino cur tam malum & imprudentem habitatorem elegerit, quem ab initio reiicere potuit, vt in specie *l. vnic. ad fi. inf. furt. aduers. naut. caup. stab.* Sed id remotius est, quàm vt dominus eo nomine teneri debeat. Nisi & ipse in eadem domo habitet, vt in *d. l. vnic.* Alioqui verendum esset ne eius periculi metu non reperiretur qui ædes suas alij locare vellet, quod absurdum esset, arg. *l. illud 40. sup. de hered. pet.*

a *Nec adiicitur culpæ.* Locus hic videtur corruptus & ita restituendus *Nec culpæ adiicitur mentio inficiationis, vt in duplum detur actio.* Sensus enim est differre actionem ex hoc edicto ab actione legis Aquiliæ, quòd illa ab initio non datur nisi in simplum, in duplum verò ita demùm si reus inficiatus sit *l. 2. §. 1. supr. tit. 1.* Lis enim eo casu per inficiationem crescit *l. 4. C. eod.* Hæc autem datur ab initio in duplum sicus & actio De seruo corrupto etiam aduersus confitentem *l. doli 5. § hac actio infr. de seru. corrupt.* neque in ea crescit lis per inficiationem. Cæterùm vtraque actio, id est, & hæc & legis Aquiliæ culpã exigit, licèt huius edicti verba nihil de culpa exprimant: Nec enim esset puniendus, maximè verò tam grauiter, is qui culpa careret. Interpretem decepit, quod nec culpæ mentio vlla fiat in edicto. Sed sequentia illa *quamuis damni iniuriæ vtrumque exigat*, ostendit satis versiculum hunc non ad culpam pertinere, sed tantùm ad inficiationem: Alioqui sensus esset neque culpam in hoc edicto exigi, neque inficiationem, quod euidenter falsum est, vt præcedentia illa probãte, *Culpa enim penes eum est:* Licèt Accursius notet nullam hîc culpam exigi in facto, sed tantùm ante factum. Quod falsum est. Exigitur enim semper aliqua culpa deiicientis vel effundentis, siue homo liber ille sit, siue seruus. Idque est quod dici solet, ob alterius culpam plerunque teneri quem ex hoc edicto *§. 1. Instit. de oblig. quæ ex quasi delict. nasc.*

5 ¶Sed cùm homo liber periit, damni æstimatio non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest: sed quinquaginta aureorum condemnatio fit.

Ad §. 5. Sed cùm homo liber.

Ratio dubitandi. Etiam cùm liber homo perit, damnum fit, & quidem tantò maius, quantò maior ratio habenda est hominis liberi, quàm serui. Et verò facilè fiet, vt pluris æstimetur seruus, condemnato in duplum eo, qui ambulantem eum in via occiderit, quàm si liber homo esset occisus, cùm non nisi quinquaginta aureorum pœnam Prætor edicto statuat.

Dec. Occiso libero homine non potest fieri æstimatio in duplum, quia duplum non nisi ex comparatione simpli potest constitui, simplum autem hîc nullum esse potest, cùm in libero homine nulla corporis fieri æstimatio possit *l. vlt. inf. l. 2. §. 2. versic. Corporum infr. de leg. Rhod. de iact. l. 3. supr. si quadrup. paup. fecis. dicet. §. 1. vers. ob hominem Instit. de obligat. quæ ex quasi delict. nasc.* Aliam ergo æstimationem fieri oportuit quinquaginta scilicet aureorum indistinctè ex edicti Prætorij verbis.

6 ¶Hæc autem verba, *Si videt, nocitúmque ei esse dicetur*, non pertinent ad damna, quę in rem hominis liberi facta sunt, si fortè vestimenta eius, vel quid aliud scissum, corruptumve est: sed ea, quæ in corpus eius admittuntur.

Ad §. 6. Hæc autem verba.

Ratio dubitandi. Etiam ei nocetur cuius vestimenta scissa vel corrupta sunt, aut quid aliud. Ergo ad ea quoque hoc edictum ea ipsis verbis pertinet.

Dec. Articulus *ei* quo Prætur vsus est personam ipsam significat & corpus personæ, non ipsius res, & bona. Itaque non pertinet hoc edictum ad alia damna, quàm quę in corpus hominis liberi admissa sunt. In seruo nihil tale quæri potest qui nec vestimenta quidem sua propria habere potest. Sanè cum hominis liberi corpus læsum est, dubitandum non est, quin iudex computare debeat mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia in curationem facta, itemque operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus sit *l. vlt. infr.*

7 ¶Si filiusfamilias cœnaculum conductum habuit & inde deiectum, vel effusum

quid

quid sit: de peculio in patrem non datur: quia non ex contractu venit. in ipsum itaque filium hæc actio competit.

Ad §.7. Si filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Cùm filiusfamilias cœnaculum conduxit, & inde quid deiecit vel effudit, non alia de causa tenetur ex hoc edicto, quam quia inhabitator est §.4. *sup.* nec rursum inhabitator est nisi quia conduxit: Atqui ratione conductionis potest conueniri pater de peculio, quia ex contractu actio venit *l.1.3. & pass. D. de pecul.* Ergo & pro iis omnibus quæ cōductioni sunt quodammodo consequentia.

Dec. Semper proxima & immediata actionis causa spectanda est, proxima siquidem causa magis influit, quàm remota, vt aiunt Philosophi. Hæc autem actio non ex contractu venit, sed ex culpa, & quasi delicto: quo casu non datur actio de peculio: Filius ergo ipse conueniendus est, quia & conueniri potest *l. filiumfamilias 39. de oblig. & action. l. tam ex contractibus 49. infr. de noxal. action.* Seruus autem quia nulla penitus actione conueniri potest *l. cùm seruo 107. de reg. iur.* obligat et dominum actione noxali §. *prox. infr.* quæ actio noxalis è contrario nunquam datur ex negotio gesto *l. vlt. §.1. inf.*

8 ¶Cùm seruus habitator est: vtrùm noxalis actio danda sit, quia non est ex negotio gesto: an de peculio, quia non ex delicto serui venit: neque enim rectè serui dicitur noxa, cùm seruus nihil nocuerit. sed ego puto, impunitum seruum esse non oportere: sed extra ordinem officio iudicis, corrigendum.

Ad §.8. Cùm seruus.

Ratio dubitandi. Hæc actio non venit ex negotio gesto, Ergo danda non est actio de peculio, quæ ex negotio gesto tantùm nascitur *l.3. § si seruus de pecul.* non etiam noxalis *l. ex contractibus 49. infr. de noxal. act.* Et consequenter videtur danda noxalis, cùm alterutra dominum teneri necesse sit, ne alioqui maneat impunitum factum serui. Rursus videtur danda actio de peculio potiùs quàm noxalis, sicut & ex quasi contractu serui aut filij familias datur de peculio *l. si filiusfamilias 14. supr. de neg. gest.* quia non ex delicto actio venit. Nec potest rectè dici noxa serui, cùm seruus ipse nihil nocuerit, Noxa enim à nocendo dicta est.

Dec. Neutra hoc casu potest competere si seruus inhabitator ædium, ex quibus deiectum aliquid vel effusum est, non ipse deiecerit, sed alius eo ignorante, quamuis cæterorum inhabitantium factum præstare debeat *l. pen. § habitator infr.* Quòd si ipse deiecerit, tenetur vtique ex proprio delicto, nec dubitandum est, quin hoc casu noxalis competat, vt & in *l. si seruus nauem 42. infr. de furt.* Cæterùm nec primo casu impunitum esse oportet seruum, qui tùm etiam cùm non nocuit, contra edictum tamen fecit. Est igitur extra ordinem officio iudicis corrigendus. Quamquam hoc quoque mihi valde suspectum est, Quis enim possit esse Iudex contra seruum, contra quem iudicium nullum exerceri potest? *l. cùm seruo 107. de reg. iur.* nisi *iudicem*, hîc intelligas Prætorem ipsum, vt solent plerunque magistratus dici maiores iudices *l. non distinguemus 32. § de lib. cau. als de recept.* Erat enim Prætoris extra ordinem cognoscere & delinquentes castigare sed leuiùs: alioqui remittebat ad præfectum vrbi eos qui corporaliter puniendi erant *l.1. § solent supr. de off. praef. vrb. l. si quis iniuriam 35. infr. de iniur.* vbi hanc ob causam pro *Præt.* legendum esse *Præf.* docui *lib. 4 coniect. cap. 8.* Ex *l.1. § vltim. infr. De pæn.* quamuis posset etiam Præfectus vigilum summo supplicio seruos afficere *l. pen. de cond. caus. dat.* Puto tamen Vlpianum scripturum fuisse *Prætorem* non *Iudicem*, & hæc postrema verba esse Triboniani, fortassis totius etiam §. adeò malè & inconcinnè scriptus est. Et sanè verius videtur omnimodo teneri dominum actione noxali siue seruus habitator & conductor ædium deiecerit ipse, siue alius. Cùm non detur hæc actio sine culpa, quæ sufficit ad noxalem inducendam: quippe cùm noxalis detur, non tantum ex delicto, sed etiam ex quasi delicto *l. si verò 5. § Prætor ait inf. hoc tit. & vers. si seruus supr. hac lege.* Nisi cùm dominus proprio nomine conueniri potest *l.3. § Item si seruum supr. Naut. caup. stab.* quamuis non desint qui putent apud Accursium, ex quasi delicto serui non magis agi posse noxaliter contra dominum, quàm ex quasi contractu serui. Quos vel hic maximè locus videtur fefellisse: Quasi negetur hîc agi noxaliter. Quod certè falsum est. Nec enim quicquam prohibet in eodem casu verberandum seruum esse & noxalem actionem competere, adeóque verberationem ipsam interdum pro noxæ deditione esse *l. sed si vnus 17. § Cùm seruus 14. inf. de iniur.* scilicet cùm is cui damnum datum est ea ratione sibi satisfactum putat. Iunge *l. quod si minor 24. § si seruus supr. de minor.* Nec requiritur vt culpa tam grauis sit vt cadat in delictum, vt constat ex lege Aquilia, in qua etiam leuissima culpa venit *l. in lege 44. supr. tit. prox. & pass. tit. sequ.* Esse autem hoc casu culpam aliquam serui fatetur Tribon. cùm ait *Impunitum seruum esse non oportere.* Nec enim esset puniendus ille qui culpa careret. Sed & falsa & inepta est ratio illa *cùm seruus nihil nocuerit.* Non enim verba edicti concepta sunt, in personam eius qui nocuerit sed in rem *si vnet nocituúmque ei esse dicetur.* Præter id quod negari non potest quin nocuerit is, qui culpa aliqua siue sua siue aliena, quam præstare debeat, damnum dedit. Sanè vltima edicti verba loquuntur de seruo non de habitaore.

1 ¶Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes a planè non tenebitur: quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, sed is tenetur qui hospitium dederit. multum autem interest inter habitationem & hospitem: quantum interest inter domicilium habentem, & peregrinantem.

Ad §.9. Habitare.

Ratio dubitandi. Qui habitat in ædibus conductis, aut gratuitò non solùm dominus non est ædium, in quibus habitat, sed neq; possessor *l. si quis*

by Google

10.*inf.de acquir.possess.l. Aquilius 17.inf.de donat.* Ergo de eo tantùm intelligi edictum debet qui in suo habitet.

Dec. Habitatio est facti *l.pen.sup.de cap.minut.* Et non minùs propriè habitator dicitur, qui in alieno siue conducto siue gratuito, quàm qui in suo habitat *§.sed & lex Cornelia Instit.de iniur.*

a *Hospes.* Ratio dubitandi. Domum accipimus etiam hospitium, si quis in ciuitate maneat *l.1.§.2. inf.de liber.agnosc.l.4.§.toties de dam.infect.* Ac praeterea habitationis nomen nihil nisi factum significat, vt modò diximus. Hospes autem non minus facto ipso habitat, quam qui alienas ædes ad habitandum conduxit.

Dec. Hospes non in hospitio habitat, sed tantisper hospitatur. Is ergo teneri debet qui hospitium dederit, tantúmque interest inter habitatorem & hospitem, quantum inter domicilium habentem, & peregrinantem: hospes enim ille est qui peregrinatur, nec habet domicilium.

10 ¶Si plures in eodem cœnaculo habitent, vnde deiectum est: in quemuis hæc actio dabitur.

Ad §.vlt.Si plures.

Ratio dubitandi. Iniquum est ex facto vnius qui in culpa sit alium teneri qui non sit in culpa *§.hac in factum 4.supr.l.74.de reg.iur.* Et melius esset nocentem absolui quàm innocentem damnari *l.5.inf.de pœn.* Dec. Cùm plures in eodem cœnaculo habitant, impossibile est scire quis effuderit vel deiecerit: atque ita maneret impunitum factum, si non omnes tenerentur, quod esse nunquam debet, cùm pœna non est nisi pecuniaria *l.ita vulneratus 51.supr.tit.prox.* Alia ratio est in *l.1.§.vlt.& l.2.infr.de exercit.* quia ibi actio ex contractu venit. Nam nec verba Edicti huius notant personam deiicientem vel effundentem, sed locum ex quo deiectum vel effusum est hac lege in princ.

2.GAIVS libro 6.ad Edictum Prouinciale.

CVm sanè impossibile est scire, quis deiecisset, effudisset.)

Ad l.Cùm sanè 2.

Ratio est eius quod scriptum fuit in *§.vlt.l.prox.sup.* vbi dixi, Ergo si certum sit quis ex pluribus habitatoribus deiecerit vel effuderit, solus ille tenebitur, non etiam cæteri *l.si verò 5.§.interdum infr.* Et ita benè Accurs. argumentando à contrario sensu huius legis.

3.VLPIANVS lib.23.ad Edictum.

ET quidem in solidum. Sed si cum vno [a] fuerit actum, ceteri liberabuntur.

Ad l.Et quidem 3.

Ratio dubitandi. Quoties ad aliquid plures tenentur, accipiendum id ita est, vt non teneantur nisi in viriles *l.reos 11.§.cum tabulis infr.de duob.reis l.1.C.si plur.vna sent.cond.fuer.*

Dec. Quoties contra plures datur actio ex facto aliquo quod sit indiuiduum, actionem quoque indiuiduam esse necesse est vt effectus causæ suæ respondeat *d.l.ita vulneratus 51.supr.tit.prox.* Hîc autem damnum datum est ex deiectione vel effusione quæ indiuidua est: singulos ergo eos qui tenentur, in solidum teneri necesse est.

a *Sed si cum vno.* Ratio dubitandi ad hunc versic. & ad legem sequentem. Imputare sibi debet is, qui cùm plures haberet obligatos vnum elegit & contra cum agere maluit: Itaque cæteri liberari debet, non tantum solutione, sed etiam sola electione, quasi ex tacita actoris voluntate *l.vlt. iunct.l.liberum 16.C.de fideiuss.l.electio 26.infr.tit.prox.* Quemadmodum si quis plures actiones habeat vna electa aliis posteà vti non potest *l.quod in heredem 9.§.eligere infr.de Tribut.act.l.cùm filius 76.§.variis de leg.2.* aut quemadmodum eueniebat olim in duobus reis, aut in reo & fideiussoribus, vt vno conuento etiam non soluente, alij liberarentur *l.1.inf.de duob.reis l.si rem 31.§.si duo de nouat.d.l.vlt.C.de fideiussor.*

Dec. Is qui damnum passus est non ideò indemnitatem consecutus videri potest quod cum vno ex pluribus in solidum obligatis egerit, sed tantùm solutione & perceptione, vt in *d.l.vltim.C.de fideiuss.* Hoc enim dictat æquitas, vt iudicium in eos detur qui non tam ex æquitate quàm ex occasione iuris liberantur, vt magis eos perceptio quàm intentio liberet, vt in *l.si ex duobus 32.infr.de pecul.l.item illa 18.§.vlt.infr.de const.pecun.* quæ ratio est *d.l.vlt.C.de fideiuss.* quę tamē in sua specie ius vetus hac parte correxit. Planè si actor ab vno indemnitatem perceperit, cæteri liberantur, in eoque est diuersa ratio huius actionis & legis Aquiliæ in qua quod ab vno ex iis qui percusserunt soluitur, alios non releuat, cùm sit pœna *l.Item Mela 11.§.sed si plures supr.tit.prox.* Nempe quia cùm plures percusserunt vel occidarunt, sui quisque facti pœnam luit, vt & in *l.si communis familia 9.inf.tit.prox.* Plura enim facta sunt. At in proposito casu vna tantùm deiectio est & vna effusio: vna igitur tantùm condemnatio fieri debet. Sanè hæc actio non minùs est pœnalis quàm legis Aquiliæ. Imò tantò magis quod ab initio est in duplum *l.1.§.hac in factum 4.supr.*

4.PAVLVS lib.19.ad Edictum.

PErceptione, non litis contestatione [a]: præstaturi [b] partem damni, societatis iudicio, vel vtili actione, ei, qui soluit.

Ad §.

Ad l. Perceptione 4.

a *Non litis contestatione.* Ratio dubitandi. Litis contestatio inducit quandam speciem nouationis adeoq; delegationis *l. delegare 11. §. 1. inf. de nouat.* Per delegationem autem contingit ipso iure liberatio *l. vlt. C. eod. tit.*

Dec. Summo iure contingit ea liberatio, potiùs quàm ex æquitate, quæ tamen semper quærenda & sequenda est in actionibus Prætoriis, qualia hæc est. Nisi cùm alia æquitas in contrarium viget, vt in *d. l. electio.* In proposito autem magna illa æquitas pro actore facit, quod ex solo eorum qui deiecerunt vel effuderunt facto hæc actio illi datur ob damnum quod ignorans passus est: quod nō similiter euenit in eo qui plures correos debendi aut fideiussores accepit vltrò. Idem est in actione depositi *l. 1. §. si apud duos inf. depos.* Denique contestatio semper habet vim nouationis, sed ità vt vix faciat deteriorem condicionem actoris *l. aliam 29. infr. de nouat. l. non solet 86. de reg. iur.* at non semper vim habet solutionis. Aliquando igitur sola contestatione contra vnum facta liberantur cæteri, Aliquando verò sola solutione pro casuum diuersitate: Nec certa de his regula tradi potest.

b *Præstaturi.* Ratio dubitandi. Nemo debet ob id solum teneri, aut conueniri quod ab alio postea id repetiturus sit *l. nemo ideò 171. de reg. iur.* Quid enim si cæteri soluendo non essent? *l. supra iter 11. § apud ferocem inf. de aqua & aqu. pluu. arcend.*

Dec. Non hæc causa est condemnationis faciendæ in solidum, sed quia factum quod damnum dedit indiuiduum est, vt dixi ad *l. prox sup.* Æquum igitur est hoc casu dari actionem socio qui solidum soluit aduersus socium; Actionem inquam societatis si sint socij, si minus actionem vtilem non in factum pro socio, vt putat Accursius, sed ex hoc edicto: Potest etiam ei qui soluit prospici, vt actor ei sua actione contra socios cedere debeat, vt in duobus correis debendi *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.* Aut in pluribus fideiussoribus *l. vt fideiussor 39. inf. de fideiuss. l. Modestinus 76. de solut. l. 1. §. nunc tractemus de tutel. & rat. distrah.*

5. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

SI verò plures [a] diuiso inter se cœnaculo habitent: actio in eum solum datur, qui inhabitabat eam partem, vnde effusum est.

Ad l. Si verò 5.

a *Si verò plures.* Ratio dubitandi. Tum quoque, cùm plures diuiso inter se cœnaculo habitant, difficile tamen est ac plerumq; impossibile scire quis ex ipsis deiecerit, vel effuderit. Quæ tamen ratio est eius quod scriptum est in *§. vlt. l. 1. sup.* Et hoc etiam casu locum habet eadem ratio, quam attulimus, quod factum ex quo damnum datum est sit indiuiduum. Dec. Cùm inter plures diuisum est cœnaculum, certum est, id quod ex cœnaculo vnius deiectum vel effusum est, ex alterius cœnaculo deiectum aut effusum non esse: verba autem edicti eius duntaxat personam demonstrant qui habitauerit in eo loco vnde effusum & deiectum est. Tot autem videntur cœnacula quot sunt partes diuisi vnius cœnaculi, vt euenit in fundo per regiones diuiso *l. si quis duas 6. §. 1. supr. comm. præd.* Nec æquum est ex facto eius qui in culpa esset alium inculpatum teneri *l. 1. §. 4. supr.* Quòd si aliquando contingat, vt sciri non possit, ex cuius cœnaculo deiectum vel effusum sit non deficiet quidem ius, sed deficiet tamen probatio, quod non est nouum *l. duo sunt Titij 30. inf. de testam. tutel.*

1 Si quis gratuitas habitationes dederit libertis, & clientibus, vel suis, vel vxoris: ipsum eorum nomine teneri, Trebatius ait: quod verum est. Idem erit dicendum [a], & si quis amicis suis modica hospitiola distribuerit. Nam & si [b] quis cœnaculariam exercens, ipse maximam partem cœnaculi habebat, solus tenebitur. Sed & si hospitaculi habeat, solus tenebitur, (sed si quis [c] cœnaculi, ipse solus æquè tenebitur.) Sed si quis cœnaculariam exercens, modicum sibi hospitium retinuerit, residuum locauerit pluribus, omnes tenebuntur, quasi in hoc cœnaculo habitantes, vnde deiectum, effusumve est.

Ad §. 1. Si quis gratuitas.

Ratio dubitandi. Non potest adscribi culpæ quod quis gratuitas habitationes aut libertis, aut amicis suis dederit: Nec enim nisi ob merita fieri id solet *l. vinius 9. §. quid in fraud. patron. l. nec adiectit 9 pro socio l. Aquilius 27. infr. de donat.* Nec rursus ferendum est vt quisquam ex sua liberalitate plectetur *l. ne ex liberalitate 50. infr. de re iudic.*

Dec. Culpa donatoris in eo est quod elegerit minùs cautos & prouidos habitatores *l. 1. §. vltim. infr. furt. adver. naut. caup. stabul.* & prospicere debuit posse hoc euenire *l. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* Intellige tamen cum Accursio, si modò ædium dominus in iis ædibus habitet cum libertis vel clientibus suis vel vxoris. Alioqui soli habitantes hoc edicto tenebuntur, non dominus *l. 1. §. hac in factum supr.*

a *Idem erit dicendum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad sententiam præcedentem. Nam sicut sua nemini liberalitas captiosa esse debet, ita nec alteri. Et longè æquius est factum ipsi suum & electionem nocere *l. factum 115. de reg. iur. l. 1. §. vltim. furt. aduers. naut.*

b *Nam & si.* Ratio dubitandi. Qui cœnaculum exercet, si non nisi partem cœnaculi habitet, quamuis maximam non nisi pro illa parte quam habitat teneri debet, ne alioqui & aliorum facto teneatur, quod esset iniquum *l. non debet 74. de reg. iur.*

Dec. Tenetur solus & in solidum, non tanquam habitator, sed quia cæteros inhabitantes qui cœnaculum conduxerunt elegit, *l. proxim. § penult. infr.* cùm ipse maximam partem cœnaculi retinuit, quasi si non solus, certè præcipuus habitator sit: Nam si minimam partem duntaxat sibi exceperit,

& residuum locauerit pluribus, aliud est, vt sequitur.

c *Sed si quis.* Ratio dubitandi. Etiam cùm is qui cœnaculariam exercet minimam sibi partem cœnaculi retinuit, & reliquum locauit pluribus, non eo minùs verum est esse illum cœnacularium, & habitatorem præcipuum, qui non modò suam, sed etiam aliorum culpam præstare debeat *d.l.prox. §. penultim infr.*

Dec. Non aliud in hoc edicto inspicimus nisi quis sit habitator, cùm de solo habitatore Prætor loquatur. Non magis autem habitator est cœnacularius quàm cæteri qui non nisi minimam partem sibi retinuit: Omnes igitur simul & in solidum teneri debent, tanquam omnes in eodem cœnaculo habitantes æquè principaliter: Quamuis indemnitatem sibi posteà inuicem præstare debeant, prout quis eorum per se aut per suos quorum culpam præstare debeat deliquerit, vel effuderit *l.proxim supr.*

2 ¶ Interdum tamen (quod sine captione actoris fiat) oportebit prætorem, æquitate motum, in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo, vel exedra deiectum est: licet plures in eodem cœnaculo habitent. quod si ex mediano [a] cœnaculi quid deiectum sit: verius est, omnes teneri [b].

Ad §.2. Interdum.

Ratio dubitandi. Quod ait Prætor *vnde* sic prudentes interpretati sunt ac si scriptum esset *ex quo cœnaculo* non *ex quo cubiculo aut exedra.* Ergo teneri debent omnes habitantes in illo cœnaculo, nec tantùm habitantes in illo cubiculo.

Dec. Æquitas suggerit, vt si constet ex quo cubiculo deiectum quid vel effusum sit ij soli debeāt teneri: eorum namque duntaxat culpa est. Sed ita tamen vt sine captione actoris id fiat, id est, vt non faciat ea res deteriorem actoris condicionem, Quomodo faceret si cogeretur actor probare ex quo cubiculo, nec haberet paratas probationes, aut si illi ex quorum cubiculo deiectum quid, vel effusum fuisse constaret, non essent soluendo.

a *Quòd si ex mediano*, Id est ex loco per quem commune & promiscuum iter sit plurium cellarum, vt diffinit Vlpian. in *l.quæritur 17. §.apud Celsum 15.infr. de ædil.edict.*

b *Omnes teneri* Ratio dubitandi. Quod ex mediano deiectum vel effusum est non ideò consequens est vt ab omnibus deiectū vel effusum dici possit.

Dec. Medianum est promiscuum, & commune omnium, qui in eo cœnaculo cellas habent, vt dixi ex *d.l.quæritur 17.§ apud Celsum 15.de ædilit.edict.* Ergo quod ex mediano illo deiectum vel effusum est, ab omnibus partibus cœnaculi deiectum vel effusum videtur, Et ideò omnes tenentur.

3 ¶ Si horrearius [a] aliquid deiecerit, vel effuderit: aut conductor apothecæ: vel qui in hoc dumtaxat conductum locum habebat, vt ibi opus faciat, vel doceat: in factum actioni locus est, etiam si quis [b] operantium deiecerit, vel effuderit: vel si quis discentium.

Ad §.3. Si horrearius.

a *Si horrearius.* Ratio dubitandi. Neque horrearius, id est qui horreum conduxit, ad frumenta ibi recondenda, aut quid aliud, neque conductor apothecæ sunt habitatores, quia non in eam causam conduxerunt. Ergo non pertinet ad hoc edictum, quod contra habitatores duntaxat factum est.

Dec. Cessant quidem hoc casu verba edicti, sed non deficit æquitas, quæ in vtroque casu eadem est. Proinde ne sit impunitum quod contra mentem Prætoris factum est: datur hoc casu actio in factum, sed vtilis & subsidiaria, vt solet cùm deficit directa *l. quia actionum 11. & l.quoties 21. infr. de præscr. verb.* contra horrearium & conductorem apothecæ, quamuis propriè non inhabitent quia per eos fit ne quis alius in eo horreo aut apotheca habitare possit.

b *Etiam si quis.* Ratio dubitandi. Operantes vel addiscentes cùm eo qui apothecam conduxit minus habitatores dici possunt, quàm horrearius ipse, aut conductor apothecę: Ergo non eadem illorum ratio esse debet, vt actione in factum teneri debeat.

Dec. Culpa semper est penes eum qui deiecit vel effudit, quisquis ille sit, licèt non sit habitator, neq; vllius partis cœnaculi aut dominus, aut conductor. Quisquis ergo culpam illius qui deiecit vel effudit præstare debet, rectè hac vtili & subsidiaria in factum actione conuenietur.

4 ¶ Cùm autem legis Aquiliæ actione propter hoc quis condemnatus est: merito ei, qui ob hoc, quod hospes, vel quis alius de cœnaculo deiecit: in factum dandam esse Labeo dicit aduersus deiectionem quod verum est. Planò [a], si locauerat deiectori, etiam ex locato habebit actionem.

Ad §.4. Cùm autem.

Ratio dubitandi. Nemo tenetur lege Aquilia nisi qui in culpa sit, saltem leuissima *l. qui occidit 30. § pen & l.in lege 44.sup.tit.1.* Quod autem quis ex culpa sua præstitit, non debet ei dare actionem contra alium ad indemnitatem ex *reg. l.quod quis 203.de reg iur.* iunct. *l.itaque 13.infr.de furt.*

Dec. Culpa semper aliqua est eius, qui talem hospitem receperit aut alium qui deiecerit vel effuderit *l.1.§.vlt.inf furt.aduers.naut.caup.* sed tamen longè grauior est eius qui deiecit, qui & dominum ædium decepit: Vtrumque igitur teneri æquum est. Et dominum ædium eundemq; inhabitantem, vt supponantur termini habiles *l.1.§.hac in factum & §. pen.sup.* Non tamen ex lege Aquilia, cùm corpore suo damnum non dederit *l.ita vulneratus 51.supr.tit. prox.* Et eum, qui deiecit, ad indemnitatem domino præstandam. Sed non actione ex hoc edicto, cùm hospes non sit habitator *l.1.§.pen.* vbi diximus *supr.* Ergo actione in factum subsidiaria, vt *§.prox.præced.* Puto igitur delēda esse verba illa *legis Aquiliæ* posita

in

in principio huius §. & sic legendum, Cùm autem *hac actione* nato errore ex eo quod librarij Florentini more scriptum erat, Cùm autem hACtione pro *hac actione* quod non intelligens malus interpres præposuit verba illa *legis Aquiliæ*, vt sensum quasi alioqui mutilum compleret. Nec Accursius ipse dissimulare hoc potest, quamuis aliter atque aliter interpretetur: Nec nisi malè, quia nec rectè potuit retentis verbis quæ nos delemus.

a *Planè.* Ratio dubitandi. Actio in factum cùm sit subsidiaria non potest concurrere cum alia directa, quæ competat ipso iure: frustra enim actionem honorariam desiderat, qui habet ciuilem *l.1.§.1.supr.de publician.*

Dec. Non est quidem Prætoria actio in factum subsidiaria ei necessaria, cui alia directa præsertim, & ciuilis competit, sed tamen non eo minus potest & debet dari actio in factum, vel ob id maximè quod qui agit in factum, nunquam timet periculum malè electæ actionis, *l.si gratuitam 17.in princip. l. Titius 24. ad fin. infr. de præ. & verb.* Ideò autem datur ex locato actio, quia qui conduxit & deiecit, malè vsus est re conducta, cùm facto suo vel suorum, quorum culpam præstare debeat, damnum intulerit locatori, *l.si merces 25.§. culpæ & seq. inf. locat.*

5 ¶ Hæc autem actio, quæ competit de effusis, & deiectis, perpetua est: & heredi competit: in heredem [a] verò non datur. Quæ autem [b] de eò competit, quòd liber periisse dicetur, intra annum duntaxat competit: neque (in heredem, sed nec heredi, similibusq́;) personis: nam est pœnalis: & popularis. dummodo sciamus [c] ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere, cuius interest: vel qui adfinitate, cognationéve defunctum contingit. sed, si libero [d] nocitum sit, ipsi perpetua erit actio. sed, si alius [e] velit experiri: annua erit hæc actio. nec enim heredibus iure hereditario competit. quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium. nam ex bono [f] & æquo oritur.

Ad §. 5. Hæc autem actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio pœnalis est, cùm detur in duplum etiam aduersus confitentem *l.1.§. hæc in factum supr.* & prætoria. Ergo non debet dari post annum ex reg. *l.in honorariis 55. infr.de obligat. & act.*

Dec. Ex parte actoris non est pœnalis, sed rei persecutoria, quia per eam persequitur indemnitatem. Nec enim datur nisi ei, cuius interest, licèt detur supra quàm intersit, cùm detur ad duplum: Et præterea valde fauorabilis est propter publicum fauorem itinerum & publicorum & priuatorum. Itaque ex parte actoris est mixta, id est, partim rei persecutoria, partim pœnalis: sufficit autem, vt non sit merè pœnalis ad hoc vt perpetua sit & heredi quoque detur *d.l.in honorariis 55.cum similibus.* Nec tantùm quatenus est rei persecutoria, vt putat Accursius, sed etiam in totum, quia ex parte actoris tota est rei persecutoria, licèt non totaliter: Quemadmodum in tractatu legis Aquiliæ suprà diximus actionem illam totam pœnalem esse, sed non totaliter. Et sanè absurdum esset actionem sic diuidere vt pro parte esset perpetua & daretur heredi, pro parte non: Itemq́; in heredem pro parte, & pro parte non. Nec quicquam hac parte speciale est in hac actione, vt malè idem putat Accursius.

a *In heredem.* Ratio dubitandi. Actiones Prætoriæ quæ post annum dantur quia sunt rei persecutoriæ solent dari etiam contra heredem *d. l. in honorariis 35. de oblig. & act.*

Dec. Hæc actio pœnalis est tota non etiam rei persecutoria, nec mixta ex parte rei. Nec enim qui deiecit vel effudit potest vnquam ex eo quod alteri nocitum est, fieri locupletior. Quæ autem sunt merè pœnales ex parte rei, nunquam in heredem dantur, quia non debet pœna egredi suos authores ob rationem positam in *l.si pœna 20.infr de pœn. l. 1.infr.de priuat.delict.l.vnic.C.ex delict.defunct.* nisi de eo quod ad heredem peruenit *l. in heredem 5. supr de calumniat.*

b *Quæ autem.* Ratio dubitandi. Etiam cùm ex eo quod deiectum vel effusum est seruus periit, actio pœnalis est ex parte actoris, quoque, cùm detur in duplum. Nec eò minùs tamen perpetua est, datúrque heredi, vt modò diximus. Ergo idem dicendum est etiamsi homo liber perierit, nec videtur bona ratio esse quæ sequitur in textu illis verbis, *Nam est pœnalis.*

Dec. Actio quæ contra deiectorem datur pro occiso homine libero, est merè pœnalis etiam ex parte actoris, non mixta, vt illa quæ pro seruo aut pro alia re qualibet, quæ possit æstimari. Nempe quia nullũ videtur damnum datum occiso homine libero, cùm damnum datum sit ab adimendo quod per damnum diminuatur patrimonium *l.3.de damn. infect.* Homo autem liber non fit in patrimonio, ideoq́; nec vlla fit eius æstimatio *l. §. sed cùm supr. l. vlt.infr hoc tit.* Est igitur bona ratio *Nam est pœnalis*, dummodo addas *merè*. Nam quæ sunt partim persecutoriæ ex parte actoris nunquam dicuntur simpliciter pœnales, sed potiùs rei persecutoriæ, tanquam à digniori, sed & alia ratio bona est quod actio sit popularis. Populares enim actiones non dantur in heredes, neq; supra annum *l.vlt.de popul. act.* quia heres ex populo quoque est, & nihil fecit contra populi vtilitatem. Ideoq; dicitur non esse locupletior qui habet actionẽ popularem, adeoq; nec transeunt populares istæ ad eum cui restituta est hereditas *l.pen.eod.* Ideò autem popularis est, quia cùm liber homo occisus est, nihil actoris interest ratione priuatæ alicuius vtilitatis, sed tantùm populi quia respublica tantò debilior facta est *l.1. eod.* Applicatur tamen pœna quinquaginta aureorum soli actori, non autem actori dimidia vna, & fisco altera, vt malè putat Accurs. ex *l.antepen. §.vlt. inf. de SC. Silan.* Habet enim ille locus rationem specialem, propter expressa edicti verba, quod & ad eum locum Baldus notat.

c *Dummodò sciamus.* Ratio dubitandi. Popularia actio illa est quæ suum populi ius tuetur *d.l.1. de popul.act.* Nihil ergo aliud inspiciendum est, nisi an de populo sit is qui agit quisquis ille sit, Et an populi ius læsum fuerit, necne.

Dec. In popularibus actionibus præfertur semper is cuius interest nomine proprio, siue propter adfinitatem aut cognationem, siue quo alio modo *l.3. §.1. eod.* Nam & alias cæteris paribus agnati cognati & adfines præferri solent, vt in *l. cùm bona 16. de reb. author. iud. possid.* aliàs *l.1. de priuil. credit.* Neque nouum est vt in æstimando eo quod interest, adfectionis ratio habeatur, vt post Azonem Accurs. probat, non solùm ex hoc §. sed etiam ex *l. cùm seruus 54. infr. mand. l. si plures 16. infr. de accusat.* & aliis quàm plurimis hîc per Accursium congestis.

a *Sed si libero.* Ratio dubitandi. Actio quæ competit ex hoc edicto homini libero, qui non occisus, sed in corpore tamen suo damnum aliquod passus est, non habet rei persecutionem, cùm eius damni nulla possit esse pecuniaria æstimatio, *l.1. §. sed cùm liber homo supr. & l. vltim. supr.* Ergo multò minùs debet esse perpetua, quàm alio vllo casu.

Dec. Non potest negari quin hominis liberi intersit, cùm ex eo quod deiectum vel effusum est vulneratus fuit, Et ideò quemadmodum haberet vtilem actionem legis Aquiliæ suo nomine, si alicuius corpore immediatè vulneratus esset *l. liber homo 13. supr. tit. 1.* Ita & ex hoc edicto perpetuam actionem habere debet vsque ad quinquaginta aureos. Quasi respectu ipsius non sit pœnalis, sed longè fauorabilior, quàm sit cæteris casibus, In quibus merè pœnalis est, cùm est popularis.

e *Sed si aliud.* Intellige etiamsi si heres sit liberi hominis vulneratus. Id enim ratio, quæ statim sequitur, ostendit, quæ pro ratione accipienda est, non vt putat Accurs. pro simplici adfirmatione.

Ratio dubitandi. Hæc actio, quæ ex hoc edicto competit, perpetua est, & heredi datur vt dicitur initio huius §. Quod certè sic accipiendum est, vt tùm quoque cùm datur heredi sit perpetua, Nec sanè alia solet esse causa heredis, quam fuerit defuncti *l. nam sicut 36. §.1. supr. tit. prox. l. hereditas 62. de reg. iur.*

Dec. Perpetua quidem est cùm datur ratione alterius corporis quàm liberi, nec minùs in persona heredis, quàm defuncti, cùm transit in heredem iure hereditario: At cùm occisus vel vulneratus fuit homo liber, nō competit heredi tanquam heredi, sed tanquam cuilibet de populo, quia damnum quod datum fuit non est pecuniarium. Mirum igitur non est minùs plenam esse actionem in persona heredis, vt & in *l. si per imprudentiam 51. §. non tantum inf. de euict.*

f *Nam ex bono.* Ratio dubitandi. In omnibus actionibus lis æstimanda est, vt iudicati executio fieri possit, quæ alioqui non posset *l. penult. & vltim. de condict. tritic. l.4. §. ait Prætor de re iudic.* In hac autem actione nulla potest fieri æstimatio damni, quia non est pecuniarium: Ergo non est ex bono & æquo, vt detur hæc actio pro libero homine occiso aut vulnerato.

Dec. Bonum & æquum est non manere impunitum quod contra edictum Prætoris, publicamque vtilitatem factum est in corpus hominis liberi: Et ideò dari actionem hanc cuilibet de populo, ac proinde etiam heredi hominis liberi vulnerati, quemadmodum dicimus quasdam esse actiones quæ dantur contra heredem possessoris, non quasi contra heredem, sed quasi contra possessorem: vt de actione ad exhibendum scriptum est in *l. de eo 12. §. vltim. infr. ad exhib.* Quare nec indiget hic heres lege Aquilia, cùm actionem habeat popularem, tanquam alius quilibet, vt post Bulgar. tractat Accursius. Quamquam non facilè probo quod iidem putant, actionem legis Aquiliæ vtilem, quæ homini vulnerato datur *l. liber homo 13. supr. ad leg. Aquil.* similiter heredi eius dandam esse. Pugnat enim id apertè cum eo quod in hoc §. scriptum est versic. *quippe*: id quod in corpore libero damni datur transire ad successores iure hereditario non debere, quasi non sit damnum pecuniarium. Sic diximus neque tutelam iure hereditario transire ad alium posse *l. tutela 16. §.1. infr. de tutel.* Iunge *l.1. §. vlt. sup. tit. prox.*

6 ¶ Prætor ait: *Ne quis in suggruenda, protectóve, supra eum locum, qua vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeas, cuius casus nocere cui possit. Qui aduersus ea fecerit: in eum solidorum decem in factum, iudicium dabo. si seruus, insciente domino, fecisse dicetur: aut æstimationem dari, aut noxæ dedi iubebo.*

Ad §.6. Prætor ait.

Est hæc portio quædam superioris edicti, sed ad diuersum tamen casum pertinens: Aliud enim est ex cœnaculo quid deiicere, vel effundere, aut suspendere, aut suspensum habere, de quibus huc vsque dictum est: Aliud verò in his partibus ædium quæ subgruenda aut potiùs subgrundia & protectum appellantur, aliquid positum habere, cuius casus alicui nocere possit.

Ratio dubitandi. Poterat prior pars edicti sufficere, vt ad hunc quoque casum ex mente Prætoris extenderetur, arg. *l. non possunt 12. & seq. supr. de legib.*

Dec. Edictum hoc est pœnale, Ideoq; non facile adiuuandum fuisset interpretatione, cùm pœnalia sint potiùs restringenda *l. cùm quidam 19. de liber. & posthum.* Benè igitur Prætor consequenter priori parti, hanc quoque proposuit, vt si quid in his partibus positum haberet, non noceret. Habet enim eandem rationem vtilitatis publicæ ob securitatem itinerum, siue publicorum, siue etiam priuatorum.

7 ¶ Hoc edictum superioris portio est. consequens etenim fuit, prætorem etiam in hunc casum prospicere: vt si quid in his partibus ædium periculosè positum esset, non noceret.

Ad §.

Ad §.7. Hoc edictum.

Ratio dubitandi. Diximus esse hanc portionem quandam superioris edicti *§.proxim.supr.* Atqui posterior pars non pertinet nisi ad habitatores. Ergo nec posterior.

Dec. Est hæc posterior pars generalior propter illa verba generalia & indefinita *si quis*, quæ omnium ætatum, sexuum & condicionum personas complectuntur *l.1. de verb.sign.* Est verò etiam hæc differentia inter hæc duo edicti capita, quod prius ita demum habet locum si damnum aliquod datum sit, & dat actionem ad duplum indemnitatis: Posterius autem, etiamsi damnum nullum datum sit, si modò dari potuerit. Ideoq; pœna posterioris partis est decem duntaxat solidorum. Prioris verò longè maior & ad duplum etiam in confitentem *l.1.§.hæc in factum supr.*

8 ¶ Ait prætor, *Ne quis in suggruenda, protectóve.* hæc verba *ne quis* ad omnes pertinent: vel inquilinos, vel dominos ædium, siue inhabitent, siue non, habent tamen aliquid expositum his locis.

Ad §.8. Ait prætor.

Mendosus est hic locus non in verbis edicti, sed in interpretatione quæ incipit ab illis verbis *Accipere debemus positum*, vbi tollenda est dictio *positum* & intelligendum *suggruenda & protectum*, vt ostendit quod sequitur *siue inhabitationis, &c.* Nam verbi *positum* interpretatio sequitur in *§.proxim.* quod non intellexit Haloander cuius emendationi, quæ pro genitiuis dat ablatiuos obstant sequentia illa, quæ sunt in genitiuo casu *vel cuius alterius ædificij*, quę nec poterunt constitui nisi cùm Accursio suppleas *parte*. Ratio dubitandi & decidendi, eadem est quæ ad *§.prox.præced.* Nisi malis pro *positum* legere *protectum*, sed malo tolli.

9 ¶ *Supra eum locum, qua vulgo iter fieret, inve quo consistetur, id positum habeat.* Accipere debemus *positum* siue inhabitationis, vel cœnaculi, siue etiam in horrei, vel cuius alterius ædificij.

Ad §.9. Supra eum.

Ratio dubitandi. Verba edicti videntur notare factum non patientiam eius qui actione ista pœnali conuenitur, vt innuunt verba illa *Qui aduersus ea fecerit §.Prætor ait supr.*

Dec. Aliud est *ponere*, aliud *positum habere.* Nec Prætor locutus est de eo qui posuit, sed de eo qui positum habuit. Tam autem positum habet, qui patitur manere in eo statu id quod ab alio malè positum est, quàm qui ipse posuit: Nec valere distat ab eo, qui posuit. Plus quàm enim consensisse videtur vt ponerentur, cùm posita etiamnum habeat & retineat, arg. *l.qui patitur 18.inf.mand.l.1.§.magistrum infr.de exerc.act.l.1.§.vltim.infr.de flumin.l.2.§.dolo & sequ.infr.vi bonor.rapt.* Imò non tam tenetur ex hac edicti parte is qui posuit, quàm qui positum habet propter verba edicti.

10 ¶ Positum habere etiam is rectè videtur, qui ipse quidem non posuit, verùm ab alio positum patitur. quare si seruus [a] posuerit, dominus autem positum patiatur: non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.

Ad §.10. Positum.

a *Quare si seruus.* Ratio dubitandi. Ex facto & delicto serui non potest teneri dominus nisi actione noxali, si modò seruus insciente domino fecerit *d.§.Prætor ait in fin.*

Dec. Conuenitur in hoc casu dominus suo nomine, & ex sua culpa, non quia ipse aut ipsius seruus posuerit, sed quia dominus ipse positum habuerit, quod à seruo positum fuit.

Ratio dubitandi. Quod pendet non pro eo est acsi iam sit *l.is damnum dat 169.§.1.de reg.iur.* Quod autem potest nocere non ideò statim nocet.

Dec. Verba edicti non requirunt vt quod positum est noceat, sed tantùm vt nocere possit: In quo differt posterior pars huius edicti à priore, vt suprà dixi. Ergo æquum est puniri quod contra edictum factum est. Et verò publicè interest vt non tantùm sine damno, sed etiam sine metu & periculo damni per itinera conueniri possit *l.1.in princ.supr.* Nec nouum est vt inspiciatur quod accidere potest etiamsi non accidat: Aliud enim & prius est ponere, Aliud verò & posterius positum habere, vt in *l.si idem 11.§.1.supr.de iurisdict.l.3.in princip. Quod quisq.iur. l.3.§.qui armatis inf.de vi & vi arm.l.Item apud 17.§.1.inf.de iniur.*

11 ¶ Prætor ait, *Cuius casus nocere posset.* ex his verbis manifestatur non omne, quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, vt nocere possit hoc solum prospicere prætorem, ne possit nocere. nec spectamus, vt noceat: sed omnino, si nocere possit, edicto locus sit. Coercetur autem, qui positum habuit, siue nocuit id, quod positum erat, siue non nocuit.

Ad §.11. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Nihl refert an quis posuerit, an positum habuerit quod pertinet ad hanc edicti partem *§.positum 9.sup.* Qui autem dominus est ædium, Itemq; inhabitator, patitur positum manere etiam quod alius posuit, sufficit ergo hæc actio ex hoc posteriore edicti capite etiam contra ædium dominum aut inhabitatorem.

Dec. Non potest videri positum habuisse is qui posuit, nisi idem sit aut dominus ædium,

aut inhabitator: hic enim si posuit etiam positum habet siue sit dominus, etiamsi non inhabitet, siue habitator tantùm sit, non item dominus. Ergo non potest teneri ex hac posteriore edicti parte quæ loquitur de illo tantùm, qui positum habuit. Nec rursus ex priore, quia hic neque deiecit, neq; effudit, neque suspendit, neque suspensum habuit. Necesse igitur est ad exemplum actionis quæ ex posteriore huius edicti parte competit, dare vtilem, vt in specie seq. contra eum scilicet, qui positum habuit hoc ipso, quod positum manere passus est, cùm posset tollere. Ergo si quod vnus positum habuit posteà deciderit, vterque tenebitur, & qui positum habuit actione directa, & qui posuit actione vtili, & quidem ex priore parte edicti, vt benè putat Accursius, non ex hac posteriore, quia quod cùm aut suspenderetur, aut suspensum esset, decidit pro deiecto habetur *l.1.§. quod cùm suspenderetur supr.* Nec nouum est vt duplex actio etiam contra eundem detur, multò magis contra diuersos, cùm sint diuersæ causæ & duo quasi delicta *l.illud 32.§.1.supr.tit.prox.*

12 ¶Si id, quod positum erat, deciderit & nocuerit: in eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui habitauerit, quasi hæc actio non sufficiat: quia positum habuisse non vtique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit ædium, vel inhabitator. Nam & cùm pictor a in pergula clypeum, vel tabulam expositam habuisset, eáque excidisset, & transeunti damni quid dedisset: Seruius respondit ad exemplum huius actionis, dari oportere actionem: hanc enim non competere palàm esse, quia neque in suggruenda, neque in protecto tabula fuerat posita. Idem seruandum b respondit, & si amphora ex reticulo suspensa decidisset, & damni dedisset, quia legitima & honoraria actio deficit.

Ad §.12. Si id quod.

a *Nam & cùm pictor.* Ratio dubitandi. Pergula in qua pictor hic clypeum aut tabulam posuerat, neque suggruenda est neque protectum. Ergo hic casus ad hoc edictum nullo modo pertinet.

Dec. Nulla certè hoc casu actio competit ex edicto, sed tamen ad exemplū actionis, quę ex hoc edicto competit, danda est vtilis, quia scilicet eadem æquitas est, licèt edicti verba deficiant. Et oritur hæc actio ex bono & æquo *§. hac autem in fin. sup.*

b *Idem seruandum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad sententiam præcedentem. Nam & hoc casu deficit omnis actio & ciuilis, & honoraria, Quod cùm accidit necessaria est vtilis actio, id est in factum *l. quia actionum 11. l. quoties 21. de præscript. verb. l.1.§. Item Varus de aqu. & aqu. pluu. arcend.*

13 ¶Ista autem actio a popularis est, & heredi, similibusq; competit: in heredes autem non competit, quia pœnalis est.

Ad §. vlt. Ista autem

a *Ista autem actio.* Id est quæ competit ex hac posteriore edicti parte. Nam quæ ex priore non est popularis nisi cùm liber homo periit ex eo quod deiectum, vel effusum, vel suspensum decidit *§ hac autem actio supr.* vbi dixi, sanè semper est pœnalis, Ideoq; quamuis heredibus quoque & cæteris successoribus competat, quia mixtam habet rei persecutionem, in hæredes tamen nunquam datur: Ita vt addenda sit exceptio quæ aliàs addi solet, Nisi quatenus ad heredem peruenit. Est enim hoc delictum tale, ex quo nihil vnquam lucri ad eum ipsum qui damni causam dedit peruenire potest, multò minùs ad heredem.

6. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

HOc edictum non tantùm ad ciuitates, & vicos, sed & ad vias, per quas vulgò iter fuit, pertinet.

Ad l. Hoc edictum 6.

Ratio dubitandi. Maximè prospiciendum fuit vt per ciuitates & vicos sine metu & periculo commeare liceret, vbi enim maius periculum est maior quoque cautio adhibenda fuit.

Dec. Sicuti ratio edicti generalis est, ita & edicti verba generalia sunt, vt ad omnes vias per quas vulgò iter fuit, edictum pertineat: Publicè enim interest per omnes vias sine metu & periculo commeare *l.1.§.1. supr.*

1 ¶Labeo ait locum habere hoc edictum, si interdictum deiectum sit, non noctu: sed quibusdam locis & noctu iter fit.

Ad §.1. Labeo.

Ratio dubitandi. Pro Labeone verba edicti loquuntur de eo loco per quem vulgò iter fiat *l.1. & l.5 §. Prætor ait supr.* Vulgò autem non fit iter per loca, siue publica, siue priuata nisi interdiu.

Dec. Quædam sunt loca per quæ etiam noctu iter fieri vulgò solet, maximè verò in amplissimis Ciuitatibus, in quibus negotiorum nullus finis. Est ergo generaliter intelligendum hoc edictum, vt non minùs noctu, quàm interdiu locum habeat.

2 Habitator suam suorúmque culpam præstare debet.

Ad §.2. Habitator.

Ratio dubitandi. Hoc edictum est pœnale, tam in priore, quàm in posteriore parte *l. prox. §. Hac autem actio & §. vlt. sup.* nasciturque ex bono & æquo dict. §.

d.§. hac autem in fin. Apertè autem iniquum est ex vnius facto alium pœnam sentire *l. sancimus 22. C. de pœn. l. factum 155. de reg. iur.* Dec. Conuenitur habitator ex suo facto, cùm ex suorum facto conuenitur, quorum quippe culpam præstare debeat, cùm eos debuerit eligere meliores, aut prudentiores *l. 1. §. vlt. inf. furt. aduers. naut.* Itaque culpa semper est penes habitatorem *l. 1. § hac in factum 4. supra.*

3 ¶ Si de naue deiectum sit, dabitur actio vtilis in eum, qui naui præpositus sit.

Ad §. 3. Si de naue.

Ratio dubitandi. Prætor neque locutus est, neque sensit in hoc edicto de naue, nec de iis quæ ex naue deiicerentur. Nam neque nauis potest esse in eo loco, per quem vulgò iter fiat, nec in naui suggrunda vlla est aut protectum.

Dec. Cùm deficientibus verbis edicti non tamen deficit æquitas, danda est vt lis actio *l. quia actionum 11. & l. quoties 21. inf. de præscr. verb.* Et quidem contra eum, qui præpositus naui fuit, siue dominus sit nauis, siue non sit, quia penes eum culpa tota est, vt in *l. 1. §. hac in factum, supra.*

7. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

CVm liberi hominis corpus ex eo, quòd deiectum, effusúmve quid erit, læsum fuerit, iudex computat mercedes medicis præstitas, cæteráque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id quòd inutilis factus est. Cicatricium autem, aut deformitatis nulla fit æstimatio: quia liberum corpus nullam recipit æstimationem.

Ad l. vlt. Cùm liberi.

Ratio dubitandi. Cùm liber homo vulneratus est, pœna ex hoc edicto constituitur quinquaginta aureorum ex verbis ipsis edicti, quæ proinde augeri à iudice non potest *d. l. 1. in princ. §. sed cùm homo. l. si verò 5 §. hac autem actio, supra.*

Dec. Impendia quæ quis fecit in suam curationem & mercedes medicis præstitæ, pertinent ad damnum, quod in corpore ipso admissum est. Ergo veniunt in æstimationem litis ex hoc edicto: Nam pœna quinquaginta aureorum non excludit id quod interest, si modò ex causa necessaria & probabili intersit, vt hic contigit. In eadem causa sunt operæ, quibus caruit homo liber, aut cariturus est ob id, quòd inutilis factus sit. Sic in *l. 3. sup. si quadrup. paup. fecisse dicet.* vbi dixi *l. qua actione 7. in pr. & §. si in colluctatione 4. sup. tit. 1.* vt dixi ad *l. 3. & ad l. 1. §. sed cùm homo. sup. hoc tit.*

DE NOXALIBVS ACTIONIBVS.

TIT. IV.

1. GAIVS lib. 4. ad Edictum Prouinciale.

NOXALES actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa, atque maleficio seruorum aduersus nos instituuntur. quarum actionum a vis, & potestas hæc est i vt, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, euitare litis æstimationem.

Ad l Noxales 1.

Ratio dubitandi. Melior condicio nostra fieri potest per eos quos in potestate habemus, sed deterior non potest *l. melior 133. de reg. iur.* Maximè autem in delinquendo, quia vnius delictum pœna alterius esse non debet *l. sancimus 22. C. de pœn.*

Dec. Permissum est seruis delinquendo hactenus facere deteriorem dominorum condicionem, vt eos noxæ dedere cogatur dominus si litis æstimationem præstare nolit *l. 2. C. hoc tit. l. miles 6. §. 1. de re iudic. l. si seruus 31. inf. de pignor. act.* Nimirum ne delicta impunita remaneant, nisi passus sit is, qui noxali iudicio condemnatus est labi tempora condemnationis, intra quæ liberum ei erat noxæ dedere si legis facultate vti noluisset *l. item veniunt 20. §. idem rectè ait sup. de hered. petit.* Aut nisi mentitus sit, se seruum in sua potestate non habere *l. si seruus depositus 22. §. vlt. inf.* Aut denique nisi sciente domino seruus deliquerit *l. prox. inf.* His enim tribus casibus iudicium in eum dictatur sine vlla deditione. Sanè æquum non esset nequitiam seruorum vltra eorum corpora dominis damnosam esse *Instit. hoc tit. in princip.* Et ideò fatendum est æquissimo temperamento introductas esse noxales actiones, Itémque interdicta noxalia, de quibus in *l. vlt. de interdict.*

a *Quarum actionum.* Ratio dubitandi. Solius noxæ deditionis iudicium nullum est *l. miles me 6. §. decem inf. de re iudic.* Ergo nulla actio per se est noxalis.

Dec. Noxalē actionē cùm dicimus, nō nomē, sed qualitatem significamus, & adiectionem quandam actionis: Ad differentiam actionem præcisæ, id est, ex qua fit præcisa condemnatio ad certam pecuniæ

quantitatem. Nam in noxali actione condemnatio fit ad certam quantitatem, vt eam præstare teneatur, sed additur *aut noxa dedere, l. 1. in fi. princ. l. 5. §. Prætor ait supr. tit. prox.* Idque est quod ait *d. §. decem.* Iudicium solum noxæ deditionis nullum esse, sed sequi pecuniariam condemnationem. Item quod dicimus tandiu competere noxæ dedendæ facultatem, quandiu condemnatus nondum ex iudicato conuentus sit *d. l. item veniunt 20. §. Idem rectè ait 5. sup. de petit. hered.*

2. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

SI seruus, sciente domino, occidit: insolidum dominum obligat: ipse enim videtur dominus occidisse. si autem insciente [a], noxalis est: nec enim debuit ex maleficio serui in plus teneri, quàm vt noxæ eum dedat.

Ad l. Si seruus 2.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt dominus sciat seruum delinquere, nec tamen prohibere possit, quo casu cùm culpa careat *l. culpa caret 56. de reg. iur.* nihil causæ est cur eo nomine teneatur in solidum.

Dec. In hoc tractatu scientiam domini, cùm dicimus sic accipimus, si cùm prohibere posset non prohibuerit *l. prox. infr. & l. 1. supr. Ne quis eum qui in ius vocat.* Quo casu scientia iuncta cum patientia pro iussu habetur, vt *infrà prox. in. §.* Quamquam differentia aliqua est an dominus iusserit, an verò tantùm non prohibuerit, vt in *dict. §. prox.* vbi diximus.

a *Si autem insciente.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. 1. supr.*

1 ¶Is, qui non prohibuit, siue dominus manet, siue desiit esse dominus, hac actione tenetur. sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat fuit, in tantum [a] vt Celsus putet, si fuerit alienatus seruus seruus in totum, vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi. nam seruũ nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperauit. Et sane, si iussit, potest hoc dici. si autem non prohibuit [b], quemadmodum factum serui excusabimus? Celsus tamen [c] differentiam facit inter legem Aquiliam, & legem duodecim tabularum. nam in lege antiqua, si seruus sciente domino furtum fecit, vel aliam noxam commisit: serui nomine actio, est noxalis, nec dominus suo nomine tenetur. at in lege Aquilia (inquit) dominus suo nomine tenetur, non serui. vtriusque legis reddit rationem: duodecim tabularum, quasi voluerit seruos dominis in hac re non obtemperare: Aquiliæ, quasi ignouerit seruo qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placet [d], quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit, si seruus furtum faxit, noxiamve nocuit, etiam ad posteriores, leges pertinere: poterit dici, etiam serui nomine cum domino agi posse noxali iudicio: vt quòd detur Aquilia aduersus dominum, non seruum excuset, sed dominum oneret: nos autem secundum Iulianum probauimus. quæ sententia habet rationem, & à Marcello apud Iulianum probatur.

Ad §. 1. Is qui.

Ratio dubitandi. Noxa caput sequitur, & consequenter noxalis actio transit in eum qui actionis propositæ tempore inuenitur nouus dominus, non in eum qui fuit tempore delicti *l. noxalis 7. l. penult. §. vlt. infr. l. 4. Cod. an seruus de suo facto. l. quod dicitur 18. de furt.* Dec. In noxali actione id obtinet non in præcisa, quæ contra dominum datur ex culpa propria. Nec enim culpa prioris domini transire in nouum dominum potest, nec rursus solet serui alienatione purgari: neq; noxa hic vt in seruum caput, vt textus subicit, Ergo quod hic sequitur *hac actione*, de ea intellige quæ non est noxalis, sed contra dominum datur proprio nomine, & detracta noxæ mentione, quam induxit lex Aquilia, de qua hic agi constat ex huius legis inscriptione quæ ostendit sumptam esse ex Vlpiani *lib. 18. ad Edictum*, vbi tractauit potissimum de lege Aquilia.

a *In tantùm.* Ratio dubitandi. Siue alienatus sit seruus, qui nocuit, siue manumissus, semper noxa caput sequitur *d. l. noxalis 7. & l. pen. §. vlt. inf.* Nec quicquam vetat priorem dominum nihilominus teneri. Cur non enim contra vtrumque actio competat, cùm ambo deliquerint: seruus quidem qui ipse delictum admisit, dominus verò qui cùm sciret non prohibuit.

Dec. Non delinquit seruus qui obtemperat domino *l. 4. de reg. iur.* nisi in delictis atrocioribus *l. seruus 20. de oblig. & act. l. ad ea 157. l. is damnum dat 169. de reg. iur. l. liber homo 37. supr. ad leg. Aquil.* delinquit ergo solus dominus, & consequenter æquum non est vt noxa caput sequatur. Ex quo apparet hanc sententiam non pertinere ad eum casum quo seruus iubente domino aliquem occiderit. Est enim hic casus ex atrocioribus *d. l. seruus 20.* Sed tamen etiam hoc casu videtur lex Aquilia seruo pepercisse *vers. Celsus infr. & d. l. liber homo 37. sup. ad leg. Aquil.* Extra casum legis Aquiliæ parcendum seruo non est *l. 4. §. Cùm dominus infr.*

b *Si autem non prohibuit.* Ratio dubitandi. Qui patitur mandare videtur *l. qui patitur 18. infr. mand.* Dec. Non potest seruus dicere se necesse habuisse obtemperare domino, qui nihil iussit. Et consequenter nihil est quod possit improbum factum serui excusare. Nec enim domini patientia seruum excusat, sed dominum onerat, vt in fine huius legis scriptum est.

c *Celsus tamen.* Differentia hæc legis 12. tab. & legis Aquiliæ tota est iuris constituti. Habet tamen suas rationes dubitandi & decidendi positas in textu. Nam quæ ratio fuit dubitandi ad legem duodecim tabularum, ea fuit decidendi, Ad legem Aquiliam. Quod ignoscendum fuerit seruo, qui domino paruit, periturus, si non paruisset *l. liber homo 37. sup. ad leg. Aquil.* Quæ autem fuit dubitandi ad legem Aquiliam ea fuit decidẽdi ad legem 12. tab. quod

quod non debuerit seruus in tam atroci crimine, id est, in furto aut homicidio parêre domino, sciens futurum vt noxa caput sequeretur, siue alienari posteà eum contingeret, siue manumitti *l.4. C. an seruus ex suo fact.*

d *Sed si placet.* Seorsus est. etiam pro furto serui competere actionem legis Aquiliæ. Posteriores enim & nouæ leges dicuntur omnes quæ fuerunt post legem 12. tab. quæ omnium fuit antiquissima, vt & in *l. vlt. de reg. Caton.* Nemo autem dubitat quin ex furto serui teneatur dominus actione legis Aquiliæ, cùm fieri furtum non possit, quin damnum detur *l. 2. §. 1. inf. de priuat. delict.* Inde igitur fit vt si seruus sciente ac imperante domino furtum fecerit, non tantùm noxalis actio detur contra dominum ex lege 12. tabul. sed etiam actio legis Aquiliæ præcisa contra eundem dominum proprio ipsius nomine. Et contrà, non tantùm actio legis Aquiliæ contra dominum proprio ipsius nomine, sed etiam noxalis ex lege 12. tabul. vt hoc quoque casu noxa caput sequatur, perinde atque si lex Aquilia nihil ad legem 12. tab. addidisset. Vt quod etiam lex Aquilia locum habet contra dominum, non seruum excuset, sed domino oneret. Sed tamen, vt dicam quod sentio, tota hæc ratiocinatio mihi valde suspecta est, videtúrque potiùs Triboniani, non benè ista distinguentis. Nam si seruus tuus mihi furtum fecerit etiam te iubente, verum est competere mihi contra actionem legis Aquiliæ & quidem præcisam, cùm nomine tuo teneris non serui, vt proximè dictum est. Ergo non noxalem, quæ non nisi serui nomine contra dominum datur. Competet tamen noxalis furti actio contra te ex lege 12. tab. E contrario si seruus tuus mihi furtum fecerit te ignorante, nullo casu contra te proprio nomine & præcisa actio competit, sed duplex noxalis vna furti ex lege 12. tabular. alia de damno iniuria dato ex lege Aquilia. Priore casu cùm sciente domino seruus deliquit, siue ex lege 12. tabul. agatur noxaliter, siue ex lege Aquilia, præcisè noxa non sequitur caput, siue alienetur seruus, siue manumittatur. Posteriore verò sequitur, ita vt neque excusetur seruus, neque dominus oneretur. Et ita Celsi & Iuliani sententia accipi meo iudicio debet, non quomodo à Triboniano, qui sensisse videtur secundùm Iuliani sententiam dandum noxale iudicium, etiam legis Aquiliæ contra dominum qui seruo vt alium occideret, vel furtum faceret, imperauit. Quod sanè falsum est, & cum iis quæ in §. scripta sunt conuenire non potest. Sed quamuis hæc secundum legem 12. tabul. & legem Aquiliam benè disputentur, Prætor tamen in danda formula detrahit noxæ deditionem, cùm dominus culpæ conscius esse dicatur *l. 1. in fin. princ. & l. 5. § Prætor ait supra tit. 1.* Nec tamen eò minùs dat noxalem ex lege 12. tabul. Itémque ex lege Aquilia contra dominum si non fuit ille conscius. Iunge *l. 4. §. cùm dominus, inf.*

3. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

IN omnibus [a] noxalibus actionibus, vbicunque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cùm prohibere posset non prohibuit. aliud est enim [b] auctorem esse seruo delinquenti: aliud, pati delinquere.

Ad l. In omnibus.

a *In omnibus.* Ratio dubitandi. Nihil vetat scire quem, quòd alius peccet, nec tamen prohibere posse, vt constat ex regula illa iuris, quæ ait Culpa eum carere qui scit, sed prohibere non potest *l. culpa caret 50. de reg. iur.*

Dec. Scientia hîc accipienda est, quæ voluntatem scientis & culpam ipsius propriã arguat. Alioqui de noxali actione quærendum nihil esset si maleficium nullum interuenisset. Iunge *l. 1. §. 1. l. pen. inf. si famil. furt. feciss. dicet. l. scientiam 45. in princ. sup. ad leg. Aquil.*

b *Aliud est enim.* Ratio dubitandi. Qui patitur mãdat *l. qui patitur 18. mand.* Dec. Qui non vetat peccare cùm possit iubet, inquit Seneca in Troade. Sed si prohibere non possit culpa caret *d. l. culpa caret 50. l. nullum crimen 109. de reg. iur.* Nisi cùm verba legis alicuius aut edicti aliam interpretationem suadeant, vt in *l. quid ergo 13. in princ. sup. de his qui notant. infam.* Et certè aliud est dominum authorem esse seruo delinquendi, Aliud verò pati eum delinquere dominus qui patitur, cùm sciat ipse, & prohibere possit videtur author esse seruo ad delinquendum, non autem qui scit & patitur, cùm prohibere non possit, non magis quàm si ignoraret. Quæ Accursij nostri secunda ad hunc locum, & bona interpretatio est.

4. PAVLVS libro 3. ad Edictum Prouinciale.

IN delictis seruorum scientia domini, quemadmodum accipienda est? vtrum cum consilio, an & si viderit tantum, quamuis prohibere non potuerit? quid enim [a], si ad libertatem proclamans, domino sciente faciat: aut qui condemnat [b] dominum? vel cùm trans flumen sit seruus, vidente quidem, sed inuito domino, noxiam noceat? rectiùs itaque dicitur, scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest, & hoc in toto edicto intelligendum est circa scientiæ verbum.

Ad l. In delictis 4.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad §. 1. *l. 2. & ad l. 3. supra.*

a *Quid enim.* Ratio dubitandi. Qui proclamat ad libertatem adhuc seruus est donec liber pronuncietur. Dec. Ordinata liberali causa constituitur seruus in possessione libertatis, & interim pro libero habetur *l. ordinata 24. infr. de liber. caus. l. lite 14.* C *eod.* Ideóque nec imperandi nec prohibendi ius habet dominus.

b *Aut qui condemnat*, id est, qui in procinctu est obtinendæ sententiæ contra dominum, vt in *l. si extraneus 33. de iur. dot.* Mallem tamen sic legere *contemnat*, vt in vulgata editione. Exempla sunt hæc omnia domini scientis quidem delictũ serui, sed prohibere non valentis, quem proinde dici non potest authorem fuisse seruo delinquendi.

1 ¶Si extraneus seruus sciente me fecerit, cúmq; redemero: noxalis actio in me dabitur: quia non videtur domino sciente fecisse: cum eo tempore dominus nō fuerim.

Ad §.1. Si extraneus.

Ratio dubitandi. Cùm seruus extraneus sciente me deliquit, & eum posteà redemit, vtrumque verum est, & à seruo meo & me sciente delictum admissum esse. Ergo danda est contra me præcisa actio, non noxalis.

Dec. Vtrumque quidem verum est in sensu diuiso, sed non in sensu composito, vt loquuntur Logici, quia quo tempore sciebam eum delinquere, non eram dominus, ideóque nec poteram prohibere, Consequenter culpa careo: nec quod posteà fiam ego dominus, præteriti temporis culpam potest inducere *l. serui 17. §.1. inf. de furt.* Idque est quod ex hoc §. solent nostri inferre, Qualitatem iunctam verbo intelligi debere secundum tēpus verbi. Iunge *l. quod ait 31. ad fin. infr. l. de peculio 10. infr. de tribut. act. l. 2. §. vltim. quod iussu l. si alienum 49. de hered. instit.*

2 ¶Cùm dominus ob scientiam teneatur: an serui quoque nomine danda sit actio: videndum est, nisi fortè prætor vnam pœnam à domino exigi voluit. ergo dolus serui impunitus erit. quod est iniquum: immo vtroque modo dominus tenebitur. vna autem pœna exacta, quam actor elegerit, altera tollitur.

Ad §.2. Cùm dominus.

Ratio dubitandi. Non deliquit seruus qui domino iubenti, aut, quod effectu idem esse videtur, non prohibenti cùm posset, obtemperauit: Non potest dominus serui huius nomine teneri actione noxali, nec seruus ipse post manumissionem, aut nouus dominus post alienationem, quoniam noxa, quæ hoc casu nulla est, caput sequi non potest, vt disertè Vlpian. scribit in *d. §.1. vers. in tantum supr.* Et sanè ita est. Neque ad hanc rationem respōderi potest: Imò verò respondet hæc ratio ad illam quæ ponitur in hoc §. *Ergo dolus serui impunitus erit.* Nullus enim dolus est, Imò nec culpa vlla eius, qui parere habet necesse *l. nullum crimen 169. de reg. iur.* Et verò iniquum esset ex vno delicto duplicē pœnam exigi à domino per eum, cuius non nisi semel interesset. Quid enim amplius interesse potest illius cui nocitum est, vbi ex præcisa condemnatione totam litis æstimationem consecutus est à domino? An non esset in dolo qui bis idem ab eodem consequi vellet? *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Iunge *l. si ex duobus 17. in princ. infr. hoc tit.* Alia ratio est Edicti *si famil. furt. fecisse dicet. edict.* Non enim ibi punietur dolus domini si & suo nomine & pro tota familia quæ furtum fecit, posset defungi vnica æstimatione quam libet homo sufferret. Ergo quod hîc dicitur *vtroque modo teneri dominum*, aut falsum est, & Triboniano quoque adscribendum, cuius manum hic sanè textus redolet: Aut restringendum ad noxalem actionem leg. 12. tab. nec trahendum ad legem Aquiliam, de qua intellige *d. §. 1. l. sup.* Sumpta enim est ex Vlpiani *lib. 18. ad Edictum* in quo tractauit maximè de actione legis Aquiliæ, vt constat ex tot eiusdem Vlpiani legibus, quæ sunt sub *tit. ad leg. Aquil.* & iam monui ad *d. §. 1.* In summa res sic se habet, aut parcendum est seruo qui obtemperauit domino, aut non parcendum est. Quoties parcendum est, nulla serui nomine actio noxalis competere potest, quia nec noxa, vt dixi, vlla est, sed tantùm cum domino præcisè agendum est detracta noxæ mentione, quia solus is deliquit. Et ita est in actione legis Aquiliæ, quæ seruis parcendum credidit. Aut non est parcendum seruo, quod lex duodecim tabularum in furto & homicidio credidit. Et eo casu noxalis tantùm actio competere potest ex maleficio serui præcisa, contra dominum, quem non nisi noxali actione teneri voluit lex 12. tab. *l. 2. §. 1. sup.* Lex vero Aquilia eo solo casu quo insciente domino seruus deliquerit. Nunquam igitur vtraque actio concurrit, Et cùm oneratur dominus, excusatur seruus: Et contrà cùm accusatur seruus exoneratur dominus non in totum, sed hactenus vt noxali tantùm non præcisa actione teneatur, licèt contra scriptum sit in fine *d. l. 2.* Est ergo hic quoque §. totus Triboniani & alterius à ratione iuris. Prætor sanè omni casu dat præcisam actionem contra dominum qui conscius fuit criminis, & detrahit noxæ mentionem *l. 1. l. 5. §. Prætor ait sup. tit.*

3 ¶Si detracta noxæ deditione, quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius, absolutione facta & finito iudicio, amplius agendo cum noxæ deditione, exceptione rei iudicatæ summouebitur: quia res in superius iudicium deducta, & finita est. Donec autem [a] prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda pœniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contrà quoque [b], si cum eo, qui scit, cum noxæ deditione actum sit: amplius in dominum, detracta noxæ deditione, danda actio non est. In ipso autem iudicio si voluerit, & scientiam domini arguere, non est prohibendus.

Ad §.3. Si detracta.

Ratio dubitandi. Exceptio rei iudicatæ non habet locum nisi cum eadem res, idem corpus est, & eadem causa petendi *l. cùm quæritur 12. & seqq. de except. rei iudic.* Atqui alia causa est agendi si agatur detracta noxæ deditione contra dominum tanquam conscium. Alia verò si noxaliter. Priore namque casu actio nascitur ex proprio delicto domini. Posteriore verò ex maleficio serui. Dec. Singulis controuersiis singulas actiones, vnumque iudicati finem sufficere placuit *l. singulis 6. cod. ill. tit.* Hîc autem vnica eadémque actio est, siue præcisa sit, siue noxalis, quoniam ea tantùm actionis qualitas & adiectio est. Et vtroque casu tota res in iudicium deducta & finita est: ne quæ verò de vnius eiusdémque hominis admisso sæpius quærendum est *l. pen. §. vlt. sup. naut. caup. stabul.*

a *Donec autem.* Hîc quoque locus Triboniani esse videtur,

videtur. Nec enim duplex iudicium est, quorum vnum sit prius, alterum posterius, sed vnũ & idem, duas tamen habet clausulas, quarum prior iubeat condemnari dominum præcisè ad litis æstimationem, Altera cum mentione deditionis noxæ: Litis enim sola æstimatio in condemnatione est, Noxæ autem deditio in solutione *l. miles 6. §.1. de re iudic.* Sed si Prætor formulam dederit, aut adiecta, aut detracta noxæ deditione, non potest actor ex pœnitentia facere vt qualitas actionis mutari debeat, sed noua formula opus est, quam datus iudex sequi possit, Ideoque à priore formula discedere actorem oportet, ex eaque causa sumptus in eo iudicio in id vsque tempus factos refundere *l.3. C. de edend.* Videtur autem hîc Tribonianus respexisse ad ius nouum quo formularum istarum impetratio & sollẽnitas sublata est, *tit. C. de formul. & impetr. act. subl.* Nam & in formula iudicij solitum Prætorem addere *aut noxæ dedere* cùm noxale iudicium dictaret constat ex *l.1. in fine prin.* & ex *l.5. §. Prætor aut sup. tit. prox.* Et iudicem in sententia iudicis ex *d. l. miles 6. §.1. inf. de re iudic.*

b *Contrà quoque.* Ratio dubitandi. In iudicio quasi contrahitur *l.3. §. idem scribit inf. de pecul.* Ergo qui cum domino egit noxali actione, nec in eodem iudicio potest scientiam domini arguere, vt dominus contra Prætoris formulam detracta noxę mẽtione condemnetur. Sed necessariò impetranda noua actio est & noua formula in qua deditionis noxæ mentio nulla fiat.

Dec. Ita sanè est ex iuris veteris ratione: sed respexit proculdubio Tribonianus ad ius nouum quo neque Iudex vllus datur, neque formula, sed Prætor ipse, aut alius Magistratus cognoscit, nulli addictum formulæ *l.x. C. de pedan. iudic. d. tit. C. de formul. & impetrat. act. sublat.* vt in *l. actio 47. sup. de neg. gest.*

5. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

SI plurium seruus deliquerit, omnibus ignorantibus noxale iudicium in quemuis dabitur: sed si omnibus [a] scientibus, quiuis eorum tenebitur, detracta noxæ deditione: quemadmodum si plures deliquissent. nec, altero conuento, alter liberabitur. sed, si alter [b] scit, alter ignorauit: qui scit, detracta noxæ deditione, conuenitur: qui nescit, cùm noxæ deditione.

Ad l. Si plurium 5.

Ratio dubitandi. Non quiuis plurium dominorum eiusdem serui dominus est in solidum, sed pro virili tantùm cuiusque portione. Nec enim solus seruus est vniuscuiusque in solidum, sed omnium simul, ita vt pars vnius non sit pars alterius *l. Mauius 66. §. duorum de leg. 2. l. rectè 25. de verb. signif.* Non ergo quiuis dominorum in solidum teneri noxali actione potest.

Dec. Non potest seruus dedi noxæ pro parte, sed in solidum duntaxat *l. heredes 25. § si vnus inf. famil. ercisc. l. in executione 85. § pro parte de verb. oblig l. qui hominem 9. §.1. de solut.* Necesse igitur est dari actionem in solidum quoties est noxalis l. *si seruus communis 8. inf. hoc tit.*

a *Sed si omnibus.* Ratio dubitandi. Non potest seruus deteriorem facere condicionem domini supra quam seruus ipse sit *l.1. & 2. sup.*

Dec. Domini qui sciuerunt seruum delinquere, habentur ipsi pro delinquentibus: Proinde ergo tenentur in solidum singuli, ac si plures deliquissent, cùm suo nomine & ex proprio delicto conueniantur: ideoque nec vno conuento alij liberantur sola litis contestatione sed perceptione tamen liberantur, vt in *l.3. §. vlt. & l.4. sup. tit. prox. l. si ex duobus 17. inf.* Cùm enim nisi pro indemnitate comparatæ sint noxales actiones, sufficit semel præstitam esse indemnitatem: Et ita benè Azo apud Accurs. contra Ioan. ex *l. noxalis 7. §.1. inf.*

b *Sed si alter.* Ratio dubitandi. In indiuiduis scientia vnius videtur nocere debere alteri. Noxale autem iudicium est indiuiduum, vt initio huius legis & *l. si seruus 8. inf.*

Dec. Scientia vnius nocere alteri nunquam debet, vt ob id magis teneatur, ne ex alterius facto alter lædatur contra *l. non debet 74. de reg. iur.* Et quamuis noxale iudicium sit indiuiduum, non illud tamen æquè, quod detracta noxæ mentione redditur. Eum namque solum afficit qui cõscius est criminis, non cæteros. Et longè diuersa ratio est eius qui scit, alia eius qui ignorat. Qui enim sciuit, nec prohibuit, cùm prohibere posset, deliquit. Non etiam is, qui ignorauit *l.2. & 3. sup.*

1 ¶ Differentia autem harum actionum non solùm illa est, quòd qui scit, in solidum tenetur: verùm illa quoque quòd siue alienauerit seruum, qui scit, siuè manumiserit, siue decesserit seruus, dominus tenetur. sed, si ipse dominus [a] decesserit, heres eius non tenetur.

Ad §.1. Differentia.

Ratio dubitandi. Noxa caput sequitur, ideoque si seruus qui noxiam fecit alienatus sit, non pristinus dominus teneri debet, sed nouus *l. pen. §.1. infr.* si verò sit manumissus ipse teneri debet non ille qui fuit dominus *l.4. C. An seruus ex suo fact.*

Dec. Cùm dominus conscius est delicti à seruo commissi, noxia est non tantùm in seruo, sed etiam domino, qui ipse deliquisse videtur, vt modò diximus: Proinde quamuis alienauerit seruum aut manumiserit, non eo minùs tamen teneri debet: Ne alioqui in ipsius potestate sit manumittendo seruum aut alienando, suam obligationem facto suo tollere, *l. si seruum 91. §. nunc videamus de verbor. oblig.*

a *Sed si ipse dominus.* Ratio dubitandi. Obligationes omnes defuncti, & actiones omnes quæ contra defunctum competebant transeunt in heredem, qui succedit in vniuersum ius quod defunctus habuit, nec ignoratione sua defuncti vicia excludit *l. cùm heres 11. de diuers. temp. præscr.*

Dec. Actio hæc quæ datur cõtra dominum conscium criminis à seruo commissi, nascitur ex delicto ipsius domini, qui non minùs, quàm seruus

ipse deliquisse videtur, vt scriptum est initio huius legis. Ex delictis autem defunctorum noo tenentur heredes, nisi fuerit lis contestata cum defuncto *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. constitutionibus 35. infra de oblig. & action. l. 1. inf. de priuat. delict.* Aut nisi ex delicto defuncti aliquid ad heredem peruenerit *l. sicuti 38. de regulis iuris. l. in heredem 5. supra De calumniat.*

6. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

SEd & ipse seruus manumissus tenetur.

Ad l. Sed & ipse 6.

Ratio dubitaodi. Cùm dominus conscius est criminis, videtur dominus ipse deliquisse, qui noo prohibuit, cùm posset, Ideoque tenetur ipse, tametsi seruum manumiserit, vt proxima lege diximus. Nihil ergo causæ est cur ipse seruus teneatur.

Dec. Noxa caput sequitur, nec scientia domini excusat seruum, sed dominum onerat *l. 2. ad fin. sup.* Scilicet cùm dominus sciuit tantùm non iussit. Nam si iusserit culpa nulla est serui qui domino paruit si credas legi Aquiliæ, non etiam si legi duodecim tabularum: quam tamen sequitur Prætor omni casu, habétque vtrumque pro delinquente, Et seruum, etiam cùm dominus iussit quid atrocius, multò magis si dominus tantùm sciuerit, & dominum non solùm si iusserit quid atrocius, sed etiam si sciuerit quid leuius, vt scilicet actionem det in solidum, & contra dominum detracta noxæ deditione, Et contra seruum ipsum postquàm fuerit manumissus.

7. VLPIANVS libro 3. ad Edictum.

NOxalis autem non aliàs datur, nisi apud me sit seruus. &, si apud me sit[a], licèt eo tẽpore nõ fuit, quo delinquebat, teneor: & heres meus tenetur[b] si noxius viuat.

Ad l. Noxalis 7.

Ratio dubitandi. Nemo potest facto suo se liberare, nisi aut soluendo, aut aliter satisfaciendo creditori *l. si seruum 91. § nunc videamus. de verb. oblig.*

Dec. Nascitur hæc obligatio domini ex facto serui, quem pro noxa dedendo, se liberat si id malit, quàm præstare litis æstimationem *l. 1. sup.* Nõ potest autem seruum dedere pro noxa, nisi eum seruum apud se habeat, id est, in dominio suo & in sua potestate *l. quoties 21. § Prætor ait, & seq. inf.* Sic enim deditionem noxæ fieri oportet, vt dominium in actorem transferatur *l. si quis à multis 14. § 1. l. penult. § vlt. inf.*

a *Et si apud me sit.* Ratio dubitandi. Noxales actiones comparatæ sunt aduersus dominos ex delictis, & maleficiis seruorum *l. 1. sup* seruum ergo nostrum esse oportet tempore delicti, vt ex eius facto conueniri possimus, Alioqui ex facto serui alieni quis conueniretur: quod esset iniquum.

Dec. Noxa caput sequitur *l. quod dicitur 18. inf. De furt. l. 4. C. an seruus ex suo fact.* & consequenter quisquis repetitur dominus eo tẽpore quo agitur, conueniri potest licèt tempore delicti non fuerit dominus *d. l. pen. § vlt. inf. l. 4. § si extraneus*, vbi dixi *sup.*

b *Et heres meus tenetur.* Ratio dubitandi. Non transit in heredem actio, nec si dominus fuerit conscius criminis serui *l. si plurium 5. in fin. sup.* Multò minùs ergo cùm dominus non fuit conscius.

Dec. Noxali actione tenetur heres non tanquam successor defuncti, sed tanquam nouus dominus, sicuti alius quilibet nouus dominus teneretur *d. l. pen. § vlt. inf.* Ideoq; non aliter tenetur quàm si seruus noxius viuat, vt lex ait. Adde *& apud heredem ipsum sit*, id est, in heredis dominio, & in ipsius potestate, vt dedendi eius habeat facultatem *d. l. quoties 21. § Prætor ait.*

1 ¶ Pomponius ait, si emptor serui noxali conuentus sit, venditorem, quo sciente factum est, conueniri iam non posse.

Ad § 1. Pomponius.

Ratio dubitandi. Venditor qui sciuit delictum serui, nec prohibuit cùm posset, tenetur in solidum, nec venditio eum liberat à proprio delicto *l. 5. § 1. sup.* Nihil ergo ei prodesse debet, quod emptor noxali actione conuentus sit.

Dec. Vnum est delictum serui ex quo venditor & emptor tenentur, & consequenter vna est actio, quæ vnica finitur sentẽtia *l. 4. § vlt. sup.* vbi dixi iuncta *l. singulis 6. de except. rei iudic.* Non enim de vnius, eiusdemq; serui admisso quæri sæpiùs debet *l. pen. in fin. sup. naut. caup. stab.* Ergo conuento emptore venditor conueniri iam non potest, Nec distinguemus cum Accursio, an exactus sit emptor nécne, quia imputare sibi debet qui maluit eligere emptorem, cùm posset agere præcisè contra venditorem.

8. VLPIANVS libro 37. ad Edictum.

SI seruus communis furtum fecerit, quiuis ex dominis in solidum noxali iudicio tenetur: eóque iure vtimur. Sed non aliàs[a] poterit is, qui conuentus est: euadere litis æstimationem, nisi insolidum noxæ dederit seruum. nec ferendus, etsi partem dedere fuerit paratus. Planè si propter[b] hoc, quòd socij dedere parati non fuerint, insolidum fuerit condemnatus, communi diuidundo, vel familiæ erciscundæ iudicio aduersus eos experietur. ante noxale[c] sanè iudicium acceptum poterit, sua parte cedendo, securitatem consequi, ne necesse habeat suscipere iudicium. quamquam quis possit dicere sic euenire[d], vt, dum pars ei cedatur, amittat actionem: dominus enim pro parte factus, non potest cum socio noxali expe-

experiri fortassis nec communi diuidundo agere possit eius maleficij nomine, quod ante communionem admissum est. quod si non potest, euidenti iniuria adficietur. sed melius est dicere, competere ei communi diuidundo iudicium.

Ad l. Si seruus communis 8.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 5. in princ. supr.*

a *Sed non alias.* Placet quod Cuiacius emendat *scilicet non alias.* Est enim hæc interpretatio clarior prioris sententiæ, non correctio.

Ratio dubitandi. Noxæ deditio continet translationem dominij, & ideò non potest dedere nisi qui dominus est, *l. si quis à multis 14. §. 1. infr.* Atqui in seruo communi non habet quiuis sociorum, nisi partem dominij, nec partem socij alienare socius potest *tot. tit. de Commun. rer. alienat.* Ergo non ad aliud teneri socius potest, quàm vt partem suam dedat.

Dec. Non potest deditio fieri pro parte, quia animal quod nocuit indiuiduum est *l. 2. §. 1. l. in executione 85. §. pro parte. infr. de verb. oblig.* nec cogitur quis inuitus incidere in communionem *l. si non sortem 26. § si centum. infr. de condict. indeb.* Ideoq; nec audiendus est dominus serui communis, si eum pro sua tantùm parte velit noxali iudicio defendere *l. 4. supr. si ex noxal. caus. agat.* Sed ea res tamen non obligat socios, vt eam deditionem pati cogantur: Quamuis eo nomine teneantur iudicio Familiæ erciscundæ, vel Communi diuidundo, vt sequitur in textu.

b *Planè si propter hoc.* Ratio dubitandi. Socij qui parati non fuerunt partes suas dedere, iure suo id fecerunt cùm nemo cogatur partem suam vendere ne quidem iusto precio *l. non enim 9. rer. amotar. l. nec emere 16. C. de iur. deliberandi. l. nec quasi 70. supr. de rei vindicat.* Nullam igitur pœnam eo nomine pati debent.

Dec. Seruus communis qui deliquit, omnium dominorum suorum condicionem eatenus deteriorem facere potuit, & facit quatenus precium ipsius serui non excedat *§. 1. infr. de noxal. act. l. 1. supr.* Nec quod contra vnum ex sociis noxali actione agere maluerit is qui damnum passus est alios liberare debet, quo minùs ex facto serui teneantur, pro qua parte sunt domini. Cùm igitur ille ex sociis qui noxali conuentus est, damnum hoc sentiat ex facto & culpa sociorum, quòd totius litis æstimationem præstare præcisè cogitur, æquum est, & ex bona fide vt sarciant illud damnum bis iudiciis familiæ erciscundæ, & communi diuidundo, quæ sunt bonæ fidei. Sed & antequàm condemnetur ad litis æstimationem, statim atque noxali iudicio cum eo agi cœpit, potest ipse aduersus socios agere, vt partes ei tradantur cautionibus interpositis, vt si noxæ non dederit, reddat *l. si socius 15. infr. Commun. diuid.*

c *Ante noxale.* Ratio dubitandi. Non est audiendus vnus ex sociis si pro sua tantùm parte velit seruum noxium defendere, vt proximè diximus ex *l. 4. si ex noxal. caus. agat.* Ergo nec est audiendus, si velit seruum pro sua tantùm parte cedere.

Dec. Non ait Vlpian. posse socium cedere inuito actori parte sua, sed posse sua parte cedendo securitatem consequi ne habeat necesse suscipere iudicium: Quod haud dubiè sic accipiendum est si cesserit volenti. Nam inuito non fit in iure cessio non magis quàm absenti, cùm sit actus legitimus. Cùm autem volenti facta est cessio partis serui, debet sibi imputare is qui cessionem huiusmodi agnouit, cùm posset, si maluisset, agere noxali iudicio. Nam & qui partem Stichi vltrò accepit ab eo qui hominem in genere debebat, debitorem pro ea parte liberat *l. stipulatus sum 9. §. pro parte. de verbor. obligat. l. qui hominem 17. infr. de acceptilat.* quamuis partem accipere cogi non potuisset *l. 2. §. 1. l. in executione 85. §. pro parte de verbor. oblig.* Sic & satisfecisse prodest, quamuis satisfactionem offerre nihil prosit *l. item liberatur 16. §. 1. infr. quib. mod. pignus vel hypoth. soluit.*

d *Quamquam quis possit dicere sic euenire.* Ita enim legendum est non vt vulgò *hoc euenire.* Cæterùm tota hæc additio vsque ad finem legis est Triboniani, non intelligentis præcedentem Vlpiani sententiam, & sic eam accipientis, ac si scripsisset Vlpianus, Posse socium parte sua cedere inuito ei qui damnum passus fuit. Quod falsum est, vt modò explicauimus. Nam vt inuitus cogatur partis cessionem accipere, cogi certè non potest. Vel ob hanc vnam rationem quæ Tribonianum mouit, quòd alioqui amitteret inuitus actionem noxalem, quia serui communis nomine numquam socio contra socium noxalis actio furti datur, quoniam nec socio dedi potest id quod iam ipsius est pro parte *l. falsus 43. §. vlt. de furt.* Peruenit enim res ad eum casum, à quo incipere non potuit *l. si seruus 27. §. 2. sup. ad legem Aquil.* Nec rursus potest actio communi diuidundo locum habere inter socios ob maleficium quod ante communionem admissum est, vt hîc dicitur. Neque ad hunc casum pertinet *l. si seruus communis 61. infr. de furt.* quæ tractat de furto per seruum communem admisso post contractam iam communionem, & ei qui tempore furti dominus fuit, quod in casu nostro diuersum est. Etsi videtur locus ille Tribonianum fefellisse. Triboniani verò manum produnt etiam verba illa *vt dum pars ei cedatur*, quæ nec construi possunt, nisi cum Accursio suppleas *ei cui damnum datum fuerat per seruum*, cùm tamen præcedentia sint de domino serui non de damnum passo.

9. PAVLVS libro 39. ad Edictum.

SI communis familia, vel communis seruus furtum fecerit, altero ex dominis sciente: is, qui scit, omnium nomine tenebitur, & conuentus alterum quoque liberat[a]: nec à socio quicquam debebit cõsequi: sui enim facti nomine pœnam meruit. Quòd si is[b] qui ignorauit, duplum præstiterit: à socio simplum consequetur.

Ad l. Si communis 9.

Ratio dubitandi. Communis seruus delinquens facit deteriorem omniũ dominorum suorum condicionẽ, etiamsi delictum ignorauerint, hactenus sc. vt ex eius delicto actione noxali conueniri pos-

ſint. Debent igitur omnes factum eius præſtare, & indemnitatem et in eam ſaltem vſque quãtitatem, quæ ad ſerui æſtimationem aſcendat *l. ſi ex duobus 17. verſic. ipſi tamen infr. l. penult. verſic. & ſi ſeruus communis infr. ſi ſ. famil. furt. feciſſe dicet.*

Dec. Qui ſciuit ſeruum delinquere, nec prohibuit cùm poſſet, deliquit ipſe, & ideò cùm ad præſtandam totius litis æſtimationem condemnatur, non niſi ex proprio delicto condemnatur, cuius ſolum eum pœnas luere æquum eſt: Itaque eius quod præſtiterit nullam penitus debet habere aduerſus ſocios repetitionem, vt hîc. & in *l. qui proprio 46 § antepenult. ſupr. de procur. l. ſiue hereditaria 22. ſupr. de negot. geſt. l. inter coheredes 44. l. quod ex facto. inf. famil. erciſc.* Nimirum ſi non ſimpliciter ſciuit, ſed etiam iuſſit: Alioqui pugnabit hic Paulus cum ſeipſo in *d. l. ſi ex duobus 17.* vbi diſtinguit ſcientem à iubente. Quaſi aliud ſit delinquere, aliud verò delinquenti conſentire: Hoc minus, illud maius eſt, vt ibi dicemus.

a *Alterum quoque liberat.* Ratio dubitandi. Quod quis ſuo nomine & ob proprium factum ſoluit, alium non liberat *l. ſi quid poſſeſſor 31. ſupr. de petit. hered. l. Papinianus 28. inf. mandat.*

Dec. Improbus eſt is, qui ex eodem facto velit bis idem conſequi etiam à pluribus *l. ſi quis dolo 51. in fin. de re iudic.* Maximè in propoſito caſu, quia noxalis actio non datur niſi vt is, qui damnum paſſus eſt, hanc ſaltem conſequatur indemnitatem vt proinde non poſſit ea indigere is, qui iam ab vno ex dominis indemnitatem conſecutus eſt. Quomodo & in duobus reis debendi euenit. Video tamen Paulum hîc loqui de conuenio non de ſoluente, vt & in *l. electio 26. infr. hoc tit.* Et rectè: imputet enim ſibi qui hunc elegit, vt ſolidum conſequeretur, & pleniorem haberet actionem.

b *Quod ſi is.* Ratio dubitandi. Cùm is qui non fuit conſcius criminis, inficiatus eſt crimen, ignoſcendum eſt ei, nec idcirco fit conſcius criminis, Ergo vel non eſt condemnandus in duplum, vel danda eſt ipſi repetitio dupli contra ſocios.

Dec. In actione legis Aquiliæ lis per inficiationem creſcit, etiam contra eum, qui non fuit conſcius criminis, quaſi dominus per improbam inficiationem faciat litem ſuam *l. 2. ſup. de l. Aquil. l. 4. C. eod.* Ergo quod præſtat vltra ſimplum, præſtat ob culpam ſuam, & conſequenter nihil niſi ſimplum repetit. Idq; per actionem communi diuidundo.

10. PAVLVS lib. 22. ad Edictum.

SEd & eo nomine agere cum ſocio poterit, quod ſeruum communem deteriorem fecit: quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriorem feciſſet. Cæterum [a] ſi nihil prætereà poſt noxæ deditionem commune habebit, pro ſocio: vel ſi ſocij non fuerunt, in factum agi poterit.

Ad l. Sed & eo nomine 10.

Ratio dubitandi. Non facit deteriorem ſeruum ille ex dominis qui ſcit eum delinquere, nec prohibet, quamuis prohibere poſſit, quia nihil facit, ſed tantùm patitur.

Dec. Qui non vetat peccare cùm poſſit iubet, vt diximus ad *l. 3. ſup.* Et qui non facit quod facere debet, hoc ipſo videtur facere aduerſus id quod facere debet *l. qui nõ facit 121. de reg. iur.* facit ergo ſeruum deteriorem dominus qui eum delinquere patitur, acſi eum iuberet delinquere. Ac proinde tenetur de ſeruo corrupto *l. 1. & paſſim tot. ill. tit.* De illa enim actione locum hunc intelligo, non vt Accurſ. de iudicio communi diuidundo, ſiue directo, ſiue vtili. Id enim ſignificant ſequentia illa *quemadmodum cum quolibet alio qui rem communem deteriorem feciſſet.* Nemo enim dederit actionem communi diuidundo contra non ſocium qui ſeruum deteriorem fecit. Cùm verò non detur actio illa ſerui corrupti, niſi contra facientem intelligenda eſt hæc lex, vt & ſuperior, non de ſciente tantùm, ſed etiam de iubente. Is demùm enim corrumpit & deteriorem facit qui iubet *l. 1. § perſuadere & ſeq. inf. de ſeru. corrup.* non is qui tantùm patitur.

a *Cæterum.* Senſus eſt, ſi poſt noxæ deditionem nihil prætereà commune ſit inter eum, qui ſuo iuſſu ſeruum communem deteriorem fecit, & alios, quorum etiam communis erat ſeruus, non eſſe locum actioni communi diuidundo, cui alioquin locus eſſet *l. etſi 8. § veniet infr. Commun. diuid. l. ſi quis ſeruum 9. infr. de ſeru. corrupt.* Et cui tamen locus non eſt, vbi nulla eſt communio, quemadmodum nomen ipſum actionis ſonat, ſed neceſſariò recurrendum eſſe ad actionem Pro ſocio, ſi non tantùm condiuiſores, ſed etiam ſocij fuerint: Quòd ſi neque in communione vlla amplius ſunt, neque ſocij fuerunt, In factum ſubſidiaria actio neceſſaria eſt, ſcilicet in vicem actionis Communi diuidundo, de qua dictum fuerat in lege præcedente. Nam ad actionem de ſeruo corrupto, de qua proximè actum eſt, hic verſiculus non pertinet. Intellige tamen ſi ſocietatis interfuit *l. ſi quis putans 6. § vlt. infr. Comm. diuid.*

11. VLPIANVS lib. 7. ad Edictum.

BOna fide ſerui poſſeſſor, eius nomine, furti actione tenebitur: dominus non tenetur: ſed noxæ dedendo non facit quidem actoris. cum autem cœperit iſtum ſeruum dominus vindicare, doli exceptione ſummouebitur, vel officio iudicis conſequetur, vt indemnis maneat.

Ad l. Bona fide 11.

Ratio dubitandi. Noxalis actio furti datur contra dominum *l. 1. l. 5. § 1. ſupr.* quia non poteſt alius quàm dominus ſeruum alienum dedendo facere accipientis, quod neceſſe eſt *l. ſi quis à multis 14. § 1. infr.* Bonæ fidei autem poſſeſſor non eſt dominus, nec domini loco habẽdus, niſi quod ad fructuum perceptionem, & acquiſitionem *l. bonæ fidei 48. de acq. rer. dom.* Nec enim acquiritur dominium niſi certis modis inter quos non eſt bona fides, Apud Vlpian.

Vlpian. in fragm. tit. 19. de acquis. rer. Dec. Secundum naturam cuiusque rei est commoda eum sequi, quem sequuntur incommoda *l. secundum* 10. *de reg. iuris.* Atqui commoda omnia serui bona fide possessi sequuntur bonæ fidei possessorem. Ergo & incommodum noxalis actionis sequi eum debet, ne alioqui maneat in incerto, quia actione noxali conueniri debeat: Dominus enim plerumque incertus est, Bonæ fidei possessor certus: nec habet dominus seruum in potestate, Bonę fidei possessor habet, licèt hic non habeat in dominio, sed ille *l. quoties* 21. *inf. & l. penult. C. de furt. & seru. corr.* Nec ad rem pertinet, quòd non possit bonæ fidei possessor seruum deditum facere accipientis. Non enim eò minùs cautum est illi, qui damnum passus est, cùm habiturus sit exceptionem doli aduersus vindicantem dominum, nisi malit dominus plenam indemnitatem præstare, vt tantùm consequatur per exceptionem, quantum per actionem noxalem consecutus fuisset, si dominus conuentus fuisset. Est itaque hæc species quædam noxalis exceptionis. Cui enim damus noxalem actionem, multò magis damus exceptionem ex *reg. l. inquitm* 256. §. 1. *de reg. iur. l.* 1. §. *is autem. de superfic.* Excipe tamen noxalem legis Aquiliæ, quæ numquam datur nisi contra dominum *l. si seruum* 27. §. *serui autem. sup. ad l. Aquil.* lunge *l. si noxale* 27. §. 1. *cum l. seq. infr. l. sin autem* 27. §. *vlt. sup. de rei vind.*

12. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

SI bona fide possessor eum seruum, quem bona fide possidebat, dimiserit, ne agi cum eo ex noxali causa possit: obligari eum actione, quæ datur aduersus eos: qui seruum in potestate habeant, aut dolo fecerint, quo minùs haberent: quia per hoc adhuc possidere videntur.

Ad l. Si bona fide 12.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non tenetur actione noxali iure dominij quod non habet, sed tantùm ratione possessionis. Quam tamen nec vllam habet, postquàm dimisit possessionem quæ est facti *l. denique* 19 *ex quibus caus. maior.* Nulla ergo causa est cur noxali actione teneatur eius serui nomine, quem amplius in potestate non habet.

Dec. Dolus pro possessione est *l. quòd si dolo* 22. *sup. de rei vindic. l. qui dolo* 131. *l. parem* 150. *l. ad ea* 157. §. 1. *de regul. iur.* Nec refert, cùm de noxali actione quæritur, an quis seruum habeat in potestate, an dolo malo habere desierit *l. quoties* 21. *in princ. infr.* Itaque, quod mirum est, qui fuerit bonæ fidei possessor ante dimissam dolo malo possessionem, adhuc videtur nō modò possessor, sed, quod mirabilius est, etiam bonæ fidei possessor, vt tanquam talis noxali actione conueniri possit, Etsi malæ quoque fidei possessor huiusmodi actione tenetur, vt scriptum est in *l. sequ.* Aliud est si agatur de homine libero, siue bona, siue mala fide possesso *l. pen. inf. l. confessionibus* 13. *in fin. infr. de interrog. in iur. fac.* Item aliud in actione legis Aquiliæ *l. si seruus* 27. §. *serui autem. supr. ad leg. Aquil.* Et in actione serui corrupti *l.* 1. §. 1. *infr. de seru. corrupt.* Habent enim hæ duæ actiones magis coniunctam causam dominij quàm noxalis actio, per quam si noxæ deditio fiat transfertur primum & per se possessio, Dominium autem non nisi per possessionem si ab ea separari non possit, vt in *l. si procuratorem* 8. *C. de acquir. possess.* aut data exceptione illi, quem deditio fecit possessorem duntaxat, non dominum *l. prox. supr.*

13. GAIVS lib. 13. ad Edictum Prouinciale.

NOn solùm aduersus bona fide possessorem: sed etiam aduersus eos, qui mala fide possident, noxalis actio datur. nam & absurdum videtur, eos quidem qui bona fide possiderent, excipere actionem: prædones verò securos esse.

Ad l. Non solum 13.

Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor in nullo habetur loco domini, ne quidem quod ad fructus, quia scit rem alienam. Non ergo fieri potest, vt noxali actione teneatur.

Dec. Absurdum est melioris esse condicionis prædones, quàm bonæ fidei possessores, & illos securos esse, hos non item, sicut & alias dicimus non debere illos qui deliquerunt, aut qui sunt stulti, esse melioris condicionis quàm innocentes, aut peritos *l.* 4. *infr. quod vi aut clam. l. si à domino* 36 §. *si prædo. supr. de petit. hered. l.* 3. §. 1. *de donat. int. vir. & vxor.* Aut raptores quàm fures simplices *Instit. vi bonor. rapt. in princ.*

14. VLPIANVS libro 18. ad Edictum.

SI quis à multis conueniatur ex noxa eiusdem serui: vel si ab vno, ex pluribus tamen delictis: non necesse habet, quia omnibus dedere non potest, litis æstimationem offerre his, quibus dedere non potest. Quid ergo est, si à pluribus conueniatur? si quidem vnus occupauit, an melior sit condicio, vt ipsi soli dedatur? an verò vel omnibus dedi debeat, vel cauere debeat defensu iri aduersus cæteros? & verius est, occupantis meliorem esse condicionem. Ei itaque dedetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam peruenit. & ideò ei, qui posteà vicerit, actionem denegari iudicati.

Ad l. Si quis à multis 14.

Ratio dubitandi. Nam ò præcisè cogitur ex actione noxali præstare litis æstimationem, sed ita demùm si noxæ non dedat *l.* 1. *sup. & pass. hoc tit. l. miles ita* 6. §. 1. *inf. de re iudic.* Quæ condicio perinde existit, cùm non potest dedere, atque cùm non vult.

Dec. Non datur noxalis actio nisi in eû qui noxæ dedere possit si velit, non in eum qui non possit dedere, nec si velit: Alioqui esset in potestate serui facere deteriorem condicionem domini, etiam supra precium ipsius serui, quod esset iniquum §.1. *Instit. hoc tit.* Esset igitur Prætor iniquus qui dictaret noxale iudicium in eum in cuius potestate non esset noxę dedere. Neque enim potest noxę deditio fieri pluribus non magis quàm vt duo sint eiusdem rei domini in solidum *l. sicut certo §. §. vlt. commod. l. de hereditate 19. §. 1. de castr. pecul.*

a *Et verius est.* Ratio dubitandi. Nascuntur actiones omnes noxales ex maleficio *l. 1 sup. l. t. §. vlt. inf. de priuat. delict.* Potior igitur causa esse debet eius qui prior damnum ex maleficio passus est, vt causæ suæ effectus respondeat.

Dec. Iura vigilantibus scripta sunt non dormientibus & negligentibus *l. non enim 16. sup. ex quibus caus. maior. l. pupillus 24. quæ in fraud. credit.* Cùm possint multa accidere, propter quæ fiat ne is qui prior damnum passus est, noxali actione possit agere, aut velit. Diligentior autem ille est, non qui prior ad iudicium prouocauit, sed qui prior ad sententiam peruenit, vt & in *l. si verò 10. l. ex facto 52. infr. de pecul.* licet aliquando is occupasse intelligatur, qui prior litem contestatus est *l. pluribus 32. sup. de procur. l. si pluribus 33. in fin. de legat. 1.* Aliud tamen est in tributoria *l. non enim 6. inf. de tribut.* Aut cùm priuilegiarius creditor venit posterior contra non priuilegiatum anteriorem *l. 3. quod cum eo. iunct. l. priuilegia 32. de reb. author. iud. poss.* aliàs *l. 17. de priuil. credit.* His enim casibus non est condicio melior occupantis, quoniam cætera non sunt paria: Planè cæteris paribus melior occupantis condicio esse solet & debet.

b *Et ideò.* Ratio dubitandi. Publicè interest rem iudicatam mandari executioni propter rerum iudicatarum auhoritatem, tùm quoque cùm perperam siue per errorem, siue per sordes aut imperitiā iudicatum est *l. seruo inuito 69. §. cùm prætor. inf. ad S.C. Trebell.* Totius enim iudicati vigor in executione consistit *l. pen. C. de exec. rei iudic.*

Dec. Prætoris est dare actiones etiam noxales, quæ ex ciuili iure competunt, non minus quàm eas quæ ex iure Prætorio §. *sunt autem. Instit. hoc tit.* Prætor autem numquam dat actionem, nisi quæ effectum suum habere possit, ne alioqui frustrà quid facere videatur: Frustra autem daret in eum qui noxæ dedere amplius non posset. Neque enim debet aut potest Prætor quemquam adigere ad impossibile, cùm impossibilium nulla sit obligatio *l. impossibilium 185. de regul. iuris.* Ergo ei qui posteà vicerit dominum serui noxij, iam ab alio victum denegare debet Prætor actionem iudicati, quæ ad litis æstimationem datur, cùm dedendę noxæ facultatem quam ex lege duodecim tabularum saluam habere debet is, amplius habere non possit *l. miles ita 6. §. 1. infr. de re iudic.* Illa enim potissimùm ratio dubitandi erat ad hunc locum, quòd etiam post factam vni à domino noxæ deditionem, possit adhuc alij præstare litis æstimationem, quæ sola ex iudicato petenda est non etiam noxæ deditio d. §. 1. quemadmodum ex contrario qui præstat vni litis æstimationem adhuc noxali actione conueniri ab alio potest *l. quis ex pluribus 20. infr.* Aliud esset si dominus ab vno conueniretur noxali actione, ab altero autem rei vindicatione. Tunc enim cauendum ei esset à primo vincente *l. is à quo 57. supr. de rei vindicat.* At cùm pluribus debetur ex eadem causa, vt hîc melior est condicio occupantis *l. inter eos 19. infr. de re iudic.* Sed etsi dominus desierit sine dolo malo seruum possidere post litem contestatam priusquàm ab alio conueniretur, non poterit ab alio noxali actione conueniri *l. electio 26. §. si is quem & l. si plurium 39. §. vlt. infr. hoc tit.*

1 ¶ Sed & si statuliber sit, & ante deditionem exstiterit condicio: per fideicommissum libertas fuerit antè præstita: vel existente condicione legati, dominium fuerit translatum: arbitrio iudicis eum oportet. Et officij iudicis hoc quoque erit, vt caueatur ei, cui deditur, ob euictionem ob suum factum contingentem.

Ad §. 1. Sed & si statuliber.

Ratio dubitandi Statuliber ante condicionis euentum seruus manet *l. 1. in prin. de pæn.* Itemq; is cui libertas fideicommissaria debetur *tot. tit. de fideicom. libert.* Similiter is cui data est & legata libertas sub condicione, quamdiu pendet condicio est interim heredis pleno iure *l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quibus manum.* Ergo noxale iudicium pro his omnibus vtiliter exerceri potest, nec ob id absolui reus debet quod ex postfacto libertatis condicio extiterit.

Dec. Noxales omnes actiones etsi non sint arbitrariæ, ex quibus scilicet tectà fit condemnatio, non vt in arbitrariis si arbitrio iudicis non pareatur, quia noxæ deditio in sententia ipsa & condemnatione ponitur, nec præcedit condemnationem, vt disputauimus in *Error. 6. Decad. 92. de error. pragmat.* Contra Tribonianum in §. *præterea. Instit. de action.* Expediuntur tamen arbitrio & officio iudicis, quia sunt ex bono & æquo: Arbitrium autem iudicis tale esse debet, vt absoluatur dominus si tempore sententiæ seruum dedere non possit, quia noxæ dedendæ facultas etiam in condemnatione salua esse debet, quousque iudicati agatur *d. l. miles ita 6. §. 1. inf. de re iudic. l. item veniunt 20. §. idem rectè ait supr. de petit. hered.* Et cùm verius possideat, neque dolo malo desierit possidere, condemnari certè non potest *d. l. electio 26. §. si is quem. & d. l. si plurium 39. §. vlt. inf.* Planè si statuliber ad libertatem peruenerit data heredi aliqua pecunia aliunde quàm de ipsius serui peculio debet heres hanc saltem pecuniam dare actori, vt benè Accurs. ex *d. l. seruus communis. §. vlt.*

a *Et officij.* Ratio dubitandi. Non potest imputari domino conuento noxali actione quod seruus noxius ad libertatem peruenerit: Non est igitur quod cautione vlla oneretur.

Dec. Consulendum omninò est ei cui seruus deditus est vt plenum serui dominium habeat & quidem irreuocabiliter. Periculum autem est ne dominus seruum hanc interim obligauerit *l. si post acceptum 18. sup. de rei vindic.* quo casu valet ea obligatio tanquam à domino facta. Necsanè vnquam recusare quis potest quo minus factum suum præstet ac de eo caueat *l. ide ius 9. infr. mandat. l. 2. in princ. de hered. vel act. vend.*

15. Gaivs

15. GAIVS lib. 16. ad Edictum Prouinciale.

PRætor decernere debet translationem iudicij in statuliberum fieri. Si verò a rei iudicandæ tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas: Sabinus, & Cassius liberari heredē putant, tradēdo seruum: quia toto suo iure cederet. quod & verum est.

Ad l. Prætor 15.

Ratio dubitandi. In iudicio accipiendo quasi contrahitur *l. 3. § idem scribit de pecul.* Et peragendum est iudicium quod semel cœptum est *l. vbi acceptum 30. de iudic.*

Dec. Iudicium soluitur variis modis *l. iudicium soluitur 58 sup. de iudic.* Inter quos vnus ille est si is contra quem dictatum fuerit iudicium mortuus sit post litem contestatam, vt in *l. tam ex contractibus 57. eod.* aut absolutus, vt in *§. 1. l. praeced. hoc tit.* sed his casibus translatio iudicij facienda est in alium, & quidem per decretum Prætoris, vt puta in patrem in casu *d. l. Tam ex contractibus*, aut in statuliberum in specie *d. l. prox. §. 1.* ne actori sua actio intercidat ex alieno facto, quod fieri numquam debet. Nam & noxa caput sequitur *l. 4. C. an seruus ex suo fact. l. 1. in fi. de priu. delict.* Intellige igitur hic statuliberum in concreto eum qui fuit anteà statuliber, nunc autem liber est, vt benè Petrus Faber.

a *Si verò.* Ratio dubitandi. Qui debet seruum & tradit statuliberum, non liberatur, quia statuliber eueniente condicione potest se euincere in libertatem, nec fit plenè accipientis *l. Neratius 63. de condict. indeb. l. cùm quis 38. § qui hominem l. qui decem 72. § pen. & vlt. inf. de solut.* Qui autem seruum dedit noxę, debet eum plenè facere accipientis, & dominium eius irreuocabiliter transferre.

Dec. Lex 12. tabular. qua facultatem deditionis summa ratione induxit, nihil aliud à domino exigit, nisi vt toto iure suo cedat. Quid enim aliud possit exigere? Hoc verò præstat is qui statuliberum tradit. Nam & hic quoque interim verè seruus est, licet habeat casum implicitum libertatis *l. vlt. sup. si ex noxal. caus. agat.*

16. IVLIANVS libro 22. Digestorum.

SI heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet, & propter hoc iudicium sine noxæ deditione acceperit: & impleta conditione statutæ libertatis, condemnari debebit: sicuti, mortuo seruo condemnaretur.

Ad l. Si heres 16.

Ratio dubitandi. Nihil videtur interesse actoris quod heres dolo malo fecerit, ne statuliberum in potestate haberet. Cùm etiamsi nihil dolo malo fecisset, perinde tamen periret actori sua actio eueniente condicione statutæ libertatis, quæ seruum hunc in libertatem euinceret. Optima autem omnium exceptionum illa est *tua nihil interest*, cùm & obligationes, & actiones omnes in id comparatæ sunt, vt consequatur vnusquisque quod sua interest *l. 3. § 1. l. stipulatio ista 38. § alteri. infr. de verb. oblig.*

Dec. Semel acceptum iudicium sine noxæ deditione non potest solui per euenientem condicionem libertatis, non magis quàm per mortem serui, cui rectè hac parte manumissio comparatur *l. si mihi 92. de solut. l. inter omnes 46. de furt. l. 1. § 1. quand. act. de pecul. l. Iulianus 6. qui & à quibus manumis.* Nempe quia in huiusmodi actione, quæ noxalis non est, de seruo noxio nihil quæritur, quem & si noxæ dedere dominus vellet, non audiretur, sed tantùm de damno dato, cuius incommodum, neque per libertatem, neq; per mortem serui tollitur, quoniam neq; libertas, neque mora serui præstat actori indemnitatem quam quandiu consecutus non est, tandiu eius interest. Et hæc vera huius loci sententia & ratio est, non quòd, vt Baldus dicebat, dolus casu nō purgetur: Etsi enim dolus heredis fecit, vt contra eum præcisa, & non noxalis actio dari debuerit, quia manumittendo seruum fecit, vt exinde certum fuerit amplius præstari eum non posse, perinde acsi esset occisus *l. arbitrio 18. § 1. sup. de dolo.* aliud enim esset si cum eo, aut si cum alio adhuc agi posset *l. de illo 24. inf. l. si quando 109. § 1. de legat. 1.* Actio tamen præcisa iam data ipsa est, non dolus, quæ facit, vt post libertatem perinde atque post mortem serui adhuc condemnari heres debeat in solidum, cùm iudicium acceperit. Nam & sufficeret quod in accipiendo iudicio moram fecisset *l. electio 26. § si is quem. infr. hoc tit.* Aliud esset noxali actione proposita: Denique debet dominus culpæ suæ imputare si quacunq; ratione sibi ipsi noxæ deditionem ademerit, siue manumissione, siue alienatione serui *l. quemadmodum 58. in princ. infr.* An verò mortuo seruo adhibenda sit distinctio, Vtrum fuerit actor distracturus, An verò seruus æquè periturus, alia quęstio est, de qua scripsi ad *l. item si verberatum 15. § vlt. l. seq. supr. de rei vindic.*

17. PAVLVS lib. 22. ad Edictum.

SI ex duobus dominis vno sciente, altero ignorante, seruus delinquit: si antè cum altero, qui nesciebat, actum sit: & noxæ dediderit seruum: iniquum est, vilissimi hominis deditione alterum quoque liberari. Igitur agetur & cum altero: &, si quid amplius est in damni persecutione, consequetur, computato pretio hominis noxæ dediti: ipsi tamen inter se sic debent pensare communi diuidundo iudicium: vt, (si) ille quo sciente fecit, præstiterit: non totius partem ferat, sed partem eius quanti seruus est. sic, & si aliter aliquid præstiterit, eius partem fieri. Illud iniquum est, eum, qui iussit seruum facere, consequi aliquid à socio: cùm ex suo delicto damnum patiatur.

Ad l. Si ex duobus 17.

Ratio dubitandi. Noxæ deditio ab vno ex sociis facta omnes liberat, quia noxæ ab vno deditus amplius dedi non potest, quemadmodum qui vni deditus est aliis dedi nequit *l. si quis 14. sup.* Nec proinde quicquam refert an seruus deditus vilissimus homo fuerit, an preciosissimus.

Dec. In pluribus sociis qui non nisi noxali actione conueniri possunt, id obtinet: At in iis quorum vnus noxali, alius præcisa, aut vterq; præcisa actione tanquam conscius teneatur, aliud est: quia in eũ qui sciuit, danda est præcisa actio ad plenam indemnitatem sine noxę deditione: & iniquum esset vilissimi hominis deditione ab ignorante facta conscium liberari, qui proprij delicti pœnam pati debeat, quamuis si solus ipse liberet socios, contra quos perinde iniquum esset dare noxalem actioné ei, qui iam indemnitatem esset consecutus *l. si communis 9. sup.* Sinè actio de dolo non datur, ne quidem in id quod excedit preciũ serui dediti, quamuis actor per deditionem non sit consecutus plenam indemnitatem, quoniam actio famulsa est *l. & eleganter 7. §. si quadrupes. in fin. sup de dolo.*

a *Igitur agetur.* Ratio dubitandi. Qui conuenitur ob suam scientiam detracta noxę deditione, ex suo delicto quodammodo conuenitur *l. 2. l. 5. supr.* Ergo plenissimam indemnitatem præstare debet, non computato precio totius serui à socio noxæ dediti.

Dec. Actionum omnium noxalium hæc potestas est vt indemnem præstent actorem quantum fieri potest ex æquitate *l. 1. sup.* non etiam vt lucrum ei adferant, quod longè diuersum est *l. quòd autem 6. §. simili modo quæ in fraud. credit. l. 3 in princ. de vi & vi armat.* Esset autem in lucro actor si totam litis æstimationem consequeretur à conscio post noxæ deditionem ab ignorante socio factam: Denique noxalis actio non lucri persecutio est, sed damni, vt lex ait. Cæterùm actor, qui cum vno ex dominis egit non repellitur exceptione rei iudicatæ si agat contra alterum, quômodo repelleretur si contra eundem ageret *l. 4. §. si detracta sup.*

b *Ipsi tamen inter se.* Ratio dubitandi. Qui conscius fuit criminis à seruo admissi perinde habetur, atq; si ipse deliquisset *dict. l. 2. l. 5. sup.* & idcirco tenetur in solidum sine noxæ deditione *ibid. & l. penult. inf. si famil. furt. fecisse dicet.* Ergo si quid ille ex hac causa præstiterit, hoc est, solidam litis æstimationem, nihil debet à socio qui ignorauit repetere. Sui enim facti nomine pœnam meruit *l. si communis 9. supr. l. 1. §. planè si ex dolo, infr. de tutel. & ration. distrah.* vt de eo qui iussit delictum fieri Paulus subiicit in hac lege. Eadem ratione, quia ex delicto suo damnum patiatur: vt proinde nihil interesse videatur, an dominus delictum serui sciuerit nec prohibuerit, cùm posset, an verò fieri iusserit.

Dec. Etsi non caret culpa qui sciuit, nec prohibuit, cùm prohibere posset, ideoq; videri potest quodammodo delinquere, Reuera tamen nõ tam grauiter delinquit, quàm is qui iubet *l. 2. §. 1. supr.* Meliorem igitur conditionem eius esse hactenus æquum est, vt possit repetere à socio, qui ignorans partem eius quanti seruus est, Non etiam ille qui iussit. Conuenitur enim hic ex proprio verè delicto, ille ex ficto. Ergo quod contra scriptum ab eodem Paulo videtur in *d. l. si communis. sup.* de eo accipiendum est, qui ita sciuit vt iusserit, quemadmodum ibi diximus, cùm eo nomine etiam teneatur de seruo corrupto, vt subiicitur in *l. prox. ibi sequ.* Ex quo intelligimus aliud esse delinquere, aliud delinquenti consentire, sicut & aliud est vendere, aliud vendenti consentire *l. aliud est 160. de regul. iur.* Placet tamen quod Accursius notat in seruo proprio tantùm posse scientiam domini sine iussu, quantum iussus potest, sed non in seruo communi *l. si in re communi 19. §. vlt. infr.* Nam in tot iuris nostri locis qui dicunt scientiam domini sufficere, durum sanè esset, ac improbabile, scientiam pro iussu accipere, aut iussum supplere. Cætera quoque bene Azo apud Accursium.

1 ¶Si plures, eiusdem serui nomine, noxali mecum agere velint: vel si vnus pluribus iudiciis eiusdem serui nomine agat, in quo vsusfructus tuus, proprietas mea sit: officio iudicis continebitur, cùm eum noxæ dedero, vt etiam vsumfructum actoris faciam. sed per prætorem[a] id consequar ego dominus proprietatis, vt aut cogat prætor te pro æstimatione vsusfructus conferre ad litis æstimationem, aut vsufructu cedere[b] si hoc expediat: &, si ego[d] dominus proprietatis eum seruum nolui defendere, defensio tibi permittenda est, & si damnatus hominem tradas, & aduersus me tueris[e].

Ad §. 1. Si plures.

Ratio dubitandi. Traditio non plus iuris in alium transferre potest quam tradens habuerit *l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Non potest igitur dominus nudæ proprietatis transferre plenam proprietatem quam non habet.

Dec. Non fit hæc translatio vsusfructus vi & potestate traditionis, sed vt lex ait per officium iudicis ad quod pertinet curare, vt per deditionem fiat seruus pleno iure accipientis. Iunge *l. si hominem 69. inf. de solut. l. si noxale 27. inf.*

a *Sed per Prætorem.* Ratio dubitandi. Noxalis actio non potest dari contra vsufructuarium, quia cùm dominus non sit seruum ipse noxæ dedere non potest *l. prox. infr. l. falsus 43. §. fin. infr. de furt. l. si noxale 27. §. 1. infr. hoc tit.* Non est igitur per Prætorem cogendus vsufructuarius, vt pro æstimatione vsusfructus conferat ad litis æstimationem, aut vsufructu cedat.

Dec. Vsusfructus licèt in iure non in parte consistat, emolumentum tamen rei continet *l. Maximo 66. §. fundo de leg. 2.* & portionis instar obtinet *l. cum filius 76. §. dominus eod.* Denique in hoc casu vt in aliis plerisque, veluti pars quædam est dominij *l. 4. l. si Titio 33. §. 1. supr. de vsufruct.* Ergo licet noxali iudicio contra vsufructuarium agi non possit, si tamen cum eo, id est, præsente illo, noxali agatur contra proprietarium debet ille, aut seruum defendere, aut vsufructu suo carere, nisi malit conferre ad litis æstimationem pro rata sui vsusfructus. Et ita debet accipi quod scriptum est in *l. 3. supr. si ex noxal. caus. agat.* in illis verbis *si cum fructuario*, ac si scriptum esset

si contra

si contra proprietarium cui adsit vsusfructuarius, vt constat ex *d.l.prox.* & *l. si noxale 27.§.1.inf. l.sed si vnius 17.§. si seruum inf. de iniur.*

b *Aut vsufructu cedere.* Ratio dubitandi. Vsusfructus cedi non potest nisi proprietario *l.si vsusfructus 66. inf. de iur. dot.* Dec. Sic nimirum intelligi hic locus debet, vt cessio vsusfructus fiat proprietario, siue ille sit, qui prior dominus fuit, nec dum seruum noxæ dedidit, siue nouus dominus, qui iam ex noxæ deditione seruum acceperit. Iunge *l. locum 17.§.proprietarius sup.de vsufr.*

c *Si hoc expediat.* Id est, si hoc sibi expediri putet fructuarius, potius quàm aut seruum defendere, aut ex suo vsufructu ad litis æstimationem conferre, si fortè non habeat vnde conferat, vt de inope debitore scriptum est in *l.si seruos 55. inf. de pignor.act.*

d *Et si ego.* Ratio dubitandi. Quod dominus proprietatis non vult seruum defendere, non facit vsufructuarium dominum, & consequenter non præbet ei facultatem dedendi serui, cùm non sit hic vnus ex modis transferendi iure Quiritium dominij. Dec. Aliud est conueniri vsufructuarium, solum actione noxali, quod fieri nunquam potest, vt iam diximus, Aliud autem conuento proprietario nec volente seruum defendere permitti fructuario defensionem, quod vtiq; denegari ei non potest vt seruum defendendo suum sibi vsumfructum tueatur. Ne alioqui fit in potestate proprietarij nolentis seruum defendere vt vsufructuarius quantumlibet paratus eam suscipere defensionem suum amittat vsumfructum contra *l.2. quod vi aut clam.*

e *Et si damnatus.* Ratio dubitandi. Non potest condemnari qui non potest conueniri *§. omnium instit. de pœn.temer.litig.* Dec. Qui alienæ liti vltrò se obtulit, perinde condemnari potest atque si conuentus fuisset quamuis conueniri non potuerit *l.4. de re iudic.* Et tamen qui non tanquam dominus sed tanquam defensor serui condemnatur ex noxali iudicio contra domino instituto, non ad aliud teneri potest, quàm vt cedat toto eo iure quod habet *l.Prætor 15.sup.* Ergò liberabitur tradendo seruum, quem possidet, licèt non possit eum dedere cuius dominium non habet.

f *Aduersus me tueberis*, Id est defenderis, In sensu passiuo, vt in *l.filio præterito 17.inf. de iniust.rupt.* & alibi sæpe, Hoc sensu, vt si ego proprietarius velim postea contra te agere ex stipulatione interposita de seruo post finitum vsumfructum restituendo, non sim audiendus. Ratio dubitandi. Facto tuo contigit, vt seruus hodie non possit mihi restitui, quia eum tradidisti, cùm posses, si id maluisses, soluere litis æstimationem. Dec. Facto proprietarij id potius contigit, qui seruum hunc noxali iudicio conuentus ipse noluit defendere, nec litis æstimationem, vt debuerat præstare, cùm alterutrum facere ex qualitate aut necessitate actionis cogeretur. Iunge *l prox.inf.l.hoc amplius 9.§.vlt.& seq. l.si proprietarius 52.inf.de dam.infect.*

18. POMPONIVS libro 18.ad Sabinum.

IS, qui vsumfructum in seruo habet, perinde cum domino habet actionem furti, atque si quilibet alius esset. sed cum eo [a] non est: quamuis seruiat ei. & ideò [b] dominus damnatus fructuario noxæ, dedens liberabitur.

Ad l. Is qui vsumfructum 18.

Ratio dubitandi. Actio furti nunquam datur ei qui partem dominij in seruo habet, adeò vt si post furtum factum pars aliqua serui empta sit, actio tota extinguatur quæ anteà competebat *l. falsus 43.§. vlt.inf.de furt.* Vsusfructus autem in plerisque causis pars dominij est & portionis instar obtinet, vt ad superiorem legem diximus ex *l.4. Si Titia 33.§.1. de vsufr. l.Mauius 66. §. fundo l.cùm filius 76. §. dominus de leg.2.*

Dec. Vsufructuarius nulla ex parte dominus est *d.l.falsus 43. in fine*, ac proinde noxali actione furti contra proprietarium agere non prohibetur: nec debet deterioris esse condicionis ob id, quòd in eo seruo vsumfructum habeat, quàm si alius habe-ret *l.Item si vnius 17.§.si seruus 9.inf.de iniur.*

a *Sed cum eo.* Ratio dubitandi. Noxalis actio datur etiam contra bonæ fidei possessorem, multò magis contra prædonem, quamuis neuter eorum dominus sit *l.bona fides 11. & sequentib.sup.* Non alia ratione quàm quia seruus noxius eis seruiat. Quidni ergo etiam contra fructuarium, sine bonæ siue malæ fidei possessorem eum habeamus?

Dec. Vix sciri potest quis fructuarius sit, quia sciatur etiam quis sit proprietarius, contra quem proinde noxali actione agi possit. Quod in possessore dissimile est qui siue bonæ siue malæ fidei possessor est, dominum se dicit. Nulla ergo ei si initio si tanquam dominus conueniatur, licèt non sit fructuarius, neque dominus est, neque dicit se dominum. Ergo contra eum danda noxalis actio non est nisi hactenus vt ei persecutio vsusfructus denegetur si nolit seruum defendere *l.si noxali 27.inf.hoc tit.l.3.si ex noxal.caus.agat.sup.*

b *Et ideò.* Ratio dubitandi. Proprietarius dedendo seruum noxæ fructuario non potest transferre in eum plenam proprietatem, quam non habet, sed tantùm nudam, cuius nulla vtilitas est quandiu ab ea vsusfructus abscedit *l.3.§. ne tamen sup. de vsufruct.* Non igitur debet liberari.

Dec. Nihil aliud ab eo noxalis actio exigit nisi vt toto iure suo cedat is, qui conuenitur *l.Prætor 15.sup.* Toto autem iure suo cedit proprietarius, qui cedit nudam proprietatem quam solam habet, satisque actori esse debet qui iam vsumfructum habet, quod post deditionem à reo factam, habiturus sit plenam proprietatem, & quidem pleno iure.

19. PAVLVS libro 22.ad Edictum.

SI in re communi, mea & tua, damnum nobis dederit Titij seruus: si cum eo agemus: erit noxali Aquiliæ actioni locus: ne damnatus insolidum singulis noxæ dedere cogatur Sed potest dici, quasi vnius damnum sit, & mea obligatio, aut vtrisque

pecuniam sufferendam aut officio iudicis simul vtrisque noxæ dedendum. Sed & si alterutri nostrum insolidum noxæ deditus fuerit,&ob id ab vtroque dominus sit absolutus: rectè dicitur, eum, cui noxæ deditus sit, alteri teneri communi diuidundo iudicio, vt communicet seruum noxæ sibi debitum, cùm ob rem communem aliquid ad socium peruenerit.

Ad l. Si inter 19.

Ratio dubitandi. Non potest seruus noxius pluribus dedi singulis in solidum, quia nec possunt plures eiusdem rei esse domini in solidum *l. sicut certo 5. §. vlt. commod. l. de hereditate 19. §. 1. de castrens. pecul.* Ergo non potest hoc casu noxalis actio legis Aquiliæ competere, sed præcisa ad totius damni æstimationem.

Dec. Cùm in re communi tua & mea damnum Titij seruus dedit, quasi vnum damnum est, & vna obligatio. Ergo aut vtrisque simul pecunia offerenda est, aut officio iudicis simul vtrisque dedendus est seruus, vt in eo virilem suam quisque nostrum partem habeat. Nam cùm alterutrum præstandum sit, aut damni æstimatio, aut noxæ deditio, non potest vni pars serui dedi, alteri verò soluti partis æstimatio *l. si non sortem 16. §. vlt. inf. de cond. indeb. l. si seruum seruum 27. §. Item si seruus sup. ad leg. Aquil.*

a *Sed & si.* Ratio dubitandi. Non potest venire in iudicium Communi diuidundo nisi id quod commune est *l. 1. infr. Commun. diuid.* Atqui seruus alterutri actorum deditus solius eius est, cui fuit deditus, non communis.

Dec. In iudicium communi diuidundo venire debet non tantùm id quod commune est, sed etiam quod propter rem communem ad socium peruenit *l. communi 7. §. vlt. infr. Comm. diuid. l. si heres 7. l. item ex diuerso 19. inf. famil. ercisc. l. cùm in fundo 78. § si fundus communis.*

1 ¶ Si serui, in quo vsusfructus alienus est, dominus proprietatis operas conduxerit: verba efficiunt, vt cum noxæ deditione damnetur.

Ad §. 1. Si serui.

Ratio dubitandi. Cùm seruus noxiam fecit, cuius proprietas ad vnum pertinet, vsusfructus ad alium, noxalis quidem actio contra solum proprietarium competit, vt dixi ad *l. si ex duobus 17. §. 1. supr.* Sed ita tamen vt fructuarium quoque adesse liti oporteat; ad declarandum an seruum defendere an vsufructu suo carere malit *l. si noxale 27. §. 1. infr. l. 3. sup. si ex noxal. caus. agat.* quia nó posset alioqui proprietarius seruum dedere nisi saluo vsufructu qui alienus esset. Dec. Vsusfructus serui ferè totus in operis consistit *l. 4. sup. de oper. seruor.* Ac proinde cùm proprietarius operas serui códuxit à fructuario perinde est acsi haberet ille plenam serui proprietatem, cùm nihil intersit fructuarij dummodo ei merces conductionis præstetur. Ergo sufficiet hoc casu vt proprietarius solus conueniatur, & noxæ dedat seruum, nec requiritur vt hoc fiat cum fructuario, vt loquitur *d. l. 3. si ex noxal. caus. agat.* id est, præsente & consentiente fructuario, idque faciunt verba Edicti, cùm proprietarius hũc seruum quamuis fructuarium habeat in sua potestate propter conductionem, Nimirum si fuerit perpetua operarum conductio, non ad tempus: Sic enim hic locus intelligi debet.

2 ¶ Si seruus tuus nauem exercuerit, eiúsque vicarius, & idem nauta in eadem naue damnum dederit: perinde in re actio danda est, ac si is exercitor liber, & hic vicarius seruus eius esset: vt de peculio serui tui ad noxam dedere vicarium damneris: vt tamen, a si serui tui iussu, vel sciente, & patiente eo damnum vicarius dederit, noxalis actio serui tui nomine esse debeat. idémque sit [b], etiam si nautam facere iusserit.

Ad §. 2. Si seruus.

Ratio dubitandi. Cùm seruus tuus nauem exercuit, eiúsque vicarius in eadem naue damnum dedit, perinde videtur esse, ac si exercitor ipse damnum dedisset, qui ipse teneretur exercitoria si liber homo esset *l. 1. & tot. tit. de exercit. act.* Noxali ergo actione teneri debes, serui tui non vicarij nomine siue iubente aut sciente aut patiente seruo vicarius damnum dederit, siue seruo ignorante. Multùm verò interest, vtrius nomine tenearis; cùm viliores æstimationis soleant esse vicarij, tanquam qui sint quodammodo serui seruorum, quia vicarius est in peculio ordinarij.

Dec. Noxalis actio danda est contra dominum ex facto eius qui deliquit, & non sequenter noxæ dedendus est ille ipse qui deliquit, vt noxa caput sequatur, non ille qui est innocens. Deliquit autem in hac specie vicarius, non ordinarius, quo ignorante ponimus delictum admissum esse. Perinde igitur noxalis actio contra te danda est, acsi is exercitor liber, & hic vicarius seruus eius esset: quo casu daretur in exercitorem noxalis actio vt si litis æstimationem præstare nollet, seruum suum dedere cogeretur. Ita autem contra te dabitur noxalis, vt de peculio serui tui tantùm tibi, aut aliis debeat, vt subducto eo quod debet nihil super futurum sit in peculio *l. sed etsi 9. aliàs l. peculium in princ. & §. 1. 2. & 3. l. præterea infr. de pecul.* iunge *l. si seruus nauem 42. infr. de furt.* Accursius aliam lectionem obseruat quæ habet *aut ad noxam*, sed viciosa illa est, & melior hæc quam explicanimus.

a *Vt tamen.* Ratio dubitandi. Etiam cùm seruus exercitor nauis iussit damnum dari à vicario, aut sciuit & passus est, cùm posset prohibere, verum tamen est damnum à vicario datum esse, non ab exercitore. Vicarius ergo etiam hoc casu noxæ dedendus est, non ordinarius, idemque exercitor.

Dec. Qui iussit damnum dari, videtur ipse dedisse, & deliquit verè non vicarius, qui parere habuit necesse *l. is damnum dat 169. de reg. iur.* Qui verò sciuit seruũ suum delinquere, nec prohibuit cùm posset, quamuis verè non deliquerit, perinde tamen

Digitized by Google

men habendus est, ac si ipse deliquisset, ideoque præcisa non noxali actione teneretur, si liber homo esset *l. 5 supra.* Ergo cùm ordinarius vel sciuit, & passus est; vel iussit seruum vicarium delinquere, conueniri potest dominus ex maleficio ordinarij vt non liberetur dominus si noxę dedere vicarium velit, nisi actor vicarium habere malit. Notandus autem hic textus est, vt intelligamus nil differre iubentem à sciente in seruo proprio quamuis differentia sit cùm seruus communis deliquit, vt dixi ad *l. si ex duobus 17. sup.* Interest tamen quantum ad seruum ipsum, cùm tractatur de lege Aquilia, quæ parcendum seruo credidit, qui domino obtemperauit. Non enim potest videri obtemperasse nisi cùm dominus iussit non etiam si dominus tantùm sciuerit & passus sit *l. 2. §. 1. sup.* In lege 12. tabul. non ita distinguimus, quia nec si iubeat dominus, parcit tamen lex seruo obtemperanti in atrocioribus vt in furto & homicidio *d. l. 2. §. 1.*

b *Idemq́; fit.* Ratio dubitandi. Non sunt nautæ in potestate exercitoris, & plerunque sunt homines liberi. Non est igitur eadem ratio conueniendi domini actione noxali ex facto vicarij, & ex facto nautarum, licèt exercitor iusserit damnum à nautis dari.

Dec. Quod seruus exercitor non habet nautas in potestate, facere tantùm debet vt non sint excusandi nautæ, qui paruerunt exercitori nullum in eos imperium habêti *l. liber homo 37. sup. ad leg. Aquil.* licèt negari non possit quin aliquod in eos imperium habeat exercitor, non tanquam dominus, sed tanquam exercitor. Verùm ea res non liberat exercitorem, cui certè imputandum est, quod iussetit damnum à nautis dari. Ergo & hoc casu videtur ipse deliquisse. Non etiam si sciuerit tantùm, & passus sit nautas delinquere, quia eo casu minùs deliquit *d. l. si ex duobus 17. supra.* Et ita hic locus accipi debet.

20. Gaivs lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

QVi ex pluribus noxis, diuersis temporibus, experitur: ex vna noxia serui dominum nanctus nullam amplius actionem habet aduersus eum, qui dominus fuerat; cùm actio noxalis caput sequatur. at si maluit [a] dominus priori iudicio litis æstimationem sufferre: vel eidem, vel alij ex alio maleficio agenti nihilominus tenetur.

Ad l. Qui ex pluribus 20.

Ra io dubitandi. Nunquam plura delicta concurrentia faciunt vt vllius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam *l. 2. in princ. inf. de priu. delict.* Ergo etiamsi vnius noxæ nomine actum sit cum serui domino, & is seruum noxæ dediderit, non eo minùs pro aliis delictis adhuc agi potest, quæ alioqui manerent impunita.

Dec. Noxa caput sequitur ideoque actor qui per noxæ deditionem dominus effectus est, non potest amplius noxali agere, nec si eum seruum postea vendat alteri *l. quod dicitur 18. inf. de furt.* Idque est quod dici solet, acquisitione dominij noxalem actionem extingui. Sanè is qui ex causa vnius maleficij deditus est, non ideò liberatur ex præcedentibus causis *l. 2. sup. si ex noxal. caus. agat.*

a *At si maluit.* Ratio dubitandi. Qui conuentus noxali actione maluit æstimationem litis præstare, non ideò debet deterioris esse condicionis, quàm si seruum noxæ dedisset cùm plus præstiterit *l. cum qui 15. aliàs l. Iauolenus infr. de ann. legat.* In eo autem quod plus est & minus continetur *l. si ex duobus 17. sup. l. in to 110. De regul. iur.*

Dec. Non est illa proxima & immediata causa noxalis actionis dandæ in dominum serui noxij, quod is æstimationem litis præstare maluerit, sed quia eiusdem serui dominus adhuc manet. Noxa autem caput sequitur & concomitatur. Nec videtur dominus damnum sentire etiamsi post præstitam vnius damni æstimationem conueniatur noxali actione ex alterius maleficij causa, siue ab eodem actore, siue ab alio: Cùm ex voluntate sua, quicquid damni illud est sentiat, quia maluisse hoc videtur, vt in *l. si patre cogente 22. de rit. nupt.* cùm posset ab eo periculo damnoque se eximere si seruum ex prima actione noxæ dedere maluisset.

20. Vlpianvs libro 23. ad Edictum.

QVotiens dominus ex noxali causa conuenitur si nolit suscipere iudicium: in ea causa res est, vt debeat noxæ dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipietur omnimodo [a], sed non aliàs [b] condemnabitur, quàm si in potestate habeat, dolóve malo fecerit, quo minus haberet.

Ad l. Quotiens 21.

Ratio dubitandi. Noxæ deditio sequi debet cōdemnationem pecuniariam, non præcedere *l. miles ita 6. §. decem inf. de re iudic.* Ergo ante iudicium acceptum non est tractandum de noxæ deditione.

Dec. Cùm suscipitur iudicium noxale, sequitur noxæ deditio condemnationem pecuniariam: sed si dominus nolit iudicium suscipere, cùm nulla possit sequi pecuniaria condemnatio necesse est actori consuli per noxæ deditionem, vt scilicet dominus cogatur ius suum ad actorem transferre, perinde ac si dominus esset *l. non solùm 29. & l. noxali 33. inf.* aut iudicium noxale omnimodo suscipere.

a *Suscipietur omnimodo.* Ratio dubitandi. Noxali iudicio inuitus nemo cogitur alium defendere *l. noxali 33. inf. hoc tit.*

Dec. Iudicium reddditur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Et quisquis ex noxali causa conuenitur eum necesse est non quidem præcisè seruum defendere, sed aut defendere aut seruo carere *l. 1. sup.* Necessitas igitur est causatiua nō præcisè de qua in *l. nouissimè 7. §. 1. quod fals. tutor. author.* vt si nolit defendere cogatur præcisè litis æstimationem præstare, ex eáque causa inuitus iudicium suscipere, *omnimodò*, Id est, sine noxæ deditione. Indignus enim est qui legis beneficium illud habeat,

quod neglexit, vt & qui contra legem committit *l. auxilium 37. in fin. de minor.* Interpretes nostri malè dictionem hanc *omnimodo* sic intelligunt, quasi cogatur reus hoc casu præcisè litem contestari, quod falsum est. Nam ad contestationem quæ facti est præcisè cogi nemo potest, Ex qua causa locus fit Edicto, si quis ius dicenti non obtemperauerit *l. 1. §. 1. sup. ill. tit. Si quis ius dicenti non obtemp.*

b *Sed non aliàs.* Ratio dubitandi. Cùm serui dominus ob non susceptum noxale iudicium condemnatur omnimodo ad litis æstimationem, detracta noxæ deditione, non agitur amplius de seruo ipso noxæ dedendo: frustra ergo est quærere, an dominus seruum huncce in sua potestate habeat, aut dolo desierit habere, an non.

Dec. Non potest imputari ei qui seruum in potestate non habuit, nec dolo desiit habere, cur eum noxæ non dederit, quem dedere non potuisset, etiamsi maximè voluisset. Ergo nec debet condemnari ob id, quod non dedidit nisi habeat eum in potestate sua, vel dolo desierit habere, vt & in *l. sed & his 13. §. pen. inf. de public. & vectig.* In seruis publicanorum delinquentibus aliud est, quoniam io dominos competit iudicium purum sine noxæ deditione *l. 1. §. vlt. & l. 2. eod.* Idque singulari & speciali iure, ac proprio illius Edicti, vt lex ait.

1 ¶ Eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit. sed hoc ita demum, si proprij sint serui. nam, si alieni [a], præsentes esse oportet: aut si dubitetur [b], vtrum proprij sint, an alieni. quod ita puto accipiendum, vt, si constet [c], vel bona fide seruire, etiam absentes possint defendi.

Ad §. 1. Eos quorum.

Ratio dubitandi. Non semper licèt dominis absentes seruos defendere *l. 1. de public. & vectig.*

Dec. Interest domini factum & innocentiam serui defendere, vt appareat eum non deliquisse. Quidni ergo absentem seruum defendet? qui nec in iudicio stare ipse, aut conueniri potest? Excipiendus est casus Edicti de Publicanis: Cuius proprium ius illud est vt ex eo conuentus dominus non possit absentem seruum defendere, sed exhibere eum omnimodo cogatur *d. l. 2. & l. vlt. §. vlt. eod. tit.* In odium scilicet violentiæ, & audaciæ publicanorum qui per seruos vt plurimum delinquunt *l. quantæ audaciæ 12. eod. ill. tit.*

a *Nam si alieni.* Ratio dubitandi. Alienam suscipere defensionem fauorabile est & beneuolentiæ etiam in criminalibus *l. 5. de pœn.* Ergo cuilibet permittendum est, vt seruum etiam alienum absentem defendat.

Dec. Priuilegium est dominorum, vt seruos suos absentes possint defendere, quia ipsorum interest, aliorum verò nihil interest, alienos seruos defendi.

b. *Aut si dubitetur.* Ratio dubitandi. In dubio melius est fauere defensioni *l. seruum 33. §. Publicè sup. de procur.* quia satius est absolui nocentem quàm innocentem damnari *d. l. 5. de pœn.*

Dec. In criminalibus id obtinet, & cùm de homine libero agitur, non etiam cùm de seruo, qui quadrupedi comparatur *l. 2. §. 1. sup. ad l. Aquil.* Ergo debet is qui seruum absentem tanquam suum vult defendere, dominum se probare, qualem se dicit. Nemini enim credendum est dicenti se dominum si de eo dubitetur *l. vlt. C. de rei vindic. l. 2. §. sed si dubitetur sup. de iudic. l. 1. §. 1. & seq. inf. de SC. Silan.*

c *Vt si constet.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non est dominus, licèt possideat tanquam dominus. Dec. Bona fides tantùm possidenti præstat quantum veritas, vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de reg. iur. l. magis puto 5. §. pupillus 2. de reb. eor. l. si postulauerit 27. §. ergo etsi bona fide inf. ad leg. Iul. de adult.* Scripsi ad *l. bona fide 11. & seq. sup.*

2 ¶ Prætor ait: *Si is in cuius potestate esse dicetur, negauit se in sua potestate seruum habere: vtrum actor volet: vel deierare iubebo, in potestate sua non esse, neque se dolo malo fecisse quo minus esset: vel iudicium dabo sine noxa deditione.*

Ad §. 2. Prætor ait.

Altera pars est Edicti contra eos, qui seruum noxium quem in potestate sua habeant aut dolo desierint habere, negant se habere: vt in pœnam mendacij detur actori electio an velit iurando eam decidere, an iudicium dictare sine noxæ deditione *§. vlt. huius legis & l. seq. § vlt. infrà.* Est igitur hic vnus ex casibus in quibus Prætor actore postulante aduersarium iurare iubet. Sic in *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. ait Prætor infra de iureiur. l. vlt. §. licentia C. de iure delib. l. vltim. Cod. de fid. instr.* Dictatur autem hoc casu iudicium sine noxæ deditione in pœnam mendacij, vt & in *§. vltimo sup. l. 2. §. 1. suprà si ex noxal. caus. agat.* aut nolentis iurare, ex *l. manifestæ 38. inf. de furtis.* vt benè hic notat Accursius.

3 ¶ *In potestate* sic accipere debemus, vt facultatem & potestatem exhibendi eius habeat. cęterùm, si in fuga sit, vel peregrè, non videbitur esse in potestate.

Ad §. 3. In potestate.

Ratio dubitandi. In potestate ius dicitur habere qui habet in suo dominio, licèt non habeat præsentem possessionem *tot. tit. de his qui sui vel alien. iur. sunt. l. potestatis 215. de verbor. signif. l. si eueniet 21. de adult.* Nemo enim desinit esse in potestate ob id solùm quod peregrè, vel in fuga sit *l. rem quæ nobis 15. in fine infr. de acq. poss.*

Dec. Quod Prætor in hac parte constituit, facit in pœnam eius qui non vult exhibere seruum noxium. Requiritur ergo vt facultatem & potestatem exhibendi habeat, vt & in *l. officium 9. de rei vindic.* Alioqui culpa nulla est non exhibentis nec causa vlla est ob non exhibitum seruum puniri debeat *l. sed etsi 13. §. pen. infr. de public. & vectig. l. Celsus 5. §. vlt. infr. ad exhib. l. 1. §. potestatis de pecul. l. seruus & filij 17. §. vltim. infrà d. furt. leg. 4. §. tunc in potestate de vsucap*

4 ¶ Quod

4 ¶Quòd si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem, neque exhibet: qui condemnantur quasi contumaces.

Ad §. 4. Quòd si reus.

Ratio dubitandi. Excusandus plerumque est, qui non vult iurare, fortassis metu & religione diuini numinis, licèt ad superstitionem vsque *l. quæ sub conditione 8. de condict. Instit.*

Dec. Non debet ea superstitio nocere aduersario, cui Prætor vult prospectum, vt in *l. iusiurandum 34. §. ait Prætor. inf. de iureiur.* Ergo si iurare nolit, similis esse debet ei qui neque defendit absentem, neque exhibet, vt proinde tanquam contumax sit condemnandus, scilicet ad litis æstimationem præstandam præcisè, ac sine noxæ deditione *§. Prætor ait sup.* Non ex edicto *si quis ius dicent. non obtemp.* vt malè Accursius putat.

5 ¶Si tutor, vel curator exstent: ipsi iurare debent, in potestate domini non esse. si ante procurator sit: dominus ipse iuret, necesse est.

Ad §. 5. Si tutor.

Ratio dubitandi. Non magis tutor vel curator, quàm procurator est dominus, sed omnes alieno agitor nomine.

Dec. Tutor & curator dominorum loco sunt, cùm benè administrant *l. qui fundum 7. §. si tutor pro emptor.* Procurator nunquam. Possunt ergo tutor vel curator iurare seruum noxium, non esse in domini potestate, Procurator non item, sic in *l. 4. §. 1.* iunct. *l. 7. inf. De in lit. iurand.* iunge *l. cùm etiam 5. C. de reb. cred. & iureiur. l. 2. §. fin autem C. de iureiur. propt. cal. dand.* quamuis non cogatur tutor iurare in litem *d. l. 4. in princ. inf. de in lit. iurand.*

6 ¶Si iusiurandum exegit actor, reúsque iurauit, deinde postea noxali velit actor experiri: videndum est, an exceptio iusiurandi debeat aduersus actorem dari & Sabinus putat, non esse dandam, quasi de alia re sit iuratum: hoc est, tunc non fuisse in potestate, modò verò, cùm in potestate deprehendatur, de facto eius posse agi.

Ad §. 6. Si iusiurandum.

Ratio dubitandi. Dato iureiurando non aliud quæritur, quàm verum iuratum sit. Remissa omni alia quæstione, tanquam satis probatum sit iureiurando, *l. 5. §. dato inf. de iureiur.*

Dec. In omni iureiurando, vt & in qualibet sententia & quolibet contractu, semper subintelligitur clausula, *Rebus sic stantibus.* Alioqui noua causa esse intelligitur *l. si mater 11. §. eandem & l. seq. de except. rei iudic. l. cùm qui 38. in princ. de solut.* Ergo non debet hîc nocere exceptio iurisiurandi, cùm seruus qui non erat in potestate, eo tempore quo iuratum est, postea esse cœperit. Quidni enim teneatur ex noua possessione? *l. sed etsi postea 13. infr.* Iunge *l. qui iurasse 26. §. 1. inf. de iureiur. l. si rem meam 17. & seq. infra de except. rei iudic. l. 3. C. ad exhib.*

7 ¶Neratius quoque dicebat post exactum iusiurandum posse actorem, detracta noxæ deditione, experiri: si modò hoc contendat, posteaquàm iuratum est, cœpisse in potestate habere.

Ad §. vlt. Neratius.

Ratio dubitandi. Difficilius videtur, vt præcisa actione condemnari debeat is, qui semel iurauit se non habere in potestate, quàm vt noxali conueniatur. Repugnant enim verba Edicti, quibus promittit Prætor se iussurum deierare dominum, aut daturum iudicium in eum sine noxæ deditione, *§. Prætor ait sup.*

Dec. Eadem ratio est dandæ vtriusque actionis contra dominum qui iurauit se non habere in potestate seruum, quem habere posteà cœperit. Nempe si adhuc & iterum neget se habere in sua potestate: hoc enim supplendum & addendum necessariò est vt possit contra eum agi præcisè, ac sine noxæ deditione ex integro, si quidem tanquam ex noua causa, & ex noua possessione cogitur aut iurare iterum, aut iudicium sine noxę deditione accipere, Aut etiam absolutè iudicium sine noxę deditione suscipere, si malit actor mendacium domini probare, quàm ipsius sacramento & religioni rem committere. Nunquam enim iusiurandum deferre cogendus est, qui suam intentionem per testes aut aliter probare mauult *l. si quis iusiurandum 11. C. de reb. cred. & iureiur.*

22. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

SI seruus depositus, vel commodatus sit: cum domino agi potest noxali actione: ei enim seruire intelligitur: &, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, maximè si copiam habeat reciperandi hominis.

Ad l. Si seruus depositum 22.

Ratio dubitandi. Cùm seruus qui depositus fuit noxiam fecit, vel commodatus, non iam domino seruire videtur, cuius seruus est, quàm depositario aut commodatario: seruire enim facti est, seruum autem esse iuris *l. 1. versic. sin verò gratias agens C. Commun. de manum.*

Dec. Et depositi & commodati serui dominium remanet penes deponentem, aut commodantem, adeóq; possessio *l. rei Commodatæ 8. & 9. inf. Commod. l. licèt 17. §. 1. depos.* Et quod ad hoc edictū pertinet, videtur is qui deposuit, & qui commodauit habere seruum in potestate, cùm habeat copiam eius recuperãdi, per actionem scilic. deposit., aut com-

modati. Ergo noxalis actio contra eum danda est, quæ nihil aliud exigit nisi vt qui conuenitur sit dominus, & habeat seruum in potestate vt possit eum dedere *l. si noxale* 27. §. 1. *inf.* Itaque abundat hîc dictio *Maximè*, vt Accurs. notat ex *l. prox. praced.* § *in potestate.* Nam qui non habet copiam recuperandi serui, actione noxali conueniri non potest: Nisi quis malit in illis verbis *Maximè si copiam habeat recuperandi dominus*, dixisse Paulum *si* pro *Cùm*, vt aliàs sæpe. aut condicionem referre ad eum casum, quo depositi, vel commodati actio ex aliqua causa vel impedimento, vel differatur, vt in §. *sequenti*, vbi eadem condicio ponitur, sed meliùs explicatur, si seruus depositus, vel commodatus ousquam appareat, & depositarius, aut commodatarius sine herede decesserit, vt in *l. 1. § idem Pomponius inf. depos.*

1 ¶Is qui pignori accepit, vel qui precariò rogauit, non tenetur noxali actione: licèt enim iustè possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intelligi, si facultatem repetendi eos dominus habeat.

Ad §. 1. Is qui pignori.

Ratio dubitandi. Creditor verè possidet ad omnes causas, præterquàm vsucapionis *l. serui* 16. *inf. de vsucap.* Itémq; is qui precariò rogauit *hoc habet* 15. §. *non qui de precar.* Et sunt hæ possessiones iustæ *l. quacunq.* 13. §. 1. *sup. de public. in rem act.* Quidni ergo contra istos dabitur noxalis actio, quæ datur etiã contra bonæ fidei possessorem? Multò magis cootra prædonem *l. bona fide* 11. *& seqq. supra.*

Dec. Licèt isti iustè possideant, tamen non animo domini possident *l. pignori* 13. *de vsucap. & d.* §. 1. Nec eo minus habet dominus in potestate seruum pignoratum, aut concessum precariò cùm possit eum recuperare per pignoratitiam, aut per interdictum de precario.

2 ¶Quid est habere facultatem repetendi habeat? pecuniam, ex qua liberari potest. nam non debet cogi vendere res suas, vt soluat pecuniam, & repetat seruum.

Ad §. 2. Quid est habere.

Ratio dubitandi. Non adfert impossibilitatem repetendi, difficultas conquirendæ & explicandæ pecuniæ *l. continuus* 137. § *illud de verb. oblig* si bona aliqua sint ex quorum venditione pecunia redigi possit, quia pecunia non ex re, sed ex negotiatione percipitur. *l. venditor* 21. *de hered. vel act. vend.*

Dec. Facultas æstimatur ex commodo aut incommodo personæ *d. § illud*, quasi dicta à facilitate. Nec enim totius debiti numeratio semper est in expedito *l. si dubitet* 10. *in princ. infra de fideiuss.* Neque rursum debet cogi debitor vendere res suas, vt soluat pecuniam, & repetat seruum *l. nepos Proculo* 125. *de verbor. signif. l. si seruus* 25. *de pignorat. action.* Hoc igitur casu noxali agendum erit aduersus creditorem ipsum, qui pignori accepit, aut precariò concessit *l. si noxale* 27. §. 1. *inf.*

3 ¶Dominus, qui seruum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet, aut absentem defendere. quod nisi faciat, punitur. atque si præsentem non noxæ dederit.

Ad §. 3. Dominus.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. *quòd si reus & §. vlt. supra.* Nam quisquis & dominus est, & habet seruum noxium in sua potestate, aut exhibere eum debet, vt si non defendat possit duci & fieri ex bonis actoris *l. electio* 26. §. *vlt. inf.* Aut absentem defendere, vt possit sequi cõdemnatio, nisi malit Dominus condemnatus seruum dedere, aut saltem cauere de eo dedendo, statim atque exhibendi, ac dedendi eius copiam nactus fuerit *l.* 2. §. 1. *supra si ex noxal. caus. agat.* Id ergo nisi fiat puniendus est dominus propter contumaciam, quia neque exhibet, neque defendit, vt cogatur iudicium suscipere sine noxæ deditione: Non autem vt teneatur ex edicto illo, *si quis ius dicent. non obtemp.* quomodo hunc §. malè Azo interpretatus est. Iunge *l. prox.* §. *Prator ait cum seq. sup. l. is qui in aliena* 32. *inf. hoc tit.*

4 ¶Si negauerit [a] dominus in sua potestate esse seruum: permittit prætor actori arbitrium, vtrum iureiurando id decidere, an iudicium dictare sine noxæ deditione velit. per quod vincet, si probauerit [b] eum in potestate esse, vel dolo eius factum, quo minùs esset. qui autem probauerit, in potestate aduersarij esse seruum, rem amittit.

Ad §. 4. Si negauerit.

a *Si negauerit.* Ratio dubitandi. Electio danda est reo potiùs, quàm actori, cùm sit fauorabilior *l. Arrianus* 41. *de oblig. & act. l. fauorabiliores* 125. *de regul. iur.* Rei enim habentur pro debitoribus, & actores veluti pro creditoribus: debitorum autem electio est in alternatiuis *l. plerumque* 10. § *vlt. de iur. dot.*

Dec. Danda est electio actori potiùs quàm reo, cùm iudicium reddatur in initium ex *l. inter stipulantem* 83. § 1. *de verb. oblig.* Maximè in pœnam contumaciæ rei, qui cùm primus haberet electionem an seruum vellet præsentem exhibere, aut absentem defendere, aut saltem iurare non habere se seruum in potestate, nihil horum facere voluit. Nec enim nouum est vt electio quam vnus habuit in alium transferatur, vt in quæstione *l. vlt. Cod. de condict. indeb.* Iunge quæ ad §. *quòd si reus* §. *vlt. l. prox. supra.*

b *Si probauerit.* Ratio dubitandi. Præsumptio est contra reum, qui contumax est, nec vult parere arbitrio Prætoris *l. non potest dolo carere* 199. *de reg. iur.*

Dec. Non est contumax qui non fecit quod iussus est facere, nisi facere potuerit *l. impossibilium* 185. *de regulis iuris.* Vt ego probetur reus contumax, & mendax,

mendax, probandum est mendacium, quod non aliter fieri potest quàm si actor probet dominum habuisse seruum in potestate: Debet enim actor semper probare suam intentionem *l. qui accusare 4. Cod. de edend. l. actor 23. Cod. de probat. l. vltim. Cod. de rei vind.*

23. GAIVS lib. 6. ad Edictum Prouinciale.

SEd etsi postea aduersarius eius in potestate habere cœperit seruum: tenetur ex noua possessione, denegata ei exceptione.

Ad l. Sed etsi 23.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. *penult. d. l. quoties 21. sup.* Nam sicuti deneganda est exceptio rei iudicatæ contra eum qui agit ex noua causa *d. l. si mater 11. §. eandem & pass. de except. rei iud.* Ita & exceptio iurisiurandi contra eum qui agit noxali aut præcisa actione, ex noua possessione, quia noua agendi causa est.

24. PAVLVS libro 18. ad Edictum.

DE illo videndum: vtrùm aduersus eum tantùm, qui dolo fecit, quò minùs in potestate haberet, actio locum habeat noxalis: si ex dolo eius acciderit, vt cesset noxalis actio: fortè si seruo suo fugam mandauit: an & si possit nihilominùs cum alio agi, quod accidit, cùm alienatus, manumissúsve est, quod est verius. in quo casu electio est actoris, cum quo velit agere. Iulianus a autem ait de eo, qui manumisit, si paratus sit defendere se manumissus, exceptionem dandam ei, qui manumisit. hoc & Labeo.

Ad l. De illo 24.

Ratio dubitandi. Cùm serui dominus teneatur actione præcisa ob id, quòd seruum in sua potestate habere desierit dolo malo, solus ille deliquit, nó etiam is qui eius serui dominiũ posteà nactus est: solus ergo ille puniri & teneri debet, maximè cùm præcisa illa actio plus commodi allatura sit actori, quàm noxalis contra nouum emptorem, cui nimirum salua erit dedendi serui facultas.

Dec. Tenetur quidem dolosus actione præcisa in solidum, vt proprij sui doli pœnam sentiat, sed non liberat ea res nouum dominum, quo minùs noxali actione teneatur, aut manumissum ipsum, quo minus in solidum, cùm noxa caput sequatur *l. penult. §. vlt. infr. l. 4. C. an seruus ex suo fact. l. 1. §. vltim de priu. delict.* Itaque habet actor electionem, qua actione, & contra quem potiùs experiri velit, sed ita tamen vt si vel seruus manumissus seipsum defendat, vel nouus eius dominus, danda sit exceptio ei, qui desiit habere in potestate, licet dolo malo, vt sequitur in hac lege, & seqn. Ergo in his verbis *actio locum habeat noxalis*, tollenda est & delenda dictio *noxalis*: Loquitur enim Paulus de præcisa actione, quæ ex hac parte edicti competit, non de noxali *l. quoties 21. §. Prætor ait & seqq. sup.* Et verò sequitur statim *si ex dolo eius acciderit vt cesset noxalis*. Itaque cessaret hoc casu actio vtilis, & non cessaret: Aut si noxalis omnino tollere; legendum erit *vtilis*. Est enim hæc actio vtilis, quæ datur contra eum qui dolo malo fecit ne seruum haberet in potestate, vt directa noxalis conueniri non posset, dicitúrq; succedere in locum actionis directæ, in *l. electio 26 §. si is quem infr.* Sed nullo modo est noxalis, nec patiar vt cum Azone interpreteris hunc locum de noxali vtili. Bona autem distinctio est, quæ in hac lege ponitur. Quia dolus domini facit aliquando vt cesset noxalis actio, fortè si seruo fugam mandauerit aut eum occiderit: quo casu non est locus propositæ quæstioni: Aliquando autem facit, vt in alium possit actor noxalis exerceri, puta si seruum alienauerit, aut manumiserit, quo casu ex æquitate locus est exceptioni, vt sequitur in hac lege & in *prox. seq.*

a *Iulianus.* Ratio dubitandi. Dolus nunquam debet manere impunitus, nec danda est exceptio vlla aut replicatio ei cui dolus obijcitur *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. mal. except. l. penult. infr. ad S. C. Trebell.* Ergo quamuis seruus manumissus paratus sit se defendere, non ideò danda est exceptio ei qui dolo malo manumisit, vt se à noxali actione liberaret.

Dec. Res peruenit ad eum casum à quo incipere non potuit *l. quia 16. supr. ad leg. Aquil.* Nec enim vllæ essent noxales actiones comparatæ, si serui qui dicuntur noxij, possent se defendere & innoxios se probare: quod contingeret si aliqua esse posset actio cum seruo *l. cùm seruo 107. de reg. iur.* Ergo si seruus se defendat quamuis non ideò extinguatur actio contra dolosum nata, æquum tamen est dari domino exceptionem. Ne alioqui conueniatur interim ex facto serui tanquam noxij, qui fortassis innocentem se probare possit. Noxalis enim actio, nec minùs præcisa illa quæ in locum noxalis & directæ datur, noxiam omnimodo præsupponit.

25. GAIVS lib. 6. ad Edictum Prouinciale.

IDem est, & si nouus dominus serui iudicium patiatur.

Ad l. Idem est 25.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. præcedentem.* Nam siue seruus quem prior dominus dolo desiit habere in potestate, manumissus sit, siue alienatus, actio salua est actori, qui damnum passus est, siue in manumissum ipsum, siue in acquisitorem, quia noxa caput sequitur: hac sola differentia, quod manumissus tenetur in solidum, Nouus autem dominus cum noxæ deditione, *l. penult. §. vlt. infr.* sed vterque ita demùm si seruus non defendatur. Nam si manumissus velit se defendere, ac innocentiam suam probare, aut si nouus do-

minus eum defendere velit danda exceptio est ei qui desiit, quamuis dolo malo, habere illum in potestate. Est ergo hæc lex intelligenda de nouo domino, qui paratus sit serui nomine iudicium ita pati, vt velit seruum defendere, non etiam si eum noxæ tantùm dedere velit. Etsi enim non ad aliud ipse teneri potest, non debet tamen ea res dare exceptionem doloso, quo minus in solidum conueniatur, Nisi cùm probatur seruus non deliquisse. Id enim est defendi seruum, Probari innocentem: Planè si actor seruum, qui non defendebatur, duxerit, eque exceptioni locus erit, quia hoc maluisse actor videtur *l. si plurium 39. §. si quis dicet & seq. infr.* Quòd si actor priùs egerit contra dominum, & ita indemnitatem consecutus sit, posteà cõtra seruum manumissum agens repellendus erit exceptione rei iudicatæ *l. 3. inf vi bonor. rapt.* At si contra nouum dominum, exceptiõne doli. Nisi dicendum potiùs est liberari eum ipso iure *l. si seruus 8. l. si ex duobus 17. supr.* Quid si alteruter fuerit tempore liberatus? Pro eo habendus erit, ac si soluisset, vt benè Accurs. respondet ex *l. si pupillus 45. infr. de admin. tutor.* Verùm ea lex non de illo loquitur qui tempore liberatus est, vt vulgo creditur, sed qui eo tempore liberatus inueniebatur, aliter tamen quàm tempore. Sic enim lex illa emendanda & intelligenda est, vt docuimus in nostra Iurisprudentiæ Papinianeæ scientia. Simile aliquid est in *l. 3. §. vlt. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* vbi per oblationem vnius parati iudicium pro alio accipere, alius liberatur. Vbi tamen oblationem intellige non verbalem, quomodo interpretes & pragmatici intelligunt, sed efficacem & quam suus concomitetur effectus: id est, oblationem suscipiendi iudicij ab eo factam qui hoc ipso iudicium suscipiat, Dixi ad *l. si debitori 21. supr. de iudic.*

26. PAVLVS lib. 18. ad Edictum.

ELectio verò alterum liberabit. id enim Prætor introduxit, ne eluderetur actor, non vt etiam lucrum faceret. ideoq; exceptione à sequenti summouebitur.

Ad l. Electio 26.

Ratio dubitandi. Quod quis ob dolum suum præstat, alterum non liberat, quia præstat suo nomine *l. Papinianus 28. inf. mand.* Et electione non liberantur, qui ad eandem rem obligati sunt, sed solutione tantùm *l. vlt. C de fideiuss.*

Dec. Prætor hanc electionem dedit actori ne is eluderetur, non etiam vt lucrum faceret. Electione igitur vnius alterum liberari oportet *l. si communis 9. supr.* sola itaque electio hoc casu liberat, nec requiritur vt actor ab eo, quem elegit, aliquid sit consecutus. Sibi namque imputet culpam malæ electionis, vt dixi ad *d. l. si communem*, arg. *l. 2. de duob. reis.* iunct. *l. quod in heredem 9. §. eligere De tribut. act. l. cum filius 76. §. variis De legat. 2.*

1 ¶His consequens est: vt si plures dolo fecerint, quo minùs in potestate haberent: eligere debeat actor, quem velit conuenire.

Ad §. 1. His consequens.

Ratio dubitandi. Cùm plures domini dolo fecerunt, ne haberent seruum in potestate, proprius singulorum dolus est, qui non debet manere impunitus *d. l. procurator 11. §. 1. de except. rei iudic.*

Dec. Tenentur quidem singuli in solidum, quia singuli dolo malo fecerunt *l. 5. supr.* At non vt omnes conueniri & condemnari possint, sed tantùm vt electionem actor habeat vtrum eorum conuenire malit, vt in *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. quod in heredem 9. § eligere de tribus. act. d. l. 2. de duob. reis.* Alia ratio est præcisæ actionis quæ datur in solidum contra plures dominos conscios serui delinquentis. Non enim illa tollitur sola electione sed perceptione *l. 5.* vbi dixi *supr.* Est enim illa longè fauorabilior quàm hæc, quæ non tam in pœnam delicti datur quàm ne actor eludatur vt *supr. proxim.*

2 ¶Item si ex pluribus dominis quidam dolo malo partes suas desierint possidere: electio erit actoris, vtrùm directò agere velit cum eo, qui possidet, an prætoria cum eo, qui desiit possidere.

Ad §. 2. Item si ex pluribus.

Ratio dubitandi. Qui habet directam & ciuilem actionem frustra desiderat honorariam *l. 1. supr. de Publician.* Atqui hæc prætoria non datur nisi in subsidium & succedit in locum directæ *§. si is quem. inf. hac lege.*

Dec. Cùm plures actiones quarum vna ciuilis est, altera prætoria, dantur diuersis respectibus & contra diuersos, nihil vetat vtramque competere, & eligere actorem quam exercere malit. Alia enim ratio est dandæ actionis ciuilis & directæ noxalis contra eum qui possidet, Alia verò dandæ Prætoriæ in solidum contra eum ex dominis qui dolo malo desiit habere seruum in potestate: Diuersa causa est actionis quæ contra tertium possessorem exercetur postquàm alius qui dolo desiit possidere conuentus fuit petitione hereditatis: Nec enim petitio hereditatis contra dolosum instituta liberat verum possessorem quo minus etiam hereditatis petitione conueniri possit *l. nec vllam 13. §. pen. sup. de hered. petit.* quoniam hereditatis petitio in rem est *l. sed etsi 25. § antepenult. eod.* vt & in *l. metum 9. §. vlt. in fin. supr. quod met. caus.* Iunge *l. si plurium 39. in princ. infr.*

3 ¶Si seruum alienum alius in iure suum esse responderit: altero soluente, alter liberatur.

Ad §. 3. Si seruum.

Ratio dubitandi. Qui alienum seruum suum esse in iure respondit licèt enim dedat non tamen ipso iure liberatur, quia non potest seruum facere accipientis, nec transferre dominium quod non habet *l. prox. inf.* Quomodo igitur potest liberari soluente altero?

altero? Dec. Qui seruum alienum in iure respondit suum esse, licet non ideò fiat dominus, perinde tamen tenetur ex sua responsione, ac si esset dominus, & ideò potest noxali actione conueniri *l. qui seruum 10 inf. de interrog. in iur. faciend. l. si plurium 39. §. 1. inf.* et quamuis dedendo noxæ nõ transferat dominium, habet tamen electionem vtrùm noxæ dedere velit, an potiùs litis æstimationem inferre, Et omnem casu liberat alium; quia is cui dediderit seruum, perinde habet ius retinendi seruum deditum apposita exceptione doli contra dominum vindicantem ac si dominium translatum in eum esset. Multò magis si soluerit litis æstimationem, quia electio hæc datur actori ne eludatur, nõ vt lucrũ faciat, *in princ. huius legis.* Hinc notat Accurs. quod verissimum est dolum ab aliquo commissum in eius tantùm persona operari qui dolum admisit *l. ait Prætor 10. §. illud & l. si quis cum inf. quæ in fraud. cred. l. Fulcinius 7. §. quid si aduersus quib. ex caus. in possess. eat. l. quemadmodum 38. inf. l. etiam 18. §. licèt inf. solut. matrim.*

4 ¶ Si is, quem desieris dolo possidere, decesserit priùs, quàm hac actione conuenireris, liberaris: quia hæc actio in locum directæ actionis succedit. diuersum dicemus [a], si moram feceris in iudicio accipiendo.

Ad §. 4. Si is quem.

Ratio dubitandi. Naturalis interitus rei non liberat morosum debitorem *l. si ex legati 23. & seq. l. si seruum 91. §. sequitur inf. de verb. oblig.* multò minùs ergò dolosum. Dec. Hæc actio vtilis succedit in locũ directæ noxalis, quæ competeret cõtra dominum, si seruum suum in potestate sua habere nõ desisset. Quæ actio morte serui interciderit, quia mortuus noxæ dedi amplius non posset *l. si plurium 39. §. vlt. inf. l. non solùm, alias l. 4. §. pen. supr. de alien. iud. mut. caus. fact. l. si ante 15. §. 1. de interrog. in iur. fac. l. venditor 21. de hered. v. l. a. l. vend.* Idq; est quod dici solet subrogatum sapere naturam eius in cuius locum subrogatur *l. si cum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution. l. si duo 18. inf. si quis omiss. caus. testam.*

a *Diuersum dicemus.* Ratio dubitandi. Qui moram facit in iudicio suscipiendo non ideò iudicium suscepisse videtur: Iudicium enim suscipere facti est & supponit litis contestationem, quæ facti quoque est *l. vnic. si quis in ius vocat. non obtemp.*

Dec. Perinde haberi debet ac si iudicium suscepisset cùm per eum steterit ex reg. *l. in omnibus 39. de reg. iur.* Ne alioqui moroso sua prosit frustratio *l. hominem 37 inf. mandat.* Et ideò quicquid præstari solet & debet post litem contestatam præstãdum est etiam post moram in iudicio accipiendo factam, vt hic locus probat optimè. At qui si post acceptum iudicium seruus decessisset non idcirco liberaretur dominus *l. si heres 10. supr.* Ergo neque hoc casu liberatur.

5 ¶ Neque heredi, neque in heredem, quod defunctus mentitus est, actio danda est: nec in ipsum [a] quolibet tempore. nam liberum esse debet defendenti absentem seruum, huius edicti pœnam euitare: id est, vt sine noxæ deditione conueniatur. Et ideò si negaueris seruum in tua potestate esse, postea fateri poteris: nisi si iam lis [b] aduersus te contestata est: nam tunc audiri non debebis, vt Labeo ait. Octauenus, ex causa, etiam lite contestata, tibi succurrendum: vtique si ætas tua [c] ea sit, vt ignosci tibi debeat.

Ad §. 5. Neque.

Ratio dubitandi Actiones omnes Prætoriç, quæ continent rei persecutionem dantur heredi, & in heredem *l. in honorariis 35 de oblig. & action.*

Dec. Datur hæc actio in pœnam mendacij. Eius autem qui mentitus est heres nõ idcirco mẽdax est, quod in omnia defuncti vicia etiam ignorans successerit *l. cùm heres 11. de diuers. temp. præsc.* succedit nãque in vicia possessionis & realia, vt vocant, non in personalia *l. vitia 11. C. de acq. possess.* vt neque in delicta *§ non autem instit. de perpet. & temp. act.*

a *Nec in ipsum.* Ratio dubitandi. Nemo per suam pœnitentiam nocens esse desinit *l. qui ea mente 65 de furt.* Dec. Potest pœnitẽtia delere pœnam ac veluti memoriam ipsam delicti quoties in pristinum statum reduci omnia, faciq; vt nullum damnum alius passus esse intelligatur: quod in furto non contingit. Ideoq; *d. l. qui ea mente* benè addit *tali peccato.* Alia enim hac parte ratio est furti, alia mendacij: furtum punibile est ob id solùm quod factum est: mendacium verò non nisi ob damnum, quod ex mendacio potest contingere, si quod postea contingat, non si nullum *l. de ætate 11. §. vlt. inf. de interrog. in iur. faciend.* Ergo liberum esse debet domino, qui mentitus est se non habere seruum in potestate, cùm vel haberet, vel dolo fecisset ne haberet, seruum illum defendere, quamuis absentem, & ita pœnam actionis Prætoriæ, quæ in solidum aliquã contra eum danda esset, euitare. Est enim errandi & mentienti medicina confessio *l. 1. si qui si obtulit 25. & seq. sup. de rei vind. l. de ætate §. vlt.*

b *Nisi si iam lis.* Ratio dubitandi. Etiam post litem contestatam videtur eadem ratio esse purgandi mendacij, quæ ante litem contestatam, cùm possit adhuc actor purgato mendacio consequi plenam indemnitatem aut deditionem serui pro noxa.

Dec. Per litis contestationem quasi contrahitur *l. 3. § idem scribit de pecul.* cùm litis cõtestatio sit species quædã delegationis *l. delegare 11. §. 1. de nouat. & deleg.*

c *Si ætas tua* Id est, si minor sis 25. annis. Ratio dubitandi. In delictis minor ætas non excusat *l. auxilium 37. §. 1. de minor. & tot. tit. C. si aduers. delict.*

Dec. In delictis atrocioribus id obtinet, quæ puniri interest publicè, sed non in leuioribus si quid minor per inconsultam facilitatem etiam dolo fecerit, quod verisimiliter factum non erat si maior fuisset. In his enim vt sexui, sic ætati succurrendum est dum ne qua ex ea aduersarij captio fit: hoc enim semper excipiendum est *d. l. de ætate 11. §. vltim. infr. de interrog. in iur. fac.*

6 ¶ Si, absente domino, ductus sit seruus, vel etiam præsente: & in eadem causa sit, vt in integrum restitui possit: defensio permittitur eius nomine, qui ductus est: postulantibus enim exhiberi eum ad defendendum, indulgere Prætor debet. Idem con-

cedendum[b] est fructuario, vel cui pignoris nomine obligatus est, si præsens dominus defendere noluerit: nec alterius dolus, aut desidia aliis noceat. Idem præstandum[c] est in seruo communi, quem alter ex dominis præsens noluit defendere. Sed & actori[d] his casibus succurrendum est: quia placet, dominij adquisitione extingui actionem. iussu enim prætoris[e] ductus, in bonis fit eius, qui duxit.

Ad §.6. Si absente.

Ratio dubitandi. Seruus qui ob id quod à domino siue præsente, siue absente non defendebatur, ductus est ab actore, cœpit in eius bonis esse, & exinde habuit actor in eo dominium bonitarium, vt in fine huius legis scriptum est, & in *l.2.§.vlt.sup.si ex noxal.caus.agat.* Ergo non est permittenda domino priori defensio, quasi re non amplius integra.

Dec. Etiam postquam seruus ductus est iubente Prætore, & in bonis actoris esse cœpit, non eo minùs tamen remansit in dominio quiritiario prioris domini, quia Prætor dominium quiritiarium neq; dare potest neq; adimere *§ quos autem Instit. de bonor. poss. l. si finita 13. §. Iulianus scribit, de damn. infect.* Interest igitur ipsius, vt ius suum tueatur & seruũ adhuc possit defendere dummodò in eadem causa sit, vt in integrũ restitui possit, id est, dummodò integra sint omnia, ita vt seruus adhuc defẽdi possit. Quid enim si iam sit manumissus, aut vẽditus: sera est defensionis oblatio, sicut & sera est quælibet in integrum restitutio, si eo tempore petatur, quo nõ sint amplius omnia in ea causa, vt in integrũ restitui ex vtraque parte possint *l. quod si minor 24. §. Scæuola & § restitutio supr. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.*

a *Postulantibus enim.* Ratio dubitandi. Non debent lusoria esse decreta Prętorum *l. si Prætor 75. sup. de iud. l. vlt. ne quid in loc. public.* Seruus autem qui nõ defenditur ab actore, ducitur decreto Prætoris *d. l. 2. ad fi. si ex noxal. caus. agat.* Maximè verò si præsente domino ductus sit, cui potest imputari, cur seruum non defenderit, cùm posset. Nam si dominus absens fuit æquũ est non ei nocere absentiam suã *d. l. 2. ante fin.*

Dec. Facilè concedendum est reo quod sine dispendio actoris futurum est *l. in creditore 38. in fin. de euict.* Tametsi reo aliquid possit imputari: semper enim de iure actoris quærẽdum est, & de eo quod ipsius interest, antequam de rei culpa quæratur. Nihil autem interest actoris seruum defendi, quia si nocuit perinde actor obtinebit, Quod si nõ nocuit, nec dominum condemnari æquum est: Nec tantùm pro domino ita ius constitui æquum fuit, sed etiam pro seruo ipso quem innoxium pronunciari, si innoxius sit, etiam publicè interest, cum possit [illegible] vt manumittatur, aut alij vendatur: Publicè autem interest sciri qualis sit seruus, qui aut manumittitur, aut venditur.

b *Idem concedendum.* Ratio dubitandi. Fructuarius & creditor pignoratitius non possident seruum opinione dominij, quia sciunt eum alienum *l. quæcunq; 13. §. 1. sup. de Publician. in rem act. l. 1. sup. de vsufr. l. vtifrui 5. sup. si vsusf. pet. l. neque pignus 43. de reg. iur. l. pignori 13. de vsucap.* Ergo non possunt noxali actione conueniri, cùm non possint seruum noxæ dedere, nec dominium eius transferre. Dec. Aliud est noxali actione teneri, Aliud verò seruum, cuius nomine dominus noxale iudicium acceperit defendere. Noxali actione is demùm tenetur qui dominus est, & seruum in potestate habet, vt eum possit noxę dedere *l. prox. inf.* sed seruum potest defendere quilibet, dũmodò eius intersit. Interest autem & fructuarij & creditoris, vt nemo non videt. Nec iis desidia domini nocere debet, vt lex ait, iunct. *l. hereditariam 65. in fin. de euict. l. 3. sup. de transact. l. vlt. inf. de S.C. Silan. l. 2. inf. si quis aliq. test. prohib.* sic nec factũ vnius alteri debet nocere *l. quidam 25. §. si quis filium inf. ad S.C. Trebell.* nisi ex dolo vel facto vnius aliquid ad alium peruenerit, inquit Accurs. ex *l. sed ex dolo sup. de dolo l. 3. inf. de Tribut. l. Cuicunque 5. §. vlt. de instit. act. l. apud Celsum 4. §. quæsitum est an de procuratoris 18. de dol. mal. except.*

c *Idem præstandum.* Ratio dubitandi. Potest dominus qui fuit absens, indemnitatem cõsequi à socio qui fuit præsens & negligens, Idq; iudicio Cõmuni diuidundo. Non igitur permitti debet ei qui fuit absens, vt seruum iam ductum defendat tanquam cuius nihil intersit. Dec. Interest socij habere seruum potiùs quàm actionem personalem de indemnitate *l. plus cautionis 21. de reg. iur.* Nec desidia vnius ex sociis alij nocere debet *l. 2. infr. quod vi aut clam.* Nec cogendus est dominus etiam inuito precio seruum vendere *l. nec quasi 70. supr. de rei vind. l. non omnin 9 infr. rer. amot.*

d *Sed & actori.* Ratio dubitandi. Actio noxalis extinguitur acquisitione dominij non tantùm quiritiarij, sed etiam bonitarij, cum noxalis actio non possit institui nisi contra nouum dominum *l. pen. in fin. infr.* Nemo tamen possit agere cum seipso *l. in cum filiofamilias 16. de furt.* Seruus autem qui cum nõ defenderetur à domino ductus est ab actore in bonis fit eius qui duxit *l. 2. §. vlt. sup. si ex noxal. caus. agat.*

Dec. Hæc ratio concludit tantò magis succurrendum esse actori, vt ei restituatur actio noxalis, quæ per dominij bonitarij acquisitionem extincta fuit *d l. 2. in fin. sup. si ex noxal. caus. agat.* Nec.n. expectandum est vt semel extincta actio ipso iure reuiuiscat *l. qui res 98. §. aream D. de solut.* Nec rursus imputari quicquam potest actori, qui noxalem actionem non culpa sua, sed agẽdo amisit. Aliud esset si aliquid imputari ei posset, vt in *l. quemadmodũ 38. inf.*

e *Iussu enim Prætoris.* Ratio dubitandi. Prætor non potest facere dominum, ideoq; nec potest facere heredem *§. quos autem Inst. de bonor. poss.* quo nomine nihil nisi dominum significamus *§. vlt. Inst. de hered. qual. & diff.* Dec. Duplex dominium est, bonitarium & Quiritiarium: Prętor quiritiarium dare non potuit, vt nec adimere, sed bonitarium potuit *l. si finita 15. §. Iulianus de damn. infect. l. 1. de bon. poss.* & apud Vlp. tit. 19. *de acquis. rer.* Dicitur autem dominium bonitarium per quod res fit in bonis alicuius, vt in *l. rem in bonis 32. de acquir. rer. dom.* Hodie sublatum est nudum ius & nomen dominij Quiritiarij in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* vide *d. l. 2. §. vlt. supr. si ex noxal. caus. agat. l. 1. C. si aduers. trans.*

27. GAIVS lib. 6. ad Edictum Prouinciale.

SI noxale iudicium agitur de seruo, qui pignoris iure tenetur: aut de eo, cuius vsusfructus alterius est: admonẽdi sumus: si creditor, vel vsufructuarius præsens defensionem suscipere noluerit: proconsulem interuenturum, & pignoris persecutionem, vel vsusfructus actionem negaturum. quo casu[a] dici potest, ipso iure pignus liberari.

nullum

nullum enim pignus est cuius persecutio negatur. Vsusfructus autem[b], etiam si persecutio eius denegetur, ipso iure durat eousque, donec non vtendo constituto tempore pereat.

Ad l. Si noxale 27.

Ratio dubitandi. Noxalis actio etiam cùm seruus noxius non defenditur nihil aliud potest facere nisi vt dominium transferat in actorem. Atqui quæstio vsusfructus aut pignoris nihil commune habet cum intentione dominij l. 1. § 1. *de pignor. l. pen. de acquir. poss. l. iusto 44 § nec mutat. de vsucap.* Nihil ergo interest fructuarij aut creditoris pignoratitij, vt seruus defendatur, aut non.

Dec. Cùm seruus in iudicio noxali non defenditur, ita debet fieri in bonis actoris vt pleno iure ad eum pertineat: Quod fieri non posset si ius vsusfructus aut pignoris in eo seruo alteri saluũ superesset *l. si ex duobus 17. §. 1. supr.* Nec habent quod conquerantur fructuarius aut creditor, cùm sibi debeant imputare cur seruum non defenderint, cùm possent, & præsentes essent: siquidem ad defensionem admittuntur omnes quorum interest *l. prox. §. vlt. sup.* Nulla ergo fit iis iniuria si persecutio vsusfructus vel pignoris eis denegetur, vt & in *d. l. si finita 15. §. item quæritur. inf. de damn. infect. l. locum 17. § pen. sup. de vsuf.* Quòd si præsentes non fuerunt nihil amiserunt quia nihil eis imputari potest. *l. 3. supr si ex noxal. caus. agat.* vbi quod dicitur actum fuisse noxali iudicio cum fructuario sic accipi debet vt actum sit præsente fructuario, quemadmodum interpretati sumus ad *d. l. si ex duobus 17. §. 1. supr.*

a *Quo casu.* Ratio dubitandi. Nihil tam naturale est quàm vnumquodq; dissolui eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis l. prout 80. de solut.* Atqui pignus & conuentionem exigit & traditionem *l si rem alienam 9. § propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. de pign. act.* Ergo non nisi contraria conuentione pignus liberari potest, adeoq; retrotraditione. Dec. Pignus hoc loco non hypothecã dixit I.C. Nam pignoris quod per traditionẽ constructũ sit nulla persecutio esse potest, sed tãtùm retentio *§. 1. Inst. de action. l. 1. in pr. de pign.* Pignus autem nuda cõuentione constitutum nullum habet vinculum iuris, nequidẽ Prætorij, nisi quatenus Prætor ex eo datnrum se act. onẽ vtilitatis gratia pollicetur, Quæ actio vocatur hypothecaria. Consequens igitur est vt ipso iure nullum sit pignus cuius persecutio à Prætore denegatur. Nec quicquam contra scriptum est in *l. si hominem 69. inf. de solut.* quam tamen Accurs. noster quasi contrariam obiicit, vt mox dicemus.

b *Vsusfructus autem.* Ratio dubitandi. Etiã vsusfructus nomine, actio in rem & vindicatio comparata est, de qua in *tit. si vsusfr. pet.* Ergo sicuti nullũ pignus ita & nullus vsusfructus videtur, cuius persecutio à Prætore negatur. Prætoris enim est actiones omnes dare etiam illas quæ iure ciuili competunt.

Dec. Vsusfructus non tantùm Prætorio, sed etiã ciuili iure cõstituitur certis modis, secura sc. traditione, vel patientia, quæ fit vice traditionis: Hoc n. necessarium est ad constituendum vsumfructum, non tamen etiam cautio, vt vult Accurs. ex *l. vxori 24. de vsuf. legat.* quæ loquitur tãtùm de quasi vsufructu iurium & aliarum rerum quę vsu cõsumuntur. At hypotheca nudo pacto constituitur. Et ideò facilius tollitur *l. generaliter 29. §. 1. qui & à quib. manum.* Et consequenter vsusfructus non nisi certis quoq; modis eodem iure ciuili introductis extinguitur, Inter quos modos non est ille quod Prætor de vsufructu deneget actionem: Ergo quamuis nolit Prętor eam actionem de vsufructu dare, nõ cõminùs tamen durat vsusfructus, quousq; perierit non vtendo vel quo alio ex legitimis modis. Et cum hac distinctione accipi debet, quod scriptum est in *d. l. si hominem inf. de solut.* vbi simpliciter tractatur de per empto vsufructu, & de dissoluta obligatione pignoris, Non expresso eo, qua de causa vel interierit vsusfructus, vel pignoris obligatio dissoluta sit.

1 ❡Ex his quæ diximus de seruo, qui aliquo pignoris iure obligatus est, deq; statulibero, & de eo, cuius vsusfructus alienus est: apparet, eum[a], qui alienum seruum in iure suum esse responderit, quamuis noxalis iudicio teneatur, non tamen posse noxæ deditione ipso iure liberari: quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cùm ipsi domini non sint. Certè tamen[b], si ex causa traditum postea dominus vindicet, nec litis æstimationem offerat, poterit per exceptionem doli mali repelli.

Ad §. 1. Ex his.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. si quis 14. §. 1. l. si seruus 22. §. 1. sup. eod.*

a *Apparet eum.* Ratio dubitandi. Qui fatetur in iure seruum suum esse perinde tenetur actione interrogatoria ac si esset dominus *l. qui seruum 20. & tot. tit. de interrog. in iur. fac.* Dec. Non ideò tamen fit dominus, qua dominium nõ nisi certis & legitimis modis amittitur, inter quos non est confessio in iure facta à non domino, & ideò qui cùm non esset dominus, noxali tamen iudicio conuentus & interrogatus falsus est se dominũ, non potest per noxę deditionem ipso iure liberari: quia noxæ deditio sic fieri debet vt plena proprietas in actorem transferatur *d. l. si ex duobus 17. §. 1. sup.* Nemo autẽ transferre in aliũ dominiũ potest quod ipse nõ habeat *l. nemo plus iuris 54. de reg. iur. l. traditio 20. de acquir. rer. dom.*

b *Certè tamen.* Ratio dubitandi. Nõ facit dolo qui iure suo vtitur *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* Iure autẽ suo vindicat quisquis dominus est iure gentiũ, vel ciuili *l. in rem 23. supr. de rei vind. l. Quintus 23. § argento De aur. & arg. legat.* Dec. Doli exceptio locum habet quoties quis per occasionem iuris ciuilis lucrũ captat ex damno alieno contra naturalẽ æquitatem *l. 1. §. 1. & pass. de dol. mal. except.* quod in hac specie cõtingit cùm dominus vult seruum suum vindicare ab eo cui facta noxæ deditio est nec offert litis æstimationem actori, qui damnum passus est, & quã præstare tamẽ debuisset si eo tempore seruum defendisset eumq; sibi retinere maluisset *l. bona fide 11. sup hoc tit.* Ergo hæc doli exceptio facit vt illem noxæ deditionem: sicut de fideicommisso debitori iniuncto scriptum est in *l. si pecunia 77. de leg. 1.* sic in *l. 2. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solu.*

28. AFRICANVS lib. 6. Quæstionum.

ET generaliter si alieni serui nomine, qui tibi iustam seruitutem seruiret, noxali tecum egerim, tuq; eum mihi noxæ dederis: siue, me possidente, dominus eum.

vindicet: exceptione doli mali, nisi litis æstimationem offerat, eum summouere possunt, siue ipse possideat[a]: Publiciana mihi datur: & aduersus excipientem, si dominus eius sit, vtilem mihi replicationem doli mali profuturam. & secundum hæc[b], vsu quoque me capturum: quamuis sciens alienum possideam. alioquin[c], si alter constituatur, futurum, vt summa iniquitate bonæ fidei possessor[d] adficiatur: si, cùm ipso iure noxalis actio aduersus eum competit, necessitas ei imponatur, vt litis æstimationem sufferat. Eademq;[e] dicenda sunt, & si, cùm ab eo non defenderetur, iussu Prætoris eum duxerim: quoniam isto quoque casu iustam causam possidendi habeo.

Ad l. Et generaliter 28.

Ratio dubitandi & decidendi, ad primam huius legis partem, eadem quæ ad legem proximè præcedentem.

a *Siue ipse possideat* Ratio dubitandi. Exceptio iusti dominij obstat Publicianæ actioni *l. pen. sup. de public. in rem act.* Nec enim Publiciana in id comparata est vt res domino auferatur, cùm non detur bonæ fidei possessori nisi eo colore quasi iam sit ipse factus dominus per vsucapionem *§ namque. Instit. de action.* sed vt qui bona fide possessionem nactus est rem potiùs habeat *l. vlt. cod. de public. in rem act.* Hic autem is qui Publiciana conuenitur est dominus.

Dec. Publiciana actio cùm sit Prætoria datur tota ex æquitate *d. § namque & l. 1. & pass. ill. tit.* Et ideò si quando æquum sit dari eam contra dominum dat Prætor actori replicationem doli mali contra exceptionem dominij. Eadem æquitatis ratione, quæ dat etiam plerunq; exceptionem contra vindicationem dominij *l. sumptus 48. l. emptor 65. de rei vind. l. vtere 14. C. de præd. minor.*

b *Et secundùm hæc.* Ratio dubitandi. Malæ fidei possessor vsucapere non potest quia vsucapio requirit bonam fidem saltem ab initio & inspecto tempore traditionis *l. si aliena 10. infr. de vsucap. l. vnica Cod. de transform. vsucap.* Ideoq; nec potest habere Publicianam *§ namque instit. de action.* Atqui actor in hac specie est in mala fide, cùm sciat seruum alienum esse *l. pignori 13. in fi. de vsucap. l. 4. § qui bona pro emptor.*

Dec. Non omnis scientia rei alienę malam fidem inducit, sed ita demum si is qui scit rem alienam nullam habeat iustam causam possidendi animo domini: Hic autem possessor habet iustam causam possidendi, cùm sit à Prætore factus dominus bonitarius, ex causa iustissima ob factam ei noxæ deditionem à bonæ fidei possessore, licèt sciat rem ad alium iure Quiritium pertinere. Itaque ad bonam fidem inducendam non tam requiritur vt possessor nesciat rem esse alienam, quàm vt putet se iustam causam habere eam rem possidendi, quam sciat tamen esse alienam.

c *Alioquin* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet bonæ fidei possessor noxali actione conuentus, cur seruum noxæ dedere maluerit, quàm litis æstimationem inferre, cùm posset: nec proinde videtur damnum sentire quod sentit ex sua vel culpa vel voluntate *l. quod quis 203 de reg. iur. l. in diem 9. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend. l. si patre cogente 22. de rit. nupt.*

Dec. Bonæ fidei possessor noxali actione conueniri potest perinde ac dominus *l. si bonæ fidei 12. & seq. sup. hoc tit.* Iniquum igitur est eum hoc damno affici, vt cogatur pro seruo noxio litis æstimationem omnimodo præstare nec liberari noxæ deditione per quam ipse etiam dominus liberaretur, cùm ipse dominum se putet, & bona fide tanquam dominus faciat noxæ deditionem. Cęterùm ponendum est eum Accursio seruum esse noxium, & reuera deliquisse, Ne alioqui deterior fiat condicio domini, ex eo quòd alius sit conuentus contra *l. in noxalibus 30. infr.* & vt possit dici dominus, si conuentus fuisset, idem facturum fuisse: Et notandus est hic casus inter cæteros in quibus datur etiam contra verum dominum Publiciana, de quibus dixi ad *l. pen. & vlt. sup. de public. in rem act.*

d *Bonæ fidei possessor.* Ratio dubitandi. Eadem ratio locum habere videtur etiam in malę fidei possessore cùm is quoq; noxali actione ipso iure teneatur *l. non solùm 13. sup. hoc tit.* Dec. Differentia inter bonæ fidei possessorem & prædonem hac parte non in eo est, vt hic minùs quàm ille noxali actione teneatur ipso iure, sed vt quæ iniquitas esset in bonæ fidei possessore vt omnimodo litis æstimationem inferre cogeretur, non sit iniquitas in prędone, qui debet sibi imputare cur alienum seruum sciens, & mala fide possederit. Atqui cogendus esset bonæ fidei possessor noxali actione conuentus omnimodo præstare litis æstimationem si non liceret ei noxæ dedendo seruum alienum saltem vsucapiendi conditionem transferre in actorem, vt posset aliquando etiam dominium Quiritiarum consequi, vt in *l. si finita 15. §. Iulianus de damn. infect.* An non ergo poterit etiam malæ fidei possessor noxæ dedere, cùm noxali iudicio conuenitur? Imò potest, Alioqui non esset noxalis actio si nō haberet noxæ dedendæ facultatem *l. 1. supr. si miles ita 6. §. 1. de re iudic.* Sed tamen non vsucapiet is, qui sciens à malę fidei possessore seruum noxæ acceperit, quia neq; in eo, neq; in eius authore vlla fides bona vnquam fuit, Quod secus est facta per bonæ fidei possessorem noxæ deditione. Et ita hic locus accipi omnino debet.

e *Eademq;.* Ratio dubitandi. Minùs fauorabilis est bonæ fidei possessor, qui seruum non defendit, quàm qui defendit, licèt fuerit condemnatus, & ideò dignior videtur cui minùs faueatur, vt eius contumacia puniatur *l. quoties 21. § quòd si reus sup. l. 1. inf. de in lit. iur.* Dec. Nihil interest an seruus defensus noxæ tandem deditus sit, an quia defensus non fuit, actor eum duxerit: vtroque enim casu perinde satisfit actori qui fit non quidem dominus bonitarius, cùm is qui seruum bona fide possidebat, neq; dominus bonitarius fuerit, neque Quiritiarius, sed tamen iustus possessor, quia tam deditio quàm eductio etiam si dominus non fuerit is qui noxali iudicio conuentus est, iustam semper possidendi causam præstat, quod sufficit & ad inducendā doli exceptionem, & ad Publicianā, & ad vsucapionē, sc. si bonæ fidei possessor fuerit non etiam prędo is, qui conuentus fuit. Et ideò bene Africanus initio legis, *qui tibi iustam seruitutem seruiret* significans aliud fore in eo seruo dedito, vel ducto, qui mala fide possideretur. Nec proinde Bartoli ratio bona est existimantis, ita comparatum quod nihil hoc casu fiat à non domino, nisi idipsum quod à domino si adesset, præstandum esset. Ea namque ratio non

minùs

minùs in prædone, quàm in bonæ fidei possessore locum haberet, sanè semper instè possidet qui auctore Prætore possidet *l. iustè 11. de acquir. possess.*

29. GAIVS lib. 6. ad Edictum Prouinciale.

NOn solùm autem, qui in potestate non habet, recusare potest noxale iudicium, verumetiam habenti in potestate liberum est euitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat. sed huic [a] necesse est [b], ius suum ad actorem transferre, perinde ac si damnatus esset.

Ad l. Non solùm 29.

Ratio dubitandi. Qui seruum noxium habet in sua potestate, non potest facere, vt nō habeat, cùm si dolo malo desinat habere, nihil id ei profuturum sit: *l. quoties 21 in princip. & §. Prætor ait. l. si seruus 22 § vlt. sup.* Ergo nō potest euitare noxale iudiciū.

Dec. Nemo siue personam, siue aliam rem, aut suam, aut alienam defendere inuitus cogitur, & ideò potest euitare iudicium, etiam quod datur contra possidentem *l. vlt. sup. de rei vind. l. noxali 33. inf hoc tit.* si modò paratus sit carere eo seruo quem non vult defendere *d. l. noxali 33.* & cauens de eo cùm primùm in potestatem suam peruenerit exhibendo *l. 2. §. 1. sup. si ex noxal. caus. agat.*

a *Sed huic.* Ratio dubitandi. Ex contumacia quidem condemnari quis potest & debet *l. properandum 13. C. de iudic. l. contumacia 53. inf. de re iudic. l. si ideò 55. De euict.* Sed non ideò tamen ante sententiam haberi potest pro condemnato: Sententiam enim redditam esse necesse est, aut confessionem factam in iure, quæ pro condemnatione haberi possit *l. 1. inf. de confess.* Denique noxæ dedendæ facultas, quam reus habet à lege, semper condemnationem pecuniariam sequitur *l. miles ita 6. §. 1. de re iudic.*

Dec. Qui non vult seruum defendere, habet se pro condemnato, nec debere esse melior eius condicio, quàm si defendisset, & damnatus esset, cùm per eum fiat quo minùs condemnari possit *l. vn. sup. si quis ius dicent. non obtemp.* Et ne alioqui melioris condicionis sint contumaces, quàm obsequentes, arg. *l. 4 quod vi aut clam.* Ergo perinde cogendus est ius suum ad actorem transferre ac si iudicio noxali damnatus esset.

b *Sed huic necesse est.* Ratio dubitandi. Nemó ad factum præcisè cogi potest, quia id fieri nequit citra vim & impressionem: Et & idcirco solemus dicere, In obligationibus faciendis succedere præstationem eius quod interest *l. si quis ab alio 13. §. vlt. de re iudic. l. quotius 51. l. in executione 85. de verb. oblig.*

Dec. Necessitas duplex est, Præcisa vna, Causatiua altera. Nemo ad factum præcisa necessitate cogitur, sed causatiua necessitate cogi potest, id est, nisi malit præstare litis æstimationem, aut pati saltem, vt iussu Prætoris actor seruum ducat, & ita in bonis suis eū faciat *l. electio 26. §. vlt. sup.* sicq; intelligi hic locus debet. Iunge *l. si hominem 69. inf de solut.*

30. GAIVS libro ad Edictum Prætoris vrbani, titulo de damno infecto.

IN noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt, ius non corrumpitur, sed reuersis defendendi ex bono & æquo potestas datur, si domini sint [a], siue aliquod in ea re ius habeant: qualis est creditor [b], & fructuarius.

Ad l. In noxalibus 30.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. electio 26. §. vlt. & l. seq sup.*

a *Si domini sint*, malo legere *siue domini sint*, vt vulgò, cùm sequatur *siue aliquid in ea re.* Observa autem esse hoc totum ex bono & æquo, & ex Prætoris indulgentia, vt scriptum est in *d. §. vlt.* Ad quam illud etiam pertinet, vt actori succurratur restituta ei actione noxali. quæ per acquisitionem dominij bonitatij extincta fuerat *d. §. vlt. & l. 2. §. vlt. sup si ex noxal. caus. agat.* Cùm nihil imputari possit ei qui inuitus suam actionem amisit, & eam exercendo consumpsit, ob hoc ipsum, ne alioqui rem ipsam amitteret.

b *Qualis est creditor.* Ratio dubitandi. Creditor non habet ius in re, sed ad rem cùm tanquam creditor non habeat nisi personalem actionem.

Dec. Intelligenda sunt hæc verba de creditore pignoratitio, qui vtique habet ius in re, & in rem *l. pignoris 15. inf. de pignor. l. pignoris 17. C. eod.*

31. PAVLVS libro 7. ad Edictum.

QVod ait Prætor, cùm familia furtum faciat, ad eum modum se actionē daturum: vt tantùm actor consequatur, quantum, si liber fecisset, cōsequeretur: quæritur, vtrùm ad pecuniæ præstationem respiciat, an etiam ad noxæ deditionem, vt puta si ex pretiis noxæ deditorum duplum colligatur, sequentes actiones inhibeantur. Sabinus & Cassius putant, pretium quoque noxæ deditorum imputari debere. quod Pomponius probat. & est verum. nam, & si seruus indefensus ductus sit, æstimatio eius imputanda est. Certè non tantùm duplationis, sed & condictionis rationem habēdam, Iulianus putat. furti faciendi [a] tempus spectandum esse, an eiusdē familiæ sint serui. nam si hi qui plurium dominorum erunt, vnius esse posteà cœperint: locus edicto nō erit.

Ad l. Quod ait Prætor 31.

Ratio dubitandi. Edictum Prætoris, de quo in *tit. si famil furt. fecis. dici*t electionem dat domino vtrum velit offerre totam litis æstimationem, an seruos omnes qui furtum participauerint dedere *l. 1. ill. ti.* Ergo si seruos omnes dediderit, nihil est quod exigi amplius ab eo possit, licèt ex pretiis noxæ deditorum colligi duplum non possit: nec rursus debet

pars damni per seruorum deditionem sarciri, pars autem per litis æstimationem præstandam.

Dec. Potest fieri vt dominus familiæ, quæ ex pluribus seruis constet, quosdam seruos velit noxios fateri, eosque dedere, alius verò tanquam innoxios defendere. Quo demùm casu lucem fit quæstioni, si posteà condemnatus horum nomine malit eos retinere, ac litis æstimationem præstare, an sc. precia noxæ deditorum imputanda sint in eam quantitatem, quæ ex furti actione, & furtiua códictione debeatur. Nam ex edicto non habet arbitrium & electionem, nisi vt vel omnes noxios dedat, vel tantùm præstet quantum liber homo, si furtum fecisset præstare cogeretur. Placet autem imputanda esse precia deditorum. Quemadmodum & si seruus indefensus ductus esset iussu Prætoris, preciú eius imputari oporteret: Alioqui summa iniuria dominus afficeretur, & in locro actor moraretur. Ergo quasi duob. Edicti capitibus commixtis hoc quoque casu edictum inducimus, vt à Iuliano de lege Velleia factum est in casu *l. Gallus 29. §. pen sup. de lib. & posthum.* vt si ex preciis noxæ deditorum colligi duplum possit, sequentes actiones furti scilicet, & condictio fer ua inhibeantur: dummodò etiam simpli rationem habeamus, quale quantumque veniet in furtiuam condictionem. Hoc.n. est quod Paulus ex Iuliano scribit, non tantùm duplationis, sed etiam condictionis furtiuæ habendam rationem, id est, non tantùm dupli quod persequitur actio furti nec manifesti, sed etiam simpli, quod ex furtiua condictione debetur *l. 2. infr. si famil. furt. fecisse dicet. iunct. l. 2. §. quæsitum. de priuat. delict. l. si pro fure 7. §. 1. de cond.* [illegible]

a *Furti faciendi*, legendum est *at furti faciendi*. Repetita voce *at* ex posteriore syllaba præcedentis dictionis *putat*. Sensus enim est, quamuis in æstimando simplo, quod ex furtiua condictione præstandum est, non spectemus præcisè tempus furti, sed quanti plurimi fuit res subrepta in tempus vsque retrorsum computandum litis contestatæ, *d. l. 2. §. quæsitum de priuat. delict.* Aliud tamen esse, cùm quæritur an eiusdem familiæ sint serui qui furtum participasse dicuntur. Hic enim furti faciendi tempus præcisè spectandum esse. Ita vt si serui qui plurium dominorum erant (nam & *erant* legendum est non *erunt*) vnius esse posteà cœperint, locus edicto non sit, id est, si qui ab vno ex dominis noxæ dediti erunt, licèt colligi ex eorum precio duplum possit, non tamen imputentur eorum precia in eam litis æstimationem, quę ab aliis dominis seruorum suorum nomine præstari debeat. Et ratio est, quia Prætor, cùm in illo edicto de familia locutus est, furti quoque facti mentionem coniunxit his verbis *si familia furtum fecisse dicetur.* Qualitas autem iuncta verbo secundum tempus verbi intelligi debet *l. 4. §. si extraneus sup. eod.* vbi diximus.

32. CALLISTRATVS l. 2. Edicti monitorij.

IS qui in aliena potestate est si noxam commisisse dicatur, si non defendatur, ducitur. &, si præsens est [a] dominus, tradere eum, & de dolo malo [b] promittere debet.

Ad l. Is qui in aliena 32.

Ratio dubitandi. Non debet esse in potestate serui, vt mutet dominum *l. vlt. § serui. infr. de publican. & vectig.* Mutat autem dominum & quidem sua voluntate is, qui propter delictum suum ducitur iussu Prætoris, quia fit in bonis actoris *l. si noxale 27. in fi. sup. l. 2. § vlt. si ex noxal. caus. agat.*

Dec. Non alio remedio potuit Prætor actori consulere, cùm neque possit aduersus suum agere qui damnum dedit *l. cum seruo 107. de reg. iur.* neque dominus cogi vt seruum suum defendat, aut vt eius nomine præster litis æstimationem *l proxim. infr.* Quoties autem nihil sine captione inuestigari potest, eligendum illud est quod minimum habeat iniquitatis *l. quoties nihil 200. de reg. iur.*

a *Et si præsens est.* Ratio dubitandi. Nemo præcisè cogendus est ad factum *l. si quis ab alio 13. in fin. de re iud.* Tradere autem facti est *l. consilio 7. §. vlt. de curat. furios.*

Dec. Interest actoris vt dominium serui noxij acquirat, non modò bonitarium, sed etiam quiritarium, vt pleno & legitimo iure dominus fiat *l. si ex duobus 17. §. 1. l. si noxale 27. in prin. & §. 1. inf. d. l. si finita 15. §. Iulianus. de damn. inf. & l. 3. sup. si vsusf. pet.* Traditio autem vnus est ex modis acquirédi iure Quiritium dominij, dummodò fiat à domino, & ex iusta causa *l. traditio 20. de acquir. rer. dom. l. traditionibus 20. C. de pact.* & apud Vlpian. tit. 19. *de acquis. rer.* Non etiam ductio iussu Prætoris, quia Prætor plenum dominium & quiritiarium dare non potuit §. *quis autem Instit. de bonor. poss.* Necramen sic intelligo, vt dominus hoc casu seruum præcisè tradere cogatur necessitate præcisa, sed tantùm causatiua, id est, nisi malit præstare litis æstimationem, quam & præstare omnimodo cogitur, si expectet vt ex iudicato conueniatur *l. item veniunt 20. §. idem rectè ait sup. de hered. petit. l. miles ita 6. §. 1. de re iudic.* sic & venditor cogitur rem venditam tradere si possit, nisi scilicet malit præstare id quod interest *l. 1. & l. si quis alienam 46. inf. de act. empt. l. si traditio 4. C. eod.*

b *Et de dolo malo.* Ratio dubitandi. Qui noxali iudicio conuentus, & condemnatus est, nihil aliud præstare cogitur, nisi vt toto suo iure cedat *l. Prætor 15. supr. hoc tit.*

Dec. Potest fieri vt ante traditionem hunc eundem seruum, vel pignorauerit, vel manumiserit, quòd si factum esset, valeret oppigneratio, & manumissio tanquam à domino facta *l. si post acceptum 18. sup. & seq. de rei vend.* Cautio igitur de dolo necessaria est, vt actoris indemnitati possit esse consultum: Cautio inquam cum satisdatione: Omnes enim Prætoriæ stipulationes generaliter exigunt satisdationem *l. 3. inf. de stipul. Præt.*

33. POMPONIVS libro 14. ad Sabinum.

NOxali iudicio inuitus nemo cogitur alium defendere: sed carere [a] debet eo, quem non defendit, si seruus est. quòd si liber est [b], qui in potestate sit: indistinctè ipsi sui defensio danda est.

Ad l. Noxali 33.

Ratio dubitandi. Naturalis ratio facit vt innocentiam serui defendere dominus debeat, quàm seruus ipse defendere non potest.

Dec.

Dec. Ob eam nimirum causam æquum est dominum carere eo seruo quem noluerit defendere, vt in quo peccauit, si peccatum hoc est, in eo ipso puniatur, vt in *l. ex facto 43. §. vlt. inf. de vulg. & pupill. substit. l. Prescriptum 6. de his qua vt indign. l. in lege 24. ad leg. Falcid.* Cæterùm sicut agere, vel accusare nemo inuitus cogitur, vt est in iii. C, ita neque alium inuitus defendere, vt neque aliam rem quamlibet *l. inuitus 156. de reg. iur.* Denique plus præstat qui rem, quam defendere potuit, & debuit, & derelinquit *l. is cum quo 7. in fin. sup. de aqua & aqua pluu. arcend.*

a *Sed carere.* Ratio dubitandi. Non est in potestate domini, vt amittat dominium rei suæ, nec si velit, quia nuda voluntas non est modos amittendi, aut transferendi dominij *l. si quis vi 17. inf. de acq. possess.*

Dec. Seruus, qui quoniam à domino defensus non est, ductus fuit ab actore iussu Prætoris, fit in bonis eius, qui duxit *l. si noxale 27. in fin. sup.* idq; non tam ex voluntate domini, quàm facto, & authoritate Prætoris, qui dominium hoc bonitarium dare potuit, & cum hoc dominio omnes dominij vtilitates relicto nudo nomine domini penes eum, qui remanet quiritiarius *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* Quoties enim concurrit dominus bonitarius cum Quiritiario præfertur semper bonitarius, vt docet Vlp. *dict. tit. 19. de acquis. rer. l. doce 9. C. de rei vind. iunct. l. quamuis 73. de iur. dot.*

b *Quòd si liber est.* Ratio dubitandi. Impius est pater, qui filium innocentem non vult defendere, ideoque dignus qui ob eam causam amittat ius patriæ potestatis, cogique debeat filium emancipare, vt in *l. vlt. inf. si à parent. quis manum. sit.*

Dec. Filiusfamilias ex omnibus causis & agere & conueniri potest, cùm sit liber *l. filiusfamilias 39. de obligat. & action.* Potest ergo seipsum indistinctè defendere, id est, siue pater velit, siue nolit. Quod in seruo diuersum est, qui in iudicio stare numquam potest *l. cum seruo 107. de regulis iuris.* In iure autem & coràm Prætore, vix nisi ex certis causis *l. vix certis ex causis 53. supra de iudic. l. mulier 22. §. non dubitatum ad S.C. Trebellian.* Iunge *§. vlt. Instit. hoc tit.*

34. IVLIANVS libro 4. ad Vrseium Ferocem.

QVotiens enim nemo filiumfamilias ex causa delicti defendit, in eum iudicium datur.

Ad l. Quoties 34.

Ratio dubitandi. Inanis est actio, quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. sup. de dolo.* Et consequenter inane est iudicium dictatum in inopem, qui etiamsi condemnabitur, non sit tamen habiturus vnde soluat. Nam qui nihil habet quod perdat, eius periculo nihil est *l. itaque 12. in princip. de furt.* Filius autem familias nihil proprium habere potest, cùm omnia acquirat patri *l. placet 79. de acquir. hered. l. si à parent. quis manum. sit.*

Dec. Potuit etiam iure vetere filiusfamilias aliquid habere proprium viuo quoque patre. Id nimirum quod pater sibi per filium acquiri noluisset, vt constat ex *l. cogi 16. §. si pater filio l. Imperator 50. ad S.C. Trebell. l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poss. l. 4. §. sed & filiusfamilias. sup. de edend.* Sed neque inutilis est condemnatio quæ contra filiumfamilias redditur, cùm futurum sit, vt ex ea conueniri filiusfamilias possit quandocunque factus erit sui iuris *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias. inf. de fideiuss. & l. prox. inf.*

35. VLPIANVS libro 41. ad Sabinum.

ET, si condemnatus fuerit filius, iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio: quinimmò [a] etiam illud dicendum est, patrem quoque post condemnationem filij duntaxat de peculio posse conueniri.

Ad l. Et si condemnatus 35.

Ratio dubitandi. Executio iudicati ex omnibus actionibus ciuilibus & prætoriis tam rei persecutoriis quàm pœnalibus & mixtis non potest fieri, nisi in pecunia *l. 4. §. ait Prætor. de re iudic. l. à Diuo Pio 15. eod.* Pecuniam autem nullam habere potest filius familias qui omnia patri acquirit.

Dec. Eadē quæ ad *leg. praeced.* Deinde aliud est differri condemnationem, aliud executionem iudicati. Non potest fieri executio iudicati si nihil sit quod pignori aut pignoris loco capi possit: sed non eo minus tenet condemnatio, quæ interim facta est, nec minus iudicatum facere debet filiusfamilias, quàm paterfamilias si habeat vnde faciat, puta ex peculio castrensi, vel quasi castrensi, adeoque ex aduentitio, si modò pater consentiat, cùm hoc fiat ex necessitate, vt notat hîc Accursius. Cæterùm vt teneat condemnatio, sufficit quod aliquando possit filiusfamilias conueniri cum effectu ex iudicato, puta post mortem patris *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias. inf. de fideiussor.* Item quod & pater potest interim de peculio conueniri, vt sequitur in textu.

a *Quinimmò.* Ratio dubitandi. Ex iudicato non nisi personalis actio nasci potest quæ in factum appellatur *l. actori 8. C. de reb. cred.* Condemnato autem filiofamilias, non ideò verum est dicere condemnatum videri patrem, quia quod dici solet eandē censeri personam patris & filij ad fictionem & subtilitatem iuris pertinet *l. in suis 11. de lib. & posth. l. ne cum filiofamilias 16. de furt. l. vlt. C. de impub. & aliis substitut.* non ad facti veritatem. In iudiciis autem factū non ius versatur, vt & in pactis *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret sup. de pact. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.*

Dec. Tenetur pater non noxali actione, sed de peculio, nec tanquam condemnatus condemnato filio, sed tanquam ex quasi contractu filij obligatus actione de peculio, cùm in iudicio quasi contrahatur *l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. l. tam ex contractibus 57. sup. de iudic. l. delegare 11. §. 1. de nouat.* Intellige tamen vt non teneatur pater de peculio, nisi in quantum locupletius peculium factum est *d. l. 3. §. si ex furtiua 12. de pecul.*

36. VLPIANVS libro 37. ad Edictum.

SI quis seruum pigneratum, deinde à debitore subreptum, emerit à debitore: nomine eius furti tenebitur, domino serui adquisito. nec oberit, quod Seruiana potest ei

homo auocari. Idémque a, & si à minore quis viginti quinque annis emerit, vel in fraudem creditorum sciens. hi enim, quamuis auferri eis dominium possit, interim tamen conueniendi sunt.

Ad l. Si quis seruum.

Ratio dubitandi. Quod euincitur in bonis non est l. quod euincitur 190. de reg. iur. Nec videtur quisquam id habere quod necesse est alteri restituere l. non videtur 51. inf. eod.

Dec. Non ideò minùs rectè quid nostrum dicere possumus, & vindicare, quod abire dominium à nobis aliquo casu possit l. non ideo 66. sup. de rei vind. l. plerunque 205. de reg. iur. Cùm igitur is, qui seruum pignoratum, & à debitore subtractum emit ab eodem debitore, factus sit dominus per traditionem à domino factam, negari non potest quin noxali actione teneatur tanquam bonus dominus, quia noxa caput sequitur l. pen. §. vlt. inf. licèt possit ab eo seruus per quasi Seruianam auocari.

a *Idemq.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad initium legis. Nam siue seruus venditus sit à minore, siue ab eo qui alienauerit in fraudé creditorum, Non tamen participante fraudem emptore, vel alio quolibet habente causam onerosam, non lucratiuam, iuxta distinctionem l. quod autem 6. §. hoc edictum & §. similis modo inf. que in fraud. credit. l. si filium 17. inf. de contr. empt. transfertur dominium in emptorem, licèt possit minor seruum euincere per restitutionem in integrum, aut creditor fraudatus, per Paulianam. Iure tamen hanc legem quod ad minorem pertinet secundum iuris veteris rationem, quo non erat interdicta minoribus alienatio nisi rerum immobilium. Hodie namque aliud est, cùm nec seruũ, nec aliam rem quamlibet mobilem possit minor alienare sine decreto l. lex qua tutores 22. C de adminis. tutor. facit enim ea iuris noui prohibitio ne dominium in emptorem transire possit l. 1. & pass. de reb. cor. l. non solùm 4. l. prædia 8. l. siquidem 11. C. de præd. minor. l. si ab eo 12. inf de vsucap. Ideóque cessat hodie in emptore serui ratio huius legis, Nisi ponas venditum fuisse seruum cum decreto. Iunge l. si curatorem habens 3. C. de in integr. rest. minor.

37. TRYPHONINVS libro 15. Disputationum.

SI alienus seruus furtum mihi fecerit, qui postea in meum dominium peruenerit: extinguitur furti actio, quæ mihi competierat, nondum in iudicium deducta. nec, si posteà a alienauero eum, quem ante litem contestatam emeram, furti actio restaurabitur. quòd si post litem b contestatam eum redemero, condemnandus erit venditor.

Ad l Si alienus 37.

Ratio dubitandi. Acquisitio serui dominij, non facit quo minùs verum sit damnum datum esse, & actio semel nata non nisi certis & legitimis modis amittitur Instit. quib. mod. toll. oblig. Inter quos non est acquisitio dominij: Cùm acquirere & amittere sint contradictoria, nec soleat quisquam acquirendo facere conditionem suam deteriorem.

Dec. In eum casum deducta est noxalis actio in quo consistere, & à quo incipere non potuit l. qua in eum casum 16 sup. ad leg. Aquil. quia inter dominum & eum qui in eius potestate est nulla obligatio, nulláq; actio nasci potest l. ne cum filiofamilias 16. de furt. §. si seruus Instit. hoc tit. vbi pro interdicitur legendum est interciditur. Necesse igitur est acquisitione dominij, maximè verò quiritarij extingui noxalem actionem l. si noxale 17. § vlt. sup.

a *Nec si posteà.* Ratio dubitandi. Cùm is qui damnũ passus est, acquisito posteà dominio desinit esse dominus, redit res ad eum casum à quo incipere potuit, vt modò diximus. Ergo dicendum est quasi cessante causa restaurari ipso iure actionem, quæ dominij acquisitione intercideràt.

Dec. Actio semel extincta ipso iure, nunquã potest reuiuiscere l. qui res 98. §. aream de solut. Et speciale est in hypothecaria vt amisso dominio reddatur creditori, quia per acquisitionem dominij, non tam extinguitur, quàm cessat l. pen. ad fin. de except. rei iudic. propterea quòd habeat suas conditiones hypothecaria l. grege 13. §. etiam de pignor. l. si rem 9. §. omnis de pignor. act. & §. si seruus. versic. Idcóque instit. hoc tit. l. quod dicitur 18. inf. de furt. Alia ratio est eius qui ob rem amittit actionem noxalem in specie l. 2. in fin supra si ex noxal. caus. agat. Illi enim succurrendum est per in integrum restitutionem, non ipso iure, sed ex æquitate l. electio 26. § si absente supra. quia nihil ei potest imputari.

b *Quòd si post litem.* Ratio dubitandi. Non eo minùs actor dominus fit serui noxij, quòd eum post litem contestatam emerit. Et semper verum est dicere, Peruenisse rem ad eum casum, à quo incipere non potuit, cùm inter dominum & seruum non possit iudicium consistere d. § si seruum Instit. hoc tit.

Dec. Per litis contestationem quasi contrahitur l. 3. §. idem scribit de pecul. l. delegare 11. §. 1. de nouat. Ideóque ferè in omnibus spectari solet tempus litis contestatæ l. 2. de vsur. l. vinum 22. de reb. cred. l. vlt. de condic. tritic. Nec quicquam refert an venditor serui noxij iam conuentus noxali actione, & post litem contestatam hunc seruum vendiderit aduersario, an alij, vt in l. seq. quia nemo alienando post litem contestatam potest facere conditionem suam meliorem, sibíque liberationem acquirere l. 4. §. 1. de aqua & aquæ pluu. arcend.

38. VLPIANVS libro 37. ad Edictum.

QVemadmodum, si alij vendidisset. parui enim refert, cui vendiderit: aduersario, an alij: suáque culpa litis æstimationem sublaturum, qui, vendendo, noxæ deditionem sibi ademit.

Ad l. Quemadmodum 38.

Ratio dubitandi. Multum interest an dominus conuentus noxali actione seruum post litem contestatam vendiderit actori ipsi an alteri. Nam prio-

re

te casu actor factus dominus nullam actionem habere videtur quasi extincta actione per acquisitionem dominij, vt diximus ad *leg. praeced.* quod posteriore casu diuersum est.

Dec. Multum quidem interest litis contestationem ubi rationem quam attulit ad *l. praeced.* Sed post litem contestatam, nihil. Cùm litem contestando se obstrinxerit, vt vel seruum noxae dedere, vel litis aestimationem suidam praestare cogatur. Superueniens enim alienatio nihil mutat, nisi quod auffert domino facultatem deditionis, Ob idque tantò magis obligat dominum, vt litis aestimationem praestare omnimodo debeat, quando noxae dedendae potestatem suo facto sibi ipse praeripuerit. Denique semper culpa eius est, qui rem controuersam vendit post litem contestatam *l. si postea quàm 43. inf. de pecul. l. si heres 16. supra. l. si plurium 39. §. vlt. inf. hoc tit.*

1 ¶ Iulianus autem libro vicensimosecundo Digestorum scribit, si seruum pro derelicto habeam, qui tibi furtum fecerat, liberari me: quia statim meus esse desinit, nec eius nomine, qui sine domino sit, furti sit actio.

Ad §. 1. Iulianus.

Ratio dubitandi. Nemo nuda voluntate dominus esse desinit *l. si quis vi 17. §. 1. de acq. possess.*

Dec. Aliud est nolle quem esse dominum, Aliud verò habere rem pro derelicto. Nam pro derelicto titulus est amittendi & acquirendi dominij *§. pen. Instit. de rer. diuis.* Nec nuda voluntate dominium huc casu amittitur, sed abiectione possessionis quae pro traditione est, collata velut in personam primi occupantis *d. §. pen. l. 5. & tot. tit. inf. Pro derelict.* Cõsequens igitur est, vt qui seruum noxium pro derelicto haber, noxali actione liberetur, cùm non detur noxalis, nisi contra dominum, nec eius nomine, qui sine domino sit, furti actio esse potest, quandoquidem cum seruo ipso nulla actio est, vulg. *l. cum seruo 107. de reg. iur. l. quod seruum 36. inf. de stip. seruor.*

2 ¶ Si seruus meus rem tuam subtraxerit, & vendiderit, tuque nummos, quos ex precio habebat ei excusseris: locus erit furti actioni vltro citroque: nam & tu aduersus me furti agês noxali serui nomine, & ego aduersus te [a] nummorum nomine.

Ad §. 2. Si seruus.

Ratio dubitandi. Absurdum videtur, vt eiusdem serui nomine vltro, citroque furti actio inter eosdem detur, ob eamque nimirum causam constitutum est vt fur agere furti non possit, quia nemo ex improbitate sua consequi actionem debet *l. itaque 12. §. 1. de furt.*

Dec. Id obtinet cùm furti quis tenetur proprio nomine, & ex suo delicto: Hic autem conuenitur dominus actione noxali ex furto serui qui tibi rem tuam subtraxit.

a *Et ego aduersus te.* Ratio dubitandi. Non videtur furtum facere is qui seruo tuo nummos de manu excutit, quos ille consecutus fuerat ex precio rei subtractae, vt saltem precium rei suae pro re sua habeat is cui seruus tuus furtum fecit. Nam nec nummum est vt precium succedat loco rei, & contrà *l. si & rem 22. & seq. sup. de hered petit.*

Dec. Cùm res aliqua venditur precium non tam ex re quàm ex negotiatione percipi intelligitur. *l. venditor 22. de hered. vel act. vend.* Ideòque non eius est precium ex venditione redactum, cuius res fuit, sed cui traditur ab emptore *l. ex empto 11. §. 1. de act. empt.* Nec precium ex re furtiua redactum furtiuum est *l. qui vas 48. §. vlt. l. si qui vxori 52. §. si quis de manu. inf. De furt.* Furtum ergo tibi facit qui de manu serui tui nummos excutit etiam ex rei furtiuae precio redactos dummodò excusserit animo lucri non damnum duntaxat dandi, vt in *l. si seruus seruum 27. §. si quis de manu. supra ad legem Aquiliam. l. qui seruandarum 14. §. sed & si caluem. infra de praescriptis verbis.*

3 ¶ Sed & si seruo [a] creditoris mei soluerim nummos, vt is eos domino suo det: [a] què locus erit furti actioni, si is nummos acceptos intercéperit.

Ad §. 3. Sed & si.

a *Sed & si seruo.* Ratio dubitandi. Nummi dati seruo alieno vt eos det domino, statim fiunt domini, si ea mente dati sint *l absenti 10. in fin. inf. de donat.* Ergo non potest is qui dedit agere furti ex delicto serui contra creditorem.

Dec. Ponit lex non ea mente datos fuisse, sed vt ad creditorem perferrentur: Quo casu non prius fiunt creditoris, quàm eos ipse acceperit *d. l. absenti* & consequenter datur actio furti debitori tanquam domino pecuniae contra creditorem tanquam dominum serui, vt in *l. si is cui 7. C. de furt.* Diuersum esset si debitor esset liberatus, quia tunc nihil eius interesset *l. legis Aquiliae 54. & seq. sup. ad leg. Aquil.* Fit enim locupletior debitor qui liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* Quid? Nónne is qui furatur nummos amittit ius omne quod habebat, & consequenter actionem furti? ex edicto Diui Marci, de quo in *l. extat 13. sup. de eo quod met. caus.* Minimè. Nec enim nummi isti fuerunt excussoris, nec ipsi obligati, vt benè respondet Accursius ex *d. l. qui vas 48. §. vlt. inf. de furt.* Et ex qua causa competit liberatio, neque condictio, neque alia vlla actio competit *l. creditoris 7. C. de condict. indeb. l. si non sortem 26. §. si centum. l. Neratius 63. inf. eod. tit. l. cùm quis 38. §. 1. & §. qui hominem inf. De solut.*

39. IVLIANVS lib. 9. Digestorum.

SI plurium serui furtum fecerit, & omnes dolo fecerint quò minus eum in potestate haberent: subsequi debet Praetor iuris ciuilis actione, & iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eũ dare, quem actor elegerit: neq; enim am-

plius præstare actori debet, quàm vt detracta noxæ deditione agere possit cum eo, cum noxali a iudicio experiri potuisset, si seruus exhiberetur.

Ad l. Si plurium 39.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l.3.& l. electio 26.§.1.sup.eod.* Idem enim casus est, nisi quòd illis locis tractatur de pluribus dominis, qui seruũ suum in potestate sua habeant, quo casu competit aduersus eos singulos ex furto serui noxalis actio ciuilis: Hîc verò de pluribus dominis, qui dolo malo seruum communem in sua potestate habere desierint, ne ciuili actione noxali tenerentur: Quo casu danda est aduersus eos noxalis actio vtilis, & prætoria in subsidium directæ *d.l.electio 26. in princ. & §.si is quem sup.* Subsequi autem debet Prætor iuris ciuilis actionẽ, & iudicium honorarium, quod pollicetur in eum dare, quem actor elegerit *d.l.electio 26.in princ.* Sic aliàs dicimus Prætorem subsequi debere non minus patris quàm legis voluntatem in specie *l.pater 10.§.1.inf.de capt.& postlim.*

a *Cum noxali*, legendum est *cum quo noxali.* Vna enim periodus & vna ratio est, nihil amplius præstare actori Prætorem debere, quàm vt detracta noxæ deditione agere possit cum eo cum quo noxali iudicio directo experiri potuisset, si seruus exhibitus fuisset. Iunge *l.si seruus non sit.inf.de interrog. in iure faciend.*

1 ¶Qui alienum seruum, suum esse fatetur: quamuis noxali actione obligetur: nihilominus, causa cognita, satisdare debet a. qui autem pro seruo b conuenitur, satisdatione onerandus non est: non enim offert se defensione alieni serui.

Ad §.1.Qui alienum.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l.si noxale 27.§.1.sup.*

a *Satisdare debet.* Ratio dubitandi. Tenetur hîc qui seruum suum esse falsò respondit ex proprio mendacio, ac si dominus verè esset: Ergo non debet satisdare. quod onus tantum iis imponitur, qui alienam rem aut alterius personam defendunt *l.minor 51.§.vlt. & leg.seq. sup.de procur.*

Dec. Qui alienum seruum fatetur in iure suum esse, non ideò fit dominus: Non enim mendacium legitimus modus est acquirendi dominij, & consequenter negari non potest, quin alienum seruum defendat, qui pro hoc seruo iudicium noxale accipit. Ergo causa cognita, id est, si ex causæ cognitione appareat seruum hunc alienum esse, Oportet enim satisdare, tanquam alieni serui defensorem.

b *Qui autem pro seruo*, legendum est *pro suo*, & supplendum *seruo*, aut in vulgata editione *pro seruo suo*, Alioqui nulla erit antithesis, cùm & in præcedente sententia tractetur De seruo.

Ratio dubitandi. Etiam is qui serui sui nomine conuenitur noxali actione, alieno nomine conuenitur, & alium defendit, seruum scil. qui deliquit, non seipsum *d.l.minor 51. §.vlt.& leg. seqq supra de procurat.* Ergo debet satisdare ex regula *l.qui proprio 46. §.qui alium. eod.l.in eo 110. §.1. l.qui rem alienam 166.de regul.iur.*

Dec. Qui seruum suum defendit, non se offert defensioni alienæ, quomodo hîc puto legendum, non vt vulgò, mutata verborum desinentia *defensione alieni*, quo errore supposito, addendum fuit *serui* omnino ineptè. Quid enim stultius quàm dicere eum qui suum seruum defendit non offerre se defensioni alieni serui? Ergo non debet satisdare. Nec enim satisdabat etiam iure vetere qui personali actione conueniebatur suo nomine, vt Iustin. refert in *Instit.de satisd.*

2 ¶Si quis dicet dominum dolo fecisse, quò minus in potestate eius seruus esset: ille autem contendat, eum seruum ab alio defendi cum satisdatione: doli mali a exceptione locus erit.

Ad §.2.Si quis dicet.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l.de illo 24.supr.* Nam dominus qui dolo malo fecit ne haberet seruum in potestate, vt noxali actione directa conueniri non posset, tenetur quidem vtili aut potiùs directa prætoria in vicem directæ ciuilis: sed si contentus dominus contendat seruum hunc ab alio defendi idoneè, id est, cũ satisdatione, æquum est repelli eum exceptione doli mali. Nunc enim facit dolo qui perseuerat agere noxali actione, cũ nihil amplius eius intersit *l.2.§.circa.de dol. mal. except. l.si quis dolo 51.in fin.de re iudic.* Nec enim Prætor aliam ob causam introduxit hãc actionem vtilem, nisi ne actor eluderetur, non etiam vt lucrum faceret *l. electio 26. in pr.sup.* Non autem eluditur, qui habet alieni serui defensorem cum satisdatione, licèt dominus nõ eò magis careat dolo. Extra hunc casum tenetur in solidum is, qui dolo desiit possidere, & detracta noxæ deditione, idque statim si nulla sit spes recuperãdi hominis *l.sibi heres 16. & d.l. de illo 24. sup.l.arbitrio 18.in princ sup.de dol.* Nam si non manumissus, sed alienatus sit, potest adhuc eum noxæ dedere, dummodò ita dedat, vt faciat pleno iure accipientis, vt nostri concludunt ex *d.l.de illo. d.l.electio.l.si alienus 37.& l.quemadmodum 38.sup l.si quando 109. § heres de leg.1.* Sufficit enim eandem fieri causam actionis quæ fuisset si dominus seruum suum non dolo desiisset possidere *dict. §.heres.* Iunge *l.5.inf.depos.*

a *Doli mali.* Ratio dubitandi. Nunquam dolus impunitus esse debet *l.procurator 11.in fin.de dol. mal. except.* Et absurdum videtur doli mali exceptionem ei dari, qui prior fuerit in dolo. Vnde est quod dicimus exceptionem doli nullam pati vnquam replicationem. Dec. Vis exceptionis doli quamuis à reo opponatur, ex persona tamen petentis æstimatur, vt non tam sit inspiciendum, an reus sit in dolo, quàm vtrum actor ipse dolo malo agat; sic in *l.milites 36. §. penultim. in fin. de testament. milit.*

3 ¶Sed & si, post iudicium acceptum cum domino, seruus apparuerit: &, quia non defendebatur, ductus sit: exceptione doli mali posita, dominus absoluetur.

Ad §.3. Sed etsi.

Ratio dubitandi. Cùm dominus dolo malo desiit habere seruum in sua potestate, nec seruus ab vllo defenditur, non potest eius nomine noxalis actio directa & ciuilis competere. Est igitur necessaria vtilis, & prætoria, nec dolo videtur facere actor qui petit dari sibi honorariam. Dec. Etiamsi non defendatur seruus, si tamen se exhibeat in iure, perinde indemnis seruari actor potest, ac si defenderetur. Quoniam is qui non defenditur, cùm sit præsens, ducitur iussu Prætoris ab actore, & fit in eius bonis *l. electio 26. §. vltim. supr. l. 2. §. vltim. si ex noxal. caus. agat.* Quæ ductio vim quandam habet deditionis in effectu, nisi quòd deditio à vero domino facta transfert dominium quiritarium: Ductio autem solum bonitarium, vt *ibid.* diximus. Est igitur hoc casu vtilis exceptio doli domino contra actorem, cùm nihil intersit actoris, neque cogatur dominus seruum suum defendere *l. is qui in aliena 33. & seq. su.*

4 ¶ Sed & mortuo seruo, antequam iudicium accipiatur, omnino hac actione non tenebitur dominus.

Ad §. vlt. Sed & mortuo.

Ratio dubitandi. Dolus pro possessione est *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Dec. Ita est quandiu extat res, de cuius possessione agitur, ne plus possit fictio in casu ficto, quã veritas in casu vero. Mortuus autem homo, neq; possideri, neq; quasi possideri potest, nec rursus dedi, aut defendi: Ergo morte serui noxalem actionem omnino tolli necesse est, nisi cùm moritur post litem contestatam *l. si heres 16. l. electio 26. §. si is qui in. sup. l. si à te 15. §. 1. infr. de interrog. in iur. facien.* Quanquam Accurs. hoc etiam casu distinguit an post litem contestatam durauerit dominus in bona fide, ita vt nec per contestationem moram contraxisse videatur, vt in *l. 3. l. sciendum 21. infr. de vsur.* Habet autem vulgata editio, *Et mortuo seruo susceptum sustinere debet iudiciũ, ante autẽ quàm accipiatur,* non sequimur Florentinam tanquam clariorẽ, sed vulgata plenior est, habetq; eundẽ sensum, & morte serui, quæ dolo contingens ante litem cõtestatam, liberet promissorem, non etiamsi si post iudicium acceptum. Aliud sanè est sustinere susceptum iudicium, vt hîc: aliud sustineri, quod nihil aliud est, quàm suspendi *l. pen. in princ. infr.*

40. IVLIANVS libro 22. Digestorum.

SI seruus legatus, ante aditam hereditatem, rem heredis futuri subtraxerit: poterit is cum legatario, qui legatum agnouerit, furti agere. sed, si idem [a] seruus hereditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit: quia huiusmodi rerum furtum non fit: ad exhibendum [b] autem actio competit.

Ad l. Si seruus 40.

Ratio dubitandi. Seruus legatus, quandiu legatũ non est agnitũ, repudiari potest, ita vt nũquam legatarij fuisse eo casu intelligatur *l. seruum filij 44. §. 1. l. si tibi homo 86. §. cùm seruum de leg. 1.* Nec potest legatum videri acquisitum legatario ante aditã hereditatẽ, cùm nec hereditas prius sit heredis, quàm adierit *l. ei qui 13. de cond. Inst.* iunct. *l. legatũ 80. de leg. 2.* Dec. Hereditas quandocũq; adita, iam ex instanti mortis adita retrofingitur *l. heres quandocunque 54. de acq. hered. l. omnis hereditas 138. l. omnia ferè 139. de reg. iur.* Et consequenter legatum ex die mortis acquisitum intelligitur *l. quadam 15. de reb. dub.* Et transiisse rectè in legatariũ *l. à Titio 64. de furt.* quasi nunquam factũ heredis *d. l. legatum 80. de leg. 2.* Ergo heres cui furtum factum est à seruo legato ante aditã hereditatem, potest agere noxali actione furti contra legatarium, quandocunque is legatum agnouerit, ac si post agnitum legatum seruus furtum fecisset.

a *Sed si idem.* Ratio dubitãdi. Hereditas quandocũque adita iam ex die mortis adita esse retrofingitur, vt proximè diximus ex *d. l. heres 54. de acq. hered.* vt nũquam iacuisse videatur *d. l. omnis hereditas 138. de reg. iur.* Dec. Rei hereditariæ furtum fieri nõ potest ob rationẽ positã in *l. 1. §. Scæuola si is qui testam. lib. ess. iuss.* Extra casũ *l. hereditariæ 68. & seqq. inf. de furt.*

b *Ad exhibendum.* Ratio dubitandi. Hereditas non magis ad exhibendũ agere potest, quàm furti, cùm personã nullam habeat, nisi factum: Est ei in nomẽ iuris *l. hereditas 50. de petit. hered.* agere autẽ facti. Dec. Actio ad exhibẽdum latiùs patet, quàm furti: Acquiritur enim & datur omnibus quorũ interest *l. 3. §. sciendum. infr. ad exhibend.* Interest autẽ hereditatis quæ personam gerit defuncti *l. non minus 31. §. 1. de hered. insti.* vel ob hoc vt possit hereditas eã actionem transmittere in heredem *d. §. Scæuola.* Nam & heredis interesse incipit statim atq; adiit hereditatem *l. heres 22. de vsucap. l. cùm heredes 23. de acq. poss.*

41. IVLIANVS libro 2. ad Vrseium Ferocem.

CVm seruus communis alteri dominorum damnum iniuria dedit: idcirco legis Aquiliæ actio non est: quia si extraneo damnum dedisset, cum alieno insolidum lege Aquilia agi posset, sicuti cùm seruus [a] communis furtum fecerit, cum altero domino furti agi non potest, sed communi [b] diuidundo agi potest.

Ad l. Cùm seruus 41.

Ratio dubitandi. Potest vnus ex dominis si noxali actione conueniatur à socio, perinde indemnem eum præstare, noxæ dedendo partem illam, quam in seruo habet, aut soluendo litis æstimationem, ac si esset extraneus. Quidni ergo etiam noxali actione teneatur?

Dec. Si seruus cõmunis extraneo damnum dedisset, quilibet ex dominis insolidũ noxali actione teneretur, adeóque sine noxæ deditione si dolo ac voluntate vnius ex sociis damnum datum esset *l. si plurium 5. & l. si seruus 8. supr.* Non est igitur conueniens, vt pro vlla parte habeat contra socium noxalem actionem is, qui ipse in solidum alij teneretur. iunge *l. apud antiquos pen. C. de furt.*

a *Sicuti cùm seruus.* Intellige de seruo communi, qui furtum fecerit alteri dominorum, vt in principio legis. Vnus enim ex sociis, cui furtum à seruo

communi factum est, contra sociū agere furti non potest. Ratio dubitandi & decidendi eadem est quę ad sententiam prox. præced. Adde rationem positam in *l. si seruum 27. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* Ne sit in potestate serui qui vni ex dominis furtum faciat vt alteri soli seruiat. Iunge *l. & puto 16. §. vlt. in fin. & penult. supr. famil. ercisc. l. si seruus communis 61. in prin. inf. de furt. l. vt tantum 14. §. si seruus infr. de seru. corrupt.*

b *Sed communi.* Ratio dubitandi. Iudicium communi diuidundo non competit nisi ad rei communis diuisionem *l. 1. inf. comm. diuid.* Hic autem nō agitur de diuisione serui communis, qui nec diuisionem recipit, vt nec aliæ res mobiles *l. Pomponius 8. in fin. supr. de rei vind.* sed tantùm de indemnitate. Dec. In iudicio Communi diuidundo vltra rerum communium diuisionem venit etiam si quid in his damni datū factùmve est, siue quid eo nomine aut abest alteri sociorum, aut ad alterum peruenit *l. 3. infr. comm. diuid.* Datur autem hęc actio communi diuidundo ad simplum, vt Accurs. notat ex *d. l. & puto 16. § penultim. & vlt. infr. famil. ercisc.* & aliis supra citatis.

41. VLPIANVS libro 37. ad Edictum.

SI ad libertatem proclamauerit is, cuius nomine noxale iudicium susceptum est: sustineri debet id iudicium, quoad de statu eius iudicetur. & sic: si quidem seruus fuerit pronunciatus, noxale iudicium exercebatur, si liber [a], inutile videbitur.

Ad l. Si ad libertatem 41.

Ratio dubitandi. Is cuius nomine iudicium noxale acceptum est, fuit in possessione seruitutis tēpore accepti iudicij: Ergo quod postea proclamauerit in seruitutē facere nō potest, vt debeat iudiciū noxale differri ob quęstionem status. Dec. Ordinata liberali causa seruos qui in libertate proclamat habetur exinde pro libero quousq; sit pronunciatum *l. ordinata 24. de liber. caus. l. lite 14. C. e.d.* fauore sc. libertatis cùm possit pronunciari liber. Nec maioti causæ præiudicium fieri vnquam debet per minorem *l. fundum 20. & l. rei maioris 21. de excep.* Maior autem est causa status *l. non distinguemus 32. §. de liberali de recept. arbitr.* Iunge *l. si a cuius 14. inf. de interr. in iur. fac.*

a *Si liber.* Ratio dubitandi. Sufficit iudicium semel & ab initio vtiliter acceptum fuisse. Neque ex post facto irritum fieri debet quod ab initio constitit *l. verbis 5. in fin ad leg falcid.* Dec. Iudicium peruenit ad eum casum in quo consistere, & à quo incipere non potuit *l. quia 16. sup. ad leg. Aquil.* fieri enim nequit vt hominis liberi nomine iudicium noxale accipiatur *d. l. si is cuius 14. iunct. §. vlt. de interrog. in iur. fac.* quod non nisi ex delictis seruorum competit. Ergo interim quoad de statu pronunciatur, sustineri iudicium debet, id est suspendi, quia sunt istæ actiones præiudiciales *Instit. de actiou. & d. l. ordinata.*

1 ¶ Si quis pro seruo mortuo ignorans eum decessisse, noxale iudicium acceperit, absolui debet: quia desiit verum esse, propter eum dare oportere.

Ad §. 1. Si quis.

Ratio dubitandi. Imputari ei potest, qui pro seruo mortuo iudicium acceperit. Dec. Nihil imputari potest ignoranti, cùm ignorantia est facti alieni. Est enim illa semper tolerabilis *l. vlt. D. pro suo.* Debet igitur hoc casu à noxalis iudicij obseruatione absolui dominus, qui pro seruo iam mortuo noxale iudicium accepit, si eo tempore ignorauit mortuum: desiit enim verum esse, quod accepti iudicij tempore verum credebatur, Dominū propter hunc seruum dare aliquid oportere, quæ noxalis actionis formula est, vel ex hoc maximè loco colligenda. Et sanè si seruus qui deliquit liber fuisset, perinde ipsius morte crimen extinctum fuisset, quamuis in solidum viuus conueniri potuisset. Iunge *l si plurium 39. §. vlt. supr.*

2 ¶ Hæ actiones perpetuæ sunt [a], locúmque habebunt [b] tamdiu, quamdiu serui dedendi facultatem habemus. nec tantum nobis [c], verumetiam successoribus nostris competent. Item aduersus [d] successores: sed non quasi in successores, sed iure dominij. Proinde [e] & si seruus ad alium peruenisse proponatur: iure dominij, noxali iudicio, nouus dominus conuenietur.

Ad §. 2. Hæ actiones.

Intellige tam de actione ciuili, & directa noxali quæ competit contra dominum, qui habet seruum in sua potestate, Quàm de prætoria quæ datur contra eum qui dolo malo desiit habere in potestate: Item contra eum qui negauit se habere in potestate, neq; tamen iurare voluit, de quibus in *l. quoties 27. §. Prætor ait & sequ. & l. si plurium 39. supr.*

a *Perpetuæ sunt.* Ratio dubitandi. Actiones omnes noxales sunt pœnales ex parte domini, quippe qui licet sit ipse innocens nullámque pœnam' mereatur, pœnam tamen patitur ex delicto serui vt eo saltem carere cogatur si nolit eum defendere, aut solidam litis æstimationem pro eo sufferre *l. 1. l. noxalis 33. & pass. sup.* Dec. Actiones noxales originem ceperunt à ciuilibus introductis ex lege 12. tabul. & consequenter sunt perpetuæ, vt sunt omnes ciuiles actiones. Quæ autem sunt prætoriæ, sunt etiā perpetuę, quia rei persecutionem continent *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Dantur enim in vicem eius actionis, quæ daretur contra delinquentem ipsum, si liber fuisset, nec ad aliud, quàm ad damni æstimationem & persecutionem *l. electio 26. §. si is quem d. l. si plurium 39. in princ. sup.* si quādo tamen detur in locum actionis annalis, vt puta vi bonorum raptorum, erit quoque annalis, vt Accurs. notat ex *l. 1. §. in hac actione 13. l. 3. inf. vi bonor. rapt.* sic in *l. hæ actiones 10. inf. ad S. C. Vellelan. l. 2. § vlt. sup. de capit. minut.*

b *Locumq; habebunt.* Ratio dubitandi. Actio noxalis non datur præcisè ad noxæ deditionem, sed & ad litis æstimationem, Quæ præstari potest etiamsi seruus ipse dedi amplius non possit: Et in alternatiuis obligationibus, sublata parte vna superest altera, & quidem sola in obligatione *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut.*

Dec.

Decid. Iniquum eſt cogi præcisè dominum ad præſtaodam litis æſtimationem ex delicto alieno ne ſit in poteſtate ſerui deteriorem facere coditionem domini ſui, in plus quàm quanti ipſe eſt *l.t.* vbi dixi *ſupr.ex* §.1.*Inſtit.eodem.* Sublata ergo facultate dedendi noxæ, ipſam quoque actionem noxalem tolli oeceſſe eſt *l.noxalis* 7.*ſup.*

c *Nec tantùm nobis.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad initium §. Nam quæ actiones ſunt perpetuæ & poſt anoum dantur etiam heredi, dari ſolent & in heredem *d.l.in honorariis* 35. *de obligat. & action.*

d *Item aduerſus.* Ratio dubitandi. Actiones quę ſunt rei perſecutoriæ, quales eſſe noxales diximus, dantur aduerſus heredes quoslibet, & quidem taoquam heredes, licèt nihil ad eos peruenerit *d.l. in honorariis* 35.*de noxal.act.*

Dec. Per noxalem actionem iotendit actor dominum date oportere, non ſimpliciter, ſed propter ſeruom, vt §.*prox.præced.* Id eſt, ob delictum & noxam ſerui. Noxa autem ſequitur caput *l.*1. §.*vlt. de priuat.delict.* Nemo igitur propter ſeruum noxali actione teneri poteſt, niſi qui caput ipſius ſerui in ſua poteſtate habeat. Ne is qoidem qui delicti tempore domious fuit, ſi poſteà dominus eſſe deſierit *d.l.noxalis* 7.*ſup.* Ergo nec heres teoeri poteſt tanquam ſucceſſor, ſed tantùm qoaſi dominus ſi ſeruus noxius in hereditate manſerit & adhuc viuat *d.l.*7. Benè autem dixit *quaſi in ſucceſſores* oon *quaſi in heredes*, quia heredem qui dicit, dominum dicit §.*vlt.Inſtit.de hered.qual.& differ.* ſic in *l.*1.§.*vlt.ſi quadrup. paup.feciſſ.dicat.*

e *Proinde.* Ratio dubitandi. Obligationes & actiones perſonales non tranſeunt in ſingularem ſucceſſorem *l.vlt.*§.1.*de contrah.empt.* *l.*1. § *ſi heres ad S.C. Trebellian.*

Dec. Non datur hæc actio contra ſucceſſores ſingulares tanquam contra ſucceſſorem, ſed tanquam contra dominos & iure domioij, vt lex ait non ſucceſſionis, quia noxa caput ſequitur *d. l.*1. §.*vlt.de priuat.delict.l.quod dicitur* 18. *de furt.* §.*vlt. Inſtit. eod.l.prox.infr.*

43. POMPONIVS libro 8. Epiſtularum.

SErui, quorum noxa caput ſequitur, ibi defendendi ſunt, vbi delinquiſſe arguentur. itaque ſeruos [a] dominus eodem loco exhibere debet, vbi vim intuliſſe dicetur. & carere [b] omnium dominio poteſt, ſi eos non defendat.

Ad l.vlt. Serui

Ratio dubitandi. In omnibus actionibus & ciuilibus & actionibus actor ſequitur forum rei, *leg. vlt.C.vbi in rem act.l.*2.*l.in criminali* 15.*C.de Iuriſdict.l.*1. *&* 2.*C.vbi de crim. agi oport.* Ergo ibi conueniendus eſt dominus vbi domicilium habet, non vbi ſeruus deliquit.

Dec. Ibi defendendus eſt ſeruus vbi poſſet conueniri, ſi homo liber deliquiſſet. Conueoieodus autem eſſet in loco delicti *d.l.*1.*&* 2.*C.vbi de crim.agi oport.* & in *Auth. qua in prouincia eod.* Noxa enim caput ſequitur *l.quod dicitur* 18.*infr.de furt.* §.*vlt. Inſtit. hoc tit.*

a *Itaque ſeruos.* Ratio dubitandi. Satis eſſe debet actori, quod dominus ſeruum defendere paratus ſit quocumque loco, cùm ea ratione indemnitatem conſequi poſſit.

Dec. Ita eſt defendendus & exhibendus ſeruus, vt nulla ſit captio actoris: Poſſet autem eſſe captio, ſi alibi defenderetur, quàm vbi deliquit.

b *Et carere.* Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l.quod ait* 31.*& l.noxali* 33.*ſup.*

Finis libri noni.

ANTONII FABRI

I.C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN SVPREMO SABAVDIAE SENATV Præsidis Primarij

RATIONALIA

Ad libr. X. Pandectarum.

TITVLVS I.

Finium regundorum.

1. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

FINIVM regundorum actio in personam est, licèt pro vindicatione rei est.

Ad l. Finium 1.

Ratio dubitandi. Nulla actio mixta est, eo sensu, vt sit tam in rem quàm in personam, quia implicat contradictionem, vt scripsi *lib. 10. Coniect. ca. 10.* Excepta petitione hereditatis, quæ quoniam iudicium vniuersale est, habet mixtas plerasque præstationes personales, licèt sit in rem *l. sed etsi 25. §. antepen. supr. de petit. hered. l. pen. C. eod.* quamuis Accursius contra putet ex *§. quadam. Instit. de action.* qui locus vt corruptus est, ita Accursium & cæteros omnes interpretes proculdubio fefellit.

Dec. Actio finium regundorum dirigitur in personam, vt possit sequi condemnatio quæ plerunq; necessaria est *l. proxim. 3. & pass. infr.* maximè propter fructus *l. 4. §. post litem. inf.* & propter mercedem agrimensoris *§ post litem. ead. leg.* Et tamen pro rei vindicatione est, quoniam in ea quæritur de iure dominij, & proprietatis controuersiæ cohæret, vt loquitur *l. 3. C. hoc tit.* Est enim de latitudine fundi, vt loquitur *l. vlt. infr. de pignor. actio.* Et plerumque in ea adiudicatio fit *l. 3. infr.* quæ ipsa per se sola dominium transfert *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Est enim adiudicatio vnus ex modis sex acquirendi dominij iure Quiritium. Vlpianus in *fragm. tit. 19. de acquis. rer.* Cæterùm neque bonæ fidei actio est, neque stricta, vt putat Accursius. Sed & arbitraria, vt scripsi in *Error. 1. Decad. 4 de error. pragmat. §. actionum. & §. præterea. Instit. de action.* iunct. *l. 3. §. in his quoque. infr. de vsur.* Neque nascitur ex contractu, vel quasi nec ex maleficio, vel quasi, sed datur à lege si quis fines prædij rustici turbasse dicatur *l. proxim. & l. vltim. infr.* à quo demùm tempore incipit contra eam currere præscriptio 30. annor. *l. 1. §. 1. & vltim. C. de annal. excep.* iuncta *l. vltim. C. hoc tit.* Nam & in hereditatis petitione, quæ non modò in personam, sed etiam mixta est, idem contingit *l. hereditatis 7. C. de petit. hered.* Quamuis ad vsucapiendos ampliores fines qui demonstrati & possessi sunt, sufficiat legitimum tempus vsucapionis *l. 2. §. cùm Stichum. versic. sed si fundus.* iunct. *l. qui fundum 7. §. 1. infr. pro emptor.* Nec nouum est, vt etiam post completam vsucapionem duret adhuc hæc actio, dum ne sit præscripta spatio triginta annorum, quoniam etsi à principio tuum fuisset quod vsucepisti, aut longo tempore possedisti, non eò minus tamen supetesset mihi hæc actio, vt melius termini ponerentur, quemadmodum noster ratiocinatur Accursius. Quod ita intellige, vt tamen non quæratur amplius de domino partis, quam vsucepisti, sed de ponendis meliùs finibus, quamuis hoc ipsum controuersiæ proprietatis cohæreat *dict. l. 3. C. hoc tit.*

2. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

HÆc actio pertinet ad prædia rustica, quamuis ædificia interueniant. neque enim multùm interest, arbores quis in confinio, an ædificium ponat.

Ad l.

Ad l. Hac actio 2.

Ratio dubitandi. Hoc iudicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum, non etiam vrbanorum *l. 4. §. pen. infr.* vbi ratio diuersitatis ponitur *infr.* Ratio decidendi. Nihil interest an quis arbores in confinio ponat, aut ędificium, dummodò in confinio prædij rustici. Nam si in agris ædificia iuncta sint, locus huic actioni non erit *dict. §. penul. infr.* Differentia tantùm illa est inter arbores, & ædificia, quòd arbores in confinio positæ interdum succiduntur. Ædificia verò deponuntur, quoties ad commodiorem diuisionem, aut potiùs terminationem agrorum ita fieri expedit *l. 4. §. sed & si quis. infr.* Sed in verbis tantùm hæc differentia est, quia quod in arboribus est succidi, id in ædificiis est deponi.

1 ¶ Iudici finium regundorum permittitur, vt, vbi non possit dirimere fines, adiudicatione controuersiam dirimat: & si fortè [a], amouendæ veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigere iudex velit, potest hoc facere per iudicationem, & condemnationem.

Ad §. 1. Iudicij.

Ratio dubitandi. Ad Iudicem finium Regundorum maximè pertinet, vt fines regat & dirigat, quod nomen ipsum actionis demonstrat.

Dec. Non semper fines rusticorum prædiorum regi commodè, & dirigi possunt, quo casu necessariò per adiudicationem controuersia dirimēda est, quod fit officio iudicis, adeòque ex natura ipsa actionis, quoniam arbitraria est *d. §. vlt. de offic. iudic.* Itaque legendum est *dirigere fines*, non vt vulgò *dirimere.*

a *Et si fortè.* Ratio dubitandi. Non datur iudex finium regundorum, vt alios fines constituat, sed vt eos, qui sunt, regat & dirigat.

Dec. Ita quidem est, si fieri commodè possit. Et ita, vt omnis obscuritas amoueatur, nec in posterum supersit materia nouæ litis instituendæ, & vt tota ipsa quæstio de finibus dirimatur, vt in *l. si irruptione 8. §. 1. infr.* Hoc verò fieri non potest citra adiudicationem ex vna parte, & condemnationem ex altera, Adiudicationem quidem vt ex vnius prædio alij quid adiudicetur: Condemnationem verò vt quantum ex fundo alieno consequitur is, cui adiudicatio fit, tantundem ille in pecunia vicissim præstet *l. proxim. infr.* Iunge *§. vlt. Institut. hoc tit.*

3. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

QVo casu opus est, vt ex alterutrius prædio alij adiudicandum sit. quo nomine is, cui adiudicatur inuicem pro eo, quod ei adiudicatur, certa pecunia condemnandus est.

Ad l. Quo casu 3.

Ratio dubitandi. Nemo cogitur rem suam, siue inuito, siue iniusto pretio vendere *l. non enim 9. infr. l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. nec quasi 7 o. 5. de rei vindic.*

Dec Eam potestatem lex duodecim tabularum dedit Iudici finium regundorum, vt in iudiciis familiæ Erciscundæ, & Communi diuidundo *dict. §. vltim. de offic. iudic.* ad sedandas discordias, quas finium quæstio & materia communionis excitare solet *l. 3. & 4. eod. l. cùm pater 77. §. dulcissimus. de legat. 2.* Dubium autem non est, quin posset lex hoc facere, quæ scilicet & personarum & rerū omnium quę in Republica sunt, & domina & regina est *l. 2. supr. de legibus.*

4. PAVLVS lib. 23. ad Edictum.

SEd & loci vnius controuersia in partes scindi adiudicationibus potest, prout cuiusque dominium in eo loco iudex compererit.

Ad l. Sed & loci 4.

Ratio dubitandi. Difficile est & incommodum, vt locus vnus de quo controuersia sit in partes scindatur adiudicationibus: Cùm ei potiùs conseruari debeat, ad quem pertinet.

Dec. Pendet tota hæc finium quęstio ex æquitate, & ideò relinquenda est arbitrio iudicis prout cuiusque dominij ius competerit in colono de quo controuersia est. Sic enim hîc legendum arbitror *dominij ius.* non vt vulgò *dominium.* Iunge *l. si irruptione 8. §. 1. infr.* Opponitur autem in hac lege controuersia vnius loci quę sit in fundo, controuersiæ totius fundi. Est enim lo us propriè non fundus ipse, sed portio tantùm aliqua fundi *l. locus 60. infr. de verbor signif.*

1 ¶ In iudicio finium regundorum etiam ius ratio fit: quod interest, quid enim, si quis aliquam vtilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? iniquè damnatio eo nomine fiet. Sed & si [a] mensor ab altero solo conductus sit: condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.

Ad §. 1. In iudicio.

Ratio dubitādi. Ratio finium regundorum non numeratur inter actiones bonæ fidei, in *§. actionum Instit. de action.* quarum actionum proprium illud est, vt ex iis præstari possit & debeat id quod interest, quia in illis fit condemnatio ex bono & æquo *§. in bonæ fidei. eod. tit.* Non etiam in strictis, qualem nostri post Accursium dicunt hanc actionem esse finium regundorum ad *l. 1. supr.* In illis enim non habetur ratio accessionum nisi à die litis contestatæ *l. videamus 38. §. si actionem. infr. de vsur.*

Dec. Actio hæc sicuti non est bonæ fidei, ita neque stricti iuris, sed arbitraria, quomodo & vin-

dicatio in cuius locum hæc actio datur *dict.l.1.sup.* vt à nobis probatum est in *Error.1.Decad.94.de error. pragmat.* In arbitrariis autem licèt non fiat condemnatio ex bono & æquo, semper tamen præcedit arbitrium quod æquitatis potissimùm habet rationem, *§ præterea. Instit.de action.l.3.de eo quod certo loco.* Debet enim tale esse arbitrium Iudicis, quale viri boni. Ergo quoties æquũ est, vt actori id quod interest præstetur, toties aut in arbitrium, aut in condemnationem deduci id debet. In hac igitur actione etiam id quod interest veniet, quia veniunt omnia quæ alterum ex litigatoribus alteri ex æquitate præstare oportet. Æquum autem est, eum qui aliquam vtilitatem percepit ex illo loco, quem vicini esse apparet, condemnari eo nomine ad ipsius vt fructus restitutionem, quippe quã nullo iure, nulloque titulo præcedente perceperit. Noli tamen cum Accursio locum hunc intelligere de fructibus, de quibus postea tractatur in *§.seq.* Non autem hic de fructibus naturalibus, ibi de industrialibus, vt putat Accursius. Intellige igitur de qualibet alia vtilitate, extra fructus.

a *Sed & si.* Ratio dubitandi. Eius est præstare mercedem, qui operas alterius conduxit, non etiam eius qui non conduxit, vt suum cuique factum noceat non alteri *l.factum 155.de reg.iur.*

Dec. Ex conducto quidem solus ille tenetur qui conduxit, sed in hac actione, etiam qui non conduxit, condemnandus est in partem mercedis, quæ mensori promissa fuit, cùm is metuendo, commune vtriusque negotium gesserit, quod vnius tantùm impensa fieri iniquum esset. Nemo enim potest alteri imputare cur id fecerit, ex quo etiam ipse lucrum habeat *l.si extraneum 33.l.cùm in fundo 78. §.quòd si mulier.infr.de iur.dot.* Nec sanè actio hæc est ex conducto, licet nec propriè conductio est, cùm quis operam agrimensoris adhibet, promissa remuneratione *l.1.versic. ideò autem. & fr. si mensor falsi mod.dixer.* Quamuis hæc lex agrimensorem conductum ponat, quod & Accursius noster obseruat. Nam & quam hic Paulus mercedem appellat sine qua non potest esse conductio, potius honorarium dici debet *dict.l.1.*

2 ¶ Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam & culpa[a], & dolus exinde præstantur. sed ante[b] iudicium percepti non omni modo hoc in iudicium venient. aut enim bona fide percepit: & lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut mala fide: & condici oportet.

Ad §.2. Post litem.

Ratio dubitandi. Iniquum est aliquam vtilitatem manere penes aduersarium, ex eo loco quem vicini esse apparuerit, vt *proxim. § sup.* Ergo fructus omnes in hoc iudicio venire debent, etiam qui ante litem contestatam percepti sunt.

Ratio decidendi. Iudicium hoc Finium regundorum controuersiæ proprietatis cohæret *l 3.C. hoc tit.* In iudicio autem de proprietate non veniunt fructus, nisi post litem contestatam *leg.præterea 20. & pass.supr.de rei vindicat.l certum 22.C.eod.* Sicut nec in actionibus in personam *l.2.* vbi ratio ponitur *l. videamus 38.§.si actionem. de vsur.* nisi sint bonæ fidei. Nam in illis veniunt vsuræ & fructus ex die moræ *l.mora 32.§.in bonæ fidei.* iunct. *l.vsura 34.dict.l.videamus.§ penultim. eod. titul.* in quo numero non est actio hæc finium regundorum *§.actionum. Institut.de action.* sicuti neque vindicatio, cuius vicem hæc quodammodo gerit, licèt illa in rem sit, hæc in personam *l.1.supr.* Nec ideò tamen fructus ante litem contestatam percepti cedunt omnimodo lucro possessoris, sed eo tantùm casu, quo fructus perceptos consumpserit bona fide: Alioquin extantes restitui debent officio iudicis *§.1. Instit.de offic. iudic.* Qui verò mala fide consumpti sunt, condici, vt in vindicatione *dict.l. certum 22.C de rei vindicat.l si vrbana 55.infr.de condict. indebit.* In eòque differunt fructus ab eo, quod interest, quod cùm in pecunia numeranda consistat, consumi numquam potest, fructus verò consumi possunt, & quidem bona fide, quæ tantundem possidenti præstat quantum veritas *leg bona fides 136. de regul.iur.* Ita vt bonæ fidei possessor quod ad fructus percipiendos attinet, penè domini loco habeatur *l.bona fidei 48.de acquir.rer.domin.* Atq; ita secundum hanc distinctionem accipi debet quod scriptum est in *l.pen.inf.tit prox.* in actione finium regundorum, & Familiæ erciscundæ, præteriti quoque temporis fructus venire.

a *Nam & culpa.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor non est cogendus, vt metu huius periculi temerè ius suum indefensum relinquat *leg. illud 40.supr.de hered.petit.*

Dec. Litis contestatio inducit malam fidem & post litem contestatam omnes possessores sunt pares, id est, habendi pro prædonibus *l.sed etsi 25.§ si ante de petit. hered.* Et quale quid est cùm petitur tale dari debet, quæ Papiniani ratio est in *dict.leg.2.de vsur.* Ergo multò magis ab eo saltem tempore, culpæ dolique ratio præstet fatum si contigerit etiam post litem contestatam, præstat tamen si culpa dolóve eius res perierit post contestationem *l.vtique 16.* vbi dixi *supr. de rei vindicat. & ad dict. l. illud.*

b *Sed ante.* Ergo aliquando fructus ante litem contestatam percepti in hoc iudicium veniunt, scilicet extantes, idque officio iudicis *dict.l.certum 22.C.de rei vindic.§.1. Instit. de offic. iudic.dict.l penultim. infr.tit.proxim.*

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor quod ad fructus perceptos attinet, domini loco habetur *l. bona fides 48.de acquirend.rer.domin.* Ita vt statim atque à solo separati sunt fiant bonæ fidei possessoris *l.si fructuarius 13.supr.quibus mod.vsusfr amitt.* Ergo non est distinguendum, an sint consumpti, néene. Ratio decidendi. Acquiruntur quidem fructus omnes etiam naturales bonæ fidei possessori, & pleno iure statim atque à solo separati sunt, priùs etiam quàm eos perceperit *d l.si fructuarius 13. dict l.bona fidei 48 & l.in pecudum 28.de vsur.* Sed non cedunt eius lucro, nisi consumpti sint, quia tenetur extantes restituere officio iudicis *dict. l. certum 22.& dict.§.1. de officio iudic. l.4.§. lana. de vsucap.l.quæsitum 40.de acquirend.rer.domin.* Denique aliud est acquirere fructus, aliud lucrari. Acquirit bonæ fidei possessor etiam eos quos posteà officio iudi-

Iudicis teneatur restituere, lucratur verò eos solos quos nullo casu restituere tenetur, eiusmodi sunt consumpti tantùm & vsucapti *d. §.item.* Et *l.in bello 12. §.si quis seruus ad fin.de captiu. & postlim.reuers.* Nec sunt separandi hac parte fructus naturales ab industrialibus, vt scripsi pluribus *lib.3.Coniect.c.17.* & ad *d.l.fructus 33.supr.de rei vind.* contra Accursium aliósque ferè omnes interpretes. Idem Accurs. malè hic notat interdum dici quę lucrari fructus etiam quos sub condicione restituturus est. Id enim non ita certè est. Nec probatur benè ex *l.2.& l.item quod dictũ est 6.inf.de in diem addict.* Ibi enim de acquisitione nō de lucro fructuum agitur, sed bonus Accurs. ista nō distinguit quę distingui diligenter debent.

3 ¶ Sed & si quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine posito deponendo, partève eius: condemnabitur.

Ad §.3.Sed & si quis.

Ratio dubitandi. Non debet esse in potestate litigatoris vt non pareat Iudici, potiúsque manu militari debet fieri executio quàm vt illusoria sit iudicis sententia *l.qui restituere 68. de rei vind.l.seruo inuito 69.§.Cùm Prætor ad S.C.Trebell.* Cùm & iudicium & sententia reddatur in inuitum *l.inter stipulantem 83.§.1.de verb.oblig.*

Ratio decidendi. Ob eam nimiū causam nunquam fit condemnatio ad factum, sed semper ad pecuniam, quia ad factum præcisè nemo vnquam cogi potest *l.4.§ an Prætor l.si quis ab alio 13.in fin de re iudic.l. quoties 81.l. Cùm stipulatus 115.§.1.de verbor.oblig.* Itaque si quid faciendum est, solet & debet iudex in hoc iudicio arbitrari ante omnia, & iubere vt id fiat, quemadmodum in cęteris actionibus arbitrariis. Nam & in iudiciis familiæ Erciscūdæ & Communi diuidundo quę bonę fidei actiones sunt, nō etiam arbitrarię quisquis iudex est, arbitri primum officio fungitur, vndè & arbitri interdum appellātur, vt in *l.vlt.inf.tit.1.* & actiones istę arbitria quodammodo & arbitrium tutelæ solemus dicere: iubebit ergo iudex succidi arborem positam in confinio aut deponi ædificium in eo positū, quod factū est, & si iussus non pareat, condemnabitur in tantam quantitatem, quanta iudici videbitur, id est, non quanti actor in litem iurauerit, vt malè Accursius putat, sed quanti actoris interesse iudex compererit *§.1.supr.* Ea namq; natura est arbitrariarum omnium vt arbitrium in iis omnino præcedere debeat, cui si non pareatur, tū demū sequatur condemnatio *§ prætereà instit.de action.* sed non etiā vt in iis iurari in litem oporteat. In quibusdam enim iuratur, in aliis non iuratur. Quamuis possit tentari etiam in hac finium regundorum actione iurari in litem ex mera, vetáque ratione iuris, vt ex iis cōstat quæ scripsimus in *Error. 2. Decad. 94.de error.pragmat.* Sanè quod Bartolus hinc notat, vbicunque quis non paret iudici posse contra eum deferri iuramentum in litem, sicuti falsum est, ita non benè probatur ex hoc loco in quo cōdemnationis tantum mentio fit, non etiam iuramenti in litem. Neque verò contumacia qualibet facit locum iuramento in litem, sed illa tantùm per quam fit vt inuitus dominus re sua careat pro pecunia cogatur, atq; ita eam vendere *l. non enim 9.infr.rer.amot.l.si filiusfamilias 25.§.1.solut. matrim.l.1.& l.tutor 8.de in lit. iurand.*

4 ¶ Si dicantur termini deiecti, vel exarati, iudex, qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.

Ad §.4.Si dicantur.

Ratio dubitandi. Finium regundorum actio ciuilis est nō criminalis, nec suspendere aut longiorem facere debet criminalem, quæ semper maior est, Quod diuersum est, cùm criminalis actio incidit in Ciuilem.

Ratio decidendi. Qui datus est iudex in principali quæstione cognoscit etiam de qualibet incidenti *l.1.C.de ordin.iudic.* Et quęstio de termino moto, vel exarato, quę criminalis est *l.3.& tot.tit.de termin.mot.l.1.Cod.de accusat.* Habet implicitam finium quæstionem, nec vnquam criminalis impedit ciuilem, aut ciuilis criminalem *l.vnic.C.quand.ciuil.act. crimin.præiud.* sed ita tamen, vt instituta vna ex istis actionibus, cesset interim altera, possitque prima institui ciuilis, licèt per eam aliquod præiudicium fiat criminali: Nempe quoties ciuilis actio de re familiari est, vt hic finium regundorum *dict.leg. vnic.* Et *l.2. §.1. inf.vt bonor.rapt.l.4.infr. de public. iudic.*

5 ¶ Si alter fundus duorum, alter trium sit: potest iudex vni parti adiudicare locum, de quo quæritur, licet plures dominos habeat: quoniam magis fundo, quàm personis, adiudicari fines intelliguntur. hic autem, cùm sit adiudicatio pluribus, vnusquisque portionem habebit, quam in fundo habet: & pro indiuiso.

Ad §.5.Si alter.

Ratio dubitandi. Non videtur locus qui trium est dominorum, adiudicari posse parti, quæ duos tantùm habet dominos, ne tertiam partem vacare necesse sit, quæ tertium dominum non sit inuentura.

Dec. Nō personis, sed ipsis prædiis fines adindicari intelliguntur, quia finium quæstio & prædio & prædij domino cohæret *l.3.C.hoc tit.* Ergo nihil interest an plurium sit, an pauciorum fundus, qui adiudicatur: Et consequenter cùm sit adiudicatio pluribus, habet vnusquisque in eo quod adiudicatum est portionem tantam, quantam habuit in fundo, cuius facta fuit adiudicatio, & quidem pro indiuiso. Nec enim fines regūtur nisi inter eos qui habent fundos iam diuisos *§.prox.seq.* Licèt in vno ex fundis iam diuisis possint plures dominium habere pro indiuiso, vt in specie huius §.

6 ¶Qui communem fundum habent, inter se non condemnantur. neque enim inter ipsos accipi videtur iudicium.

Ad §. Qui communem.

Ratio dubitandi. Cùm iudicium Communi diuidundo accipitur inter plures, quorum quidam fundum inter se communem habeant, negari non potest quin accipiatur inter omnes, Alioqui neq; adiudicatio, neq; condemnatio mutua fieri posset, Ergo non est nouum vt qui fundum communem habent condemnentur inter se, quod tamen hic Paulus negat.

Decid. Non videtur accipi iudicium hoc finium regundorum, nisi inter eos, qui contendunt de finibus: Contendunt autem ij dumtaxat, qui certant pro fundis diuisis, non etiam illi qui fundum habent inter se indiuisum, Nam vnius fundi licèt sit plurium, vni tantum sunt fines, Et quemadmodum non nisi per diuisionem fit, vt ex vno fundo plures fundi constituantur, ita nec possunt fines multiplicari nisi facta demùm diuisione. Alia ratio est iudicij Communi diuidundo in quo non de finibus agitur, sed de vniuerso eo quod inter omnes commune est diuidendo.

7 ¶Si communem fundum ego, & tu habemus: & vicinum fundum ego solus: an finium regundorum iudicium accipere possumus? & scribit Pomponius, non posse nos accipere: quia ego, & socius meus in hac actione aduersarij esse non possumus, sed vnius loco habemur. idem Pomponius[a], ne vtile quidem iudicium dandum, dicit: cum possit [b], cui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, & sic experiri.

Ad §. 7. Si communem.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt vna eadémque persona, diuersas personas sustineat diuersis respectibus, *l. si paterfamilias 15. §. 1. sup. de adopt. l. debitor 59. §. ad S.C. Trebell. l. item eorum 6. in prin. sup. Quod cuiusque vniuers. nom.* licèt non facilè soleat hoc euenire *l. si plures 9. sup. de pact.* diuersi autem sunt respectus si quis consideretur tanquam dominus fundi communis, & tanquam dominus fundi proprij.

Ratio decidendi. Ergo & socius meus in hac actione aduersarij esse non possumus, quia vnius loco habemur. Cùm vnus tantùm sit fundus, qui communis est, & de fundi finibus tantùm in hoc iudicio agetur, magísq; prædiis, quàm personis prospiciatur §. *prox. sup.* Aliud est in actione negatoria de seruitute, quã potest vnus ex sociis pro re propria intendere cõtra socium *l. sed si inter me 27. sup. de serui. vrban. præd.* quoniam in ea non de finibus agitur qui vni sunt, sicuti fundus communis vnus est, quamuis plures habens dominos, sed de iure proprio, contra socij, qui solus fecit, personam tuendo.

a *Idem Pomponius.* Ratio dubitandi. Cùm cessat iudicium directum, solet dari vtile ex æquitate, ne alioqui nulla supersit ratio dirimendæ quæstionis finium. Ratio decid. Non magis in iudicio vtili, quàm in directo finium regundorum possumus aduersarij esse ego & socius meus, & potest is qui duos fundos habet, vnum communem, alterum proprium, vendere alterutrum, atque ita postmodum experiri vel cum emptore, & pristino socio, si communis fundi partem vendiderit retento proprio, aut contra solum emptorem si proprium fundum vendere maluerit & agere de finibus fundi communis: quamuis Accursius contra solum emptorem dei actionem: non bene distinguens hos casus, an socius fundum proprium, an partem suam fundi communis vendiderit. Ergo sibi imputer si neutrum velit vendere.

b *Cùm possit.* Ratio dubitandi. Nemo cogendus est rem siue suam, siue cum alio communem vendere, aut emere *l. non enim 9. rer. amot. l. nec quasi 70. supr. de rei vind. l. sicut. 5. C. de oblig. & act. l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Ratio decidendi. Non cogitur præcisè vt vendat si nolit, sed caussatiua necessitate, id est si malit agere finium regundorum, quoniam qui vult consequens, vult etiam necessarium antecedens, vulg. *l. ad rem mobilem 56. & l. ad legatum 62. sup. de proc. l. si patre cogente 22. insi. de rit. nupt. l. si mulier 21. §. vlt. sup. quod met. caus.* sic in §. *inter eas, vers. & ideò Instit. de nupt.*

8 ¶ Non solùm autem inter duos fundos, verumetiam inter tres, pluresve fundos accipi iudicium finium regundorum potest, vt puta, singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte, vel quatuor.

Ad §. 8. Non solùm.

Ratio dubitandi. Iudicium inter duos exerceri solet, quorum vnus sit actor, alius reus, vel vterq; actor, & vterq; reus, vt in tribus istis iudiciis, finiũ regundorum, familiæ erciscundæ & Communi diuidundo *l. iudicium 10. infr.* Ergo sufficit vt accipiatur hoc iudicium inter duos fundos, vt eadem sit ratio fundorum quæ personarum, præsertim verò in hoc iudicio, quod inter fundos magis, quàm inter personas accipi intelligitur, vt hîc.

Dec. Cùm singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte vel quatuor, tam facilè & commodum est trium & quatuor fundorum quàm duorum nomine accipere hoc iudicium: quia perinde ex pluribus fundis adiudicationes fieri possunt, & propter adiudicationem mutuę cõdemnationes: Imo est hoc tantò commodius, quantu melius est in vnam litem plures controuersias reiicere, vt omnes vno iudicio, vnáq; si fieri potest sententia terminentur *l. singulis 6. inf. de excep. rei iud.* Maximè cùm plures illæ causæ habent aliquid inter se commune, vt in proposito casu contingit.

9 ¶ Finium regundorum actio & in agris vectigalibus: & inter eos, qui vsumfructum habent, vel fructuarium, & dominum proprietatis vicini fundi, & inter eos, qui iure pignoris possident competere potest.

Ad §.

Ad §.9. Finium.

Ratio dubitandi. Iudicium hoc pro rei vindicatione est *l.1.supr.* & proptieratis controuersiæ cohæret *l.3.C.eod.* Arqui neque vectigalis fundi possessor, neque fructuarius, neque pignoratitius creditor possunt agere de proprietate & rei vindicatione, quia non domini *l.in rem 23.de rei vindic. l.quacunque 13.§.1.sup.de Publicia.in rem act.* Nec rursus contra eos potest aliqua fieri adiudicatio, per quam dominium transferatur *l.1.& 2.sup. §.vlt. Instit.de offic.iudic.* quia non potest dominij translatio fieri à non domino *l.traditio 20.infr.de acq. rer. dom.* iunge *l.5.§.pen.infr.arbor.furt.cæsar.*

Dec. Etiam in fundis vectigalibus, & inter fructuarios, & duos creditores pignoratitios: Itemque inter fructuarium aut creditorem pignoratitium & dominum fundi vicini, eadem subest ratio necessitatis & æquitatis, propter quam dari inter eos debeat hæc actio: Cùm eorum intersit maximè, vt finium quæstio dirimatur, Et quidem in vectigalibus prædiis minorem dubitationem res habet, quia licèt domini non sint, tamen dominorum loco sunt, Et ideò habent vtilem in rem actionem *l.1.supr. si ager vectig.* & alias de quibus in *d.l.5. §.vlt. infr.arbor.furt.cæsar.* vsufructuarius autem & creditor pignoratitius censentur in illa re, in qua vel vsumfructum habent, vel ius pignoris, quodammodo procuratores proprietarij, ex cuius voluntate possident *l.si pignori 29.ad fin.inf.tit.prox. l.1. §.vlt. de oper. nou.nunciat.*

10 ¶Hoc iudicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum vrbanorum displicuit. neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur: & ea communibus parietibus plerumque disterminantur. & ideò a si in agris ædificia iuncta sint locum huic actioni non erit. & in vrbe hortorum latitudo contingere potest, vt etiam finium regundorum agi possit.

Ad §.10 Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Etiam vrbana prædia suos confines & limites habent. Cur non ergo etiam illorum nomine hac actione agi poterit?

Dec. Fundi vrbani vicini potius quàm confines dicendi sunt, & communibus parietibus plerunq; disterminantur vt proinde nihil sit quod de finibus regundis hîc tractari possit. Atqui nihil interest, inquies, an arbores quis in confinio ponat, an ædificium *l.2.in princ.sup.* Ita est: sed non inde fit, vt pro prædiis vrbanis dari debeat actio finium regundorum. Aliud enim est ædificium esse finem prædij rustici quod fieri potest, Aliud verò de finibus prædiorum vrbanorum dari hanc actionem, quod hæc lex negat.

a *Et ideò.* Ratio dubitandi. Vrbana prædia sic vtique dicta ab vrbe rustica à rure. Et consequenter videntur loco distinguenda *l.1.supr.rustic.præd.l.4.§. 1.infr.in quib.caus.pign.vel hypoth.*

Dec. Etiam in agris vrbana possunt esse ædificia, & in vrbe rustica *l.1.Comm.præd.* vbi scripsi & ad *d.l. 2.* Idque hîc locus omnium optimè probat: Prædia scilicet vrbana posse ruri esse, & rustica in vrbe: Nam & in vrbe tanta latitudo hortorum potest contingere vt etiam huic actioni locus esse possit, cui tamen locus nunquam est, nisi cùm agitur de finibus rusticorum prædiorum.

11 ¶Siue via publica interuenit, confinium non intelligitur, & ideò finium regundorum agi non potest.

Ad §.11. Siue via.

Puto legendum *Si flumen vel via*, vt constat ex *l. seq.* Dictio enim *siue* per se stare non potest, ideóque vulgata lectio haber *Si verò* quod esset tolerabilius.

Ratio dubitandi. Etiam cùm flumen vel via publica interuenit, interest tamen eius, qui fundum habet proximum viæ publicæ, vel flumini publico: Cùm si via publica, vel fluminis impetu vel ruina amissa sit, vicinus proximus viam præstare debeat *l.si locus 14.in fi quemadm.seruit.amit.*

Dec. Cùm aut flumen publicum, aut via publica intercedit, magis in confinio via publica, aut flumen publicum, quàm ager vicini esse intelligitur: Hoc autem iudicium non habet locum nisi inter agros confines, & de confinio, vt subiicitur in *l.seq.* Ideóque non magis vtili, quàm directo iudicio finium regundorum locus hoc casu esse potest, ne quidem ad hoc vt distinguantur fines viæ ad meam vel tuam possessionem: quamuis contrà sentiat Accursius. Quid enim attinet de finibus viæ publicæ inter nos disputare cùm via sit publica? Nam si quid alteruter nostrûm de via publica detrahere velit, vt fundi sui fines ampliet, Interdictum populare in eam rem competit cuilibet *l.1. & tot.tit. inf.de loc. & itiner.public.* siue latiorem siue longiorem, siue altiorem, siue humiliorem viam quis velit etiam sub nomine refectionis facere *l.1. §. si quis infr. de via publica & itiner. public. reficiend.* Quin & si quis in agrum vicini viam publicam reiecerit, tanti in eum viæ receptæ actio dabitur, quanti eius interest cuius fundo iniuria irrogata est, *l.vltim. eod. titulo.*

5. PAVLVS libro 2. ad Sabinum.

QVia magis in confinio meo via publica flumen fit, quàm ager vicini.

Ad l. Quia magis 5.

Ratio dubitandi. Neque flumen publicum, neque via publica in illius bonis est *l.4.§.1.supr. de rer. diuis.* quia populi est *l.2. infr. de via public. & itiner. public.resic.* Ergo cùm de vicino quæritur, ille pro vicino habendus est qui flumini aut viæ proximus est: Ne alioqui dicendum sit populum ipsum vicinum esse, quod esset ridiculum.

Dec. Quoties flumen publicum, aut via publica intercedit, non possunt fundi esse confines, nec proinde actio hæc finium regundorum habere locum potest, nec magis vtilis, quàm directa, vt dixi-

Digitized by Google

mus ad legem præcedentem, quia flumen ipsum vicinum est aut via publica, cuius nomine interdictum competit, non actio ista, aut alia priuata vlla. Quod ergo hîc dicitur magis in cõfinio meo viam publicam vel flumen esse, quàm sit ager vicini, intellige cum Accursio, electiuè, non comparatiuè.

6. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

SEd si riuus priuatus interuenit, finium regundorum agi potest.

Ad l. Sed si riuus 6.

Ratio dubitandi. Etiamsi riuus qui intercedit sit priuatus, verum tamen est riuum ipsum intercedere & vicinum esse non agrum, qui riuo vicinus est.

Dec. Riuus priuatus in dominio priuati est, ideóque nimirum priuatus appellatur, ergo non est medium inhabile quod possit impedire iudicium hoc finium regundorum, quo minùs contra dominum riui exerceri possit, aut ab eo contra dominum fundi proximi.

7. MODESTINVS libro 10. Pandectarum.

DE modo agrorum arbitri dantur. & is, qui maiorem locum in territorio habere dicitur, cæteris, qui minorem locum possident, integrum locum adsignare compellitur. idque rescriptum est.

Ad l. De modo 7.

Ratio dubitandi. Iudex finium regundorum debet ipse de finibus cognoscere, non eam cognitionem alteri mandare, ne videatur negligere, arg. *l. cùm hi 8. §. sed nec mandare supr. de transact. l. nec mandante 8. de tutor. & curat. dat.* Ergo debet iudex ipse agros metiri, non agri mensorem & arbitrum in eam rem date.

Dec. Ad officium iudicis de finibus cognoscentis pertinet mittere mensorem, aut arbitrum, & per eos si fieri possit dirimere ipsam finium quæstionem, vt æquum est, adeóque rem oculis subiicere *l. prox. §. 1. infr. l. 3. C. eod. l. inter Castellianum 44. supr. de recept. qui arbitr.* Est tamen obseruandum hanc legem loqui de agris adsignatis & limitatis, de quibus in *l. in agris 16. de acquir. rer. dom.* vt constat ex eo quod sequitur in hac lege: Cuius sensus est controuersiam de modo agrorum assignatorum reuocandam esse ad æs, siue ad publicam formam quæ vicinos inter se obligat, vt benè Cuiac. explicat *lib. 10. obseruat. cap. 2.* Ne cui scilicet liceat maiorem locum in territorio habere, quàm ære, & forma publica contineatur.

8. VLPIANVS libro 6. Opinionum.

SI irruptione fluminis fines agri confudit inundatio: ideóq; vsurpandi quibusdam loca, in quibus ius non habent, occasionem præstat: præses prouinciæ alieno eos abstinere, & domino suum restitui, terminósque per mensorem declarari iubet.

Ad l. Si irruptione 8.

Ratio dubitandi. Nihil potest imputari ei, cuius fundus cum vicini fundo per inundationem occupatus est, totum enim id flumini acceptum ferri debet, & verum est quod diei solet flumina publica censitorum vice fungi *l. ergo 30. §. alluuio inf. de acq. rer. dom.* Dec. Inundatio fluminis quæ ex repentino accessu & recessu æstimatur, confundere quidem agrorum fines potest, sed mutare causam dominij non potest: Aliáque ratio est latentis incrementi aut decrementi *d. §. alluuio.* Ad officium ergo ius dicentis pertinet vt si quis prætextu confusorum per inundationem finium, inde occasionem capit aliena loca vsurpandi, iubeat eum alieno abstinere & suo contentum esse *l. si constiterit 4. C. eod.* vt domino suum restituatur & termini declarentur per mensurem, sed hoc ad Præsidis & Magistratuum curam pertinet, non ad officium iudicis, quia confusis per inundationem finibus, neuter vicinorum potest fines suos demonstrare, qui regi possint, fines enim aliqui constituendi sunt, priùs quàm regendi. Iubete ergo Præses debet terminos per mensorem declarari, hoc est constitui, & tales vt credi probabiliter possit suum cuique dominorum ius esse restitutum, sed hoc per actionem istam finium regundorum.

1 ¶ Ad officium de finibus cognoscendis pertinet, mensores mittere, & per eos dirimere ipsam finium quæstionem, vt æquum est, si ita res exigit, oculísque suis subiectis locis.

Ad §. 1. Ad officium.

Hic §. est non de Præside & officio Præsidis, vt initium legis sed de iudice & officio iudicis pedanei dati à Præside ad cognoscendum de quæstione finium. Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. prox. supr.*

a *Oculísq; suis.* Malo legere *oculis quoque suis*, vt incipiat posterior sententia ab illis verbis *si ita res exigit.* Sensus enim est iudicem finium regundorum, non tantùm debere per mensores & arbitros quæstionem dirimere si fieri possit, vt in *l. si quis 3. hoc tit.* verùm etiam oculis suis rem subiicere, sed ita demùm si res id exigat: Ne alioqui superuacuis sumptibus litigatores onerentur, quibus semper parcendum est, quantum fieri potest *l. 1. supr. de moss. testam. l. minoribus 6. §. de mino.* Est tamen hæc ocularis visio, vt pragmatici vocant plerunque necessaria in his finium quæstionibus, quia certior probatio nulla est, quàm quæ fit per euidentiam rei, & inspectionem loci, vt omnium optimè hic locus probat. Fit verò hæc inspectio loci expensis petentis, aut interdum etiam vtriusque, si ambo petant, aut si neutro

tro petente iudex ad animi sui instructionem fieri eam praeceperit, quod plerunque accidit.

9. IVLIANVS lib. 8. Digestorum.

IVdicium finium regundorum manet, quamuis socij communi diuidundo egerint, vel alienauerunt fundum.

Ad l. Iudicium finium 9.

Ratio dubitandi. Cùm socij qui iudiciū finium regundorum acceperunt, aut alienauerunt fundū, aut acceperunt inter se iudicium Communi diuidundo, necesse est aut mutati personas, aut multiplicari fundos. Nō potest ergo idem iudicium manere, nouóque iudicio opus est, Cùm non possit videri in iudicium venisse id quod post acceptum iudicium accidit *l. non potest 23. sup. de iudic.*

Dec. Post acceptum à litigatoribus iudicium finium regundorum, siue aliud quodlibet, nihil potest ab iis fieri, quod iudicij qualitatem & condicionem mutet, sed eadem & iudicij & litigatorū condicio esse debet, quae esset si neque Communi diuidundo actum, neq; alienatio vlla facta fuisset, *l. 4. §. 1. infr. de aqu. & aqu. pluu. arcend.* quia quale quid est cùm petitur siue in rem siue in personam actione peratur, tale dari debet *l. 2. infr. de vsur.* nec potest quis facto suo aduersarij sui condicionem deteriorem facere *l. 1. sup. de alien. iud. mut. caus. fact.*

10. IVLIANVS libro 21. Digestorum.

IVdicium communi diuidundo familiae erciscundae, finium regundorum, tale est, vt in eo singulae personae duplex ius habeant: agentis, & eius quo cum agitur.

Ad l. Iudicium communi 10.

Ratio dubitandi. In iudiciis debent esse distinctae personae actoris, rei & iudicis *Cap. forus extr. de verb. signif.* Nec potest idem esse actor & reus, *l. ne cum filiofamilias 16 infr. de furt.* Maximè in hac actione finium regundorum in qua nec socij possunt esse sibi inuicem aduersarij *l. 4. § si communem sup.*

Dec. Nihil verat esse quem & actorem, & reum, diuersis respectibus, Actorem quatenus aliquid intendit sibi dari aut fieri oportere, Reum verò quatenus contra eum intenditur: In his autem tribus iudiciis vterque litigatorum & actor & reus est, quia vnusquisque tantum intendit quantum aduersarius, & pro omnium in omnibus causa est, praesertim quantùm ad satisdationes iudicatum solui, & iudicio sisti, quae ex rei parte interponuntur, *l. si defunctus 15. §. 1. sup. de procurat.* Et hoc nimirū sensu dicuntur haec tria iudicia mista *l. in tribus 13. §. de iudic.* & actiones mistae in *l. Actionū 37. §. 1. de oblig. & action.* Itémque duplices actiones & duplicia iudicia appellantur, vt & duplicia interdicta vti possidetis, & vtrubi *d. §. 1. l. 2. in prin. & §. vlt. infr. de interdict.* Non quasi sint tam in rem, qu*a*m in personā, vt malè scriptum est in *§. quadam actiones 20. instit. de action.* quod attigimus ad *l. 1. sup.* & latius prosecuti sumus *lib. 20. Coniect. cap. 10. & in Error. 3. decad. 94. de error. pragmat.* Nec ita tamen sunt haec iudicia duplicia, vt alterutrum non sit necesse fungi partibus actoris, alium partibus rei: Enim nempe qui prior ad iudicium prouocauerit actoris partibus fungi dicimus: aut vtroque simul & pariter prouocante eum quem sors tulerit *dict. l. in tribus 13. cum seq. supr. de iudic.* quem & tāquam actorem prius de calumnia iurare oportet, vt benè hîc notat Accursius.

11. PAPINIANVS libro 2. Responsorum.

IN finalibus quaestionibus vetera monumenta, census auctoritas [a] ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modò si non, varietate successionum, & arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

Ad l. In finalibus 11.

Ratio dubitandi. Passim accidit vt & varietate successorum & arbitrio possessorum fines permutentur agris additis vel detractis ab alterutro *l. 2. C. hoc tit.*

Ratio decidendi. Vetera monumenta faciunt magnam praesumptionem, quae probationis loco est, si nō probetur contrarium ex mutatione, quae appareat superuenisse. Praesumptionem enim veritati semper cedere oportet *l. si chirographum 24. & seq. l. Imperatores 29. & pass. de probat.* Multum enim potest antiquitas temporis in omnibus, sed maximè in probationibus, quae sicuti per antiquitatem difficiliores plerunque redduntur; Ita & per antiquitatem ipsam supplentur. Vetustas enim non modò probationis, sed plerunque etiam tituli, adeóque legis loco est *l. de quibus 32. de legib. l. 1. §. vlt. & l. vlt. de aqua & aquae pluu. arcend. l. 3. §. ductus aqua de aqua quot. & aest.* Hinc notat Accursius & benè standum esse vetustati, nisi contrà probetur ex *d. l. 2. C. eod. l. siue possidetis 16. C. de probat. l. praecipimus 32. Cod. de appellat.*

a *Census authoritas.* Ratio dubitandi. Censualis professio domino praeiudicare nō solet *l. Censualis 7. C. de donat. l. qua quisque 64. inf de acquirend. rer. dom.* Atqui iudicium finium regundorum pro rei vindicatione est *l. 1. supr.* Et quaestioni proprietatis cohaeret *l. 3. C. eod.* Nihil ergo in eam rem authoritas Census facere potest.

Dec. Census authoritas publica est, & habet fidem publicam *l 4. in princ. & §. 1. & pass infr. de Cens.* caretque suspicione, nisi cùm census ordinatus est post litem inchoatam. Sunt enim suspecta & inutilia omnia, quae ex eo tempore fiunt ab vno ex litigatoribus, nisi alter sciat & consentiat *d. l. 4. §. 1. de aqu. & aquae pluu. arcend.*

12. PAVLVS libro 3. Responsorum.

EOs terminos, quâtum ad dominij quæstionem pertinet, obseruari, oportere fundorum, quos demonstrauit is, qui vtriusq; prædij dominus fuit, cùm alterum eorum venderet. non enim termini, qui singulos fundos separabunt, obseruari debent: sed demonstratio adfinium nouos fines inter fundos constituere.

Ad l. Eos terminos 12.

Ratio dubitandi. Non potest quis nuda voluntate dominium rei suæ amittere *l. si quis vi 17. §. 1. inf. de acq poss. ff.* Ergo neq; immutare fines agri sui quorum scilicet causa implicitam habet causam & rationem dominij *l. 1. supr. & l. 3. C. eod.*

Dec. Pendet ex destinatione patrisfamilias qui plures fundos confines habet, cùm alterum vendit, & tradit emptori, vt eorũ fines vel restringat, vel ampliet, quemadmodũ in ipsius potestate est, quid, & quãtum vendat. Essétq; ridiculum obseruari & retineri terminos, qui singulos fundos antea separabant, contra demonstrationem in venditione factam adfinium, quæ nouos fines inter fundos solet constituere, vt hîc legendum puto, Nisi malis pro *constituere* legere cum Haloandro *constituit*, aut vt vulgò *constituere debet*. Denique fines fundorum non sunt à natura constituti, vt neque nomina, sed ab hominibus ex volũtate & destinatione patris familias *l. 4. l. quadam rerum 24. §. penult. de leg. 1.* Nec potest dicere emptor plus à se emptum, quàm venditor in vendẽdo demonstrauerit. Obserua autem sic Paulum loqui, vt dicat *quos demonstrauit is qui vtriusque prædij dominus fuit*, non autem *quos demonstrasse se dicit*, Ne eùm Accursio colligas posse venditorem esse testem in causa emptoris, quod falsum est: Ergo per alios quàm per ipsum venditorem noua hæc finium demonstratio probanda est, vt benè contra Accursium disputat hîc Bartolus. Et sanè non pro emptore, sed pro seipso testis esse videretur venditor, si ipsi de finium demonstratione, quam à se factam diceret, crederetur. Potest igitur quos velit fines demonstrare, sed non quos demonstrauerit testatione sua probare, *l. omnibus 10. C. de testib.*

13. GAIVS libro 4. ad legem 12. Tabularum.

SCiendum est, in actione finium regundorum illud obseruandum esse, quod ad exemplum quodammodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem dicitur tulisse: nam illic ita est: Ἐάν τις αἱμασιὰν παρ᾽ ἀλλοτρίῳ χωρίῳ ὀρύγῃ, τὸν ὅρον μὴ παραβαίνειν. ἐὰν τειχίον, πόδα ἀπολείπειν. ἐὰν δὲ οἴκημα, δύω πόδας. ἐὰν δὲ τάφον, ἢ βόθρον ὀρύττῃ, ὅσον τὸ βάθος ᾖ τοσοῦτον ἀπολείπειν. ἐὰν δὲ φρέαρ, ὀργυιάν. ἐλαίαν δὲ καὶ συκῆν, ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν. τὰ δὲ ἄλλα δένδρα, πέντε πόδας.

Id est, *Si quis sepem ad alienum prædium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito. Si maceriam: pedem relinquito. Si verò domum pedes duos. Si sepulchrum, aut scrobem foderit: quantum profunditatis habuerint, tantum spatij, relinquito. Si puteum, passus latitudinem. At verò oleam, aut ficum, ab alieno ad nouem pedes, plantato: ceteras arbores ad pedes quinque.*

Ad l. vlt. Sciendum est.

Hæc lex cùm sit desumpta ex Caij *lib. 4. ad leg. 12. tabul.* Nihil nisi ius vetus continet, quod à lege 12. tabul. de finibus constitutum est, sumptum vt reliquum ferè totum ius Romanum ex Græcorum legibus, præsertim verò Solonis, qui Atheniensibus leges scripsit. Cùm ergo sit hæc lex tota iuris constituti, nullas exigit aut admittit dubitãdi, decidendiq; rationes, arg. *l. non omnium 20. sup. de legib.* Nisi quòd apparet Solonem id egisse quãtùm potuit, vt liceret quidem vicino & sepem figẽdo, maceriam aut domum ponendo, aut sepulchrũ scrobémve fodiendo, aut puteum itémq; oleam aut ficum aut ceteras arbores plantando, condicionem suam meliorem facere, sed ita tamẽ ne deteriorem faceret condicionem vicini, quod naturalẽ intellectum habet: Nec minus ciuilem quàm naturalem rationem *l. sicut 8. §. Aristo si seruit. vindic. l. quidam Hiberus 13. vrban. prædior. l. 2. §. sed & fossas de aqu. & aqu. pluu. arcend. l. si opus 21. in fin. quod vi aut clã.* iunct. *l. scire oportet 13. § si eum qui de excusat. tutor.* Id ergo in actione finium regundorum distinctè obseruãdum est, quod lex 12. tab. præcipit, vt in omnibus superioribus casibus legitimum spatium relinquatur, quale quantumque hac lege continetur. Aliud est legitimum spatium quod in Meuianis ædificandis constitutum est ab Impp. Honorio & Theodosio in *l. Meuiana 11. C. de ædific. priuat.*

FAMILIÆ

FAMILIÆ ERCISCVNDÆ.

TIT. II.

1. Gaivs lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

HÆc actio proficiscitur è lege duodecim tabularum. namque coheredibus[a] volentibus à communione discedere, necessarium videbatur[b] aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariæ distribuerentur.

Ad l. Hæc actio 1.

Est igitur hæc actio ciuilis & perpetua, vt & finium regundorum, quæ similiter est ex l. 12. tabul. vt diximus ad *l. 1. & vlt. tit. praeced.* ex qua lege etiam sunt omnes hereditates tam testamentariæ, quàm legitimæ *l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. de verb. signif. l. 1. sup. de pet. hered.* Idque ostendit etiam nomen ipsum vetus actionis huius *familiæ erciscundæ*: familiam enim dixit l. 12. tab. pro hereditate ac vniuersitate patrimonij, & *Erciscere* dicebant antiqui pro *Diuidere.*

a *Namque coheredibus.* Ratio dobitandi. Communio societatem inducit in re communi, societas fraternitatem *l. vt sit 31. & seqq. l. verum est 63 in princ. Pro socio.* Fraternitas autem concordiam, quæ retinenda non dissoluenda est *l. de fideicommisso 11. Cod. de transact. l. 1. §. vlt. de tabul. exhibend.*

Dec. Nemo inuitus cogendus est manere in communione *l. vlt. C. comm. diuid. l. in hoc iudicium 14. §. si conuenit inf. eod. vlt. tit.* scilicet propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. § dulcissimis de leg. 2. l. in re commun 26. supr. de urban. prædior.* Ideoque nulla societatis in æternum coitio est *l. nulla 70. Pro socio*, sicut nec inuitus quisquam in communionem incidere ob eam ipsam causam cogitur *l. si non sortem 26. §. si centum de condict. indeb.* Quare nec illud probare possum quod hîc tractat Accursius, actioni huic familiæ erciscundæ præscribi spatio triginta annorum inchoandu à tempore inchoatæ communionis hereditariæ. Etsi enim fatendum est actionem hanc non tam nasci ex quasi contractu, vt putat Accursius, nisi quod ad præstationes personales, quomodo accipi debet quod scriptum est in *§. idem iuris instit. de oblig. quæ ex quasi contract.* quàm dari à lege 12. tab. sicut & de actione finium regundorum diximus ad *l. 1. supr. tit. prox.* Dati autem statim atque per aditionem hereditatis ab heredibus factam res omnes hereditariæ sunt inter eos factæ communes, quamuis sub illa condicione siue qua non, si quis eorum velit à communione discedere, vt hæc lex ait. Attamen vt in communione quis maneat, vel non maneat, non tam iuris est, quàm facultatis & meræ voluntatis, ideoq; præscribi nullo tempore potest, vulg. *l. 2. de via public. vel itin. public. refic.* Manet enim quisq; in communione quandiu vult, quoad sit prouocatus, sed inuitus nemo nec si per mille annos in ea mansisset *d. l. vlt. C. comm. diuid.* Idemque iuris est in actione communi diuidundo, licèt ciuilis non sit, sed Prætoria. Planè si actum sit familię erciscundę, & aliquid indiuisum mansetit quod per actionem Communi diuidundo non per hanc diuidi oporteat *l. si filiæ 20. §. familiæ 4. inf. hoc tit.* poterit ab eo têpore currere præscriptio non contra actionem familiæ erciscundæ, quam ponimus iam fuisse institutam & quæ non nisi semel exerceri potest, sed contra actionem Communi diuidundo: Non vt quod indiuisum mansit remaneat perpetuò Commune, quod nullo certè casu fieri potest, sed propter præstationes personales. Duo enim hæc iudicia familiæ erciscundæ & Communi diuidundo ex duobus constant, Ex rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales *l. item Labeo 22. § pen. inf. l. 4. §. sicut u. s. tit. prox.* Quod pertinet ad res ipsas diuidendas nulla certè currit præscriptio quo minùs earum diuisio peti quandocunque possit, Ne alioqui nulla supersit ratio sedandarum discordiarum, quas materia communionis excitat, vt diximus. Cùm nec ob aliam causam introductæ sunt præscriptiones, quàm vt obuiam eatur discordiis, quæ ex litibus nascuntur *l. 3. & 4. C. de præsc. 30. vel 40. annor.* Sed quod ad pręstationes personales fatendum est posse præscriptionem currere ex quo agi Communi diuidundo ob hanc causam debuit, id est à tempore consumptæ actionis familiæ erciscundæ in quam eæ præstationes venire debuissent si nihil mansisset indiuisum. Nec enim nouum est vt sublata etiam communione rei supersit iudicium vtile ob actiones personales *l. si quis putans 6. §. 1. infr. tit. prox.* Sunt igitur hæ duæ actiones familiæ erciscundæ & Communi diuidundo excipiendę à generalitate *d. l. 3. & 4. C. de præsc. 30. vel 40. annor.* quod ad rerum communium diuisionem pertinet. Vnus tantùm casus est in quo inuitus quis cogitur manere in communione ex lege Licinia, de quo in *l. vlt. sup. de alien. iud. mut. caus. fact.*

b *Necessarium videbatur.* Non solùm ob id ne inuiti coheredes in communione manere cogerētur, sed etiam propter adiudicationes, quas in his tribus iudiciis finium regundorum, familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo fieri necesse est, ex iisque dominium transferri quod citra traditionem non posset nisi lex 12. tabul. adiudicationis remedium tanquam vnum ex modis sex acquirendi dominij induxisset, vt scribit Vlpianus, *tit. 19. de acquir. rer. & instit. in § vlt. inst. de off. iud.*

1 ¶ Quæ quidem actio nihilominùs ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet. sed si is[a], qui possidet, neget eum sibi coheredem esse: potest eum

excludere per hanc exceptionem, *Si in ea re, qua de agitur præiudicium hereditati non fiat.* quod si possideat eam partem licet negetur esse coheres, non nocet, talis exceptio. quo fit, vt eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit, nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet, neque aduersarius ei condemnandus est.

Ad §.1. Quæ quidem actio.

Ratio dubitandi. Is qui suam partem hereditatis non possidet, eius dominium in coheredem transferre non potest: vulg *l. traditionibus* 20. *Cod. de pact. l. traditio* 20. *de acq. rer. dom.* Quod tamen in iudicio familię erciscundę fieri oportet per mutuas adiudicationes & præstationes, vt quantum vnus ex coheredibus à coherede consequitur, tantùm ipse coheredi vicissim præstet.

Dec. Dominium hoc casu non transfertur per coheredem, sed per iudicem, vi adiudicationis, quam hoc casu fieri voluit lex 12. tab. vt iam dixi §. *vlt. instit. de off. iud.* Est enim traditio modus alius acquirendi dominij iure Quiritium, diuersus ab adiudicatione, vt docet Vlp. *tit. 19. de acquir. rer. in fragment.* Sed hoc intellige, dummodò is qui non possidet non negetur coheres, vt sequitur in textu. Iunge *l heredes* 25. §. *quartum verò l. si id quod* 45. *l. fundus qui dotis* 51. §. *si ego inf. hoc tit.*

a *Sed si is.* Ratio dubitandi. Sola negatio coheredis non tollit veritatem, nec facit quò minùs verè coheres sit is, qui heres esse negatur. Non enim creditur neganti nisi contra negantem ipsum *l. vlt. sup de rei vind.*

Dec. Cùm is qui nullam hereditatis partem possidet præterea negatur coheres, necessaria ei est petitio hereditatis, vt & in *l. in familia* 20. *Cod. hoc tit.* Cui tanquam maiori causæ præiudicium fieri per minorem non debet *l. fundum* 16. *l. rei maioris* 21. *inf. de except. rei iudic. l. vlt. C. de pet. hered.* Nisi in casu *l. si quis libertatem* 7. §. 1. *sup. de pet. hered.* Negatio enim quantumuis falsa & calumniosa facit rem dubiam *l. vlt. C quib. ad libert. proclam. non lic.* Quamquam nec aliud est si quis velit agere Communi diuidundo pro re, quam alius suam dicat, licèt non sit hereditaria, nec speretur hereditatis petitio, Nam neque vindicationi præiudicium fieri debet per actionem Communi diuidundo *l. fundi* 18. *infr. de except. d. l. si quid contendis* 45. *inf hoc tit.* Et ita benè Accursius.

b *Quòd si possideat.* Ratio dubitandi. Negatio facit rem dubiam, at proximè dictum est ex *d. l. vl. C quib. ad libert. proclam. non licet.*

Dec. Qui partem hereditatis possidet, licèt negetur coheres, tamen non potest agere petitione hereditatis, quæ scilicet nunquam possidenti datur, sed contra possidentem pro herede vel pro possessore *l. regulariter* 9. *sup. de pet. hered. l. cogi* 11. *C. eod.* In quo differt à iudicio familię erciscūdæ, quod, quia duplex est, datur etiam possidenti: Et ideò verendum non est ne petitioni hereditatis præiudicium fiat, potéstque iudex familiæ erciscundæ & debet ipse cognoscere de quæstione hereditatis, & an sit ille coheres, necne. Nisi, inquit Accursius, is qui à coherede conuenitur familiæ erciscundæ, dicat bona fide se totam hereditatem petere velle *d. l. si quis libertatem* 7. §. 1. *sup. de pet. hered.* iunct. *l. 1. §. proinde sup si pars hered. petat.* vbi vide quæ dixi.

c *Quo fit.* Ratio dubitandi. De eo tantum potest iudex cognoscere de quo iudex datus est *l. non potest* 22. *sup. de iud. l. vt fundus* 19 *inf. Comm. diuid.* Non fuit autem iudex datus nisi ad diuidendam hereditatem, non autem ad iudicandum de hereditate.

Dec. Qui datus est iudex de re aliqua, cognoscit de omni quæstione incidenti licèt maiore dum ne tamen de ea pronuntiet *l. 1. C. de ordin. iud.*

d *Nisi enim.* Ratio dubitandi. Hæc adiudicatio, & dominij translatio fit per iudicem ex legis authoritate, non per coheredem: Nihil ergo refert an is qui partem hereditatis possidet sit coheres, necne.

Dec. Factum iudicis est factum partis *l. si ob causam* 13. *C. de euict. l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* sicut & lex interdum repræsentat & supplet factum hominis, vt in *l. vlt. C. si mancip. ita alien. fuer.* Non potest autem lex, sicut neq; iudex supplendo id facere, quod nec homo ipse facere posset, etiamsi factum iudex ipse suppleret, quandoquidem omnis fictio ius & naturam imitari debet *l. adoptio* 16. *l. quæsitum* 34. *supr. de adopt. l. confessionibus* 13. *& l. seq. infr. de interrog. in iur. faciend.* Atquin is qui dicit se coheredem etiamsi possideat, non aliter tamen per veram traditionem transferre dominium posset, quàm si verè heres esset: Nec enim alia traditio dominium transfert, quàm quæ fit à vero domino *l. traditio* 20. *de acq. rer. dom.* Ergo si nō probetur coheres, neque adiudicationem ei fieri vnquam oportet, neque aduersarius ei condemnandus est, quoniam contra eum neque adiudicatio, neque condemnatio aliqua fieri iure & efficaciter potest. Aliud est si cum eo qui coheres non erat acceptum sit iudicium familiæ erciscundæ, tanquam cum coherede, vt in *l. cùm putarem* 36. *inf. hoc tit.* Aliud enim est coheredē non esse, aliud verò negari coheredem. Cum eo, qui nō est coheres potest accipi hoc iudiciū per errorem: sed cum eo qui negatur coheres, ne quidē per errorē.

2. VLPIANVS libro 10. ad Edictum.

PEr familiæ erciscundæ actionem diuiditur hereditas: siue ex testamento, siue ab intestato: siue ex lege duodecim tabularum, siue ex aliqua lege deferatur hereditas, vel ex senatusconsulto, vel etiam constitutione. & generaliter eorum duntaxat diuidi hereditas potest, quorum peti potest hereditas.

Ad l. Per familia 2.

Ratio dubitandi. Hæc actio proficiscitur ex lege 12. tab. *l. 1. supr.* quæ antiquior est omnibus legibus Senatusconsultis & constitutionibus: ideoque dicitur ius antiquum, & cæteræ leges nouæ *l. 1. supr. de hered. pet. l. vlt. de reg. Caton. l. 1. D. ad leg. Aquil.* Ergo non potest per hāc actionem diuidi hereditas, quę defertur ex posterioribus legibus & Senatusconsultis secutis legem 12. tab. Quòd si sufficit agi de hereditate, quæ peti possit, certum est dari etiam possessoriam hereditatis petitionem *tit. de poss. hered. pet. sup.* Et tamen non est locus huic iudicio saltem directo inter plures bonorum possessores.

Dec.

Dec. Non est nouum vt priores leges trahantur ad posteriores *l. non est nouum 26. & seq. supr. de legibus.* Eademque ratio & forma est diuidendæ hereditatis, quocunque iure deferatur hereditas. Exempla sunt de hereditatibus siue testamentariis siue legitimis captiuorum, quæ per legem Corneliam de captiuis non tantùm conseruantur, vt putat Accurs. ex *§. vlt. Instit. quib. non est perm. facer. testam.* sed etiam confirmantur *l. lege Cornelia 12. inf. qui testam. fac. poss. l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. subst.* Lex enim Cornelia & hereditatem & heredem facit, *l. filiusfamilias 18. ad leg. Falc.* sicut lex 12. tabu. confirmat testamenta cætera, & cæteras hereditates; quæ aut ex testamento aut ab intestato; siue extraneis, siue legitimis heredibus deferuntur *l. verbum legis 120. l. lege obuenire 130. de verb. signif.* Item de hereditatibus liberorum ex lege Papia, de qua in *§. posteà instit. de success. libert.* Item de hereditatibus matrum & filiorum quæ ex Senatusconsultis Tertylliano & Orphitiano deferuntur *tot. tit. ad S.C. Tertyll. & Orphit. l. tutelas 7. supr. de capit. minut.* Item de hereditatibus quæ ex constitutionibus deferuntur *l. si defunctus C. de legit. hered. §. hoc etiam Inst. de legit. agnat. success.* Sanè inter bonorum possessores locus etiam est huic iudicio *l. sed & eius rei 24. §. 1. inf. hoc tit.* sed vtili non directo *l. si ex asse 40. inf. hoc tit.* quia non sunt heredes, licèt sint heredum loco *l. 1. & 2. de bonor. posseß.* Cùm prætor non potuerit facere heredem *§. quos autem Instit. de bonor. possess.* Nec proinde adiudicatio inter eos fieri vlla possit, quæ dominium Quiritiarium transferat, quod ipsi non habent. Hereditatem enim aliquam esse oportet, Et quidem quæ peti possit, vt possit diuidi. Certum tamen est hoc casu vtile saltem iudicium competere, quod etiam inter eos locum habet qui neque sunt heredes neque bonorum possessores vt in specie *§. prox. infr.* Nempe quia bonorum possessores sunt loco heredum, vt dixi & dominium bonitarium habet easdem vtilitates quas quiritiarium, Imò efficaciores teste Vlp. in *d. tit. 59. de acquis. rer.*

1 ¶ Si quarta ad aliquem ex constitutione Diui Pij adrogatum deferatur: quia hîc neque heres, neque bonorum possessor sit, vtile erit familiæ erciscundæ iudicium necessarium.

Ad §. 1. Si quarta.

Ratio dubitandi. Quarta bonorum patris adrogatoris debetur filio adrogato ex Constitutione Diui Pij *l. si adrogator 22 sup. de adopt.* & tanquam æs alienum *l. Papinianus 8. §. si quis impubes supr. de inoff. testam.* Hoc autem iudicium habet locum etiam inter eos quibus defertur hereditas ex constitutionibus, vt *supr. prox.* Ergo directum iudicium familiæ Erciscundæ hoc casu locum habere debet, non minùs quàm si de testamentaria filiifamilias militis hereditate ageretur, de qua in *§. prox. seq.*

Dec. Quarta illa, quę debetur adrogato in bonis adrogatoris, est quarta bonorum, non hereditatis: Ita vt qui quartam illam habet nulla ex parte sit heres, neque bonorum possessor, sed tamen quia quartam bonorum habet adiudicandam in certis bonis per iudicem, necessarium est etiam in hoc casu huiusmodi iudicium, non quidem directum, quod non datur nisi inter heredes, sed vtile: De quo maior erat dubitãdi ratio quàm de bonorum possessore, quia bonorum possessor licèt non sit heres, tamen loco heredis est, vt diximus ad *§. prox. praecd.* Adrogatus verò impubes qui habet quartam ex rescripto Diui Pij, neque heres est, neque heredis loco, sed potiùs legatarij patris bonorum, de quo in *l. cùm autem 8. de leg. 2.* Nisi quod adhuc melioris cõdicionis est. Et ita debet intelligi quod hîc scriptum est *quia hîc neque heres, neque bonorum possessor est.* Non quasi heredis aut bonorum possessoris eadem hac parte ratio sit, vt vtrique directum hoc iudicium competat, quod falsum est, sed ad augendam in adrogato impubere dubitationem quasi ei non modò directum iudicium esset denegandum quòd heres non sit, sed etiam vtile, quia non sit bonorum possessor. Et ita ferè, licèt minus clarè Accursius explicat, arg. *l. 1. §. si vsusfructus versic. sed operis infr. ad leg. falc.* Iunge *l. sed & eius 24. §. 1. infr. hoc tit.*

2 ¶ Item si filiifamilias militis peculium sit: fortius defendi potest, hereditatem effectam per constitutiones: & ideò hoc iudicio locus erit.

Ad §. 2. Item si.

Ratio dubitandi. Peculium castrẽse filiifamilias militis non defertur patri, vt hereditas, sed vt peculium *l. 1. & 2. inf. de castr. pecul.* Dec. Id obtinet in peculio castrensi filiifamilias intestati, sed cùm filiusfamilias miles testatus est, habet hereditatẽ & heredem ex cõstitutionibus, quæ in eo peculio filiũfamilias faciunt patrem familias *l. 2. de S.C. Maced. l. si seruus communis 18. in pr. inf. de stip. seruor. l. vlt. in pr. ad S.C. Tertyll. l. filiusfamilias 18. inf. ad leg. falc.* vbi dicitur. hereditatem militis testamentariam fieri aditione. Hodie sanè aliud est si Accursio credimus post Nouell. 118. *de hered. ab intest. venient.* quæ induxit vt filiusfamilias possit hodie habere heredes ab intestato tam ascendentes deficientibus descendentibus, quàm descendentes si qui sint. Sed ea Nouella constitutio ad peculium aduentitium pertinet, nõ ad castrense aut quasi castrense in quo nihil meo iudicio est immutatũ, vt neq; in profectitio, quod à nobis pluribus demonstratum & probatum est in nostra Chiliade *de Error. pragmat.* Est autem hoc exemplum addendum ad alia quæ attulimus ad initium huius legis, de hereditate delata ex constitutionibus, de qua iudicium familiæ erciscundæ directum habere locum possit & debeat.

3 ¶ In familiæ erciscundæ iudicio vnusquisque heredum & rei, & actoris partes sustinet.

Ad §. 3. In familia.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad *l. iudicium communi 10. sup. tit. prox.* Iunge *l. inter cohæredes 44. §. qui familiæ inf.*

4 ¶ Dubitandum autem non est, quin familiæ erciscundæ iudicium & inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.

Ad §. 4. Dubitandum.

Ratio dubitandi. Cùm plures sunt heredes, nulla res est in hereditate in qua vnusquisque heredũ non habeat partem suam dominij, Ergo propter mutuas adiudicationes, quas in hoc iudicio fieri necesse est, hoc iudicium inter omnes coheredes accipi oportet *l. in hoc iudicio 27. inf. hoc tit.* Alioqui absens retinet in bonis omnibus eam ipsam portionem, quam habebat ante diuisionem *l. coheredibus 17. C. eod.*

Dec. Omnes quidem heredes in hoc iudicio adesse oportet, vt mutuę adiudicationes fieri possint, in vtilitatem & præiudicium omnium: sed non est necesse vt omnes accipiant hoc iudicium ad diuidendam inter omnes hereditatem. Nihil enim vetat quosquam ex heredibus velle manere in communione, à qua cęteri velint discedere: quod etiam inter inuitos contingit, si absentibus & ignorantibus quibusdam ex coheredibus alij inter se bona hereditaria diuiserint *d. l. coheredibus.* Nã quod Accursius adducit ex *l. cùm putarem 36. infr.* ad hunc casum non pertinet, cùm ibi non agatur de diuisione facta inter quosdam ex heredibus, sed inter verum heredem & falsum, vt loquuntur, opinatum heredem, aut inter duos falsos heredes. Iunge *l. 4. §. non solùm sup. tit. r. l. arbitrum 43. inf.*

5 ¶ In hoc iudicium etsi nomina non veniunt: tamen si [a] stipulationes interpositæ fuerint de diuisione eorum, vt stetur ei, & vt alter alteri mandet actiones, procuratorémque [b] eum in suam rem faciat, stabitur diuisioni.

Ad §. 5. In hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Hereditas est nomen iuris: Consequenter consistit in nominibus & iuribus non minùs, quàm in corporibus bonorum, siue mobilium siue immobilium *l. hereditas 50. sup. de hered. petit.* Nec minùs diuidi possunt nomina & iura omnia, si excipias seruitutes quæ sunt indiuiduæ *l. heredes 25. § an ea infr.*

Dec. Hoc iudicium à lege 12. tabularum inductum est, ad hoc duntaxat, vt res hereditariæ diuidantur. Nam vt hereditas ipsa diuideretur, nihil opus fuit, cùm eam satis diuidat lex ipsa 12. tab. per partes hereditarias, quæ ipsæ etiam sunt iuris *§. hereditas 5. instit. de hered. instit.* Porrò sicut lex ipsa hereditatem diuidit, quoniam iuris est, ita & nomina, quæ similiter in iure consistunt *l. 1. §. vlt. supr. de rer. diuis.* Diuiduntur enim tam actiua, quàm passiua ipso iure pro portionibus hereditariis *l. 1. Cod. si cert. petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex plur. hered. deb. d. l. heredes 25. §. 1. inf. & tot. tit. C. de hered. act.* Et apertiùs in *l. ea quæ 6. C. hoc tit.* Iunge *l. 4. in prin. infr.*

a *Tamen si.* Ratio dubitandi. Mandatum actionum facere nõ potest, sicuti neque interpositio stipulationum, vt ad alium pertineat nomen ipso iure, quàm in quem & pro qua parte translatum est per legem 12. tab. quia actiones directæ inhærent ossibus nostris, vt loquuntur interpretes, nec possunt ipso iure discedere ab herede. Ne quidem cùm ex authoritate Senatusconsulti restituta est fideicommissario hereditas *l. 1. & l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano l. si heres 70. & pass. ad SC. Trebell. l. 1. C. de oblig. & action.*

Dec. Ob eam nimirum causam necessariæ sunt stipulationes de nominum diuisione, vt stetur ei, hoc est, vt ex stipulatione conueniri possit ille ex heredibus qui contra diuisionem fecerit; Habebit ergo coheres cui mandatum & cessum nomen est, exactionem totius nominis cessi, etiam pro parte coheredis, sed alio atque alio iure, & quidem nomine proprio, pro sua parte hereditaria, pro parte autem coheredis ex persona ipsius & tãquam procurator in rem suam & propriam constitutus: vt eueniret in emptore nominis. Nihil enim hac parte refert an nomen sit venditum, an datum in solutum, an alio iure cessum. Habet enim omni casu cessionarius directas actiones ex persona cedentis, vtiles verò ex propria post rescriptum Diui Pij *l. si cum emptore 16. sup. de pact. l. emptor 5. l. postquam 7. & seq. C. de hered. vel act. vend. l. 2. C. de oblig. & act. l. vlt. C. quand. fisc. vel priuat.*

b *Procuratorémque.* Ratio dubitandi. Mandati reuocatio libera est *l. si mandassem 15. l. si mandauero 22. §. vlt. & pass. infr. mand.* Ergo non satis hoc remedio cautum esse potest, vt nominum diuisioni stetur.

Dec. Alia ratio est procuratoris simplicis, alia eius qui in rem suam procurator datus est, hic enim reuocari nunquam potest, quia mandatum actionum in rem suscipientis mandatum, solutionis, aut venditionis vim obtinet *l. 1. C. de oblig. & act. l. illam 3. C. de donat.*

3. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

PLanè ad officium iudicis nonnunquam pertinet, vt debita & credita singulis pro solido, aliis alia adtribuat: quia sæpè & solutio, & exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen [a] scilicet hæc adtributio illud efficit, vt quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed vt, siue agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, siue cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine cõueniatur. Nam licèt libera potestas (esse) maneat creditoribus cum singulis experiundi: tamen & his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt.

Ad l. Planè 3.

Explicatio est sententiæ §. pręcedẽtis. Ratio dubitandi. Nunquam videtur necessarium hoc iudicium ad diuidenda nomina, cùm omni casu diuidantur ipso iure per leg. 12. tabul. vt proximè diximus ex *l. heredes 25. §. 1. infr.*

Dec. Interest plerumque coheredum, vni ex iis adiudicari tota credita, quoniam exactio & solutio partium plerunque magna habet incommoda, *l. cùm si 8. §. in causa supr. de transact. l. communi*

7. in prin. inf. tit. prox. l. tutor 41. §. 1. inf. de vsur. l. potest 27. de leg. 1. Quod autem adducit Accursius ex *l. in commodato 17. §. duabus inf. Commod.* vbi dicitur eum qui carrucham, vel lecticam commodauit non rectè acturum de singulis partibus, ad rem non pertinet. Aliud enim est non posse quem agere de singulis partibus, vt ibi. Aliud verò non esse cogendum, agere, vt hîc.

a *Nec tamen.* Ratio dubitandi. Adiudicatio quæ fit per iudicem familiæ erciscundæ transfert dominiũ ipso iure & sola potestate legis 12. tab. *§. vlt. instit. de off. iudic.* Eam vim habet in iis tantùm rebus, quarũ dominium potest ab vno discedere, & in alium transire, quod in nominibus non obtinet, nisi hactenus vt à defuncto transeant in heredes pro hereditariis portionibus *d. l. 1. si cert. pet. l. vlt. Cod. de hered. act.* Alioqui consensus creditorum esset necessarius quibus diuisio inter debitoris heredes facta nocere non potest *l. inter debitorem 42. sup. de pact. l. filiusfamilias 114. §. dtm 2. in fin. de leg. 1.* adeoq; delegatio esset interponenda, vt quod ab vno aut vni deberetur ab alio, vel alij deberi inciperet, *l. delegare 11. & pass. infr. de nouat. & delegat. l. pupilli 96. §. soror infr. de solut.* Proinde liberum est creditoribus conuenire coheredes omnes pro singulorum portionibus hereditariis *l. debitorũ 25. C. de pact. l. licèt pacto 23. C. hoc tit.* Sed tamen non eo minùs stare coheredes debent diuisioni, vt solus ille cui onus soluendi irrogatum est à iudice familiæ erciscundæ, cogatur soluere, & coheredes suos à creditoribus conuentos exonerare, tanquam in aliorum onus & locum officio iudicis substitutus *d. l. licet l. si filia 20. §. si pater infr. eod. hoc tit.* Nam quin actore inuito possit reus alium reum in sui locum & quasi procuratorem in rem suam constituere, dubitandum non est, cùm etiam possit quilibet alium defendere, vt eandem quam ille vicem subire *l. minor 51. §. 1. supr. de procur. l. nec vllam 13. §. pen. l. sed etsi 23. §. item si rem. vers. quid tamen si is supr. de hered. petit. l. de illo 24. in fin. & l. seq. supr. de noxal. action. l. 4. §. si quis supr. de alien. iud. mut. caus. fact. l. sancimus 26. §. sed si quidem C. de fideiussor.* Si tamen actor malit dominum potiùs conuenire, quàm eum qui in rem suam procurator est, dicendum est ei licere *l. si actor 29. sup. de procur.* Neque locus hîc repugnat, vt malè videtur sensisse Accurs. Sensus enim huius non ille est, vt conuenti coheredes singuli suo nomine possint recusare, quo minùs conueniantur, pro sua quisque parte hereditaria, vt apparet ex eo quod Caius ait, liberam manere creditoribus potestatem experiundi cum singulis, sed vt possint cogere coheredes, in quos opera officio iudicis translata sunt, vt litem in se & periculo suo suscipiant, quasi defensores necessarij, quod impedire certè non possunt creditores: Sed ea res non facit, quin iudicati executionem pati debeant alij qui pro sua parte conuenti sunt, tanquam conuenti ipsi, & iudicium licèt per alios suscipere coacti *l. 4. infr. de re iudic.* cùm ipsi alios suo loco substituerint. Ob eam igitur causam inter coheredes sunt interponendæ cautiones, vt quod vnus ex coheredibus pro alio præstiterit, ab illo possit repetere, arg. *l. item ex diuerso 19. & l. seq. §. Papinianus 5.* aliàs *l. si vni infr. hoc tit.* Iunge *l. vltim. C. de procur. l. sed si 21. §. antepen. infr. de iniur.*

4. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

CÆteræ itaque res præter nomina veniunt in hoc iudicium. Sin autem nomen a vni ex heredibus legatum sit, iudicio familiæ erciscundæ, hoc heres consequitur.

Ad l. Cætera 4.

Ratio dubitandi. Possunt præter nomina pleræque res hæreditariæ & corporales esse indiuiduæ, quæ proinde in hoc iudicium, quod non nisi ad diuidendam hereditatem datur, venire non possunt.

Dec. Etiam corpora indiuidua venire possunt in hoc iudicio remedio licitationis *l. 3. C. comm. diuid.* E contrario sunt etiam præter nomina quædam iura indiuidua, quæ non veniunt in hoc iudicium vt seruitutes excepto vsufructu *d. l. heredes 25. §. an ea stipulatio inf. hoc tit.* Nomina verò in hoc iudicium non veniunt, non quòd indiuidua sint, sed quasi ipso iure diuisa, vt diximus ad *§. vlt. l. 2. supr.* ex *l. ea quæ 6. C. hoc tit. & d. l. heredes §. 1.* vbi eadem ratio redditur. Cur si miles alium castrensium, alium cæterorum bonorum heredem scripserit, non sit locus huic iudicio: Nempe quia per constitutiones iam diuisum est inter eos patrimonium.

a *Sin autem nomen.* Ratio dubitandi. Ille ex heredibus cui nomen legatum est, quantum ad nomen illud pertinet, non heres censetur, sed legatarius. Partem enim legati capit à seipso, partem à coherede *l. qui filiabus 17. §. vlt. de leg. 1. l. cùm pater 77. in prin. l. miles ad sororem 87. §. 1. de leg. 2. l. in quartam 91. ad leg. falcid. l. deducta 58. §. acceptus infr. ad S.C. Trebell.* Hoc autem iudicium non datur nisi inter heredes: Ergo quatenus heredes: sicuti dicimus nec aliter in fideicommissarium transferri posse actiones ex Trebelliano ab herede, quàm si quasi heres rogatus sit *l. mulier §. vltim. l. debitor 59. in fi. eod. tit.*

Dec. Ad officium iudicis familiæ erciscundæ maximè pertinet vt in diuidenda hereditate sequatur voluntatem testatoris *l. filij 16. l. vlt. Cod. hoc tit.* quam porrò sequi non potest nisi ei ex coheredibus, qui etiam legatarius est, commodum legati adiudicet: Idem est, si qua fideicommissorum petitio inter coheredes consistat *l. si qua 7. C. hoc tit.*

1 ¶ Mala medicamenta, & venena veniunt quidem in iudicium: sed iudex omnino interponere se in his non debet. boni enim & innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem a debebit facere & in libris improbatæ lectionis. magicis fortè, vel his similibus. hæc enim omnia protinus corrumpenda sunt.

Ad §. 1. Mala medicamenta.

Ratio dubitandi. Etiam mala medicamenta & venena sunt in hereditate, & consequenter veniunt in hoc iudicium, vt lex ait non minùs quàm bona. Sunt enim bona etiam quædam venena *l.*

qui venenum 236. de verbor. signif. vt dixi ad *l. item si obstetrix 9. §. 1. supr. ad leg. Aquil.* Ergo & ad officium iudicis familiç ercifcundæ pertinet, vt ea diuidat, Nihil enim debet indiuiduum relinquere *l. si filia 20. §. si pater & seq. l. Manius 52. §. vlt. infr.*

Dec. Iudex familiæ ercifcundæ boni & innocentis viri officio fungi debet: viri autem boni & innocentis non est delinquendi occasionem heredibus dare: quod faceret is, qui medicamenta & mala venena inter eos diuideret. Veniunt igitur in hoc iudicium mala venena, sed corrumpenda, non diuidenda: vt benè explicat Accursius.

a *Tantundem.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad sententiam præcedentem. Nam neque magna differentia est inter mala venena & libros improbatæ lectionis, nisi quò d mala venena corpus, mali libri animum corrumpunt: Ob idque tantò periculosiores peioresque videri debent, quantò melior corpore ac pretiosior est animus. In eo numero ponit hîc Vlpianus libros magicos, sed addit benè idem esse de similibus. Qua adiectione vt erat ille Christianis infestissimus, quos & impostores vocat in *l. 1. § medicos infr de extraord. crimin.* haud dubiè libros intelligit ad Christianam religionem pertinentes, qui iam tum multorum manibus terebantur. Nos verò quotquot non minùs re quàm nomine Christiana professione censeri volumus, eos omnes intelligere debemus, qui aliquid vel tantillum hæreticæ prauitatis, aut atheismi redolent, & generaliùs omnes quotquot quacunque de causa sacrosancti Concilij Tridenti authoritate improbati sunt.

2 ¶ Sed & si quid ex peculatu, vel ex sacrilegio adquisitum erit, vel vi, aut latrocinio, aut adgressura: hoc non diuidetur.

Ad §. 2. Sed & si.

Ratio dubitandi. Quod ex scelere quæsitum est, ab heredibus restitui debet *l. 5. sup. de calumniat.* Ergo inter eos diuidi interim debet, vel ob hoc ipsum, vt sciatur quid & quãtum restituere quisquis debeat. Dec. Quod per iudicem familiç ercifcundç inter coheredes diuiditur singulis acquiritur in solidum potestate adiudicationis ex lege 12. tab. *§. vlt. Instit. de offi. iudic.* Absurdum autem esset authoritate legis vel iudicis acquiri dominium rei tam improbè acquisitæ, Cuius lucrum eadem lex heredibus extorquere velit, ne alieno scelere ditentur, nõ etiam dominium, quod nunquam habuerunt, iis eripere, *d. l. 5. de calumniat. l. quod diximus 16. in fin. quod met. caus. l. sicuti 38. de reg. iur.* Ita enim fieret vt secum lex pugnaret, haberetque peculatum, sacrilegium, latrociniũ, adgressuram, & alia si quæ sint atrociora scelera, pro legitimis modis acquirendi dominij si res istas haberet pro iis, quam essent in dominio, aut in bonis defuncti: Nam nec huiusmodi rerum societas vlla esse posset *l. nec prætermittendum 57. infr. Pro socio.*

3 ¶ Sed & tabulas [a] testamenti debebit aut apud eum, qui ex maiore parte heres est, iubere manere, aut in æde [b] deponi. Nam & Labeo [c] scribit, vendita hereditate tabulas testamenti descriptas deponi oportere. heredem enim exemplum debere dare, tabulas verò authenticas ipsum retinere, aut in æde deponere.

Ad §. 3. Sed & tabulas.

a *Sed & tabulas.* Ratio dubitandi. Tam heres est qui ex minore, quàm qui ex maiore parte heres est: nec enim maior aut minor pars hereditatis magis facit, minúsve heredem.

Dec. Cæteris paribus dignior est is qui ex maiori parte heres est, tanquam qui fuerit dilectior testatori. Aliàs præfertur senior iuniori, superior inferiori, & masculus fœminæ *l. vltim. infr. de fide instrument.*

b *Aut in æde,* scilicet sacra & apud æditum *l. cùm pater 77. §. donationis 26. de leg. 2.*

Ratio dubitandi. Nemini inuito suæ rei possessio auferenda est, quæ tamen aufertur per huiusmodi depositum, quod fit per speciem sequestri *l. licèt 17. in prin. depos.*

Dec. Fit hoc depositum custodiç tantùm causa, non sequestrationis; Et ideò nullum ex coheredibus priuat sua possessione *l. interesse puto 39. de acquir. possess.* Nec enim ponimus de tabulis ipsis quæstionem esse, ad quem pertineant, sed tantùm de earum custodia, apud quem manere & custodiri debeant: quòd si etiam per sequestrationis modum ea depositio fieret, videretur vnusquisque ex heredibus in solidum deposuisse, & ita voluntate sua possessionem amisisse *l. licèt in princ. l. propriè 6. iunct. §. vlt. l. præced. inf. depos.*

c *Nam & Labeo.* Ratio dubitandi. Id agitur inter emptorem & venditorem hereditatis, vt emptor loco heredis constituatur *l. 2. in princ. & §. cùm quis de hered. vel act. vend. l. emptor 5. C. eod.*

Dec. Qui semel heres fuit semper manet etiam post venditam hereditatem *l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus de minor. l. ei qui soluendo 88. de hered. instit.* Et ideò potest nihilominùs conueniri à creditoribus hereditariis *l. 2. C. de hered. vel act. vend.* nec vllam habet contra eos exceptionem, nisi cœperunt agere cum emptore *l. 2. C. de pact.* Æquum igitur est manere tabulas penes heredem, tanquam digniorem, & penes quem tabulæ testamenti esse soleant *l. 2. sup. de edend.* satísque est dari exemplum emptori, aut saltem in æde sacra deponi, vt in *vers. præced.* Itaque ratio dubitandi & decid. hîc eadem est. Sic dicimus instrumenta emptionis prædiorum per fideicommissum relictorum debere apud heredem testatoris remanere, præstita cautione de illis fideicommissario exhibendis quoties fuerit necesse *l. instrumenta 24. C. de fideicom.*

5. GAIVS libro 6. ad Edictum Prouinciale.

SI quæ sunt cautiones [a] hereditariæ: eas iudex curare debet, vt apud eum maneant, qui maiore ex parte heres fit: cæteri descriptum, & recognitum faciant, cautione interposita [b], vt, cùm res exegerit, ipsæ exhibeantur. Si omnes [c] iisdem ex partibus hæredes sint, nec inter eos conueniat, apud quem potiùs esse debeant: sortiri eos oportet, aut ex consensu, vel suffragio [d] eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in æde sacra [e] deponi debent.

Ad l. Si quæ sunt 5.

a *Si quæ sunt cautiones.* Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad §. *vlt. l. præced.*

b *Cautione interposita.* Ratio dubitandi. Descriptum & recognitum authoritate iudicis eandem vim habet, quàm exemplar ipsum authenticę scripturę.

Dec. Id obtinet inter eos inter quos iudex pronunciauit, non inter alios *Auth. si quis in aliquo. C. de edend. cap. 1. extr. de fid. instrum.* & ideò plerunque sunt necessariæ authenticæ scripturæ, præsertim si cum aliis coheredibus agendum sit, pura cum debitoribus aut creditoribus hereditariis *l. Pomponius 8. infr. hoc tit. l. vlt. inf. quemadm. testam. aperiant. l. 3. C. de diuers. rescript.* Itaque cautionum vsus hoc casu necessarius est vt & aliis penè innumeris. Iunge *l. procurator 7. C. de edend. l. si vt datam 26. C. de liber. caus. l. 2. infr. de fid. instrum.*

c *Stomines.* Ratio dubitandi. Cùm omnes ex iisdem partibus heredes sunt, nec inter eos conuenit apud quem esse debeant cautiones hereditariæ, præferendus est senior iuniori, superior inferiori, & mas fœminæ *vt sup. diximus ex l. vlt. inf. de fid. instrum.*

Dec. Potest fieri vt senior sit inferior aut etiam fœmina quo casu non facilè dici potest quis absolutè sit dignior. Ideoque forti committenda res est, vt & in *l. sed cùm ambo 14. supr. de iudic. l. vlt. in princ. C. comm. de legat.* Non tam quod iustum & bonum sit incerto fortis iudicio vnquam rem committi, quàm quod nihil æquius, aut melius dici possit, vt alia pleraque sunt in iure nostro, quorum melior ratio nulla reddi potest *l. quoties nihil 200. de regul. iur.*

d *Aut ex suffragio.* Semper enim iudex id sequi debet, de quo litigatores consentiunt *l. si conuenerit 26. inf. de re iud.* Ratio dubitandi. Iuris authoritas non est in voluntate & arbitrio collitigantium, adeóque nec iudicantium *l. ordinis 15. inf. ad municip.*

Dec. Non aliam ob causam datur iudex quàm vt litem dirimat etiam inuitis litigatoribus *l. inter stipulantem 83. §. 1. infr. de verb. oblig.* Sed si ex eorum voluntate & consensu id facere possit, tantò meliùs munere suo fungitur *l. 1. §. inde quæritur infr. de nou. oper. nunc.*

e *Vel in æde sacra.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. *vlt. l. 4. Iuge l. 1. §. si pecunia 36. & l. 5. §. vlt. inf. depos. l. si reus 7. sup. de procur.*

6. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

NAm ad licitationem rem deducere, vt, qui licitatione vicit, hic habeat instrumenta hereditaria, non placet neque mihi, neque Pomponio.

Ad l. 6. Nam ad licitationem.

Ratio dubitandi. Licitationum vsus in iure nostro frequentissimus est, non tantùm in publicis venditionibus, sed etiam in his potissimùm iudiciis Familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo: quoties nimirum aliqua res est hereditaria, aut commodam non recipit diuisionem *l. 3. & 5. Cod. Comm. diuid.* In eo autem numero sunt cautiones hereditariæ, quæ commodè diuidi non possunt, nec pars vnius cautionis potest tradi vni ex heredibus & alia pars alteri.

Dec. Iura quæ cautionibus continentur, non solùm sunt diuidua, sed etiam ipso iure per legem 12. tab. diuisa, vt dixi ad *l. 2. §. vlt. & l. 4. in princ. supr.* Nec tamen possunt exigi sine cautionibus, & instrumentis: Ita vt chirographo legato ipsa etiam actio & quantitas quæ per actionem exigi potest legata videatur *l. qui chirographum 59. de leg. 3. l. qui tabulas 27. inf. de furt.* Et ideò periculosum esset deponi cautiones hereditarias penes eum qui licitatione vicisset, quia in eius potestate esset licitando ius coheredum lædere, qui præ angustia fortè rei familiaris non possent ipsi licitando vincere, atque ita exactionem iis prohiberet, quod sanè durum & iniquum esset. Indeque est, quod creduntur esse licitationes odiosæ, nisi cùm sunt necessariæ, quia per licitationem fit, vt ferè semper vincat is, qui plus habeat, vel æris, vel caloris. Calorem enim licitationis solemus dicere *l. locatio 9. in princ. infr. de public. & vectigal.* qui calor plerumque inconsultus est *l. 2. C. de rebus cred. & iureiur. l. si filiam 19. C. de inoff. testamen l. si non conuicij 5. C. de iniur.* Et certè vix est, vt quod calore fit, fiat ratione *l. quicquid calore 48. de regul. iuris.*

7. VLPIANVS lib. 7. Stipulationum.

SI heres vnus, cùm sub conditione adiectum coheredem, aut apud hostes adiectum (eo) haberet, dixerit se heredem esse, & actione expertus vicerit, deinde conditio heredis extiterit, vel postliminio redierit: an victoriæ commodum debeat eum eo communicari? nam indubitatè iudicati actio ei insolidum competit, & electionem coheredi dandam, id est, aut communicandam eam, aut experiundi[a] faciendam potestatem huic, qui post victoriam coheredis effectus sit heres, aut reuersus sit in ciuitatem. Idemque obseruandum[b], si posteà natus sit posthumus. non enim his personis silentium imputari potest, cùm ad hereditatem post victoriam coheredis peruenerint.

Ad l. Si heres 7.

Ratio dubitandi. Res inter alios iudicata aliis etiam coheredibus, neque prodesse debet, neque nocere *l. 1. & pass. C. quibus res iudic. non nocet l. 1. & 3. Cod. res inter alios act. al. non noc.*

Dec. Coheres post victoriam apparens ex iudicato quidem agere non potest aduersus condemnatum, cùm ipse non vicerit, sed habet electionē an velit agere contra coheredem, eundemque victorem familię erciscundę iudicio, vt commodum victoriæ communicet, an verò pristina actione hereditaria contra victum, ac si nondum victus esset: Nam neque vinci iure potuit in solidum ab eo qui non nisi pro parte heres fuit, quandiu alius heres sperabatur *l. 2. sup. si pars hered pet at. l. 1. §. si ex tribus inf. de bonor. poss. contr. tabul. l. ex parte 25. infr. de solut. l. si solus 80. §. item si seruus inf. de acq. hered.* specialis si quidē est in conditionali assignatione liberti, vt pendente

condicione nulla interim eius ratio habeatur *l. sub condicione 10. inf. de assign. libert.* Cæterùm iudicati actio ei soli & in solidum competit, qui vicit.

a *Aut experiundi.* Ratio dubitandi. Qui iam condemnatus est in solidum, neque magis, neque in plus condemnari potest, ideóque tutus est exceptione rei iudicatæ si iterum conueniatur *l. 1. & tot. tit. de except. rei iudic.*

Dec. Euidenter iniquissimum est rei iudicatę exceptionem ei prodesse contra quem iudicatum est *l. euidenter 16. ill. eod. tit.* Multò magis si ab alio, quàm ab eo pro quo iudicatum est, conueniatur. Necenim ea exceptio habet locum inter alios, quàm inter quos iudicatum est *l. cùm quæritur 12. & seqq. eod.* Nam nec in condemnationem deductum videri potest nisi quod in iudiciū & actionem deductum fuit, nec rursus in iudicium nisi ius quod actor habuit, non etiam quod eius coheres, qui licèt eo tépore, quo iudicium exercebatur, nondum heres erat, quia condicio institutionis nondum extiterat, aut reuersus ab hostibus nōdum fuerat, tamen impleta post à quandocumque condicione, aut ex quo rediit in ciuitatem & adiit, iam inde ab initio, & ex die mortis coheres fuisse retrofingitur, tanquam eius non tam nullum esset ius, quàm suspensum per condicionem, aut postliminij fictionem *l. illa institutio 32. inf de hered. instit. l. pen. de suis & leg hered.* Est enim hîc casus ex illorum numero in quibus non nisi ex postfacto apparere potest quid anteà fuerit *l. quædam 15. inf de reb dub. l. qui res 98. §. 1. inf de solut.* Electio igitur danda est coheredi, non qui abfuit, sed qui vicit, vt benè interpretatur Accursius ex *reg. l. plerumque 10. §. vlt. de iur. dot.* an velit communicare victoriam suam coheredi, an malit pati vt coheres qui abfuit nūc primùm de iure suo experiatur. Non enim potest exceptio rei iudicatæ obijci ei qui nunquam egit, & cui tamen silentium imputari non potest, id est, cur alium agere passus sit, & alio agente siluerit, vt sequitur in fine huius legis.

b *Idémque obseruandum.* Ratio dubitandi. Posthumus antequàm sit editus non est homo *l. in lege 49. §. 1. ad leg. falc.* nec proinde heres esse potest ne quidem suus *l. vlt. inf de collat.* Ergo interim totum ius hereditatis pertinuit ad alium heredem, qui proinde potuit solus & insolidum agere, sibique soli victoriæ commodum comparare.

Dec. Posthumus quandiu nasci speratur, pro iā nato habetur in istis omnibus quæ ad ipsius commodum pertinent, puta in hereditatibus *l. qui in vtero 7. & l. qui in vtero 26. sup de stat. hom.* quæ res impedit ne coheres ei datus possit interim heres esse in solidum, manente scil. iure posthumi in suspenso, vt quandocunque natus possit & ipse heres esse. Ita fit vt ex postfacto appareat coheredem non fuisse heredem in solidum, licèt solus egerit & obtinuerit. Proinde agente in eam rem posthumo familiæ erciscundæ, electionem habet coheres, an velit suæ victoriæ commodum communicare, an pati vt posthumus experiatur ipse pro sua parte hereditaria. Sanè alterutrum cogitur eligere coheres, cùm non possit posthumo silentium imputari, vt nec alijs personis, de quibus modò diximus. Cur coheredem in solidum passi sint agere, quandoquidem post victoriam duntaxat coheredis ad hereditatem peruenerunt. Aliud enim dicendum esset si possent silentium illis imputari, id est, cur passi erunt coheredem in solidum agere, & eo agente siluissent *l. sæpe 63. versic. scientibus inf. de re iudic. Iunge l. 3. inf. de cond. indeb.*

8. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

POmponius scribit, si vni ex heredibus prælegarę fuerint rationes, non priùs ei tradendas, quàm coheredes descripserint Nam & si seruus actor (inquit) fuerit legatus: non aliàs eum tradendum, quàm rationes reddiderit. Nos videbimus numquid & cautio sit interponenda. vt, quotiens desideratæ fuerint rationes, vel actor prælegatus, copia eorum fiat. plerumque enim authenthicæ rationes sunt necessariæ actori ad instruenda ea quæ posteà emergunt ad notitiam eius spectantia: & necessarium est, cautionem ab eo super hoc coheredibus præstari idem Pomponius.

Ad l. Pomponius 8.

Ratio dubitandi. Ad eum ex heredibus cui rationes defuncti prælegatæ sunt, rationes illæ pertinent, partim iure hereditario, partim iure legati *l. miles ad sororem 87. §. 1. de leg. 2. l. in quartam 91 ad leg. falc.* Legatum autem tam cuò facit rem legatam legatarij, quàm hereditas heredis res singulas *l. legatum 80 de leg. 2* Nihil ergo interest coheredum.

Dec. Prælegati rationibus vni heredum, totum quidem commodum quod ex rationibus colligi potest ad legatarium pertinet, sed tamen interest coheredum habere rationum exemplum descriptum & recognitum, vt sint instructi, si quid fortè dimissi creditores petant, quod ex rationibus ipsis solutum fuisse appareat. Ratio enim nihil aliud est quàm vltrò dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solué di sui causa negotium, vt ex Labeone Vlpianus definit in *l. si quis ex argentariis 6. §. rationem, sup. de edend.* satisque prælegatario esse debet, quod rationes ipsas authenticas penes se habeat, vt nec consensu coheredum, nec priuilegio vllo, nec fortitione in eam rem indigeat. Ergo consequi poterunt coheredes officio iudicis familiæ erciscundæ, vt non prius ei tradantur tales rationes, quàm eas descripserint, nec enim vlla doli exceptione in eam rem opus est, quæ ipso iure inest actioni ex testamento non minus quàm omnibus bonæ fidei iudicijs *l si verò 21. §. 1. solut matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de leg. 1.* Sed & cautio interponenda est, vt quoties desideratæ fuerint rationes copia eorum fiat: Plerumque enim authenticæ rationes sunt necessariæ actori ad instituenda ea, quæ posteà emergunt, vt sequitur in textu, & nos iam diximus ad *l. si quæ sunt cautiones 5. sup hoc tit.* Vnde petenda est ratio dubitandi, itemque decidendi ad hunc locum. Multum namque interest inter exempla, & exemplum testamenti *l. vlt. insfr. testam. quemadm. aper. l. 3. C. de diuers. rescr.*

a *Nam etsi seruum.* Ratio dubitandi. Non potest seruus legatus retineri prætextu non redditarum rationum, quin fiat iniuria legatario, cùm nihil de eo testator dixerit *l. pen. C. expil. hered.*

Dec.

Dec. Nunquam intelligitur seruo remissa rationum redditio, nisi testator ita expressè dixerit, aut libertatem seruo purè legauerit, & interest heredum rationes reddi, antequàm seruus tradatur legatario, cuius ex alia parte interest potiùs rationes reddi si eas probè, & ex bona fide seruus gessit. Quòd si mala fide gestæ sint, interest etiam legatarij, vt perfidia serui derogatur. Quod autem vni prodest & alteri non nocet quidni facilè concedatur? *l. in creditore 38. in fin. de tut.* Sed & cautio etiam hoc casu interponenda est, vt quoties serui actoris prælegati præsentia desiderabitur, copia eius fiat, cùm possunt multa emergere ad notitiam eius spectantia, vt lex ait, & de quibus sine ipso benè instrui coheredes non possunt. Ponendum autem est cum Accursio ita prælegatas fuisse rationes, & ea mente tantùm vt essent penes prælegatarium, non etiam vt eius essent omnia in rationibus contenta, sed manerent illa communia, Alioqui nihil coheredum interesset, neque interesse posset, si totum rationum commodum & incommodum ad earum prælegatarium pertineret *l. seruum filij 44. §. cum qui chirographum de leg. 1. l. qui chirographum 59. de leg. 3. l. Labeo 2. sup. de pact.*

1 ¶Pomponius ait, columbas, quæ emitti solent de columbario, venire in familiæ erciscundæ iudicium: cùm nostræ sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos reuertendi. quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio. Idem & in apibus [a] dicitur.: quia in patrimonio nostro computantur.

Ad §. 1. Idem Pomponius.

Ratio dubitandi. Columbæ quæ emittuntur à columbario possunt ita euolare vt nunquam redeant, cùm feram habeant naturam *l. 5. §. pauonum. inf. de acq. rer. domin.* quo casu maneret in damno is cui ex columbæ in diuisione obtigissent.

Dec. Columbæ istæ tandiu in patrimonio nostro fiunt quandiu habent reuertendi consuetudinem, nec tantùm in dominio, sed etiam in possessione nostra esse intelliguntur, adeò vt si quis eas apprehendat furti actione teneatur, cùm tamen furtum nihil aliud sit quàm interuersio possessionis alienæ *l. 1. §. vlt. & pass. infra de furt.* Iunge *dict. §. Pauonum.*

a *Idem & in apibus.* Ratio dubitandi. Apium natura non solùm timida est, vt columbarum, sed quod magis est adeò fera vt si examen apium effugerit conspectum nostrum, statim nostrum esse desinat, si modò difficilis eius sit persecutio: & ab alio includi alueo citra furtum possunt, quia fiunt primi occupantis *d. l. 5. § apium, & seqq.*

Dec. Etiam apes quandiu aut conspectum nostrum non effugerunt, aut difficilis non est earum persecutio, in patrimonio nostro computantur *d. l. 5. § examen.*

2 ¶Sed & si quid è pecoribus nostris à bestia ereptum sit, venire in familiæ erciscundæ iudicium putat, si feram euaserit: nam magis esse, vt non desinat nostrum esse, inquit, quod à lupo eripitur, vel alia bestia, tamdiu, quamdiu ab eo fuerit consumptũ.

Ad §. 2. Sed & si quid.

Ratio dubitandi. Nemo dixerit manere nostrum quod auis transuolans ex area nostra, aut ex agro nostro transtulit, ac proinde statim fit occupantis *l. Pomponius 44. inf. de acq. rer. dom.*

Dec. Verius est ea quę ex bonis nostris capta sunt à marinis & terrestribus bestiis, tandiu nostra manere quandiu recuperari possunt, licèt in auibus, piscibus & feris verum sit quod diximus *d. l. Pomponius* propter difficiliorem eorum persecutionem, minúsque probabilem spem eas recuperandi. Porrò non prius contingit, vt recuperari posse desinant, quæ à marinis & terrestribus bestiis capta sunt, quàm ab ipsis fuerint consumpta, nec adeò impossibilis aut desperata est eorum persecutio.

9. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

VEniunt in hoc iudicium res, quas heredes vsuceperunt, cùm defuncto traditę essent. hæ quoque res [a], quæ heredibus traditæ sunt, cùm defunctum emisset.

Ad l. Veniunt 9.

Ratio dubitandi. In iudicio familiæ erciscundæ vertitur etiam quæstio dominij, quod scil. per mutuas rerum diuisarum adiudicationes hinc inde transferendum est *l. 1. sup.* Res autem alienæ defuncto traditæ nunquam in eius dominio fuerunt, nec proinde in dominio hereditatis, cùm dominium quod tradentis non fuit, transferri ab eo non potuerit *l. traditio 20. de acq. rer. dom. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* nec quod eædem res posteà vsucaptę sint, ad rem facere videtur, cùm id facto heredum non hereditati acceptò ferendum sit, arg. *l. in fideicommissaria 18. §. 1. l. debitor 59. in fin. l. si heres pecuniam 73. ad S. C. Trebell.* vnde esse videtur quod nec in hereditatis petitionem veniunt *l. non tantùm 19. §. 1. sup. de hered. petit.*

Dec. Res alienæ bona fide emptę per defunctum qui cœperat vsucapere fuerunt in bonis defuncti *l. prox. inf. l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* adeò vt earum quoque nomine Publicianam habere *l. 1. & tot. tit. sup. de Public. in rem act.* Quidni ergo venient in hoc iudicium post vsucapionem ab heredibus completam? quasi ex eodem tempore non tam ab heredibus ipsis acquisitæ intelligantur, quàm desiisse auferri & euinci heredibus posse. Prima enim acquisitionis causa inspicienda est, quæ à defuncto cœpit, licèt per heredes continuata sit, & completa vsucapio, arg. *l. hereditariarum 40. de oblig. & action. l. si finita 15. § Iulianus de damn. infect.* Et alia longè ratio est petitionis hereditatis, quæ pro huiusmodi rebus ab herede vsucaptis, ideò non competit, quod heres, idemque petitor hereditatis eam vindicare possit suo iure, ita vt nulla exceptio dari possit possessori *d. l. & non tantùm. § 1.*

a *Hæ quoque res.* Ratio dubitandi. Res bona fide emptæ,nec dum traditæ,non magis sunt in bonis, quàm in dominio emptoris, quia traditio illa est quæ dominium transferre sola potest, & bonitarium & quiritarium *l.3.sup si vsufr.petat. l. traditionibus 10.C.de pact.d.l.traditio 26.inf de acq.rer.dom.*

Dec. Traditio postmodum facta heredi,censetur facta vi & potestate venditionis, & in eius executionem *l.quadam mulier 77.sup.de rei vindic.l.si quis alienam 46.de action. empt.* Ideoque res ista auget hereditatem *l.si heres pecuniam 73.ad S.C.Trebell.* Id enim est quod dici solet à primordio tituli posteriorem formari euentum *l.vnic. C.de impon.lucrat.descript.lib. 10.tit.35.l.2.C.de acq poss.*

10. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

ITem prædia,quæ nostri patrimonij sunt,sed & vectigalia vel superficiaria,nec minus hæ quoque res,quas alienas defunctus bona fide possidet.

Ad l.10. Item prædia.

Ratio dubitandi nulla hîc est. Quid enim in iudicium hoc familiæ erciscundæ venire potest, si nō veniunt prædia quę sunt nostri patrimonij? Nam & familiam lex 12.tab. dixit pro patrimonio, vt cùm de familiæ emptore locuta est.

a *Sed & vectigalia.* Ratio dubitandi. Vectigalia prædia, & superficiaria non sunt in dominio & patrimonio nostro, cùm domini eorum non simus *l.1. sup si ager vectig.l.2.de superfic.*

Dec. Sunt tamen in bonis nostris,adeò vt eorum nomine vtilis quoque in rem actio competat *d.l.1. §.quod ait Prætor.de superfic.* Hoc verò sufficit vt in familiæ erciscundæ iudicium venire possint.

b *Nec minus.* Ratio dubitandi. Nihil commune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter 12. §. 1. de acquir.poss.*nec si bona fides cum possessione concurrat, nam vt quis bona vel mala fide possideat facti est *l.bona fides 48.§.1.de acq.rer.dom.* Dominium autem iuris *l.si quis vi 17.§.de acquir.poss.*

Dec. Bona fides tantùm possidenti præstat quãtum veritas,vbi lex impedimento non est *l.bona fides 136 de reg.iur.*vt cernere est in publiciana *§. namque.Instit.de action. & in fructibus percipiendis dict.l. bonæ fidei in princip.* Itemque quod pertinet ad hoc iudicium familiæ erciscundæ in quod veniunt omnia quæ in bonis defuncti fuerunt, vt proximè diximus: Fuerunt autem procul dubio in bonis defuncti eæ res quas ipse bona fide possidebat, cum earum nomine haberet etiam Publicianam *dict. §. namque.*

11. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

PArtum quoque editum & post aditam hereditatem.

Ad l. Partum quoque 11.

Ratio dubitandi. Partus editus non est in fructu *l.vetus fuit quæstio 68.sup. de vsufr. l.in pecudum 28. de vsur.* neque rursus est quid hereditarium, cùm non fuerit in rerum natura saltem in hominū natura tempore mortis defuncti,aut iacentis hereditatis: Ponimus enim editum fuisse post aditam hereditatem: Quo tempore nulla est hereditas, quę scilicet desinit esse per aditionem, fitque patrimonium heredis *l.heres 21. de vsucap.l.1.de separat.* Hæc autem actio non datur nisi pro rebus hereditariis *l. 1. supr. & pass hoc tit.* Dec. Partus editus,siue ante,siue post aditionem ex ancilla hereditaria, auget sine dubio patrimonium, quod fuit defuncti, & de quo diuidendo agitor, nec minùs accepto ferri debet rei hereditarię, quàm si esset in fructu, cùm nascatur ex ancilla hereditaria *l.in fideicommissaria 18.§. 1. infr. ad S.C.Trebell.*

12. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

ET post litem contestatam, Sabinus scribit in familiæ erciscundæ iudicium venire,& adiudicari posse.

Ad l.Et post litem 12.

Ratio dubitandi. Fructus percepti ex rebus hereditariis post litem contestatam non augent hereditatem: Ideoque nec veniunt in petitionem hereditatis principaliter & per se,sed tanquam accessiones rei petitæ, vnde est quod vsurarum additamenta non recipiuntur quomodo fructus percepti ante litem contestatam *l.heres furiosi 51.§.1.supr. de petit.hered.* Ea demum venire in hoc iudicium debet, quæ in petitionem hereditatis venirent, *arg l.1.§.1. sup.* Dec. Quicquid aut ex hereditate aut per occasionem hereditatis peruenit ad heredes, duntaxat dò non nisi tanquam ad heredes, venit in hoc iudicium,licèt tale sit quod in petitionem hereditatis venire non posset. Latiùs enim patet iudicium familiæ Erciscundæ quàm petitionis hereditatis hac parte,vt ex iis constat quæ diximus ad *l.veniunt 9.sup.iunct.l.& nō tantùm 19.§.1.sup.de hered pet.* Nec enim debet vnus ex heredibus lucrum aliquod ex hereditate suum proprium facere, sed tenetur communicate cæteris *l. ex parte 39.§. duos filios. iunct.l. & puto 16.§.sed & si infr.l.debitor 59.§.1.ad S.C.Trebellian.* Eiusmodi verò sunt partus editi & fructus quoque post litem contestatam percepti: Sed an intelliges de fructibus tantùm perceptis à tertio bonæ fidei possessore, qui aut petitione hereditatis, aut rei vindicatione conuentus fuerit ab heredibus, de quibus scil.dubitari magis poterat, an in petitionem hereditatis, & in hoc iudicium venirent, tanquàm qui hereditarij minùs viderentur, magisque propter contestationem quàm per hereditatem acquisiti? Fecerat enim illos bonæ fidei possessor suos sola perceptione *l. bonæ fidei 48.de acquir.rer dom.* nec vnquam aut defuncti fuerunt aut hereditatis. Nam de fructibus quos ipsi heredes ex rebus hereditariis perceperunt post litem in hoc iudicio contestatam vix est vt hic agatur, si quidem constat venire illos in hoc iudicium non solum officio iudicis, & ex die moræ, vt in cæteris omnibus bonæ fidei iudiciis, sed etiam vi actionis tanquam hereditatis:

ditatis: Adeóq; qui ante litem cōtestatam, Imò & ante aditam hereditatem percepti sunt ex fundis hereditariis, si modò percepti sint à coherede, qui sciebat fundos esse hereditarios *l. inter coheredes 44. § fructus.* iunct. *d. l. & paste 16. § sed & si inf. hoc tit.* Quātò magis illi venient qui percepti sunt ab herede tanquam herede post aditam hereditatem? Melius ergo est, vt de fructibus quibuslibet ac quoque tempore perceptis locum hunc intelligamus, dum de ad exclusionem eorum qui ante litem contestatam percepti sunt ab ipsis heredibus, de quibus vel nulla vel minor dubitatio est. Quamquam legi præcedenti cui hæc coniuncta est, conuenientius videtur, vt quemadmodum illa loquitur tantùm de partu edito post aditam hereditatem, ita & hæc restringatur ad partum editum, non modò post aditam hereditatem, sed etiam post litem contestatam inter ipsos coheredes, quorum alter fortè cōtendat ancillam esse suam quę peperit, cùm tamen ea post facto appareret esse hereditariam. Nam si non est hereditarius partus editus post aditam hereditatem, ideoque nec in hoc iudicium venire videbatur. Multò minùs ille qui editus est post litis contestationem quæ semper sequitur aditionem, cùm nō detur hoc iudicium nisi inter heredes iam factos. Et tamen dicimus vtrumque partum venire in hoc iudicium quia licèt hereditarius neuter sit, habet tamen vterque causam hereditariam, quoniam est ea ancilla hereditaria: Atque hic sanè geminus loci huius sensus est.

1 ¶ Idem erit, & si seruis hereditatis ab extraneo aliquid datum sit.

Ad §. 1. Idem erit.

Ratio dubitandi. Quod seruis hereditariis ab extraneo datum est nunquam fuit defuncti, nec hereditarium ab initio, neque ex vlla re hereditaria productum. Dec. Quod ab extraneo donatur seruo hereditario acquiritur hereditati, quę domini personam sustinet *l. inco 33. § fi. & l. seq. de acq. rer. domin.* Et consequenter fit hereditarium, ideoque in hoc iudicium venire debet. Nam quin res hereditariæ omnes in hoc iudicium venire debeant nulla dubitatio est.

2 ¶ Res, quæ sub conditione legata est, interim heredum est: & ideò venit in familiæ erciscundæ iudicium, & adiudicari potest, cum sua scilicet causa[a], vt, existente conditione, eximatur ab eo, cui adiudicata est, aut, deficiente conditione, ad eos reuertatur, à quibus relicta est. Idem & in statulibero[b] dicitur: qui interim est heredum: existente autem conditione ad libertatem perueniat.

Ad §. 2. Res quæ.

Ratio dubitandi. Legatum condicionale cuius condicio tandem extitit, quandocunque agnitum sit, retrofingitur non solùm ab initio purum fuisse, sed etiam, quod est consequens, ex die mortis defuncti translatum fuisse rectà via in legatarium *l. Legatum 80. de leg. 2. l. quadam 15. de reb. dub. l. à Titio 64. de furt.* Iunct. *l. potior 11. qui potior. in pignor. habeant.* Adeò vt idem dicendum sit etiam si heres medio tempore rem legatam alienauerit *l. seruo legato 69. §. 1. de leg. 1.* Ergo interim non potest venire in hoc iudicium.

Dec. Res sub condicione legata interim est heredis, cùm nondum sit legatarij *l. generaliter 29. §. 1. inf. qui & à quib. manum. l. arboribus 12. §. vlt. aliàs l. si fur supr. de vsufr. l. 1. §. serui appellatione 4. infr. de S. C. Silan.* Adeò vt neque interim sit creditoris, cui sub condicione legatum est *l. tui 42. de oblig. & act.* Nec eo minùs quid nostrum est, quod eius dominium à nobis abire aliquo casu possit, *l. non ideò 66. supr. de rei vindic. l. is cui via 11. §. 1. supr. quem. seruit. amitt. l. plerunque 205. de reg. iur.* Tenet igitur interim, & pendente condicione hæc adiudicatio: quamuis alienatio sit, quoniam necessaria est. Nec minus hodie post Iustinianl constitutionem in *l. vlt. §. pen. Cod. comm. de legat.* quàm olim, quoniam Iustiniani constitutio ad alienationes illas non pertinet, quæ & necessariæ sunt, *l. proxim. inf. l. filius familias 114. §. Diui 2. de leg. 1. l. si pignori 29. infr. hoc tit.* & legatarij ius existente quandocunque legati condicione non minuunt, quod hîc contingit.

a *Cum sua scilicet causa.* Ratio dubitandi. Rerum dominia neque ex tempore, neque ad tēpus transferri possunt *l. 1. de iur. dot.* vnde est quod hereditas neque ex tempore, neque ad tempus dari potest *l. heredi as 34. de hered. instit.*

Dec. Alienatio nunquam fit nec fieri potest nisi cum sua causa *l. alienatio 67. de contrahempt.* quia nemo potest in alium transferre plus quàm ipse iuris habeat *l. lex vectigali 31. de pignor. l. via constitus 23. §. si fundus sup. Rustic. prædior.* vulg. *l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Ergo si quando existat condicio legati, necesse est euanescere adiudicationem factam rei legatæ, & eximi ab eo cui adiudicata est, vt perueniat ad legatarium: aut deficiente condicione ad eos reuerti, à quibus relicta est.

b *Idem & in statulibero.* Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad sententiam proximè præcedentem de re legata sub condicione, Nam & statuliber interim, id est pendente condicione libertatis, pleno iure est heredis. Et tamen existente quandocunque condicione statutæ libertatis videtur iam inde ab initio liber fuisse, nec vnquam in heredis dominio mansisse *l. 1. & 2. l. statuliberum 9. in princ. & pass. de stat. liber. d. l. generaliter 29. §. 1. infr. qui & à quib. manum.*

13. PAPINIANVS lib. 7. Quæstionum.

ALienationes enim post iudicium acceptum interdictæ sunt, duntaxat voluntariæ: non quæ vetustiorem causam, & originem iuris habent necessariam.

Ad l. Alienationes 13.

Ratio dubitandi. Post acceptum iudiciũ litémque contestatam prohibitæ sunt omnes alienationes, ne sit in potestate alienantis duriorem facere causam & condicionem aduersarij *l. 1. de alien. iud. mut. caus. fact. l. 4 §. 1. de aqua & aqu. pluu. arcend.* Item quia per litis contestationem super causa dominij & proprietatis fit res litigiosa, neque potest alienari, quin contrahatur vitium litigiosi *l. 1. & Auth. litigiosa. C. de litig. l. 1. inf. eod. ill. tit.* Ergo non possunt in iudicio familiæ erciscundæ fieri tales adiudicationes, sed eæ solæ quæ fiant pendente legati condicione, & ante vllam litis contestationem.

Dec. Alienationes tãtùm eæ prohibitę sunt, quę sunt voluntariæ, non etiam quæ habent vetustiorẽ causam & originem iuris necessariam, quia semper iustè fit quicquid necessariò fit *l filiusfamilias 114. §. Diui 2 in fin. de leg. 1. l. peto 69. §. prædium. de legat. 2. l. 1. de fund. dotal.* Alienationes autem quæ fiunt per adiudicationem post acceptum familiæ erciscundę iudicium sunt huiusmodi, Habent enim causam vetustiorem & originem iuris necessariam, cùm ex lege 12. tabul. descendant ne cogantur coheredes manere in communione rerum hereditariarum *l. si pignori 29. inf. hoc tit.* Cùm igitur hæc lex legatur de alienatione illa necessaria, quæ fit non per existentiam condicionis legati, vt malè ponit Accursius, sed per adiudicationem, intelligimus frustrà quęri apud Accursium an idem iuris sit in alienationibus factis post motam controuersiam, & ante litem contestatam, cùm nulla nisi post contestationem fiat adiudicatio. Illud rursum quod notat Accurs. in iudiciis vniuersalibus esse generale, vt post motam de hereditate controuersiam etiã priùs quàm iudicium accipiatur, interdictæ sunt alienationes ex *l. Diuus 6. l. item veniunt 20. §. petitam. l. sed & si 25. §. si antè. sup. de petit. hered.* In cæteris verò iudiciis singularibus non nisi post litem contestatam *l. 1. in fin. C. Commun. diuid.* vereor ne non sit verum: alioqui debuerat Papinianus in hac lege loqui de mota controuersia non de accepto iudicio. Cùm hoc iudicium non minùs sit vniuersale quàm petitionis hereditatis. Est ergo ius illud speciale in petitione hereditatis, sicut & vt malæ fidei quis censeatur ex die motæ controuersiæ *d. §. si ante*: Nempe quia petitio hereditatis nullum fauorem meretur ex parte illius qui conuenitur, cùm titulum nullum habeat *l. regulariter 11. & seqq. supr. de petit. hered.* quod in aliis actionib. diuersum est, quę dantur etiam contra titulo possidentem, adeoque contra dominum, vt hęc familię Ercifcundæ contra coheredem, & Communi diuidundo aduersus socium quemlibet & conduisorem, cui proinde alienandæ portionis suę ius denegari non debet etiam post motam cõtrouersiam, dum ne lis sit contestata *d. l. portiones l. 3. C. de comm. rer. alien l. ante diuisionem 16. C. de iur. dot. l. dudum 14. C. de contr. & commit. stipul. & l. 1. C. Comm. diuid.* Illud certè constat alienationes etiam voluntarias ante motam controuersiam factas numquam esse interdictas, nisi fiãt aut in potentiorẽ, aut mutandi iudicij causa *l. 1. & tot. t. sup. de alien. iud. mut. caus. fact. & tit. C. ne lic. in potent. l. portionem 12. C. de donat.*

14. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

SEd & si vsucapio fuerię cœpta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam, & posteà implera fuerit: rem de iudicio subducit.

Ad l. Sed etsi 14.

Ratio dubitandi. Alienare videtur, & quidem voluntariè is, qui patitur rem vsucapi *l. alienationis 28. de v. sig. signif.* Iam autem diximus post acceptum iudicium familiæ erciscundæ interdictas omnes esse alienationes voluntarias.

Dec. Qui vsucapit acquirit rei alienę dominiũ, non ab eo, cuius res fuit, sed à lege, eoque respectu necessaria magis est alienatio quàm voluntaria, cũ fiat sola legis authoritate etiam inuito, adeoque ignorante & dormiente domino, nisi vsurpet ille & inte pellet vsucapientis possessionem, Ergo si quis tertius cœperat rem hereditariam vsucapere ante litem inter coheredes contestatam, non ideò interrumpetur aut impedietur vsucapio, quod posteà iudicium hoc familię erciscundę inter eos acceptũ sit, quęnec per iudicium cum ipso possessore acceptum interrumperetur *l. si post 18. supr. de rei vind.* Et consequenter post impletam vsucapionem subducitur ipso iure de hoc iudicio res hereditaria, tanquam quæ ab alio vsucapta hoc ipso hereditaria esse desierit. Sic in *l. si fundum 16. de fund. dotal. l. 1. infr. tit. prox. l. vlt. pro dote.* Quòd si iam desierat esse hereditaria, fortè vni ex coheredibus, à defuncto ipso, aut ab alio donata, aut vendita, vtique in hoc iudicium non veniet: quæ ratio & sententia est *l. heredes 25. §. quod pro emptor. iun. l. si quid contendis 45. in prin. inf. hoc tit.* Venit ergo in hanc actionem etiam id quod à neutro possidetur ex coheredibus, quod pro mirabili notat Accurs. ex *d. l. heredes. §. quantam. l. item Labeo §. vlt. & l. seq. infr. l. pen infr. tit. prox.* Nempe quia in his iudiciis familię erciscundæ & communi diuidundo agitur de dominio, non de possessione.

1 ¶ Vsusfructus an in iudicium deducatur, quæritur: vt puta, si deducto vsufructu fundus fuit ab heredibus legatus.

Ad §. 1. Vsusfructus.

Legendum est, *An in hoc iudicium.* Nam quin in iudicium vsusfructus deduci possit nemo dubitat, cùm eo nomine instituta sit actio in rem *de vsufructu.* de qua in *tit. sup. si vsusfr. petat.* Sed an in hoc iudicium veniat dubitari potuit.

Ratio dubitandi. Vsusfructus in iure consistit, non in corpore, neque in parte dominij, licèt emolumentum rei contineat *l. Meuius 66. §. fundo. de leg. 2. l. si à reo 70. §. si reo. de fideiuss.* Et præterea habet hoc speciale vt nihilominùs sit diuiduus, quamuis cęteręomnes seruitutes sint indiuiduę *l. 1. §. si vsusfructus. inf. ad leg. falc.* Ergo diuiditur ipso iure per legem 12. tab. sicut & ipsa nomina quę ideò in hoc iudicium non veniunt *l. 2. §. vlt. & l. 4. in prin. sup.*

Ratio decid. ponetur in *l. & pato 16. in prin. inf* vbi ad quęstionem hic propositam respondetur officio Iudicis familiæ erciscundę contineri, vt si volent heredes à communione vsusfructus discedere m otem eis gerat, cautionibus interpositis.

15. PAVLVS lib. 23. ad Edictum.

VEl si seruo hereditario vsusfructus legatus sit. nec enim à personis discedere sine interitu sui potest.

Ad l. Vel si seruo 15.

Ratio dubitandi. Ponitur in textu, quia vsusfructus alicui certæ personæ relictus, cùm sit seruitus personalis, non potest sine interitu sui ab ea persone discedere *l. Titio cùm morietur 51. sup. de vsufruct. l. 3. §. vlt. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Necesse autem esset discedere si in hoc iudicium veniret, quia eum vni ex coheredibus adiudicari eum oporteret in solidum, nolentibus coheredib. manere in eius communione, aut cedi proprietario, cui soli potest cedi *l. si vsusfructus 66. de iur. dot. & §. pen. Instit. de vsufr.*

Ratio decid. ponetur in *l. seq.*

16. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

ET puto officio iudicis contineri, vt, si volent heredes à communione vsusfructus discedere, morem eis gerat cautionibus interpositis.

Ad l. Et puto 16.

Respondetur ad quæstionem propositam in legibus præcedentibus, etiam vsumfructum venire in hoc iudicium, siue ipsis heredibus relictum sit per legatum proprietatis alij factum deducto vsufructu, vt 10 *l. antiquitas 14. C. de vsufruct.* aut aliter acquisitus. Nihil enim refert, siue seruo hereditario. Ratio est, quia vsusfructus licet sit iuris, constat tamen ex vtendo fruendo *l. vnic. sup. quand. dies leg. vsusfruct. ced.* quæ res facit vt non possit ipso iure diuidi per legem duodecim tabularum, cùm hominis factum requirat. Necessarium igitur est factum iudicis, vt si volent coheredes à communione vsusfructus discedere, iubeat eos sibi inuicem cauere, vt alternis diebus mensibus aut annis fruantur, Aut vni ex iis totum vsumfructum adiudicet, iubeat alium coheredem ei cauere de non impediendo, quo minùs fruatur. Itaque non aliter quàm interpositis cautionibus expediri hæc res potest *l. si cum 13. §. sed si inter. supr. de vsufr.* Iunge *l. commun. 7. §. cùm de vsufructu inf. tit. prox.* Diuisio vsus difficilior est, vt constat ex *l. item quamuis 10. §. 1. inf. eod. ult. tit.* vbi dicemus.

1 ¶Iulianus ait, si alij fundum, alij vsumfructum fundi iudex adiudicauerit, non communicari vsumfructum.

Ad §. 1. Iulianus.

Ratio dubitandi. Qui dicit fundum dicit proprietatem, nec nudam, sed plenam, vnde est quòd si quis vni leget fundum, alij vsumfructum ea mente vt prior legatarius non concurrat in vsufructu, errore labitur, & communicandus est inter eos vsusfructus *l. si alij 19. de vsufruct. legat. l. 3. §. non solùm. supr. de vsufruct. adcresc.* Debuit enim testator legare vni vsumfructum, alteri fundum deducto vsufructu, vt ea lex ait,

Dec. Aliud iuris est in testatore, aliud in iudice familiæ erciscundæ qui cùm datus sit ad diuidendas res hereditarias, malè officio suo fungeretur, si vni fundum adiudicaret, alij eiusdem fundi vsumfructum ea mente, vt vsusfructus inter coheredes communicaretur: cùm ad perimendum communionem datus sit, non ad difficultatem communionis augendam, vt in simili loquitur Vlpian. in *l. qui neque 8. §. vltim. infr. de reb. cor. qui sub tutel.* Alio enim iudice opus esset ad eundem vsumfructum diuidendum, adeoq; alio iudicio, quia iudicium familiæ erciscundæ ampliùs, quàm semel accipi non potest *l. si filia 20. § familiæ inf.* Idem tamen est in iudicio Communi diuidundo *l. si quis putans 6. §. antepenult. infr. tit. prox.* Iunge *l. vsusfructus 6. §. 1. supr. de vsufruct.*

2 ¶Vsusfructus & ex certo tempore, & vsque ad certum tempus & alternis annis adiudicari potest.

Ad §. 2. Vsusfructus.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad initium huius legis, quia dominium transfertur per adiudicationem *§. vlt. instit. de off. iudic.* quod porrò quamquam ex certo tempore transferri aliquando potest, tamen ad certum tempus numquam potest *l. 1.* vbi Cuiacius notat *l. si ego 9. § si res inf. de iur. dot.* adeò vt tolerabilius visum sit aliquibus casibus manere dominia rerum in pendenti *l. de hereditate 19. § vlt. inf. de castrens. pecul.* sed vsusfructus habet hoc singulare, vt alia pleraque, quod cùm sit temporalis, ne in perpetuum maneret inutilis proprietas, semper abscedente vsufructu, ad tempus quoque & ex certo tempore constitui potest *l. 4. de vsufru.* Et consequenter etiam adiudicari *l. vsusfructus 6. §. 1. eod.* sed tamen adhibito per iudicem remedio cautionum, vt constat ex *l. commun. 7. §. cùm de vsufructu infr. tit. 1. l. 2. in princip. & §. vltim. supr. quib. mod. vsusfr. amitt.* Aliarum seruitutum, quæ indiuiduæ sunt alia ratio est. Neque enim veniunt in hoc iudicium *l. heredes 25. § an ea infr. hoc tit.* iunct. *l. seruitutes 4. supr. de seruit. l. 1. §. si vsusfructus infr. ad legem falcid.*

3 ¶Id quod amnis fundo post litẽ contestatam, illuit, æquè venit in hoc iudicium.

Ad §. 3. Id quod amnis.

Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicium venire id quod post acceptum iudicium accidit *l. non potest 22. supr. de iudic.* vbi dicitur nona ideò opus esse interpellatione. Dec. Incrementum hoc quod fundo hereditario accidit

per alluuionem post litem inter coheredes contestatam, non facit rem nouam. Idem enim fundus est, qui erat antea, nisi quod auctus est ob incrementum illud latens, quod per alluuionem paulatim accessit. Quidni ergo veniet in hoc iudiciũ? Maximè cùm iudicium hoc non ampliùs quàm semel accipi possit *l. si filia 20. §. familiæ. inf. sic in l. si fundus 16. in princ. infr. de pignor.*

4 ¶ Sed & si dolo, vel culpa quid in vsumfructum ab vno ex heredibus factum sit: hoc quoque in iudicium venire, Pomponius ait. Nam & omnia quæ quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiæ erciscundæ veniunt. sic tamen, si quasi heres fecerit. Et ideò[a], si viuo testatore, vnus ex heredibus pecuniam sustulerit: in familiæ erciscundæ iudicium ea non venit: quia tunc nondum heres erat. vbi autem[b] quasi heres fecit, etsi aliam præterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiæ erciscundæ iudicio, Iulianus scribit.

Ad §. 4. Sed & si dolo.

Ratio dubitandi. Quod fit per dolum aut culpam vnius ex heredibus, nõ ab hereditate causam habet, sed à propria heredis malitia, Non ergo venire potest in hoc iudicium, si de eo nihil in formula iudicij dictum sit, maximè quod factum est circa vsumfructum, qui scilicet nunquam est hereditarius, nec nisi in re aliena potest consistere *l. 1. supr. de vsufr. l. 4. si vsusfr. pet.*

Dec. In omnibus bonæ fidei iudiciis dolus & culpa, quoties etiam de culpa quis tenetur æquitate sola iudicij vindicantur, & officio iudicis: vnde est quod dicere solemus, exceptiones doli, adeoq; pacti omnibus bonæ fidei iudiciis inesse *l. si verò 21. solut. matrim. l. huiusmodi 84. §. qui seruum. de leg. 1. l. 3. de rescind. vendit.* Omnia ergo quæcunque heres dolo malo, vel culpa fecerit, culpa inquam non qualibet ac leuissima, sed lata tantùm, aut leui ob non præstitam talem diligentiam in rebus communibus qualem præstare solet in rebus suis *d. l. heredes. §. non tantùm. infr.* siue circa hereditatem, id est, res hereditarias, siue circa vsumfructum, venire debent in hoc iudicium, si modò heres quasi heres fecerit, vt sequitur in textu. Nam hoc iudicium sicuti non potest locum habere inter alios, quàm coheredes *l. cùm putarem 36. infr.* Ita nec inter ipsos quoque coheredes, nisi quatenus coheredes sunt, nec nisi de eo quod quasi coheredes habent *l. heredes 21. §. quod pro emptore. infr.* Non igitur de alio teneri possunt, quàm de eo, quod quasi heredes fecerint. Itaque noli cum Accursio interpretari *quod quasi heres fecerit*, id est, inquit, cùm heres esset. Nihil enim vetat heredem iam factum aliquid facere, nec tamen facere quasi heredem, id est, vt Logici loquuntur, sub illa reduplicatione, & formalitate heredis. Nam & sic dicimus, vt fideicommissaria hereditas restituatur ex Trebelliano, & transferantur actiones, non sufficere vt heres rogatus sit hereditatem restituere, & restituerit, nisi etiam illud concurrat vt & rogatus sit, & restituerit quasi heres *l. mulier 22. §. vltim. infr. ad S.C. Trebellian.* Iunge *l. debitor 58. in fin. eod. ill. tit. l. qui erat 49. infr. hoc tit. l. si ex pluribus 18. in fin. inf. de hered. vel action. vendit.*

a *Et ideò.* Ratio dubitandi. Qui viuo testatore pecuniam subripuit, fecit vt tantò minùs hodie reperiatur in hereditate, tantoq; minorem ex hereditate portionem commodi coheres consequatur. Quidni ergo coheredi suo indemnitatem prçstare teneatur? aut cur dolum eius impunitum relinquemus? contra *l. procurator 11. §. 1. inf. de dol. except.*

Dec. Viuentis hominis neque heres, neque hereditas esse potest *l. 1. de hered. vel act. vend. l. 1. infr. Pro herede.* Ergo quod viuo testatore factum est dolo malo, etiam ab vno ex heredibus, non potest venire in hoc iudicium, quia eo tempore nondum heres erat, excipe tamen casum *l. heredes 25. §. si filius 19. infr. hoc tit.* id est, si filius cùm patrem defenderet condemnatus, aliquid soluerit. Non enim distinguimus an viuo adhuc an mortuo iam patre filius soluerit, cùm quicquid pro patre solutum est haberi tamen debeat, eo tandem & quandocunque mortuo, pro hereditario. Sed non similiter possis dicere habendam pro hereditaria pecuniam quam quis viuo testatore sustulerit. Neque verò videri potest quasi ab herede factum, quod à nondum herede factum est, vt sequitur in textu. Iunge *l. inter coheredes 44. §. fructus l. qui erat 49. infr. eod. d. l. si ex pluribus 8. in fin. de hered. vel act. vend.*

b *Vbi autem.* Ratio dubitandi. Nihil necesse est venire in hoc iudicium id quod heres etiam tãquam heres fecit, cùm alia competit actio per quam coheredis indemnitati possit consuli.

Dec. Quod vno eodemq; iudicio expediri potest, non facilè ad aliud remittendum est, aut in aliud tempus differendum, vt tantò citiùs lis expediatur, & litium materia minuatur *l. quidam existimauerunt 21. de reb. cred.* Et propter alias rationes positas in *l. singulis 6. infr. de except. rei iudic.* Nec enim quicquam vetat eiusdem rei nomine plures actiones siue ciuiles, siue criminales competere, vt electionem habeat actor qua experiri malit *l. cùm filius 76. §. variis de leg. 2. l. 1. §. 1. quod legat. l. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. act.* Neque ob id minùs debet quis vna actione teneri, quod etiam alia conueniri possit. De illo tantùm quæri potest an actio vna proposita consumat aliam, aut an qui ex vna soluit ex alia quoque soluere debeat, Qui tractatus ab hoc separatus est, suasq; habet distinctiones.

5 ¶ Denique ait, si vnus ex heredibus rationes hereditarias deleuerit, vel interleuerit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit, non minùs autem etiam familiæ erciscundæ iudicio.

Ad §. 5. Denique.

Ratio dubitandi. Cùm vnus ex heredibus rationes hereditarias deleuit, aut interleuit, tenetur eo nomine lege Aquilia *l. qui tabulas 42. supr. ad legem Aquiliam.* Dec. Etiam Familiæ erciscundæ iudicium in hanc rem competere & sufficere potest, cùm dolo malo factum sit circa res hereditarias ab vno ex heredibus, & quidem tanquam ab hærede.

Quæ

Quæ duo iuncta sufficiunt vt familiæ erciscundæ iudicio locus esse possit, vt proximè diximus *l. qui erat 49. versic. nam vt familia. infr.* Iunge *l. 3. infr. tit. prox.*

6 ¶ Item si seruus hereditarius propriam rem heredum vnius subripuerit, Ofilius ait, esse familiæ erciscundæ actionem, & communi diuidundo: furtiq; actionē cessare. quare agentem familiæ erciscundæ iudicio consecuturum, vt aut ei seruus adiudicetur, aut litis æstimatio in simplum offeratur.

Ad §. 6. Item si seruus.

Ratio dubitandi. Cùm seruus hereditarius subripuit propriam rem vnius ex heredibus, nullum coheredis factum, nulla culpa, nec dolus vllus intercedit, sed tantùm serui, cuius nomine si extraneo damnum is dedisset, ille ipse coheres in solidum conueniri posset. Hæc enim ratio est propter quam coheredi in coheredem actio legis Aquiliæ non competit *l. cùm seruus 41. sup. de noxal. act.* Nec rursum furti actio ne quidem noxalis, vt in eadem lege scriptum est, & ibi dixi. Non ergo teneri potest iudicio familiæ erciscundæ coheres innocens, cùm nihil ipse fecerit, tantùm abest vt quasi heres fecerit.

Dec. Tantò magis æquum est damnum hoc venire in familiæ erciscundæ iudicium, cùm alia nulla actione indemnitati coheredis consuli possit. Satis est enim, vt damnum hoc vnus ex heredibus passus sit facto serui hereditarij, & occasione hereditatis, æquumq; est consequi eum officio Iudicis, vt quasi hæc actio sit quodammodo noxalis, vel seruus ei adiudicetur, vt litis æstimatio ei inferatur, non quidem in duplum, vt in furti, nec manifesti actione eueniret, si seruus proprius vnius ex heredibus furtum fecisset, sed in simplum duntaxat, fauore scilicet societatis, quæ inter coheredes est, vt in *l. vltim. infr. de seru. corrupt. l. si seruus communis 61. in princip. inf. de furt.* Nec enim actiones istæ familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo vlla ex parte sunt pœnales, In quo actionum genere, quæ scilicet pœnales non sunt simplum duntaxat venit *l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus 4. supr. de hered. petit. d. l. si seruus communis.* Sanè illius furti nomine, quòd seruus communis ex alia etiam causa quàm hereditaria vni ex dominis fecerit, constat nec furti agi posse, sed Communi diuidundo *l. cùm seruus 41. vbi diximus supr. de noxal. action.* licèt ea actio sit quodammodo noxalis *d. l. si seruus.* Nam neque ex contractu serui agere possunt inuicem socij de peculio *l. nam inter se 20. infr. de pecul.* iunct. *§. vlt. leg. praeced.* Ex contrario autem si seruus proprius vnius ex heredibus aut condiuisoribus furtum fecerit, noxalis actio furti ex ea causa competet, quando quidem huius serui dolus in familiæ erciscundæ aut Communi diuidundo iudicium venire non potest, nisi si domini culpa in hoc fuit, quod seruū proprium non idoneum rei communi applicuerit *l. si quid contendis 45. §. 1. infr. hoc tit.* Iunge *l. vt tantùm 6. §. si seruus communis. inf. de seru. corrupt.*

17. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

DAmno commisso ab vno herede, conueniens est dicere, simpli habendam æstimationem in familiæ erciscundæ iudicio.

Ad l. Damno 17.

Ratio dubitandi. Cùm vnus ex coheredibus damnum ipse coheredi dedit suo corpore, non debet esse melioris condicionis, quàm si extraneo damnum dedisset, cùm tantò grauiùs puniendus sit qui fraternitatis ius læsit, quæ inter socios omnes quædam est *l. verum 63. inf. Pro socio.*

Dec. In hoc iudicio id tantùm agitur, vt indemnitati coheredum prospiciatur, non etiam vt eorum alterutri pœna aliqua irrogetur, vt dixi ad §. *vlt. l. prox.* Fit ergo hoc non fauore coheredis delinquentis, qui nullo certè fauore dignior est, sed ex qualitate & natura actionis, quæ nullo modo est pœnalis. Proinde damno commisso ab vno ex heredibus, siue ante, siue post aditam hereditatem ita fiet condemnatio in hoc iudicio, vt simpli tantùm æstimatio habeatur. Iunge *l. si seruus communis 8. supr. de noxal. act. l. item veniunt 20. §. cùm prædiximus. supr. de hered. petit.* Dixi siue ante, siue post aditam hereditatem, quia licèt ante aditionem, neque hereditas sit communia, neque seruus hic, qui est hereditarius, Causa tamen adeundæ hereditatis, id est delatio est communis, & ius ipsum adeundi. In quo differt hic casus ab illo, de quo in *d. l. si seruus communis.* Itaque facilius est vt hoc casu competat iudicium familiæ erciscundæ saltem vtile, vt Azo voluit, pro eo damno quod ante aditam hereditatem admissum est, cùm non ideò possit dici admissum ante vllam communionem.

18. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

HIs consequenter Iulianus ait: Si ex pluribus heredibus vni seruus sit generaliter per optionem legatus, & heredes Stichum tabulas hereditarias interleuisse dicant, vel corrupisse, & propter hoc renunciauerint, ne optaretur seruus, deinde optatus vindicetur: poterunt, si eis vindicetur, doli mali exceptione vti, & de seruo quæstionem habere.

Ad l. His consequenter 18.

Ratio dubitandi. Non facit dolo malo is, qui iure suo vtitur *l. nullus videtur 55. de reg. iur.* Vtitur autem iure suo coheres cui optio serui generaliter legata est, tùm quoque cùm optat hunc seruum, qui rationes hereditarias interleuisse dicitur, vel corrupisse. Potest enim ex omnibus eligere quem velit, *l. 2. & passim. de option. legat.* Et vbi optauerit vindicare *l. apud Aufidium 20. in fin. eod. ill. tit.* Non ergo ex exceptione doli repellendus est: Aut si dolus hic ali-

quis est, sufficit æquitas iudicij ad eum vindicandum, nec necessaria est doli exceptio, vt dixi ad *l. & puto 16. §. sed & si supr.*

Dec. Dolo facit coheres, idemq; legatarius optionis, qui seruum elig t quem sciuit per denunciationem factam à coheredibus, suspectum iis fuisse, quòd rationes interleuisset, aut corrupisset: sciebar enim de eo haberi quæstionem ex illa causa posse, futurumque, vt si eum optaret, de illo quæstionem habere coheredes amplius non possent suo & summo iure. Ergo doli exceptio ei opponi potest, si postquàm seruum hunc optauerit, velit eum vindicare, & habendam de eo quæstionem inhibest. Ideò autem necessaria est, quia iudicium familiæ Erciscundæ hoc casu locum habere non potest: Cùm hoc damnum coheredibus dederit coheres eligendo seruum hunc tanquam sibi legatum, non quasi heres, sed quasi legatarius optionis. Ea verò duntaxat io hoc iudicium veniunt quæ fecit coheres tanquam heres *d. l. & puto 16. §. sed & si supr.* Neqoe tamen hoc ita debet accipi, vt frustrà serui optio facta sit. Erit enim seruus hic legatario restituendus tanquam ritè optatus, vbi habita fuerit de eo quæstio: sed ad impediendam quæstionem inutiliter optatus intelligitur opposita doli exceptione :. Cuius tamen opponendæ nulla necessitas subesset, nullaque æquitas, si paratus esset coheres pati, vt de eo seruo optato ante omnia quæstio haberetur: Quid ergo si coheredes oullam denunciarionem fecerint coheredi legatario? Idem esse putat Accursius. Ego tamen dubito, qoia neque probabile est frustrà exigi ab Vlpiaoo denunciationem, neque potest videri dolo malo fecisse coheres, idémque prælegatarius, qui seruum hunc optauit, oesciens eum ratiooes hereditarias corrupisse, Potiúsque imputandum est coheredibus cur ei non denunriauerint, nisi ponas eum aliunde sciuisse: quo casu non magis fuit certiorandus qui iam certus fuit *l. 1. in fin. infr. de act. empt.*

1 ¶Sed, än in familiæ erciscundæ iudicium de morte testatoris, vel de morte vxoris liberorumq; suorum habebunt quæstionem heredes, quæritur. & rectissimè Pomponius ait, hæc ad diuisionem rerum hereditariatum non pertinete.

Ad §. 1. Sed an in familia.

Ratio dubitandi. Pussunt heredes habere quæstionem de seruo etiam legaro, ob deletas rationes hereditarias, vt *sup. prox.* dictum est, quantò igitur de morte testatoris vel vxoris, vel liberorum vnius ex heredibus?

Dec. In hoc iudicium non veniout nisi ea quæ ad rerom hereditariatum dioisionem pertioent, vt nomeo ipsum actioois demonstrat, in quorum numero noo est hoc de quo quærimus. Quid enim commune hsbet mots testatoris aut vxoris, aut liberorum vnius ex heredibus cum hereditate? Habent verò commuoe ratiooes hereditariæ, quæ deletæ dicuntut, aut aliter cortuptę à seruo hereditario prælegato. Sic in *l si maritus quondam 10. in fin. C. de donat. inter virum & vxorem.* Neque tamen hoc ita est accipiendum, vt cuiquam ex heredibus liceat negligere, & insuper habere vindictam defuncti. Alioqui portio aufferenda est ei tanquam indigno, & fisco applicaoda *l. 3. l. indigno 8. l. heredem 17. infr. de his qua vt indign. l. 1. C. eod.* Sed hoc ad ius eoheredum, & sd causam diuideodę hereditatis oil pertinet., quoniam sententia in eam rem necessaria est, fisco postulante, & suam intentionem probante. Non enim ablatio & vindicatio illa fit ipso iure, sed per sententiam *l. 3. l. minoribus 6. eod. tit. l. ex facto 43. § vlt. de vulgar. & pupill. subst.* Denique exceptio hæc esset de iure tertij, oec exclusiua iuris agentis, nisi si fiscus vellet: quæ exceptio noo solet nec debet admitti *l. 2. de except. rei iudic. l. loci 4. §. competit.* vbi d. xi *supr. si seruit. vindicet. l. bona fides 31. versic. quòd si ego. inf. deposit.*

2 ¶Idem quærit, si quis testamento cauerit, vt seruus exportandus veneat, officio familiæ erciscundæ iudicis contineri, vt voluntas defuncti non intercidat. Sed & cùm [a] monumentum iussit testator fieri, familiæ erciscundæ agent, vt fiat. Idem tamen tentat, [b] quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur: præscriptis verbis posse eos experiri, vt monumentum fiat.

Ad §. 2. Idem quærit.

Ratio dubitandi. Quod testator cauit in testamento, vt seruus aliquis hereditarius exportetur, ad rerum hereditariarum diuisionem non pertinet. Quid enim habet exportatio serui commune cum diuisione hereditatis? Ergo oou venit in hoc iudicium, vt *sup prox.*

Dec. Nihil tam congruit officio iudicis familiæ erciscundæ, quàm vt defuncti voluntatem conseruet *l filij 16.* iunct. *l. in ipsius 5. C. hoc tit.* Ergo is ad quem ex diuisione herediartatum rerum seruus hic pertinebit, cogendus est officio iudicis cauere de seruo, quem testator exportari voluit, exportãdo: scilicet nisi posteriora huius serui merita talia deprehendantut, vt ita domioi potuerit mitigari *d. l. in ipsius.*

a *Sed & cùm.* Rstio dubitsndi & decid. eadem quę ad sententiam præcedentem. Nec est contrariom quod scriptum est in *l. hereditas 50. §. 1. sup. de hered. petit.* Heredes stricto iure oulla actiooe teoeri ad monumentum testatori faciendum. Ibi eoim extruendi monumenti oous non heredibus iniunctum fuerat à testatore, sed bonæ fidei possessori per modum implendæ condicionis, quod longè diuersum est, Non eoim fit iure testameoti, & ex iudicio testatoris, quod fit condicionis implendæ causs *l. si quis sub condicione 8. inf. si quis omiss. caus. testam. l. Mæuius 55. in fin. de cond. & demonstr.* Nam quod Accursius ait plures hic fuisse heredes, ibi autem vnum duntaxat secundum distinctionem *l. Quintus 7. vers. Pomponius. infr. de ann. legat.* apertè conuincitur ex verbis illis pluralis numeri *d. l. hereditas. §. 1. nulla actione teneantur heredes.* Sanè distinctio quæ ponitur in *d. versic. Pomponius* optima & elegaos est, beoéque notanda.

b *Idem tamen tentat.* Ratio dubitandi. Actio præscriptis verbis nascitur ex contractu aliquo, & quidem innominato & ex negotio gesto *l.1.l.quoties 11. l.solent 15.& pass.de præscr.verb. l.iuris gentium 7.§.1.sup. de pact.* Non etiam ex testamento ex quo sanè inauditum est dari actionem præscriptis verbis, *l. verba contraxerunt 20 de verbor.signif.*

Dec. Per aditionem hereditatis quasi contrahitur, non tantùm cum creditoribus & legatariis, sed etiam inter heredes ipsos *l.1.§.heres quoque de oblig.& act.l.3.§.ult.& l.seq.inf.quib.ex caus.in possess.eat.* Et ideò cùm non detur hoc iudicium nisi in heredes, & inter heredes, ac proinde post aditam hereditatem, Mirum non est etiam actionem præscriptis verbis cum hoc iudicio competere, quippe cùm detur vt plurimum ad id quod interest *l.1.§.1.& seq. & pass.de præscr.verb.* Interest autem singulorum coheredum, vt monumentum fiat, & voluntati testatoris pareatur: Maximè cùm, vt lex ait, ius monumenti eos sequatur. Et ita hic locus intelligendus videtur non quasi inter testatorem & heredem videatur interuenire contractus quidam innominatus, vt nonnulli putant, aut quasi contractus, vt malè sentit Accursius, obtendens hîc nescio quam iuris necessitatem: quod certè vtrumque falsum & absurdum est. Neque rursum necesse est vt ponas cùm Bartolo, vnum ex coheredibus tradidisse portionem suam coheredi, eo pactu addito, vt faceret monumentum. Nam hoc quoque commentitium est. Planè si ponas diuisionem factam esse inter coheredes nullo accepto familiæ erciscundæ iudicio, non est dubitandum quin & actio familiæ erciscundæ inter eos competat *l. Quintus 7. vers.Pomponius de ann. legat.* & præscriptis verbis ex ipsa diuisione, quasi permutatione quadam facta inter eos certa lege, vt Papinianus loquitur in *l.si filia 20. §.si pater infr.* Diuisio enim sicut emptionis cuiusdam vim obtinet *l.1. C. comm.vtriusq.iudic.* Ita & multò magis permutationis: Et hunc malo huius loci sensum esse. Ponendum enim est in diuisione conuenisse quod semper conuenire solet, vt voluntati testatoris in omnibus pareatur & ab vnoquoque ex heredibus pro sua portione: quod qui non facit, certè placita detractat, ideòque non malè præscriptis verbis eo nomine conuenitur.

3 ¶Sumptuum, quos vnus ex heredibus bona fide fecerit vsuras quoque consequi potest à coherede ex die moræ, secundùm rescriptum Imperatorum Seueri & Antonini.

Ad §.3.Sumptuum.

Ratio dubitandi Iudicium hoc datur duntaxat ad diuisionem rerum hereditariarum, & indemnitatem inter coheredes præstandam; & ob eam nimirum causam sumptus ab vno ex heredibus factos in rem aliquam hereditariã ei restitui oportere nemo dubitat *l.filiæ cuius 18.C.hoc tit.* Alioqui locupletaretur vnus ex alterius iactura contra naturalem æquitatem *l.nam hoc natura 14. de condict.indeb. l.iure naturæ 206.De regul iur.* Sed vsuræ sumptuum alio iure censendæ videntur, cùm in lucro sint, potiùs quàm in causa indemnitatis *l.cùm quidam 17. §.si pupillo de vsur.*

Dec. Iudicium hoc bonæ fidei est *§.actionum Instit.de action.* In omnibus autem bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt ex mora *l.mora 32.§.in bonæ fidei l.vsura 34 l.videamus 38.§.pen.inf.de vsur.* Semper enim ex bona fide est vt mora nõ sit impunita, nec cuiquam prosit sua frustratio *l.hominem 37. inf.mandat.l.in condemnatione 173.§.vnicuique de reg.iur.* Veniunt ergo in hoc iudicium & sumptus bona fide facti ab vno ex heredibus in res hereditarias, & vsuræ sumptuum, iure præstationum personalium, vt ait Accursius ex *l.item Labeo 22.§.penult infr.* Sumptus quidem omnimodo, id est, etiamsi mora nulla facta sit, sed vsuræ sumptuum non nisi ex die moræ. Secundum rescriptum Imperatorum Seueri & Antonini: sumptus tanquam quid principale, quamuis non hereditarium: vsuræ verò non nisi tanquam accessiones.

4 ¶Celsus etiam illud eleganter adicit, coheredem, etsi non soluit, habere familiæ erciscundæ iudicium, vt cogatur coheres soluere: cùm aliàs non sit liberaturus rem creditor, nisi insolidum ei satisfiat.

Ad §.4.Celsus.

Ratio dubitandi. Hæc actio, vt modò diximus, datur ad indemnitatem, nulla verò indemnitas debetur ei ex coheredibus, qui nihil dum soluit, cùm nihil adhuc ei absit.

Dec. Interest vnius ex coheredibus etiam priùs quàm soluat, vt alius quoq; coheres pro sua etiam parte soluere iubeatur: Nempe quia non aliter possit liberari pignus, ne quidem pro parte vnius, quin satisfiat in solidum creditori. *l.heredes 25. §.idem iuris est & seq.inf.hoc tit.* Interest autem singulorum coheredum, vt pignus liberetur sicut & in *l.inter coheredes 44.§ pen.inf.* Cùm in eam rem comparata sit actio pignoratitia *l.si rem 9. §.omnis pecunia & pass.de pignor. act.* sicut enim pignoris causa indiuidua est *l. rem hereditariam 65.infr.de euict.* ita & luitio pignoris *l.quandiu 6.C.de distr.act.pignor. l.2. C.debit.vend.pignor.imped.non poss.*

5 ¶Si filiusfamilias patri heres pro parte extitisset, & à creditoribus peculiaribus conueniretur: cùm paratus sit soluere id omne, quod debetur per doli exceptionem, consequetur à creditoribus mandari sibi actiones, sed etiam familiæ erciscundæ iudicium cum coheredibus habet.

Ad §.5.Si filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Creditores peculiares filii, sunt creditores solius filii, non etiam patris, nisi hactenus, vt actione de peculio possit pater quoq; conueniri ad finem vsque peculij, *l.1.l.si quis cum filiofamilias 43.& tot.tit.de pecul.* Peculium autem de fi-

nit esse peculium morte patrisfamilias, quia ex eo instanti qui erat filiusfamilias desinit esse filiusfamilias, cùm fiat ipse paterfamilias: porrò paterfamilias peculium habere nunquam potest.

Dec. Moriente patrefamilias, sicuti desinit esse peculium, ita & cum hereditate confunditur, fitq; hereditas quod anteà erat peculium *l. certi 13. C. hoc tit. l. filia licet 12. C. de collat.* Et quidem cum suo onere, id est, ita vt nullum creditoribus peculiaribus præiudicium fiat, ne ratio iuris damno afficiat eos qui sibi diligenter prospexerunt *l. 3. infr. de separat.* Perinde ergo creditoribus peculiaribus soluendum est, atque si peculiares mansissent, sed à debitore quidem ipso in solidum, ab aliis verò patris heredibus pro portionibus hereditariis, & quatenus duntaxat fuit in peculio.

a *Per doli exceptionem.* Ratio dubitandi. Nullus videtur dolo facere qui iure suo vtitur *l. nullus videtur 55 de reg. iur.*

Dec. Dolo facit creditor qui actiones sibi competentes mandare non vult ei à quo solutionem totius debiti accepit, cùm id sine vllo suo incommodo, & dispendio facere possit *l. in creditore 38 inf. de euict.* Planè si nollet hic filiusfamilias solidum soluere, sed partem duntaxat hereditariam non esset audiendus, cùm solidum ipse debeat ex persona propria *d. l. si quis.*

b *Sed etiam familiæ.* Ratio dubitandi. Filiusfamilias qui pro parte tantùm heres est patris, non tenetur soluere ex causa hereditaria nisi partem suam debiti *l. 1. C. si cert. petat. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. sec. deb.* sibiq; debet imputare si totum soluerit. Ergo nullam eo nomine actionem habere debet contra coheredes, cùm si in solidum à creditoribus peculiaribus conueniatur, non tanquam heres conueniatur, sed tanquam ipse obligatus *d. l. si quis cum filiofamilias 44. infr. de pecul.*

Dec. Peculium filijfamilias per mortem patris desinit esse peculium & fit hereditas, vt diximus ex *d. l. certi 13. C. hoc tit. l. filia licet 12. C. de collat.* Et consequenter obligatio quæ fuerat peculiaris fit hereditaria, ideoq; communem heredum omnium rem gerit, cùm totum soluit, quia soluit totum debitum hereditarium, nempe si ponas quod hîc necessariò ponendum est, fuisse in peculio, vnde totum solui posset, vt in *l. frater à fratre 38. vers. idq; maximè. infr. de condict. indeb.* Alioqui soluendo quod ipse solus ex propria persona deberet, solueret vtiq; plus quàm ab hereditate ipsa, & à coheredibus deberetur.

6 ¶Cùm vnus ex heredibus legatum exsoluit ei, qui missus fuerat in possessionem legatorum seruandorum causa: putat Papinianus, & verum est: familiæ erciscundæ iudicium ei competere aduersus coheredes: quia non aliàs discederet legatarius à possessione, quam vice pignori erat consecuturus, quàm si totum ei legatum fuisset exsolutum.

Ad §. 6. Cùm vnus.

Ratio dubitandi. Heres ex parte non tenetur soluere legatum nisi pro parte *l. 2. in fin. inf. de stipulat. Prætor.* Ergo si soluat totum, non debet eo nomine habere iudicium Familiæ erciscundæ. sed potiùs agere negotiorum gestorum *l. si quis putans 6. § fine autem. vers. cæterùm. inf. tit. 1.*

Dec. Iudicium familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, habet locum quoties vnus ex heredibus id gessit sine quo partem suam rectè administrare non potuit *d. § cæterùm.* Atqui cùm legatarius missus est in possessionem seruandorum legatorum causa, nanciscitur ius prætorij pignoris in rebus hereditariis omnibus custodiæ causa *l. is cui 5. § quæri poterit 21. & tot. tit. infr. vt in possess. legat. l. si quis ante 10. § 1. de acquir. poss. l. cùm legatorum 12. quib. ex caus. in possess. eat.* nec cogi potest legatarius, vt priùs de possessione discedat, quàm totum legatum ei solutum fuerit, Ergo coheres soluendo totum legatum habere debet hoc iudicium tanquam qui non potuerit partem suam liberare, quin coheredis partē etiam liberaret *l. si communem 40. supr. de neg. gest.* Obseruandum tamen est, quod nemo obseruat, hodie huic §. locum non esse, quia legatario non consulitur per pignus prætorium, cùm habet tacitam hypothecam, eamq; diuiduam ex *l. 1. C. comm. de leg.* Ideoq; non cogitur coheres totum legatum soluere vt partem suam liberet pignoris illius taciti, quod pro legatis Iustinianus dedit.

7 ¶Sed & si quis Titio debitum soluerit, ne pignus veniret: Neratius scribit, familiæ erciscundæ iudicio eum posse experiri.

Ad §. vlt. Sed & si quis.

Ratio dubitandi & decidendi, eadem quæ ad §. proximè præcedentem, quia personali actione non tenetur coheres nisi pro parte, nec tamen pignus potest luere nisi soluat totum *l. heredes 25. §. idem obseruatur. infr. hoc tit. l. 1. & 2. C. si vnus ex plur. hered.* propter indiuisam pignoris causam *l. rem hereditariam 65. infr. de euict.*

19. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

ITem ex diuerso similiter prospicere iudex debet, vt quod vnus ex heredibus ex re hereditaria percepit, stipulatusue est, non ad eius solius lucrum pertineat. Quæ ita scilicet consequetur iudex: si aut repurationes inter eos fecerit, aut si curauerit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda & incommoda.

Ad l. Item ex diuerso 19.

Ratio dubitandi. Coheres qui aliquid percepit, aut stipulatus est ex re hereditaria supra suam partem, potest cōueniri actione negotiorū gestorum à co-

à coheredibus: Ergo nõ est necessarium iudicium familiæ erciscundæ, vt lucrum eis communicare cogatur. Præsertim cùm actio hęc sit introducta ad diuidendum non ad communicandum *l.1.& 2. sup.* & vt perimatur communio non vt difficultas communionis augeatur, quomodo loquitur Vlp. in *l. qui neque 8. in fin. inf. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt.*

Dec. Non competit hoc casu actio negotiorum gestorum, quia coheres, cùm percipit lucrum aliquod, aut stipulatus est ex re hereditaria, non id facit animo gerendi negotii coheredis, sed tanquam heres aut saltem occasione hereditatis, quæ inter eos cõmunis est, Et ideò necessarium est Iudicium familiæ erciscundæ, vt lucrum coheredibus communicet. Prospicere igitur Iudex debet, vt cautiones interponantur ad communicanda, subindeque statim diuidenda inter coheredes commoda omnia, aut vt fiant reputationes eorum omnium quę sibi inuicem coheredes præstare debent *l. in iudicio 47. inf. hoc tit.* Sufficit enim vt ob rem communem aliquid ad coheredem perueneri, quod sanè eius solius lucro cedere æquum non esset. Idemque inter alios quoslibet socios & condiuisores iuris est *l. si ex re commun. 19 sup. de noxal. act.*

20. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

SI filia nupta, quæ dotem conferre debuit, per errorem coheredum ita cauit, vt, quod à marito accepisset, pro partibus hereditariis solueret: nihilominus arbitrum familiæ erciscundæ sic arbitraturum Papinianus scribit, vt, etiam si constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos. nam imperitia (inquit) coheredum, iurisdictionis formam mutare non potuit.

Ad l. Si filia 20.

Ratio dubitandi. Potest quilibet renuntiare iuri suo, & pro se introducto *l. pen. C. de pact. l. si iudex circumuento 41. sup. de minor.* Atqui filia quæ ita cauit vt quod à marito recuperasset, pro hereditariis partibus coheredibus solueret, videtur tacitè conuenisse, vt constante igitur matrimonio nihil conferret, nec rursum si prior ipsa in matrimonio moreretur: Nec enim fieri poterat, vt à viro quicquam recuperaret mulier, quæ ante virum decessisset: Quandoquidem inclusio vnius casus exclusio est alterius *l. si cùm dotem 22. in princ. inf. solut. matrim. l. inter socerum 26. §. cùm inter inf. de pact. dotal.*

Dec. Imperitia coheredum qui per errorem ita stipulati sunt à filia, cùm dotis collationem omnimodo, id est, in omnẽ casum stipulari debuissent, non potest mutare formam iurisdictionis prætoriæ, quæ illa est vt dotem oporteat conferri à filia etiam constante matrimonio, si modò velit ipsa esse heres patris, nec minùs ab heredibus filiæ si post declaratam succedendi voluntatem filia decesserit, & ante factam collationem *l. 1. vlt. & pass. inf. de collat. dot. l. dotis quidem §. C. de collat.* Error namque imperitiam detegit nec habet consensum *l. si quis per errorem 15. supra de iurisd. l. sed hoc ita 20. infra de aqua & aqu. pluu. arc.* videtur autem per errorem factum quoties quis fecit id, ad quod non tenebatur, nisi prudens & sciens fecerit, id est, sciens se non teneri *l. 4. §. vlt. sup. si quis caution. l. quòd quis sciens 50. infra, De condict. indeb.* Nam nec facilè quisquam credendus est ius suum remittere voluisse, vulg. *l. cùm indebito 25. inf. de probat.*

1 ¶ Si filiusfamilias iussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum præcipere, sed & si [a] in rem patris verrit, idem placet, &c, si de peculio [b], peculium præcipiet. & ita Imperator noster rescripsit.

Ad §. 1. Si filiusfamilias.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias etiam iussu patris obligatus tenetur proprio nomine & quidem in solidum *l. si quis cum filiofamilias 44. inf. de pecul.* licèt pater quoque ipse in solidum teneatur *l. 1. infra, quod iuss.*

Dec. Cum eo quodammodo contrahitur qui iubet *d. l. 1.* Ideoque pater videtur debere quod filius iussu patris debuit, & consequenter indemnis eo nomine præstandus filius est à coheredibus iudicio familiæ erciscundæ: quemadmodum & ab ipso patre indemnis præstandus esset si pater viueret, ab filio contra patrem agere liceret, quod eueniret si filius posteà emancipatus proponeretur: Nam nec Prætor in eum emancipatum dat actionem de eo quod iussu patris contraxerit, nisi in quantum facere potest *l. 2. infra quod cum eo l. si dubitet 10. § filiusfamilias infra de fideiuss.* Denique quoties patris æs alienum fuit, quod filius soluit, actionem familiæ erciscundæ habere eo nomine debet, §. idem scribit infra hac lege l. hic consequenter 18. §. si filius supra.

a *Sed & si.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad versic. præced. Nam filius qui pecuniam mutuam accepit nõ eo minùs tenetur in solidum, quòd in rem patris verterit pecuniam *l. & tot tit. de in rem vers.* Ea namq; res patrem obligat, nõ filium liberat, vt in *l. 2. ad fin. sup. de noxal. act.* Sed tamen eodem iure censeri debitum æquum est, ac si patris solius fuisset ne ex filij iactura patet aut paterna hereditas locupletaretur *l. nam hoc natura 14. de condict. indeb. & l. iure naturæ 206 de reg. iur.*

b *Et si de peculio.* Ratio dubitandi. Peculium est veluti proprium patrimonium filij *l. 5. §. peculium l. peculium 39. inf. de pecul.* Ergo si de peculio filius cõtraxerit, de proprio patrimonio videtur contraxisse, vt proinde solus teneri eo nomine debeat, ac si de alia qualibet pecunia sua contraxisset, Non etiam de peculio, quod mortuo patre factum est hereditarium, & pecunia quę erat peculiaris facta hereditaria, vt dixi ad *l. hic consequenter 18. §. si filiusfamilias supra ex l. certi 13. C. hoc tit. l. filiæ licet 12. C. de collat.*

Dec. Peculium licèt sit filij, magis tamen est patris *l. 5. §. sed vtrum & l. patri 27. in princip. supr. de minor.* Debet igitur filiusfamilias peculium præcipere officio arbitri familiæ erciscundæ, si de peculio sit obligatus, vt habeat etiam de peculio vnde soluat: Quasi sit hoc ex tacita patris voluntate. Non enim

expressam duntaxat, sed etiam tacitam & præsumptam patris voluntatem inter liberos sequi arbiter huius iudicij debet *l. filia cuius 18. C. h. tit.* Nam & debitum quod erat peculiare, factum est per mortem patris hereditarium *d. l. certi d. §. si filiusfamilias & l. frater à fratre 38. inf. de cond. indeb.*

2 ¶ Hoc amplius, filiusfamilias heres institutus dotem vxoris suæ præcipiet, nec immeritò: quia ipse onera matrimonij sustinet. integram igitur dotem percipiet: & cauebit defensum iri coheredes, qui ex stipulatu possunt conueniri. idem, & si aliis [a] dotem dedit, & stipulatus est. nec solùm vxoris suæ [b] dotem: sed etiam filij sui vxoris, quasi hoc quoque matrimonij onus ad ipsum spectet, quia filij onera, & nurus ipse agnoscere necesse habet. Præcipere autem [c] non solum patri datam dotem filium oportere, verumetiam ipso filio, Marcellus scribit: sed filio datam tamdiu, quamdiu peculium patitur, vel in rem patris versum sit.

Ad §. 2. Hoc amplius.

Ratio dubitandi. Dos filiofamilias data acquiritur patri, qui ob eam causam soluto matrimonio dotem reddere cogitur *l. si cùm dotem 22. § transgrediamur inf. solut. matrim.* & si interim decedat relinquit omnes heredes suos ad restitutionem dotis obligatos ex stipulatu, si stipulatio intercesserit, quæ olim ferè semper intercedebat de dote restituenda, eaque dicebatur dos recepititia, si data erat ab extraneo, vel profectitia, si à patre profecta, ad quem etiam soluto matrimonio reuertebatur *leg. profectitia 5. in prin. §. pen. & l. seq. inf. de iur. dot. l. 4. C. solut. matr.*

Dec. Filiusfamilias maritus mortuo patre fert solus onera sui matrimonij pro quibus fœdis dos data est *l. pro oneribus 10. C. de iur. dot.* Integram igitur eam præcipere filium æquum est *l. actione 65. §. vlt. inf. pro soc.* quia ibi dos esse debet vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui 56. §. ibi dos de iur. dot.* Dummodò caueat heredibus de iis defendendis, si ex stipulatu conueniantur.

a *Idem & si aliis.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad versi. præced. Est enim hic versiculus de dote recepititia, præcedens verò de profectitia: Dos enim aduentitia si non & recepititia sit, remanebat olim penes maritum: hodie non temenet propter tacitam illam stipulationem, quam Iustinianus finxit ex parte mulieris interpositam fuisse & ab ipsa muliere *§. accedit C. de rei vxor. act.* Et vtriusque ratio hac parte eadem est, etiam hodie constante matrimonio, quia ibi dos esse debet vbi sunt onera matrimonij *l. 3. §. emancipati infr. de collat. l. 2. C. hoc tit. l. si maritus 46. & l. fundus qui dotis 51. in pr. infr. eod. d. l. si is qui 56. §. ibi dos infr. de iur. dot.* Et illo etiam casu quo mulier fingitur stipulata esse dotem à marito, tantò æquius est maritum eundemque coheredem in diuidenda hereditate dotem præcipere, vt eam possit ipse vel ipsius heredes quandocunque soluto matrimonio reddere.

b *Nec solum vxoris suæ.* Ratio dubitandi. Filij mei vxor, mea vxor non est, nec filius meus heres patria mei: Ergo non possum præcipere dotem vxoris filij mei iudicio familiæ erciscundæ, quod non habet locum nisi inter coheredes.

Dec. Eadem quæ in versic. præced. Quod hoc quoque matrimonij onus spectet ad filium, quia filij sui onera & nurus suæ pater agnoscere cogitur.

c *Præcipere autem.* Ratio dubitandi. Dos filiofamilias non patri tradita, debetur à filio non à patre, si neque iussu neque voluntate patris data sit, cùm filiusfamilias ex omnibus causis rectè obligetur *l. filiusfamilias 9. infr. de oblig. & action. l. Pomponius 35. infr. hoc tit.*

Dec. Tenetur quidem filiusfamilias hoc casu in solidum, sed tamen tenetur etiam pater quatenus est in peculio vel filius in rem eius vertit *l. si cùm dotem 22 §. pen. inf. solut. matr.* sicuti si ex quolibet alio filiifamilias contractu pater conuenitetur *l. tam ex contractibus 57. sup. de iudic.*

3 ¶ Si pater in filios, sine scriptura, bona diuisit, & onera æris alieni pro modo possessionum distribuit: non videri simplicem donationem, sed potiùs supremi iudicij diuisionem, Papinianus ait. Planè, inquit [a], si creditores eos pro portionibus hereditariis conueniant, & vnus placita detractet, posse cum eo præscriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint: scilicet si omnes res diuisæ sint.

Ad §. 3. Si pater.

Ratio dubitandi. Donatio simplex est quæ nullam habet causam *l. pen. §. 1. C. de collat.*

Dec. Hæc donatio intelligitur facta ob eam causam vt filij inter quos bona à patre diuisa sunt soluant creditoribus: vt ex eo apparet quòd pater & bona & onera æris alieni pro modo possessionũ inter filios distribuit. Non igitur simplex, id est, irreuocabilis & inter viuos donatio est, sed potiùs supremi iudicij quædam diuisio, & proinde censenda inter vltimæ voluntatis, vt eam reuocare pater pro arbitrio possit, nec ad eam lex Cincia pertineat quæ donationibus simplicibus & inter viuos certum modum imponebat *l. si pater 34. inf. l. Aquilius 27. infr. de donat.* Atque ita locus hîc accipiendus est, non modò post Azonem videtur accepisse Accursius, quasi hæc donatio sit inter viuos, non tamen simplex sed ob causam: quemadmodum si pater viuus donasset bona sua filio emancipato ea lege vt creditoribus satisfaceret, vt in *l. cùm res 22. C. de donat.* Cuius tamen species ab hac longè diuersa est. Ibi enim valuit donatio tanquam inter viuos, & irreuocabilis. Hic verò non nisi tanquam supremi iudicij diuisio, & iure vltimæ voluntatis. Ibi datur actio præscriptis verbis ex pacto donatoris, & ipsi donatori contra donatarium. Hîc verò coheredi aduersus coheredem ex pacto quodam tacito inter eos habito, cùm diuisioni à patre factæ consenserunt: huic non valde dissimilis donatio

tio illa est, de qua idem Papinianus noster in *l. cùm pater* 77. §. *à filia de leg.* 2.

a *Planè inquit.* Ratio dubitandi. Non coguntur creditores sequi diuisionem bonorum & æris alieni præscriptam à testatore, cùm diuisæ sint actiones ipso iure per legem 12. tab. pro portionibus hereditariis *l.* 1. *C. si cert. petat. l. vlt. C. de her. act. l.* 1. *&* 2. *C. vbi vnus ex plur. hered.* Nec igitur cogendus vnus ex filiis quicquam soluere supra portionem suam hereditariam.

Dec. Nulla quidem eo nomine actio est creditoribus hereditatis contra filios sed filij agnoscendo patris hereditatem, supremamq; ipsius iudicij diuisionem; videntur secum inuicem contrahere, & quasi certa lege permutationem facere: scilicet cùm res omnes hereditariæ à patre diuisę sint, quo casu videtur pater functus quasi officio arbitri, vt in *l. si pater familiar* 33. *inf.* Alioqui necessarium est inter eus iudicium familiæ erciscundæ, si quid indiuisum remanserit, vt id nimirum diuidatur: In qua diuisione poterit arbiter, & debebit officio suo ita prospicere coheredi, qui partis voluntati satisfacere paratus sit, vt non sit ei necessaria futura actio præscriptis verbis, cùm per retentionem rerum, quæ indiuisæ manserunt, possit caueri vt voluntati testatoris pareatur. Accursius verò hoc quoq; non intellexit, qui putat si res omnes diuisæ non sint competituram coheredi aduersus coheredem vtramque actionem & familiæ erciscundæ, & præscriptis verbis, contra quàm proculdubio hic innuere Papinianus videatur. Cur enim adderet *scilicet si res omnes diuisæ sint*, si etiam non diuisis rebus omnibus idem esse existimaret, præsertim cùm dictio, *scilicet* apud prudentes nostros sit taxatiua & restrictiua, quod nec interpretes nostri diffitentur, ac si scriptum esset *sed hoc ita demum.* Ergo si vnus ex ipsis placita decreta nec arbitrio patris parere vellit, danda est inter eos actio præscriptis verbis quæ dari solet ex permutatione quoties ea facta est certa lege *l. rebus* 6. *& l. vlt. C. de rer. permut.* Videntur enim fratres assignatas à patre portiones suas hereditarias cùm oneribus ab ipso patre iniunctis percipiendo, conuenisse tacitè inter se, vt paternę voluntati satisfacerent.

4 ¶ Familiæ erciscundæ iudicium ampliùs, quàm semel, agi nō potest, nisi causa cognita a: quòd si quædam res indiuisæ relictę sunt, communi diuidūdo de his agi potest.

Ad §. 4. *Familiæ.*

Ratio dubitandi. Iudicium familiæ erciscundæ, ideò fuit necessarium ne cogerentur heredes manere in communione rerum hereditariarum *l.* 1. *sup.* Ergo quamdiu supersunt res aliquæ hereditariæ indiuisæ, iudicium quoque familiæ erciscundæ superesse debet, cùm vel minimæ rei hereditariæ indiuisæ communio tantas possit discordias parere, quantas pareret communio vniuersæ hereditatis.

Dec. Hoc iudicium est ex l. 12. tab. *d. l.* 1. Lex autem nō loquitur nisi semel, & consequenter tota ipsius potestas prima iudicis datione consumitur, sicut & prima delatione, quatenus defert hereditatem agnato proximo, si suus heres non erit: vnde fiebat olim vt neque in suis neque in agnatis esset successio *l.* 1. §. *secundum infra de suis & legit.* § *placebat instit. de legit agnat. success.* Nec tamen ideò verendum est, vt cogantur heredes manere in communione, cùm supersit iudicium Communi diuidundo, quod veluti subsidiarium est iudicio familiæ erciscundæ ad reliquas res hereditarias diuidēdas, vt sequitur in textu. Petitionis hereditatis alia ratio est, Potest enim sæpius moueri, quia non descendit ex lege 12. tabul. sed ex prudentum interpretatione ad eam legem. Accursius post Ioannem & Azonem valde se torquet in ratione diuersitatis quærendæ, nec quicquam proficit. Iunge Paulum *lib.* 1. *sentent.* 18. *l. & si quis* 14. §. *Labeo ait inf. de relig. & sumpt. funer.*

a *Nisi causa cognita.* Id est nisi Prætor iustā aliquam causam subesse videat ob quam debeat sępius hāc dare actionem, Puta si minor ætas interueniat, arg. *l. vlt. infra hoc tit.* quamuis facta ibi esset diuisio sine iudice, quæ res non impedit iudicium familiæ erciscundæ *l.* 1. *C. eod.* Nam vt Accursius benè ratiocinatur etiam contra sententiam à iudice familiæ erciscundæ redditam perinde atque contra quamlibet aliam, restitui minor potest *tot. tit. C. si aduers. rem iudic.* Illa sanè interpretatio non placet vt iterum possit agi iudicio familiæ erciscundæ propter personales præstationes: Nam licèt iudicium familiæ erciscundæ constet ex duobus, scilicet ex rebus, & præstationibus, vt scriptum est in *Litem Labeo* 22. §. *pen. inf.* Non ideò tamen bis accipietur, semel propter res & iterum propter præstationes, sed semel tantùm pro rebus simul & præstationibus. Idcirco nimirum latissimè patet hoc iudicium, vt omnia quæ in diuisionem venire possunt comprehendat *l. fundus mihi* 30. *l. quadam mulier* 41. *infra, d. l.* 1. *& si quis* 14. §. *Labeo infra de relig. & sumpt. funer.* Nec illam quoque horum verborum interpretationem probo, quam nonnulli petunt ex *l. tres fratres* 35. *supra de pact.* cùm ibi non agatur bis iudicio familiæ Erciscundę, sed de pecunia subrepta post diuisam similiter hereditatem inter fratres sine arbitro, vt & in *l. vlt. inf.* Quamquam si dolo mala vnius ex coheredibus proponeretur mansisse aliquid indiuisum, fortè quòd ab eo subtractum celatumque esset, non dubitarem quin etiam huius rei nomine familiæ erciscundæ iudicium iterum accipi posset & deberet: Hactenus saltem vt aduersus vtilem exceptionem rei iudicatæ daretur doli replicatio, vt in *l.* 2. *C. de iudic.* licèt ibi de iudicio non familiæ erciscundæ, sed tutelæ agatur: Etsi nec illud nego quod hęc lex ait, de rebus omnibus indiuisis etiam communi diuidundo agi posse.

5 ¶ Papinianus ait:

SI vni ex heredibus onus æris alieni iniungitur circa speciem legati officio iudicis familiæ erciscundæ cognoscentis, suscipere eum id oportere: sed non vltra a dodrantem portionis suæ, vt quadrantem illibatum habeat. indemnes igitur coheredes suos præstare debebit.

Ad §. 5. *Papinianus alias l. Si vni.*

Ratio dubitandi. Onus ęris alieni diuiditur inter coheredes pro portionibus hereditariis *l.* 1. *C. si cert. pet.* Nec potest facere testator quin leges in

suo testamento, & in sua hereditate locum habeant *l. nemo potest 55. de leg. 1.*

Dec. Ob eam nimirum caussam necessarium est officium iudicis familiæ erciscundæ, vt onus totius æris alieni suscipere cogatur vnus ille ex heredibus, cui testator iniunxerit. Ad officium enim arbitri familiæ erciscundæ maximè pertinet, vt voluntatem testatoris tueatur, quæ modò non sit contra leges, neque contra bonos mores *l. filij 16. l. filiæ 18. & l. vlt. C. hoc tit.* licèt sit præter leges vt hæc *l. nec non 28. §. quo ad eius sup. ex quibus caus. maior.* Sed hoc ita si testator citra speciem legati id fecerit, quia, vt ego interpretor, si quid vni ex heredibus prælegauerit ea lege, vt totum æs alienum exsoluat, nullo est opus officio iudicis, vt legatu onus impleatur, cùm non possit agnosci legatum sine suo onere *l. 4. & 5. §. 1. inf. de leg. 2.* Opus tamen est actione familiæ erciscundæ inter coheredes vt voluntati testatoris pareatur, si ille cui citra speciem legati onus iniunctum est soluendi æris alieni nolit satisfacere creditoribus. Coheredum enim duntaxat interest, non creditorum, qui nullam cum eo actionem habere possunt *l. seruo legato 69. §. si testator de leg. 1.* Nisi creditoribus ipsis legatum potius idipsum, quod eis debebatur, adiecto tamen aliquo commodo saltem repræsentationis, vt legatum valeat *l. si creditori 28. & seq. eod.* aut aliud quàm quod debebatur animo tamen compensandi, vt in *l. cùm ab vno 52. de leg. 1.* His enim casibus, cùm valeat legatum, interest creditorum non coheredum, ac proinde creditoribus non coheredibus actio competit, arg. *d. §. si testator & d. l. cùm ab vno.* Et ita etiam verba illa *citra speciem legati*, hic accepta sunt, nec malè, ab Azone, quem Accurs. probat, meliùs quàm à Ioanne. Quamquam nec nostra nobis displicet interpretatio. Iunge *l. fideicommissa 11. § plerumque & seq. inf. de leg. 3. & l. ex facto 35. §. vnde scio quæsitum inf. de hered. instit.*

a *Sed non vltra.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet heres, qui hereditatem suam portionem adiit, cùm vltra dodrantem portionis suæ esset oneratus solutione æris alieni hereditarij, videturque adeundo contraxisse cum coheredibus, sicut cum creditoribus & legatariis *l. 3. §. vlt. & l. 4. inf. quib. ex caus. in poss. eat.* Nec minus debet Prætor subsequi testatoris, quàm legis falcidiæ voluntatem, arg. *l. pater 10 §. 1. inf. de cap. & postl. reuers.* præsertim cùm ponamus oneratum hunc coheredem citra speciem legati. Nec enim lex falcidia detrahitur nisi ex legatis, aut etiam ex fideicommissis singularibus, tracta per S C. Pegasianum lege falcidia ad huiusmodi fiddicommissa *§. sed quia vers. ex singulis. Instit. de fideicomm. hered.*

Dec. Neque testator neque arbiter potest quicquam facere contra legem falcidiam, quæ voluit quadrantem integrum heredi manere illibatum, adeò vt neque restrictam voluerit Ciui Romano liberam testandi facultatem quam lex 12. tab. dederat, leges verò Furia & Voconia restrinxerunt nisi relicto heredi priùs quadrante *l. 1. & l. quod bonis 15. §. 1. inf. ad leg. falc.* Nec quod citra speciem legati onus æris alieni vni ex heredibus iniunctum sit, ad rem facit. Quid enim effectu ipso refert an per speciem legati an citra speciem legati oneretur quis à testatore vt soluat æs alienum supra portionem suam hereditariam? An non eo modo inuenta esset ratio fraudandæ falcidiæ, vt & in *d. l. quod bonis §. 1.* Porrò quicquid in fraudem legum vel Senatusconsultorum vel constitutionum excogitatum videri potest, ratum haberi non debet *l. quidam 29. §. 1. inf. ad S.C. Vellelan. l. magis puto 5. §. si pupillus infra de reb. eor. qui sub tut.* iunge *d. l. ex facto 35. §. vnde scio quæsitum inf. de hered. instit.*

b *Præstare debebit.* Interpositis scilicet cautionibus officio arbitri, vt in *l. prox. sup. & d. §. vnde scio quæsitum in fin.*

6 ¶ Idem scribit, & si filius in muneribus publicis, in quibus pater ei consentit, reliquatus est, & pro parte heres scriptus est, hoc quoque debere præcipere: quia & hoc patris æs alienum fuit. sed si qua a munera post mortem patris suscepit, ab his heredes patris soluti sunt.

Ad §. 6. Idem scribit.

Ratio dubitandi. Si filius qui à patre heres pro parte scriptus est, in muneribus publicis exercendis reliquatus sit, & debitor remanserit, proprium ipsius factum & debitum est non patris, licèt pater ei consenserit. Ergo de suo id præstare debet, ne alioqui facto filij pater prægrauetur contra *tit. C. ne fil. pro patr. nec pat. pro fil.* & *l. qui in aliena 6. infra de acquirend. hered.*

Dec. Cùm pater consentit filio munus publicum ineunti, censetur tacitè fideiubere pro filio, & obstrictus est præstandis reliquis filij *l. 2. inf. ad municip.* Est igitur hoc æs alienum patris, & ideò inter omnes heredes communicandum, quasi nec si æs alienum filij, quem credibile est ad ambienda munera publica fuisse à patre prouocatum, qui fideiubere voluerit pro filio, non aliter ea munera suscepturo, vt solent patres plerumque ipsi liberis suis honores istos ambire, adeoque ardentiùs quàm sibi ipsis, interdum etiam plus æquo, arg. *l. isti quidem 8. quod met. caus.* Estque hic filius non malè comparandus ei qui iussu patris contraxit æs alienum, de quo diximus in *§. si filius familias supra.* Quis enim magis iubet quàm qui fideiubet? sed & propter onera dignitatis præcipuum hoc filium habere æquum est, vt ex eodem nostro Papiniano eleganter scriptum est in *l. 1. §. sed an id quod inf. de collat.* Sunt enim dignitates onera non lucra. Galli benè *charges* vocant.

a *Sed si qua.* Ratio dubitandi. Fratres quandiu patris hereditatem indiuisam, & communem retinent videntur in eo statu manere in quo erant viuo patre, sicuti solemus dicere viduam quandiu in viduitate viuit videri manere in eodem matrimonio *l. vlt. C. de bon. matern.*

Dec. Non quemadmodum pater filiis suis, ita fratres fratribus, munera publica suo periculo aut sumptu ambire ac præstare debet: Nec quod communem hereditatem habent, facit eos socios, sed tantùm condiuisores *l. ex parte 39. §. filius infra hoc tit. l. cùm duobus 52. §. Papinianus* aliàs *l. si fratres inf. pro socio.* Idémque est si post mortem patris alia munera obuenerint filio decurioni in consequentiam & congruentiam decurionatus cui pater consenserat, si modò

modò ei sufficientes in eam rem facultates pater reliquerit, *l. etsi filium 15. infra de muner. & honor.* Iunge *l. Lucius 21. §. Idem respondit heredes infra ad municip.*

7 ¶Neratius autem respondit, eum, qui plures filios haberet vnum ex filiis *ἀγωνοθεσίας*, id est, *constituendi designandiq́; certaminis munus*, suscepturum professum esse: & priùs, quàm honore fungeretur, mortuum esse, omnibus filiis heredibus institutis: & quæsitum esse, an is filius, quod in rem impendisset, familiæ erciscundæ consequatur. eique respondisse, nulla actione idem consequi posse. quod meritò displicet: debet itaque hoc in familiæ erciscundæ iudicium venire.

Ad §. 7. Neratius.

Ratio dubitandi. Professio patris plures filios habentis, quòd vellet vnum ex iis suscipere munus constituendi designandiq́; certaminis, non facit quo minus vetum sit, impensam à filio factam in eam rem, post mortem duntaxat patris factam esse. Ergo non debet fratrum damno cedere vt §. *prox. in fin. sup.* Atque ita Neratius putabat nulla actione id eum à fratribus consequi posse: sic enim legendum est *id eum* non vt vulgo *idem*, vt benè Cuiacius obseruauit *lib. 3. obseruat. cap. 38.*

Dec. Professio paterna obligauit filium, qui patris voluntatem implere debuit, vt eos sumptus faceret, licèt alioqui non cogeretur, vt in *l. in testamento 38. inf. de fideic. libert.* Cuius enim melius quàm patris etiam mortui consilium & voluntatem sequi potuisset, aut etiam debuisset? Neque verò quicquam interest an quid fiat ex voluntate, an in consequentiam præcedentis voluntatis, *l. Publius 36. in princip. infra de condic. & demonstr.* Ergo paternum hoc quoque debitum fuisse videtur, & ideò communicandum inter heredes omnes, vt cætera omnia debita hereditaria *l. 1. C. si cert. pet. l. vlt. C. de hered. action.*

8 ¶Item Papinianus scribit si maritus alterum ex heredibus onus dotis soluendæ, quæ in stipulationem venit, suscipere iussit, & mulier aduersus vtrumque dirigat dotis petitionem, coheredem esse defendendum ab eo, qui suscipere onus iussus est. Sed legata[a], quæ ab vtroque pro dote data, electa dote retinentur, in compendio coheredis esse, qui debito leuatur, non oportet. videlicet vt coheres, qui onus æris alieni suscepit, officio iudicis legatum consequatur: & verum est hoc, nisi aliud testator edixit.

Ad §. 8. Item Papinianus.

Ratio dubitandi. Cùm maritus alterum ex heredibus iussit suscipere onus soluendæ dotis, quæ in stipulationem deducta fuerat, non ideò tamen iubet, vt coheredem defendat ille aduersus mulierem, si malit ipsa contra vtrumque dirigere ac diuidere dotis petitionem, cùm agente muliere nihil ipse faciat: neque igitur quicquam contra sui testatoris voluntatem.

Dec. Voluntas testatoris procul dubio illa fuit, cùm vnum ex heredibus iussit suscipere onus dotis soluendæ, vt is coheredem defenderet, & indemnem præstaret, cùm ni id faciat, non possit videri onus quod fuit ei iniunctum suscipere, Itaque danda est vltrò actio coheredi contra eum ex testamento, vt soluat dotem mulieri, *l. non solùm autem 7. §. Sed si duobus inf. de liberat. legat. l. cùm ab vno 53. de leg. 3.*

a *Sed legata.* Ratio dubitandi. Cùm testator legauit aliquid vxori pro dote, si ea dotem elegerit legatum remanet penes heredem propter edictum de alterutro quod olim obtinebat *d. l. cùm ab vno 53. inf. de leg. 2. l. vnic. §. 1 C. de rei vxor. act.* Nihil ergo contra ius, aut contra voluntatem testatoris facit coheres, qui legatum retinet, licèt nullam partem dotis præstet.

Dec. Secundum naturam est cuiusque rei commoda eum sequi, quem sequuntur incommoda *l. secundum 10. de reg. iur. §. illud Instit. de societ.* Ergo qui leuatur & exoneratur debito dotis, legatum pro dote datum retinere non debet, sed præstare coheredi, qui onus dotis soluendæ ex voluntate testatoris suscepit, idque officio iudicis, cùm ipso iure fieri nō possit. Nam ipso iure legatum quod non debetur remanere deberet penes heredem grauatum, sicut & fideicommissum legatario iniunctū, si deficiat, remanet penes legatarium non penes heredem *l. si quis à Titio 17. de leg. 2.* vbi tamen additur exceptio. Nisi quis grauatus sit tanquam nudus minister, &, vt Accursius loquitur, tanquam Commissarius, vt & in *l. pecuniæ 8. de alim. legat.* Sed hoc ita nisi contraria sit testatoris voluntas, quam semper sequi arbiter debet *l. filij 16. l filiæ 18. & l. vlt. C. hoc tit. l. 2. C. de inoff. donat.* Quod tamen cùm sit apertius quàm vt à Papiniano moneri aut ab Vlpiano debuerit. Malo hæc postrema verba *Et verum est hoc, nisi aliud testator edixit* Triboniano vel interpreti alicui adscribere quàm aut Vlpiano aut Papiniano.

9 ¶Idem scribit, quod vni ex coheredibus statuliber conditionis implendæ nomine dedit de peculio, in hoc iudicium non venire, nec communicari debere.

Ad §. 9. Idem scribit.

Ratio dubitandi. Peculium ex quo statuliber soluit condicionis implendæ nomine connectitur in causam hereditatis *l. certi iuris 13. C. hoc tit.* & coheres cui pecunia data est à statulibero condicionis implendæ causa, eam iure hereditario habere intelligitur *l. sed autem quod 76. vers. sanè inf. ad leg. falcid.* ideóque in falcidiæ computationem venit & petitionem hereditatis & ex Trebelliano restituitur *l. quod statuliber 41. de donat. caus. mort. l. nec vllam 13.* aliàs *l. etiam §. sed & si retenta in fin. supra de hered. petit.* Ergo quod statuliber soluit ex peculio, soluit ex communi hereditate, ac proinde communicari debet iudicio familiæ erciscundæ.

Dec. Volūtas testatoris fuit vt eam summam haberet præcipuam ille ex coheredibus cui statoliberum iussit eam dare implendæ conditionis causa, etiamsi ea pecunia ex peculio solueretur, quod statulibero fauorabiliter concessum est *l.3.§.vlt.de condit.caus.dat.l.3.§.1.inf.de statulib.* Proinde fieret contra voluntatem si ea summa coheredibus cōmunicaretur. Ergo nec venit in hoc iudiciū in quod scilicet non veniunt nisi res quæ & hereditariæ sunt, & communes, aut communicandæ, vt diuidantur.

21. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

IDem & in communi diuidundo.

Ad l. Idem 21.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. prox. præced. Iisdem enim ferè regulis constant hæc duo iudicia familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo, nisi vbi lex dissimilitudinem aliquam specialiter notat. Maximè verò cùm iudicium Communi diuidundo substituitur in locum iudicij familiæ erciscundæ, puta si iam semel acceptum sit iudicium familiæ erciscundæ, quippe quod sæpius accipi non potest *l.prox.§.familiæ sup.*

22. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

ITem Labeo scribit, si vnus heredum thesaurum relictum à testatore effudit, familiæ erciscundæ iudicio eum teneri, & si cum extraneo conscio partitus sit.

Ad l. Item Labeo 22.

Ratio dubitandi. Thesaurus eius est qui inuenit, si in suo loco inuenerit, quòd si in alieno dum ne data ad hoc opera sed fortuitò inuenerit, dimidium ad dominum soli pertinet, & dimidium ad inuentorem §. *Thesauros Instit. de rer. diuis. l. vnic. C. de thesaur.* Et consequenter si plures sint inuentores ad omnes thesaurus pertinet, Ergo nō tenetur eum communicare coheredibus iudicio familiæ Erciscundæ, præsertim verò si thesaurum iam partitus sit cum extraneo secreti conscio. Cùm enim nihil amplius sua parte habeat, cur eam cogatur coheredi suo communicare? *l. Lucius 38. inf. hoc tit.*

Dec. Alia ratio est eius qui effodit thesaurum relictum à testatore, non fortuitò, sed data opera, vt coheredem fraudaret, admonitus de loco ab extraneo, id est, non coherede, & conscio secreti. Hie enim malæ fide versatur circa rem hereditariam, nec debet ei dolus suus prodesse, qui tamen prodesset, si non cogeretur suam quoq; partem communicare, qui non potest videri eam partem habere quæ ad extraneum conscium peruenit, contra quem tanquam dolosum salua coheredibus actio esse debet, cùm pro indicato thesauri loco nullam thesauri partem capere debuerit, nisi consentientibus saltem vniuersis heredibus, tanquam qui fuerit quodammodo depositarius secreti. Aliud esset si depositarius fuisset pecuniæ, & vni ex heredibus partem ipsius hereditariam restituisset solemniter: Tunc enim esset securus, & qui restituisset & qui partem accepisset *l.1.§.si pecunia 36. inf. depos. l. vlt. C. eod.* Aliud rursum si quis seruum fugitiuum alicubi relatum indicasset domino. Et ex ea causa mercedem accepisset, Nam neque ea res furem illum faceret, neque illicitum dici posset, quod ipse accepisset *l. solent 15. inf. de præscr. verb.*

1 ¶Familiæ erciscundæ iudex ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit vnius rei præceptio relicta, (vbi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, vt pluribus adiudicetur) vel si certam partem vnicuique coheredum adsignet: sed potest etiam[a] licitatione admissa, vni rem adiudicare.

Ad §.1. Familiæ erciscundæ.

Ratio dubitandi. Solent fieri adiudicationes in iudicio familiæ erciscundæ, vt quod plurimum est fiat vnius *§.vlt.inst. de off.iudic.* Non autem vt quod plurium iam est, fiat plurium.

Dec. Potest interdum euenire vt etiam pluribus facienda sit adiudicatio, puta si præceptio vnius rei fuerit relicta vni vel pluribus ex coheredibus (nec enim potest relinqui omnibus) vel si iudex familiæ erciscundæ certam partem vnicuique coheredum adsignet, Nam si non fieret eo casu adiudicatio, ad solos illos tota res pertineret quibus per præceptionem data esset *l.1. §.vlt. & l.3. sup.* quæ res faceret incommodiorem cæterarum rerum omnium hereditariarum diuisionem, eo saltem casu quo aliter æquè commodè diuidi res hereditariæ non possent. Neque enim verendum est, vt cùm res vni aut pluribus ex heredibus per præceptionem legata, adiudicatur omnibus ab arbitro, faciat ille cōtra voluntatem, cùm fiat hee ex necessitate, vt textus ait. Semper enim, & à qualibet dispositione quantumuis generali excipiendos est casus necessitatis *Item quæsitum 10.§.1.* qui locus etiam de adiudicatione loquitur *inf. tit. prox. l. alienationes 13. sup. hoc tit. l. si mulier 59. §. ex asse in fin. inf. de iur. dot.* Cæterùm si necessitas nulla sit quæ arbitrum cogat adiudicationem sic facere, non est ei permittendum vt faciat, quia nec salua voluntate testatoris id fieri potest, quod & hic textus innuit.

a *Sed potest etiam.* Ratio dubitandi. Non facilè recurrendum est ad licitationem, sed tantùm ex necessitate, si alia commodior diuisio fieri non possit *l. nam ad licitationem 6. sup eod. l.3. C. comm. diuid.*

Dec. Plerumque fit ex consensu omnium coheredum, vt licitatio admittatur, vel quòd res aliter diuidi commodè non possit, vel quòd fortasse malit vnusquisque heredum habere partem pecuniæ, quàm partem rei.

2 ¶Sed & regionibus diuisum fundum posse adiudicare secundùm diuisionem, nemo dubitauerit.

Ad §.2.

Ad §.2. Sed & regionibus.

Ratio dubitandi. Cùm fundus regionibus diuisus est, habet quisque coheredum partem suam iure hereditario: Proinde nulla adiudicatione opus esse videtur, sed tantùm diuisione, non vt diuidatur fundus qui iam diuisus est, sed vt sciatur vter hanc aut illam partem habere debeat, perinde ac si plures fundi essent. Nam & quælibet pars fundi est fundus *l. si quis duas 6. §. 1. supr. comm. præd. l. locus 60. de de verbor. sign.* Nec quod fundi hereditarij iam sint inter se diuisi, facere potest, vt ideò inter heredes diuisi esse videantur. Id enim non nisi per adiudicationem fieri potest.

Dec. Etiam hoc casu adiudicatio necessaria est, non solùm si diuisio facta sit non seruata proportione hereditariarum portionum, quomodo plerumque eam fieri necesse est, sed etiam si facta sit secundum portiones hereditarias, vt partes quas habebant singuli in quacunque parte glebæ, fiant totæ singulorum pro cuiusque portione *l. Mauius 66. §. duorum infr. de leg. 2.* facit enim adiudicatio vt dominium quod erat omnium, fiat vnius *d. §. vlt. instit. de offic. iudic.*

3 ¶Sed etiam, cùm adiudicat, poterit imponere aliquam seruitutem, vt alium alij seruum faciat ex iis, quos adiudicat. sed si purè alij adiudicauerit fundum: alium adiudicando, ampliùs seruitutem imponere non poterit.

Ad §. 3. Sed etiam.

Ratio dubitandi. Non potest idem fundus sibi ipsi seruire *l. cùm essent 33. in fin. supr. rustic. præd.* Ergo cùm arbiter diuisum regionibus fundum adiudicat secundum diuisionem iam factam, nullam potest imponere seruitutem.

Dec. Cùm diuiditur fundus regionibus siue per arbitrium familiæ erciscundæ, aut Communi diuidundo, siue per testatorem, siue alio quouis modo, fiunt quasi duo fundi *l. communi 7. §. 1. inf. tit. 1. l. si quis duas 6 §. 1. supr. comm. præd.* Et quidem ambo hereditarij *l. vt fundus 18. eod.* Ergo potest arbiter imponere seruitutem, vt vnum fundum alij seruum faciat, ex iis quos adiudicat.

a *Sed si purè.* Ratio dubitandi. Cùm arbiter vni ex heredibus purè fundum adiudicauit, id est, nulla excepta & retenta seruitute, aut si cum Accursio velis loqui non additis verbis illis *saluo quod infrà dicam*, non eo minùs verum est manere fundum hereditarium perinde atque alium qui nondum est adiudicatus: Ergo imponere adhuc seruitutem alterutri arbiter potest *d. l. vt fundus 18. infr. tit. 1.* quæ nihil aliud requirit nisi vt fundus vterque sit hereditarius.

Dec. Adiudicatio facta per arbitrum transfert statim dominium & ipso iure *d. §. vltim. Instit. de offic. iudic.* Cùm sit vnus ex modis sex transferendi dominij iure Quiritium quos refert Vlpianus *tit. 19. de acq. rer.* vt sæpius diximus, vbi autem dominium cœpit acquisitum esse vni ex heredibus, non potest ei fundo seruitus imponi illo inuito *l. si ego §. si res D. de iur. dot. l. 1. §. vltim. infr. de reb. eor. qui sub tutel.* Nec magis incontinenti quàm ex interuallo, quia sufficit vel vno instanti acquisitum esse purè vni dominium, vt quod ei adiudicatum est grauari amplius non possit *d. l. 1. §. vlt.* Nec ad hunc casum pertinet quod dici solet, Ea quę incontinenti fiunt videri inesse *l. lecta 40. de reb. cred.* Nisi cùm omnia sunt integra, quod post factam adiudicationem non contingit. Proinde seruitutem ab initio imponi necesse est & in ipso actu adiudicationis, & ita vt non possit videri purè facta adiudicatio, vt in *d. l. 1. §. vltim. & l. 2. infr. de reb. eor.* Nec enim, quod arbiter non sit dominus impedire potest impositionem seruitutis tanquam quæ non possit imponi à non domino *l. 1. supr. commun. præd.* cùm eam potestatem habeat tam à lege 12. tabul. quæ arbitrum dari iubet, quàm à coheredibus, qui eum acceperunt. Malè tamen Accursius in hanc sententiam adducit quod scriptum est in *l. quod iussit 14. inf. de re iudic.* vbi de Prætore agitur aliquid per interlocutionem decernente, & de iudice sententiam proferente, non de arbitro adiudicante. Adiudicatio dominium transfert, vt diximus, ideóq; post adiudicationem nihil fieri potest in præiudicium adiudicatorij ne quidem ex continenti: sententia verò non potest dominium transferre, ideóque mutari & corrigi etiam potest, dummodò in continenti, non item ex interuallo *l. Paulus 42. l. cùm quærebatur 62 infr. de re iudic.*

4 ¶Familiæ erciscundæ iudicium ex duobus constat: id est, rebus atque præstationibus: quæ sunt personales actiones.

Ad §. 4. Familiæ.

Ratio dubitandi. Iudicium familiæ erciscundæ simile est iudicio Communi diuidundo, in eo quòd ad rerum diuisionem vtrumque pertinet, magis quàm ad personales inuicem præstationes, in quo maximè differunt ab actione pro socio *l. 1. infr. tit. 1.*

Dec. Dantur quidem hæc iudicia potissimum pro diuisione rerum communium, sed habent plerasque præstationes quæ sunt personales *l. 4. §. sicut autem infr. tit. 1.* Et ita hic legendum est deleta voce *actiones* quæ proculdubio irrepitia est, & addita ab imperito interprete non animaduertente dictionem *personales* referendam ad præstationes, de quibus statim ante. Alioqui non possis verba illa *quæ sunt personales actiones* benè construere nisi cum Accursio hic ea interpreteris ac si scriptum esset *propter quas competunt personales actiones* quod tamen ridiculum est.

5 ¶Papinianus de re, quæ apud hostes est, Marcellum reprehendit, quòd non putat præstationes eius rei venire in familiæ erciscundæ iudicium, quæ apud hostes est. quid enim impedimentum est, rei præstationem venire, cùm & ipsa veniat?

Ad §. 5. Papinianus.

Ratio dubitandi. Pro Marcello, fictio postliminij inducta est de iis tantùm personis, & rebus, quę sunt apud hostes, non autem de earum rerum præstationibus. Ergo non possunt venire præstationes In iudicium familiæ erciscundæ, tanquam quæ ad causam hereditatis non pertineant.

Dec. Res ipsæ quæ apud hostes sunt, veniunt in hoc iudicium propter spem postliminij, cuius fictio facit vt quod fuit apud hostes, si in ciuitatem redeat perpetuò in ciuitate fuisse videatur *l. postliminium 19. infr. de captiu. & postlim. reuers. §. si ab hostibus instit. quib. mod. ius patr. potest. soluit.* Ergo & præstationes eis rebus coniunctæ, & quæ à rebus ipsis separari non possunt: Alioqui non satis plena esset potestas fictionis postliminij, quæ tamen tanquam fauorabilis sic semper interpretanda est, vt sit plenissima *l. 1. C. eod. tit.*

23. PAVLVS lib. 23. ad Edictum.

PRopter spem postliminij, scilicet cum cautione: quia possunt non reuerti, nisi si tantùm æstimatus sit dubius euentus.

Ad l. Propter spem 23.

Ratio dubitandi. Fictio postliminij ad ea quæ facti sunt non pertinet, cùm sit iuris *l. denique 19. sup. ex quib. caus. maior.* Diuisio autem facti est non iuris *l. 2. & 4. C. Comm. diuid. l. 1. 2. l. possessionum 11. Cod. comm. vtriusque iud.*

Dec. Fictio postliminij restituit dominium quod per captiuitatem amissum fuerat *l. postliminium 19. & pass. de capt. & postlim.* In iudicio autem familiæ erciscundæ non agitur nisi de dominio sic diuidendo per arbitrum, vt per mutuas adiudicationes ipso iure transferatur citra vllam traditionem *dict. §. vltim. Instit. de offic. iudic.* Possunt ergo diuidi etiam res quæ sunt apud hostes, propter spem postliminij, sed tamen cum cautione, quia possunt non reuerti ab hostibus, vt lex ait, Et ius postliminij facit nos dubitare, vt ait *l. si seruus 16. infr. de interrog. in iur. faciend.* nisi si arbiter dubium euentum duntaxat æstimauerit, quo casu nihil refert an res ab hostibus posteà reuertatur, an non, cùm par sit ratio dubij euentus in vtrumque casum, vt in *l. de fideicommisso 11. Cod. de transact. l. si pater puella 12. C. de inoff testam. l. si iactum 12. infr. de act. empt. l. nam hoc modo 11. C. de hered. vel act. empt.* Nec debet quis id petere ex euentu, cuius contrarium in diuersum euentum non fuerat postulaturus *l. penult. C. de solut.* Non igitur sola fictio postliminij magnæ potestatis est reuerso ab hostibus eo, qui erat apud hostes, sed etiam spes ipsa sola postliminij, per quam fit vt iura omnia ciuitatis, duntaxat suspendantur interim, non abrumpantur *l. illa institutio 32. infr. de hered. institut. l. si necem 4. §. penultim. infr. de bon. libert.*

24. VLPIANVS lib. 19. ad Edictum.

SEd & eius rei, quæ in rebus humanis esse desiit, veniunt præstationes. & ego Papiniano consentio.

Ad l. Sed & eius rei 24.

Ratio dubitandi. Non entis nullæ sunt qualitates, vulg. *l. eius qui in prouincia 41. de reb. cred. infr.* multò minùs præstationes.

Dec. Perempta re, propter quam præstationes aliquæ debebantur, non ideò pereunt præstationes *l. Iulianus 17. §. 1. & l. penultim. supr. de rei vindic.* Imò & interdum res ipsa quæ periit, æstimari tamen potest & debet per iudicem adhibito saltem iureiurando actoris *l. in actionibus §. planè inf. de in lit. iur.* præstationes enim sunt personales *l. item Labeo 22. § pen. supr.* Nec proinde rei peremptione extinguuntur.

1 ¶ Familiæ erciscundæ iudicium & inter bonorum possessores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto, & ceteros honorarios successores locum habet.

Ad §. 1. Familiæ.

Ratio dubitandi. Hoc iudicium proficiscitur ex lege duodecim tabularum quæ non est locuta nisi de heredibus *l. 1. supr.* Heres autem non est qui bonorum possessor factus est à Prætore, quia Prætor non potuit facere heredem, non magis quàm dominium, aut legem *§. quos autem instit. de bonor. poss. l. 3. sup. si vsusfruct. petat.* Nec rursum is, cui restituta est hereditas ex S.C. Trebell. quia licèt Senatusconsultum potuerit facere heredem *tot. tit. ad S.C. Tertyll. & Orfic.* Non potuit tamen facere vt fideicommissarius esset heres, manente scilicet herede eo qui restituit aditam hereditatem *§. restituta instit. de fideicommiss. heredit.* Neque enim vni personæ duo in solidum heredes esse possunt *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.*

Dec. Et bonorum possessor & is cui restituta est hereditas loco heredum sunt, licèt non sint heredes *dict. §. restituta l. 2. D. ad S.C. Trebell. l. quamuis 40. infr. hoc tit. l. 1. 2. & 3. infr. de bonor. poss.* Ergo inter eos potest accipi hoc iudicium scilicet vtile, quomodo Accursius interpretatur ex *l. si ex asse 40. infr. hoc tit. l. 2. §. 1. supr.* Qui tamen locus innuere videtur inter bonorum possessores iudicium hoc directum esse, non vtile, quippe cùm Prætor, cuius est omnes actiones dare,

etiam

etiam quæ ex legibus competunt, vt & bonorum possessiones illas de quibus in *Tit. vt ex legib. & S.C. bonor. poss. det.* habeat bonorum possessores, cæteró sque honorarios successores pro heredibus in omnibus *l. prætor. 117. de regul. iur.* Non etiam alios qui neque sunt heredes ciuiles, neque honorarij successores. Sed tamen non ita est. Adiudicatio enim quæ ex lege 12. tabul. fit potestate directi huius iudicij debet transferre dominium quiritiarum de quo solo locuta est lex duodecim tabularum, Bonorum autem possessores non habent nisi bonitarium, vt docui ad *d. l. 2. §. 1. supr.* Et constat apertissimè ex *d. l. si ex asse.* Nam si inter heredem & successorem Trebellianum non nisi vtile iudicium esse potest, quando minùs erit directum inter duos honorarios successores?

25. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

HEredes eius, qui apud hostes decessit, hoc iudicium experiri possunt.

Ad l. Heredes 25.

Ratio dubitandi. Is qui apud hostes decessit, reuera seruus hostium mortis tempore fuit *§. si ab hostibus capt. fuit. quib. mod. ius patr. pot. solu.* Ergo non potuit habere heredes saltem eos de quibus locuta est lex 12. tabul. quę hoc iudicium familiæ Erciscundæ induxit, Nec enim de captiuis locuta est lex 12. tabul. Sed lex Cornelia quæ multò pòst tempore lata fuit.

Dec. Lex Cornelia de captiuis fecit hereditatem & heredem *l. filiusfamilias 18. inf. ad leg. falcid.* hoc enim potuit facere non minùs, quam lex 12. tabul. *§. quos autem instit. de bonor. possess. l. lex Cornelia 28. inf. de vulg. & pupill. subst.* Quidni ergo inter heredes illius qui apud hostes decessit, locum habebit hoc iudicium, quod proximè diximus habere locum etiam inter honorarios successores? Nec enim sunt per fictionem heredes, qui successerunt captiuo apud hostes defuncto, sed verè, licèt id ius inductum sit ex fictione legis Corneliæ, quæ ciuem Romanum mortuum apud hostes vult haberi pro mortuo in ciuitate *d. l. lex Cornelia 28. & l. lege Cornelia 12. infr. qui testam. fac. poss.* Confirmauit enim lex Cornelia de captiuis testamenta & hereditates captiuorum nec minùs legitimas quàm testamentarias *d. l. filiusfamilias 18. infr. ad leg. falc.*

1 ¶Si miles alium castrensium, alium cæterorum honorum heredem fecerit: non est locus familiæ erciscundæ iudicio. diuisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium, quemadmodum cessat familiæ erciscundæ iudicium, cùm nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Ad §. 1. Si miles.

Ratio dubitandi. Cùm miles alium heredem instituit bonorum castrensium, alium cæterorum quod pro suo iure facere potest *l. si certarum 17. in princ. & §. 1. supr. de testam. milit. l. cogi 16. §. sed etsi miles ad SC. Trebell.* negari non potest quin plures sint heredes eiusdem hominis. Nam & inter paganos ita obtinet vt instituti ex certis bonis videantur instituti ex partibus hereditariis *l. ex facto 35. infr. de hered. instit.* Ergo inter eos locum habere debet hoc iudicium cui locus est non tantùm inter heredes omnes, sed etiam inter honorarios successores *l. proxim. sup.*

Dec. Videntur esse hoc casu duæ quasi duorum hominum hereditas *d. l. si certarum 17. §. 1. de testam. milit.* & diuisa sunt patrimonia ex principalibus constitutionibus, quæ hoc priuilegium vt & alia tam multa militi dederunt. Nam & ex iisdem constitutionibus fit vt filiusfamilias miles pro patrefamilias habeatur *l. 2. infr. de S C. Macedon.* iunge *l. 1. & 2. C. de testam. milit. l. pen. C. de bon. quæ liber.* Atqui debent eiusdem hereditatis & patrimonij heredes esse, qui hoc iudicium inter se accipere volunt, cùm eius inducendi ratio alia non fuerit, quàm ne cogerentur heredes inuiti manere in communione *l. 1. supr. l. vlt. C. comm. diuid.* Vnde etiam est, quod cùm hereditas tota est in nominibus, hoc iudicium locum habere non potest, quia sunt ipso iure diuisa per legem 12. tab. *l. 4. supr. l. 1. C. si cert. pet. l. fundus qui dotis 51. inf. hoc tit. l. ea quæ 6. C. eod.*

2 ¶Quantum verò ad accipiendum familiæ erciscundæ iudicium: nihil interest, possideat quis hereditatem, necne.

Ad §. 2. Quantò autem.

Ratio dubitandi. Non potest plus operari fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero *l. si is qui pro emptore 15. de vsucap. l. si ante 15. §. 1. infr. De interrog. in iur. faciend.* Atqui non posset dominium transferri per traditionem, qui primus & naturalis modus est transferendi dominij iure Quiritium *l. traditionibus 20. C. de pact. §. per traditionem instit. de rer. diuis.* Non enim potest fieri traditio per eum qui non possidet, cùm nihil aliud sit traditio, quàm datio possessionis *l. 3. in princ. & §. 1. de act. empt.*

Dec. In hoc iudicio transfertur dominium per adiudicationem quæ fit sola potestate legis 12. tabul. *§. vltim. instit. de offic. iud.* Lex autem modus est & quidem præcipuus transferendi dominij, etiam citra traditionem *l. 1. & 2. supr. de Publician. in rem act. l. cùm heredes 23. de acqu. possess. l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. in fin. de furt. l. 1. infr. hoc tit. l. penult. infr. Comm. diuid.* Nam traditio, quæ fit ex titulo & causa aliqua habili præcedente, alius & separatus modus est transferendi dominij iure Quiritium, vt constat ex Vlpian. *tit. 19. de acquis. rer.* Ergo & in iudicio Communi diuidundo idem est vt locum habeat, siue neuter sociorum possideat, siue alter sociorum fundum non possideat *l. penult. infr. tit. t. iunct. l. Item*

Libro 22 § vlt. cum l. seq. supr. Benè autem hîc Paulus *Quantum ad accipiendum iudicium.* Nam quantum ad agendum distinctioni locus est an qui agere vult negetur coheres an non *l. 1. supr. l. cùm putarem 43. inf.* Et ita Accursius hîc notat, sed magis verè quàm accommodatè. Distinctio enim illa quam Paulus negit adhibendam esse ad accipiendum iudicium an is qui conuenitur possideat, necne, nec in ea necessaria est, qui vult agere. Nam siue possideat siue non possideat, dummodo sit coheres agere potest hoc iudicio, nec in communione manere cogitur. Nempe quia iudicia hęc Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo de dominio sunt non de possessione, vt sæpius monuimus.

3 ¶ De pluribus hereditatibus, quæ inter eosdem ex diuersis causis communes sint, vnum familiæ erciscundæ iudicium sumi potest.

Ad §. 3. De pluribus.

Ratio dubitandi. Cùm plures sunt hereditates, licèt ad eosdem heredes pertineant, si tamen variis ex causis, tot videntur esse necessaria iudicia quot sunt hereditates, cùm habeant singulæ causæ suas & separatas præstationes.

Dec. Nihil vetat de pluribus hereditatibus, quæ inter eosdem heredes sint communes, dari vnum eundemque iudicem, qui in vno, eodémque iudicio de iis diuidendis arbitretur, & adiudicationes faciat. Separatas tamen non confusas, & ita vt neque præstationes personales confundantur, *l. bona quæcunque 8. C. hoc tit.* Idem euenit in iudicio societatis *l. cùm duobus 52.* aliàs *l. fratres §. si plures infr. Pro socio.* Idem quoque euenit quoties plures actiones non modò de diuersis rebus, sed etiam diuersi nominis & diuersæ condicionis in vnum, eundémque libellum deducuntur, scilicet vt pateatur simplicibus *l. 1. C. de admin. tutor.* & litibus, quæ alioquin essent multiplicandæ *l. non est nouum 10. infr. de act. empt.* Nam & eadem ratio facit vt tùm quoque cùm diuersæ sunt actiones non tantùm specie, sed etiam genere vt puta familiæ erciscundæ & Communi diuidundo ad eundem iudicem iri oporteat, si nihil aliud repugnet *l. 1. infr. de quib. reb. ad eund. iud. eat.* Est autem hoc facilius in huiusmodi iudiciis duplicibus in quibus scilicet vterque reus esse vterque actor. Quamuis enim hereditates diuidendæ sint diuersæ, ideòque diuersas pariant actiones vt Accursius obiicit, vnum tamen iudicium sufficit vnáque actio familiæ erciscundæ ad omnes diuidendas. In eòque differt hic casus ab illo, quo apud eundem iudicem agatur familiæ erciscundæ & Communi diuidundo. Ibi enim non tantùm duæ sunt actiones, sed etiam duo iudicia quamuis apud eundem iudicem tractanda. Nam & plurium iudiciorum vnus iudex esse potest, sicut & vnius iudicij plures iudices *l. duo ex tribus 39. infr. de re iudic.*

4 ¶ Si inter me, & te Titiana hereditas communis sit, inter me autem, & te, Titium Seiana: posse vnum iudicium accipi inter tres, Pomponius scribit.

Ad §. 4. Si inter me.

Ratio dubitandi. Cùm variæ sunt non modò hereditates, sed etiam personæ heredum inter quos omnes non sunt hereditates omnes communes, necessariò pronunciandum est separatim, ne sumptibus in vnam causam factis, oneretur is ad quem ea hereditas nihil pertinet.

Dec. Separata causa hereditatum & heredum non inducit necessariò diuersitatem iudiciorum, vt modò diximus, sicuti neque iudicium *tit. de quib. reb. ad eund. iudic. eat. infr.*

5 ¶ Item, si plures hereditates inter nos communes sunt, possumus de vna familiæ erciscundæ iudicium experiri.

Ad §. 5. Item si plures.

Ratio dubitandi. Non debet fieri per plura quod potest fieri per pauciora saltem æquè commodè *l. 3 §. sed si debitorem de donat. int. vir. & vxor. l. dominus 55 de condict. indeb.* Et si egregium quendam videri aliquando philosophum, qui adiectionem hanc ferre non poterat, quasi melius sit eum aliquo incommodo fieri per pauciora, quod etiam commodius, dum ne vtilius per plura fieri posset. Atqui potest de omnibus hereditatibus simul vnum accipi iudicium licèt communes sint inter nos ex diuersis causis adeóque licèt inter plures *§. 3. & 4. supr. l. cum duobus 52.* aliàs *l. si patres §. si plures D. Pro socio.*

Dec. Nemo agere cogitur *l. vnic. C. vt nem. inuit. ager. vel accusar. cogat.* Ideóque cùm ex pluribus causis agere quis potest aut de pluribus rebus non de alia, quàm de qua velit agere cogendus est *l 1. §. t. D. quod legat. l. singulis 6. D. de except. rei iudic.* Potest enim fieri vt qui agere vult familiæ erciscundæ, habeat de vna hereditate instructas probationes, non etiam de cæteris.

6 ¶ Si testator rem communem cum extraneo habebat, siue rei suæ partem alicui legauit, aut heres, ante iudicium familiæ erciscundæ acceptum, partem suam alienauit: ad officium iudicis pertinet, vt eam partem, quæ testatoris fuit, alicui iubeat tradi.

Ad §. 6. Si testator.

Ratio dubitandi. Non est locus iudicio familiæ erciscundæ inter alios quàm coheredes *l. 1. & 2. supr. l. cùm putarem 43. infr.* Non est autem coheres is, cui testator rei communis suam partem legauit (sic enim legendum hîc est *suam* non *suæ*.) Neque is cui heres

heres ante acceptum iudicium familiæ erciſcundæ partem ſuam alienauit. Imò verò ſicut pars alienata exiit de communione, ita nec venire in hoc iudicium poteſt *l. ex hereditate 54. infr. hoc tit.*

Dec. Ponendum eſt teſtatorem habuiſſe rem communem cum extraneo ex cauſa hereditatis, quæ inter eos communis fuiſſet, quod tamen neque Accurſius neque alij gloſſatores intellexerunt. Et ſenſus eſt poſſe Iudicem familiæ erciſcundæ inter coheredes acceptum, id eſt, inter extraneum illum, & teſtatoris huius heredem pronidere ex officio ſuo etiam tertio, cum quo iudicium illud acceptum non ſit, Nempe quia intereſt extranei, qui rem habuit communem cum teſtatore, vt legatarius partem ſibi legatam habeat, aut is cui heres ante acceptum iudicium partem ſuam alienauit, Ne quid poſteà pereret, *aut hic aut ille* poſſit in parte quæ coheredi extraneo obuenerit, Debet enim index in hoc iudicio datus, indemnitati coheredum in omnibus quantum poteſt proſpicere. Itaque pars defuncti teſtatoris, ſiue ab eo legata ſit, ſiue ab eius herede ante acceptum iudicium alienata veniet in hoc iudicium, non quidem vt inter coheredes diuidatur, aut adiudicetur tanquam hereditaria, *dict. leg. ex hereditate*, quæ ſic omnino intelligenda eſt, vt benè ad eam Accurſius, ſed hactenus vt ei tradatur cui legata vel alienata eſt. Non dico *adiudicetur*, quia non poteſt fieri adiudicatio niſi inter coheredes, ſed *tradatur*, quia tradi etiam legatario & emptori poteſt. Accurſius Ioannem ſecutus in huius §. interpretatione multa peccat, Primum quod non ponit rem communem de qua hîc agitur fuiſſe ex hereditate quæ erat communis inter teſtatorem hunc & extraneum, niſi ad differentiam heredis. Nec enim extraneus eſt teſtatori qui ei heres eſt. Item quod ponit duos fuiſſe huic teſtatori heredes, inter quos extraneum hûc: cùm Paulus de herede in ſingulari numero loquatur non de heredibus in plurali. Rurſum quod non diſtinguit an teſtator partem ſuam rei communis legauerit an non legauerit. Nec rurſus an heres partem ſuam alienauerit, ne inſufficiens inquit videatur diſtinctio. Cùm tamen non poſſit locus eſſe quæſtioni niſi his duobus caſibus ſi vel teſtator partem ſuam communis rei hereditariæ legauerit, an eius heres eandem partem ante acceptum iudicium alienauerit. Alioqui ſi neque legata ſit pars illa neque alienata, nihil cauſæ eſt cur non veniat in hoc iudicium & in adiudicationem vt cæteræ res omnes hereditariæ. Denique quod ponit rem prælegatam quam Paulus legatam ait ſimpliciter.

a *Alicui.* Hoc eſt vel legatario, vel acquiſitori niſi malis legere *Alij*, quod malo, ſcilicet quàm heredi cui tamen deberet adiudicari pars illa quæ fuit teſtatoris, ſi non fuiſſet à teſtatore legata, aut ab ipſo herede ante acceptum iudicium alienata. Nam ad extraneum coheredem teſtatoris & qui potuit iudicium familiæ erciſcundæ accipere cum teſtatore, & accepit cum ipſius herede referri nullo modo poteſt. Ideò autem ponit lex alienatam fuiſſe partem ab herede ante acceptum iudicium, quia poſt iudicium acceptum alienationes omnes voluntariæ ſunt interdictæ *Lalienationes 13. ſupr.*

7 ¶ Quod pro emptore, vel pro donato (puta) coheres poſſidet, in familiæ erciſcundæ iudicium venire negat Pomponius.

Ad §. 7. Quod pro emptore.

Ratio dubitandi. Etiam quod tertio legatum aut venditum eſt, & ita acquiſitum titulo ſingulari, venit in iudicium familiæ erciſcundæ acceptum inter alios qui ſunt inuicem coheredes, vt proximè dictum eſt, Ergo & multò magis in hoc iudicium veniet, quod vnus ex ipſis heredibus habet titulo ſingulari.

Dec. Non venit in hoc iudicium niſi quod eſt hereditatis, aut quod occaſione hereditatis poſſidetur, *leg. 2. ſupr. l. ex hereditate 54. infr.* In quo numero non eſt quod ex ſingulari donationis vel emptionis titulo poſſidetur licèt à coherede, Malè autem Accurſius hinc colligit, non dari iudicium familiæ erciſcundæ contra titulo poſſidentem, Non enim hîc quæritur contra quem detur hoc iudicium, ſed quid veniat in hoc iudicium inter eos inter quos acceptum eſt, vt in §. *proxim. infr.* Debuit dicere in hoc iudicium familiæ erciſcundæ non venire id quod vnus ex heredibus poſſidet iure ſuo & proprio, ſiue emptionis, ſiue donationis, aut dotis, aut alio quolibet iuſto titulo ex quo dominium transferri potuerit & in eum translatum ſit: Nempe quia non poteſt id videri hereditarium. In hoc autem iudicium non veniunt niſi ex quæ ſunt hereditaria, *l. vltim pro dot.* Itaque ſi poneres rem alienam & quæ teſtatoris erat venditam fuiſſe aut donatam ab alio quàm à teſtatore & viuo adhuc eo vni ex illis quos ipſe poſteà heredes fecerit, veniet proculdubio ea res in hoc iudicium, ſi modò ante iudicium acceptum non fuerit completa vſucapio, quia verum eſt rem illam tùm adhuc fuiſſe hereditariam, *leg. ſed etſi vſucapio 14.* vbi dixi *ſup. hoc titul.* Iunge *legem ſi quid contendit 45. infr. eod.* Rurſum ſi poneres venditam rem aut donatam defuncto à non domino, & cœptam vſucapi, licèt vſucapio ab heredibus completa ſit, veniet tamen in hoc iudicium quia titulus fuit hereditarius & cauſa acquiſitionis & vſucapionis hereditaria *leg. veniunt 9 ſupr.* Planè ſi poneres coheredem à creditore hereditario emiſſe rem aliquam hereditariam quæ alij heredi fuerat prælegata: veniet etiam res illa in hoc iudicium, quia emptionis tempore iam erat hereditaria, *leg. vltim. §. quatuor filiis infr. de leg. 2.* iuncta *leg. ſi qua fideicommiſſorum 7. Codice hoc titul.* Et ita benè Accurſius, niſi quod ad *dictam leg. ſed & ſi vſucapio*, malè reſpondet conſtituens differentiam inter extraneum & vnum ex heredibus. Etſi enim loquitur lex illa de extraneo qui heres non erat quaſi cuius alia ratio eſſe debeat, quàm

coheredis. Differentia tamen tota in eo est,qoòd extraneus potest etiam post acceprum inter coheredes familiæ erciſcundæ iudicium complere vſucapionem aote iochoatam, de qua lex illa loquitur non etiam coheres. Cæterùm ſi ante acceptum iudicium compleatut vſucapio,nolla erit differentia inter extraneum & coheiedem qui proprium non heredirarium vſucapionis ſuæ complendæ titulum hahoit , Nec loqueretut lex illa de eo qui heres non erat niſi tractaret de vſucapione quæ ante acceptum familiæ erciſcuodæ iudicium inchoata tantùin necdum completa erat. Neque enim vſucapio iochoata rei hereditariæ facit vt hereditaria res eſſe deſioat antequam vſucapio ſit completa. Setò autem completur ab herede, postquam hoe iudicium acceptum est, remanétque ſine effectu *l. ſi post acceptum* 18. *ſupr. de rei vindic.* Nec obstat quod Accurſius obiicit ita futurom vt præiudiciom vindicationi fiat *l. ſi quid contendis* 45. *infr. hoc tit. l. fundi* 18. *infr. de except.* Id enim ohtinet cùm heres qui hoc iudicio connenitur, contendit rem eſſe ſuam *d. l. ſi quid contendis*. Nos autem eum caſum tractamus quo fareatur eſſe hereditariam, ſed tameo cooteodat cœptam vſucapi, nee neget oondum eſſe vſucaptam.

8 ¶ Idem ſcribit: Cùm ego, & tu heredes Titio extitiſſemus, ſi tu partem fundi, quem totum hereditarium dicebas, à Sempronio petieris, & victus fueris: mox eandem partem à Sempronio emero, & traditus mihi fuerit, agenre te familiæ erciſcundæ iudicio, non veniet non ſolùm [a] hoc, quòd pro herede poſſiderur, ſed nec id, quod pro emprore. cùm enim per iudicem priorem apparuir, totam non eſſe hereditatis, quemadmodum in familiæ erciſcundæ iudicium veniat?

Ad §. 8. Idem ſcribit.

Ratio dubitandi. Sententia lata contra heredem qui partem duntaxat fundi petut , ſiue per vindicationem, vt volt Accurſius , ſiue ex titulo *ſi qun hered. petat.* quod malo, tanquam hereditarij, & victus fuit non facit ius niſi pro parte petita. Ergo ſaltem pro altera parte hereditaria quam perebat, pronunciatur tamen ſatis apertè fundum nulla ex parte eſſe heteditarium , id est , ne quidem pro ea parte quæ non fuit petita, qnoniam cauſa perendi, non minùs quàm pars ipſa petita , in iudicinm deducta intelligitur, & conſequenter ſi totns fundus traditus ſit alij coheredi , qui partem à victore emit, pars quidem iure emptionis, alia verò pars, vt interpretatot Accurſius per petitionem hereditatis ah alio coherede qni oondum litigauerat institutam , & coi res contra coheredem iudicata nocere non potuit *l. ſi cùm vno* 22. *de except. rei iud. l. 1. Cod. quib. res iudic. non nocet.* nulla pars huios fundi potest venite in hoc iudiciom , nec ea quæ empra est quia non poſſidetut titulo hereditario & voiuerſali ſed ſingulari emptioois propter venditiooem ab eo factam qui tutus erat exceptione rei iudicatæ quam certum est traoſite à veoditore in emprotem *l. ſi mater* 11. *§. Item Iulianus.* iunct. *l. ſi à te* 9. *§. vltim. infr. de except. rei iudic.* Neqoe pro alia parte quæ nec vendira fuerit , oec perita, quamuis adhuc poſſideatur iure hereditatio qoooiam noo ſufficit vt quid poſſideatut iure hereditario , ad hoc vt veniat io haoc actionem , ſed omnioo neceſſe est vt ſit hereditarium , Hic autem fundus licet reuera eſſet heterdiiarius , ſi pooetes malè iudicatum pet imperitiam , & ſordes iudicis , habendus tameo est pto non hereditario oon quaſi per ſententiam poſſit transferri domiolum , vt imperitè volgò ctediter , ſed propter authoritatem rei iudicatæ , quæ pto veritate habetut *leg. ingenuum* 25. *de ſtat. homin. l. res iudicata* 207. *de regul. iur.* Bené namque & verè dicitur id appatêre de quo constat per ſententiam , *l. Aurelius* 28. *§. vltim. de liberat. legat.* Ergo authoritas rei iudicatæ habet locum non tantùm pto parte petita , ſed etiam pro non petita , quaſi debeat inſpici non tam petitio quàm ptoxima cauſa perendi *l. & an eadem* 14. *in princip. l. cùm ferè hoc* 27 *de except. rei iudic.* Perinde ac ſi pronnociaſſet Iudex fundum hooc nulla ex parte eſſe hereditarium , ideóque nec partem deberi petitori , quippe quæ nec alio iure aut colore petehatur , quàm qood eſſet pars fundi hereditarij : Alioqoi certum est ſententiam ioter alios latam aliis nec prodeſſe nee nocere *tot. titul. Cod. int. alios act. al. non nocer.* Extra caſus *l. ſæpe* 63. *de re iudic. & l. res hereditarias* 4. *infr. de crimin. expil. hered.* Et ratio est, quia qniſquis dicit fundum aliquem venire in hoc iudiciom dicit totum eſſe hereditarium, quod ipſum est de quo iam fuit cognitum & pronuociatum , & conſequentet para quæ fuit petita trahit ad ſe non petitam per neceſſariam cooſequentiam , ae proinde exceptio etiam rei iudicatæ quæ pro parte petita compperit. Nam geoerale illud est vt exceptio rei iodicatæ quæ pro parte obstat , obstet pro toto quandoqnidem io toto pars contioetut , *leg. ſi quis cùm totum* 7. *eod. titul. de except. rei iudic.* innct. *l. 3. eod.*

a *Non veniet non ſolùm*, vel tollenda ſunt hæc verba *non ſolùm*. Et in ſeqnentibus legendum *ſicut nec id*, pto eo qood vulgo, *ſed nec id*, vel cum Petro Fabro *libr. 1. Semestr. cap. 23.* dicendum est verba inuerſa eſſe , & ita reſtituenda *Non ſolùm non veniet id quod pro emptore, ſed nec hoc quod pro herede poſſidetur.* Difficultas enim est præcipua noo tam de patte empta quàm de alia, quæ eriam post ſententiam de diuerſa parte latam poſſidetur pro herede, id est iure hereditario.

9 ¶ An ea stipulatio qua ſinguli heredes in ſolidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti ſi is, qui viam, iter, actus stipulatus etat , deceſſerit , quia

relis

talis stipulatio per legem duodecim tabularum non diuiditur: quia nec potest. sed veriùs est[a], non venire eam in iudicium, sed omnibus insolidum competere actionem. &, si non præstetur via, pro parte hereditaria[b] condemnationem fieri oportet.

Ad §.9. An ea stipulatio.

Ratio dubitandi. Lex 12. tabul. diuidit ipso iure omnia iura & actiones *l.1.C.si cert.pet.* ideoque non veniunt in hoc iudicium *l.2.§.vlt.l.3.in princip.& hac lege* §.1. Dec. Diuiduntur per legem iura, quæ possunt diuidi, non etiam indiuidua, quia lex non potest id quod est impossibile, & semper supponendi sunt termini habiles *l.1.§.vlt.D.ad SC.Tertyll.* Via autem est indiuidua *l.vna est via 18. rustic.præd.* vt cæteræ omnes seruitutes *l.pro parte 11.sup.de seruit.* excepto vsufructu l.1.§ *si vsusfructus inf.ad leg.falcid.* Neque id quod est indiuiduum, lex diuidere potest non defectu potestatis ex parte legis, sed ob repugnantiam, quæ est ex parte rei. Quomodo dicimus ne quidem diuina potestate fieri posse ea quæ implicant contradictionem. Sic enim loquendum esse docent Theologi & Philosophi, non quomodo plerique non minùs impiè quàm imperitè loquũtur, non posse Deum facere ea quæ implicant contradictionem quasi defectus potentiæ sit in Deo, & ex parte Dei, quod falsissimum est.

a *Sed verius est.* Ratio dubitandi. Quæ non diuiduntur per legem 12. tabul. ea omnia veniunt in iudicium hoc Familiæ erciscundæ *l.2.§.vlt.l.3.& 4. supr.*

Dec. Cùm repugnantia est ex parte rei, quòd sit indiuidua non magis potest diuidi per arbitrium Familiæ erciscundæ, quàm per legem. Seruitutes autem omnes sunt indiuiduæ excepto vsufructu *d.l.1.§.si vsusfructus ad leg.falcid.* Ergo si stipulator viæ pluribus heredibus relictis decesserit omnibus in solidum actionem competere dicendum est *l.2.§.1.& 2.infr.de verbor.obl.l.obligationes non diuiduntur 72.eod.* Intellige tamen cum Accursio dummodò habeant singuli partem in fundo dominante ex *l.1.sup.comm.præd.*

b *Pro parte hereditaria.* Ratio dubitandi. Condemnatio sequi debet formam propositæ actionis *l.vt fundus 18.inf.tit.1.l.vlt.C.de fiduciar.libertat.* Ergo si actio sit in solidum, condemnatio quoque in solidum fieri debet.

Dec. Pleraque sunt de quibus in solidum agi oportet, partis autem præstatio adfert liberationem, vt in obligatione de euictione *l.in executione 85.§.in solidum infr.de verb.oblig.* nempe quia solutio fieri debet in pecunia quæ semper est diuisibilis *d.l.stipulationes non diuiduntur 72.de verb.oblig.* Ergo si via non præstetur & quidem tota, quia pro parte præstari non potest, condemnationem tamen in pecunia pro parte fieri oportebit *l.loci 4.§.si fundus sup.si seru.vindic.*

10 ¶ Contrà, si promissor viæ decesserit pluribus heredibus institutis, nec diuiditur obligatio, nec dubium est[a], quin duret: quoniam viam[b] promittere & is potest, qui fundum non habet. igitur, quia[c] singuli in solidum tenentur, officio iudicis[d] cautiones interponi debere, vt si quis ex his conuentus litis æstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur.

Ad §.10. Contrà si promissor.

Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. *prox.præced.*

a *Nec dubium est.* Ratio dubitandi. Non solent durare quę ad eum casum peruenerunt, à quo incipere non potuerunt *l.quia in eum casum 16.supr. ad legem Aquil.l.pro parte 11.supr.de seruit.*

Dec. Potuit stipulatio viæ etiam ab eo casu incipere quo promissor viæ nullum fundum habeat, vt sequitur in textu.

b *Quoniam viam.* Ratio dubitandi. Via est seruitus prædij rustici, ac proinde sicut non potest acquiri alij, quàm qui fundum habeat *l.1.§.1.sup.comm.præd.* §.*ideò autem.Instit.de seruit.* Ita neque ab alio promitti quàm qui fundum habet, ac proinde sicuti fundus qui viam debet non potest totus ad singulos heredes in solidum pertinere, quem ponimus diuisum inter eos, ita neque via per singulos heredes in solidum deberi potest.

Dec. Viam promittere is etiam potest qui fundum non habet, sicut & aliena res promitti, adeóque vendi potest *l.fundum 46.§.1.infr.de euict.* iunct. *l.rem alienam 28.de contrah.empt.* quia per promissionem obligatio tantùm personalis contrahitur, licèt res aliena non afficiatur, at per stipulationem obligatio personalis ad petendam seruitutem non potest acquiri ei qui fundum non habet, cùm nihil eius intersit l.*quoties 15.sup.de seruit.* quomodo interest stipulatoris, qui fundum dominantem habet, licèt promissor nullum habeat seruitutem, eáque inter hos casus diuersitatis ratio est. Sanè constitui via, nisi per certum fundum seruientem non potest & quidem qui sit promissoris, non magis quàm acquiri stipulatori sine fundo, & quidem qui sit stipulatoris. Aliud enim est promitti viam aliamve seruitutem, Aliud verò constitui. Promissio seruitutis afficit personam tantùm, nec facit fundum qualiter se habentem, quomodo facit constitutio & impositio seruitutis *l.quid aliud 86. de verborum significat.*

c *Igitur quia.* Illatio est non ex eo quod proximè dictum est obligationem durare si promissor viæ pluribus heredibus institutis decesserit, non ex eo solo quod prius obligationem vię esse indiuiduam *l.viæ 17.sup.de seruit.*

d *Officio iudicis.* Ratio dubitandi. Conuenitur quisque ex heredibus promissoris viæ in solidum suo nomine, cùm pro parte conueniri non possit, Ergo contra coheredes nullum regressum habere debet. Dec. Conuenitur quidem suo nomine & in solidum, quoniam obligatio sui natura est indiuidua, etiam quantum ad æstimationem *l.2.§.ex his igitur inf.de verb.oblig.* Sed tamen cùm præstat totam litis æstimationem, non tantùm seipsum pro parte sua hereditaria, sed etiam coheredes suos omnes liberat. Proinde æquum est interponi cautiones

officio iudicis vt indemnitatem à coheredib. consequatur, Cùm non nisi tanquam heres & ex causa obligationis hereditariæ solidam æstimationem soluere coactus sit *d.l. 2.§.1. & §. ex his infr. de verbor. oblig.* Alia quęstio est de vno ex pluribus heredibus qui prohibuit, de qua in *dict.l.1.§.vlt.l.3. & 4. & d.l. in executione 85. §. quòd si stipulatus. de verbor. oblig. & in §. in illa infr.*

11 ¶Idem dicendum est, & si testator viam legauerit.

Ad §.11. Idem dicendum est.

Ratio dubitandi. Cùm promissor viæ decessit pluribus relictis heredibus, ideò tenentur singuli heredes in solidum, quia defuncti obligatio fuit indiuidua, & ex personis heredum condicio obligationis bonorum defuncti immutari non potest *l. 2. § ex his de verb. oblig.* Atqui cùm legata est via non habet locum hæc ratio eùm testator qui viam legauit, eam non debuerit, nec fuerit vnquam obligatus. Dec. Via quæ legata est perinde est indiuidua, atque illa promissa est. Non magis ergo heredum obligatio diuidi potest, siue quantum ad viam ipsam, siue quantum ad ęstimationem quàm si per stipulationem promissa esset. Nec eò minus videtur hereditarium debitum viæ quòd legata fuerit illa non promissa. Nam hereditariarũ actionum loco habentur etiam legata, quamuis ab herede incipiant *l. hereditariarum 40. infr. de oblig. & act.* sicut & alienum æs hereditarium interdum dicimus etiam de quo eum defuncto agi non potuit *l. hereditarium 7. inf quib. ex caus. in poss. eat.*

12 ¶In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat, *Neque per se, neque per heredem suum fieri, quominus ire agere possit:* quoniam, vno prohibente, in solidum committitur stipulatio: ne vnius factum cæteris damnosum sit.

Ad §. 12. In illa.

Ratio dubitandi. Obligationes quæ ex stipulationibus hereditariis nascuntur sunt hereditariæ, & consequenter diuiduntur ipso iure inter heredes ex lege 12. tab. *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.*

Dec. Obligatio hæc est indiuidua, quia res in stipulationem deducta indiuidua est *l. stipulationes non diuiduntur 72. de verb. oblig.* qualis est seruitus itineris & cæterę omnes seruitutes vsufructu excepto *l. 1. §. si vsusfructus. ad leg. falc. l. vna est via 18. supr. rustic. præd.* Ergo committitur stipulatio in solidum vno ex heredibus prohibente, quia verum est per heredem factum esse, licèt vnus tantùm fecerit, Aliud esset si stipulatio simpliciter ita concepta esset *per te non fieri* non additis verbis illis, *neque per heredem tuum*, quia per hæc verba facientis persona sola nominatim demonstratur, & ideò vno tantùm ex heredibus prohibente solus is qui prohibuit tenetur, quæ species & sententia & ratio est *l. 4. §. Cato. de verb. oblig.* quod diuersum est cùm heredis persona demonstrata fuit, non enim eò minus verum est per heredem factum esse, eùm vnus fecit, licèt alij nõ fecerint, ideoque ne vnius factum aliis noceat, æquum est dari iudicium Familiæ erciscundæ cæteris coheredibus qui pro coherede prohibente soluerunt *l. si inter coheredes 44. §. quod ex facto infr. hoc tit. l. 5. in fin. l. in executione 85. §. quòd si stipulatus. infr. de verb. oblig.* iunge *l. si stipulatus sim 35. eod. tit.* & quæ scripsi de sententia & emendatione *dict. §. Cato. libr. 3. Coniect. cap. 7.*

13 ¶Idem iuris est in pecunia promissa à testatore, si sub pœna promissa sit. nam licet hæc obligatio diuidatur per legem duodecim tabularum: tamen, quia nihilum prodest ad pœnam euitandam, partem suam soluere, siue nondum soluta [a] est pecunia, nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, vt de indemnitate caueat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solueretur, aut vt caueat, se ei, qui solidum soluerit, partem præstaturum: siue etiam [b] soluit, vnus vniuersam pecuniam, quam defunctus promittit, ne pœna committeretur, familiæ erciscundæ iudicio à coheredibus partes recipere poterit.

Ad §. 13. Idem iuris est.

Ratio dubitandi. Cùm pecunia à testatore promissa est sub pœna pecuniaria vtrumque diuiduũ est, & pecunia, quæ in obligationem deducta fuit, & pœna ipsa, quam ponimus pecuniariam. Ergo vtraque obligatio diuiditur per legem duodecim tabularum, quia & potest diuidi *§. an ea. supr.*

Dec. Pœna quidẽ ipsa, cùm pecuniaria est diuidua est, sed vt pœna committatur, vel non, est quid indiuiduum, quia nihil prodest ad pœnam euitandam satisfecisse pro parte, si non in totum sit satisfactum, Quia verum est satisfactum nõ esse quandiu non in totum satisfactum fuit *l. 5. in fin. de verb. oblig. l. 3. de in lit. iur.* Pœna enim promissa non est quærendum an aut quatenus intersit, sed tantùm quænam sit quantitas, & condicio stipulationis *l. stipulatio ista 38. §. alteri. de verb. oblig.* Condiciones autem sunt omnes indiuidnę, etiam quę in danda pecunia consistunt, nisi cùm personarum enumeratio facit eas diuiduas, vt in *l. cum fundus 56. de condic. & demonstr.* Iunge *l. 2. §. vlt. & l. 3. de verb. oblig. l. vlt. supr. in ius vocat. vt caut. l. si seruus 9. §. 1. supr. si quis caution.* vbi tamen additur exceptioni doli locum esse in stipulationibus prætoriis si quis ad pœnam agat suprà quàm intersit, quod Accursius post Ioannem restringit ad iudicia ad differentiam contractuum. Sed malo rationem diuersitatis ex eo petere quòd stipulationes prætoriç interpretationem recipiunt ex mente Prætoris, quæ illa est vt pœna non apponatur nisi in vicem & taxationem eius quod interest *l. in prætoriis 9. & l. vlt. infr. de Prætor. stipulat.* Quod in conuentionalibus secus est *dict. §. alteri.* iunct. *l. in conuentionalibus 52. de verb. oblig.* Planè si accepta parte sortis stipulator totam pœnam petat, cogendus etit

erit acceptam partem sortis in pœnam imputare, nisi pœna hîc promissa rato manente pacto, vt hîc post Azonem Accursius *l.pen.de transact.*

a *Sine nondum soluta.* Ratio dubitandi. Antequàm dies soluendæ pecuniæ veniat nihil peti potest, licèt debeatur si in diem certam promissa fuit pecunia *l.stipulatio ista 38. l.centesimis 46. de verb.oblig. l.quod certa 70. de solut. l.cedere diem 213. de verb.signif.* Ergo nec cautio vlla interim peti potest. Nec enim quisquam superuacua cautione onerandus est *l. hæc stipulatio 14.§.1.inf. vt legat. seu fideicomm.seru. caus. caueat.* quia nec tam facile est fideiussorem inuenire *l.2.§. pen.sup.de iudic.*

Dec. In omnibus bonæ fidei iudiciis quale est hoc Familiæ erciscundæ etiamsi dies præstandæ pecuniæ nondum venerit, si tamen agatur ad interponendam cautionem ex iusta causa condemnatio fit *l.in omnibus 41. sup.eod.tit De iudic.* Cautionum enim vsus qui ad expediendas plerasque perplexitates necessarias esse visus est, in euētus futuros comparatus fuit *l.in lege 45.§.1.inf.ad leg.falcid.l.si a bonæ 23. sup.de rei vindic.tot.tit. vt legat. seu fideic. seruand. caus.caueat.* Et scilicet intacta cuiusque iura seruentur, nec post vulneratam causam remedium quæri oporteat *l.vlt.C.in quibus caus.non est necess.in integr.restit.*

b *Sine etiam.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet qui vltrò pecuniam promissam vniuersam solus obtulit ne pœna committeretur, quia hoc malusse videtur, arg.*l.si patre cogente 22.in fin. de rit.nupt. l.si mulier 21.§.vlt.ff.quod met.caus.*

Dec. Non possunt coheredes ei imputare cur id fecerit ex quo ipsi lucrum & commodum senserint *l.si extraneus 33. l.cùm in fundo 78.§. quòd si mulier. inf.de iur.dot.* Alioqui locupletarentur cum aliena iactura quod esset iniquum *l. nam hoc natura 14. de condict.indeb. l.iure naturæ 206.de reg.iur.* Locupletior enim fit qui liberatur à creditore *l.si pupilli 66.in fin. de solut.* Est igitur in hanc rem accommodatum iudicium Familiæ erciscundæ *l.inter coheredes 44.§.pen. & vlt.inf hoc tit.*

14 ¶Idem obseruatur [a] in pignoribus soluendis: nam, nisi [b] vniuersum, quod debetur, offeretur, iure pignus creditor vendere potest.

Ad §.14.Idem obseruatur.

a *Idem obseruatur.* Ratio dubitandi. Licèt pignoris obligatio indiuidua sit *l. rem hereditariam 65.inf de euict.* Personalis tamen diuidua est *l.1.& 2.C.si vnus ex plurib.hered.debit.*

Dec. Nō est prohibendus vnus ex heredibus debitoris quominùs partem suā pignoris luat, quam porrò aliter luere non potest quàm si totum debitum soluat, vt totum pignus luat, propter indiuisam pignoris causam *d.l.rem hereditariam 65.* Ergo si totum debitum soluerit ad pignus liberādum dandae ei actio Familiæ erciscundæ contra coheredes pro partibus quas ipsi debuerunt. Generaliter enim Familiæ erciscundæ iudicio locus est, quoties vnus ex coheredibus ex necessitate fecit quod pro parte sua facere expedire non potuit §.*prox.infra.* Quòd si nondum solutio facta sit, dubitatur hoc iudicium vt interponantur cautiones, quemadmodum in superiore casu: sic enim accipi debet quod hîc scribitur, idem obseruari in pignoribus luēdis, nec restringi ad necessitatem interponendæ cautionis si pignus nondum alter ex heredibus luerit, quomodo Accursius interpretatur, sed etiam ad illum casum extendi quo ad luēdam partem pignoris totum debitum solutum sit. Vtraque enim sententia superiore §.prox.continetur.

b *Nam nisi.* Ratio dubitandi. Pignoris obligatio accessoria est ad personalem, quam ideò præcedere, vel subsequi aliquam oportet aut naturalem aut ciuilem, aut saltem naturalem tantùm *l.res hypothecæ 5.inf.de pignor.& hypoth.* Ergo debet sequi naturam principalis obligationis & esse diuidua, vt eadem ratio sit accessorij quæ principalis, arg.*l.cùm principalis 178.de reg.iur.*

Dec. Pignus interponitur vt sit cautum pro toto debito *l.si mandatu 59.§.vlt.inf.mandat. l.ergo 4.§.addicti.de fideicom.libert.* ideoque solet plus esse in pignore quàm in debito. Et quod amplius est, vendito pignore restitui per actionem pignoratitiam oportet *l.1.& 2.C.debit. vendit.pignor.imped.non poss.l quamuis 6.& pass.inf.de pignerat.act.& tot.tit.de distract.pignor. D. & C.* Datur enim pignus vt possit distrahi sub illa veluti condicione si debitum solutum non sit, aut aliter eo nomine satisfactum *l.si rem 9.§ omnis pecunia.inf.de pignorat.act. l.grege 13. §.etiam. inf. de pignorat.* Condiciones autem omnes indiuiduæ sunt, quia vel existere illas in totum, vel deficere necesse est *l.sui fundus 56.inf.de condic.& demonstr.* Ergo pignoris obligationem quoque indiuiduam esse necesse est *l.si necessarias 8.§. si vnus de pignorat.act.l quandiu 6.C.de distract. pignor: l.2. C.debit. vendit: pignor. imped. non poss.* Iunge *l.hu consequenter 18.§. Celsus & vlt. supra hoc tit.* Sola hypotheca tacita legatorum excipitur, cui specialem illam naturam Iustinianus indidit, vt inter heredes pro hereditariis portionibus diuidatur exemplo actionis personalis *l.1. C.comm.de legat.*

15 ¶Si vnus [a] ex coheredibus noxali iudicio seruum hereditarium defenderit, & litis æstimationem obtulerit, eùm hoc expediret [b]: id pro parte hoc iudicio consequatur. Idem est [c], & si vnus legatorum nomine cauerit, ne in possessionem mitterentur. & omnino [d] quæ pro parte expediri non possunt, si vnus cogente necessitate fecerit, familiæ erciscundæ iudicio locus est.

Ad §.15.Si vnus.

a *Si vnus.* Ratio dubitandi. Litis æstimatio semper pecuniaria est *l.4. §.aut Prætor. de re iudic.* Quoniam aliter non posset fieri executio iudicati, vt docuimus sæpius, præsertim in Chiliade *De error pragmat.* Et per pecuniam res omnes æstimantur *l.si ita fideiussorem 42.inf.de fideiuss.* Ergo diuidua.

Dec. In omni iudicio noxali defensio corporis quod noxam fecit indiuidua est, quia & corpus ipsum indiuiduum est, & delictum quoque quod à seruo commissum dicitur indiuiduum. Et consequenter litis æstimatio tota & in solidum præstan-

da est, vt in noxali iudicio possit liberatio contingete, vt supt. diximus ad *tit. de noxal. act.* Alterutrum enim omnimodo faciendum est vt noxa, vel dedatur, vel defendatur si non præstetur damni, litisq; æstimatio, Et contrà, vt damni æstimationem præstari necesse sit si noxa non dedatur, vel defendatur. Est igitur in condicione altetnatiua vtrumque positum, noxæ deditio aut defensio, & præstatio litis æstimationis. Atqui condiciones omnes sunt indiuiduæ, vt sæpius docuimus, & ad §. prox. Ergo vel insolidum præstanda est litis æstimatio, vel in solidum facienda defensio aut deditio.

b *Cùm hoc expediret.* Ratio dubitandi. Quod fieri necesse est non oportet quæri an expediat. Magnum enim duūmq; semper telum est necessitas. Necesse autem est turam litis æstimationem solui ad euitandam noxæ deditionem, quæ alioqui omnimodo facienda est, vt diximus.

Dec. Non semper expedit litis æstimationem soluere. Quid enim si minoris sit animal, quod noxam dedit, quàm quanti damnum est? Nunquam verò necesse est, nisi necessitate, vt vocant causatiua, id est, nisi malit dominus noxam dedere *l. militis 6. §. decem. inf. de re iudic.* Iunge *l. filia 18. in fin. C. hoc tit.*

c *Idem est.* Ratio dubitandi. Legatorum solutio diuiditur inter heredes pro portionibus hereditatis *l. Mauius 66. §. eum qui. l. cùm filius 76. in princ. de leg. 2.* Adeò vt hypotheca quoque tacita quæ pro legatis competit diuidua sit *L. 1. C. comm. de legat.* Ergo etiamsi vnus ex heredibus solus cauerit ne legatarius in possessionem mitteretur, non potest habere pro sua indemnitate actionē Familiæ erciscundæ contra coheredes, cùm non sit hæc res ex earum numero quæ pro parte expediri non possunt.

Dec. Ex Edicto Prætoris mittuntur legatarij in possessionem rerum hereditariarum si non iis caueatur de legato sua die soluendo *tot. tit. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat. & vt in poss. leg. D. & C.* Et per eam missionem cōstituitur pignus prætorium *l. 1. cùm legatorum l. 12. inf. quib. ex caus. in possess. eat. l. non est mirum 26. §. 1. inf. de pignor. act. l. ex cui 5. §. qui prior & seqq § qui legatorum. inf. vt in poss. eat.* Pignus autem prætorium, non minus indiuiduum est quàm conuentionale. Ex natura cuiuslibet pignoris, quia suâ quoq; habet condicionem quę proinde indiuidua semper est si non caueatur de legato, vel fideicommisso sua die soluendo. Ergo si vnus ex heredibus caueat de solido legato præstando, indemnis seruādus est à coheredibus, quia nō aliter rem expedire pro sua parte potuit, vt sequitur in textu, vbi ponitur regula quæ significatur ea dictione *omnino*, cuius sensus est *Generaliter & in vniuersum*, vt in *l. qui bona 19. §. & generaliter de acquir. rer. domin. l. si procurator 11. §. 1. de doli except.* Hodie non est locus huic sententiæ: nullum enim est pignus prætorium pro legatis, & fideicommissis, cùm satis cautum sit legatariis & fideicommissariis per tacitam hypothecam, quam Iustinianus in hanc rem induxit in *d. L. 1. C. comm. de legat.*

d *Et omnino*, id est generaliter, & in vniuersum, vt modò explicauimus. Ratio dubitandi. Nemo ex eo quod facit suo nomine alium obligare potest, quia non eo animo accedit ad negotium vt alium obliget, sed vt suam rem gerat *l. in hoc iudicium 14. §. 1. inf. tit. prox. l. Papinianus 28. inf. mandat. l. si quid possessor 31. sup. de petit. hered.*

Dec. Nihil potest imputari ei qui ex necessitate aliquid fecit, proinde non est ei adimenda actio per quam consequi possit indemnitatem à coheredibus, quorum negotia vtiliter gessit non gesturus si commune expedite pro sua tantùm parte potuisset. Huius autem regulæ exempla sunt in præcedentibus §§. in quibus actum est de pœna de pignore, & de noxali actione. Iunge *l. si cum vno 4. sup. si ex noxal. caus. agat. l. 1. § noxæ autem dedere. sup. si quadrup pauper fecisse dicat.* Aliud ergo est si vnus ex heredibus patrem suam ita defendere aut gerere potuit, vt coheredis sui rem gerere non cogeretur *l. si communes 40. sup. de negot. gest. l. si quis putans 6. § siue autem. vers. cæterùm. inf. tit. prox.* Intellige verò hanc regulam negatiuam generaliter sicut & affirmatiuam, id est, siue is ex coheredibus qui partem suam solam expedire potuit, & negotium commune gerere maluit, agat iudicio Familiæ erciscundæ, siue conueniatur. Reiecta illa Ioannis distinctione quam hîc Accursius refert, nec improbat, contra quàm textus est in *l. familia 20. C. hoc tit.* vbi dicitur alias eo nomine quæ ibi proponuntur dandas esse actiones. Planè quod ambo respondent in eis legis specie fuisse iam antea intentatam actionem Familiæ erciscundæ, quæ sæpiùs institui non potest ex *l. si filia 20. §. familia. sup. l. siue pro fratre 3. C. de negot. gest.* non modò vt commentitium est, sed neque verbis legis conuenit. Planè cùm quæritur an vnus ex coheredibus cogente necessitate aliquid fecerit, necessitatem intellige cum Accursio non solùm iuris, vt in exemplis superioribus, sed etiam facti, vt in *dict. l. si quis putans. §. siue autem locando.*

16 ¶ Non tantùm [a] dolum, sed & culpam in re hereditaria præstare debet cohæres: quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. non tamen [b] diligentiam præstare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic, propter suam partem, causam habuit gerendi: & ideò [c] negotiorum gestorum ei actio nō competit. talem igitur diligentiam pręstare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt [d], si duobus res legata sit: nam & hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.

Ad §. 16. Non tantùm.

a *Non tantùm.* Ratio dubitandi. Cohæres qui solus gessit commune negotium habuit causam gerendi pro sua parte, vt sequitur in textu. Ergo non adeò seuerè cum eo agi debet, nec tam amarè, quomodo loquitur Paulus in *l. si id quod 28. §. si quis. de donat. int. vir. & vxor.* vt etiam culpam in rebus hereditariis præstare teneatur. Sicut enim non caret culpa qui se immiscet rei ad se non pertinenti *l. culpa est 36. de reg. iur.* Ita è contrario non potest obiici culpa ei qui causam habuit gerendi pro sua parte.

Dec. Non contrahimus cū coherede, sed in eum incidimus, ideoque æquum est illum durius teneri, vt in *l. vlt. rem pupill. salu. for.* Nec enim potest nobis

bis imputari cur talem elegerimus, quæ demùm ratio solet facere, vt quis non nisi de dolo teneatur vt in depositario *§.præterea. Instit. quibus mod. re contrah. oblig. & §. idem iuris est 4. Instit. de obligat. quæ ex quasi contr.* Ergo æquum est, vt non solùm de dolo, sed etiam de culpa teneantur *l. & puto 16. §. sed & si dolo. sup. hoc tit.*

b *Non tamen.* Ratio dubitandi. Non contrahimus cum coherede, sed in eum incidimus, vt *supr. prox.* Ergo etiam diligentiam præstare debet, id est, culpam leuissimam, vt indemnitas præstetur coheredibus quibus nihil imputari potest.

Dec. Solet exactissima diligentia ab eo exigi, qui negotium aliquod vltrò gessit sui tantùm, non alieni commodi causa *l. si vt certo 5. §. nunc videndum. inf. commodat. l. contractus 23. de reg. iur.* Hic autem coheres causam habuit gerendi pro sua parte, nec tamen sibi tantum proficit, sed etiam coheredibus, qui rursum non cũ eo cõtraxerunt, sed in eum inciderunt, vt modò diximus. Æquissimum igitur est temperamẽtum, vt non tantùm de dolo teneatur, sed etiam de culpa, at de leui tantùm, quæ appellatione culpę sola intelligitur non de leuissima, id est hactenus, vt diligentiam illam præstet non quam diligens paterfamilias adhibuisset, sed quam ipse in rebus suis adhibere solet *l. quod Nerua 32. inf. deposit.* Tempore scilicet communionis non inspecto tempore quod præcessit, vt in societate *§. vlt. Inst. de societat.* Eligitur enim socius ob industriam quæ ex antecedente ipsius diligẽtia colligitur. Itaque socium deciperet qui post contractam societatem minus esset diligens quàm anteà fuisset. Coheres autem non eligitur, sed in eum inciditur, vt diximus.

c *Et ideò.* Ratio dubitandi. Negotiorum gestorum actio competit etiam cùm quis pro communibus ædibus cauit de damno infecto *l. si communes 40. supra de negot. gest.*

Dec. Actio illa competit ei dantaxat, qui aliena gessit negotia, non ei, qui sua, & qui partem suam administrare potuit solam, vt in specie *d. l. si communes 40. l. si quis putans 6. §. cæterum inf. tit. 1.* Hic autẽ tractamus de coherede, qui rem communem & hereditariam administrauit in solidum, cùm pro parte non posset: Ideoque Familiæ erciscundæ iudicio, aut Communi diuidundo locus esse debet, non actioni negotiorum gestorum, Nisi cùm aut consumptum est iudicium Familiæ erciscundæ, quia iam fuit intentatum aut res communis esse desiit, vt Accursius notet ex Ioanne interpretatur ex *l. si ut pro fratre 3. C. de negot. gest.*

d *Eadem sunt.* Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad sententiam præcedentem, Nam & legatarius incidit in collegatarium, & æquè collegatarius habet causam administrandæ pro sua parte rei legatæ. Non enim consensus aut contractus aliquis eos coniunxit, sed res ipsa, & ideò dicenda est communio ista non societas, quo nomine societatis propriè significatur Communio quæ inducitur per contractum & tractatu habito, vt loquitur *l. vt sit 31. cum seqq. inf. pro socio. §. item si inter 3. Instit. de obligat. quæ ex quasi contr.*

17 ¶ Si incerto [a] homine legato, & posteà defuncto legatario, aliquis ex heredibus legatarij non consentiendo impedierit legatum: is, qui impedit, hoc iudicio cæteris, quanti intersit eorum, damnabitur. Idem est [b], si è contrario vnus ex heredibus, à quibus generaliter homo legatus est, quem ipsi elegerint, noluerit consentire, vt præstetur, quem solui omnibus expediebat: & ideò conuenti à legatario iudicio, pluris damnati fuerint.

Ad §. 17. Si incerto.

a *Si incerto.* Ratio dubitandi. Cùm incertus homo legatus est, non facit mors legatarij, quominùs legatum debeatur heredibus ipsius iure transmissionis si modò legatum fuerit purum aut in diem non condicionale *l. 1. 2. 3. & pass. inf. quand. dies legat. ced.* nec est in potestate vnius ex coheredibus, vt legatum intercidat quod transmissum in omnes fuit.

Dec. Impeditur hoc legatum si omnes coheredes non consentiant in homine qui ex legati causa præstari debeat, quia non potest pars hominis in vno corpore præstari & alia pars in alio *l. in executione 85. §. pro parte. inf. de verb. oblig. l. stipulatus sum 9. §. 1. inf. de solut.* vt & in *l. huiusmodi 84. §. vlt. de legat. 1. l. a. §. vlt. sup. quib. mod. vsusfr. amitt. l. vlt. in princip. C. comm. de legat. §. si generaliter. Inst. eod. tit. de legat.* Ergo is per quem stat quominùs certus homo præstetur, quia non vult consentire, indemnitatem pręstare coheredibus debet hoc iudicio Familiæ erciscundæ, ne factum vnius ex coheredibus aliis noceat quibus nihil imputari potest *l. 2. inf quod vi aut clam.* Teneri ergo debet quanti eorum interest & quidem hac actione, quia tenetur tanquam heres, & quod hereditatis causam deteriorem faciat, hodie tamen non impeditur ex hac causa legatum, Quia Iustinianus sortem & fortunam inter coheredes iudicem esse voluit *in d. l. vlt. in princ. C. commun. de legat.*

b *Idem est.* Ratio dubitandi & dec. ead. quę ad sententiam præcedentem. Nam & cùm homo generaliter legatus est quem heredes elegerint solutio non potest fieri nisi in vno certo homine, non autem in pluribus, ideoque consentire necessariò heredes debere in eo quem solui omnibus expediat, Quod nisi fiat impediente vno ex heredibus qui nolit consentire, æquum est præstari ab eo indemnes cæteros qui à legatario conuenti actione personali ex testamento, (nec enim competere vindicatio potest incerti hominis, vt neque dominium transferri, præsertim cùm heredis electio est *l. 27. & §. vlt. l. præced. l. 110. de legat. 1.*) si pluris damnati fuerint ob eam causam, ne ipsius factum noceat cæteris quibus nihil imputari potest *§. in illa 12. sup.* *Rectè autem quem heredes elegerint.* Quoniam alioquin legatarij electio est non heredis quotiescunq; seruus legatus est generaliter aut quid aliud, non autem certæ species *§. si generaliter 22. Instit. de legat.* Nimirum si aliquos seruos habuit testator in suo patrimonio (alioqui non potest ex alienis seruis alius quàm heres habere electionem quem emere potiùs velit aut præstare *l. 3. in princip. & l. 4. inf. de tritic. vin. & oleo legato.* Item si legatum sit per vindicationem quod in dubio præsumendum est, Quia erat olim id genus legati omnium frequentissimum & fauorabilissimũ. Et ita debet accipi quod scriptum

est in *l. legato 37. in prin. l. qui duos 20. §. 1. l. si domus 71. in princ.* quam infeliciter & malè Haloander emendauit *de leg. 1.* Nam si legatum erat per damnationem electio erat heredis tanquam debitoris ex *reg. l. plerumque 10. §. vlt. inf. de iur. dot. & cap. in Alternatiuis. de reg. iur. in 6.* sicut & cum certa species legata est, nec tamen apparet de qua specie testator senserit, quia & hoc casu certū est heredem alterutrius speciei debitorem esse, vt in *d. l. legato 37. §. 1. l. si quis à filio 32. §. si plures eod. tit. de legat. 1.* Atq; ita hæc tota quæstio De electione hominis generaliter legati cuinam ea cōpetat, ex iuris veteris explicanda est, Non quomodo glossatoribus qui se hic tantopere torquent apud Accursium. In stipulationibus cęterisque contractibus non est huic distinctioni locus, quia semper electio est debitoris *d. l. plerumque. §. vlt. l. veteribus 39. sup. de pact. l. qui decē 72. §. Stichum. de solut.* nisi cùm stipulator sibi electionem excepit, vt in *l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. eod. tit.* quemadmodum in specie huius §. testator excepetat suis heredibus electionem, quam alioquin ipsi non habuissent, sed legatarius, quia generaliter homo legatus erat, & quidem per vindicationem. Nam & verbum *lego* conueniebat tantùm legatis per vindicationē non etiam per damnationem, aut per sinendi modum, vt videre est apud Vlp. & Caium in *Instit.*

18 ¶Item culpæ nomine[a] tenetur, qui, cùm ante alios ipse adisset hereditatem, seruitutes prædiis hereditariis debitas passus est non vtendo amitti.

Ad §. 18. Item culpa nomine.

a *Item culpæ nomine.* Ratio dubitandi. Qui passus est non vtendo amitti seruitutes prædiis hereditarijs debitas, nihil fecit: nec coheredum qui tardiùs adierunt procurator fuisse videri potest, cùm nec adierit, nec adire potuerit, nisi pro sua parte *l. 2. sup. si pars hered. petat.* Ergo nulla ipsius culpa est si pro coheredum portionibus seruitutes non vtendo amitti permiserit, cùm partem suam impunè negligere potuerit, satisque negligentia ipsius puniatur in eo quòd partem suam amisit ne latior sit pœna quàm culpa *l. rescriptum 6. inf. D. de his quæ vt indign. l. in lege 24. Ad legem falcid. l. ex facto 43. §. vlt. infra de vulg. & pupill. substit.*

Dec. Qui non facit quod facere debet, facit aduersus ea quæ facere debet *l. qui non facit 121. de reg. iur.* & quamuis minor culpa sit in omittēdo, quàm in committendo, aliqua tamen est, imò alienare intelligitur etiam is qui patitur quid vsucapi aut præscribi *l. alienationis 28. de verb. signif. l. si fundum 16. de fund. dotal.* & sibi debet imputare coheres qui ante alios adiit, cur non melius tuitus sit res hereditarias quas alij ante aditionem defendere non potuerunt. Præuidere enim debuit negligentiam cuiusque in propriis quoque rebus culpandam esse, in alienis autem coercendam *l. si constante 24. §. si maritus solut. matrim.* Atqui iam diximus etiam culpæ nomine coheredem teneri coheredibus *§. non tantùm, sup.* si tamen paucissimi dies supererāt ad complendum tempus per quod seruitutes non vtendo amittuntur, nihil causæ est cur ei qui adiit culpa imputetur *d. l. si fundum 16. in fin. de fund. dot.*

19 ¶Si filius[a] cùm patrem defenderet, condemnatus soluerit, vel viuo eo, vel post mortem: potest æquiùs dici, habere petitionem à coherede in familiæ erciscundæ iudicio.

Ad §. 19. Si filius.

a *Si filius.* Ratio dubitandi. Non potuit cogi filius patrem defendere, ergo sibi debet imputare cur defenderit, & consequenter etiam si condemnatus soluerit, siue viuo patre, siue mortuo. Proinde nullum aduersus coheredem regressum habere debet, quia nec aduersus patrem vllum haberet, nisi esset emancipatus *l. 4. sup. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. inf. de furt.* Cur enim meliore iure sit aduersus heredes patris, quàm aduersus patrem ipsum?

Dec. Negari non potest quin hic filius soluendo pro patre vtiliter gesserit rem patris, licèt tanquam defensor condemnatus sit proprio nomine, vt in *l. si filia 20. §. 1. sup. l. Plautius 61. & is cuius 64. sup. de procur. l. 4. in princip. inf. de re iudic.* Et ideò cùm fecerit causam hereditatis meliorem, quæ tantò locupletior ad heredem peruenit, æquum est teneri coheredes iudicio Familiæ erciscundæ vt huic filio, eidémque coheredi indemnitatem præstent, ne cum ipsius iactura locupletentur contra naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. inf. de condict. indeb.* Nec sanè potest filius dici vltrò defēdisse patrem quem cogente pietate defendere debuit, neque minùs, imò tantò magis si in potestate fuit, quàm si emancipatus. Nec æquum est vt suæ erga patrem obseruantiæ pœnas vllas luat. Estque hic casus vnus ex iis in quibus plenior est actio & obligatio contra heredem, quàm contra defunctum *l. hereditarium 7. inf. quib. ex caus. in poss. eat.* sicut & interdum plenior competit heredi, quàm competierit defuncto *l. si per imprudentiam 51. §. pen. inf. de euict.* nec est contrarium quod scriptum est in *l. & puta 16. §. sed & si dolo. sup. hoc tit.* ea quę ab vno ex heredibus gesta sunt antequàm heres esset & viuo adhuc testatore non venire in hoc iudicium. Id enim de iis accipi debet, quæ malè, ac dolo malo gesta sunt, non quæ ad vtilitatem defuncti facta sunt, & propter quæ fuerit, ipse debitor constitutus, tantoque opulentiorem hereditatem reliquerit, vt in specie huius §. in qua non est dubitandum quin pater filio suo emancipato à quo defensus est obligatus fuerit ciuiliter, vt alij extraneo cuilibet. Filio autem in potestate saltem naturaliter, vt in *l. frater à fratre 38. in princip. & §. 1. inf. de condict. indeb.* Itaque non est quod cum Accursio dicas esse hoc de æquitate speciale in filiis.

20 ¶Iudex[a] familiæ erciscundæ nihil debet indiuisum relinquere.

Ad §. 20. Iudex.

a *Iudex.* Ratio dubitandi. Lex 12. tabul. cùm actionem Familiæ erciscundæ introduxit, nomine familiæ totam hereditatem significauit. Ergo non

potest

poteſt videri iudex familiæ erciſcundæ officio ſuo functus donec totam hereditatem diuiſerit, proinde ſi quid fortè indiuiſum reliquerit, adhuc poteſt diuidere. Id enim eſſe videtur quod dici ſolet nihil actum videri quandiu alind ſupereſt agendum *l. pen. in fin. C. de his quib. vt indig.*

Dec. Iudicium Familiæ erciſcundæ non poteſt amplius quàm ſemel accipi, niſi cauſa cognita *l. ſi filia 20. §. familiæ. ſup.* Doli rationem dixi, ergo ad officium iudicis familiæ erciſcundæ pertinet, vt nihil indiuiſum relinquat, non quaſi ſi quid indiuiſum reliquerit poſſit rurſum agi familiæ erciſcundę, ſed ne poſt acceptum familiæ erciſcundæ iudicium neceſſe ſit aliud iudicium accipere Communi diuidundo pro rebus nondum diuiſis. Bonus enim iudex id agere debet quantum poteſt vt lites dirimat aut diminuat, non vt ex lite faciat lites, aut vt cogat litigatores pluribus iudiciis peragere quod vno expediri commodiùs potuiſſet *l. quidam exiſtimauerunt 21. infr. de reb. credit. §. ſi inter me & ſeq. ſupr. hac lege.* Si tamen quid per culpam iudicis non dolo alteri ex coheredibus indiuiſum manſerit diuidendum omnino erit iudicio Communi diuidundo *d. §. familiæ.* ne alioqui perpetuo manere debeat indiuiſum. Sic & arbiter ex compromiſſo acceptus ſic debet ſententiam dicere vt cauſam totam diffiniat, Alioqui non videtur officio ſuo benè functus *l. qualem 19. §. dicere. l. Labeo 25. ſupr. de recept. qui arbit. recept.* Sed diſſimilis eſt hæc ſpecies ab illa; quoniam ibi arbiter quaſi nondum ſententiam dixerit cogitur eam iterum dicere. Hic verò iudex familiæ erciſcundæ qui diuiſit res hereditarias quibuſdam exceptis non poteſt de indiuiſis amplius cognoſcere, nec ſi maximè velit tanquam qui officio ſuo ſemel functus ſit, ſiue benè, ſiue malè, vt in *l. iudex poſteaquàm 28. infr. de re iudic.*

21 ¶Item curare debet[a], vt de euictione caueatur his, quibus adiudicat.

Ad §. 21. Item curare.

a *Item curare debet.* Ratio dubitandi. Etiamſi in diuidenda hereditate nihil de euictione dictum ſit, tamen ex natura actus coheredes euictionem ſibi inuicem præſtare debent, & quidem præſcriptis quaſi permutatione inuicem facta cùm diuiſio nō minùs permutationis quàm venditionis vim obtineat, vt dixi ad *l. ſi filia 20. §. ſi pater, ſupr. l. ſi familia 14. C. hoc tit.* Fruſtra ergo iudex curet vt de euictione ſibi inuicē caueant: fruſtrà enim deducitur in conuentionem aut in ſententiam quod ipſo iure fieri debet ſicut & fruſtrà id à Principe impetraretur *l. Imperatores 30. de reb. author. iudic. poßid.* aliàs *l. 14. de priuileg. credit.* Dec. Cùm in diuiſione nihil dictum eſt de euictione, id eſt, neq; vt euicto præſtetur, neque vt vnuſquiſque coheredū ſuſcipiat in ſe euentum euictionis, omnes coheredes detrimentum euictionis æqualiter ferre debent *d. l. ſi familia 14.* Et ideò ad officium arbitri familiæ erciſcundæ pertinet, vt cùm vni ex coheredibus aliquam rem hereditariam totam adiudicat, iubere debeat caueri ei de euictione per cæteros, vt detrimentum euictionis totum ad cæteros ſolos pertineat, quibus viciſſim ille alias res adiudicat quæ non euincuntur, & ita hic locus intelligi debet, Quanquam vt notum eſt vt quæ dubitationis cauſa adduntur, ſiue à contrahentibus, ſiue à iudice ius commune nō lædant *l. quæ dubitationis 81. de reg. iur.* præſertim vt ſit ex ſtipulatu actio, inquit Vlp. in *l. ſi domus 71. §. 1. de legat. 1.* Videbatur tamen non poſſe in adiudicationibus non eſſe locum actioni de euictione, quia omnis actio de euictione præſupponit factam traditionem *l. ex empto 11. §. & inprimis de act. empt. l. ſi id quod 61. & paſſ. de euict.* quæ porrò nulla in adiudicatione interuenit. Sed dicendum eſt ſufficere vt res habeatur pro tradita *l. ſi rem 62. in princip. eod.* quod euenit in adiudicatione quæ perinde dominium transfert ſine traditione atque traditio facta ex iuſto aliquo titulo præcedente *§. vltim. Inſtit. de offic. iudic.* Idem ergo iuris eſt in actione quoque Communi diuidundo *l. item quamuis 10. §. vlt. inf. tit. prox.* Aliud eſt in ſpecie *l. Iulianus 13. §. idem Celſus. de action. empt.*

22 ¶ Si pecunia[a] quæ domi relicta non eſt, per præceptionem relicta ſit, vtrum vniuerſa à coheredibus præſtanda ſit, an pro parte hereditaria, quemadmodum ſi pecunia in hereditate relicta eſſet, dubitatur. & magis dicendum eſt, vt id præſtandum ſit, quod præſtaretur, ſi pecunia eſſet inuenta.

Ad §. 22. ſi pecunia.

a *Si pecunia.* Ratio dubitandi. Cùm pecunia, quæ vni ex heredibus legata eſt, reperta in hereditate non fuit, facilè poteſt tota confici ex portionibus coheredum: in quo differt legatum pecuniæ à legato ſpeciei *l. cùm pater 77. in princip. de legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis. infr. ad S.C. Trebell.* quod non ſimiliter dici poteſt pecunia legata quæ in hæreditate relicta fuit: Partem enim accipit eo caſu legatarius à ſeipſo, partem à coheredibus *l. qui filiabus 17. §. vlt. de leg. 1. l. miles ad ſororem 75. §. 1. de leg. 2. l. in quartam 91. ad leg. falcid.* Multum ergo refert, an in hæreditate relicta & inuenta ſit pecunia, an non.

Dec. Teſtator qui pecuniam alicui legat etiam quam non habet domi, non aliud tamen legare intelligitur quàm quod legato contineretur ſi domi pecuniam habuiſſet. Perinde enim ſummam illam ex ſua hereditate delibare voluit, vt eam heres vel de ſuo, vel ex venditione rerum hereditariarum præſtaret ſi hereditas ſoluendo eſſet *l. ſi pecunia 12. de legat. 2.* iunct. *leg. proxim. infr.* Atqui ſi pecunia domi relicta fuiſſet, omnium coheredum damno legatum cederet, eiúſque partem à ſeipſo acciperet coheres, idémque legatarius. Idem ergo eſſe debet, cùm pecunia domi relicta non fuit, vt in *l. pater 23. infr. de admin. legat.* Vt ſcilicet non plus coheredes præſtare debeant, quàm pro ſuis portionibus hereditariis. Imò & euenit interdum vt totam pecuniam debeat coheres ex ſola ſua portione conficere, nimirum ſi retenta certa quantitate pecuniæ portionem ſuam hereditariam reſtituere iuſſus ſit, vt in *d. l. cùm pater. & d. §. acceptis.* vnde Paulus *lib. 3. ſentent. tit. 6. §. 1.*

26. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

OFficio autem iudicis conuenit, iubere rem hereditariam venire vnam, pluresue, pecuniámque ex pretio redactam ei numerari, cui legata sit.

Ad l. Officio 26.

Ratio dubitandi. Officium iudicis & arbitri Familiæ erciscundæ in eo maximè consistit vt subsequatur voluntatem testatoris *l. filij 16. & l. filij 18. C. hoc tit.* Testator autem nihil dixit de vendendis rebus hereditariis, neque verò necesse est venditionem istam imperari, cùm possint coheredes de suo pecuniam soluere aut aliter vnde voluerint *l. si pecunia 12. de leg. 2.*

Dec. Incumbit officio iudicis, vt quibus potest modis curet impleri voluntatem testatoris. Quæ porrò in proposita specie non aliter impleri potest quàm si vendantur res hereditariæ vna pluresue, vt ex earum venditione & pretio redigatur quantitas legata. Nec enim aliter fieri potest vt pecunia inueniatur quæ nulla in hereditate relicta fuerit, Tametsi rei precium non ex re ipsa, sed ex negotiatione percipiatur, vt ait *l. venditor 22. infr. de hered. vel act. vendit.* Cùm non possit iubere coheredibus, vt vel de suo, vel aliunde pecuniam soluant, tametsi possint id facere si velint *dict. l. si pecunia.* Nihil enim ad officium arbitri Familiæ erciscundæ pertinet, quod si extra causam hereditatis, Quale hoc non est, vt pecunia aliunde quàm ex rebus hereditariis corrogetur. Non valde dissimile est quod dicimus si heres iussus sit facere, vt Lucius centum habeat cogendum esse heredem centum dare, quia nemo potest facere vt habeam centum nisi mihi dederit *l. si heres iussus 73. de leg. 1.*

27. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

IN hoc iudicio condemnationes, & absolutiones in omnium persona faciendæ sunt: & ideò si in alicuius persona omissa sit damnatio: in cæterorum quoque persona quod fecit iudex, non valebit: quia non potest ex vno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

Ad l. In hoc iudicio 27.

Ratio dubitandi. Publicè interest res iudicatas suum sortiri effectum propter earum authoritatem, etiam cùm malè ac per errorem aut per sordes aut gratiam iudicatum est *l. seruo inuito 65. §. cùm pretor. infr. ad Trebell. l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* Necrursus quicquam vetat sententiam quę plures personas ant res complectitur pro quibusdam valere, pro aliis non valere, quasi tot sententię esse videantur quot sunt capita, argum. *leg. quadam mulier 41. infr. hoc tit. l. Labeo 25. supr. de recept. qui arbitr. recep.*

Dec. Sententia est quid indiuiduum, nec proinde valere potest pro parte & pro parte non valere, tametsi plura sint capita, nimirum quoties sunt illa connexa & correspectiua, quia tunc alterum sine altero stare non potest *leg. cùm te 6. C. de pact. inter emptor & vendit.* sicuti solemus dicere in indiuiduis etiam vtile per inutile vitiari *l. placuit 29. de vsur.* Aliud esset si vna species aliis non cohæreret, vt in *l. etiam 29. §. vltim. de minor.* Atqui in iudicio Familiæ erciscundæ absolutiones & condemnationes in personis omnium coheredum mutuæ & correspectiuæ sunt & esse debent, quoniam aliter fieri diuisio hereditatis commodè non posset *l. 1. §. t. l. 2. §. vltim. l. item Labeo 22. §. t. supr. hoc tit. §. vltim. Instit. de offic. iudic.* Omnium, inquam, coheredum qui iudicium hoc Familiæ erciscundæ acceperunt, vt benè Accursius interpretatur. Nam quin possit accipi inter pauciores heredes ex pluribus dubitandum non est *leg. 2. §. dubitandum. supr.* Nempe si quidam malint manere in communione, vt ibi diximus. Omnes tamen vocatos esse oportet, & vel præsentes, vel per contumaciam absentes, vt pro præsentibus haberi possint *Authent. qua in prouincia Cod. vbi de crimin. agi oport.* Nec enim posset valere sententia inter inauditos & non vocatos *leg. de vnoquoque 47. de re iudic.* quicquid in contrarium tentet Accursius quasi sit speciale in hoc iudicio, & in aliis similibus, quæ ad societatis causam pertinent vt sententia inter alios lata aliis noceat, quod certè falsum est. Absentium enim ius integrum manet vt suam portionem in aliorum portionibus communem retineant *l. coheredibus 17. C. hoc tit.* Nec eò minùs tamen valet sententia inter præsentes, & quidem tota. Aliud enim est dicere sententiam valere totam quod verum est. Aliud verò afficere omnes heredes etiam illos inter quos non est reddita, quod non ita est. Sed cur non valet factis adiudicationibus inter aliquos duntaxat heredes? Valet autem de quibusdam duntaxat rebus hereditariis *l. si filia 20. §. familia supr.* itémque sententia lata de quibusdam rebus diuisis quæ erant communes alio titulo quàm hereditario *l. 4. §. hoc iudicium infr. tit. proxim.* Accursius respondet, quia personæ sunt certæ non etiam res. Debuit potiùs dicere adiudicationes in personis coheredum quibus sunt esse correspectiuas. Res autem diuisas nullam penitus cum rebus indiuisis habere consortionem, Nec quicquam absurdi sequi ex eo quod valet certarum rerum diuisio, cùm indiuisæ possint diuidi postea si non eodem genere actionis Familiæ erciscundæ saltem per actionem Communi diuiundo. Sequetur autem absurdum si adiudicationes & quæ adiudicationibus consequentes sunt absolutiones & condemnationes in quorundam duntaxat persona factæ, in aliorum verò omissæ essent. Neque simile est, quod in *l. quadam mulier 41. infr.* statur alimentorum præstationi, non etiam libertorum diuisioni. Id enim fit, quia in diuisionem venire non possunt liberti, tanquam qui cùm sint liberi non possunt videri fuisse in bonis & patrimonio defuncti. Malè tamen Accursius hinc colligit totam controuersiam esse dirimendam, vt dixi ad *l. heredes 25. §. iudex. supr.*

28. GAIVS

28. GAIVS lib.7.ad Edictum Prouinciale.

REm pignori[a] creditori datam si per præceptionem legauerit testator: officio iudicis continetur, vt ex communi pecunia luatur, eámque ferat is, cui eo modo fuerat legata.

Ad l. Rem pignori 28.

a *Rem pignori.* Ratio dubitandi. Præsumitur testator legãdo rem aliquam nihil legasse, nisi ius quod habuit in re *l. cætera 41. §. vlt. l. si domus 71. §. fin. de leg. 1.* In proposita autem specie testator & si proprietatem habuit, non aliter tamen vindicare rem & creditori auferre potuit, quàm si priùs redderet vniuersum debitum *leg. si rem 9. §. solutam infr. de pignor. act.* Ergo non videtur pignus prælegatum aliter nisi ea lege, vt solueret prælegatarius de suo quidquid ad luendum pignus solui necesse esset, Præsertim cum in dubio sit ea interpretatio capienda quę minus arceat heredem *l. Sempronius 47. de legat. 2. l. Titia testamento 37. §. qui inuita eod.*

Dec. Qui vni ex suis heredibus pręlegat rem pignoratam, id omnino agit vt solus prælegatarius luere pignus possit, quod tamen fieri non potest, quin ius illud à coheredibus omnibus, quibus ex causa hereditaria competit, ipsi præstetur, & quidem efficax: quale porrò esse non potest, nisi data pecunia quæ necessaria est ad luitionem pignoris. Præstanda ergo à coheredibus pecunia esse prælegatario vt luere pignus possit, sed præstanda de communi non de aliorum duntaxat coheredum portionibus. simile quiddam est in *l. si paterfamilias 33. infr.* Distingue tamen cum Accursio an testator sciuerit rem obligatam, nécne, quomodo distinguendum esset si de re simpliciter legata tractaremus ex *l. si res obligata 57. de legat. 1. l. cùm alienam 10. C. de legat.* Plus enim iuris habere non debet is qui & coheres & prælegatarius est quàm qui prælegatarius tantùm. Nam licèt etiam citra legatum partem habiturus esset, tanquam coheres, in eo tamen quod habet tanquam prælegatarius Communi aliorum legatariorum iure vtitur.

29. PAVLVS lib.23. ad Edictum.

SI pignori res data defuncto sit: dicendum est in familiæ erciscundæ iudicium venire: sed is, cui adiudicabitur, in familiæ erciscundæ iudicio pro parte coheredi erit damnandus[a]: nec cauere debet[b] coheredi, indemnem eum fore aduersus eum qui pignori dederit: quia pro eo erit, ac si hypothecaria, vel Seruiana actione petita litis æstimatio oblata sit. vt & is, qui obtulerit, aduersus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contrà quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totũ reddere, licèt debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest[d], si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria: nisi si obiiciatur[d] creditori, quòd animosè licitus est. sed huius rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: & eius quod propter necessitatem impendit, etiam vltrò est actio creditori.

Ad l. Si pignori 29.

Ratio dubitandi. Adiudicatio quæ fit in iudicio Familiæ ercisc. solet transferre dominiũ quoniam est vnus ex modis sex antiquis transferendi dominij iure Quiritium *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* & apud Vlp. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Atqui non potest dominium in heredem transferri eius rei cuius ipse defunctus dominus non fuit, Nec rursum coheres ille contra quem fit adiudicatio: Cùm nemo plus iuris in alium transferre possit quàm ipse habeat, vulg. *l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Etsi enim iudex est qui adiudicat & dominium transfert, non coheres, factum tamen iudicis hac parte, vt in aliis plerisque est factum partis *l. si ob causam 13. C. de euict. l. 10. C. si in caus. iudic. pign. cap. sit.* Nec præterea potest ius dominij consistere cum iure pignoris *l. neque pignus 45 de regul. iur.* Hic autem manere pignus ex eo apparet quod salua superest debitori pigneratitia ad luitionem pignoris, vt lex ponit. Ergo dicendum est vel rem pignori datam defuncto non venire in hoc iudicium, quia non est hereditaria, vel etiamsi maximè veniat, non venire tamen in adiudicationem, quia dominium eius transferri in vnum ex coheredibus non potest quod penes ambos numquam fuit, non magis quàm penes defunctum. Dec. Omnia iura hereditaria quæ fuerunt defuncti veniunt in hoc iudicium vt inter coheredes diuidantur, siue per adiudicationem, siue alio quouis modo *l. 1. supr. & tot. hoc tit.* Atqui tale est ius & vinculum pignoris quod defunctus habuit in re per debitorem obligata. Est enim ius illud hereditarium, quamuis res ipsa pignori data non sit hereditaria. Quid ergo vetat quominùs hic fundus pignori datus adiudicetur vni ex coheredibus non quidem ratione dominij rei obligatæ quod semper penes debitorem manet, vt ostendunt sequentia illa huius legis verba *aduersus dominum vindicantem*, & illa præcedentia *aduersus eum qui pignori dederit*, sed ratione ipsius iuris pignoris quod per huiusmodi adiudicationem totum transfertur in eum ex coheredibus cui fit adiudicatio, ita vt nec alius debitum petere possit, nec pignoris aut retentionem habere, aut etiam persecutionem, amissa fortassis possessione. Idque propter vim & potestatem adiudicationis, Alioqui posset vnusquisque pro sua parte pignus persequi aut retinere, quamuis ea adiudicatio non immutet rationem iuris quantum ad debitores aut creditores hereditarios, sed tantum inter coheredes ipsos *l. 3. sup. h. t.* nisi si per coheredẽ adiudicatariũ facta esset denũciatio debitori ne alij coheredi solueret, vt fit cesso nomine debitoris vel obligato *l. 3. C. de donat. l. nomen 4. C quæ res pign. oblig. poss.* Itaq; hæc adiudicatio

vt fiunt cæteræ omnes alienationes cum sua causa *l. alienatio 67. infr. de contrahend. emption.* id est, saluo iure debitoris, luendique pignoris. Scio non esse nouum, vt qui dominium non habet, dominij tamen causam præbeat vt euenit in creditore pignus distrahente *l. non est nouum 46. de acquirend. rer. domin.* Sed non est hæc adiudicatio venditioni quam coheres fecerit suæ partis suo coheredi, sed dissimilis potiùs, quoniam illa voluntaria acquisitio est hæc necessaria, vt lex ait, potiúsque comparandus est hic coheres, idémque adiudicatarius possessori pignoris conuento hypothecaria per creditorem, qui ipse litis æstimationem obtulerit, quem constat neque dominium sibi acquirere, neque actionem vllam, sed retentionem tantùm, & exceptionem doli aduersus dominum pignus vindicantem. Planè si qua in hoc iudicio fieret adiudicatio animo quidem transferendi dominij, sed quæ tamen dominium transferre non potuerit, puta quòd res aliena esset quæ tum hæreditaria esse credebatur, non esset dubitandum quin nec eo casu transferretur dominium, sed tantùm acquireretur causa & conditio vsucapiendi, quemadmodum si aliena res vendita fuisset, & tradita *leg. clausibus 74. in fi. de contrah. empt.* Tantùm enim potest adiudicatio sine traditione, quantum venditio aliúsve titulus habilis ad transferendum dominium & traditio simul. At cùm adiudicatio facta est pignoris, neque dominium transfertur, quia nec id agitur, nec agi potest inter coheredes inscio debitore qui dominium pignoris amittere non potest ne quidem per ipsius venditionem à creditore factam iure creditoris, nisi facta sit solenniter sub hasta & præcedentibus denunciationibus debitori faciendis de soluẽdo debito ad impediendam venditionem si velit eam impedire *l. 2. C. si antiq. credit. pign. vendid. & tot. tit. C. si vendit. pignor. agat. l. & qui sub imagine 10. & pass. C. de distr. pig. l. si eo tempore 6. C. de remiss. pignor.* Neque vsucapio vlla inchoatur cùm titulus pignoris non magis habilis sit ad transferendum dominium, quàm ad incohandam vsucapionem, quia semper comitem habet scientiam rei alienæ *l. pignori 13. infr. de vsucap.* Itaque verendum non est ne per huiusmodi adiudicationem vlla fiat iniuria debitori qui neque dominium rei suæ amittit, neque luendi pignoris facultatem. In quo errat post Azonem Accursius qui coheredem hunc adiudicatarium pignoris similem facit fideiussori, qui pro debitore soluerit creditori, ab eóque pignus emerit, de quo in *l. 2. infr. de distract. pignor.* Ille enim dominium sibi acquirit, licèt ea acquisitio, neque debitorem ipsum, neque alios ipsius creditores posteriores impediat quominùs luere pignus possint oblato omni debito cum vsuris propter rationem positam in *dict. leg. 2. & in l. si mandatum 59. §. 1. infr. mandat.* At in casu nostro dominium fundi non acquiritur coheredi, eidémque adiudicatario, sed tantùm ius ipsum debiti & vinculum pignoris, quod proinde lui quãdocũque iure ordinario potest. Neque verò quicquam interest debitoris, an debitum soluat coheredibus omnibus an ei soli cui fundus adiudicatus est. De illo solùm quærit Paulus an audiendus sit debitor si à coherede adiudicatario partem dũtaxat ipsius hereditariam luere velit, non illam etiam quam per adiudicationem nactus est à coherede, quomodo contingeret si adiudicatio nulla facta esset, An potiùs sit audiendus coheres adiudicatarius si non nisi totum pignus velit reddere quod tandem magis esse ait.

a *Erit damnandus.* Vt scilicet coheredi qui partem in eo pignore habuit præstet partem non æstimationis rei pigneratæ, sed quantitatis debitæ si pignus adiudicatum sit & adsignatum vni sine licitatione, vt in *l. communi 7. §. inter eos. infr. titul. proxim.* Nam si per licitationẽ, vt in fine huius legis, aliud est. Debétque damnari coheres hic qui per licitationem vicit, vt partem licitati precij præstet coheredi pro portione ipsius hereditaria, cùm rem totam habeat ex sua licitatione, futurúmque sit vt debitore pignus luente, totum debitum adeóque quod coheredi etiam supra debitum dederit, postea sit recepturus.

Ratio dubitandi. Coheres cui fit adiudicatio rei datæ pignori cùm per eam adiudicationem non acquirat dominium, vt proximè diximus, nullo iure condemnandus videtur ad æstimationem pignoris præstandam, quia dominium pecuniæ illa ratione transferre teneretur, vt contingit in emptore qui dominium pecuniæ quam dat pro precio transferre cogitur in venditorem quamuis venditor non transferat dominium rei venditæ *l. ex empto 11. §. 1. inf. de action. empt.* quod etsi in emptione ac venditione iniquum non est postquàm prudentibus ita placuit, in adiudicatione tamen iniquum videtur, quæ ita fieri debet vt par causa sit omnium coheredum *l. in hoc iudicio 27. sup.*

Dec. Sufficit vt coheres idémque adiudicatarius pro dominio & in vicem eius habeat retentionem pignoris per exceptionem, cuius potestate rem totam possit retinere iure pignoris, quousque totum debitum & si quid amplius ab eo solutum sit coheredi restitutum ei sit, Vt solemus dicere de exceptione rei venditæ & traditæ, quæ etiam parit Publicianam *l. 2. & pass. infr. de except. rei vendit.* in quo plus iuris habet emptor, quàm hic noster adiudicatarius qui retentionem tantùm habet & exceptionem non etiam actionem vllam vt posteà contra Accursium & alios interpretes disputabimus. Proinde nullum periculum incurrit hic adiudicatarius amittendæ pecuniæ quam dedit coheredi, cùm pro illa pecunia vicissim aliam pecuniam eiúsque dominium à debitore sit habiturus aut pignus totum pro arbitrio, vel retenturus in perpetuum, vel distracturus. Cęterum adhibenda distinctio est quam ad initium huius versic. attulimus, An adiudicatio facta sit per licitationem an sine licitatione, vt priore casu debeat adiudicatarius præstare coheredi partem precij in licitationem deducti, posteriore verò non nisi partem debiti. Non etiam distinctio illa quam adfert Bartolus, An adiudicatio facta sit inuito iudice, quod fieri nunquam potest cùm semper fiat officio iudicis & per iudicem *dict. §. vlt. Instit. de offic. iudic.* An verò volente iudice. Et rursum hoc casu an pluris sit pignus quàm debitum, an verò minoris, quod ipsum tamen non nisi rarissimè contingit.

b *Nec cauere debet.* Ratio dubitandi. Debitor qui rem dedit pignori habiturus est pigneratitiam actionem etiam contra eum ex coheredibus cui facta fuerit adiudicatio, quia cùm fiat illa inscio debitore, vt diximus, nulláque ei

facta

facta denunciatione de soluendo non adimit ei pignoratitiam actionem quam adimeret venditio pignoris solenniter & iure facta *dict. l. 2. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* nisi de superfluo pretij *leg. vltim. Cod. si vendit. pignor. agat.* sed quam non adimit litis æstimatio præstita creditori : qui casus est quem Paulus huic nostro similem facit. Ergo æquum est coheredem qui partem, vel debiti, vel precij accipit à coherede eodémque adiudicatario, eidem adiudicatario cauere de ipso aduersus debitorem defendendo.

Dec. Nemo superuacua cautione onerandus est *l. hac stipulatio 14. §. 1. Vt legat. seu fideicom. seruand. caus. caueat.* Esset autem cautio hæc superuacua, quia satis tutus est coheres, idémque adiudicatarius aduersus debitorem qui fundum pignori dedit, Cùm id quod coheredi præstitit pro eo habendum sit acsi datum esset pro litis æstimatione credenti agenti hypothecaria per quemlibet possessorem: Quo casu etiam possessor ille quantumlibet extraneus tutus esset exceptione doli aduersus dominum vindicantem *dict. l. 2. infr. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.* Quid enim refert an coheres cui totum pignus adiudicatum est soluat pro parte litis æstimationem coheredi agenti iudicio Familiæ erciscundæ, tanquam qui in ius creditoris pro parte hereditaria successerit, an extraneus quilibet creditori hypothecariam proponenti ? Nisi quod fauorabilior est coheres, idémque pro parte creditor soluens coheredi iubente iudice Familiæ erciscundæ quàm extraneus qui vltrò soluit creditori, cùm nemo cogeret eum soluere si hypothecaria pati maluisset. Itaque pro eo quod hic scriptum est *coheredi* mallem legere *coheres*. Sensus enim proculdubio ille est quem dicimus, Coheredem cui proximè Paulus dixerat damnandū esse adiudicatarium ad præstandam partem aut æstimationis aut debiti non esse cogendum cauere coheredi, eidémque adiudicatario indemnem eum fore aduersus debitorem qui pignus dedit, sicut & in *l. & ex diuerso 35. §. petitor supr. de rei vindicat. l. si seruum 14. §. cauere. infr. de condict. furt.* Quòd si retineas dictionem *coheredi* poterit quidem per longiorem & operosiorem interpretationem idem esse sensus, sed obscurior. Planè quòd Accursius noster mallet legere *ab eo qui pignori dedit* quàm quomodo scriptum est *aduersus eum* si idem vtriusque lectionis sensus futurus est frustrà est, sin diuersus, id verò probare nullomodo possum. Tota enim cautionis petendæ ratio, aut color potiùs ex eo sumebatur, quod præuidebat adiudicatarius futurum vt post præstitam coheredi pro eius parte quodammodo litis æstimationem, nihilominùs à debitore qui rem pignori dederat ad ipsius rei solidam restitutionem conueniretur. Sed nec illud probo quod idem addit Accursius huic coheredi, eidémque adiudicatario dandam esse negotiorum gestorum actionem aduersus debitorem, quasi ipso gestu negotium debitoris gesserit ipsúmque liberauerit ex *l. soluendo 39. & l. vltim. sup. de negot. gest.* Tunc enim id obtineret si debitor solutione per alium facta liberatus esset : quod hîc certè non contingit, cùm perinde possit adhuc debitor à creditore conueniri summo iure post præstitam à possessore litis æstimationem, Quamuis eo casu repelli possit & debeat exceptione doli, tanquam qui bis idem velit consequi *leg. sicut 8. §. vltim. infr. quibus modis pign. vel hypoth. soluit.* iunct. *leg. si quis dolo 51. §. 1. inf. de re iudic.* Idcirco autem non liberatur debitor per solutionem à possessore factam creditori pignus persequenti, quoniam fit ea solutio animo liberandi pignoris, potiùs quàm debitoris.

c *Contrà quoque si is heres cui pignus.* Difficile est interpretibus dicere in quo hæc species opponatur superiori, & alij aliter interpretantur. Mihi videtur Paulus, sed subobscurè suo more voluisse oppositionem, & casuum dissimilitudinem in eo constituere quod initio legis egerat de coherede adiudicatario condemnando ad præstandam coheredi partem debiti aut licitationis. Nunc verò de eodem adiudicatario audiendo contra debitorem si malit inuito ei totum pignus reddere, id est debitorem de luenda tantùm parte pignoris laborantem ad totius pignoris luitionem adigere.

Ratio dubitandi. Actio pignoratitia est hereditaria *l. debitor 59. ad SC. Trebellian.* Ergo inter heredes ipso iure diuisa, Et consequenter si velit debitor partem pignoris ab vno ex heredibus luere audiendus est, nec alteram quoque partem luere cogendus quæ ad alium pertinet. Nam etsi coheres hic idémque adiudicatarius partem sui coheredis per emptionem non per adiudicationem nactus esset, non ideò tamen debitor totum pignus ab eo luere cogeretur, non minùs quàm si partem vnam pignoris vnus ex heredibus, aliam verò alius possideret. Id enim bonæ fidei iudicio conuenit *l. 3. §. heres eius. infr. Commod. l. si quis 6. §. 1. supr. de edend.* quod & sequentis versicul. contextus probat.

Dec. Non potest debitor partem pignoris luere ab eo qui totum ius pignoris habet, quin totum luat propter indiuisam pignoris causam *l. rem hereditariam 65. de euict. l. heredes 25. §. idem obseruatur. supr. hoc tit.* Atqui coheres hic cui à iudice Familiæ erciscundæ adiudicatum est totum pignus, habet ius totum pignoris, perinde acsi fuisset ab initio solus creditor aut creditoris solus heres. Ergo si nolit adiudicatarius hîc pati luitionem pignoris pro parte, sed velit totum pignus reddere, vt ei debitum totum soluatur audiendus est. Quanquam si partem dumtaxat pignoris haberet, non prohiberetur debitor partem illam ab eo luere quam haberet partem ei duntaxat debiti offerendo, nec aliam partem coheredis à quo nihil peteret luere cogeretur, facturus id posteà quando vellet. Non enim pignoris initio indiuidua est, nisi cùm pignus totum possideatur ab eo qui crediti ius totum habeat, quale proculdubio non habet coheres tanquam coheres, nisi idem etiam adiudicatarius sit : Adeò vt nec aliud sit si partem pignoris, quam coheres habuit, vltrò ab eo emerit. Nec enim eò minùs poterit debitor partem pignoris luere à coherede soluendo ei partem debiti, neque cogetur eam quoque partem luere quam emit hic coheres à coherede, si parte pignoris contentus esse malit. Tantum abest vt cogi possit præstare coheredi emptori quod pro precio coheredi supra debiti partem soluerit. Atque hic sanè versiculi huius & sequētis sensus est, Non quem adferūt glossatores apud Accursium; Vt si coheres idémq; adiudicatarius agat

hypothecaria pro toto pignore postquàm ab eius possessione occiderit possit id facere pro vtraque pecunia exsoluenda, Maximè cùm & is coheres qui pro sua parte habebat hypothecariam videatur eam cessisse per adiudicationem, eámque si cessa non esset, etiamnum cedere cogeretur. Non enim tractat Paulus de adiudicatario agente, sed conuento per luitionem pignoris ad reddendum actione pignoratitia pro parte pignus quod ille nolit excipiendo nisi totum reddere. Neque ponit adiudicatarium hunc cecidisse à possessione, sed totam rem obligatam possidere. Aliqui quomodo posset & vellet totum reddere? Nec rursus quod per adiudicationem videatur cessum à coherede ius pignoris ad rem facit. Nam vt maximè id verum esset, quod non puto, cùm adiudicatio & in iure cessio duo sint separati acquirendi modi, quorum vnus sicut alio non indiget, ita nec alium includit, Non est bona consecutio, vt qui cessum à coherede habet ius pignoris possit debitorem cogere ad luendum totum pignus etiam pro parte coheredis. Hoc enim falsum est, vt ex eo probatur, quod mox sequitur de illo qui partem pignoris vltrò emit à coherede, quem lex ait non posse illo prætextu recusare luitionem pignoris pro parte, tametsi malit totum pignus reddere. Saepè pro ea parte quæ luitur ius habet retentionis quousque omnis pecunia ei qui partem illam possidet debita, siue ex propria, siue ex alterius persona, sit soluta, pro qua scilicet illa pars sit obligata. Et huc nimirum pertinent leges, quas Accursius obiicit, vt *l. emptor 65. sup. de rei vind. l. in summa 6. C. de pignor. l. creditor 12. alias l. si prior §. fiscendum. inf. qui potior in pignor. hab. & tot. tit. C. de his qui in antiq. credit. loc. succed.* Sed vt prætextu pignoris in vna parte subsistentis, luitio alterius partis impediatur, etiamsi ab eodem vtraque pars possideatur extra casum huius legis, nullibi certè scriptum est. Illa verò longè improbabilior aliorum est interpretatio qui putant Paulum dare hic actionem adiudicatario siue negotiorum gestorum, vt vult Accursius siue contrariam pignoratitiam, vt putat Bartolus, per quam cogat debitorem reddere, id est, soluere ipsi totum quod ei debetur ex sua persona, & prætere a quod soluit coheredi, & plus etiam si plus dedit. Quasi gestum ipso gesserit vtiliter negotium debitoris, Adeóque vt Bartolus addit, in conseruationem pignoris impenderit quod coheredi dedit vt ei partem pignoris aufferret quam alioqui fuerat ille fortassis dissipaturus. Hunc enim casum sibi fingunt interpretes vt videatur coheredis bene gessisse negotium debitoris cùm per licitationem vincere voluit & coheredi plus quàm partem hereditariam debiti præstare vt partem ei pignoris auferret. Quod totum commentitium est & ridiculum. Nec enim potest videri licitator hic gessisse vtiliter negotium debitoris in eo quod plus dedit coheredi quàm ei à debitore ipso præstari debuisset. Et prætereà tractat Paulus de coherede qui conuentus à debitore malit ei totum pignus reddere, non qui velit vltrò agere contra debitorem vt eum cogat totum soluere.

d *Non idem dici potest.* Ratio dubitādi. Idem effectus est adiudicationis qui venditionis, cùm vtercue titulus sit habilis ad transferendum dominium. Hac sola differentia, quòd adiudicatio transfert ipso iure sine traditione *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Venditio verò per traditionem *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*

Dec. Differentia etiam in eo est quòd acquisitio quæ fit per adiudicationem est necessaria, quæ verò per emptionem voluntaria. Semper autem melior est & esse debet condicio eius qui facit aliquid ex necessitate, quàm illius qui ex mera voluntate, cui saltem huc imputari potest cur voluerit *l. alienationes 13. supr. leg. qui erat 49. infr. hoc titul. l. si fideiussor 7. §. si necessaria. supr. qui satisdar. cogant l. quòd si minor 24. §. restitutio. supr. de minor. l. item quamuis 10. §. 1. infr. titul. proxim. l. cùm postulassem 44. §. 1. de damn. infect.* Proinde coheres qui à coherede partem quam in pignore habuit, vltrò emit si pignoratitia conueniatur de reddendo pignore pro parte sua hereditaria, non potest recusare, nec debitorem inuitum cogere vt totum luat. Multò minùs vt si totum velit luere, reddat omne precium pro illius partis emptione datum si plus sit in precio quàm in parte debiti, Dummodò venditio à coherede facta sit priuata, non solennis & iure creditoris post quam scilicet nullum luendi ius superesset *dict. leg. 2. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* Coheres verò cui totum pignus adiudicatum est, potest per retentionem totius pignoris adigere debitorem ad luendum totum, adeóque pro parte coheredis tantùm censequi quanti pars illa per licitationem æstimata est. Et hic versiculi huius sensus est, malè etiam ab Accursio & aliis interpretibus perceptus.

e *Nisi si obiectatur.* Intellige quod ad hoc vt adiudicatio quæ per licitationem facta est videatur esse acquisitio voluntaria, nec proinde separanda ab emptione voluntaria. Quid enim coheredem licitari cogebat & licitatione vincere si noluisset? Suæ igitur adfectioni imputet nō creditori, vel debitori, cur coheredis partem acquisiuerit, pluris etiam quàm esset, Vt proinde si velit totum pignus reddere, id est, debitorem cogere ad totius pignoris luitionem non sit audiendus, non magis quàm si partem coheredis vltrò emisset. Atque ita interpretes nostri vulgò sentiunt si in immensum, id est in magnam quantitatem excedat id quod pro animositate, vt Accurs. loquitur solutum est. Quasi pendeat hoc ex arbitrio & æstimatione iudicis, & is sit sensus eorum verborum quæ sequuntur, *sed huius rei ratio habebitur.* Sed tamen non ita est vt ego quidem existimo. Nam vt Paulus ratiocinatur, Quod facit creditor, aut, quod idem est, creditoris heres, quia & ipse creditor est circa rem pignoratam videtur facere tanquam procurator debitoris qui eum in creditorem eligendo, & pignus ei tradendo, videtur hoc ipso illum etiam in procuratorem eligere, Quomodo & fructuarius in re fructuaria dicitur procurator proprietarij *l. 1. §. vltim. infr. de oper. noui nunciat. l. 1. in fin. supr. Vsufr. quemad. caueat.* & colonus locatoris in re conducta *l. videamus 11. §. item prospicere. inf. locat.* sibi que proinde imputare debet cùi eum talem elegerit, Adeò vt ob hanc causam etiam vltrò competat creditori actio pignoratitia si quid fortè in rem pignoratam ex necessitate, vel etiam vtiliter impenderit. Quantò igitur magis retentione vti poterit aduersus debitorem? argum. *leg. 1. de pignor.* cùm & alius procurator quilibet retentionem litis pro sumptibus à se factis habere soleat *leg. qua omnia 25. cum leg. sequent. supr. De procuratoribus.* Nam ordinarium est vt cui damus actionem multò magis demus

exce-

exceptionem *l.iniuitus* 156. §.1. *de reg. iur. l.1.§.si autem inf. de supe fic.* Sicq; hic locus intelligi certè debet addita negatione in illis verbis quæ interpretes fefellerunt *sed huius rei ratio habebitur*. Legendum enim est *non habebitur*, scilicet neque quantum ad hoc vt acquisitio videri debeat incrè voluntaria, neque etiam quantum ad hoc vt debitor non amplius debito cogatur ei reddere, nec plus quàm partem pignoris luere. Cõcludit enim Paulus acquisitionem hanc esse necessariam, & perinde habendam acsi coheres cui totus fundus adiudicatus est, totam litis æstimationem tanquam extraneus quilibet creditori agenti hypothecaria soluere coactus fuisset. Quo casu sicuti lis æstimaretur non quanti esset debitum sed quanti pignus valeret *d.l.si inter* 21. §. *vlt. inf. de pignor* Ita & danda esset possessori retentio per doli exceptionem quousque totum quod solfuisset et restitutum fuisset *d.l.2. quib. mod. pign. vel hypoth. solutt.* Ergo & huic adiudicatario eidemque coheredi consulendum est vt opposita doli exceptione possit totum fundum retinere, nisi debitor totum luere paratus sit, Restituto non tantùm omni debito, sed eo quoque quod supra partem debiti coheres hic coheredi per licitationem victo dare coactus est vt indemnis omnimodo præstetur. Nec ideò tamen debitor iniuria afficietur quasi plus soluens quàm debeat *d.l.communi* 7.§. *inter eos inf. tit. prox.* Cùm quod supra debiti quantitatem soluerit coheredi adiudicatario postea sit actione pignoratitia ab alio coherede qui vltra suam debiti partem accepit repetiturus *d.l.si inter* 21. § *vlt. de pignor. l.si cõuenerit* 18. *inf. de pignor. act. l. vlt. C. si vendit. pignor. agat.* Et ita bene Bartolus qui totam hanc legem satis alioqui obscuram, vt sunt ferè omnes Pauli leges, sicut amplioribus Commentariis explicauit, ita paulò clariùs quàm Accursius, Non tamen multò melius, si modò nos Pauli sensum assecuti sumus, vt nobis quidem videmur.

30. MODESTINVS libro 6. Responsorum.

FVndus mihi communis est pupillæ coheredi. in eo fundo reliquiæ sunt conditæ, quibus religio ab vtriusque partibus debebatur: nam parentes quoque eiusdem pupillæ ibi sepulti sunt: sed tutores distrahere fundum volunt. ego non consentio: sed portionem meam possidere malo, cùm vniuersitatem emere non possim, & velim pro meo arbitrio exsequi ius religionis. Quæro, an rectè arbitrum communi diuidundo, ad hunc fundum partiendum petam: an etiam is arbiter, qui familiæ erciscundæ datur, iisdem partibus fungi possit, vt hanc possessionem, exemptis cæteris corporibus hereditariis, pro iure cuique nobis partiatur. Herennius Modestinus respondit, nihil proponi, cur familiæ erciscundę iudicio addictus arbiter officium suum etiam in eius fundi, de quo agitur, diuisionem interponere non possit: sed religiosa loca in iudicium non deduci, eorùmque ius singulis heredibus insolidum competere.

Ad l. Fundus 30.

a *Fundus.* Ratio dubitandi. Iudex familię erciscundæ cùm non possit accipi nisi semel, nihil debet indiuisum relinquere *l.filia* 20. & *l. heredes* 25. §. *antepenult. sup.* vbi dixi. Ergo arbiter familiæ erciscundæ ad vniuersam hereditatem diuidendam datus etiam ius hoc sepulchri diuidere poterit si velut vnus ex heredibus partem suam fundi vendere alter nolit, Ne alioqui aut ionitus alter eorum cogatur in communione manere contra *l.vlt. Cod. comm. diuid.* aut ius religionis exequi prohibeatur.

Dec. Sepulchrum facit locum religiosum in quo est. Religiosa autem loca cùm vt in cuiusquam dominio sunt, nec in hominum commercio non magis in hoc iudicium familiæ erciscundæ quàm in aliud vllum venire possunt *l.si venditor* 10. *inf. de relig. l. in modicis* 24. & *l. ede sacra* 23. *inf. de contr. empt. l.si mercedem* 53. §.1. *de act. empt.* Nec tamè eò magis prohibetur quisquam ex heredibus exequi ius religionis pro suo arbitrio, etiamsi maximè vniuersitatem fundi aut nolit aut per inopiam fortè nõ possit emere, Quia sepulchri ius heredibus in solidum competit, vt cætera iura omnia quæ indiuidua sunt, nec in iudicium diuisionis venire possunt *d.l heredes* 25. § *an ea sup. hoc tit.* Intellige tamen hanc legem cum Accursio si modò iter publicum ad sepulchrum vsque transeat: Alioqui necesse omnino est sepulchrum ei cedere cui adiudicatus est fundus in quo est sepulchrum non iure diuisionis sed quia sequitur rem diuisam *dict. l. si mercedem* 53. §.1. *infra de act. empt.* iunct. *d.l. in modicis* 24. *de contr. empt.*

31. PAPINIANVS libro 7. Quæstionum.

SI seruus [a] pignori obligatus luatur ab vno ex heredibus, quamuis postea decedat, officium tamen arbitri durat: sufficit enim communionis causa, quæ præcessit, quæque hodie duraret, si res non intercidisset.

Ad l. Si seruus 31.

a *Si seruus.* Ratio dubitandi. Nihil prodest coheredi quod coheres luerit proprio sumptu seruum obligatum qui posteà decesserit. Nullum enim precium est quia nec vtilitas perempti hominis. Nihil ergo coheredem coheredi ex causa hac præstare æquum est.

Dec. Sufficit negotium ab initio vtiliter gestum esse licèt vtilitas negotij per fortuitum casum superuenientem sublata sit, vt dici etiam solet in actione negotiorum gestorum, *l. sed an vltrò* 10. §.1. & *vlt. l.debitor* 13. *l.siue hereditaria* 22. *supra de negot. gest.* Hic autem negari non potest quin negotium hereditarium vtiliter gesserit coheres, qui seruum

pignori obligatum luit, licèt is seruus posteà decesserit, dummodò suo fato, nec facto eius qui luit, sufficit ergo causa communionis quæ præcessit, & quæ hodie duraret si seruus non periisset, Neque verò causa dandæ huius actionis tam ex eo proficiscitur quod æquum non sit locupletari vnum ex coheredibus ex alterius iactura, quàm ex eo quod iniquum sit, totum periculum serui qui fuerat obligatus ad eum ex coheredibus pertinere qui pignus luit *l. sed postquàm 9. in princ. inf. tit. prox.*

32. Idem libro 2. Responsorum.

QVæ pater [a] inter filios non diuisit: post datas actiones vice diuisionis, ad singulos pro hereditaria portione pertinent: modò si cætera, quæ non diuisit, in vnum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur.

Ad l. Quæ pater 32.

a *Quæ pater.* Ratio dubitandi. Pater qui inter filios bona sua ita diuisit, vt tamen quædam indiuisa reliquerit, in ea videtur fuisse voluntate, vt quantum ad bona indiuisa pertineret, liberi in cōmunione remanerent, scilicet cùm cætera quæ non diuisit in vnum ex filiis generaliter non contulit, & sunt illa eiusmodi vt res datas non sequantur, quemadmodum Papinianus hîc loquitur, puta partus matrem, pullus equam, inquit Accursius. Atqui officium arbitri familiæ erciscundæ in eo maximè versatur, Et voluntatem testatoris præsertim patris in omnibus subsequatur, etiam illam quæ nullo iuris auxilio moriatur *l. filij 16. & l. vlt. C. hoc tit. l. 2. C. de inoffic. donat.* Ergo in proposita specie officium arbitri tale esse debet vt quantum ad bona quę pater diuisit det ille singulis actiones vice diuisionis, Nec enim iterum diuidere debet quæ iam diuisit pater officio arbitri functus, vt scriptum est in *l. seq.* de cæteris verò, nihil constituat, sed ea communia inter fratres & indiuisa relinquat.

Dec. Non satis benè officio arbitri functus est pater, qui non vniuersa bona inter filios diuisit, sed indiuisa quædam reliquit, Nec enim bonus arbiter debet quicquam indiuisum relinquere *l. heredes 25. §. antepen supra hoc tit.* Proinde quod à patre prętermissum est, officio arbitri à prętore dati supplendum erit, vt cætera quoque bona inter coheredes diuidantur & quidem secundum testatoris voluntatem, id est, pro hereditariis portionibus à patre ipso constitutis, quæ cùm sunt æquales nil differunt à virilibus, de quibus in *l. si cogitatione 21. C. hoc tit.* Nam neque pater communionem perpetuam inter liberos imperare potest, licèt ad certam vsque ætatem possit, neque si imperauerit cogendi sunt liberi obsequi, Nec prætor subsequi patris voluntatem propter discordias quas materia communionis excitare solet *d. l. vlt. C. comm. diuid. leg. cùm pater 67. § dulcissimis de legat. 2.* Concordiam enim inter fratres potissimum conseruari magis interest publicè; quàm patris voluntatem seruari *l. de fideicommisso 11. C. de transact. l. 1. C. de pact.* Quòd si pater eas res quas non diuisit in vnum ex liberis contulit titulo prælegati, vt plerunque fit. Nihil aliud arbitro superest faciendum nisi vt eam quoque patris voluntatem tueatur, sed ita tamen vt hoc casu nulla euictio præstetur *d. l. cùm pater 77. § euictis de leg. 2. l. de euictione 69. l. heres 72. inf. ad Trebell.* quamuis pro rebus aliter diuisis siue inter coheredes ipsos siue officio arbitri euictio præstanda sit *l. heredes 25. § penult. sup. hoc tit.* vbi dicitur curare iudicem debere vt de euictione caueatur iis quibus rem aliquam adiudicat.

33. Idem libro 7. Responsorum.

SI paterfamilias [a] singulis heredibus fundos legando, diuisionis arbitrio fungi voluit: non aliter partem suam coheres præstare cogetur, quàm si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Ad l. Si paterfamilias.

a *Si paterfamilias.* Ratio dubitandi. Cùm testator singulos fundos singulis heredibus legando arbitri officio fungi voluit, vt in *l. praced. & l. si filia 20. § si pater supra hoc tit.* Voluntas testatoris omnino sequenda est, qui porrò non etiam illud præcepit, vt non aliter coheres coheredi partem suam quam in coheredis fundo haberet, præstare cogeretur, quàm si vice mutua partem coheredis in fundo sibi prælegato liberam à nexu pignoris consequeretur, Nihil ergo tale iniungere potest arbiter familiæ erciscundæ qui in omnibus voluntatem testatoris etiam minus legitimam subsequi tenetur, vt proximè dicebamus ex *l. filij 16. & vlt. C. hoc tit. & l. 2. C. de inoff. donat.*

Dec. Multa veniunt ex tacita testatoris voluntate, de quibus nihil ille expressim disposuit, Omnia scilicet quæ fieri necesse sit, ne voluntas eius circumueniatur, quę numquam certè circumuenienda est *l. si cui legatum 92. inf. de cond. & demonstr.* sicut & in contractibus accidit *l. cùm fundus 12. supra, Comm. prad. l. pen. infra de euict.* Atqui circumueniretur voluntas testatoris si vnus ex coheredibus partem suam fundi qui coheredi prælegatus est, nullo pignoris nexu obligatam præstare, Partem verò quam in fundo sibi prælegato coheres præstat, pignoris vinculo nexam accipere cogeretur, Cùm singulis singulos fundos legato satis declarauerit eam esse suam voluntatem, vt quantum vnus alteri præstaret, tantundem ab altero vice mutua consequeretur, vtque pari iure singuli coheredes pariq; commodo & emolumento prælegata sua sibi haberent. Quod igitur verbis testamenti omissum est, nòn omittetur officio & religione arbitri familiæ erciscūdæ, quemadmodum loquitur Papin. in *l. quæsitum 3. de Testibus.* vt adiuuet voluntatem testatoris quæ alioquin circumueniretur. Iunge *l. rem pignori 28. sup.* Erit ergo ex communi pecunia hereditaria soluendum debitum, vt ibi scriptum est, vt portio quę nexu pignoris tenetur ab eo liberetur.

Sic

Sic dicimus, Etiamsi inter coheredes diuisis à testatore bonis omnibus nulla euictio debeatur, vt diximus ad *l. præced.* Arbitrum tamen coniectura voluntatis pati non debere, vt vnus ex coheredibus partes aliis coheredibus prælegatas restituat nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium fratri conseruare *leg. cùm pater 77. §. euictis De legat.2.*

34. IDEM libro 8. Responsorum.

SEruos[a] inter coheredes tempore diuisionis æstimatos, non emendi, sed diuidendi animo pretiis adscriptos videri placuit: quare suspensa conditione mortuos, tam heredi, quàm fideicommissario deperisse.

Ad l. Seruos 34.

Ratio dubitandi. Æstimatio solet facere emptionem aut saltem contractum emptioni simillimum *l. 1. §. vlt. Inst. De æstimat. atl. l. plerunque 10. l. quoties 16. de iur. dot. & l. 1. in prin. l. 2. infr. Pro empto. l. eius rei 46. supr. De rei vindic.* Adeoque facit periculum eius qui æstimatum accepit *d. §. vlt. l. plerunque 10. infr. de iur. dot.* Ergo si ex seruis hereditariis qui per fideicommissum editi erant sub condicione, & facta æstimatione. certis preciis adscripti, quidam decesserint pendente condicione, dicendum est periisse illos ei cui fuerant adscripti, non heredi qui fuit rogatus de iis restituendis, Nec rursum fideicommissario cui ex testamento præstari debuerunt.

Dec. Non quęlibet æstimatio facit emptionem, sed & tantùm quę fit animo contrahendę emptionis, Ne alioqui factus operetur vltra intentionem agentis contra *l. non omnis 19. & præced. infr. de reb. cred.* In proposita autem specie facta fuit æstimatio seruorum hereditariorum & per fideicommissum relictorum, non emendi animo sed diuidendi, vt in varia & inæquali seruorum æstimatione, æqualis tamen diuisio fieri posset, Nam & res sub condicione legatæ interim & pendente condicione veniunt in hoc iudicium quia interim sunt heredum pleno iure *l. & post litem 12. § res quæ, supr. hoc tit.* Ergo si interim moriantur hi serui ęstimati, periculum erit aut heredis qui fuit grauatus si condicio defecerit aut fideicommissarij si condicio fideicommissi extiterit, Quemadmodum eueniret si æstimatio nulla facta esset. Sic & in *l. necessariò 8. vers. sicuti stipulationes & legata conditionalia permutuntur, si pendente condicione res extincta sit infr. de peri. & commo. rei vendit.* Aliud ergo esset si facta æstimatio fuisset animo emêdi siue rem ipsam siue spem & dubium euentum, vt Accursius noster notat ex *l. propter spem 23. sup. hoc tit.* Tunc enim omnimodo soluenda esset pecunia ei, cui fuisset promissa, sibique deberet ille imputare qui dubium hunc euentum tanti æstimasset.

35. IDEM lib. 12. Responsorum.

POmponius[a] Philadelphus, dotis causa prædia filiæ, quam habebat in potestate, tradidit: & reditus eorum genero solui mandauit. an ea præcipua filia retinere possit, cùm omnes filios heredes instituisset[b], quærebatur. iustam causam retinendæ possessionis habere filiam, quoniam pater prædia de quibus quærebatur, dotis esse voluit, & matrimonium post mortem quoque patris steterat respondi: filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, specie dotis, cuius capax fuisset, defendi.

Ad l. Pomponius Philadelphus 35.

a *Pomponius.* Ratio dubitandi. Non valet traditio facta per patrem filiæ in potestate patris constitutæ. Quia vinculum patriæ potestatis, quod efficit vt patris & filij vna eademque persona esse existimetur, non patitur vt inter has personas obligatio aliqua contrahatur *l. Imperator 50. inf. ad SC. Treb. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Nec vt dominium à patre in filium aut filiam familias transferatur *l. 2. C. de inoff. donat. l. siue emancipati 17. C. de donat.* Nec magis ex causa dotis, quàm ex alia *l. cùm pater 77. § pater filiæ 17. infr. de leg. 2. l. donationes 31. §. pater infr. de donat.* [A]deoque nimirum quoties de dote prudentes tractant quæ vtiliter data & tradita sit nunquam ponunt eam datam & traditam filiæ, sed marito, & genero nomine filię, vnde illa statim nascitur quęstio an genet sit dominus dotis an filia, quæ absurda & ridicula esset quæstio, si traditio fieret filiæ non marito; Nam & contractus dotis ex eorum numero est qui re perficiuntur *l. 1. C. de dot. caut. non num.* Ergo si hæc filia cui pater dotem tradidit heres à patre instituta sit, cum fratribus, non debet officio arbitri familiæ erciscundæ præcipua retinere prædia, quæ pater dotis esse voluit, cùm dotis non sint nec esse potuerint, dote perpetam & inutiliter filiæ tradita, Tradi namque genero necesse erat, non filiæ: Nec quod pater mandasset filiæ, vt eorum prædiorum fructus genero soluerentur, cōstitutionem dotis vtilem facere poterat, cùm traditione opus esset, non mandato ad dominium trāsferendum in maritum, Quo non translato quid aliud dici potest quàm mansisse illud penes patrem? Et consequenter defuncto patre diuidi ea prædia debere inter coheredes ex æquis portionibus, vt cæteras res omnes hereditarias, quæ in causa hereditatis manserunt? Nam & idem euenit in rebus omnibus peculiaribus quas filij viuo patre ex causa peculij profectitij possederunt, vt in *l. certi iuris 14. Cod. hoc tit.* quia scilicet peculium licęt sit & filij, magis tamen est patris *l. 3. § sed vtrum l. 27. in princip. sup. de minor.*

Dec. Filiusfamilias licèt sit incapax acquirendi à patre dominij etiam ex causa dotis, Attamen capax est dotis constante matrimonio. Quamuis enim dos sit in bonis mariti *l. Lucius 21. § idem respondit constante matrimonio infr. ad municip.* est tamen mulieris *l. quamuis 75. inf. de iur. dot. l. si constante 24. §. si maritus inf. de solut. matr.* & ideò dicitur dotata vel indotata, quod vel habeat dotem vel non habeat *l. seruo ulti-*

no 69. §. si testator de legat. 1. l. 4. §. sed & si mulier 21. & seq. inf. de dol. mal. except. alioqui vix posset filiafamilias nubere si dotem habere non posset quam daret marito ad ferenda onera matrimonij *l. 2. infra de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. l. 1. solut. matrim. l. interest 28. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 3. de privileg. credit. l. 5. §. pen. de dol. mal. except. l. si donaturus 9. §. 1. inf. de condict. caus. dat.* Igitur tametsi traditio prædiorum facta filiæfamilias à patre ex causa dotis non valuerit ad transferendum in eam dominium, sed tantùm ad transferendam naturalem & corporalem possessionem aut potiùs detentationem, quæ est facti meri, Cùm tamen matrimonium tenera constiterit, & post mortem quoque patris steterit, & consequenter eadem ratio subsit relinquendorum prædiorum penes filiam vt ex eorum reditibus quos pater genero solui mandauerat, possit gener ferre onera matrimonij, Consequens est vt officio arbitri familiæ erciscundæ eam dotem præcipuam filiæ seruari oporteat, perinde ac si genero traditio facta fuisset, quasi nihil intersit nec quantum ad effectum rei, Nec quantum ad voluntatem patris, quam etiamsi minùs legitima sit, conseruari tamen oportet *l. filij 16. l. si cogitatione 21. & l. vlt. C. hoc tit.* Atque ita benè & appositè ad propositam quæstionem respondet Papinianus non subdolè, vt post Azonem criminatur Accursius. Qui sanè huius legis sententiam non percepit, vt neque Bartolus & post eos cæteri qui sententiam Papiniani eam esse volunt, Vt speciali priuilegio dotis valeat donatio, possitque consistere obligatio ex causa dotis inter patrem & filium, quod falsissimum est, Quia ne possit inter huiusmodi personas contrahi non tantùm ciuilis constitutio, sed etiam rei natura est impedimento, vt ait *d. l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Idque significat satis Papin. cùm ait filiam agros istos naturaliter tenuisse, id est de facto tantùm, non ciuili & iusta possessione quæ plurimùm iuris habeat vt ait *l. possessio 49. in princip. & §. 1. inf. de acquir. possess.* iunct. *l. stipulatio ista 38. §. hi qui sunt inf. de verbor. oblig.* Idq; non quòd filia hæc de fructibus aleretur à viro, vt malè Accursius explicat, sed quoniam ipsi reuera essent tradita prædia, non genero cui tantùm reditus prædiorum solui pater per imperitiam iuris mandauerat, cùm ei tradere potiùs in dotem prædia debuisset, quo casu tam vxor quàm maritus eius fundi possessores intelligerentur, *l. pen. §. si fundus sup. qui satisd. cogant.* Saltem quantum ad edictum illud attinet in quo etiam is qui solam proprietatem habet ac nudam, possessor tamen intelligitur *d. l. pen. §. 1.* vt nimirum non teneatur satisdare. Nam extra eam causam vix est vt vxor fundum dotalem possidere videri possit. Neque verò in tota lege verbum vllum de donatione, sed tantùm de traditione facta ex causa dotis quæ traditio in patre non potest censeri donatio, cùm pater ex officio filiam dotare teneatur *l. cap. 19. inf. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.* quamuis in extraneo possit donatio videri quantum ad filiam, non quantum ad maritum qui semper dotem habet ex causa onerosa *l. vlt. §. 1. inf. quæ in fraud. l. ex promissione 19. de oblig. & act.* Nec rursus, ait Papinianus defendi filiam fauore dotis, vt putat Accursius sed specie, id est prætextu dotis cuius capax illa fuisset non etiam acquirendi à patre dominij ne quidem ex causa dotis. De huius legis sententia scripsi latissimè *lib. 7. Coniect. cap. 17.* vbi plura vide.

b *Cùm omnes filios heredes instituisset.* Ergo testamentum pater fecerat: quo casu nullus olim collationi locus erat, nec magis dotis quàm cæterarum rerum *l. 1. & l. filiam 7. & pass. C. de collat. l. Theopompus 14. de dot. præleg.* Cur enim hic tam curiosè inquirit Papinianus an prædia, quæ pater dotis esse voluerat, filia debeat habere præcipua? Nimirum quia tunc præcipua dos debet esse facto testamento, tùm ea ritè ac rectè constituta est. In proposito autem inutiliter & perperam fuerat constituta, vt diximus. Hodie aliud esset post Iustiniani constitutionem quæ induxit, vt etiam ex testamento collationem fieri oporteat *Auth. ex testamento. C. de collat.* Nec minus dotis etiam iure constitutæ quàm aliarum rerum extra dotem relictarum.

36. PAVLVS lib. 2. Quæstionum.

CVm putarem [a] te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ iudicio, & à iudice inuicem adiudicationes; & condemnationes factæ sunt. Quæro, rei veritate cognita, vtrùm condictio inuicem competat, an vindicatio: & an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est. Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cùm putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ iudicium, & condemnationibus factis soluerit pecuniam, quoniam ex causa iudicati soluit, repetere non potest. Sed tu videris eo moueri, quòd non est iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes acceptũ. sed, quamuis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quòd si neuter eorum heres fuit: sed quasi heredes essent, acceperint familiæ erciscundæ iudicium: de repetitione idem in vtrisque dicendum est, quòd diximus in altero. Planè si sine iudice diuiserint res: etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putauit, qui fuit heres, competere dici potest, non enim transactum inter eos intelligitur, cùm ille coheredem esse putauerit.

Ad l. Cùm putarem 36.

a *Cùm putarem.* Vtraque ratio & dubitandi & decidendi expressa est in textu. Dub. Non est iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes acceptum fit *l. 1. §. vlt. supra.* Atqui nemo ex opinione sua vel aliena fit coheres, sed tantùm per agnitionem hereditatis quæ verè sit delata *l. illud 77. & pass. infra de acq. hered. l. delata 151. de verb. signific.* Inutile igitur est iudicium familiæ erciscundæ cum falso licet opinato coherede acceptum, & consequenter

non

Digitized by Google

non possunt adiudicationes & condemnationes in eo redditæ vim vllam habere, prius enim est vt iudicium subsistat, quàm vt quod in eo iudicatum est effectum habeat *l. 4. §. Condemnatum inf. de re iudic.* Ergo soluti repetitio & condictio danda erit, adeoque vindicatio, quasi non translato dominio pecuniæ solutæ, Nec enim nuda traditio dominium vnquam transfert, sed ea demum quæ pro causa habet iustũ titulum præcedentem *l. nunquam nuda 31. de acq. rer. dom.* qui porrò hic nullus est, Nec iudicio, nec iudicato subsistente.

Dec. Quod ex causa iudicati solutum est repeti non potest propter authoritatem rei iudicatæ *l. si fideiussor 29. §. in omnibus inf. mandat.* Nisi in casu *l. si sponsus 5. §. si vxor de donat. int. vir. & vxor.* & quamuis iudicatum non teneat, quod euenit quoties quis non ritè condemnatus est, *dict. §. condemnatum*, attamen ad impediendam repetitionem sufficit quod quis se putet condemnatum ritè, licèt minùs ritè condemnatus sit: sublata enim falsa opinione coheredis, superest causa iudicati quæ impedit repetitionem, arg. *l. cùm te 32. §. mulier inf. de condict. indeb.* Multò magis vindicationem, nam & iudicati causa titulus est habilis ad transferendum dominium secuta traditione, quæ per dominum facta sit, Nimirum propter authoritatem, vt dixi, rerum iudicatarum, quas effectum sortiri publicè interest, tùm quoque cùm per errorem, aut per sordes, aut per gratiam iudicatum est *l. seruo inuito 65. §. cùm prætor D. ad S.C. Trebell.* Quare non est quod quis obiiciat ex *l. si & me 32. in fin. inf. de reb. credit.* id quod ex meo ad te sine causa peruenit id mihi à te restitui æquum esse. Non enim sine causa penes quem esse videtur quod est ex causa iudicati. Non idem est è contrario si verus debitor absolutus sit per sententiam. Si enim soluat, nihilomagis repetet, quia remanet obligatio naturalis, nec per sententiam tollitur *l. Iulianus verum debitorem 60. inf. de condict. indeb.* Non ergo facit præsentia arbitri vt impediatur repetitio sed authoritas tantùm rei iudicatæ. Proinde si facta sit diuisio sine arbitro & iudice familiæ erciscundæ, non cessat condictio vt apparet ex fine huius legis & ex *l. si post diuisionem 4. C. de iur. & fact. ignor.* Planè si neque sententia lata sit, neque solutio secuta nil oberit quod quis per errorem alium esse sibi coheredem dixerit, nec si per scripturam & epistolam id professus sit *l. epistola 52. in princ. supra de pact.*. Non idem est si in diuisione facta inter coheredes omissa sit collatio, Potest enim semper condici siue per arbitrum facta sit diuisio siue absque arbitro *l. si soror 8. C. de collat.* Nihil enim in eo fit contra rei iudicatæ authoritatem.

b *Planè si sine iudice.* Ratio dubitandi. Etiam cum sine iudice fit diuisio tanquam inter coheredes & alter alteri aliquid præstat, transactum inter eos de hereditate intelligitur, quasi tanti æstimauerint re carere, ne propter eam litigarent, arg. *l. 4. § 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo quod ex causa solutum est non potest repeti, tanquam solutum ex causa transactionis, quæ non minorem vim habet quàm res indicata *l. minorem 20. C. de transact.* præsertim ad impediendam repetitionem *l. in summa 65. §. 1. inf. de condict. indeb.*

Dec. Non potest videri transegisse qui diuisit hereditatem cum falso coherede quem per errorem facti putabat suum coheredem. Nullus enim errantis consensus est *l. si per errorem 15. sup. de iurisd. l. 2. in princ. sup. de iudic. l. sed hoc ita 20. in fin. de aqua & aquæ pluu. arc.* Et qui per errorem & ignorantiam propriam & per fallaciam alterius transigit non tam paciscitur quàm decipitur *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam sup. de transact. l. si cùm te 51. §. 1. & d. l. epistola 52. sup. de pact.*

c *Condictionem earum rerum.* Ratio dubitandi. Nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. supr. vsufruct. quem caueat.* Vindicatio enim domino competit, non condictio *l. in rem 23. & pass. sup. de rei vindic. §. sic itaque instit. de act.* Atqui heres qui in alium quasi coheredem qui tamen coheres non erat transtulit partem rerum hereditariarum per diuisionem factam sine iudice, non tamen transtulit dominium, quia nemo ignorans aut errans rem suam amittit, præsertim quem tradat quasi quæ iam sit accipientis, vt tractat hîc Accursius ex *l. Dedi 3. §. si quis quasi statuliber inf. de condict. caus. dat.* Atque ita concludit hîc Accursius condictionem indebiti dandam heredi pro ea parte quam in alium transferre voluit, & transtulit, Pro alia verò dimidia quam putabat esse iam alterius dari condictionem respectu possessionis tantùm non etiam dominij, Pro dominio autem dari vindicationem, cùm non fuerit translatum, nec teneatur venditor de euictione alioqui, non esset ei permittendum vindicare *l. vindicantem 17. inf. de euict.*

Dec. Ad dominium transferendum sufficit factam esse traditionem à vero domino animo transferendi dominij ex causa quæ per se sit habilis ad transferendum dominium, id est, quæ si esset vera, foret iusta, licèt sit falsa, & vt nostri loquuntur, putatiua *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Vnde & ad vsucapionem videbatur quibusdam sufficere titulum putatiuum, quod tamen non ita est *l. Celsus 27. inf. de vsucap.* Atqui titulus adiudicationis in iudicio familiæ erciscundæ iustus est ad transferendum dominium etiam sine traditione inter veros coheredes. Ergo & inter eos qui putabantur coheredes idem poterit traditio facta diuisis siue iudice rebus hereditariis cùm fiat animo transferendi dominij & ab eo qui in qualibet vel minima parte glebæ partem dominij habeat *l. illud 46. de rit. nup. l. serui electione 5. §. 1. & 2. de leg. 1. l. Maxim 66. §. duorum de leg. 2.* Nulla ergo competere hoc casu potest vindicatio, sed condictio nec possessionis dumtaxat, sed etiam dominij, quoniam qui alij tradidit tanquam coheredi, nullam partem adeò credidit esse accipientis, vt non etiam suam esse crederetur. Ideòque cogitauit de transferendo in totum dominio, ac proinde in totum transtulit.

37. SCÆVOLA libro 12. Quæstionum.

Qui familiæ a erciscundæ iudicio agit, non confitetur aduersarium sibi esse coheredem.

Ad l. Qui familiæ 37.

a *Qui familiæ.* Ratio dubitandi. Qui vult consequens, vult etiam necessarium antecedens *l. ad rem mobilem 56. l. ad legatũ 62. sup. de procur. l. 2. sup. de iurisd.*

atqui non potest accipi iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes *l.1. §.vlt.& l.prox.sup.* Ergo quisquis agit cum alio familiæ erciscundæ fatetur eum coheredem.

Dec. Non fatetur qui errat nisi ius ignorauit *l.2. inf. de confess. l. epistola 52. sup. de pact.* quia confitentis voluntas aliqua esse debet quæ nulla est errantis *l. sed hoc ita 20. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nec rursus pendet ex vnius voluntate vt alium habeat coheredem, lex enim illa est quæ heredem & coheredem facit *l. filiusfamilias 18. inf. ad leg falcid.* non hominis confessio, Nam nec confessiones etiam iure factæ aliter ratæ sunt quàm si & ius & naturā recipiant *l. confessionibus 13. in princip. & l.14 in fin. inf. de interrog. in iur. faciend. l. vlt. ff. quod fals. tut. auth. gest. sit.* Ius autem non admittit vt quisquam heres sit cui delata non fuerit hereditas *l. 1. 2. & 3. sup. De pet. hered. l. non epistolis 13. C. de probat.* Benè igitur hæc lex habet negationem, quæ si sublata esset ex basilicis, falsa remaneret ex iuris ratione legis sententia. Nam qui agit familiæ erciscundæ non tam fatetur quàm supponit aduersarium esse coheredem: quæ suppositio cùm erronea est errore facti non potest inducare confessionem *l.2. inf. de confess.*

38. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

LVcius [a] & Titia fratres emancipati à patre, adulti curatores acceperunt. hi communes pecunias ex reditibus redactas singulis subministrauerunt: postea omne patrimonium diuiserunt, & post diuisionem Titia soror Lucio fratri suo cœpit quæstionem mouere, quasi amplius accepisset, quàm ipsa acceperat: cùm Lucius frater eius non amplius sua portione, immo minus, quàm dimidiam, consecutus sit. Quæro, an Titiæ competat aduersus fratrem actio. Paulus respondit, secundum ea, quæ proponuntur, si Lucius non amplius ex reditu prædiorum communium accepit, quàm pro hereditaria portione ei competeret, nullam sorori eius aduersus eum competere actionem. Idem respondit [b]: cùm ex decretis alimentis à prætore amplius fratrem accepisse diceretur, quàm sororem: non tamen vltra partem dimidiam.

Ad l. Lucius 38.

a *Lucius.* Ratio dubitandi. Inter fratres qui pro æquis portionibus sunt heredes, similiter pro æquis partibus diuisio fieri debet, non minùs redituum, quàm rerum hereditariarum *l. inter filios 11. C. hoc tit.* Nec permittendum est vt plus ex hereditate aut ex reditibus rerum hereditariarum vnus quàm alter ferat ne fiat contra voluntatem patris, quam tum quoque, cùm minus legitima est, subsequi & Iudex familiæ erciscundæ & prætor ipse debet *l. filij 16. l. si cogitatione 21. l. vlt. eod. tit. l. pater 10 §.1. de capt. & postlim.* Quantò magis vt seruetur inter filios æqualitas quæ omnium fauorabilissima est *l. vt liberis 17. l. penult. §.1. C. de collat.* Ergo danda est actio familiæ erciscundæ sorori contra fratrem, si plus ille ex reditibus, quàm soror acceperit quamuis non amplius sua parte dimidia imò minùs si voles frater consecutus sit.

Dec. Nullam iniuriam sorori frater fecit qui plus accepit pro sua parte hereditaria dum ne quid supra portionem suam hereditariam: Non enim quid aut quātum soror non habeat inspiciendum est, sed quid & quantum frater habeat & habere debuerit, vt in simili argumentatur Papin. in *l.3. in fin. ff. de pignor.* Quid enim potest imputari fratri qui fuit diligentior? Imò sibi imputet soror quæ ad partem suam accipiendam fuit negligentior, nec in eam rem obseruauit opportunitatem temporum quam frater obseruauit, Nec enim quod frater pro sua parte accepit commune factum videri potest *l. vlt.* vbi est textus elegans *Cod. deposit.* & notissimum est posse quemlibet vigilādo facere conditionem suam meliorem ad suum consequēdum licèt alius ex eo damnum sensurus sit *l. pupillus 24. inf. quæ in fraud. credit.* Nec pugnat cum hac sententia quod scriptum est in *l. item Labeo 22. supra hoc tit.* vt ad eum locum scripsimus.

b *Idem respondit.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quę ad sententiam præcedentem. Nihil enim refert an à prætore qui plerunq; adeundus est, cùm de alimentis decernendis agitur *l. vlt. C. de alim. pupil. præst.* an à curatoribus adulti diuisio redituum facta sit. Ideò autem de sola redituum diuisione hæc lex loquitur, non etiam prædiorum quæ præsupponit manere communia, quia inter minores diuisio proprietatis nisi ex decreto prætoris fieri non potest cùm alienationem contineat, Nisi à maiore aliquo prouocentur qui in communione inuitus stare non cogatur *l. si pupillorum 7. inf. de reb. eor. qui sub tutel.* diuisio enim prædiorum vicem emptionis obtinet *l.1. C. comm. vtr. iudic.*

39. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

EX parte [a] heres institutus, causam de totis bonis quam omnes heredes patiebantur ob inultam mortem, suscepit, & obtinuit coheres ab eo partem quam petebat, nec partem sumptuum factorum in litem præstare volebat. Quæsitum est, an doli exceptio noceret. Respondi, si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset, habendam rationem sumptuum [b]. Sed, & si omiserit [c] doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumptuum.

Ad l. Ex parte 39.

a *Ex parte.* Ratio dubitandi. In communi hereditate sumptus ab vno ex heredibus bona fide facti ab altero repetuntur actione familiæ erciscundæ vel

dæ vel communi diuidundo *l. filiæ 18. in fin. C. hoc tit.* Ne scilicet ex iactura eius qui bona fide sumptus fecit alius locupletetur, cui prodest victoria coheredis, quæ sine sumptibus parari non potuit *l. nam hoc natura 14. infr. de cond. indeb. l. minoribus 6. sup. de minor. l. 1. sup. de inoff. test.* Atqui cùm vnus ex coheredibus causam de totis bonis defendit quam coheredes omnes ob multam mortem testatoris à fisco patiebantur, & aduersus fiscum obtinuit, verum est totius hereditatis negotium ab eo vtiliter gestum esse indistinctè, siue ideirco amplius erogatum esset, quòd coheredis quoque causa defensa esset, siue non: Ergo indistinctè dicendū est dandam coheredi aduersus coheredem sumptuum repetitionem, adeoq; doli exceptionem si coheres partem hereditatis petat, nec partem sumptuum offerat.

Dec. Quod à coherede propter coheredis portionem erogatum est, id demum in hāc actionem venit aut in actionem communi diuidundo, & ita debet accipi, quod scriptum est in *d. l. filiæ 18. in fin.* Sed si coheres qui de totis bonis litem aduersus fiscū sustinuit, non plus ex ea causa impēderit quàm si partem suā solam defendisset, nihil eius interest, cùm tantundem fuerit impensurus etiamsi partem coheredis defendere noluisset, nec quod eius victoria prosit etiam coheredi potest conditionem coheredis duriorem facere, cùm id non contingat nisi per consequentias, quæ attendi non solent *l. 1. l. quod dicitur 7. inf. de auth. tut.* Nūquā enim aut actio aut exceptio ei danda est, cuius nihil interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. ille à quo 13. §. si de testamento ad SC. Trebell.* nec ei, qui de suo tantùm negotio gerendo cogitauit, non de alieno, & de se tantùm liberando nō de alio obligādo *l. in hoc iudicium 14. l. si quis cum 29. inf. tit. 1.* Ponimus autem coheredē qui de totis bonis causam egit obtinuisse, quia si succubuisset aliud probādum esset, vt benè Accursius notat ex *l. iam tamen 3. §. quid tamen inf. iud. solui.* Et in solo procuratore mandatum habente id obtinet, vt etiamsi contrariam sententiam reportauerit, si tamen nihil eius culpa factum sit, sumptus quos in litem probabili ratione fecerit, contraria mandati actione petere possit *l. etiamsi contrariam 4. C. mand.* Quamuis tentari non malè possit etiā in negotiorum gestore idem iuris esse si ab initio cœpit vtiliter negotium gerere licèt malum euentum res habuerit *l. sed an vltro 10. §. 1. sup. de neg. gest.* sed coheres hic noster neque procuratori neq; negotiorum gestori bene comparabitur. lunge *l. liberto 31. alias l. qui aliena §. vlt. iunct. l. si quis aliena 25. supr. de neg. gest. l. cum duobus 52. §. quidam sagariam inf. pro socio.*

b. *Habendam rationem sumptuum.* Scilicet per oppositam doli exceptionē quæ olim necessaria erat in omnib. actionibus arbitrariis *l. Papinianus 14. supr. de public. in rem act.* Non minùs quàm in strictis, Solis enim iudiciis bonæ fidei exceptiones doli & pacti inerāt ipso iure *l. huiusmodi 84. §. qui seruū inf. de legat. 1. l. 3. de rescind. vendit. l. sed si ideò 21. solut. matr.* Erant autem arbitrariæ omnes in rē actiones, & consequēter petitio hereditatis, licèt multas habeat præstationes personales quę ex bono & æquo proficiscūtur *l. sed etsi 25. §. antep. sup. de pet. hered.* propter quas iā olim pleriq; petitionem hereditatis inter actiones bonæ fidei enumerabant quod à Iustiniano tandē certius constitutum est in *l. vlt. in fi. C. eod. §. actionum 25. Inst. de act. l. Seia 42. inf. de mort. caus. dona.* Hodie igitur exceptio doli non esset necessaria si quis veterum formularum vsus superesset, qui tamen sublatus est per *l. 1. & 2. C. de form. & impetr. act. sublat.*

c. *Sed & si omiserit.* Ratio dubitandi. Imputandum est ei qui omisit exceptionē quam obiicere potuit & debuit *d. l. Papinianus 14. in fi. sup. de public. in rem act.* quasi donasse videatur *l. si sponsus 5. §. si vxor inf. de don. int. vir. & vxor.* Saltem si eam sciens omiserit, arg. *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Nulla ergo ei danda actio est, ad indemnitatem consequendam, quasi nec damnum vllum sentire videatur, quod ex culpa sua sentit *l. quod quis 203. eo. l. si in area 53. inf. de cond. indeb. l. heres 21. inf. ad SC. Trebell.*

Dec. Nihil vetat eiusdem rei nomine & actionē & exceptionem cōpetere *l. 1. §. si antē inf. de superfic. l. iouius 156. §. 1. de reg. iur.* Nō ergo si quis exceptionē omiserit statim dicendus est, Omne ius suum donasse & remisisse videri, ne tum quidē, cùm sciuit quando videri possit ita fecisse quod sciret actionē suā vtiq; durare, arg. *l. sicut 8. §. nō videtur inf. quib. mod. pign. vel hypoth. tacit. solut.* Maximè verò in doli exceptione hoc obtinet, quæ perpetua est *l. 5. §. vlt. de dol. mal. except.* ne sc. impunitus dolus remaneat quod nunquam permitti debet *l. procurator 11. §. 1. eod. tit.*

1 ¶ Intestato moriens, codicillis prædia sua omnia, & patrimonium inter liberos diuisit: ita vt longè amplius filio, quàm filiæ relinqueret. Quęsitum est an soror fratri dotem conferre deberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, si nihil indiuisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

Ad §. Intestato.

a *Intestato.* Ratio dubitandi. Ab intestato dotis collatio fieri debet sicut & cæterarum rerum quas à patre liberi acceperunt *l. 1. & pen. tit. inf. de dot. collat. l. filiæ 4. & seq. l. filium 7. & l. filiam cum fratribus 18. & pass. C. de collat.* Nec enim præcipuam dotem habere filia debet, nisi pater aut testatus decesserit: (Nam ex testamento cessabat olim dotis collatio, hodie non aliter quàm si idipsum expressum fuerit *Auth. ex testamento C. eod. tit.*) aut in codicillis ab intestato factis eam voluntatem pater declarauerit *l. pater 10. eod. tit.* Atqui in proposita specie nihil tale pater præcepit, qui intestato moriens codicillis suis patrimonium inter liberos suos totum diuisit, nec de conferenda vel non conferenda dote quicquam cauit, seruāda igitur est edicti perpetui forma, vt filia quæ ab intestato succedere vult, pro sua parte hereditaria pariter dotem fratri conferre cogatur.

Dec. Collationis necessitas sicuti à Prætore inducta est, ex tacita patris voluntate, ita & contraria eiusdem patris voluntate etiam tacita remitti facilè potest. Adeoque quocunque voluntatis indicio, vt de cautione legatorum nomine præstanda scriptum est in *l. amerimnus 7. §. vlt. de condit. & demonstr.* Videtur autem non obscura voluntas patris prædia sua omnia & totum patrimonium inter liberos diuidentis, si nihil indiuisum reliquerit, & filio amplius quàm filiæ dederit. Vtrumque enim concurrere necesse est, quasi testator in compensationem dotis, quam filiæ dederat, plus filio relinque-

re voluerit in vniuersorum bonorum diuisione. Nimirum ad æqualitatem inter liberos inducendam quæ semper fauorabilissima et eiusque præsumptio *l. vt liberis 17. & l. pen. C. de collat.* Cæterum si quid indiuisum pater reliquisset, Quemadmodum non cessaret officium arbitri familiæ erciscundæ, ita neque collationis faciendæ necessitas, ac proinde officio arbitri conueniret vt collationem dotis fieri iuberet, sicut & si diuisis inter liberos bonis omnibus nihil amplius filio quam filiæ reliquisset. Hoc ipso enim plus haberet filia quàm filius si dotem conferre non cogeretur & remitteretur necessitas collationis ad inducendam inæqualitatem: quod alienum certè esset à mente prætoris & à voluntate patris. Non absimile nec minùs elegans Papiniani responsum est tacita quadam & præsumpta patris voluntate subnixum in *l. emptor 65. §. 1. sup. de rei vindic.*

2 ¶Seruo [a] libertatem dedit, qui erat annorum quindecim, *Cùm erit annorum triginta:* eidem ex die mortis suæ, quoad viueret, cibariorum nomine denarios denos, vestiarij denos vigintiquinque præstari se velle significauit. Quæsitum est, an vtile esset cibariorum & vestiariorum legatum, cùm Stichus, ante libertatis tempus decesserit: & an, si non est vtile, heres, qui præstiterat à coherede repetere possit, apud quem morabatur. Respondi, non quidem debita fuisse: sed si id, quod datum est in alimenta, consumptum sit, teneri non posse.

Ad §. 2. Seruo.

a *Seruo.* Ratio dubitandi. Cùm seruo legatum aliquid est cibarij & vestiarij nomine, non prius quidem valere legatum potest quàm libertatem seruus acceperit, Seruus enim quandiu & seruus manet & in dominio heredis, incapax est legati à domino relicti, cùm incapax sit omnium quæ sunt iuris ciuilis nisi ex persona domini, nec possit ei dominus eius obligari *§ an seruo instit. de legat.* Sed tamen non eo minùs officio iudicis incumbit vt ea alimenta interim præstari iubeat *l. serui 17. infr. de aliment. & cibar. legat. l. seruus 16. inf. de ann. legat.* Et consequenter negari non potest quin vtiliter hereditatis & coheredis negotium gesserit is ex heredibus, qui ea alimenta præstitit. Ergo si seruus cui in triginta annorum tempus libertas legata fuerat decesserit ante illud tempus, post accepta ex die mortis testatoris secundum voluntatem ipsius cibaria & vestiaria, ab eo ex heredibus apud quem morabatur, Neutrum verum est quod hic Scæuola respondit, non fuisse debita cibaria & vestiaria, & soluta, si consumpta sint repeti aduersus coheredem non posse. Quidni enim repetat, cùm hereditatis debitum commune persoluerit?

Dec. Non potuerunt deberi cibaria, & vestiaria ex legato quod fuit inutile, nec magis naturaliter quàm ciuiliter, ideoq; vt ea præstare cogatur heres, officium iudicis necessariò inducendum est, *d. l. 17.* Quia scilicet potest aliquo casu fieri vtile, nempe si seruus hic libertatem nanciscatur *l. Arrio 46. infr. de manum. testam.* Quod in proposito contigisset, si seruus hic ad trigesimum vsque annum peruenisset, interim ergo si moriatur, nulla eo nomine actio coheredi, qui alimenta præstitit, danda est aduersus coheredem: Non quasi vltrò ac nullo iure cogente præstita sint eùm sufficere debeat, quòd ad ea præstanda cogi heredes potuerunt officio iudicis *l. mulier 22. §. non est dubitatum. inf. ad S. C. Trebell.* metusque coactionis sit coactio *l. nouissimè 7. §. 1. inf. Quod falso tutor autor.* Sed quia non ad vtilitatem hereditatis præstita erunt, aut communis negotij gerendi causa, sed in vtilitatem serui, qui citra huiusmodi alimentorum præstationem ad trigesimum annum peruenire nunquam potuisset. Imputare ergo sibi debet coheres, qui tantam affectionem seruo præstiterit, sine vlla protestatione futuræ repetitionis, Nec expectauerit coactionē quam præstor aut iudex alius quilibet nō nisi aduersus vtrumque coheredē fuerat impertaturus. Itaq; videntur ho casu alimenta præstita magis intuitu pietatis, præsertim cùm hic seruus apud eum ex heredibus moraretur qui alimenta præstabat, quàm aut ex necessitate obligationis, aut in vtilitatem hereditatis, animoque gerendi negotij hereditarij.

3 ¶Filius [a] reipublicæ debita, quę post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non potest, si non in omnibus socij essent: licet hereditatem paternam communem haberent, & pater pro altero filio in patria magistratu functus decessit.

Ad §. 3. Filius.

a *Filius.* Ratio dubitandi. Inter liberos ex æquis partibus heredes patris æqualitas seruari debet, vt diximus ad *§. intestato sup.* & consequenter onera omnia, vt eadem sit ratio oneris & honoris *ex reg. l. secundum naturam 10. de reg. iur.* præsertim cùm fratres hereditatem paternam communem habuerunt: Hoc ipso enim credendi sunt etiam onera vniuersa communia habere voluisse: Maximè verò si etiā illud concurrat quòd pater pro alio filio in patria magistratu functus sit, nam cùm illud fuerit æs alienum patris, exsolui debebat omnibus heredib. *l. si filius 10. § idem scribit 6. sup.* Quidni ergo etiam ad onus cōmune hereditatis pertinebunt debita, quę alter filius etiam post patris mortem contraxit?

Dec. Non omnia debita heredum veniunt in hoc iudicium, vt inter coheredes pro hereditariis portionibus diuidantur, sed eo demùm quæ sunt hereditaria, id est quæ à patre ipso causam & originem habuerunt, nec ab heredibus ipsis inceperūt. Id enim est onus aliquod esse hereditarium *l. hereditarium 46. infr. de obl. & act.* extra casum illius legis & *l. hereditarium 7. inf. quib. ex caus. in poss. eat.* Atqui debita quæ filius post mortem patris contraxit, nō possunt dici hereditaria, Ergo non ad onus hereditatis pertinere debere, sed ad onus ipsius filij, Nēpe si non socij proponantur, Nec enim sola communio hereditatis paternæ induxit societatē *l. cum duobus 52. §. Papinianus ait. l. si fratres & §. idem Papinianus inf pro soc.* sicuti neq; quod ob personā vnius ex filiis paterno debito sit onerata hereditas, Cōsequens sit, vt alterius filij debitum quod ipsius filij propriū est, pro hereditario habeatur. Paternū sane ac he-

ac hereditarium onus est, si pater aut pro filio in patria sua magistratu functus sit. Quod facere cogitur si nolit consentire vt filius nominatus magistratum gerat; siue filio magistratum inituro consenserit: habetur etiam pro fideiussore, teneturque insolidum *l. 2. inf. ad municip. l. si filiusfamilias 7. de adminis. rer. ad ciuit. pertin.* Aliud esset si pater ante mortem professus esset pro alio filio qui post mortem patris obstrictus reipublicæ esse cœpisset, vt in *l. si filia 20. §. Neratius supr. hoc tit.* vbi dixi.

4 ¶Duos filios [a] scripsit heredes, & certos homines vnicuique eorum prælegauit, in quibus vni Stephanum cum peculio. is viuo testatore manumissus decessit, deinde pater. Quæsitum est, an id, quod in peculio habuit Stephanus prius quàm manumitteretur, ad vtrosque filios pertineat, an verò ad eum solum, qui cum peculio prælegatus fuerat. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur ad vtrosque.

Ad §. 4. Duos filios.

a *Duos filios.* Ratio dubitandi. Pater qui duos filios heredes scripsit & vni ex filiis prælegauit seruum Stephanum cum peculio, ita extuit voluntate vt filius ille haberet ex prælegato, non modò Stephanum, sed etiam Stephani peculium. Ergo quamuis ea voluntas mutata videri possit, quantum ad Stephanum qui à patre posteà fuit manumissus, videtur tamen durare quantum ad peculium Stephani. Proinde quod in peculio habuit Stephanus prius quàm manumitteretur ad filium pertinere debet, Qui prælegatum meruit. Nec vllam patri mutandæ voluntatis causam dedit, Ne alioqui beneficium quod seruo manumisso collatum est, sit iniuriosum filio, & damnosum.

Dec. Quoties seruus alicui legatur cum peculio; Non sunt duo legata, vnum serui, alterum peculij: sed vnum duntaxat scilicet serui. Peculium enim nihil nisi accessio quædam est quæ subsistere non potest si legatum principale extinctum sit, Quod contingit siue manumisso seruo à testatore siue mortuo eo ante testatorem *l. 1. 2. & 3 l. cum inutile 12. inf. de pecul. legat. §. si seruus Instit. de legat.* Ergo si manumissus sit à patre Stephanus, peculium non nisi ad vtrosque pertinere potest, quasi nunquam alteri legatum. Nihil enim refert an nunquam legatum sit, an verò legatum aliquo modo extinctum sit, ita vt eius dies nunquam vtiliter cesserit.

5 Pater [a] in filios diuisit bona [b]: & eam diuisionem testamento confirmauit: & cauit [c], vt æs alienum, quod vnusquisque eorum habet, siue habebit, solus sustineret: posteà vnus ex filiis cùm pecunia mutuaretur, interuenit pater: eiusque consensu prædia, quæ filio adsignauerat, pignori data sunt, post mortem patris eadem prædia idem filius possedit, vsuras soluit. Quæro, an familiæ erciscundæ iudicio, si prædia pignori data distrahat creditor, aliquid ei à coherede præstandum sit. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non esse præstandum.

Ad §. 5. Pater.

a *Pater.* Ratio dubitandi. Pater interueniens pro debito filij & consensum præstando, vt idem fundus quem per diuisionem in testamento factam ei filio reliquerat pro debito illo esset obligatus, videtur fecisse suum debitum, quod erat filij, & consequēter post ipsius mortem videtur esse debitum hereditarium. Ergo ab vtroque filio soluendum sicut in specie §. præced. Censetur debitum paternū & hereditarium quod pater in se suscepit pro filio & tanquam fideiussor filij. Quid enim refert an pro filio fideiusserit, an pro eo pignus dederit, aut pignus danti consenserit?

Dec. Qui fideiubet pro alio, debitorem se constituit non etiam qui pro alio pignus dedit, aut qui danti consensit. Adeò vt neque tale pignus possit dici hereditarium, Quia pignus nihil nisi rem obligat, fideiussio autem personam. Quamuis obligatio fideiussoris perinde sit accessoria atque obligatio pignoris, Tātò magis in proposita specie, quod post mortem patris hic filius eadem prædia sibi à patre assignata & pignori data possedisse proponitur & vsuras soluisse. Quo facto debitum tanquam suum agnouisse videbitur, Item quia pater in testamento cauerat, vt vnusquisque filiorum æs alienum quod haberet vel habiturus esset, solus sustineret. Nec facilè credendus erat mutasse voluntatem sine causa *l. cum qui voluntatem 22. inf. de probat. l. si quis in princ. 21. de leg. 3.*

b *Diuisit bona.* Scilicet inter viuos, quæ tamen diuisio nullam obligationem parere potest inter patrem & liberos propter vinculum patriæ potestatis *l. Imperator 50. inf. ad SC. Trebell. l. 1. C. de inoff. donat. l. si non emancipatis 17. C. de donat.* Et ideò habetur tantùm pro supremi iudicij destinatione *l. si filius 20. §. si pater supr. hoc tit.* Itaque benè sequitur *& eam diuisionem testamento confirmauit*, vt & in *l. cùm pater 77. §. pater filiæ 17. inf. de legat. 2.*

c *Et cauit.* Erat hæc adiectio necessaria: Alioqui pater interueniendo cum filio & consentiēdo pignori hereditarium pignus constituisset, licèt non idcirco fecisset debitum hereditarium. Sufficeret autem pignus esse hereditarium, vt eo per creditorē distracto coheres coheredi indemnitatem præstare teneretur. Præsertim facta per patrem diuisione & assignatione bonorum suorum omnium inter filios, si non testator ad personas filiorum potiùs quàm ad causam pignoris debiti nomen retulisset, adiiciendo & cauendo expressim vt vnus quisque filiorum subiret onus soluendi æris alieni *quod habet siue habebit*, Adiecto etiam hoc verbo futuri temporis vt debita quæ post diuisionem contracta esse contingeret, ea dispositione comprehendi possent quæ alioqui non comprehenderentur *l. si stipulatus fuerim 76. §. 1. leg. si à colono 89. l. cùm stipulamur 125. De verb. oblig.* Non valde dissimile est, quod Vlpianus scribit in *l. sed etsi 25. §. simili modo 13. & seq. sup. de petit. hered.* bonæ fidei possessorem hereditatis si pecuniam mutuam acceperit, & rem hereditariam pignori dederit, non ideò videri attigisse hereditatem neque ex ea quicquam diminuisse cùm sit ipse obligatus.

hypothecaria pro toto pignore postquàm ab eius possessione occiderit possit id facere pro vtraque pecunia exsoluenda, Maximè cùm & is coheres qui pro sua parte habebat hypothecariam videatur eam cessisse per adiudicationem, eámque si cessa non esset, etiamnum cedere cogeretur. Non enim tractat Paulus de adiudicatario agente, sed conuento per luitionem pignoris ad reddendum actione pignoratitia pro parte pignus quod ille nolit excipiendo nisi totum reddere. Neque ponit adiudicatarium hunc cecidisse à possessione, sed totam rem obligatam possidere. Alioqui quomodo posset & vellet totum reddere? Nec rursus quod per adiudicationem videatur cessum à coherede ius pignoris ad rem facit. Nam vt maximè id verum esset, quod non puto, cùm adiudicatio & in iure cessio duo sint separati acquirendi modi, quorum vnus sicut alio non indiget, ita nec alium includit, Non est bona consecutio, vt qui cessum à coherede habet ius pignoris possit debitorem cogere ad luendum totum pignus etiam pro parte coheredis. Hoc enim falsum est, vt ex eo probatur, quod mox sequitur de illo qui partem pignoris vltro emit à coherede, quem lex ait non posse illo prætextu recusare luitionem pignoris pro parte, tametsi malit totum pignus reddere. Sanè pro ea parte quæ luitur ius habet retentionis quousque omnis pecunia ei qui partem illam possidet debita, siue ex propria, siue ex alterius persona, sit soluta, pro qua scilicet illa pars sit obligata. Et huc nimirum pertinent leges, quas Accursius obiicit, vt *l. emptor 65. sup. de rei vind. l. in summa 6. C. de pignor. l. creditor 12. aliàs l. si prior §. secundum. inf. qui potior in pignor. hab. & tot. tit. C. de his qui in antiq. credit. loc. succed.* Sed vt prætextu pignoris in vna parte subsistentis, luitio alterius partis impediatur, etiamsi ab eodem vtraque pars possideatur extra casum huius legis, nullibi certè scriptum est. Illa verò longè improbabilior aliorum est interpretatio qui putant Paulum dare hîc actionem adiudicatario siue negotiorum gestorum, vt vult Accursius siue contrariam pignoratitiam, vt putat Bartolus, per quam cogat debitorem reddere, id est, soluere ipsi totum quod ei debetur ex sua persona, & prætereà quod soluit coheredi, & plus etiam si plus dedit. Quasi gestu ipso gesserit vtiliter negotium debitoris, Adeóque vt Bartolus addit, in conseruationem pignoris impenderit quod coheredi dedit vt ei partem pignoris aufferret quam alioqui fuerat ille fortassis dissipaturus. Hunc enim casum sibi fingunt interpretes vt videatur coheredis bene gessisse negotium debitoris cùm per licitationem vincere voluit & coheredi plus quàm partem hereditariam debiti præstare vt partem ei pignoris aufferret. Quod totum commentitium est & ridiculum. Nec enim potest videri licitator hîc gessisse vtiliter negotium debitoris In eo quod plus dedit coheredi quàm ei à debitore ipso præstari debuisset. Et prætereà tractat Paulus de coherede qui conuentus à debitore malit ei totum pignus reddere, non qui velit vltrò agere contra debitorem vt eum cogat totum soluere.

d *Non idem dici potest.* Ratio dubitādi. Idem effectus est adiudicationis qui venditionis, cùm vterque titulus sit habilis ad transferendum dominium. Hæc sola differentia, quòd adiudicatio transfert ipso iure sine traditione *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Venditio verò per traditionem *l. traditio 20. l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.*

Dec. Differentia etiam in eo est quòd acquisitio quæ fit per adiudicationem est necessaria, quæ verò per emptionem voluntaria. Semper autem melior est & esse debet conditio eius qui facit aliquid ex necessitate, quàm illius qui ex mera voluntate, cui saltem hoc imputari potest cur voluerit *l. alienationes 13. supr. leg. qui erat 49. infr. hoc titul. l. si fideiussor 7. §. si necessaria. supr qui satisdar. cogant l. quòd si minor 24. §. restitutio. supr. de minor. l. item quæritur 10. §. 1. infr. titul. proxim. l. cùm postulassem 44. §. 1. de damn. infect.* Proinde coheres qui à coherede partem quam in pignore habuit, vltrò emit si pignoratitia conueniatur de reddendo pignore pro parte sua hereditaria, non potest recusare, nec debitorem inuitum cogere vt totum luat. Multò minùs vt si totum velit luere, reddat omne precium pro illius partis emptione datum si plus sit in precio quàm in parte debiti, Dummodò venditio à coherede facta sit priuata, non solennis & iure creditoris post quam scilicet nullum luendi ius superesset *dict. leg. 2. Cod. si antiq. credit. pign. vendid.* Coheres verò cui totum pignus adiudicatum est, potest per retentionem totius pignoris adigere debitorem ad luendum totum, adeóque pro parte coheredis tantùm consequi quanti pars illa per licitationem æstimata est. Et hic versiculi huius sensus est, malè etiam ab Accursio & aliis interpretibus perceptus.

e *Nisi si obiiciatur.* Intellige quod ad hoc vt adiudicatio quæ per licitationem facta est videatur esse acquisitio voluntaria, nec proinde separanda ab emptione voluntaria. Quid enim coheredem licitari cogebat & licitatione vincere si noluisset? Suæ igitur adfectioni imputet nō creditori, vel debitori, cur coheredis partem acquisiuerit, pluris etiam quàm esset, Vt proinde si velit totum pignus reddere, id est, debitorem cogere ad totius pignoris luitionem non sit audiendus, non magis quàm si partem coheredis vltrò emisset. Atque ita interpretes nostri vulgò sentiunt si in immensum, id est in magnam quantitatem excedat id quod pro animositate, vt Accurs. loquitur solutum est. Quasi pendeat hoc ex arbitrio & æstimatione iudicis, & is sit sensus eorum verborum quæ sequuntur, *sed huius rei ratio habebitur.* Sed tamen non ita est vt ego quidem existimo. Nam vt Paulus ratiocinatur, Quod facit creditor, aut, quod idem est, creditoris heres, quia & ipse creditor est circa rem pignoratam videtur facere tanquam procurator debitoris qui eum in creditorem eligendo, & pignus ei tradendo, videtur hoc ipso illum etiam in procuratorem eligere, Quomodo & fructuarius in re fructuaria dicitur procurator proprietarij *l. 1. §. vltim. infr. de oper. noui nunciat. l. 1. in fin. supr. V sufr. quemad. caueat.* & colonus locatoris in re conducta *l. videamus 11. §. item prospicere. inf. locat* sibique proinde imputare debet cui eum talem elegerit, Adeò vt ob hanc causam etiam vltrò competat creditori actio pignoratitia si quid fortè in rem pignoratam ex necessitate, vel etiam vtiliter impenderit. Quantò igitur magis retentione vti poterit aduersus debitorem? argum. *leg. 1. de pignor.* cùm & alius procurator quilibet retentionem litis pro sumptibus à se factis habere soleat *leg. qua omnia 25. cum leg. sequent. supr. De procuratoribus.* Nam ordinarium est vt cui damus actionem multò magis demus exce-

exceptionem *l. inuitus* 156. §.1. *de reg. iur. l.* 1. §. *is autem inf. de super fic.* Sicq; hic locus intelligi certè debet addita negatiuæ in illis verbis quæ interpretes fefellerunt *sed huius rei ratio habebitur*. Legendum enim est *non habebitur*, scilicet neque quantum ad hoc vt acquisitio videri debeat merè voluntaria, neque etiam quantum ad hoc vt debitor non amplius debito cogatur ei reddere, nec plus quàm partem pignoris luere. Cõcludit enim Paulus acquisitionem hanc esse necessariam, & perinde habendam acsi coheres cui totus fundus adiudicatus est, totam litis æstimationem tanquam extraneus quilibet creditori agenti hypothecaria soluere coactus fuisset. Quo casu sicuti lis æstimaretur non quanti esset debitum sed quanti pignus valeret *d. l. si inter* 21. §. *vlt. inf. de pignor* ita & danda esset possessori retentio per doli exceptionem quousque totum quod soluisset ei restitutum fuisset *d. l.* 2. *quib. mod. pign. vel hypoth. solui.* Ergo & huic adiudicatario eidemque coheredi consulendum est vt opposita doli exceptione possit totum fundum retinere, nisi debitor totum luere paratus sit, Restituto non tantùm omni debito, sed eo quoque quod supra partem debiti coheres hic coheredi per licitationem victo dare coactus est vt indemnis omnimodo præstetur. Nec ideò tamen debitor iniuria afficietur quasi plus soluens quàm debeat *d. l. communi* 7. §. *inter eos inf tit. prox.* Cùm quod supra debiti quantitatem soluerit coheredi adiudicatario postea sit actione pignoratitia ab alio coherede qui vltra suam debiti partem accepit repetiturus *d. l. si inter* 21. § *vlt. de pignor. l. si cõuenerit* 18. *inf. de pignor act. l. vlt. C si vendit. pignor. agat.* Et ita bene Bartolus qui totam hanc legem satis alioqui obscuram, vt sunt ferè omnes Pauli leges, sicut amplioribus Commentariis explicauit, ita paulò clariùs quàm Accursius, Non tamen multò melius, si modò nos Pauli sensum assecuti sumus, vt nobis quidem videmur.

30. MODESTINVS libro 6. Responsorum.

FVndus mihi communis est pupillæ coheredi. in eo fundo reliquiæ sunt conditæ, quibus religio ab vtriusque patribus debebatur: nam parentes quoque eiusdem pupillæ ibi sepulti sunt: sed tutores distrahere fundum volunt. ego non consentio: sed portionem meam possidere malo, cùm vniuersitatem emere non possim, & velim pro meo arbitrio exsequi ius religionis. Quæro, an rectè arbitrum communi diuidundo, ad hunc fundum partiendum petam an etiam is arbiter, qui familiæ erciscundæ datur, iisdem partibus fungi possit, vt hanc possessionem, exemptis cæteris corporibus hereditariis, pro iure cuique nobis partiatur. Herennius Modestinus respondit, nihil proponi, cur familiæ erciscundę iudicio addictus arbiter officium suum etiam in eius fundi, de quo agitur, diuisionem interponere non possit: sed religiosa loca in iudicium non deduci, eorúmque ius singulis heredibus insolidum competere.

Ad l. Fundus 30.

a *Fundus.* Ratio dubitandi. Iudex familię erciscundæ cùm non possit accipi nisi semel, nihil debet indiuisum relinquere *l. filius* 20. & *l. heredes* 25. §. *antepenult. sup.* vbi dixi. Ergo arbiter familiæ erciscundæ ad vniuersam hereditatem diuidendam datus etiam ius hoc sepulchri diuidere poterit si velut vnus ex heredibus partem suam fundi vendere alter nolit, Ne alioqui aut inuitus alter eorum cogatur in communione manere contra *l. vlt. Cod. comm. diuid.* aut ius religionis exequi prohibeatur.

Dec. Sepulchrum facit locum religiosum in quo est. Religiosa autem loca cùm vt in cuiusquam dominio sunt, nec in hominum commercio non magis in hoc iudicium familiæ erciscundæ quàm in aliud vllum venire possunt *l. si venditor* 10. *inf. de relig. l. in modicis* 24. & *l. ædes sacra* 23. *inf. de contr. empt. l. si mercedem* 53. §. 1. *de act. empt.* Nec tamẽ eò magis prohibetur quisquam ex heredibus exequi ius religionis pro suo arbitrio, etiamsi maximè vniuersitatem fundi aut nolit aut per inopiam fortè nõ possit emere, Quia sepulchri ius heredibus in solidum competit, vt cætera iura omnia quæ indiuidua sunt, nec in iudicium diuisorium venire possunt *d. l. heredes* 25. § *an ea sup. hoc tit.* Intellige tamen hanc legem cum Accursio si modò iter publicum ad sepulchrum vsque transeat: Alioqui necesse omnino est sepulchrum ei cedere cui adiudicatus est fundus in quo est sepulchrum non iure diuisionis sed quia sequitur rem diuisam *dict. l. si mercedem* 53. §. 1. *infra de act. empt.* iunct. *d. l. in modicis* 24. *de contr. empt.*

31. PAPINIANVS libro 7. Quæstionum.

SI seruus [a] pignori obligatus luatur ab vno ex heredibus, quamuis postea decedat, officium tamen arbitri durat: sufficit enim communionis causa, quæ præcessit, quæque hodie duraret, si res non intercidisset.

Ad l. Si seruus 31.

a *Si seruus.* Ratio dubitandi. Nihil prodest coheredi quod coheres luerit proprio sumptu seruum obligatum qui posteà decesserit. Nullum enim precium est quia nec vtilitas perempti hominis. Nihil ergo coheredem coheredi ex causa hac præstare æquum est.

Dec. Sufficit negotium ab initio vtiliter gestum esse licèt vtilitas negotij per fortuitum casum superuenientem sublata sit, vt dici etiam solet in actione negotiorum gestorum, *l. sed an vltrò* 10. §. 1. & *vlt. l. debitor* 13. *l. siue hereditaria* 22. *supra de negot. gest.* Hîc autem negari non potest quin negotium hereditarium vtiliter gesserit coheres, qui seruum.

pignori obligatum luit, licèt is seruus posteà decesserit, dummodò suo fato, nec facto eius qui luit, sufficit ergo causa communionis quæ præcessit, & quæ hodie duraret si seruus non periisset, Neque verò causa dandæ huius actionis tam ex eo proficiscitur quod æquum non sit locupletari vnum ex coheredibus ex alterius iactura, quàm ex eo quod iniquum sit, totum periculum serui qui fuerat obligatus ad eum ex coheredibus pertinere qui pignus luit *l. sed postquàm 9. in princ. inf. tit. prox.*

32. IDEM libro 2. Responsorum.

QVæ pater [a] inter filios non diuisit: post datas actiones vice diuisionis, ad singulos pro hereditaria portione pertinent: modò si cætera, quæ non diuisit, in vnum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur.

Ad l. Quæ pater 32.

a *Quæ pater.* Ratio dubitandi. Pater qui inter filios bona sua ita diuisit, vt tamen quædam indiuisa reliquerit, in ea videtur fuisse voluntate, vt quantum ad bona indiuisa pertineret, liberi in cōmunione remanerent, scilicet cùm cætera quæ non diuisit in vnum ex filiis generaliter non contulit, & sunt illa eiusmodi vt res datas non sequantur, quemadmodum Papinianus hîc loquitur, puta partus matrem, pullus equam, inquit Accursius. Atqui officium arbitri familiæ erciscundæ in eo maximè versatur, Et voluntatem testatoris præsertim patris in omnibus subsequatur, etiam illam quæ nullo iuris auxilio moriatur *l. filij 16 & l. vlt. C. hoc tit. l. a. C. de inoffic. donat.* Ergo in proposita specie officium arbitri tale esse debet vt quantum ad bona quę pater diuisit det ille singulis actiones vice diuisionis, Nec enim iterum diuidere debet quæ iam diuisit pater officio arbitri functus, vt scriptum est in *l. seq.* de cæteris verò, nihil constituat, sed ea communia inter fratres & indiuisa relinquat.

Dec. Non satis benè officio arbitri functus est pater, qui non vniuersa bona inter filios diuisit, sed indiuisa quædam reliquit, Nec enim bonus arbiter debet quicquam indiuisum relinquere *l. heredes 25. §. antepen supra hoc tit.* Proinde quod à patre prętermissum est, officio arbitri à prętore dati supplendum erit, vt cætera quoque bona inter coheredes diuidantur & quidem secundum testatoris voluntatem, id est, pro hereditariis portionibus à patre ipso constitutis, quæ cùm sunt æquales nil differunt à virilibus, de quibus in *l. si cogitatione 21. C. hoc tit.* Nam neque pater communionem perpetuam inter liberos imperare potest, licèt ad certam vsque ætatem possit, neque si imperauerit cogendi sunt liberi obsequi, Nec prætor subsequi patris voluntatem propter discordias quas materia communionis excitare solet *d. l. vlt. C. comm. diuid. leg. cùm pater 67. §. dulcissimis de legat 2.* Concordiam enim inter fratres potissimum conseruari magis interest publicè; quàm patris voluntatem seruari *l. de fideicommisso 11. C. de transact. l. 1. C. de pact.* Quòd si pater eas res quas non diuisit in vnum ex liberis contulit titulo prælegati, vt plerunque fit. Nihil aliud arbitro superest faciendum nisi vt eam quoque patris voluntatem tueatur, sed ita tamen vt hoc casu nulla euictio præstetur *d. l. cùm pater 77. §. euictis de leg. 2. l. de euictione 69 l. heres 72. inf. ad Trebell.* quamuis pro rebus aliter diuisis siue inter coheredes ipsos siue officio arbitri euictio præstanda sit *l. heredes 25. §. penult. sup. hoc tit.* vbi dicitur curare iudicem debere vt de euictione caueatur iis quibus rem aliquam adiudicat.

33. IDEM libro 7. Responsorum.

SI paterfamilias [a] singulis heredibus fundos legando, diuisionis arbitrio fungi voluit: non aliter partem suam coheres præstare cogetur, quàm si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Ad l. Si paterfamilias.

a *Si paterfamilias.* Ratio dubitandi. Cùm testator singulos fundos singulis heredibus legando arbitri officio fungi voluit, vt in *l. præced. & l. si filia 20. §. si pater supra hoc tit.* Voluntas testatoris omnino sequenda est, qui porrò non etiam illud præcepit, vt non aliter coheres coheredi partem suam quam in coheredis fundo haberet, præstare cogeretur, quàm si vice mutua partem coheredis in fundo sibi prælegato liberam à nexu pignoris consequeretur, Nihil ergo tale iniungere potest arbiter familiæ erciscundæ qui in omnibus voluntatem testatoris etiam minus legitimam subsequi tenetur, vt proximè dicebamus ex *l. filij 16. & vlt. C. hoc tit. & l. a. C. de inoff. donat.*

Dec. Multa veniunt ex tacita testatoris voluntate, de quibus nihil ille expressim disposuit, Omnia scilicet quæ fieri necesse sit, ne voluntas eius circumueniatur, quę numquam certè circumuenienda est *l. si cui legatum 92. inf. de cond. & demonstr.* sicut & in contractibus accidit *l. cùm fundus 12. supra. Comm. præd. l. pen. infra de euict.* Atqui circumueniretur voluntas testatoris si vnus ex coheredibus partem suam fundi qui coheredi prælegatus est, nullo pignoris nexu obligatam præstare, Partem verò quam in fundo sibi prælegato coheres præstat, pignoris vinculo nexam accipere cogeretur, Cùm singulis singulos fundos legato satis declarauerit eam esse suam voluntatem, vt quantum vnus alteri præstaret, tantundem ab altero vice mutua consequeretur, vtque pari iure singuli coheredes pariq; commodo & emolumento prælegata sua sibi haberent. Quod igitur verbis testamenti omissum est, non omittetur officio & religione arbitri familiæ erciscũdæ, quemadmodum loquitur Papin. in *l. quæsitum 3. de Testibus.* vt adiuuet voluntatem testatoris quæ alioquin circumueniretur. Iunge *l. rem pignori 28. sup.* Erit ergo ex communi pecunia hereditaria soluendum debitum, vt ibi scriptum est, vt portio quę nexu pignoris tenetur ab eo liberetur.

Sic

Sic dicimus, Etiamsi inter coheredes diuisis à testatore bonis omnibus nulla euictio debeatur, vt diximus ad *l. praeced.* Arbitrum tamen coniectura voluntatis pati non debere, vt vnus ex coheredibus partes aliis coheredibus prælegatas restituat nisi parati fuerint & ipsi patris iudicium fratri conseruare *leg. cùm pater 77. §. euictis Ds legat. 2.*

34. IDEM libro 8. Responsorum.

SEruos[a] inter coheredes tempore diuisionis æstimatos, non emendi, sed diuidendi animo pretiis adscriptos videri placuit: quare suspensa conditione mortuos, tam heredi, quàm fideicommissario deperisse.

Ad l. Seruos 34.

Ratio dubitandi. Æstimatio solet facere emptionem aut saltem contractum emptioni simillimum *l. 1. §. vlt. Inst. De æstimat. act. l. plerunque 10. l. quoties 16. de iur. dot. & l. 1. in prin. l. 2. infr. Pro empto. l. eius rei 46. supr. De rei vindic.* Adeoque facit periculum eius qui æstimatum accepit *d. §. vlt. l. plerunque 10. infr. de iur. dot.* Ergo si ex seruis hereditatis qui per fideicommissum edicti erant sub condicione, & facta æstimatione. certis preciis adscripti, quidam decesserint pendente condicione, dicendum est periisse illos ei cui fuerant adscripti, non heredi qui fuit rogatus de iis restituendis, Nec rursum fideicommissario cui ex testamento præstari debuerunt.

Dec. Non quælibet æstimatio facit emptionem, sed ea tantùm quæ fit animo contrahendæ emptionis, Ne alioqui factus operetur vltra intentionem agentis contra *l. non omnis 19. & praeced. infr. de reb. cred.* In proposita autem specie facta fuit æstimatio seruorum hereditariorum & per fideicommissum relictorum, non emendi animo sed diuidendi, vt in varia & inæquali seruorum æstimatione, æqualis tamen diuisio fieri posset, Nam & res sub condicione legatæ interim & pendente condicione veniunt in hoc iudicium quia interim sunt heredum pleno iure *l. & post litem 12. § res quæ, supr. hoc tit.* Ergo si interim moriantur hi serui æstimati, periculum erit aut heredis qui fuit grauatus si condicio defecerit aut fideicommissarij si condicio fideicommissi extiterit, Quemadmodum eueniret si æstimatio nulla facta esset. Sic & in *l. necessariò 8. vers. sicuti stipulationes & legata condicionalia permutantur, si pendente condicione res extincta sit infr. de peri. & commo. rei vendit.* Aliud ergo esset si facta æstimatio fuisset animo emedi siue rem ipsam siue spem & dubium euentum, vt Accursius noster notat ex *l. propter spem 23. sup. hoc tit.* Tunc enim omnimodo soluenda esset pecunia ei, cui fuisset promissa, sibique deberet ille imputare qui dubium hunc euentum tanti æstimasset.

35. IDEM lib. 12. Responsorum.

POmponius[a] Philadelphus, dotis causa prædia filiæ, quam habebat in potestate, tradidit: & reditus eorum genero solui mandauit. an ea præcipua filia retinere possit, cùm omnes filios heredes instituisset[b], quærebatur. iustam causam retinendæ possessionis habere filiam, quoniam pater prædia de quibus quærebatur, dotis esse voluit, & matrimonium post mortem quoque patris steterat respondi: filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, specie dotis, cuius capax fuisset, defendi.

Ad l. Pomponius Philadelphus 35.

a *Pomponius.* Ratio dubitandi. Non valet traditio facta per patrem filiæ in potestate patris constitutæ. Quia vinculum patriæ potestatis, quod efficit vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur, non patitur vt inter has personas obligatio aliqua contrahatur *l. Imperator 50. inf. ad SC. Treb. l. ne cum filiofamilias 16. infr. de furt.* Nec vt dominium à patre in filium aut filiam familias transferatur *l. 2. C. de inoff. donat. l. siue emancipati 17. C. de donat.* Nec magis ex causa dotis, quàm ex alia *l. cùm pater 77. § pater filiæ 17. infr. de leg. 2. l. donationes 31. § pater infr. de donat.* Ideoque nimirum quoties de dote prudentes tractant quæ vtiliter data & tradita sit nunquam ponunt eam datam & traditam filiæ, sed marito, & genero nomine filiæ, vnde illa statim nascitur quæstio an gener sit dominus dotis an filia, quæ absurda & ridicula esset quæstio, si traditio fieret filiæ non marito; Nam & contractus dotis ex eorum numero est qui re perficiuntur *l. 1. C. de dot. caut. non num.* Ergo si hæc filia cui pater dotem tradidit heres à patre instituta sit, cum fratribus, non debet officio arbitri familiæ erciscundæ præcipua retinere prædia, quæ pater dotis esse voluit, cùm dotis non sint nec esse potuerint, dote perperam & inutiliter filiæ tradita, Tradi namque genero necesse erat, non filiæ: Nec quod pater mandasset filiæ, vt eorum prædiorum fructus genero soluerentur, cõstitutionem dotis vtilem facere poterat, cùm traditione opus esset, non mandato ad dominium trãsferendum in maritum, Quo non translato quid aliud dici potest quàm mansisse illud penes patrem? Er consequenter defuncto patre diuidi ea prædia debere inter coheredes ex æquis portionibus, vt cæteras res omnes hereditarias, quæ in causa hereditatis manserunt? Nam & idem euenit in rebus omnibus peculiatibus quas filij viuo patre ex causa peculij profectitij possederunt, vt in *l. certi iuris 14. Cod. hoc tit.* quia scilicet peculium licèt fit & filij, magis tamen est patris *l. 3. § sed vtrum l. 27. in princip. sup. de minor.*

Dec. Filiusfamilias licèt sit incapax acquirendi à patre dominij etiam ex causa doris, Attamen capax est dotis constante matrimonio. Quamuis enim dos sit in bonis mariti *l. Lucius 21. § idem respondit constante matrimonio infr. ad municip.* est tamen mulieris *l. quamuis 75. inf. de iur. dot. l. si constante 24. §. si maritus inf. de solut. matr.* & ideò dicitur dotata vel indotata, quod vel habeat dotem vel non habeat *l. seruo aliᵩ*

no 69. §. si testator de legat. 1. l. 4. §. sed & si mulier 21. & seq. inf. de dol. mal. except. alioqui vix posset filiafamilias nubere si dotem habere non posset quam daret marito ad ferenda onera matrimonij *l. 2. infra de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod. l. 1. solut. matrim. l. interest 18. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 3. de priuileg. credit. l. 5. §. pen. de dol. mal except. l. si donaturus 9. §. 1. inf. de condict. caus. dat.* Igitur tametsi traditio prædiorum facta filiæfamilias à patre ex causa dotis non valuerit ad transferendum in eam dominium, sed tantùm ad transferendam naturalem & corporalem possessionem aut potiùs detentationem, quæ est facti meri, Cùm tamen matrimonium reuera constiterit, & post mortem quoque patris steterit, & consequenter eadem ratio subsit relinquendorum prædiorum penes filiam vt ea eorum reduibus quos pater genero solui mandauerat, possit gener ferre onera matrimonij, Consequens est vt officio arbitri familiæ erciscundæ eam dotem præcipuam filiæ seruari oporteat, perinde ac si genero traditio facta fuisset, quasi nihil intersit nec quantum ad effectum rei, Nec quantum ad voluntatem patris, quam etiamsi minùs legitima sit, conseruari tamen oportet *l. filij 16. l. si cogitatione 21. & l. vlt. C. hoc tit.* Atque ita benè & appositè ad propositam quæstionem respondet Papinianus non subdolè, vt post Azonem criminatur Accursius. Qui sanè huius legis sententiam non percepit, vt neque Bartolus & post eos cæteri qui sententiam Papiniani eam esse volunt, Vt speciali priuilegio dotis valeat donatio, possitque consistere obligatio ex causa dotis inter patrem & filium, quod falsissimum est, Quia ne possit inter huiusmodi personas contrahi non tantùm ciuilis constitutio, sed etiam rei natura est impedimento, vt ait *d. l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* Idque significat satis Papin. cùm ait filiam agros istos naturaliter tenuisse, id est de facto tantùm, non ciuili & iusta possessione quæ plurimùm iuris habeat vt ait *l. possessio 49. in princip. & § 1. inf. de acquir. possess. iunct. l. stipulatio ista 38. §. hi qui sunt inf. de verbor. oblig.* Idq; non quòd filia hæc de fructibus aleretur à viro, vt malè Accursius explicat, sed quoniam ipsi reuera essent tradita prædia, non genero cui tantùm reditus prædiorum solui pater per imperitiam iuris mandauerat, cùm ei tradere potiùs in dotem prædia debuisset, quo casu tam vxor quàm maritus eius fundi possessores intelligerentur, *l. pen. §. si fundus sup. qui satisd. cogant.* Saltem quantum ad edictum illud attinet in quo etiam is qui solam proprietatem habet ac nudam, possessor tamen intelligitur *d. l. pen. §. 1.* vt nimirum non teneatur satisdare. Nam extra eam causam vix est vt vxor fundum dotalem possidere videri possit. Neque verò in tota lege verbum vllum de donatione, sed tantùm de traditione facta ex causa dotis quæ traditio in patre non potest censeri donatio, cùm pater ex officio filiam dotare teneatur *l. cap. 19. inf. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.* quamuis in extraneo possit donatio videri quantum ad filiam, non quantum ad maritum qui semper dotem habet ex causa onerosa *l. vlt. §. 1. inf. quæ in fraud. l. ex promissione 19. de oblig. & act.* Nec rursus, ait Papinianus defendi filiam fauore dotis, vt putat Accursius sed specie, id est prætextu dotis cuius capax illa fuisset non etiam acquirendi à patre dominij ne quidem ex causa dotis. De huius legis sententia scripsi latissimè *lib. 7. Coniect. cap. 17.* vbi plura vide.

b *Cùm omnes filios heredes instituisset.* Ergo testamentum pater fecerat: quo casu nullus olim collationi locus erat, nec magis dotis quàm cæterarum rerum *l. 1. & l. filiam 7. & pass. C. de collat. l. Theopompus 14. de dot. præleg.* Cur enim hic tam curiosè inquirit Papinianus an prædia, quæ pater dotis esse voluerat, filia debeat habere præcipua? Nimirum quia tunc præcipua dos debet esse facto testamento, cùm ea ritè ac rectè constituta est. In proposito autem inutiliter & perperam fuerat constituta, vt diximus. Hodie aliud esset post Iustiniani constitutionem quæ induxit, vt etiam ex testamento collationem fieri oporteat *Auth. ex testamento. C. de collat.* Nec minus dotis etiam iure constitutæ quàm aliarum rerum extra dotem relictarum.

36. PAVLVS lib. 2. Quæstionum.

CVm putarem[a] te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ iudicio, & à iudice inuicem adiudicationes, & condemnationes factæ sunt. Quæro, rei veritate cognita, vtrùm condictio inuicem competat, an vindicatio: & an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est. Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cùm putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ iudicium, & condemnationibus factis soluerit pecuniam, quoniam ex causa iudicati soluit, repetere non potest. Sed tu videris eo moueri, quòd non est iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes acceptũ, sed, quamuis non sit iudicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quòd si neuter eorum heres fuit, sed quasi heredes essent, acceperint familiæ erciscundæ iudicium: de repetitione idem in vtrisque dicendum est, quòd diximus in altero. Planè si sine iudice diuiserint res: etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem coheredem esse putauit, qui fuit heres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cùm ille coheredem esse putauerit.

Ad l. Cùm putarem 36.

a *Cùm putarem.* Vtraque ratio & dubitandi & decidendi expressa est in textu. Dub. Non est iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes acceptum sit *l. 1. §. vlt. supra.* Atqui nemo ex opinione sua vel aliena fit coheres, sed tantùm per agnitionem hereditatis quæ verè sit delata *l. illud 77. & pass. infra de acq. hered. l. delata 151. de verb. signific.* Inutile igitur est iudicium familiæ erciscundæ cum falso licet opinato coherede acceptum, & consequenter

non·

non possunt adiudicationes & condemnationes in eo redditæ vim vllam habere, prius enim est vt iudicium subsistat, quàm vt quod in eo iudicatum est effectum habeat *l. 4. §. Condemnatum inf. de re iudic.* Ergo soluti repetitio & condictio danda erit, adeoque vindicatio, quasi non translato dominio pecuniæ solutæ, Nec enim nuda traditio dominium vnquam transfert, sed ea demum quæ pro causa habet iustũ titulum præcedentem *l. nunquam nuda 31. de acq. rer. dom.* qui porrò hic nullus est, Nec iudicio, nec iudicato subsistente.

Dec. Quod ex causa iudicati solutum est repeti non potest propter authoritatem rei iudicatæ *l. si fideiussor 29. §. in omnibus inf mandat.* Nisi in casu *l. si sponsus 5. §. si vxor de donat. int. vir. & vxor.* & quamuis iudicatum non teneat, quod euenit quoties quis non ritè condemnatus est, *dict. §. condemnatum,* attamen ad impediendam repetitionem sufficit quod quis se putet condemnatum ritè, licèt minùs ritè condemnatus sit: sublata enim falsa opinione coheredis, superest causa iudicati quæ impedit repetitionem, arg. *l. cùm in 32. §. mulier inf. de condict. indeb.* Multò magis vindicationem, nam & iudicati causa titulus est habilis ad transferendum dominium secuta traditione, quæ per dominum facta sit, Nimirum propter authoritatem, vt dixi, rerum iudicatarum, quas effectum sortiri publicè interest, tùm quoque cùm per errorem, aut per sordes, aut per gratiam iudicatum est *l. seruo inuito 65. §. tùm prætor D. ad S.C. Trebell.* Quare non est quod quis obüciat ex *l. si & me 32. in fin. inf. de reb. credit.* id quod ex meo ad te sine causa peruenit id mihi à te restitui æquum esse. Non enim sine causa penes quem esse videtur quod est ex causa iudicati. Non idem est è contrario si verus debitor absolutus sit per sententiam. Si enim soluat, nihilomagis repetet, quia remanet obligatio naturalis, nec per sententiam tollitur *l. Iulianus verum debitorem 60. inf. de condict. indeb.* Non ergo facit præsentia arbitri vt impediatur repetitio sed authoritas tantùm rei iudicatæ. Proinde si facta sit diuisio sine arbitro & iudice familiæ erciscundæ, non cessat condictio vt apparet ex fine huius legis & ex *l. si post diuisionem 4. C. de iur. & fact. ignor.* Planè si neque sententia lata sit, neque solutio secuta nil oberit quod quis per errorem alium esse sibi coheredem dixerit, nec si per scripturam & epistolam id professus sit *l. epistola 52. in princ. supra de pact.* Non idem est si in diuisione facta inter coheredes omissa sit collatio, Potest enim semper condici siue per arbitrum facta sit diuisio siue absque arbitro *l. si soror 8. C. de collat.* Nihil enim eo fit contra rei iudicatæ authoritatem.

b *Planè si sine iudice.* Ratio dubitandi. Etiam cum sine iudice fit diuisio tanquam inter coheredes & alter alteri aliquid præstat, transactum inter eos de hereditate intelligitur, quasi tanti æstimauerint re carere, ne propter eam litigarent, arg. *l. 4. §. 1. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Ergo quod ex causa solutum est non potest repeti, tanquam solutum ex causa transactionis, quæ non minorem vim habet quàm res iudicata *l. minorem 20. C. de transact.* præsertim ad impediendam repetitionem *l. in summa 65. §. 1. inf. de condict. indeb.*

Dec. Non potest videri transegisse qui diuisit hereditatem cum falso coherede quem per errorem facti putabat suum coheredem. Nullus enim errantis consensus est *l. si per errorem 15. sup. de iurisd. l. 2 in princ. sup. de iudic. l. sed hoc ita 20. in fin de aqua & aquæ pluu. arc.* Et qui per errorem & ignorantiam propriam & per fallaciam alterius transigit non tam paciscitur quàm decipitur *l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam sup. de transact. l. si cùm te 51. §. 1. & d. l. epistola 52. sup. de pact.*

c *Condictionem earum rerum.* Ratio dubitandi. Nemo rem suam condicit nisi à fure *l. vlt. supr. vsufruct. quem caueat.* Vindicatio enim domino competit, non condictio *l. in rem 23. & pass. sup. de rei vindic. §. sic itaque instit. de act.* Atqui heres qui in alium quasi coheredem qui tamen coheres non erat transtulit partem rerum hereditariarum per diuisionem factam sine iudice, non tamen transtulit dominium, quia nemo ignorans aut errans rem suam amittit, præsertim quem tradat quasi quæ iam sit accipientis, vt tractat hîc Accursius ex *l. Aedi 3. §. si quis quasi statuliber inf. de condict. caus. dat.* Atque ita concludit hîc Accursius condictionem indebiti dandam heredi pro ea parte quam in alium transferre voluit, & transtulit, Pro alia verò dimidia quam putabat esse iam alterius dari condictionem respectu possessionis tantùm non etiam dominij, Pro dominio autem dari vindicationem, cùm non fuerit translatum, nec teneatur vindicis de euictione alioqui, non esset ei permittendum vindicare *l. vindicantem 17. inf. de euict.*

Dec. Ad dominium transferendum sufficit factam esse traditionem à vero domino animo transferendi dominij ex causa quæ per se sit habilis ad transferendum dominium, id est, quæ si esset vera, foret iusta, licèt sit falsa, & vt nostri loquuntur, putatiua *l. nunquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* Vnde & ad vsucapionem videbatur quibusdam sufficere titulum putatium, quod tamen non ita est *l. Celsus 27. inf. de vsucap.* Atqui titulus adiudicationis in iudicio familiæ erciscundæ iustus est ad transferendum dominium etiam sine traditione inter veros coheredes. Ergo & inter eos qui putabantur coheredes idem poterit traditio facta diuisis sine iudice rebus hereditariis cùm fiat animo transferendi dominij & ab eo qui in qualibet vel minima parte glebæ partem dominij habeat *l. illud 46. de rit. nup. l. serui electione 5. §. 1. & 2. de leg. 1. l. Maeuius 66. §. duorum de leg. 2.* Nulla ergo competere hoc casu potest vindicatio, sed condictio nec possessionis dumtaxat, sed etiam dominij, quoniam qui alij tradidit tanquam coheredi, nullam partem adeò credidit esse accipientis, vt non etiam suam esse crediderit. Ideóque cogitauit de transferendo in totum dominio, ac proinde in totum transtulit.

37. SCÆVOLA libro 12. Quæstionum.

QVi familiæ [a] erciscundæ iudicio agit, non confitetur aduersarium sibi esse coheredem.

Ad l. Qui familiæ 37.

a *Qui familiæ.* Ratio dubitandi. Qui vult consequens, vult etiam necessarium antecedens *l. ad rem mobilem 56. l. ad legatũ 62. sup. de procur. l. 2. sup. de iurisd.*

atqui non potest accipi iudicium familiæ erciscundæ nisi inter coheredes *l.1. §.vlt. & l.prox.sup.* Ergo quisquis agit cum alio familiæ erciscundæ fatetur eum coheredem.

Dec. Non fatetur qui errat nisi ius ignorauit *l.2. inf. de confess. l. epistola 52. sup. de pact.* quia confitentis voluntas aliqua esse debet quæ nulla est errantis *l. sed hoc ita 20. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.* Nec rursus pendet ex vnius voluntate vt alium habeat coheredem, lex enim illa est quæ heredem & coheredem facit *l. filiusfamilias 18. inf. ad leg. falcid.* non hominis confessio, Nam nec confessiones etiam in iure factæ aliter ratæ sunt quàm si & ius & naturā recipiant *l. confessionibus 13. in princip. & l. 14 in fin. inf. de interrog. in iur. faciend. l. vlt. ff. quod fals. tut. auth. gest. sit.* Ius autem non admittit vt quisquam heres sit cui delata non fuerit hereditas *l.1. 2. & 3. sup. De pet. hered. l. non epistolis 13. C. de probat.* Benè igitur hæc lex habet negationem, quæ si sublata esset ex basilicis, falsa remaneret ex iuris ratione legis sententia, Nam qui agit familiæ erciscundæ non tam fatetur quàm supponit aduersarium esse coheredem: quæ suppositio cùm erronea est errore facti non potest inducere confessionem *l.2. inf. de confess.*

38. PAVLVS libro 3. ad Edictum.

LVcius [a] & Titia fratres emancipati à patre, adulti curatores acceperunt. hi communes pecunias ex reditibus redactas singulis subministrauerunt: postea omne patrimonium diuiserunt, & post diuisionem Titia soror Lucio fratri suo cœpit quæstionem mouere, quasi ampliùs accepisset, quàm ipsa acceperat: cùm Lucius frater eius non ampliùs sua portione, immo minus, quàm dimidiam, consecutus sit. Quæro, an Titiæ competat aduersus fratrem actio. Paulus respondit, secundum ea, quæ proponuntur, si Lucius non ampliùs ex reditu prædiorum communium accepit, quàm pro hereditaria portione ei competeret, nullam sorori eius aduersus eum competere actionem. Idem respondit [b]: cùm ex decretis alimentis à prætore ampliùs fratrem accepisse diceretur, quàm sororem: non tamen vltra partem dimidiam.

Ad l. Lucius 38.

a *Lucius.* Ratio dubitandi. Inter fratres qui pro æquis portionibus sunt heredes, similiter pro æquis partibus diuisio fieri debet, non minùs redituum, quàm rerum hereditariarum *l. inter filios 11. C. hoc tit.* Nec permittendum est vt plus ex hereditate aut ex reditibus rerum hereditariarum vnus quàm alter ferat ne fiat contra voluntatem patris, quam tum quoque, cùm minus legitima est, subsequi & Iudex familiæ erciscundæ & prætor ipse debet *l. filij 16. l. si cogitatione 21. l. vlt. eod. tit. l. pater 10 §.1. de capt. & postlim.* Quantò magis vt seruetur inter filios æqualitas quæ omnium fauorabilissima est *l. vt liberis 17. l. penult. §.1. C. de collat.* Ergo danda est actio familiæ erciscundæ sorori contra fratrem, si plus ille ex reditibus, quàm soror acceperit quamuis non amplius sua parte dimidia imò minus si voles frater consecutus sit.

Dec. Nullam iniuriam sorori frater fecit qui plus accepit pro sua parte hereditaria dum ne quid supra portionem suam hereditariam: Non enim quid aut quãtum soror non habeat inspiciendum est, sed quid & quantum frater habeat & habere debuerit, vt in simili argumentatur Papin. in *l.3. in fin. ff. de pignor.* Quid enim potest imputari fratri qui fuit diligentior? Imò sibi imputet soror quæ ad partem suam accipiendam fuit negligentior, nec in eam rem obseruauit opportunitatem temporum quam frater obseruauit, Nec enim quod frater pro sua parte accepit commune factum videri potest *l. vlt.* vbi est textus elegans *Cod. deposit.* & notissimum est posse quemlibet vigilãdo facere condicionem suam meliorem ad suum consequẽdum licèt alius ex eo damnum sensurus sit *l. pupillus 24. inf. quæ in fraud. credit.* Nec pugnat cum hac sententia quod scriptum est in *l. item Labeo 22. supra hoc tit.* vt ad eum locum scripsimus.

b *Idem respondit.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quę ad sententiam præcedentem. Nihil enim refert an à prætore qui plerunq; adeundus est, cùm de alimentis decernendis agitur *l. vlt. C. de alim. præst.* an à curatoribus adulti diuisio redituum facta sit. Ideò autem de sola redituum diuisione hæc lex loquitur, non etiam prædiorum quæ præsupponit manere communia, quia inter minores diuisio proprietatis nisi ex decreto prætoris fieri non potest cùm alienationem contineat, Nisi à maiore aliquo prouocentur qui in communione inuitus stare non cogatur *l. si pupillorum 7. inf. de reb. eor. qui sub tutel.* diuisio enim prædiorum vicem emptionis obtinet *l.1. C. comm. vtr. iudic.*

39. SCÆVOLA libro 1. Responsorum.

EX parte [a] heres institutus, causam de totis bonis quam omnes heredes patiebantur ob inultam mortem, suscepit, & obtinuit coheres ab eo partem quam petebat, nec partem sumptuum factorum in litem præstare volebat. Quæsitum est, an doli exceptio noceret. Respondi, si idcirco ampliùs erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset, habendam rationem sumptuum [b]. Sed, & si omiserit [c] doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumptuum.

Ad l. Ex parte 39.

a *Ex parte.* Ratio dubitandi. In communi hereditate sumptus ab vno ex heredibus bona fide facti ab altero repetuntur actione familiæ erciscundæ vel

dæ vel communi diuidundo *l. filiæ 18. in fin. C. hoc tit.* Ne scilicet ex iactura eius qui bona fide sumptus fecit alius locupletetur, cui prodest victoria coheredis, quæ sine sumptibus parari non potuit *l. nam hoc natura 14. infr. de cond. indeb. l. minoribus 6. sup. de minor. l. 1. sup. de inoff. test.* Atqui cùm vnus ex coheredibus causam de totis bonis defendit quam coheredes omnes ob iniustam mortem testatoris à fisco patiebantur, & aduersus fiscum obtinuit, verum est totius hereditatis negotium ab eo vtiliter gestum esse indistinctè, siue ideirco amplius erogatum esset, quod coheredis quoque causa defensa esset, siue non: Ergo indistinctè dicendum est dandam coheredi aduersus coheredem sumptuum repetitionem, adeóq; doli exceptionem si coheres partem hereditatis petat, nec partem sumptuum offerat.

Dec. Quod à coherede propter coheredis portionem erogatum est, id demum in hanc actionem venit aut in actionem communi diuidundo, & ita debet accipi, quod scriptum est in *d. l. filiæ 18. in fin.* Sed si coheres qui de totis bonis litem aduersus fiscum sustinuit, non plus ex ea causa impenderit quàm si partem suam solam defendisset, nihil eius interest, cùm tantundem fuerit impensurus etiamsi partem coheredis defendere noluisset, nec quod eius victoria prosit etiam coheredi potest conditionem coheredis duriorem facere, cùm id non contingat nisi per consequentias, quæ attendi non solent *l. t. l. quod dicitur 7. inf. de cauth. int.* Nunquam enim aut actio aut exceptio ei danda est, cuius nihil interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. ille à quo 3. §. si de testamento ad SC. Trebell.* nec ei, qui de suo tantùm negotio gerendo cogitauit, non de alieno, & de se tantùm liberando non de alio obligando *l. in hoc iudicium 14. l. si quis cum 29. inf. tit. 1.* Pontinus autem coheredem qui de totis bonis causam egit obtinuisse, quia si succubuisset aliud probandum esset, vt benè Accursius notat ex *l. iam tamen 5. §. quid tamen inf. iud. solui.* Et in solo procuratore mandatum habente id obtinet, vt etiamsi contrariam sententiam reportauerit, si tamen nihil eius culpa factum sit, sumptus quos in litem probabili ratione fecerit, contraria mandati actione petere possit *l. etiamsi contrariam 4. C. mand.* Quamuis tentari non malè possit etiā in negotiorum gestore idem iuris esse si ab initio cœpit vtiliter negotium gerere licèt malum euentum res habuerit *l. sed an vltro 10. §. 1. sup. de neg. gest.* sed coheres hic non est neque procuratori neq; negotiorum gestori benè comparabitur. lunge *l. liberto 31. aliàs l. qui aliena §. vlt. iunct. l. si quis aliena 25. supr. de neg. gest. l. cùm duobus 52. §. quidam sagariam inf. pro socio.*

b . *Habendam rationem sumptuum.* Scilicet per oppositam doli exceptionē quæ olim necessaria erat in omnib. actionibus arbitrariis *l. Papinianus 14. supr. de public. in rem act.* Non minùs quàm in strictis. Solis enim iudiciis bonæ fidei exceptiones doli & pacti inerant ipso iure *l. huiusmodi 84. §. qui seruū inf. de legat. 1. l. 3. de rescind. vendit. l. sed si ideò 21. solut. matr.* Erant autem arbitrariæ omnes in rē actiones, & consequēter petitio hereditatis, licèt multas habeat præstationes personales quæ ex bono & æquo proficiscūtur *l. sed etsi 25. § antep. sup. de pet. hered.* propter quas iā olim pleriq; petitionem hereditatis inter actiones bonæ fidei enumerabant quod à Iustiniano tandē certius constitutum est in *l. vlt. in fi. C. eod. §. actionum 25. Inst. de act. l. Seia 42. inf. de mort. caus. dona.* Hodie igitur exceptio doli non esset necessaria si quis veterum formularum vsus superesset, qui tamen sublatus est per *l. 1. & 2. C. de form. & impetr. act. sublat.*

c . *Sed & si omiserit.* Ratio dubitandi. Imputandum est ei qui omisit exceptionē quam obiicere potuit & debuit *d. l. Papinianus 14. in fi. sup. de public. in rem act.* quasi donasse videatur *l. si sponsus 5. §. si vxor inf. de don. int. vir. & vxor.* Saltem si eam sciens omiserit, arg. *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* Nulla ergo ei danda actio est, ad indemnitatem consequendam, quasi nec damnum vllum sentire videatur, quod ex culpa sua sentit *l. quod quis 203. eod. l. si in area 53. inf. de cond. indeb. l. heres 21. inf. ad SC. Trebell.*

Dec. Nihil vetat eiusdem rei nomine & actionē & exceptionem competere *l. 1. §. si autē inf. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur.* Nō ergo si quis exceptionē omiserit statim dicendus est, Omne ius suum donasse & remisisse videri, ne tùm quidē, cùm sciuit quando videri possit ita fecisse quod sciret actionē suā vtiq; durare, arg. *l. sicut 8. § nō videtur inf. quib. mod. pign. vel hypoth. tacit. solut.* Maximè verò in doli exceptione hoc obtinet, quæ perpetua est *l. 5. §. vlt. de dol. mal. except.* ne sc. impunitus dolus remaneat quod nunquam permitti debet *l. procurator 11. §. 1. eod. tit.*

2 ¶ Intestatò moriens, codicillis prædia sua omnia, & patrimonium inter liberos diuisit: ita vt longè amplius filio, quàm filiæ relinqueret. Quæsitum est an soror fratri dotem conferre deberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, si nihil indiuisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.

Ad §. Intestatò.

a *Intestatò.* Ratio dubitandi. Ab intestato dotis collatio fieri debet sicut & cæterarum rerum quas à patre liberi acceperint *l. 1. & tot. tit. inf. de dot. collat. l. filiæ 4. & seq. l. filiam 7. & l. filiam [illegible] fratribus 18. & pass. C. de collat.* Nec enim præcipuam dotem habere filia debet, nisi pater aut testatus decesserit: (Nam ex testamento [illegible] olim dotis collatio, hodie non aliter quàm si idipsum expressum *l. 1. Auth. ex testamento eod. tit.*) aut in codicillis ab intestato factis eam voluntatem pater declarauerit *l. [illegible] 10. eod. tit.* Atqui in proposita specie nihil tale pater præcepit, qui intestatò moriens codicillis suis patrimonium inter liberos suos totum diuisit; nec de conferenda vel non conferenda dote quicquam cauit, seruāda igitur est edicti perpetui forma, vt filia quæ ab intestato succedere vult, pro sua parte hereditaria pariter dotem fratri conferre cogatur.

Dec. Collationis necessitas sicuti à Prætore inducta est, ex tacita patris voluntate, ita & contraria eiusdem patris voluntate etiam tacita remitti facilè potest; Adeoque quocunque voluntatis indicio, vt de cautione legatorum nomine præstanda scriptum est in *l. [illegible] 77. §. vlt. de condic. & demonstr.* Videtur autem non obscura voluntas patris prædia sua omnia & totum patrimonium inter liberos diuidentis, si nihil indiuisum reliquerit, & filio amplius quàm filiæ dederit. Vtrumque enim concurrere necesse est, quasi testator in compensationem dotis, quàm filiæ dederat, plus filio relinque-

ac hereditarium onus est, si pater aut pro filio in patria sua magistratu functus sit, Quod facere cogitur si nolit consentire vt filius nominatus magistratum gerat; siue filio magistratum mituro consentiat: habetur etiam pro fideiussore, teneturque insolidum *l. 2. inf. ad municip. l. si filiusfamilias 7. de admin. rer. ad ciuit. pertin.* Aliud esset si pater ante mortem professus esset pro alio filio qui post mortem patris obstrictus reipublicæ esse cœpisset, vt in *l. si filia 20. §. Neratius supr. hoc tit.* vbi dixi.

4 ¶Duos filios [a] scripsit heredes, & certos homines vnicuique eorum prælegauit, in quibus vni Stephanum cum peculio. is viuo testatore manumissus decessit, deinde pater. Quæsitum est, an id, quod in peculio habuit Stephanus priùs quàm manumitteretur, ad vtrosque filios pertineat, an verò ad eum solum, qui cum peculio prælegatus fuerat. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur ad vtrosque.

Ad §. 4. Duos filios.

a *Duos filios.* Ratio dubitandi. Pater qui duos filios heredes scripsit & vni ex filiis prælegauit seruum Stephanum cum peculio, iure extuit voluntate vt filius ille haberet ex prælegato non modò Stephanum, sed etiam Stephani peculium. Ergo quamuis ea voluntas mutata videri possit, quantum ad Stephanum quia à patre posteà fuit manumissus, videtur tamen durare quantum ad peculium Stephani. Proinde quod in peculio habuit Stephanus prius quàm manumitteretur ad filium pertinere debet, Qui prælegatum meruit. Nec vllam patri mutandę voluntatis causam dedit, Ne alioqui beneficium quod seruo manumisso collatum est, sit iniuriosum filio, & damnosum.

Dec. Quoties seruus alicui legatur cum peculio, Non sunt duo legata, vnum serui, alterum peculij: sed vnum duntaxat scilicet serui. Peculium enim nihil nisi accessio quædam est quæ subsistere non potest si legatum principale extinctum sit, Quod contingit siue manumisso seruo à testatore siue mortuo eo ante testatorem *l. 1. 2. & 3 l. tunc inutile 12. inf. de pecul. legat. § si seruus Instit. de legat.* Ergo si manumissus sit à patre Stephanus, peculium non nisi ad vtrosque pertinere potest, quasi nunquam alteri legatum. Nihil enim refert an nunquam legatum sit, an verò legatum aliquo modo extinctum sit, ita vt eius dies nunquam vtiliter cesserit.

5 Pater [a] in filios diuisit bona [b]: & eam diuisionem testamento confirmauit: & cauit [c], vt æs alienum, quod vnusquisque eorum haberet, siue habebit, solus sustineret: postea vnus ex filiis cùm pecunia mutuaretur, interuenit pater: eiusque consensu prædia, quæ filio adsignauerat, pignori data sunt, post mortem patris eadem prędia idem filius possedit, vsuras soluit. Quæro, an familiæ erciscundæ iudicio, si prædia pignori data distrahat creditor, aliquid ei à coherede præstandum sit. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non esse præstandum.

Ad §. 5. Pater.

a *Pater.* Ratio dubitandi. Pater interueniens pro debito filij & consensum præstando, vt idem fundus quem per diuisionem in testamento factam ei filio reliquerat pro debito illo esset obligatus, videtur fecisse suum debitum, quod erat filij, & consequẽter post ipsius mortem videtur esse debitum hereditarium. Ergo ab vtroque filio soluendum sicut in specie §. præced. Censetur debitum paternũ & hereditarium quod pater in se suscepit pro filio & tanquam fideiussor filij. Quid enim refert an pro filio fideiusserit, an pro eo pignus dederit, aut pignus danti consenserit?

Dec. Qui fideiubet pro alio, debitorem se constituit non etiam qui pro alio pignus dedit, aut qui danti consensit. Adeò vt neque tale pignus possit dici hereditarium, Quia pignus nihil nisi rem obligat, fideiussio autem personam. Quamuis obligatio fideiussoris perinde sit accessoria atque obligatio pignoris, Tantò magis in proposita specie, quod post mortem patris hic filius eadem prædia sibi à patre assignata & pignori data possedisse proponitur & vsuras soluisse. Quo facto debitum tanquam suum agnouisse videbatur, Item quia pater in testamento cauerat, vt vnusquisque filiorum æs alienum quod haberet vel habiturus esset, solus sustineret. Nec facilè credendus erat mutasse voluntatem sine causa *l. cum qui voluntatem 22. inf. de probat. l. si quis in princ. 22. de leg. 3.*

b *Diuisit bona.* Scilicet inter viuos, quæ tamen diuisio nullam obligationem parere potest inter patrem & liberos propter vinculum patrię potestatis *l. Imperator 50. inf. ad SC. Trebell. l. 1. C. de inoff. donat. l. si non emancipati 17. C. de donat.* Et ideò habetur tantùm pro supremi iudicij destinatione *l. si filia 20. §. si pater supr. hoc tit.* Itaque benè sequitur *& eam diuisionem testamento confirmauit*, vt & in *l. cùm pater 77. §. pater filiæ 27. inf. de legat. 2.*

c *Et cauit.* Erat hæc adiectio necessaria: Alioqui pater interueniendo cum filio & consentiẽdo, pignori hereditarium pignus constituisset, licèt non idcirco fecisset debitum hereditarium. Sufficeret autem pignus esse hereditarium, vt eo per creditorẽ distracto coheres coheredi indemnitatem præstare teneretur. Præsertim facta per patrem diuisione & assignatione bonorum suorum omnium inter filios, si non testator ad personas filiorum potiùs quàm ad causam pignoris debiti nomen retulisset, adiiciendo & cauendo expressim, vt vnus quisque filiorum subiret onus soluendi æris alieni *quod habet siue habebit*, Adiecto etiam hoc verbo futuri temporis vt debita quę post diuisionem contracta esse contingeret, ea dispositione comprehendi possent quæ alioqui non comprehenderentur *l. si stipulatus fuerim 76. §. 1. leg. si à colono 89. l. cùm stipulamur 125. De verb. oblig.* Non valde dissimile est, quod Vlpianus scribit in *l. sed etsi 25. §. simili modo 13. & seq. sup. de petit. hered.* bonæ fidei possessorem hereditatis si pecuniam mutuam acceperit, & rem hereditariam pignori dederit, non ideò videri attigisse hereditatem neque ex ea quicquam diminuisse cùm sit ipse obligatus.

40. Gaius libro 2. Fideicommissorum.

Si ex asse [a] heres institutus, rogatus sit mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, vtile familiæ erciscundę iudicium rectè inter nos agetur.

Ad l. Si ex asse 40.

a *Si ex asse.* Ratio dubitandi. Fideicommissarius etiam postquam ei restituta est ex testamento hereditas, non ideò tantùm heres est, sed tantùm heredis loco *l. 1. & 2. & pass. infr. ad SC. Trebell. §. restituta instit. de fideic. hered.* Atqui iudicium familiæ erciscundæ non nisi inter coheredes datur *l. 1. §. vlt. cùm putarem 36. sup. eod.*

Dec. Hęc nimirum ratio est propter quam inter heredem & fideicommissarium cui pars aliqua hereditatis ex SC. Trebel. restituta est, iudicium directum familię erciscundę habere locum non potest, sed vtile tamen potest, quia fideicommissarius cui pars hereditatis restituta fuit ex SC. Trebelliano heredis loco est, vt modò dixi, & ad *l. 2. §. 1. & l. sed eius rei 24. §. 1. sup. l. Ita tamen 27. §. si ex Trebelliano vers. Marcellus inf. ad SC. Treb.* vbi quod simpliciter dicitur dari iudicium familię erciscundę inter heredem & fideicommissarium partis hereditatis non de directo intelligendum esse, sed de vtili duntaxat, hæc lex ostendit. Aliud esset restituta parte hereditatis ex Pegasiano si ius Pandectarũ inspicias, quia cùm eo casu non transferentur actiones in fideicõmissarium, ideóq; necessariæ essent stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, vt Iustin. scribit in *§. sed quia de fideic. hered.* Non poterat fideicommissarius esse loco heredis, cùm emptoris potiùs verè censeretur, qui licèt exemplo fideicommissarij vtiles habeat actiones contra debitores hereditarios, Neuter verò directas, vicissim tamen conueniri à creditoribus hereditarijs non potest *l. 2. Cod. de hered. vel act. vend.* Nec exceptione vlla eo casu restitutę hereditatis adiuuari aut summoueri heres potest qui hereditatem aut vẽdidit aut ex Pegasiano restituit quomodo potest heres, qui post restitutionem ex Trebelliano factam aut agit aut conuenit *d. l. Ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad Trebell.* Itaque inter heredem & fideicommissarium Pegasianum, neque directo neque vtili iudicio familię erciscundę locus esse potest.

41. Paulus lib. 1. Decretorum.

Quædam mulier [a] ab iudice appellauerat, quod diceret eum, de diuidenda hereditate inter se, & coheredem, non tantùm res, sed & libertos diuisisse, & alimenta, quæ dari testator certis liberis iussisset: nullo enim iure id eum fecisse. Ex diuerso respondebatur, consensisse eos diuisioni: & multis annis alimentá secundùm diuisionem præstitisse. Placuit, standum esse alimentorum præstationi. sed & illud adiecit, nullam esse libertorum diuisionem.

Ad l. Quadam mulier 41.

a *Quadam mulier.* Mulieris nomen refertur in *l. vlt. infr. de iur. patron.* vbi eadem facti species ex eiusdem Pauli decretorum lib. 1. refertur. Ratio dubitandi. Res omnes præter nomina veniunt in hoc iudicium *l. 4. supr.* Quidni etiam liberti & quæ iis præstanda sunt alimenta?

Dec. Res quidem omnes veniunt in hoc iudicium, sed non personę liberę, quia nec in dominio nec in commercio nostro esse possunt: In quo numero libertos esse, cùm sint liberi nemo ambigit, Quemadmodum autem libertorum diuisio fieri per iudicium familiæ erciscundæ non potest, Ita nec alimentorum, quorum scilicet causa personis adeò cohæret, vt ab iis separari non possint. Nec obstat quod sumptum est in *d. l. vlt.* Alimentorum diuisionem à iudice inter coheredes factam eodẽ modo ratam esse. Apparet enim textum illum mẽdosum esse & addita negatione sic legendum *nec ratam esse*, vt apertè ostendunt verba illa *Eodem modo.* Dixerat enim libertorum diuisionem non valere. Sed fefellit interpretem vt negationem illam tolleret hic locus. In quo tamen non dicitur standum esse diuisioni alimentorum, sed præstationi: quia scilicet per multos annos præstita fuerant à coheredibus inter quos proinde videbatur mutuũ pactum de alimentis præstandis intercessisse, vt in *l. 2. Cod. Comm. vtr. iudic. l. cùm de in rem vers. 6. de vsur. infr.* Idq; euidentiùs constat ex eo quòd in hac lege dicitur, *Nullo enim iure id eum fecisse.* Quæ verba non minùs alimentorum, quàm libertorum diuisionem complectuntur, cùm de vtraque in præcedentibus dictum esset, Item quod subijcitur *Ex diuerso autem respondebatur consensisse eos diuisioni ex multis annis alimenta secundum diuisionem præstitisse.* Nec proinde in dubium reuocabant quia ea diuisio ipso iure non valeret. Quod autem hic sequitur, *sed & illud adiecit,* scilicet Imperator *nullam esse libertorum diuisionem.* Non ita debet accipi quasi Imperator senserit valere tamen alimentorum diuisionem, sed hîc potiùs vt quamuis secuta per multos annos præstatio alimentorum heredes obliget vt ei stare cogantur, Non ideò tamen cogantur stare diuisioni libertorum, quippe quæ adeò nulla sit ipso iure vt neque per continuatam multis annis præstationem confirmari potuerit. Nimirum diuisio libertorum durior est, & ex quasi valeret, dominium libertorum transferri necesse esset, quod impossibile est cùm nec in dominio nostro sint, nec in bonis, vt dixi. Adeò vt non credatur factus locupletior qui libertum adquisiit *l. nemo prædo est 126. §. 1. De regul. iur.* Ex quo etiam intelligimus quàm imperitè faciant qui dubitandi causam ad hanc legẽ ex eo sumũt, quod sententia non possit pro parte valere & pro parte non valere *l. in hoc iudicio 17. sup.* Vnde & Bartolus hîc notat, Causam nullitatis pertinere ad Iudicem qui sententiam pro parte confirmare possit, & pro parte nullam pronunciare. Nam & in hac specie nulla ex parte valet, nisi quantum ad cæteras res quæ erant in patrimonio defuncti, & quatum ratione nec dubitabatur an sententia valeret, quãuis ex noua causa quę superuenit, pręstationis alimentorũ per multos annos cõtinuatę, confirmata sit, & confirmari potuerit, quantũ ad alimẽta, quomodo potest quælibet sententia diffinitiua ex nouis actis cõfirmari, vt pragmatici loquũtur, etsi nec nouũ est vt sen-

vt sententia quæ pluta capita continet nullo connexitatis vinculo colligata pro quibusdam valeat pro aliis non valeat, vt diximus in d.l.27. *in hoc iudicio.* *Ex Letiam* 29.§.1.*supr. De minor.* Nec superioribus contrarium est quod Vlp. scribit in *l.3. inf de alim.& cibar.legat.* Solere iudices ex causa alimentorum libertos diuidere, quoties plures sunt heredes, Ne à singulis heredibus minutatim alimenta petentes distribuantur, Eamq; diuisionem perinde tueri oportere atque si pater familias ipse libertos diuisisset. Nam præter id quod accipi is locus deber de diuisione quæ facta sit non tam libertorum, quàm alimentorum libertis præstandorum & propter ipsorum libertorum vtilitatem *l. cùm hi* 8. §. *in causa sup.de transact.l.potest autem* 17.*de legat.*1. Obseruãdum etiam est non de arbitrio familiæ erciscundę intelligi locum illum debere quasi possit ipse libertos diuidere, quod euidenter eum hac lege pugnaret, & cum *d.l.vlt.inf.de iur.patron.* Sed de iudicibus, vt ibi Vlpianus loquitur, iis scilicet quos Vlpianus maiores appellat in *l. non distinguemus* 32. §. *de liberali sup.de recept.qui arbitr.recep.* Quales sunt non pedanei iudices aut arbitri, sed Consules & Prætores in vrbe & Præsides in prouinciis. Adeò vt nec Prætoribus id concessum fuisse videatur, sed tantùm Cõsulibus, de quibus solus loquitur rescriptum Diui Pij ab Vlpiano relatum in *d.l.3.§.vlt.* Non enim ad Consules recurrebatur nisi mandãtibus ita Imperatoribus, & cùm alioqui manca erat iurisdictio Prętoris, vt in *l.cùm quidam* 30.*in pr.& l.Pannonius* 86. *de acq.hered.* Neque rursum de libertis diuidendis quicquam statuebant Consules nisi decreto interueniẽte, id est causa cognita, & vocatis iis quorum intererat *d.l.3.De alim.legat.d.l.cùm hi* 8.§. *in causa sup. de transact.* Sanè nec paterfamilias ipse libertos diuidere dicitur, sed assignare, *hoc tit. de assign.libert.*

42. POMPONIVS lib.6. ad Sabinum.

SI ita legatum [a] fuerit vni ex heredibus. *Quod mihi debet, præcipito*, officio iudicis familiæ erciscundæ continetur, ne ab eo coheredes exigant. nam & si, quòd alius deberet, præcipere vnus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei præstari debebunt, pro portione coheredis.

Ad l. Si ita legatum 42.

a *Si ita legatum.* Ratio dubitandi. Verba legati per præceptionem relicti ad prælegatarium referuntur, vt & verba legati per vindicationem: In quo differunt hæc genera legatorum à legatis relictis per damnationem, & per sinẽdi modum, quorum verba ad heredem non ad prælegatarium diriguntur. Ergo non videtur testator cæteris heredibus prohibuisse ne quid à prælegatario exigerent, Et consequenter non potest officio iudicis familię erciscundæ incumbere vt id ipsum iubeat, cùm non latiùs parere debeat ipsius arbitrium quàm voluntas testatoris quæ in omnibus sequenda ei est, Ne alioqui videatur in re testatoria velle liberalior esse testatore contra *l.facta* 63.§. *si sub conditione infr. ad S.C.Trebell.* Dec. officio iudicis familiæ erciscundæ incumbit vt omnia fieri iubeat, sine quibus voluntas testatoris effectum sortiri non posset, Id enim demum est subsequi & tueri voluntatem testatoris, Atqui non posset coheres pręcipere quod testator debuit, nisi cæteri coheredes ab eo exigere prohiberentur: cùm non possit testator facere ne actiones omnes hereditariæ inter coheredes omnes pro hereditariis portionibus diuidãtur, nève agat proinde is, qui agendi ius habet, si non ab arbitro prohibeatur. Eadem ratio facit vt si vnus ex heredibus præcipere iussus sit quod alius debeat, actiones ei præstari debeant officio arbitri familiæ erciscundę pro partibus coheredũ *l.4.in pr.sup.* Eo namq; modo adiudicationis tueri debet Prætor actiones dandi vel exceptiones *l.inter coheredes* 44. §. 1.*inf. l. si qua* 7. *C.eod.*

43. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

ARbitrum [a] familiæ erciscundæ vel vnus petere potest. nam prouocare apud iudicem, vel vnum heredem posse palam est. igitur & præsentibus cæteris [b], & inuitis, poterit vel vnus arbitrum poscere.

Ad l. Arbitrum 43.

a *Arbitrum.* Ratio dubitandi. Arbitrium & iudiciũ familiæ erciscundæ non nisi inter plures accipi potest *l.1.§.vlt.& pass.sup.hoc tit.* Prætor autem non solet officium suum impertiri nisi petenti *l. 4. §. hoc autem iudicium inf.de damn.infect.* Dec. Potest vnus ex coheredibus aut condiuisoribus cæteros ad diuisionem prouocare, quia nemo inuitus cogitur manere in communione *l.vlt. C.Comm.diuid.* vt neque incidere in communionem *l.si non sortem* 26. §. *si centum de condict.indeb.* Iudicium autem semper redditur in inuitum *l.inter stipulantem* 83.§.1. *de verb.obl.l.2.§.pen. sup.l.etsi non omnes* 8.*in pr.infr.tit.*1.

b *Et præsentibus cæteris.* Quid ergo si per contumaciam absint? pro præsentibus haberi debebunt *l. in causa* 13.§. *vnde tractatiun & l.Etiam* 29.§.*vlt.sup.de minor.* vbi dixi. Contumacia enim pro præsentia est. Auth. *qua in prouincia. C.vbi de crim. agi oport.* Quod si quidam ex heredibus neque præsentes fuerint, neque vt adessent euocati valebit quidem diuisio inter præsentes & euocatos, per quę cõtumaciam absentes, sed non in præiudicium cęterorum qui nihilominùs partem quisque suam indiuisam in aliorum portionibus retinebunt *l.coheredibus* 17.*Cod. hoc tit.* Et verò cùm hæc lex tractet de herede prouocãre ad diuisionem, qui fieri potest vt quis prouocet ignorantem? Pręsentem sanè ac inuitum, imò præsentes & inuitos omnes cæteros potest vel vnus prouocare, vt hæc lex ait. Ne fortè putemus cum Accursio sic argumentari Vlpianum, vt dicat posse pręsentibus & inuitis coheredibus fieri quod posset etiam ipsis absentibus & ignorantibus ex regula *l. qui potest* 26.*de reg.iur.& l.in eo iure* 45 §.*deinde infr.de rit.nupt.* Nec enim sanè ita Vlpianus hic argumentatur. Casus tamen vnus est quem nec Accursius prætermisit in quo non potest socius sociũ ad licitationem prouocare, adeoque nec ad diuisionem prouocare, Nimirum de vestibulo, communi binarum ædium *l.arbor* 19.§. *de vestibulo infr.tit.prox.* vbi adfertur ratio specialitatis, longè melior & expressior quàm quæ hîc ab Accursio allata est, cùm ait, *Ne res non diuidenda diuidatur.*

QQQq 3

44. PAVLVS lib. 6. ad Sabinum.

INter coheredes [a] etiam communi diuidundo agi potest: vt res duntaxat, quæ eorum communes sint, & causæ ex his rebus pendentes in iudicium veniant: de ceteris verò in integro sit familiæ erciscundæ iudicium.

Ad l. Inter coheredes 44.

a *Inter coheredes.* Ratio dubitandi. Non sunt confundenda iudicia nec iudiciorum nomina. Fœda namque est ista nominum & rerum confusio *l. vlt. C. de legit. tutel. l. si idem 7. C. de codicill.* Iudicium autem familiæ erciscundæ in eo ferè solo differt à iudicio Communi diuidundo quod iudicium familiæ erciscundæ inter solos coheredes locum habet *l. 1. §. vlt. l. cùm putarem 36. & pass. supr. hoc tit.* Iudicium autem communi diuidundo inter cæteros conduisores, qui rem communem habent etiam ex alia causa, quàm hereditaria.

Dec. Potest fieri vt inter coheredes aliqua bona sint communia ex causa non hereditaria, quo casu nihil vetat inter easdem personas vtrumque iudicium habere locum & familiæ erciscundę quod ad bona hereditaria, & communi diuidundo quod ad non hereditaria, sed & fieri potest vt alio quoque casu pro bonis etiam ex causa hereditaria communibus inter coheredes, necessarium sit iudiciũ Cõmuni diuidundo, putà si iam familiæ erciscundæ iudicium semel acceptum sit, & bona quædam indiuisa remanserint, quia scilicet familiæ erciscũdæ iudicio, nisi semel, agi non potest *l. si filia 20. §. familiæ supr. l. quibus casibus 34. inf. pro socio.* Atque ita Azo sentiebat, vt refert Accursius ad *l. 4. in pr. infr. tit. prox.* Sed tamen nihil prohiber etiam pro bonis hereditariis agi priùs Communi diuidundo. Nihil. n. aliud requirit iudiciũ illud, nisi vt res sint cõmunes vndecunque tandem communes sint *l. 3. & 4. in pr. & §. 1. inf. tit. prox.* Quamuis de hereditate etiam cõmuni non possit ei iudicio locus esse *d. l. 4. in princ.* quia hereditas in iure consistit nõ in corpore *l. hereditas 50. supr. de hered. pet.* Illud autem iudicium cõmuni diuidundo non est nisi de rebus corporalib. *d. l. 4. in pr.* Sed neque res depositę aut commodatę veniunt in iudiciũ Communi diuidundo, quia nõ sunt communes inter coheredes nisi quantum ad periculum. Veniunt tamen in iudicium familiæ erciscundæ quia licèt non sint hereditaria, sunt tamẽ ex hereditate & ex bonis licèt non sint in bonis *l. 2. §. in hac act. inf. Vi bonor. rapt.* Vnde est quod veniebat in petitionem hereditatis *l. & non tantùm 19. in pr. sup. de hered. pet.* Quod autem in hereditatis petitionem venit, facilè etiam venit in familiæ erciscundæ iudicium *§ si coheredes inf. hac leg.* Vtrumq; enim iudiciũ est de hereditate, sed petitionis hereditatis de restituenda, Familiæ erciscundæ de diuidẽda. Cæterùm non tantùm res corporales quæ sunt communes veniunt in iudiciũ Communi diuidundo, sed etiam vt hæc lex ait causę ex iis pendentes, i. si quid in his damni datũ factúmve est, siue quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum peruenit ex re communi *l. 3 in pr inf. tit. prox.* Itaque malo cum Accursio locum hunc generaliter intelligere de rebus omnibus quæ inter coheredes siue ex hereditaria, siue ex alia causa communes sunt, per iudicium Communi diuidundo, diuidendis.

1 ¶ Si familiæ [a] erciscundę, vel communi diuidundo actum sit: adiudicationes prętor tuetur, exceptiones aut actiones dando.

Ad §. 1. Si familiæ.

a *Si familiæ.* Ratio dubitandi. Lex 12. tab. prouidit vt per adiudicationes factas in tribus iudiciis familiæ erciscundę, Communi diuidundo, & finium regundorum dominium ipso iure transferatur *§. vlt. instit. de off. iudic.* Non igitur indigent coheredes tuitione prætoria cùm tuti sint ipso iure *l. 4. supr. de seruit. l. 4. §. vlt. de superficieb.* frustra enim auxiliũ prætoris implorat, qui habet auxilium & potestatem legis *l. 1. sup. de public. in rem act. l. in causa 16. sup. de min.*

Dec. Parum esset habere actionẽ ciuilem à lege, si eam prætor nõ daret. Cuius nimirum est non tãsùm exceptione, sed etiam actione & concedere & denegare, vt cernere est in suo herede qui se abstinuit *l. necessariis 57. inf. de acq. hered.* & in eo qui hereditatem fideicommissariam ex Trebelliano restituit *l. ita tamẽ 27 §. qui ex Treb. inf. ad SC. Treb.* Nec nouum est vt legum quoq; tuendarum gratia prætor det actionẽ aut exceptionem, vt & bonorum possessionem *l. sed cùm patrono 6. §. vlt. inf. de bon. poss. & tit. vt ex legib. Senat. Consult. l. pater 10. §. 1. de capt. & postlim.* Sed plerunque contingit adiudicationes tales ita fieri, vt ex iis dominium transferri non possit: puta quantum ad iura & nomina, quæ scilicet non veniunt in iudicium familiæ erciscundæ aut cõmuni diuidundo *l. 4. sup.* Quo casu omnino necessariũ est auxiliũ prætoris, vt eiusmodi adiudicationes tueatur vel actiones dando, vel exceptiones, vt & in *l. si ita legatum 42. sup.* Interdum etiam & plerunque iubendo interponi cautiones, vt in *l. item eo diuerso 19. & alibi sæpe sup.* Noli tamen intelligere cũ Accursio nostro adiudicationũ nomine prælegationes quas testator adiudicauerit alicui heredũ. In toto namque hoc tractatu adiudicationes intelligendę sunt quæ fiunt officio arbitri & iudicis familiæ erciscũdę, & ex quib. potestate legis 12. tab. totum ius hereditarium quod fuit penes coheredes omnes trãsit in solum adiudicatarium *§. vlt. inst. de offic. iudic.*

2. ¶ Si coheredes, absente vno coherede, rem vendiderunt, & in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perueniret: vel familiæ erciscundæ iudicio præstabunt ei, quia fuit, vel hereditatis petitione.

Ad §. 2. Si coheredes.

Ratio dubitandi. Si coheres portionem absentis coheredis vendat abiq; mandato, nõ ei nocet nec prohibetur coheres qui abfuit nec venditioni cõsensit portionem suam vindicare *l. 2. 4. & 5. Cod. de comm. rer. alien.* Nihil ergo causæ est cur ei detur contra coheredem iudicium familiæ erciscundæ aut petitio hereditatis etiamsi in ea vẽditione aliquid dolo malo coheredis factum esse probetur. Atque ita videntur concludere Imperatores in *l. in familia 20. Cod. hoc titul.* vbi distinguitur an coheres vendiderit

diderit pro solido rem communem velut communem an quasi propriam, Vt si velint communem non veniat precium in Familiæ erciscundæ iudicium, sed peti debeat vel actione mandati si mandatum præcessit, vel negotiorum gestorum si nullo præcedente mandato ratam nihilominùs habuerit venditionem: si verò tanquam propriam vendiderit, eo demùm casu si precium possideat conuenire possit & debeat petitione hereditatis.

Dec. Potest quidem coheres qui nec portionem suam vendidit, nec venditioni consensit, eam vindicare, si malit, aduersus possessorem: sed si malit precium petere, atque ita venditionem ratam habere, potest id facere *l. cùm pater 77. §. qui dotale. infr. de legat. 2. l. seruum Titij 49. inf. mandat.* & eo nimirum casu æquum est teneri coheredē, si nihil dolo malo fecerit, actione negotiorum gestorum deficiente mandato *d. l. in familia.* Sed si quid in ea re dolo malo fecerit, quò plus ad eum ex venditione perueniret, puta si rem quam aureis quindecim vendidit dicat se non nisi decem vendidisse, ita vt nolit nec debeat coheres eam venditionem ratam habere illo quo facta est modo. Æquum est teneri coheredem hoc iudicio, vt præstet coheredi partem integram, & plenissimam indemnitatem, aut iudicio Familiæ erciscundæ quod inter coheredes locum hoc casu ex necessitate habet, aut petitione hereditatis quæ datur contra possessorem sine titulo rei cuiuslibet hereditariæ licet minimæ *l. regulariter 9. & seq. supr. de hered. petit.* Hic autem coheres possidet quid hereditarium, quia possidet pretium rei hereditariæ. In vniuersalibus enim pretium succedit loco rei *l. si & rem 22. & seq. eo. tit. d. l. in familia 20. in fi. C. hoc tit.* Quod intellige non tantùm si coheres eum qui vēdidit neget esse coheredem, quomodo interpretatur Accursius, aut si venditio facta sit ex necessitate, quomodo vult Bartolus, sed ita demū si coheres rem illam communem & hereditariam vendiderit quasi propriam non item si quasi communem & hereditariam, quomodo distinguitur in *d. l. in familia.* Nec enim existimandum est posse in vno eodémque casu concurrere iudicium Familiæ erciscundæ cum petitione hereditatis, quandoquidem petitio hereditatis datur contra eum qui nullum habeat titulum possidendi, Familiæ verò erciscundæ iudicium contra eum quem constet esse coheredem *l. 1. sup. hoc tit.* Licet ea quæ veniunt in petitionem hereditatis facilè in hoc quoque iudicium veniant, sed alio iure, vt dixi ad principium huius legis, nec tamen omnia *l. fundus 52. §. 1. inf.* Sed quid est, quod in *d. l. in familia*, negatur precium rei communis & hereditariæ pro solido non venire in hoc iudicium familiæ erciscundæ, sed petendum esse actione mandati, vel negotiorum gestorum? An non pugnat id apertè cum hoc §? Et tamen Accurs. non explicat, nisi quòd legem illam videtur restringere ad eum casum quo is qui rem communem & hereditariam vendidit velut communem negetur esse coheres ex *d. l. 1. supr.* Quod certè mihi planè commentitium videtur. Non enim dubitant Imperatores quin iudicium familiæ erciscundæ in specie illius legis competat. Sed negant precium rei communis in id iudicium venire, siue venditor rem illam quasi communem, siue quasi propriam distraxerit. Mihi magis placet vt dicamus precium quidem non venire quoties per actionem, vel mandati, vel negotiorum gestorum peti potest. Sed tamen id quod dolo malo coheredis qui vendidit abest ei qui non vendidit per hoc iudicium peti posse. Adeoq; precium ipsum, si talem casum proponas in quo neque mandati iudicio locus esse possit, quia nullum præcesserit mandatum, neque negotiorum gestorum si fortè coheres, qui coheredis dolo in venditione deceptus est eam venditionem ratam habere nolit. Hic verò casus est, quē tractat Paulus in hoc §. Nam sicuti actio hæc non concurrit cum actione negotiorum gestorum, ita facilè habet locum deficiente actione negotiorum gestorum *l. heredes 25. §. si vnus, sup. l. 6. §. 2. vers. cæterum. in fi. tit. prox.*

3 ¶ Fructus [a], quos ante aditam hereditatem ex fundo hereditario heres capit, non aliter familiæ erciscundæ iudicio præstare eum Iulianus ait, quàm si, cùm sciret hereditarium fundum esse, ceperit.

Ad §. 3. Fructus.

a *Fructus.* Ratio dubit. andi. Fructus etiam ante aditam hereditatem percepti augent hereditatem, adeò vt vsus earum quoque accessionem recipiant *l. heres furiosi 51. §. 1. sup. de hered. pet.* atqui in iudicio familiæ erciscundæ tota hereditas diuidenda est, & quidquid est hereditarium, ita vt nihil indiuisum relinquatur *l. si filia 20. §. familiæ. l. heredes 25. §. iudex. sup. hoc tit.* Nihil ergo interest, an fructus percepti sint ante, vel postquàm coheres sciuit se heredem.

Dec. Omnes quidem fructus augent hereditatē siue ante aditam hereditatē percepti sint, siue post aditam *l. item veniunt 20. §. augent. supr. de hered. petit.* & consequenter veniunt omnes in petitionem hereditatis. At in iudicium familiæ erciscundæ non veniunt, nisi qui percepti sunt ex causa hereditaria, & qui sunt hereditarij, Quoniam in hoc iudicium nihil venit, nisi quod sit hereditarium. Non sunt autem hereditarij fructus nisi qui percepti sunt ab herede ex quo sciuit se heredē & quos heres percepit quasi heres non quasi alius quilibet *l. & puto 16. §. sed & si dolo. supr.* Ergo hæc distinctio necessaria est. Nam si fundum suum putauit & fructus ex eo percepit bona fide & consumpsit, certum est non venire illos in hoc iudicium, quod ipse tanquam bonæ fidei possessor non modò eos percipiendo suos fecerit, sed etiam consumendo lucratus sit *l. 4. §. post litem. sup. tit. prox. l. fundus qui dotis 51. infr. hoc tit.* Et miror contrà putasse Azonem & Accursium vt fructus hi percepti ante aditam quoque hereditatem veniant restituendi in hoc iudicio non quidem directo, sed tamen vtili. Ea sola ratione quod hæc actio imitetur petitionem hereditatis in qua constat fructus omnes venire *l. sed etsi 25. §. penult. & fin. l. illud 40. §. prædo. supr. de hered. petit.* Mala enim ratio est cùm petitio hereditatis non detur nisi contra eum qui nullo titulo possidet, ac proinde qui licèt bonam fidem habuerit, nullo tamen iure potuit facere fructus suos, quod in coherede diuersum est qui iustum habuit titulum possidendi hanc rem quasi suam quamuis esset hereditaria, & ita

lucraodi fructus, non tantùm ante aditam hereditatem perceptos, sed etiam post aditam dum oe post litem contestatam *d.l. fundus qui dotis 51. infr. hoc tit.* Planè de fructibus ante aditam hereditatem perceptis longè minor dubitatio est cùm non potuerint percipi tanquam à coherede, nec proinde in hoc iudicium venire possint, nec magis in vtile quàm in directum *d.l. & puto 16. §. sed & si dolo. sup. hoc tit.* Sed oeque verum est omnia quæ veoiunt in petitionem hereditatis veoire in hoc iudicium familiæ erciscundæ aut contrà *d. l. fundus qui dotis 51. §. 1. inf. hoc tit.*

4 ¶Qui familiæ erciscundæ, & communi diuidundo, & finium regundorum agunt: & actores sunt & rei: & ideò [a] iurare debent non calumniæ causa litem intendere, & non calumniæ causa ad infitias ire.

Ad §. 4. Qui familiæ.

Ratio dubitandi. Non potest fieri vt in vno eodémque iudicio idem sit actor & reus, quia debét esse realiter distinctæ personæ actoris & rei, nealioqui cum se ipso agere quis videatur contra *l. ut cum filiofamilias 26. inf. de furt.* Non igitur fieri potest, vt in vno eodémque iudicio vterque litigantium sit actor & reus.

Dec. Hæc tria iudicia Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum Ideò nimirum duplicia dicuntur & mixta quòd in iis vterque litigatorum & actoris & rei partes sustinet *l. in tribus 13. supr. de iudic.* vbi dixi *l. 2. §. in familia. supr. l. iudicium 10. supr. tit. 1.* vbi dixi *l. actionis 37. in fin. infr. de oblig. & act.* Quo sensu dicimus etiam interdicta esse quædam duplicia *d. l. actionis 37. & l. 2. §. vlt. infr. de interd.*

a *Et ideò.* Bona illatio est. Nam actores omnes iurare debent se non calumniæ causa litem intendere, Rei verò se non calumniæ causa ad infitias ire. Cæterùm vtrumque iuramentum est de calumnia, quod adeò necessarium est, vt neque parentibus, neque patronis remittatur *l. iusiurandum & ad pecunias 34. §. qui iusiurandum. inf. de iureiur. l. 2. §. 1. C. de iureiur. propt. calumn. dand.*

5 ¶Quod ex facto [a] suo vnus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria præstat, à coherede non repetet: veluti si à se, heredéque suo dolum malum afuturum defunctus spopondit: vel, neque per se, neque per heredem suum fore, quo minus quis eat agat. immò & si reliqui propter factum vnius teneri cœperint, quasi conditio stipulationis hereditariæ exstiterit, habebunt familiæ erciscundæ iudicium cum eo, propter quem commissa sit stipulatio.

Ad §. 5. Quod ex facto.

a *Quod ex facto.* Ratio dubitandi. Cuiusque rei causa & initium spectari debet *l. si procuratorem 8. in prin. inf. mand. l. 1. §. si ferum 30. inf. deposit. l. non tantùm 12. inf. ad SC. Maced.* Atqui quod hîc coheres præstitit ex condemnatione cui factum ipsius occasionem dederit, causam habet hereditariam, id est à stipulatione hereditaria, vt Paulus hîc ponit. Ergo debet etiam hoc casu indemnitatem consequi à coheredibus iudicio familiæ erciscundæ.

Dec. Iudicium Familiæ erciscundæ ideò datur inter coheredes ad cōsequendam indemnitatem, quia vnius factum aliis damnosum esse non debet *l. heredes 25. §. in illa. sup. eod.* sed ei soli qui malè quid fecit *l. factum 155 de reg. iur.* qui nec vllum damnum sentire videtur quod ex culpa sua sentiat *l. quod quis 203. eod. l. si communis familia 9. sup. de noxal. action.* Ergo quod vnus ex coheredibus ob factum suum soluit, quia contra legem stipulationum fecerit, tantùm abest vt à coheredibus possit repetere, vt ipse potiùs indemnitatem plenissimam coheredibus præstare teneatur, si quid illi ob eius factum ex eadem stipulatione hereditaria præstare coacti sint, vt euenit in exemplis hîc propositis stipulationis indiuiduæ quæ ex facto vnius ex coheredibus insolidum committitur etiam aduersus cæteros qui nihil fecerunt *dict. §. in illa l. 2. §. item si in facto. & l. 4. §. Cato. l. stipulationes non diuiduntur 72. l. in executione 85. infr. de verb. oblig. l. quòd si nolit 31. §. Pomponius 9. infr. de aedilit. edict.*

6 ¶Si quis [a] stipulatus fuerit, Titium, heredémque eius ratum habiturum, & Titius pluribus heredibus relictis decesserit: eum solum teneri, qui non habuerit ratum: & solum ex heredibus stipulatoris acturum, à quo fuerit petitum.

Ad §. 6. Si quis.

a *Si quis.* Ratio dubitandi. Cùm vnus ex heredibus Titij ratum non habet, verum est dicere heredem Titij ratum non habuisse: Ergo commissa stipulatio est, qua promissum fuerat Titium heredemque eius ratum habiturum, & cōsequenter omnes heredes ex ea stipulatione teneri æquum est, ac proinde idem iuris obtinere quod de aliis stipulationibus dictum est in §. præced. Heredis enim appellatio in numero singulari heredes omnes complectitur *l. si plures 98. de legat. 3.*

Dec. Quoties factum quod in stipulationem deductum fuit diuiduum est, diuiditur obligatio inter coheredes, vt is solus teneatur, qui fecit contra stipulationem: Cæteri verò qui nihil fecerunt non teneantur *l. 4. §. Cato. in fi. de verb. oblig.* vbi exemplum ponitur de hac ipsa stipulatione *Titium heredémque eius ratum habiturum.* Quia scilicet factum ratihabitionis diuiduum est, cùm is ex coheredibus qui ratum non habet, non nisi pro sua parte ratum non habet, Nec enim quicquam prodesset, quod etiam pro coheredum portionibus ratum habere vellet, proinde nec ipsi nocet quod pro heredum portionibus ratum habere nolit. Eius si quidem est nolle qui potest velle *l. 4. de acq. hered. l. 3. de reg. iur.* Idē iuris est in omnib. aliis stipulationib. prætoriis diuidnis, quia omnes prætoriæ stipulationes eiusdem sunt interpretationis *l. pœnales 32. §. Iulianus inf. ad leg. falc.*

7 ¶ Vsu-

7 ¶ Vsufructu vxori legato, *donec ei dos soluatur* : per arbitrum familiæ erciscundæ tam id, quod coheredis nomine ex dote solutum sit, reciperare potest, quam, vt coheres soluat, effici posse, Cassius ait. & verum est.

Ad §. 7. Vsufructu.

Ratio dubitandi. Cùm testator vsumfructum legauit vxori donec ei dos soluatur, nihil tamen cauit de dote soluenda, nec præcepit heredibus aut cuiquam ipsorum vt eam soluerent, aut vt si quis eorum solueret, alter eorū nomine aliquid ei præstaret, Ergo neque officium arbitri tale esse debet vt si quis ex heredibus dotem suam soluerit, partem eius à coherede recuperare possit, multò minùs, vt cogat coheredem suam partē soluere, cùm nihil facere possit contra voluntatem defuncti, At neque præter voluntatem, sed omnia secundum voluntatem *l. filij 16. l. filia 18. l. si cogitatione 21. C. hoc tit.*

Dec. Potest & debet arbitrio familiæ erciscundæ iubere coheredibus, vt id faciant sine quo hereditariarū portionum commodo frui plenè non possent *l. his consequenter 18. §. Celsus 4. sup. hoc tit.* Illa enim fuit volūtas testatoris vt dos vxori solueretur, cùm credibile sit non alia de causa legatum vxoris vsumfructum cum illa adiectione *donec vxoris dos soluatur*, nisi vt eos hoc veluti metu amittendorum diutiùs fructuum ad soluendam celeriùs dotem inuitaret, Alioqui legasset vxori simpliciter vsumfructum, vt non nisi morte aut aliis constitutis modis finitetur si de vsufructu legando potiùs quàm de dotis soluendæ necessitate iniungenda cogitasset. Vsusfructus enim & ex tempore & ad tempus cōstitui potest speciali quodam iure *l. & post o 16. §. vsumfruct. supr. hoc tit. l. 4. sup. de vsufr.* In aliis enim seruitutibus aliud est *l. 4. sup. de seruit.* Huic tamen §. valde obstare creditur quod Iauolenus respondit in *l. cui vsusfru. 30. infr. de vsufr. legat.* Cùm mulieri vsusfructus legatus esset donec ei totius dotis nominè satisfieret, si vnus ex heredib. pro sua parte satisdedisset quamuis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte mulierem desinere habere vsumfructum, Idemque esse etsi per mulierem mora fieret quominùs ab vno ex heredibus satis acciperet. Hoc enim si ita est, non videtur hic locus esse iudicio familiæ erciscundæ, sed potiùs negotiorum gestorum cùm potuerit vnus ex heredibus solam partem suam expedire & liberare. Ex regula *l. heredes 25. §. non tantùm. sup. hoc ti. l. si quis putans 6. § fine autem, vers. caterùm inf. tit. prox. l. si communes. sup. de neg. gest.* Sunt qui respondeant hunc §. ex rigore iuris procedere, quoniam summo iure non aliter possit videri expleta condicio extinctiua vsusfructus quā si tota dos sit soluta. Sed Iauoleni responsum esse probabilius ex æquitate, quòd humaniùs interpretari hæc soleamus vt condicio inter heredes pro hereditariis portionibus diuidatur ex *l. pen. § de illo. inf. de cond. & demonst.* qui textus in hanc rem satis accommodatus est. Alij verò cum Accursio putant posse quidem pro parte & dotem solui & desinere penes mulierem esse vsumfructū, sed non satis commodè. Alij denique post eundem Accursium res pro dote obligatas nō potuisse pro parte liberari *l. heredes 25. §. idem iuris. sup.* quamuis vsusfructus potuerit. Ego malo legem hanc intelligere de eo coherede qui totam dotem soluerit vt totum vsumfructum extingueret ante diuisam hereditatem, quia non potuit pro parte extingui vsusfructus quandiu fuit indiuisus? Fuit autem, quādiu res omnes hereditariæ fuerunt indiuisæ. Quid ergo prodesset vni ex heredibus liberasse pro sua parte cùm non possit dici in qua re pro ea parte vsusfructus fuerit liberatus? arg. *l. 3. §. post diuisionem infr. qui potior. in pign. habeant.* Habet enim alius coheres suā partem non liberatam in parte qualibet glebæ. At responsum Iauoleni potest habere locum post factam diuisionem hereditatis, & eo tempore quo is qui suæ partis dominus solus factus est, partem illā ab vsufructu liberare potest satisfaciendi voluntati pro sua parte saltē ex humanitate & æquitate illa, de qua in *d. §. de illo.* Errat sanè Accurs. qui peruersè contrà putat ideò nō posse hic partem vnā cōmodè liberari sine alia, quòd facta diuisione inter coheredes non possent obtingentē partem cōmodè liberare. Debuerat enim potiùs dicere Post factam huiusmodi diuisionem posse commodè liberari partem, Anteà non posse. Item in eo quod ponit res hereditarias fuisse obligatas pro dote. Nec enim Pauli temporibus & iure Pandectarum dos habebat priuilegium vllū tacitæ hypothecæ quod primus Iustin. dedit in *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Sed & Iauolenus perinde loquitur de dote. Quòd si cui nostra interpretatio & conciliatio non placeret, item potiùs in sententiam Rogerij distinguentis rigorem ab æquitate ex *d. §. de illo. l. pen. de cond. & dem.*

8 ¶ Si duo coheredes [a] damnati sint statuam ponere, & altero cessante, alter eam fecerit: non esse iniquum Iulianus ait, familiæ erciscundæ iudicium dare, vt pars impendiorum boni viri arbitratu præstetur.

Ad §. 8. Si duo coheredes.

a *Si duo coheredes.* Ratio dubitandi Statuam ponere est quid indiuiduū. Est enim statua ex numero eorum corporum, quæ vno spiritu dicuntur contineri *l. rerum mixtura 30. inf. de vsucap.* Ergo si ex pluribus heredibus damnatis statuā ponere vnus posuerit, credendus est id fecisse suo nomine, potiùs quàm communi, cùm non potuerit pro parte sua ponere, nec aliter quàm totam statuam ponendo se liberare, & consequenter nullam eo nomine actionem habere debet contra coheredē, cùm de obligando eo non cogitauerit, sed tātùm de se liberando: Cùm non plus sumptuum fecerit propter personam coheredis, *arg. l. ex parte 39 in princ. sup.*

Dec. Summo quidem iure ita est, quia ei tantùm competit actio quid egit, vt alium obligaret, non vt se liberaret *l. in hoc iudicium 14. §. 1. infr. tit. 1. l. si quid possessor 31. sup. de hered. petit. l. Papinianus 28. infr. mandat.* Sed tamen non est iniquum coheredem qui suo sumptu statuam totam posuit reciperare partem à coherede, cùm id fecerit quod pro parte tantū sua facere nō potuit *l. heredes 25. § si vnus. sup. h. t.* & quod æquè pro sua parte facere coheres debuit, qui proinde facto coheredis licèt aliud agentis liberatus fuit, cùm coheredes omnes damnati essent statuā ponere, quæ voluntas iusta est, siue ad dignitatem

reipublicæ id factum sit, siue ad dignitatem ipsius testatoris, ad cuius authoritatem maximè hoc pertinet *l. Quintus 7. versic. ad authoritatem. infr. de annuis legat.*

45. POMPONIVS lib. 13. ad Sabinum.

SI quid contendis ex hereditate mihi tecum commune esse, quod ego ex alia causa meum proprium esse dico: id in familiæ erciscundæ iudicium non venit.

Ad l. Si quid contendis 45.

Ratio dubitandi. Sola assertio coheredis negantis rem esse hereditariam, & cōtendentis esse illam communem ex alio titulo, siue vniuersali, siue singulari non potest facere quominùs sit hereditaria, cùm inspiciendum magis sit quod in veritate est, quàm quod in ore alterius ex coheredibus. Ergo non eò minùs debet res illa venire in iudicium familiæ erciscundæ si modò verum sit esse hereditarium. Id enim est quod dici solet à Philosophis, Propter nostrum affirmare vel negare nihil mutari in re.

Dec. Negatio sola etiam calumniosa facit rem dubiam, quia super illa calumnia inquirendum, probandum & pronunciandum est *l. vlt. Cod. quib. ad libert. proclam. non licet.* Sufficit autem vt dubitetur an res sit hereditaria, ad impediendum ne veniat in hoc iudicium familiæ erciscundæ, quod scilicet nō datur nisi inter coheredes, & pro rebus communibus tātùm ex causa hereditaria *l. 1. in fi. sup.* & quemadmodum si dubitetur an socius & condiuisor sit coheres, agendum est contra eum petitione hereditatis non hoc iudicio *d. l. 1.* Ita & si de re ipsa dubitetur an sit hereditaria, licèt non negetur esse illam communem, communi diuidundo agendum est non familiæ erciscundæ, quoniam vt iudicium illud locum habeat, sufficit esse rem communem, nec constare quòd sit communis ex causa hereditaria, Quamuis non sit nouum, vt res hereditaria, & communis veniat in iudicium familiæ erciscundæ si fortè eam solam diuidere heredes velint, manente autem in cæterarum communione. Nec enim de vna re accipi familiæ erciscundæ iudicium potest, cùm non nisi semel accipi possit *l. si filia 20. familia. sup.* nec arbiter familiæ erciscundæ indiuisum quicquam debeat relinquere *l. heredes 25. §. iudex. sup.* Certè nullo casu duo hæc iudicia possunt concurrere, neque rursus ferendum est vt vnus ex coheredibus cogat inuitum coheredem manere in communione *l. vlt. C. comm. diuid.* Quod tamen contingeret si res hæc quæ negatur hereditaria non magis posset venire in iudicium Communi diuidundo, quàm in iudicium familię erciscundę. Agendū ergo ei erit qui communem rem esse dicit, rei vindicatione, vel Publiciana eo scilicet modo quo de re communi his actionibus agi potest *l. Pomponius 8 supr. de rei vindicat. l. fundi 18. infr. de except. l. 1. supr. hoc titul.*

1 ¶ Dolus, quem seruus heredis admisit, in iudicium familiæ erciscundę non venit: nisi si domini culpa in hoc erat, quod non idoneum seruum rei communi applicuerit.

Ad §. 1. Dolus.

Ratio dubitandi. Si seruus hereditarius rem propriam vnius heredum subripuerit, competit eo nomine iudicium Familiæ erciscundæ, adeóque interdum etiam communi diuidundo *l. & puto 16. §. vlt. supr.* Ergo etiam dolus serui heredis venit in hoc iudicium.

Dec. Aliud est tractare de seruo hereditario, de quo in *d. §. vltim.* Aliud autem de seruo heredis, de quo hîc. Nam seruus hereditarius venit ipse quoque in hoc iudicium vt alia quælibet res hereditaria, & cōsequenter ipsius quoque dolus: At seruus heredis non ideò est hereditarius *l. Paulus respondit 30. §. 1. inf. de pign.* nec igitur dolus ipsius venire debet in hoc iudicium, sed tantùm dolus heredis, aut saltem culpa *dict. l. & puto 16. §. sed etsi dolo. supr.* Quæ culpa in eo esse potest, si fortè heres seruum suum proprium minùs idoneum, aut negligentem rei communi applicuerit *l. de illo 23. in princ. & §. 1. inf. pro socio.* Planè quin heres qui huius serui dominus est teneatur ex dolo & delicto serui sui, nec dubitandum est, neque hoc negatur hîc, vbi agitur de iudicio tantùm Familiæ erciscundæ.

46. PAVLVS libro 7. ad Sabinum.

SI maritus [a] sub condicione a patre heres institutus sit: interim vxoris de dote actionem pendere. Planè si post [b] mortem soceri diuortium factum sit, quamuis pendente conditione institutionis: dicendum est, præceptioni dotis locum esse: quia mortuo patre, quædam filios sequuntur, etiam antequàm fiant heredes: vt matrimonium, vt liberi, vt tutela. Igitur & dotem præcipere debet, qui onus matrimonij post mortem patris sustinuit. & ita Scæuolæ quoque nostro visum est.

Ad l. Si maritus 46.

a *Si maritus.* Intellige initium huius legis de eo casu quo solutum sit matrimonium viuo adhuc socero, vt sequentia ostendunt, & præterea pendere adhuc condicione institutionis filij eiusdémque mariti. Ratio dubitandi. Soluto matrimonio statim dotis actio incipit competere *tot. titul. infr. solut. matrim. quemad. dos pet.* nec proinde pendere potest nisi quandiu constat matrimonium, Quod tamen in proposita specie ponimus fuisse iam viuo adhuc patre solutum.

Dec. De dote quę fuit data socero, actio non potest soluto matrimonio institui nisi contra socerū ipsum, vel ipsius heredem, Ergo si socer instituerit heredem maritū & quidem sub condicione quam ponendum est potestatiuam esse, vt talis institutio valeat & condicio expectanda sit *l. 4. infr. de hered. instit.* Consequens est sicuti pendet institutio propter

pter condicionem, ita & actionem de dote pendêre. Nec enim poteſt inſtitui actio quin ius iam certum ſit, & certa perſona quæ agere & quæ conueniri poſſit. Itaque pendet non quaſi dubitetur an ſit tandem competitura, ſed quia neſciri adhuc poteſt contra quem competitura ſit pro parte, ſcilicet huius filij ſub condicione inſtituti. Nam pro coheredum portionibus certum eſt poſſe illos interim conueniri & cogi ſoluere *l. ſi marito 31. §. cùm patri. inf. ſolut. matr.*

b *Planè ſi poſt.* Ratio dubitandi eadem quæ decid. ad ſententiam præcedentem, quòd neceſſe ſit pendêre actionem de dote contra maritum heredem ſoceri quandiu pendet condicio inſtitutionis ſub qua maritus fuit inſtitutus, & conſequenter nulla ratio eſſe videtur propter quam debeat maritus in iudicio Familiæ erciſcundæ dotem præcipuam retinere, præſertim ſoluto iam per diuortium matrimonio, licèt poſt mortem ſoceri cùm non alia poſſit eſſe ratio retinendæ per maritum dotis præcipuæ, quàm vt habeat maritus vnde poſſit aut dotem agenti mulieri reddere, aut onera matrimonij ſuſtinere *l. filiæ 20. §. hoc amplius. l. Pomponius Philadelphus 35. ſup. l. ſi fundus. inf. eod. l. 2. C. eod. l. pro oneribus 20. C. de iur. dot.*

Dec. Sufficit matrimonium conſtitiſſe moriente patre mariti, licèt poſteà fuerit ſolutum, adeoque ante acceptum inter coheredes iudicium Familiæ erciſcundæ *d. l. 1. C. hoc tit.* quia mortuo patre quædam ſequuntur filios etiam priùs quàm ſint heredes, vt matrimonium, vt liberi *l. ſi filia 20. §. 1. ſup. l. 2. C. eod. l. ſi is qui 56. §. 1. & l. dotis fructus. 7. inf. de iur. dot.* Itémque tutelę legitimę quę ad liberos ſolos virilis ſexus & perfectæ ętatis deſcendunt, non tanquam ad heredes, ſed tanquā ad liberos & agnatos proximos *l. tutela 16. §. 1. inf. de tutel.* Ac proinde cùm hic filius poſt mortem patris onera matrimonij ſuſtinuerit, ęquum eſt habere illum dotem præcipuam aduerſus coheredes *dict. l. Pomponius*, quos deinde contra dotis petitionem defendere debeat, ipſiſque eo nomine cauere *dict. §. hoc amplius.* Nec enim ſoluto matrimonio ſtatim dos ad mulierem ipſo iure reuertitur, etiamſi morte mariti ſolutum matrimonium proponatur, ſed actio in eam rem neceſſaria eſt *l. dotis actione 9. Cod. ſolut. matrim.* Quamuis placuerit tandem Iuſtiniano vt dominium rerum dotalium ad mulierem ipſo iure recurrat in *l. in rebus 30. C. de iur. dot.* Iunge *l. actione 63. §. vlt. infr. pro ſocio.* Vbi ſcriptum eſt ſi vnus ex ſociis maritus ſit debere illum præcipere dotem ſi ſocietas manente matrimonio diſtracta ſit, quia apud eum eſſe dos debet qui onera matrimonij ſuſtinet. Ex quo loco apparet malè in Accurſiano codice ſcriptum hîc fuiſſe *quamuis onus matrimonij*, legendúmque eſſe, vt in *Pan. lect. Flor. qui suus*, aut potiùs *quoniam* hac contractione literarum veteribus librariis familiari qm̄, quæ reſpondet ſatis dictioni *qui*. Nam & Accurſ. cogitur hîc interpretari *quamuis* pro *quia*, quod eſt ridiculum, nec tamen negat in quibuſdam libris legi *quia*. De ſenſu ſanè inter omnes conſtat. Malè tamen Accurſius putat in ſecunda huius legis ſpecie, id eſt, cùm poſt mortem patris matrimonium ſolutum fuit dandam mulieri eſſe actionem de dote contra filium etiamſi non ſit heres patris, adeoque contra filium ſolum non etiam contra heredes patris, Quaſi hoc Paulus velit cùm ait filium hoc caſu dotem præcipere omnimodo debere. Nam imò verò cùm hoc caſu filius non ſit heres deficiente ſcilicet Inſtitutionis condicione nulla ratio eſt vt contra eum detur mulieri actio quam paratam habet contra heredes. Quibus nimirum ideò cauere filius debet vt diximus de ipſis contra mulierem defendendis quomodo benè Bart. hîc contra Accurſ. diſputat. Iunge *l. 1. §. Celſus. infr. de dot. releg. l. poſthumus 6. §. 1. ſupr. de inoffic. teſtam.*

47. POMPONIVS lib. 21. ad Sabinum.

IN iudicio [a] familiæ erciſcundæ, vel communi diuidundo, ſi, dum res in arbitrio ſit, de iure prædij controuerſia ſit, placet, omnes eos, inter quos arbiter ſumptus ſit, & agere, & opus nouum nūciare pro ſua quemque parte poſſe: &, cùm adiudicationes [b] ab arbitro fiant, ſi vni adiudicetur totus fundus, caueri oportet, vt, quæ ex his actionibus recepta fuerint, reddantur, aut, quæ in eas impenſæ factæ fuerint, præſtentur: & ſi, cùm res in iudicio eſſet, eo nomine actum non fuerit, eum ſequi integram actionem, cui totus fundus adiudicatus fuerit: aut pro quacunque parte adiudicatus erit.

Ad l. In iudicio 47.

a *In iudicio.* Ratio dubitandi. Quandiu pendet inter coheredes arbitrium & iudicium Familię erciſcundę neſciri poteſt ad quem ex heredibus res hęc aut illa peruentura ſit, Et tamen certum eſt non ad omnes peruenturam. Ergo ſi qua de re hereditaria inter coheredes controuerſia ſit nihil interim fieri ab heredibus poteſt, quouſque ſit finitum iudicium: neque permittendum cuiquam eorum eſt, vt de ſeruitute vel agat, vel opus nunciet ne quidem pro parte ſua: Cùm in pendenti ſit quis eorum ius agendi confeſſoria vel negatoria nunciandi noui operis in ſolidum habiturus ſit, præſertim quia omne iudicium facit rem dubiam *l. vlt. C. quib. ad libert. proclam. non lic.* & iudicij exitus ſemper eſt incertus *l. quod debetur 51. inf. de pecul.*

Dec. In pendenti quidem eſt durante iudicio Familię erciſcundę, quis ex heredibus rem habiturus ſit in ſolidum, ſed tamen certum eſt totum ius & agendi de ſingulis rebus hereditariis, & nunciandi noui operis ad omnes heredes ſimul & in ſolidum pertinere. Ad ſingulos verò pro portionibus hereditariis: nihil ergo vetat quo minùs pro ſua quiſq; parte poſſit & agere, & opus nouum nūciare. Nam nec iudicium familiæ erciſcundæ dubium facit ius coheredum, vt neque rem litigioſam, quia iudiciū hoc non datur niſi inter eos quos conſtat eſſe coheredes, & qui de proprietate non litigāt, vt ſępius diximus ex *l. 1. §. vlt. l. cum putarem 56. ſup. l. vlt. in fin. C. de litigioſ.* Sic neque poſſeſſori alicuius rei hereditariæ qui à pluribus conuenitur petitione hereditatis prodeſſe poteſt, quod à pluribus conueniatur, quominùs interim cōdemnari debeat ei qui prior intentionem ſuam probauit *l. pen. ſupr. de hered. petit.*

Quod autem hîc Accursius disputat, An pro seruitute siue personali, siue reali vrbana aut rustica nũciari nouum opus possit, nos iam alibi tractauimus ad *l. inter seruitutes supr. vrban. præd.* & ad *l. etsi fortè 6. §. vlt. supr si seruit. vindic.* & latiùs *lib. 19. Coniect. cap. 5.* vbi vide.

b *Et cùm adiudicationes.* Ratio dubitandi. In iudicio quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit inf de pecul. l. delegare 11. §. 1. inf de nouat.* Ergo ius quod vnus ex heredib. pro sua parte agendo acquisiuerit, non potest tanquam hereditarium venire in hoc iudicium, sed tãquam proprium remanere debet penes eum qui egit, nec proinde locus est cautionibus præstandis, vt quæ ex his actionib. præstita fuerint reddantur, aut quæ in eas impensæ factæ fuerint præstentur, potiúsque dicendum esset cogi debere illum qui egisset actionibus suis cedere quasi propriis & ex facto proprio quæsitis non hereditariis, vt in *l. si heris pecuniam 73. inf ad SC. Trebell.*

Dec. Initium cuiusque rei spectãdum est & causa *l. non tantùm 12. inf. ad SC. Maced. l. si procuratorem 8. in prin. mandat. l. 1 §. si seruus deposuit inf. deposit.* Causa autem huius acquisitionis fuit hereditaria, nec tantùm res hereditariæ in hoc iudicium veniunt inter coheredes, sed omnia etiam commoda & incommoda quę ad aliquem ex coheredibus ex causa hereditaria peruenerũt interpositis nimirum in eam rem cautionibus, de quib. in *l. item ex diuerso 19. supr.* Item quę adiudicationibus, quæ cùm tantundem possint ad transferendum, siue dominium, siue ius aliud omne quod habuerit vnus ex coheredibus, quantùm posset cessio etiam in iure facta, vt constat ex Vlpiano in *tit. 19. de acquis. rer.* nullo cessionis auxilio indigent, Cautiones verò hîc interponũtur vt quæ ex his actionibus, siue confessoria, siue per noui operis nunciationem recepta fuerint à coheredibus reddantur, vt lex ait, & quæ in eas actiones impensæ factæ fuerunt à coheredibus præstentur vicissim ab adiudicatario. Nam ante adiudicationem agunt de seruitute pro fundo communi heredes singuli in solidum quod nõ fit sine sumptibus *l. 4. § si fundum. sup. si seruit. vindic. & l. etsi fortè 6. § si ædes. eod.* Sanè si cùm ea res hereditaria esset in iudicio familiæ erciscundæ non fuerit actum eo nomine, certum est actionem integram sequi debere illum ex coheredibus cui res adiudicata fuerit, siue in solidum adiudicata sit, siue pro alia quacunque parte supra vel infra hereditariam: Quoniam, vt proximè diximus, adiudicatio iure facta totius iuris translationem continet *§. vltim. Instit. de offic. iudic.* & seruitus quæ debetur sicuti sequitur prædium ita & prædij possessorem et dominum quemlibet *leg. cùm fundus 12. sup. commun. præd.* nec eò magis partim suo, partim procuratorio nomine ager adiudicatarius tanquam in rem suam procurator cõstitutus, cùm solus sit dominus per adiudicationem factus, Eaq; distinctio vt vnus ex coheredibus solus agat, partim suo, partim procuratorio nomine non nisi in iuribus hereditariis locum habet, in quibus tamen nulla est necessaria cessio *l. 3. sup.* nec proinde quicquam hîc de vtili actione quærendum est quã habet cessionarius suo nomine. Nam adiudicatarius non habet actiones vllas vtiles, sed solàs directas, licèt partim suo, partim procuratorio nomine, quoties aut agit contra creditores hereditarios, aut à creditoribus hereditariis conuenitur *d. l. 3.* quod nec Accurs. benè hîc videtur percepisse, neq; alius quisquã fortasse obseruauit. Adeò confundunt illi adiudicatariũ cum cessionario. Et malè. Nam cessionarius non habet ius nisi ab homine cedente, & quidem alibi quàm in iure, siquidem non loquimur de cessione in iure facta, quam cõstat iure vetere eiusdem potestatis fuisse cuius erat adiudicatio ad dominium & omne ius transferendum, Apud Vlp. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Ideoque nimirum poterat vendi vsusfructus etiam extraneo, non poterat tamen cedi nisi proprietario, vt diximus ad *l. arboribus 12. §. vsufructuarius,* & ad *l. non vtitur 38. supr. de vsufr. ex l. necessariò 8. de peric. & commod. rei vendit. l. si vsufruct. 66. inf. de iur. dot.* At verò adiudicatarius habet ius à lege ipsa 12. tab. quę hunc acquirendi modum per adiudicationem introduxit, licèt interposito iudicis officio. Nemo autem dubitat quìn potentior sit potestas legis, quàm conuentio & voluntas hominis *l. vlt. inf. de suis & legit.* Et ita respondere Accurs. debuit ad *l. quæcunque 11. de oblig. & act.* non distinguere duntaxat voluntariam alienationem ab adiudicatione.

1 ¶Item quæ res a moueri possint, & in iudicia veniant, si interea subreptæ sint: furti agere eos quorum istæ res periculo fuerunt posse.

Ad §. 1. Item quæ res.

a *Item quæ res.* Ratio dubitandi. Rei hereditariæ furtum fieri non potest *l. hereditariæ 68. inf. de furt.* Quia non fit furtum nisi possessionis, hereditas autem non possidet *l. 1. §. Scæuola inf si is qui testam. lib. esse iuss. fu.* Potest autem iudicium hoc accipi inter coheredes etiam qui nondum possident *l. 2. sup. hoc tit. l. pen. inf. tit. prox.* Cùm etiamsi sint heredes, non prius tamen incipiant possidere quàm corporalem rerum hereditariarum possessionem nacti sint *l. cùm heredes 20. inf de acq. poss.* non ergo permittendum est heredibus furti agere priusquàm hereditatis diuisio facta sit.

Dec. Furti actio dari solet omnibus quorum ex iusta causa interest etiam alio iure quàm dominij *l. cuius interfuit 10. & sequenti. l. si vẽdidero 80. inf. de furt.* Maximè verò iis quorum periculo res est *d. l. itaque 12. in princip. eod.* Multò igitur magis competit heredibus, qui cùm iam sint heredes sunt domini *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* licèt nondum possideat, & aliud est tractare de re quæ sit adhuc verè hereditaria, & quam fur subripuerit iacente hereditate, de qua in *d. l. hereditariæ 68. & dict. §. Scæuola.* Aliud verò de re quæ fuerit quidem hereditaria, Sed per aditionem facta sit heredum, cùm iam adsit persona cuius periculo res est, itaque si cui ex heredibus subtracta sit res aliqua hereditaria, quam penes se & suo periculo habebat, danda erit ei actio furti & quidem in solidum cum eo nomine furtum sit, vt cæteris coheredibus in solidum teneatur tanquam cuius culpa factum sit furtum. Culpã enim præstare cogere coheredibus debet *l. & puto 16. §. sed & si dolo & l. prox. supr.* Nec inspicimus cuius interfuit eo tempore, quo furti agitur, sed cuius interfuerit tunc, cùm furtum fiebat *l. inter omnes 46. in princ. & §. hac actio, inf. de furt.* Etsi meo iudicio loquitur hîc

…zed by Google

tur hîc Pomponius de actione furti quæ ante factas adiudicationes proponatur ab eo ex heredibus cuius periculo res fuit. Id enim significat dictio *interea* quæ sic accipienda & repetenda est, ac si scriptum esset si res mobiles (nec enim furtum fieri potest rerum immobilium *l. quam rem 38. infr. de vsucap. § quod autem Inst. eod.*) interea subreptæ fuerint, id est, ante acceptum peractumque iudicium Familiæ erciscundæ, aut Communi diuidundo, factásque in eo adiudicationes, interea quoque furti agere illos posse quorum periculo res istæ fuerunt.

48. PAVLVS libro 12. ad Sabinum.

SI familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, vel finium regundorum actum sit, & vnus ex litigatoribus decesserit, pluribus heredibus relictis: non potest in partes iudicium scindi: sed aut omnes heredes accipere id debent[a], aut dare vnum procuratorem[b], in quem omnium nomine iudicium agatur.

Ad l. Si familia 48.

Ratio dubitandi. Obligationes omnes hereditariæ inter heredes omnes pro hereditariis portionibus diuiduntur *l. 1. § vlt. & tot. tit. C. de hered. act.* atqui in iudiciis quasi côtrahitur *l. 3. § idem scribit. inf. de pecul. l. delegare 11. § 1. l. aliã 29. inf. de nouat.* Ergo si ex pluribus heredibus qui egerũt familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, vel finiũ regundorum, vnus decesserit pluribus similiter relictis heredibus, dicendum est diuidi hanc quoq; obligationem inter heredes defuncti litigatoris vt hereditariam, & debere scindi iudiciũ in partes, vt alias solet, nisi fortè quis imputare velit ei qui pendente iudicio pluribus heredibus relictis decesserit, cur aut decesserit, aut plures heredes reliquerit: quod vtrumq; absurdum est, vt in simili argumentatur Iuriscõsultus in *l. posthumus 6. sup. de inoff. testam.* Dec. Plures heredes vnius heredis eiusdemq; litigatoris, vnius tantùm personæ vice funguntur, nec post acceptum iudicium potest siue morte vnius ex litigatoribus, siue quo alio facto, fatóve deterior fieri cõdicio aduersarij, quia tempus litis contestatæ & accepti iudicij inspiciendum est *l. 2. infr. de vsur. l. vinum 22. de reb. credit. l. si post acceptum 18. & pass. sup. de rei vind.* Fieret autẽ deterior si scinderetur iudicium inter plures vnius heredis heredes, quia durum est plures habere aduersarios, nec debet ex numero & personis heredũ condicio obligationis immutari *l. 2. § ex his de verb. oblig.* ne qui eum vno contraxit in plures distringatur aduersarios *l. & ancillarum 27. § vlt. infr. de pecul.* Quamuis hæc ratio non sit generaliter vera, Alioquin dicendum esset defuncto debitore quolibet pluribus relictis heredibus non esse cogẽdum creditorem suam actionem inter eius heredes quam contra defunctum dirigere in solidũ potuisset, Quod tamen non ita est cùm fiat ea diuisio ipso iure per legem 12. tab. *l. 1. C. si cert. pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* nec iniquo animo ferre hoc creditor debet, qui moriente debitore iacturam debiti sui faceret nisi potestate legis 12. tab. obligatio salua & integra conseruaretur, vt in heredes debitoris transmitti posset, sed ea tamen lege, vt non nisi pro hereditariis in singulos portionib. quoniam nec aliud eos obligat quam hereditas, vt ratiocinatur Paulus in *l. fiat à certu 17. infr. de duob. reis.* Vnde est quòd si debitor sine herede decederet, & sine alio successore, periret actio creditori *l. 1. C. de oblig. & action.* id enim est quod vulgari iactatur prouerbio, Mortem omnia soluere.

a *Accipere id debent*, sc. singuli in solidum, vt cùm agitur de re quæ euincitur defendenda *l. in executione 85. § in solidum. de verbor. oblig.*

b *Vnum procuratorem.* Ratio dubitandi. In his tribus iudiciis familiæ erciscundæ, Communi diuidũdo, & finium regũdorum multò commodius est ad rẽ expediendam dari ab heredib. plures procuratores propter adiudicationes & condemnationes citra quas commodè expediri iudicia hæc non possunt *l. licèt 42. § si plures 6. supr. de procur.* vbi dixi.

Dec. Ita est quantum ad coheredes aut condiuisores inter quos agitur, sed in eorum heredib. aliud est, quoties de priore hereditate tractatur. Alia enim hereditas est heredis quæ inter ipsos quoq; illius heredes alio iudicio separato diuidenda est *d. § si plures.* Alioqui defensio per plures scissa incommodo magno afficeret coheredes *l. 5. § pen. inf. iudic. solui. l. quòd si nolit 31. § si plures. infr. de ædil. edict.* Iunge *l. 1. § vlt. & l. 2. inf. de exercit. act.*

49. VLPIANVS lib. 2. Disputationum.

QVi erat[a] heres ex parte institutus, testatorẽ iussus à prætore sepelire seruum, cui erat testamento data libertas, ideò distraxit: duplámq; promisit: & ex ea cautione conuentus præstitit. Quæsitum est, an familiæ erciscundæ iudicio consequatur, quod ex duplæ stipulatione abest. Primò videamus an hic debuerit duplam cauere. & mihi videtur non debuisse[b], hi enim demum ad duplæ cautionem compelluntur, qui sponte sua distrahunt. cæterùm, si officio distrahentis fungitur, non debet adstringi, non magis, quàm si quis ad exsequendam sententiam à prætore datus distrahat. nam & hic in ea conditione est, ne cogatur implere, quod coguntur hi, qui suo arbitrio distrahunt. nam inter officium suscipientis, & voluntatem distrahentis multum interest. quapropter re quidem integra stipulationem duplæ interponere non debuit. sed decernere[c] prætor debet, esse actori, aduersus heredẽ existẽtem, actionem ex empto, si res distracta fuisset euicta. si autem heredes erit cauit[d], & cauit, & seruus peruenerit ad libertatem: stipulatio committetur. quæ si fuerit commissa: æquum erit[e], vtilem actionẽ ei aduersus coheredem dari delecto iudicio familiæ erciscundæ, ne in damno moretur. nam vt familiæ[f] erciscundæ iudicio agere quis possit, non tantùm heredem esse oportet, verùm ex ea causa agere, vel conueniri, quam gessit, quódq; admisit, posteaquam heres effectus sit, cæterùm cessat familiæ erciscundæ actio. & ideò, si antequam quis sciret se heredem esse, in hereditate aliquid gesserit, familiæ erciscundæ

iudicio non erit locus, quia non animo heredis gessisse videtur. Quare qui ante aditam hereditatem quid gessit, veluti si testatorem sepeliuit, familiæ erciscundæ iudicium non habet. sed si post aditam [h] hereditatem id fecit, consequenter dicemus, familiæ erciscundæ iudicio consequi eum posse sumptum, quem fecit in funus.

Ad l. Qui erat 49.

a *Qui erat*. Lex hæc pluribus sententiis continetur ad quas singulas aptandæ erunt propriæ dubitandi, decidendique rationes.

b *Non debuiss*. Ratio dubitãdi. Si dupla non repromitteretur & eo nomine ageretur dupli condemnãdus esset re° *l. 2. inf. de euict.* Ergo debuit omnimodo hic coheres etiã re integra duplã repromittere.

Dec. Hi demùm ad duplæ repromissionẽ tenentur, qui sponte sua distrahunt. Qui autem ex officij necessitate distrahit non debet attringi, quia semper subueniendum est ei qui non vltrò, sed ex necessitate quid facit *l. alienationes 13. l. si pignori 29. in fi. sup. l. at Prætor 7. §. 1. l. minor 32. in fi. sup. de minor.* Non magis, inquit hîc Vlp. quàm si quis ad exequendã sententiã datus à Prætore rẽ distrahat. Nã nec hic repromittere duplã debet, quia inter officium suscipiẽtis & voluntatem distrahentis multũ interest, ne cui sc. officium suũ sit damnosum *l. videlicet 29. sup ex quib. caus. maior. l. si seruus 61. §. quod vero inf de furt. l. si pignora 50. infr. de euict.* debetq; sufficere emptori quod habeat actionem de euictione contra illum cui solutio proficit *l. si plus 74. §. 1. eo. ti. l. si ob causam 13. C. eo. tit.* nec necesse est vt cum Haloandro legimus *voluntate* pro *voluntatem*. Iunge *l. tutors 20. C. de negot. l. quia redhibito 9. sup. de alien. iud. mut. caus. fact.*

c *Sed decernere*. Ratio dubitandi. Actio ex empto, quæ competit euictione secuta, id est actio de euictione non potest cõpetere nisi cõtra venditorem *l. ex empto 11. inf. de act. empt.* Ergo nõ potest, nec debet Prætor decernere, vt ea actio detur cõtra *heredem existentem*, id est, contra omnem heredem quisquis ille sit. Ponimus enim sepultum fuisse testatorem ante aditam hereditatem, vt sequentia ostendunt.

Dec. Ideò nimirum necessariũ est decretum prętoris non sufficiente ratione iuris communis, nec potest conqueri de huius decreti iniquitate heres, qui non vendidit, cùm perinde haberi debeat, acsi vendidisset, cùm facta sit venditio ex causa nõ tantùm necessaria, sed etiam hereditaria, & iubẽte prętore, Aliud probandũ esset si vnus ex heredib. non à Prætore, sed à testatore iussus fuisset eum sepelire. Tunc.n. totum hoc onus ad eum solum pertineret ex voluntate testantis. Quamuis etiam hoc casu se interponere extra ordinem Prætor deberet *l. etsi quis 14. § si cui. infr. de religios. & sumpt. funer.* Nulla enim actio comparata est in eum qui testatorem sepelire iussus est, nisi de dolo si accepta pecunia funus non duxerit *d. §. si cui*, quamuis ei & in eum cui mandatum est à testatore vt monumẽtum extruat competat eo nomine actio mandati *l. si verò non remunerandi 12. §. vlt. infr. mandat.*

d *Si autem heres errauit*. Ratio dubitandi. Errantis nulla est voluntas *l. sed hoc ita 22. inf. de aqua & aq. plu. arc.* & ideò agenti ex stipulatione, & cautione per errorem interposita opponi potest exceptio *l. 4. in fi. sup si quis caution.* Dec. Error hic non facti est, sed iuris qui neminem excusat: stultúsq; dicitur qui errat in iure, quia potuit consulere petitores *l. regula 9. § pen. inf. de iur. & fact. ignor.* Nõ ergo impedit quominùs interposita stipulatio committatur. Nec est contrarium quod plerisq; iuris locis scriptum est Ex cautione & stipulatione per errorem interposita vel agi non posse, vel si agatur exceptionem aduersus agentem dari debere *l. 4. §. vlt. supr. si quis caution. l. si patronus 20. inf de donat. l. 1. in pr. Vt in poss. legat. l. si postquàm 37. inf de fideiuss* quia iuris error sicuti prodesse nemini debet ita neque nocere *l. iuris 7. & seq. inf. de iur & fact. ignor.* Nam respondendum est non vt vult Accursius speciale esse in certum lẽgum casibus, id est, in iudiciis in vltimis voluntatib. in donationibus & in fideiussionibus. Sed è contrario speciale esse in stipulatione duplę, quoniam prætoria & cautionalis est nouat præcedentem obligationem, & actionem ex empto, quæ nulla interposita stipulatione competeret emptori ad id quod interesset ob euictionẽ *l. ex empto 11. §. vlt. de act. empt. l. 1. §. 1. de prætor. stipulat.* iunct. *l. non solùm 20. inf. rat. rem haber. l. si in venditione 61. de euict.* Atque ita fieret vt si emptori actio de duplæ stipulatione cum effectu non competeret, nulla omnino posset competere: atque ita euincente se in libertate seruo qui fuit vẽditus, maneret emptor in damno, quod esset lõgè iniquius: Et rursus aliud est dicere coheredem hîc non debuisse duplam repromittere, quomodo hîc Vlp. loquitur, id est non potuisse cogi vt promitteret quomodo alij possunt qui vltrò distrahunt. Aliud verò non potuisse. Non debuit quidem si noluisset, secùs quam in aliis fit *l. 2. de euict.* sed potuit si noluit, Neq; rursum magnus error est id facere quod cæteri venditores facere consueuerunt *l. quod si nolit 31. §. quia assidua. de adilit. edict.* Deniq; non cogebatur cauere, sed nec prohibebatur. Azo & Accurs. hinc se euoluere non potuerunt.

e *Æquum erit*. Ratio dubitandi. Æquitas non patitur vt ex facto & errore vnius ex coheredibus alius lædatur, & multò æquius est suum cuique factum nocere quàm alteri *l. factum 155. de reg. iur.* Debet enim sibi imputare coheres, qui ex decreto Prætoris vendidit, non cur vendiderit, sed cur duplum vltrò repromiserit, cùm non teneretur, Ergo sicuti non potest eo nomine habere actionem directam Familiæ erciscũdæ aduersus coheredem, quia non vendidit tanquam heres, sed tanquam iussus à Prętore ante aditam hereditatem, Ita neque vtilem prætextu æquitatis, quæ hoc casu non minùs deficit quam iudicium ipsum Familiæ erciscundæ.

Dec. Iniquum esset morari in damno coheredem, qui à Prætore iussus distraxit, nõ aliàs seruum hunc, qui se in libertatem euicit, distracturus, præsertim cùm in culpa ipse quoque Prætor quodammodo fuerit, qui in venditione imperanda non decreuit, quod pro indemnitate & venditoris & emptoris decernere debuit. Danda igitur est tunc coheredi vtilis actio ex æquitate cùm deficit summum ius, vt in *l. 1. §. item Varus, de aqua & aq. pluu. arc.* Non.n. huic coheredi qui Prætori obtemperauit officium suum damnosum esse debet *d. l. videlicet 29. ex quib. caus maior. d. l. si seruum 61. §. quod verò de furt.*

f *Nam familiæ*. Ratio dubitandi. Familię erciscundę iudicium habet locum inter coheredes, quoties agitur aut de bonis quæ communia sint ex causa hereditaria, aut de præstationibus quæ pendent à causa hereditaria vt inter omnes heredes communicentur omnia commoda & incommoda *l. 1. §. vlt. l. item ex diuerso 19. l. si quid contendit 45. & pass. supr. eod.*

Dec.

Dec. Illud etiam ad familiæ erciscundæ iudiciũ inducendum exigitur, vt quod vnus gessit ex coheredib. in rebus hereditariis gesserit tanquam heres, non futurus, sed iam factus, & post aditam hereditatem. Ergo pro eo quod quis gessit antequàm sciret se heredem institutum, aut etiam posteaquàm id resciuit, ante aditam tamen hereditatem, nõ potest competere iudicium familiæ erciscundæ, quia non potest videri animo heredis gessisse, arg. *l. pro herede* 20. § 1. *infr. de acq. hered.* Iunge *l. & puto* 16. §. *sed & si dolo. supr. eo.* simile aliquid de actione Pro socio vide in *l. si id quod* 58. *in pr. &* §. 1. *infr. pro socio.*

g *Si testatorem sepeliuit.* Ratio dubitãdi. Qui testatorem sepeliuit videri potest pietatis potiùs causa id fecisse *d. l. pro herede* 20 §. 1. *de acq. hered.* ac proinde nõ animo repetendorum sumptuum, nisi de eo expressim protestetur *l. & si quis* 14. §. *plerique. infr. de relig. l. cùm is* 32. § *mulier. de cond. ind. indeb.* nullam ergo actionem habere potest, neq; familiæ erciscundæ, neq; funerariam, de qua in *d. l. & si quis* 14. §. *Labeo ait. infr. de religios.* Dec. Non potest videri pietatis aut donationis causa defunctum sepeliuisse coheres qui à Prętore iussus fuit sepelire, sed potiùs vt obtemperaret Prætori, cui parêre habuit necesse *l. non videntur* 167. §. 1. *de reg. iur.* nec proinde hoc casu fuit necessaria vlla protestatio, Ex eo namque quod fit ex necessitate nunquã potest sumi coniectura voluntatis, cùm potiùs credendum sit eum qui fecit non fuisse facturum si facere non habuisset necesse.

h *Sed si post aditam.*. Ratio dubitandi. Pro sumptib. in funus factis competit actio funeraria etiam non heredi, ac proinde sine vlla distinctione aditæ vel non aditæ hereditatis *l. 1. & tot. tit. infr. de relig.*

Dec. Funeraria, cùm sit actio honoraria & in subsidium duntaxat à Prætore introducta, non habet locum quoties alia competit *d. l. etsi quis* 14. §. *Labeo ait. eod.* præsertim ciuilis, qualis est familiæ erciscundæ quæ ex l. 12. tab. proficiscitur *l. 1. supr.* frustra enim qui ciuilem habet actionem, desiderat honorariam *l. 1. sup. de public. in rem act.*

50. VLPIANVS lib. 6. ad Opinionum.

QVæ pater [a] filio emancipato studiorum causa peregrè agenti subministrauit, si non credendi animo pater amisisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur.

Ad. l. Quæ pater 50.

a *Quæ pater.* Ratio dubitandi. In legitimam portionem quæ debetur filio ex bonis patris imputanda sunt omnia quæ filius à patre habuit, & ex patris substantia quocunq; titulo ex *l. quoniam nouella* 29. *& l. omnimodo* 30 §. *imputari. C. de inof. testam.* Ergo quę pater filio emancipato peregrè agenti studiorum causa subministrauit imputanda sunt in legitimam portionem filij, maximè emancipati, nè melior sit eius condicio quàm cæterorum filiorum qui in potestate manserunt *l. 1. & tot. t. de collat. D. & C.* nec dici potest aut videri pater pietatis causa eos sumptus subministrasse, cum soluto per emancipationem vinculo potestatis ipsum quoq; pietatis vinculum sublatum dicatur in *l. vlt. inf. si quis à parent. manum. sit.* Filius enim per emancipationem extraneus factus intelligitur *l. quinetiam* 53. *in fin. de rit. nupt.*

Dec. Quod pater in liberos erogat etiam studiorum causa, pietatis intuitu facere credendus est potiùs, quàm animo repetendi, & tanquam pater potius, quàm quasi creditor, perinde acsi facta esset erogatio in filiumfamilias, aut à matre quæ non habet liberos in potestate, ex *l. filia* 18. *C. h. t. l. si quis à liberis* 5. §. *si mater. inf. de liber. agnosc. l. donationes* 31. §. *species de donat. l. Nesennius* 34. *de neg. gest. l. vnic. C. de peric. success. parent. lib* 10. *tit.* 61. nec enim emancipatio quæ iuris ciuilis est tollere potest iura naturalia §. *vlt. Instit. de iur. natu. gent. & ciuili.* §. *vlt. Inst. de cap. minut. l. eas obligationes* 8. *sup. eo. tit. tit.* nisi è contrario probetur animo credendi patrem id fecisse. Quo casu non est dubitandum, quin patri obligetur ex hac causa filius emancipatus vt ex alia qualibet, quæ distinctio non cadit in filium retentum in potestate, quia nõ possunt inter patrem, & filiumfamilias constitui obligationes salua patria potestate *l. Imperator* 50 *infr. ad S.C. Treb. l. ne cum filiofamilias* 16. *inf. de furt. l. siue emancipati* 17. *C. de donat.* quãmuis Bart. istos casus non videatur distinguere. Planè interdum præsumendus est pater credendi animo eos sumptus subministrasse, potiùs quàm intuitu pietatis, puta si filius alia quædam bona habuit ex quib. ea pecunia sumptuum sumi potuerit, vt in *l. Nesennius* 34. *supr. de neg. gest.* Non enim facilè videtur quisquam de suo impendisse quod potuit iustè impendere de alieno *l. vlt. sup. de hered. petit. d. l. Nesennius l. cùm de indebito* 25. *de probat.* Alia quæstio est quamuis huic proxima, an quæ pater filio, siue suo, siue emancipato dedit studiorum causa veniant in collationem. Alius enim tractatus est de imputatione, alius de collatione, vt scripsi in *Decad. de erroribus Pragmaticorum*, vbi vide. Aliud rursum est si post mortem patris aliquid impensum sit ob honorem filij etiam cui pater consecerat. Non enim pertinet impensa illa ad onus coheredis *l. etsi filium* 15. *de mun. & honor. l. Lucius* 21 §. *idem respondit heredes ad municip.* Sanè ad hunc tractatum nil pertinet quod adfert Accurs. ex *l. si verò non remunerandi* 12. §. *contrario*, aut potiùs § *inde Papin. in fin. infr. mandat.* Ibi enim coniectura & præsumptio donationis capitur, non ex ratione aliqua pietatis, sed ex alia donatione quæ præcesserat. Efficit enim vna donatio, vt ex altera parte alterius quoque donationis coniectura facilè capiatur.

51. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

FVndus [c], qui dotis nomine socero traditus fuerit, cùm socer filium ex aliqua parte heredem instituerit, per arbitrum familię erciscundę præcipi ita debet, vt ea causa filij sit in qua futura esset, si dos per præceptionem legata fuisset. quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum. qui verò ante litem contestatam percepti fuerint, æqualiter ad omnes heredes pertinebunt, & impensarum [d] ratio haberi debet: quia nullus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat.

Ad l. fundus 51.

a *Fundus.* Ratio dubitandi. Socer cui fundos dotis nomine fuit traditus, si filium suũ eundemq; maritum heredem pro parte instituat, non ideò legat filio dotem per præceptionem, cùm sola institutio non inducat præceptionem, nec ius vllum tribuat nisi pro portione hereditaria. Est enim præceptio species legati nõ institutionis *l. miles ad sororem 75. §. 1. de leg. 2.* Ergo iudex & arbiter familiæ ercíscundæ, qui voluntatem defuncti in omnibus sequi debet, non potest iubere vt filij causa eadem sit quæ esset si pater dotem per præceptionem legasset: Hoc enim esset habere dotem pro legata per præceptionem, atque ita supplere voluntatem quæ testaméto expressa non fuisset. Dec. Dotis præceptio fit semper officio arbitri etiã si à patre nihil de ea præcipienda cautum sit, adeoq; licèt filius hic, idemq; maritus nõ sit institutus, sed exheredatus *l. 1. §. Celsus. inf. de dot. releg.* quia filium sequuntur onera matrimonij *l. si maritus 46. supr.* vbi dixi. Debet autem dos ibi esse vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui 56. §. 1. inf. de iur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* lunge *l. 2. C. hoc tit. l. si filia 20 §. 1. l. Pomponius 35. sup. eod.*

b *Quare fructus.* Ratio dubitandi. Præposterum est vt fructus vili debeantur, antequàm res ipsa cuius sunt fructus, debeatur: cùm ratio præstandorum fructuum ex die litis contestatæ in actione personali non alia sit, quam quia quale quid est cùm petitur, tale dari debet *l. 2. inf. de vsur.* atqui ponimus nihil à patre de dote dictum fuisse, neque de dotis fructib. Et de dote officio arbitri præcipienda tractari tunc tãtùm incipit, cùm fit bonorum diuisio: sufficere igitur filio debet, quod per officium arbitri consequatur dotem, etiam sine fructibus, cùm dos per præceptionem non fuerit legata.

Dec. Officium arbitri tale esse debet, vt perinde iubeat præcipi dotem à filio, atque si ea per præceptionem legata esset. Nam etsi prælegata dos esset filio, legatum tamen ob hanc causam non valeret, quia nullam vtilitatem haberet, vt tractat Accurs. ex §. *ex contrario. Inst. de legat.* nisi quòd eo casu voluntas patris esset aperta, quę hîc obscura est. Atqui eo casu deberentur fructus fundi dotalis ex die litis contestatæ *l. 1. & tot. tit. C. de vsur. & fructib. legat.* adeòque post moram si qua litis contestationem præcessisset *l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras de legat. 2. l. si cui 92. de condic. & demonst. l. in minorum 3. C. de in integr. restit. minor.* Ergo & hoc casu fructus percepti ex fundo dotali post litem contestatam in iudicio familiæ ercíscundæ ad filium redigendi sunt eodem officio arbitri, habita tamen ratione impẽsarum ad colligendos fructus factarum, quia nec aliud in fructib. esse intelligitur, quàm quod deductis sumptibus superest ad redigendos fructus factis, id est, quærendorum, cogendorum, conseruãdorumq; fructuum gratia *l. 36. §. vlt. sup. de hered. petit.* Nullus enim casus interuenire potest qui hoc deductionis genus impediat, vt sequitur in hac lege.

c *Qui verò.* Ratio dubitandi. Fructus percipiuntur iure soli non seminis, & sequuntur ius dominij *l. qui scit 25. §. 1. inf. de vsur.* atqui verum est fructus etiam perceptos ante litem contestatam perceptos fuisse ex fundo dotali, Ergo ad eum pertinere debent ad quem fundus ipse pertinet.

Dec. Fundus hic dotalis quem ponimus ex causa dotis traditum fuisse socero, atque ita iure dominij quæsitum ei fuisse, factus fuit, defuncto socero, hereditarius, Et consequenter fructus ex eo percepti ad omnes heredes tanquam æqualiter dominos iure dominij pertinuerunt, nec causa vlla est cur sint restituendi, cùm ratio quam diximus habere locũ in fructibus post litem contestatam perceptis ex *l. 2. de vsur.* non vindicet sibi locum in exteris qui ante litem contestatam percepti sunt. Siquidem sunt percepti bona fide à coheredibus iustum titulum habentibus, Quæ res facit vt fructus istos suos faciant & lucrentur *l. 4. § post litem. supr. tit. prox.* lunge *l. inter coheredes 44. § fructus. supr. hoc tit. §. & si in rem. versi. illorum Instit. de offic. iudic.*

d *Et impensarum.* Ratio dubitandi. Qui fructus non omnes quos percepit, restituit, potest cum iis quos retinet impensas pro exteris colligendis factas cõpensare, debetq; vt lucrum fructuum cum damno impensarum compensetur ex reg. *l. secundum naturam 10. de reg. iur.* Dec. Nullus casus interuenire potest qui hoc ius deductionis impediat, id est, ne impensas colligendorum fructuum gratia factas ex fructibus deduci necesse sit, Quia deductio illa fit ipso iure, & ex mera necessitate, cùm nihil possit videri esse in lucro, nisi quòd deductis oneribus superest vt deducto damno *l. si à domino 36. §. vlt. sup. de hered. petit. l. sorori 6. § sumptus si pars hered. petat. l. videamus 38. §. antep. infr. de vsur. l. fructus 7. in princ. inf. solut. matr.* præterquam in casu *l. de illo 13. & seqq. inf. pro socio.* Ergo impensarum ratio semper habenda est in præiudicium omnium, ad quos fructus pertinent, & pro rata.

1 ¶Si ego [a] à te hereditatem petere vellem, tu mecum familiæ ercíscundæ agere, ex causa vtrique nostrum mos gerendus est: nam si ego totam hereditatem possideo, & te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed à communione discedere volo: impetrare debeo familiæ ercíscundæ iudicium: quia aliter diuidi inter nos hereditas nõ potest. Item si tu iustam causam habes propter quam per hereditatis petitionem potiùs, quàm familiæ ercíscundæ iudicium, negotium distrahere velis, tibi quoque permittendum erit hereditatem petere. nam quædam veniunt in hereditatis petitionem, quæ in familiæ ercíscundæ iudicio non deducuntur: veluti si ego debitor hereditarius sim, iudicio familiæ ercíscundæ non consequeris id, quod defuncto debuit per hereditatis petitionem consequeris.

Ad §. 1. Si ego.

a *Si ego.* Ratio dubitandi. Iudicia hæc duo petitionis hereditatis & familiæ ercíscundæ habent qualitates & condiciones non modò diuersas, adeoq; contrarias, sed etiam incompatibiles. Nam petitio hereditatis præsupponit eum cum quo agitur non esse heredem, sed tantùm pro herede, vel pro possessore, hereditatem aut rem aliquam hereditariã possidere *l. pro herede 11. & seq. & pass. supr. de hered. petit.* at iudicium familiæ ercíscundæ non datur nisi inter eos quos constet ac in confesso sit esse coheredes *l. 1. § 1. l. cum putarem 36. & seq. supr. hoc tit.* Rursum petitio

petitio hereditatis actio in rem est, quamuis habeat mixtas personales præstationes *l. sed etsi 25. §. antepen. sup. de hered. pet. l. hoc edictalis 7. C. eod.* At familiæ erciscundæ totam in personam, quamuis mixtam eam esse tam in rem quàm in personam scriptū sit in *§. quædam. Inst. de action.* quem locum nos emendauimus *lib. 20. tit. 10.* Denique iudiciū petitionis hereditatis simplex est, Familiæ erciscundæ duplex *l. inter coheredes 44. §. qui familiæ. sup. hoc tit.* Denique differunt valde in fructibus ante litem contestatam perceptis, vt contra Accursium disputauimus ad *d. l. inter cohæredes 44. §. fructus. sup. hoc tit.* Non igitur fieri potest, vt si ex duobus heredibus velit vnus agere Petitione hereditatis, alius familiæ erciscundæ morē vtriq. gerat, Prætor, cōtrarias dictādo actiōes.

Dec. Ita quidem est regulariter, sed ex causa fieri potest, vt aliter obseruandum sit. Quædam enim veniūt in petitionem hereditatis quæ nō veniunt in iudicium familiæ erciscundæ, puta vt cogatur heres soluere quod debet tanquam debitor hereditarius. Nec enim nomina debitorum in hoc iudicium veniunt *l. 2. §. vlt. & l. 3. sup.* & contra in iudicium Familiæ erciscundæ venit diuisio ipsa hereditatis quæ in petitionem venire non potest, vt Iulian. in textu eleganter & apertè explicat. & in *l. non possumus 7. sup. si pars hered. petat.* quæ sumpta est ex eodem Iuliani libro 8. Digestorum. Proinde non sunt hæc iudicia incompatibilia quoties diuersis respectibus & ad diuersos fines instituuntur, licèt inter easdem personas. Habentq; tam multa similia vt Senatusconsultum quod de petitione hereditatis factum est etiam in familiæ erciscundæ iudicio locum habeat, ne res absurda sit vt quæ peti nō possunt diuidi non possint *l. sed etsi 25. §. pen. sup. de hered. petit.* quod tamen quomodo accipi debeat, nos ad eum locum docuimus.

52. IVLIANVS libro 2. ad Vrseium Ferocem.

MÆuius[a] qui nos heredes fecit, rem communem habuit cum Attio. si cum Attio communi diuidundo egissemus, & nobis ea res adiudicata esset: venturam eam in familiæ erciscundæ iūdicio, Proculus ait.

Ad l. Mæuius 52.

a *Mæuius.* Ratio dubitandi. Non solent nec facilè possunt duo hæc iudicia Communi diuidundo & Familiæ erciscundæ in vnam eandemq; rem concurrere, quia cōpetunt ex diuersis causis, & quamuis post institutum familiæ erciscundæ iudicium possit agi communi diuidundo si quædam res hereditariæ indiuisæ relictæ sint *l. si filia 20. §. familiæ supr.* tamen difficilius est vt eius ipsius nomine pro qua communi diuidundo iam actum sit, iterum familiæ erciscundæ agi possit. Quidni enim potérat inter eos iudicium communi diuidundo sufficere?

Dec. Fundus hic, de quo agimus, cōmunis fuit, inter Attium & Mæuium, cui tu & ego heredes extitimus, sed communis ex causa non hereditaria, ideoq; inter nos tanquam Mæuij heredes & Attiū diuidēdus fuit eo prorsus iure quo, si inter Attium & Mæuium ipsum diuidendus fuisset, Ergo per iudicium communi diuidundo, quia pro re communi ex alia causa quàm hereditaria iudicium Familiæ erciscundæ locum habere non potest *l. si quid cōtendit 45.* quamuis è contrario res cōmunes ex causa quoque hereditaria possint diuidi per iudicium Communi diuidūdo si fortè coheredes à quaruundam duntaxat rerum, non etiam à totius hereditatis cōmunione velint discedere *l. 4. in pr. tit. prox. sup.* at postquàm ea diuisio inter nos & Attiū facta est, Ita tamen vt tota nobis res adiudicata fuerit, res illa manet adhuc inter nos communis tota, adq; ex causa hereditaria, etiā pro parte quæ fuit Attij, quānis ab initio non fuerit illa hereditaria. Cur enim fuit nobis totus fūdus adiudicatus, nisi quia sumus heredes Attij? Ergo si eam diuidere velimus cū tota reliqua Attij hereditate, necessarium est iudicium Familiæ erciscundæ, manco in eam iā iudicio communi diuidundo, cui sc. nunquam locus est pro diuidenda hereditate *d. l. 4.* sed tantùm pro diuidēdis bonis quę communia sunt ex causa qualibet. Quāuis pro rebus diuidēdis quæ sunt cōmunes ex causa hereditaria frequētiùs accipi soleat iudiciū familię erciscundæ, sed cum hoc incommodo quòd si iam actum sit familiæ erciscundæ, & indiuisum aliqnid relictum fuerit, recurrendū est ad iudiciū cōmuni diuidundo, quia familiæ erciscundę iudicio nisi semel agi non potest *d. §. familiæ.* Cōmuni diuidundo sæpius potest *d. l. 4. §. hoc iudicium.* & ita benè Proculus sensit Venire hanc rem in iudicium familiæ erciscundæ, quod sc. inter nos acceptum sit non de hac re sola sed de tota hereditate, vt in hoc iudiciū veniant omnia quæ pertinent ad hereditatem.

1 ¶Seruus[a] liber & heres esse iussus, id quod ex rationibus, quas patrifamilias gessisset, & penes se retineret, iudicio familiæ erciscundæ coheredibus suis præstabit.

Ad §. 1. Seruus.

a *Seruus.* Ratio dubitandi. Quod seruus redegit ex Rationibus dominicis, quas patrefamilias viuo gessit, non redegit, nec habet hodie tanquam heres, etiamsi penes se tuū id retineat, sed potius tāquam seruus, qui porrò post adeptam libertatem ex antegesto teneri non potest *l. 1. & pass. C. an seruus ex suo fact. post manumiss. teneat.* aut si teneretur, vtique cùm gestionis suæ rationem alij heredi cuilibet reddere deberet, Ergo non potest ex hac causa competere actio familiæ erciscundæ, sed potiùs negotiorū gestorum si Africano credimus in *Lem qui in prouincia 41. infr. de reb. cred.* Dec. Moriēte patrefamilias peculia omnia conuertuntur in hereditatem & fiūt hereditaria *l. certi iuris 13. C. h. t.* Cùm igitur hic seruus liber & ex parte heres scriptus sit, & habeat penes se peculium factum iam hereditarium, nihil causæ est cur non debeat id quod supra suam partem habet iudicio familiæ erciscundæ coheredibus suis præstare, non propter suam gestionem, Sed quia verum est eum rem hereditariam & communem possidere, & quidem iure heredis, cùm negari non possit quin defuncti fuerint illa quæ viuo eo gessit hic seruus, & habuit in peculio. Aliud iuris est in his quæ hic seruus post domini mortē quam ignorabat gessit & acquisiuit. Nec enim videri potest gessisse tanquam heres qui neque se heredem neq; dominum defunctum esse sciebat. Ideoq; nec venire possunt illa in hāc actionem familiæ erciscundæ *l. & puto 16. §. sed etsi dolo. l. qui erat 49. vers. cæterum. sup. hoc tit.* sed in actionem negotiorum gestorum *d. l. eum qui in prouincia.*

2 ¶Arbiter familiæ erciscundæ inter me,& te sumptus: quædam mihi, quædam tibi adiudicare volebat: pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat. quæsitum est, an possit, pensatione vltrò citroq; condemnationis facta, eum solum, cuius summa excederet eius duntaxat summæ, quæ ita excederet, damnare. & placuit, posse id arbitrum facere.

Ad §.2. Arbiter.

Ratio dubitandi. Non possunt in hac specie fieri mutuæ adiudicationes, quin mutuæ condemnationes fiant *l.1. in fi. l. si pignori 19. & pass. sup.* Ergo non bene officio arbitri functus videtur hic arbiter, qui adiudicationes mutuas fecit, nullis factis mutuis condemnationibus eorum duntaxat ex heredibus alteri condemnauit, nec potest valere sententia pro mutuis adiudicationibus si mutua condemnatio sit omissa *l. in hoc iudicio 27. supr.*

Dec. Nihil interest an arbiter condemnationes mutuas fecerit, an verò eas compensauerit, condemnato eo, qui in maiorem quantitatem condemnandus fuerat in illam duntaxat summam quæ excedit. Videtur enim arbiter vtrumque heredē hoc casu condemnasse breui manu, adeoq; quod magis est condemnationis executionem fecisse per compensationem cùm compensatio vim solutionis obtineat *l. si ambo 10. §.1. & pass. infr. de compensat.* nec quicquam vetat compensationem fieri ab arbitrio, & à iudice perinde atque à litigatoribus. Id enim est quod dici solet factum iudicis esse factum partis *l. si ob causam 13. C. de euict. l.1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* & sicut in contractibus priuatorum, ita & in sententiis iudicum potest celeritate coniungendarum actionum vna occultari *l.3. §. sed si debitorem. inf. de donat. int. vir. & vxor.* Nam & publicè interest quàm citissimè fieri potest mandari sententiam executioni, in qua scilicet totus sententiæ vigor consistit *l. pen. C. de exec. rei iudic.* ne alioqui fiant de lite lites *l.4. §. ait Prætor. infr. de re iudic.* Nam & ipsius quoque executionis non minùs quàm iudicij euentus potest esse incertus *l. quod debetur 51. infr. de pecul.* Sic in *l. si quis putans 6. §. si fundus, & seq. infr. tit. prox. l. ad officium 3. C. eod. ill. tit.* ibi *compensatione precij inuicem facta eoq; cui res maioris precij obuenit cæteris condemnato.* Iunge *l. vlt. §. pen. C. de iur. dot.*

3 ¶Cùm familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo agitur: vniuersæ res æstimari debent: non singularum rerum partes.

Ad §.3. Cùm familia.

Ratio dubitandi. Eadem est proportio partis ad partem quæ totius ad totum *l. quæ de tota 76. supr. de rei vindic.* Ergo nihil videtur interesse, an singularum rerum hereditariarum partes, an vniuersæ res hereditariæ æstimentur.

Dec. Hoc iudicium non datur directò ad res singulas hereditarias diuidendas, sed ad familiam, id est, hereditatem ipsam erciscundam, quo nomine collectiuo, siue vniuersitatis, siue familiæ vniuersæ res hereditariæ significantur, non singulæ, Vniuersæ ergo res æstimari debent, non singulæ, seu singularum rerum partes. Nam & pluris esse solet res tota quatenus tota quàm sit pars quatenus pars, vt hîc Accursius ratiocinatur ex *l.1. C. comm. diuid.* propter incommoda scilicet communionis, quæ non tollitur nisi factis demùm & discretis partibus, & quidem diuisione corporum, non solo iuris intellectu, vt ait *l. Mæuius 66. §. duorum. de leg. 2.* Iudicium autem Communi diuidundo licèt non tam generale sit, quia ad hereditatem non pertinet, tamen ad res ipsas solidas diuidendas pertinet non ad earum partes. Et ideò ęstimari vniuersæ res debent in hoc quoque iudicio nō singularum rerum partes. Vniuersas ergo res dixit hîc Iulianus pro integris, non pro aliqua vniuersitate, siue iuris, siue alia quæ plures res distinctas sub se contineat.

53. VLPIANVS lib. 8. Responsorum.

PEcuniam, quam filius emancipatus ita credidit vt patri solueretur, ita demùm in hereditatem patris numerari, si patri aduersus filium eiusdem quantitatis nomine actio competebat.

Ad l. Pecuniam 53.

Ratio dubitandi. Quod patri solui debuit ex cōtractu filij emancipati, hereditatem patris auxisset si solutum fuisset. Ergo haberi debet hereditarium, in præiudicium maximè filij emancipati, cui nulla in eo videri potest facta iniuria, cùm semel voluerit & consenserit *l. in diem 9. §.1. de aqua & aquæ pluuiæ arcenda.*

Dec. Nemo ideò fit locupletior, quod ei soluatur aliquid, si quod per eam solutionem accipit, alij cogatur reddere. Nec enim videtur quis cepisse quod alij restituere cogitur *l. aliud est capere 71. de verbor. sign. l. non videtur 51. de reg. iur.* Atqui in proposita specie quod patri solui potuit ex contractu filij emancipati, si pater accepisset, posteà filio suo restituere debuisset, nisi eo nomine aliquam actionem habebat contra filium emancipatum, vel personalem ex contractu aliquo per quàm potuisset eum cogere ad solutionem, vel in rem si fortè pecunia erat patris, quomodo interpretatur Accurs. Quod enim ex alieno contractu mihi soluitur, cogor reddere actione mandati, nisi accipiam in solutum aut tanquam mihi debitam, aut quo alio iure, vt in *l. certi condictio 9. § penal. de reb. credit. l. eum qui 56. §. qui sibi. de verb. oblig. l. qui res 98. §. qui stipulatus est. infr. de solut.* Distinguendum igitur necessariò est, an pater habuerit aliquam actionem contra filium emancipatum pro ea summa quæ ex filij contractu solui patri debuit, an verò nullam: vt priore casu pecunia illa censeatur hereditaria. Ideoq; veniat in iudicium familiæ erciscundæ. Posteriore autem casu non item.

14. Ni-

54. NERATIVS libro 3. Membranarum.

EX hereditate [a] Lucij Titij, quæ mihi, & tibi communis erat, fundi partem meam alienaui, deinde familiæ erciscundæ iudicium inter nos acceptum est. neque ea pars, quæ mea fuit in iudicio veniet: cùm alienata de hereditate exierit: neque tua, quia, etiamsi remanet in pristino iure, hereditariàque est, tamen alienatione meæ partis exit de communione. vtrum autem vnus heres, partem suam non alienauerit, an plures nihil interest: si modò aliqua portio alienata ab aliquo ex heredibus hereditaria esse desiit.

Ad l. Ex hereditate 54.

a *Ex hereditate.* Ratio dubitandi. Etiamsi vnus ex heredibus partem suam indiuisam fundi communis & hereditarij alienauerit, alia tamen pars quæ alienata non est, mansit in eadem causa, id est, hereditaria. Ergo pro eo saltem parte accipi potest iudicium familiæ erciscundæ inter coheredes.

Dec. Alienatione quam vnus fecit partis suę alia pars exiit de communione, quia non potest pro vlla parte ad eum pertinere, qui iam partem suā vendidit *l. cùm partem 77. §. libertis de legat. 2.* Porrò vt veniat res aliqua in hoc iudicium familiæ erciscundæ non satis est vt sit hereditaria, sed præterea necesse est vt sit communis. Ergo si ex pluribus quàm duabus partibus vna vel minima alienata sit, perinde dicendum est cæteras quamuis maneant hereditariæ, quia tamen non remanent communes, non venire in hoc iudicium, scilicet vt diuidantur. Venient tamen in hoc iudicium vt eis solis dentur qui non alienauerunt *l. heredes 25. §. si testator sup. hoc tit.* vbi diximus, & illum §. ex hac lege interpretati sumus.

55. VLPIANVS libro 2. ad Edictum.

SI familiæ [a] erciscundæ, vel communi diuidundo iudicium agatur, & diuisio tam difficilis sit, vt pænè impossibilis esse videatur: potest iudex in vnius personam totam condemnationem conferre, & adiudicare omnes res.

Ad l. Si familia 55.

a *Si familiæ.* Ratio dubitandi. Cùm plures sunt heredes tantundem iuris habet vnus pro portione sua hereditaria quantum alius in rebus singulis hereditariis. Ergo malè officio suo fungitur arbiter, si vni res omnes hereditarias adiudicet, & alium solum condemnet. Debent enim adiudicationes & condemnationes esse mutuæ. Adeò vt si in quorundam personis factæ sint, in aliorum verò omissæ nullius momenti sit sententia *l. in hoc iudicio 27. sup hoc tit.*

Dec. Potest arbiter in hoc iudicio facere multas compensationes *l. fundus 52. §. pen. sup.* Igitur potest adiudicationes compensare cum condemnationibus, vt quem condemnat ad aliquid præstandum coheredi, tantò minùs ei adiudicare videatur, & è contrario ei cui condemnat coheredem tantundem adiudicare, in æstimatione scilicet non in corporibus bonorum, sed hoc non nisi ex necessitate fieri debet, id est si alia diuisio fieri non possit, aut quia sit omnino impossibilis, aut quia commodam diuisionem res non recipiat, vt lex ait ex Iustin. in §. *eadem vers. quòd si commodè instit. de offic. iudic.* & ex *l. ad officium 3. commun. diuid.*

56. PAVLVS libro 13. ad Edictum.

NOn solùm in finium regundorum, sed & familiæ erciscundæ iudicio præteriti quoque temporis fructus veniunt.

Ad l. Non solùm 56.

Ratio dubitandi. In iudicio finium Regundorum non veniunt fructus nisi qui post litem contestatam percepti sunt *l. 4. §. post litem sup. tit. 1.* Nam qui malè percepti sunt siue bona siue mala fide non veniunt in illud iudicium vt eo loco scriptum est. At in hoc iudicium familię erciscundæ veniunt fructus, etiam qui ante aditam hereditatem percepti sunt, dummodò ab eo qui sciuit se heredem *l. inter coheredes 44. §. fructus supra.* Ergo non est bona comparatio nec eadem ratio istorum iudiciorum.

Dec. Bona comparatio est quod ad fructus præteriti temporis à die litis contestatæ perceptos, sed pro fructibus ante iudicium perceptis differunt. Et plenius est iudicium familiæ erciscundæ tanquam quod propiùs accedit ad petitionem hereditatis quæ est vniuersale iudicium quàm actio finium regundorum quæ pro rei vindicatione ac speciali in rem actione est *l. 1. sup. tit. 1.*

57. PAPINIANVS libro 7. Responsorum.

ARbitro quoque accepto, fratres communem hereditatem consensu diuidentes, pietatis officio funguntur, quam reuocari non oportet, licet arbiter sententiam iurgio peremptoriam non dixerit, si non intercedat ætatis auxilium.

Ad l. vlt. Arbitro.

Ratio dubitandi. Quidquid fit pendente lite sine authoritate iudicis, nullius videtur esse momenti tanquam factum in spretum iudicis, & vt pragmatici loquuntur per viam attentati *tot. tit. C. vt lit. pend.* Maximè cùm iudicium tale est in quo agitur de proprietate per quod contrahi solet etiam vitium litigiosi *l. 1. & tot. tit. C. de litig.* Ergo si post acceptum inter fratres arbitrum familiæ erciscondæ diuisio hereditatis inter eos fiat, inconsulto ar-

bitro, non poterit valere quominùs reuocari possit, nisi postmodùm confirmata sit per arbitrum qui sententiam dixerit, præsertim cùm in hereditariarum rerum diuisione fiant vt plurimùm adiudicationes, per quas dominium transfertur *§. vlt. Inst. de offic. iud.*

Dec. Pietatis officio funguntur fratres si paternam hereditatem diuidant aut nullo accepto arbitro aut accepto quidem eo, sed præueniendo sententiam arbitri, nec vereri debet vt prætorem aut arbitrum contempsisse videantur. Quid enim aliud agebat prætor aut arbiter nisi vt inter eos diuisio fieret, & eorum controuersiæ dirimerentur? Quòd si sponte fecerint, tantò magis ratum id haberi debet *l. 1. §. inde quæritur infr. de oper. noui nunciat.* Neque rursus fieri potest vt iurgio perempto sententiam dicat arbiter. Nec enim ferri sententia queat, nisi inter litigatores, quamuis si inter eos conuenerit quod pronuntiandum sit, Iudex id sequi debeat *l. si conuenerit 26. infr. de re iud.* Quamuis autem diuisio alienationis speciem quandam contineat *l. 1. C. comm. vtr. iudic.* Cùm tamen sit alienatio necessaria, non contrahitur per eam vitium litigiosi *l. alienationes 13. sup. l. vlt. in fin. Cod. de litigios.* Præsertim cùm in hoc iudicio non disputetur de dominio cuius sit, sed tantùm in quem transferri debeat siue per diuisionem partium æqualium, siue per adiudicationes ques in hoc iudicio fieri necesse est, Ergo diuisionem à fratribus etiam inconsulto arbitro factam reuocari non oportet, sed tantùm habere authoritatis, quantum si per arbitrum facta esset *Nisi intercedat ætatis auxilium*, inquit lex. Nam si alter ex fratribus sit minor 25. annis, & læsum se probet, poterit vtique restitui contra diuisionem periode ac contra alium quemlibet contractum, *Tot. titul. Cod. si aduers. transact. vel diuis. l. ait Prætor 7. in princip. l. si minor 34. §. 1. & pass. sup. De Minor.*

COMMVNI DIVIDVNDO.

TIT. III.

1. PAVLVS lib. 13. ad Edictum.

COMMVNI [a] diuidundo iudicium ideò necessarium fuit, quòd pro socio actio magis ad personales [b] inuicem præstationes pertinet, quàm ad communium rerum diuisionem. Denique cessat communi diuidundo iudicium, si res communis non sit.

Ad l. Communi 1.

a *Communi.* Ratio dubitandi. Non sunt multiplicandæ actiones nisi quateous necesse est *l. 1. & seqq. l. quia actionum 11. inf. de præscr. verb.* Sicut & Philosophi dicunt non esse multiplicanda entia, atqui inter socios comparata est actio pro socio, quæ proprium nomen habet ex contractu proprio. Non fuit ergo cur hæc quoque actio Communi diuidundo induceretur saltem inter eos qui rem communem habent ex causa societatis, inter quos tamen constat perinde illam locum habere, atque inter eos qui rem sine societate communem habent *l. vt sit 31. & l. quibus casibus 34. inf. pro socio.*

Dec. Actio pro socio non habet locum, nisi inter eos qui sunt socij tractatu habito *d. l. vt sit & seq.* Ergo necessaria fuit actio Communi diuidundo saltem quantum ad eos inter quos citra societatem res est communis, sed & inter socios necessaria est actio hæc, quia actio pro socio non nisi ad personales præstationes pertinet, & ad dissoluendam societatem, adeoque ad communicandas res quæ nondum sunt communes *l. si quis societatem 74. infr. Pro socio*, potiùs quàm ad rerum communium diuisionem faciendam: hæc autem actio communi diuiduodo non nisi ad res singulas diuidendas, quia nemo inuitus cogitur manere in communione *l. vlt. Cod. eod. tit.* propter discordias quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater 77. §. dulcissimis inf. de legat. 2. l. in re cõmuni 26. vrban. præd.* Proinde si res communis non sit cessat Communi diuidundo iudicium, quod & ipsum actionis nomen demonstrat, Nisi communis esse desierit, quæ aliquando fuisset, puta si interciderit, & tamẽ adhuc locus sit quibusdam præstationibus. Tunc enim superest iudicium Communi diuidundo, sed vtile non directum, propter illas præstationes *l. sed postquàm 9. l. in summa 11. inf. hoc tit.* Itémque si res communis quidem sit, sed cum alio quàm cum quo esse putabatur, vt in *l. si quis putans 6. in prin. infr.*

b *Ad personales.* Ratio dubitandi. Etiam actio Cõmmuni diuidundo habet suas personales præstationes non minùs quàm actio pro socio & familię erciscundę *l. item Labeo 22. §. familiæ supr. tit. c. l. 3. infr.* Ergo non in hoc differt ab actione pro socio.

Dec. Longè ampliores sunt præstationes personales quæ fiunt in actione Pro socio, quàm quæ in hoc iudicio Communi diuidondo, quia nascitur ex contractu ea actio. Ideóque latiùs patet quàm hæc, quæ non nisi ex quasi contractu & ex ipsius rei communione proficiscitur *§. item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quas. delict. nasc.* Quare nec præstationes alias admitti quàm si quid damni in rebus communibus datum factúmve sit, aut si quid eo nomine abest, alicui condiuisorum aut ad aliquem ex ipsis peruenit aliqoid ex re communi *d. l. 3. infr.* Quod in actione pro socio non ita est, & idcirco potest illa exerceri etiam post propositam actionem Communi diuidundo tanquam pleoior in plerisque, & in eo maximè quod etiam nominum rationem habet. Minùs tamen plena in hoc quòd adiudicationes nullas admittit *l. si actum sit 43. inf. pro socio.* Nec enim lex duodecim tabularum adiu-

adiudicationes induxit nec fieri passa est nisi in tribus illis iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuiduodo, & Finium regundorum *§. vlt. Instit. de offic. iudic.*

2. GAIVS libro 7. ad Edictum Prouinciale.

Nihil autem[a] intereſt, cum ſocietate, an ſine ſocietate res inter aliquos communis ſit: nam vtroque caſu locus eſt communi diuidundo iudicio, cum ſocietate res communis eſt, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: ſine ſocietate communis eſt, veluti inter eos[b], quibus eadem res teſtamento legata eſt.

Ad l. Nihil autem 2.

a *Nihil autem.* Ratio dubitandi. Imò multum intereſt an inter aliquos res ſit communis ſine ſocietate an cum ſocietate, vt apparet ex iis quæ proximè diximus ex *d. l. vt ſit 31. & ſeqq. & l. ſi actum ſit 43. Pro ſocio.*

Dec. Nihil intereſt quantum ad hoc de quo nūc agimus, id eſt, vt per actionem communi diuidundo res communis diuidatur, licèt quantum ad cætera multum interſit. Adde nihil ſimiliter intereſſe an res ſit communis ex cauſa hereditaria an ex alia, Quoniam res quoque hereditariæ per actionem Cōmmuni diuidundo periode atque aliæ diuidi poſſunt ſi forrè de quibuſdam rebus duntaxat non de tota hereditate diuidēda cogitetur, nec velit vnus ex heredibus tam facilè amittere iudicium Familiæ erciſcundæ quod non niſi ſemel dictari poteſt. Non æquè poſſis dicere iudicium familiæ erciſcundæ accipi poſſe pro re quæ ſit communis ex alia cauſa quàm hereditaria. Itaque latiùs patet iudicium hoc Communi diuidundo quàm Familiæ erciſcundæ, & ſe habent quodammodo vt genus & ſpecies. Per vtramque enim res communes diuiduntur, ideoq́ue iudicia diuerſoria appellantur, Sed per iudicium Communi diuidundo res omnes quæ communes ſunt ex quacunque cauſa poſſunt diuidi. Per iudicium verò familiæ erciſcundæ non niſi res hereditariæ. Dixi ad *l. inter coheredes 44. in princip. ſupra tit. prox.* & ad *l. 4. infra hoc tit.*

b *Veluti inter eos.* Ratio dubitandi. Poteſt fieri vt duo pariter, id eſt, ſimul emant, nec tamen in ea re ſocij ſint, ſcilicet ſi emerint alio animo quàm contrahendæ ſocietatis, licèt non poſſint emere alio animo quàm contrahendæ communionis. Nimirum communio nomen generis eſt, ſocietas ſpeciei: Omnis ſocietas communio eſt, ſed non è conuerſo omnis communio, ſocietas.

Dec. Ponimus rem hanc à duobus pariter emptam fuiſſe tractatu habito, id eſt acto eo, vt ſocietatis contrahendæ gratia res emeretur *d. l. vt ſit 31. & ſeq. Pro ſocio.* Nam & idem euenit in aliis contractibus qui fiunt conſenſu *Inſtit. de oblig. quæ conſenſ.* Alioqui vix eſt ſanè, vt duo pariter emant quin animum habeant cōtrahendæ in ea re ſocietatis: Cùm neceſſe ſit eos non tantùm cum venditore, ſed etiam inter ſe contrahere & conſentire, vt conueniant in precio, quod vnius venditionis vnicum eſſe neceſſe eſt *l. pacta conuenta 72. de contr. empt.* Aliud eſt ſi duobus eadem res à teſtatore legata ſit, Cùm dominium rei legatæ nunquam factum heredis tranſeat recta via à teſtatore in legatarium *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. inf. de fruct.* & acquiratur legatariis etiam ignorantibus *l. cùm pater 77. §. ſurdo de leg. 2. l. filius familias 16. § Marcellus*, ſecundum emendationem quam nos ad eum locum attulimus *inf. qui teſtam. facer. poſſ.*

1 ¶In tribus[a] duplicibus iudiciis, familiæ erciſcundę, communi diuidundo, finium regundorum, quæritur, quis actor intelligatur, quia par cauſa omnium videtur: ſed magis placuit, eum videri actorem, qui ad iudicium prouocaſſet.

Ad §. 1. In tribus.

a *In tribus.* Hæc tria iudicia familiæ erciſcundæ, Communi diuidundo, & finium regundorū ideò duplicia dicuntur, quòd in iis par ſit & æqualis omnium cauſa, quoniam & omnes & ſinguli æquè ſunt & actores & rei *l. iudicium 10. ſup. finium regund. l. 2. § in familiæ l. inter coheredes 44. §. qui familia ſup. tit 1.* Vbi autem par plurium perſonarum cauſa eſt, dici non poteſt, quid actoris partibus fungi magis debeat, aut quis rei, Quomodo de pluribus obligationibus ſcriptum eſt, tales aliquando eas eſſe vt non poſſit diſcerni vtra maior ſit aut minor in *l. ſi reus 13. de duobus reis l. ſi duo 93. ad fin. de ſolut.*

Dec. Ideò nimirum nihil melius aut iuſtius dici poteſt, quàm vt actoris partibus fungi debeat is, qui prior ad iudicium prouocat, Rei verò is, qui prouocatur. Ergo ſi ambo pariter & ſimul ad iudicium prouocent ſorte res dirimenda neceſſariò eſt *l. in tribus 13. & ſeq. ſup. de iudic.* vbi dixi, & ad *l. qui appellat 29. eod. tit.*

3. VLPIANVS libro 30. ad Sabinum.

In communi[a] diuidundo iudicio nihil peruenit vltra diuiſionem rerum ipſarum, quæ communes ſint: & ſi quid in his damni datum factúmve eſt: ſiue quid eo nomine aut abeſt alicui ſociorum, aut ad eum peruenit ex re communi.

Ad l. In communi 3.

a *In communi.* Ratio dubitandi. Iudicium communi diuidundo in eo maximè differt ab actione *Pro ſocio*, quòd illa pertinet ad præſtationis perſonalis, magis quàm ad rerum communium diuiſionem *l. s. ſupra.* Ergo è contrario actio communi diuidundo ad rerum tantùm diuiſionem pertinet, non etiam ad præſtationes vllas perſonales.

Dec. Sunt quædam præſtationes perſonales quæ ex ipſa rei communione immediatè proficiſcuntur & cōmunionem ipſam neceſſariò conſequun-

tur, id est lucra & damna quæ in re communi obtigerunt *l.4.§.sicut autem. l.et si non omnes 8.§.venit autem l.in hoc iudicium 14.§.1. inf. hoc tit. l.4. in fin. C.eod.* Iunge *l.si in re communi 19.sup.de noxal.action.*

1 ¶Si quid ipsi [a] sine dolo malo inter se pepigerunt: id in primis & familiæ erciscundæ, & communi diuidundo iudex seruare debet.

Ad §.1. Si quid ipsi.

a *Si quid ipsi.* Ratio dubitandi. Quod condiuisores inter se pepigerunt etiam sine dolo malo, ad causam communionis non pertinet, sed pendet ab ipsorum voluntate & conuentione, Non ergo venit in hoc iudicium Communi diuidundo, Nec similiter in iudicium familiæ erciscundæ, cùm in vtroque agatur duntaxat de rerum communium diuisione *l.1.sup.*

Dec. Iudicia hæc sunt bonæ fidei, & ideò insunt iis exceptiones pacti ipso iure *l.1.inf.de rescind.vendit.* Debet igitur Iudex & arbiter in his iudiciis datus pacti habere rationem, & secundùm id quod bona fide placuit adiudicationea & condemnationes facere etiam quas alioqui non fecisset. Dum ne quid dolo malo fecerint, paciscendo aut contra leges aut contra bonos mores: hæc enim nunquam à prætore rata habentur *l. iurn gentium 7. §. ait prætor sup.de pact.* iunct. *l. in hoc iudicium 14.§. si conuenias inf. hoc tit.* Nec distinguemus an huiusmodi pactum sit vallatum stipulatione vel traditione, vt in *l.diuisionis 45.sup.eod tit.de pact.* Non enim dicimus valere pactum hoc ad agendum, neque ad excipiendum, quomodo interpretatur Accursius, sed tantùm inducere officium arbitri, cuius nimirum adminiculo indiget, vt loquitur *l.2.C.de inoff.donat.* Qui etiam videtur esse sensus *l.si diuisionem 15.C famil.ercisc.* Sed intellige si modò voluntas condiuisorum quæ fuit ante acceptum iudicium posteà quoque duret, vt in *l.iudicem 21.inf.hoc tit.* Idq; conuenit cum eo quod scriptum est in *l.si conuenerit 26.de re iudic.* Alia ratio & sententia est *l.vlt. sup.tit.prox.* Itaq; non est distinguendum an pactum adhibitum sit incontinenti, an ex interuallo quamquam non video, quomodo possit pactum fieri incontinenti inter coheredes, inter quos nullus contractus præcesserit. Nam, vt maximè fiat durante communione, non ideò tamen potest videri factum incontinenti, vt non malè ratiocinatur Accursius, Nisi ponas factum esse incontinenti post traditionem aut stipulationem cùm pactum diuisionis traditione vel stipulatione vallatum est, vt in *d.l.diuisionis.* Tunc enim seruandum esset data actione vt cætera quæ in traditionibus fiunt *l.in traditionibus 48.eod.tit.* Sed non pertineret pactum illud ad officium arbitri familiæ erciscundæ, quod post factam diuisionem amplius nullum esse potest. Nam & cùm post acceptum iudicium diuisione & traditione secuta iurgium peremptum est, nulla restat ab arbitro ferenda sententia *d.l.vlt.sup.tit prox.*

4. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

PEr hoc iudicium [a] corporalium rerum fit diuisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis.

Ad l. Per hoc iudicium 4.

a *Per hoc iudicium.* Ratio dubitandi. In hoc iudicium veniunt res omnes, nisi si quid fuerit consensu nominatim exceptum, ne veniat *l in iudicium 13. inf.* Ergo etiam iura quamuis incorporalia *l. arbor 19.§.vlt.infra.*

Dec. Res tantùm corporales veniunt in directum iudicium Communi diuidundo, Nam & alia multa sunt de quibus datur vtile iudicium Communi diuidundo non etiam directum *l si quis putans 6.in princ. & §.1.l.in hoc iudicium 14.§.1.inf.* Sanè perperam Azo locum hunc sic intelligebat quasi de rebus ex causa hereditaria communibus non possit accipi iudicium Communi diuidundo nisi saltem accepto priùs iudicio Familiæ erciscundæ. Non enim debuit confundere hereditatem cum rebus hereditariis. Hereditas in hoc iudicium numquam venit, sed res hereditariæ veniunt, vt dixi ad *l.inter coheredes 44. per ill. text. supra titul. prox.*

1 ¶De puteo, quæritur, an communi diuidundo iudicio agi possit. & ait Mela, ita demum posse, si solùm eius commune sit.

Ad §.1. De puteo.

a *De puteo.* Ratio dubitandi. Non veniunt in hoc iudicium nisi res corporales, vt proximè dictum est. Puteus autem si per se consideretur nõ est quid Corporale, cùm æstimetur ex vacuo in quo præter aërem nihil est.

Dec. Cuius est solum in quo puteus est eius etiam est puteus, Imò & cœlum, id est quidquid aëris inter solum & cœlum intercedit *l.cum eo 9.sup. vrban. præd.* Ergo si solum sit commune, etiam puteus est communis, ideóq; in hoc iudicium venire debet, est enim puteus pars fundi, cùm sit fundi quidquid terra in se tenet *l.fundi 17.inf.de act.empt.* Quòd si solum non sit verè commune, sit tamen quasi commune, puta quòd duo emerint à nõ domino, quem dominum esse putabant, idem iuris erit: quia quod ad hanc actionem pertinet nihil refert an res sit communis an pro communi habeatur *l.communi 7. §.qui in rem inf.hoc tit.* Sanè si duo sint qui Ius tantùm habeant, aquam hauriendi in hoc puteo, non habebunt hoc iudicium cùm inter eos nihil commune sit nisi ius aquæ in eo puteo hauriendæ: Et ita benè hîc Accursius post Azonem.

2 ¶Hoc iudicium [a] bonæ fidei est. quare [b], si vna res indiuisa relicta sit, valebit vtiq; & cæ-

& cæterarum diuisio. & poterit iterum communi diuidundo agi de ea, quæ indiuisa mansit.

Ad §. 2. Hoc iudicium.

a *Hoc iudicium.* Ratio dubitandi. Iudicium hoc datur inter eos quoque qui habent rem communem etiam sine societate nulloque tractatu habito *l. 1. & 2. sup.* ac proinde qui nullam inuicem sibi dederunt fidem: non igitur potest esse bonæ fidei cùm in eo non agitur de fide aut rupta aut conseruanda, sed tantùm de rerum communium diuisione.

Dec. Iudicium aliquod bonæ fidei esse cùm dicimus, non de fide quæ data & seruanda sit semper intelligimus, sed de æquitate quæ opponitur summo iuri *l. bona fides 31. inf. depos.* Æquitas autem magna locum habet inter condiuisores, quia communio quælibet exemplo societatis fraternitatem quandam continet saltem quod ad rem illam conueniet *l. verum est 63. in princip. inf. Pro socio.* Et quamuis non nascatur actio hæc ex contractu, nascitur tamen ex quasi contractu §. *item si inter aliquos Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nascunt.*

b *Quare.* Ratio dubitandi. Non videtur bona esse collectio, nam & iudicium familiæ erciscundæ bonæ fidei est *l. in hoc iudicium 14. §. 1. inf. §. actionum. Instit. de act.* Et tamen si arbiter familiæ erciscundæ res omnes hereditarias non diuiserit, sed vnam solam indiuisam reliquerit, Non dicitur officio suo benè functus quia nihil debet indiuisum relinquere *l. heredes 25. §. Iudex sup. tit. 1.* Ergo & in actione communi diuidundo idem dicendum est.

Dec. Etiamsi arbiter familiæ erciscundæ non omnes res diuiserit non eò minùs tamen valet cæterarum diuisio, quia bona fides & æquitas hoc dictat, vt tantò minor supersit materia discordiarum quantò minùs rerum ad diuidendum superesit, argum. *l. quidam existimauerunt 21. inf. de reb. credit.* iuncta *l. cùm pater 77. §. dulcissimis de leg. 2.* In eòque nulla differentia est inter hæc iudicia familiæ erciscundæ, & Communi diuidundo, sed in eo tantùm quod iudicium Communi diuidundo potest sæpius accipi, familiæ autem ercis. undæ non nisi semel *l. si filia 20. §. familia sup. tit. 1.* vbi rationem attuli diuersitatis.

3 ¶Sicut autem[a] ipsius rei diuisio venit in communi diuidundo iudicio, ita etiam præstationes veniunt. & ideò si quis impensas fecerit, consequatur: sed si nō cum ipso[b] socio agat, sed cum herede socij: Labeo rectè existimat, impensas, & fructus à defuncto perceptos venire. Planè fructus[c] antè percepti, quàm res communis esset, vel sumptus ante facti, in communi diuidundo iudicium non veniunt.

Ad §. 3. Sicut autem.

a *Sicut autem.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 3. in princip. sup.* & ad *l. item quod Labeo 22. §. familiæ supra hoc tit.*

b *Sed si non cum ipso.* Ratio dubitandi. Ius societatis non transit in heredem *l. actione 65. § morte infra, Pro socis.*

Dec. Non transit quidem societas in heredem, sed transit communio, si consequenter omnia quę pēdent à communione & causa, Inter quę illud est vt expensæ in rem communem factæ venire debeant, Itémque fructus à defuncto percepti in re communi. Nam heres socij, licet socius non sit, attamen emolumenti & damni successor est *l. verum est 63. §. in heredem infra, Pro socio.* Pertinent enim hæc omnia ad societatem, non tam quatenus societas, quàm quatenus communio est: Communio autem transit in heredem, vt diximus.

c *Planè fructus.* Ratio dubitandi. Etiamsi sumptus facti sint in rem communem, antequàm facta esset communis, non eo minùs tamen verum est factos eos esse in vtilitatem rei; quæ hodie non solùm communis est, sed etiam preciosior. Ergo perinde haberi debet ratio sumptuum, ex æquitate & bona fide, Ne alioqui petitor ex aliena iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. inf. de condict. indeb.* Idémque de fructibus tractari potest, perceptis antequàm res esset communis.

Dec. In hoc iudicium veniunt quidem res communes, sed non nisi quatenus communes sunt & in abstracto, vt Philosophi loquuntur, sub illa reduplicatione & formalitate communionis non in concreto. Ergo neque sumptus facti in rem communem antequàm esset communis, neque fructus eo tempore percepti, venire possunt in hoc iudicium, vt non eadem sit ratio temporis quod præcedit & quod sequitur communionem. Idémque iuris est in iudicio Familiæ erciscundæ *l. & puts 16. § sed & si dolo sup. tit. prox.*

4 ¶Ea propter[a] scribit Iulianus, si missi in possessionem damni infecti simus, & antequam possidere iuberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi diuidundo iudicio consequi me non posse.

Ad §. 4 Ea propter.

a *Ea propter.* Ratio dubitandi. Cùm ex causa damni infecti missi sumus ego & tu in possessionem eiusdem rei, iam est aliqua rei communio inter nos, cùm saltem missionis causa sit communis. Ergo qui ab eo tempore sumptus facti sunt in eas ædes quæ ruinam minabantur, in hoc iudicium Communi diuidundo venire debent.

Dec. Sola missio in possessionem ex causa damni infecti & ex primo decreto nullum ius dominij tribuit, at neque possessionis quia possidere est sibi habere vt definit Theophil. *Instit. de libertin.* Qui autem mittitur in possessionem non sibi habet, nec proinde possidet, sed tantùm est in possessione, vt tædio longæ possessionis extorqueat cautionem, vt solemus dicere de cæteris omnibus qui tantùm custodiæ causa sunt in possessione *l. is cui 3. in princ. infra vt in possess. leg. l. si antè 10. inf. de acq. possess.* At cùm

ex secundo decreto iussi sumus possidere, tum verò inter nos incipit res esse communis inte dominij bonitarij *l. prox. inf.* Licèt non iure dominij Quiritarij, quousque dominium illud adquisiuerimus per vsucapionem *l. 5. in princip. l. si finita 15. §. Iulianus inf. de damn. infect.* Ergo qui sumptus facti sunt in eas ædes ante secundum decretum, non possunt interim venire in hoc iudicium, tanquam facti eo tempore quo nondum res est communis, sed si postea dominium acquiratur ex secundo decreto quo Prætor ob non præstitam cautionem de damno infecto iubeat nos nobis possidere, Tum verò eius impensæ nomine cùm inter nos communis res esse cœperit iure dominij bonitarij, poterit locum habere iudicium hoc Communi diuidundo. Sufficit enim rem inter nos esse communem eo tempore quo agitur licèt sumptus facti sint ante communionem, cùm acquisitionis causa esset iam communis, id est, missio in possessionem ex primo decreto quæ causam dedit secundo *d. l. Prætoris 5. in pr. de damn. infect.* Atque hunc loci huius sensum esse constat ex coniunctione *l. seq.* Itaque quod scriptum est in *d. l. si finita 15. §. sed si quis*, sumptus factos ab vno ex iis qui primùm iussi sunt in possessionem, deinde sibi possidere, per hoc iudicium Communi diuidundo repeti posse, de iis sumptibus accipi debet, non qui facti sint post secundum delictum, vt malè interpretatur Accurs. sed de iis qui post primum duntaxat, peritis tamen post secundum. Et ita sunt conciliandi hi loci, Non vt hic textus procedat de rigore, ille de æquitate, vt quidam volût, aut vt hic sit de directo iudicio, ille de vtili, vt putat Accursius. Iunge quod scriptum est in *§. si quis 26. & seq. ead. leg.* Quod autem Accursius obiicit tanquam contrarium, quod scriptum est in *l. si seruus communis 8. in fin. sup. de noxal. action.* ad rem omnino non pertinet, vt ex iis constat quæ scripsimus ad illum locum, & ex hac nostra interpretatione.

5. IVLIANVS lib. 2. ad Vrseium Ferocem.

SEd si res[a] non defenderetur, & ideo iussi sumus à prætore eas ædes possidere, & ex hoc dominium[b] earum nancisceremur: respondit Proculus, communi diuidundo iudicio partem eius impensæ me seruaturum esse.

Ad l. Sed si res 5.

a *Sed si res.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. præcedentem, vbi dixi, & cum hac nimirum lege conuenit, ac proinde etiam eum *§. vlt. leg. præcedentis*, quod scriptum est in *d. l. si finita 15. §. sed si quis inf. de damn. infect.* iuxta præcedentem nostram interpretationem, vt nil sit necesse distinguere in hac specie iudicium communi diuidundo directum ab vtili, aut rigorem iuris ab æquitate ad conciliandos istos locos, quasi alioquin pugnare videantur, quod non ita est, vt ostendimus. Probantque nostram interpretationem verba illa *partem eius impensæ.* Nec enim præcedentia tractant de impensa facta post secundum decretum, sed de ea quæ facta fuerat post primum. Ponendum tamen est secutum fuisse secundum, vt hic & in *d. §. sed si quis.* Alioqnin nec directo nec vtili huic iudicio locus esse posset pro re quæ nondum iudicij accipiendi tempore esset communis.

b *Et ex hoc dominium.* Ratio dubitandi. Prætor non potest facere dominum ideoque vt heredem *§. quos autem Instit. de bonor. possess.* iunct. *§. vlt. de hered. qualit. & diff.* Nec si traditio, aut quod effectu idem est missio in possessionem sit secuta *l. 3. sup. si vsusfruct. petat.*

Dec. Non potest quidem Prætor tribuere dominium quiritarium, sicut nec potuit facere legem *d. §. quos autem.* Iunctis iis quæ tradit Vlpianus *Tit. 19. de acquis. rer.* sed tribuit dominium bonitarium *l. 1. §. vlt. supra si ex noxal. caus. agat. l. electio 26. §. vlt. de noxal. act. l. 1. & 3. infra de bonorum possess.* & ita per bonitarium præstat ius & occasionem acquitendi Quiritiarij per vsucapionem *d. l. 5. & l. si finita 15. §. Iulianus inf de damn. infect.* Erat enim semper vsucapio vnus ex modis sex acquirendi dominij ex iure Quiritium.

6. VLPIANVS libro 19. ad Edictum.

SI quis putās[a] sibi cum Titio fundum communem esse, fructus perceperit, vel sumptum fecerit, cùm esset cum alio communis: agi poterit vtili communi diuidundo iudicio.

Ad l. Si quis putans 6.

a *Si quis putans.* Ratio dubitandi. Non est hic casus ex illis, in quibus plus est in opinione quàm in veritate, vt in *l. is qui putat 15. & seq. inf. de acq. hered. l. is qui vsumfructum 20. sup. quib. mod. vsusfr. amitt.* sed ex illis potius in quibus plus est in veritate quàm in opinione, vt in *l. 4. §. 1. de manumiss. vindict. §. si quis rem suam 11. instit. de legat. l. regula 9. §. qui ignorauit de iur. & fact. ignor. l. 2. §. si sub conditione & §. si à pupillo infra pro empt.* Nam in iis quidem quæ ab animo pendent, plus valet quod est in opinione, quàm quod in veritate. Iudicium autem communi diuidundo non tam ex voluntate & animo conditionum, quàm ex re ipsa proficiscitur *l. furiosus 46. infra de obligat. & act.* Ergo etiamsi putauero rem esse mihi communem cum Titio, quæ communis erat cum alio, & in eam rem sumptus aliquos fecero, Non eò minus directum Iudicium communi diuidundo mihi competit, Cùm sit verum factos esse sumptus illos in rem communem: Præsertim cùm hoc casu habuerim animum obligandi mihi socium licèt in socij persona errauerim, quod sufficit vt directo iudicio communi diuidundo locus esse possit *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si quis cùm 29. inf.*

Dec. Animus ille obligandi alium quisquis ille sit efficit vt sufficere possit iudicium Communi diuidundo, quomodo scriptum est in *d. l. si quis cùm 29. inf.* Ita vt nō sit necessaria actio negotiorum gestorum, sed non efficit vt competat directum iudicium, quia non fuit animus obligandi hunc qui reuera socius est, sed alium quem socium esse existimabat: deficiente igitur iudicio directo, ad vtile neces-

necessario recurrendum est, vt in §. 1. *inf.* Quia vt vtile dandum sit, sufficit æquitatem edicti non deficere, licèt ratio stricta iuris deficiet, vt in *l. 2. §. Item Varus in fin. D. de aqua & aquæ pluu. arc.* Quanquam si quis vellet quod hîc scriptum est de iudicio directo non vtili intelligere, posset facilè respondere dictionem *vtili* in hoc loco positam esse, irreptitiam, cùm sit interclusa lineis, vt solent ea quæ suspecta existimantur. Sed tamen magis probo vt hoc casu vtile duntaxat iudicium competere dicamus, non directum, ob rationem illam quam attuli, quia non habuit socius potestatẽ obligandi hunc qui verè socius erat, sed alium quem socium putabat.

1 ¶Quare & si fundum Titius alienauerit, licèt hîc communi diuidundo iudicio locus non sit, quia à communione discessum est: vtili tamen locum futurum, quod datur de præstationibus, quotiens communis esse desiit.

Ad §. 1. Quare & si.

a *Quare & si.* Ratio dubitandi. Non alia veniunt in hoc iudicium quàm quæ venirent in iudicium familiæ erciscundæ *l. arbor 19. §. vlt. infr. hoc tit.* Atqui quoties vnus ex coheredibus partem rei hereditariæ & communis alienauit, quemadmodum tota res illa exit de communione, Ita nec in iudicium familiæ erciscundæ venire potest *l. ex hereditate 54. sup. tit. prox.* Et verò cùm hoc iudicium non detur nisi de rebus communibus, & pro earum diuisione *l. 1. & 2 supr.* Consequens omnino est vt pro re, quæ per alienationem communis esse desiit, iudicium hoc dari non possit: Ne quidem prætextu præstationum, quæ scilicet non veniunt in hoc iudicium principaliter, sed tantùm per consequẽtias, in quo maximè differt hæc actio ab actione Pro socio, vt dixi ad *l. 1. & 3. supr.* Dec. Postquàm à communione discessum est, nullus directo iudicio Communi diuidundo locus relinquitur, sed tamen quod ad præstationes pertinet, superest æquitas quæ dictat tandum vtile pro prẽstationibus dari. Nec enim quod res communis esse desiit, tollit æquitatem præstationum, quarũ ius ante dissolutam communionẽ natum erat, vt limitata causa limitatum producat effectum. Sufficit enim causa communionis quæ præcessit quæq; hodie duraret si res nõ intercidisset ad hoc vt officium arbitri duret, quomodo ratiocinatur Papinianus in *l. si seruus pignori 31. supr. tit. prox.* iunge *l. sed postquam l 9. in summa 11. inf. hoc tit.*

2 ¶Siue autem [a] locando fundum communem, siue colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit: communi diuidundo iudicio tenebitur, & si quidem communi nomine id fecit: neque lucrum, neque damnum sentire eum oportet [b]. si verò nõ communi nomine, sed vt lucretur solus: magis esse oportet, vt & damnum ad ipsum respiciat [c]. Hoc autem ideò præstat communi diuidundo iudicio: quia videtur partem suam, non potuisse expeditè [d] locare. Ceterùm non aliàs communi diuidundo iudicio locus erit, (vt & Papinianus scribit) nisi id demum gessit, sine quo partem suam, rectè administrare non potuit. alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem: eáque tenetur.

Ad §. 2. Siue autem.

a *Siue autem.* Ratio dubitandi. Condiuisor qui siue locando siue colendo fundum communem, percepit ex eo fructus, nõ tam videtur ex re Communi eos percepisse, quàm ex sua negotiatione si locauit, vt de precio rei venditæ scriptum est in *l. venditor 22. de hered. vel act. vend.* aut ex sua industria & cultura si coluit *§. si quis à non domino insti. de rerum diuis.* Ergo nõ venit in iudicium Communi diuidundo, sed potiùs in actionem negotiorum gestorum.

Dec. Iudicium Communi diuidundo toties locum habet quoties vnus ex condiuisoribus aliquid communiter fecit in re cõmuni quod pro sua parte æquè commodè expedire non potuit, quemadmodum in iudicio Familiæ erciscũdæ scriptum est in *l. heredes 25 §. non tantùm sup. tit. prox.* Credendus enim est hoc casu id fecisse tanquam socius & condiuisor potiùs quàm quasi alius quilibet. Nã si partem suam solam rectè administrare potuit & tamẽ totam rem communem administrauerit, non communi diuidundo cum eo agendum est sed negotiorum gestorum *l. liberto 31. §. vlt. l. si communis 40. sup. de negot. gest.* Obiicit Accurs. *l. siue pro fratre 3. C. eod. ill. tit.* Sed nos eam legem iam explicauimus ad *d. l. heredes 25. §. non tantùm sup. titul. proxim.*

b *Sentire eum oportet.* Scilicet solum. Nam hoc casu & lucrum & damnum commune esse debet cùm & res sit communis & negotium communi nomine gestum sit

c *Respiciat.* Ratio dubitandi. Etiamsi socius fundũ communem locauerit aut coluerit proprio nomine, & vt solus lucraretur, non ideò tamen sentit solus lucrum fructuum, ne sit in ipsius voluntate & potestate deteriorem facere socij conditionem. Ergo neque damnum sentire debet ex reg. *l. secundum 10. de reg. iur.*

Dec. Diuersa est hac parte causa lucri & damni Nã licèt socius, qui solus lucrari voluit, solus quoque damno ferendo se obstrinxerit ex supradicta iuris regula, Non ideò tamen potuit totum lucrum sibi adrogare, sed totum damnum potuit, quia cõditionem socij deteriorem facere nõ potuit, suam potuit *l. soluẽdo 39. sup. de neg. gest. l. melior. 133. de reg. iur.* simile aliquid est in *§. manet autem Inst. de societ. l. de illo 23. inf. Pro socio. l. si is contra quem 5. C. de ædific. priuat.*

d *Expeditè locare.* Vix enim est vt quis velit locare partem quam habeat vnus ex socijs in re cõmuni, quod rei communis nunquam sit facilis & expedita finitio, Proinde nec locatione hoc ipso incidat quis in communionem, & consequenter in discordias quas materia communionis excitare solet *l. si non sortem 26 §. si centum infr. de cond. indeb. l. cum pater 77. §. dulcissimis De leg. 2.* Quod autem commodè & expeditè fieri non potest, nec fieri posse plerunque creditur *§. quod si commodè Instit. de offic. iudic.*

3 ¶Si quid [a] post acceptum communi diuidundo iudicium, fuerit impensum: Nerua recte existimar, etiam hoc venire.

Ad §.3. Si quid.

Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicium venisse quod post acceptum iudicium accidisset *l. non potest 23. sup. de iudic.* Ergo si quid post acceptum iudicium Communi diuidundo impensum sit, non potest id in iudicium venire, tanquam quid ex post factò acciderit.

Dec. Venit hoc in consequentiam accepti iudicij, in quod veniunt impendia omnia facta in rem communem dummodo tanquam in rem communem & animo alium obligandi *l. in hoc iudicium 14. §. 1. inf.* Itaq; impendia facta post acceptũ iudicium hoc, quod est bonæ fidei, comprehenduntur in generalitate formulæ propter illa verba *Ex bona fide* quæ generalem æquitatis interpretationem admittunt. Iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerũ officium incumbit quæ in iudicio versantur *l. Aediles 25. §. item sciendum est inf. de adilit. edict.*

4 ¶Sed & partum venire, Sabinus & Attilicinus responderunt.

Ad §. 4. Sed & partum.

Ratio dubitandi. In iudicio quidem bonæ fidei veniunt fructus *l. videamus 38. §. pen. inf. de vsur.* sed partus non sunt in fructu *l. vetus fuit quæstio 68. sup. de vsuf. l. in pecudum 28. §. 1. de vsur.*

Dec. Eadem hac parte solet esse ratio fructuum & partium quia hæc omnia causæ & accessionis appellatione continentur *l. præterea 20. sup. de rei vindic. l. 2. inf. de vsur.* Idem est in iudicio familiæ erciscundæ *l. partum 10. sup. tit. prox.*

5 ¶Sed & accessionem, & decessionem hoc iudicium accipere, idem existimauerunt.

Ad §. 5. Sed & accessionem.

Ratio dubitandi. Hoc iudicium non est vniuersale sed singulare: Datur enim ad res singulas diuidendas *l. 1. & 3. sup.* Non ad totam familiam & hereditatem diuidendam, vt iudicium familiæ erciscũdæ: Ergo non potest recipere accessionem & decessionem. Id enim potissimum conuenit hereditati, quæ quoniam in iure consistit augmentum recipit & diminutionem *l. item veniunt 20. §. Item non solum sup. de hered. petit.*

Dec. Iudicium hoc pendet à communione, Cõmunio autẽ est quid genericũ, quod potest recipere augmentum & diminutionem propter multa quæ veniunt in consequẽtiam communionis: quale illud est quod modò diximus de impendiis in rem communem post acceptum iudicium factis. Nam fructuum post litem contestatam perceptorum, qui æquè in huc iudicium veniunt alia ratio est, Nimirum quia quale quid est cùm petitur tale dari debet, *d. l. 2. de vsur. d. l. præterea 20. sup. de rei vindic.*

6 ¶Si quis in communem locum mortuum intulerit: an religiosum fecerit, videndum est. sanè ius quidem inferendi in sepulchrum vnicuique insolidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem, & Labeo, quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum [a].

Ad §. 6. Si quis in communem.

Ratio dubitandi. Habet quidem vnusquisq; ex condominis & sociis ius inferendi mortuum in sepulchrum commune, quia non in alios vsus iura sepulchrorum comparata sunt *l. 2. §. prætor ait l. vel quod 6. in princip. de religios. §. religiosum vers. in commune inst. de rer. diuis.* sed non ideò habet ius faciendi locum religiosum, qui anteà non fuit, licèt in eum inferat mortuum, quia si posset facere locum religiosum ignorante aut inuito socio, faceret conditionem socij deteriorem, eumq; e partis suæ dominio priuaret. quod ferendum non est *l. id quod nostrum 11. de reg. iur. l. si ego 9. §. fures inf. de iur. dot.* Ergo etiamsi fecerit, nulla eo nomine contra ipsum actio dari debet, cùm nihil intersit socij qui ex eo facto damnum nullum sensit.

Dec. Licèt non fiat locus religiosus, Inficitur tamen scrupulus quidã religionis ob humanum corpus in alterius loco, in memoria scilicet humanæ conditionis, vt in *l. quidam 27. inf. de condic. instit.* Ideoq; e prætur benè introduxit actionem in factum contra omnes qui in agrum alterius mortuum intulerunt *d. l. 2. §. 1. de relig.* In agrum autem alienum, quòd ad hanc rem pertinet intulisse videtur etiam is qui in communem locum intulit, nisi vnus ex sociis fuerit qui illatus est. Hoc enim fieri potest sine aliorum consensu. Maximè si alius non fuit locus in quo sepeliretur *l. si plures 41. inf. eod. tit.*

a *In factum agendum.* Ratio dubitandi. Actiones omnes in factum sunt subsidiariæ, & tunc locum habent, cùm aliarum actionum specialiora nomina deficiunt *l. 1. & quia actionum 11. infr. de præscript. verb.* Atqui in hac specie competit actio Communi diuidundo inter condominos, sicut & actio familiæ erciscundæ Inter coheredes *d. l. 2. §. 1. vers. an vt socius inf. de religios.* Adeòq; e actio Pro socio inter eos qui rem communem habent ex causa societatis *l. si fundus 39. inf. pro socio.* Ergo in factum actio competere hoc casu non potest.

Dec. Potest etiam actio in factum esse interdum necessaria, fortè si dubitetur ex qua causa res sit communis, an ex hereditaria an ex alia, Et rursus si non ex hereditaria, an omni societate an sine societate, quia supradictæ omnes actiones habẽt singulæ suos casus & terminos, quos egredi non facilè possunt. Itaq; ad euitandum periculum actionis malè electæ, tutius est agere in factum *l. si gratuitam 17. & l. Titius 24. inf. de præscript. verb.* Aut etiam quia locus hic quamuis non sit factus religiosus, aliquid tamen habet religiositatis, vt Accursius loquitur. Datur autem hæc actio in factum contra eum qui mortuum intulit in locum alienum ad hoc vt nec tollat id quod intulit, aut loci precium præstet

l. is qui intulit 7. infr. de religios. Quam in rem etiam actionem Communi diuidundo inter socios & condiuisores competere nõ est absonum, vt idem Accursius loquitur cum quo & ego sentio. Cur enim minùs plena sit actio Communi diuidando quæ bonæ fidei est quàm actio in factum subsidiaria?

7 ¶ Si damni infecti insolidum prædibus caueris: Labeo ait, communi diuidundo iudicium tibi non esse, cùm necesse tibi non fuerit insolidum cauere: sed sufficere pro parte tua: quæ sententia vera est.

Ad §. 7. Si damni.

Ratio dubitandi. Cùm vnus ex condiuisoribus cauit de damno infecto pro ædibus (sic enim legere hic malo cum Haloandro non *prædibus*) communibus, negari non potest quin rem communem gesserit, vt quidem vtiliter. Ergo debet eo nomine habere actione n Communi diuidũdo, arg. *l. 3. sup.* Videtur enim hoc ei abesse quod ex sua cautione conueniri potest. Dec. Eo demum casu competit actio Communi diuidando pro communi administratione quo non aliter potuit socius rem communem pro parte sua expeditè administrare *§. 2. versic. caueram sup.* In proposita autem specie potuit condiuisor pro sua tãtùm parte damni infecti nomine cauere *l. non alienum est 10. inf. de interrog. in iur. faciend.* licèt qui dominus est in solidum, non aliter possit impedire missionem in possessionem, quàm si caueat insolidũ *l. in stipulatione 23. inf. de dam. infect.* Ergo negotiorum gestorum actio sola competit *l. si communes 40. sup. de negot. gest.* vbi iam diximus.

8 ¶ Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus à me: venit quidem in communi diuidundo, sed ius pignoris creditori manebit, etiam si adiudicatus fuerit: nam, & si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi diuidundo hoc minoris partem æstimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Iulianus ait.

Ad §. 8. Si communis.

Ratio dubitandi. In iudicio Communi diuidundo fiunt adiudicationes per quas transfertur dominium in adiudicatarium qui porrò nihil ipse conuenit de pignore. Ergo vel dicendum est fundum ab vno ex cõdiuisoribus datum pignori non venire in hoc iudicium: ne fiat iniuria creditori, vel ita venire, vt non maneat creditori integrũ ius pignoris: Ne fiat iniuria ei cui totus fundus adiudicatus est, si posteà fundus ei euincatur per creditorem agentem hypothecaria, præsertim cùm habeat partem socij ex causa onerosa, tanquam pro qua tantundem ipse de suo dederit.

Dec. Causa pignoris nihil commune habet cum intẽtione dominij *l. 1. cùm prædiũ pignori inf. de pignor. l. vsucapio 7. C. eod.* quia nulla dominij societate coniungitur, sed sola voluntate constituitur *l. iusto 44. §. non mutat inf. de vsucap.* Et ideò non prohibetur is qui rem suam dedit pignori, eam vendere: Nempe quia semper fit alienatio cum sua causa *l. alienatio 67. de contr. empt.* Nec eo minùs saluum manet ius pignoris *l. vnic. C. rem alien. gerent. non interdic. rer. suar. administr. l. debitorem 15. C. de pignor.* Proinde quamuis per adiudicationem totius fundi transeat dominiũ partis pignoratæ, nõ ideò tamen pignus extinguitur, non magis quàm si per diuisionem ad vnumquemque ex heredibus per traditiones mutuas pars sua peruenisset *l. si consensit 7. §. pen. & fi. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. 3. §. post diuisionem inf. qui potior. in pignor. hab.* Benè namq; hi casus æquiparantur cùm tam adiudicatio quàm traditio facta ex iusto titulo præcedente sint legitimi modi acquirẽdi dominij, vt diximus toties ex Vlpiani fragmẽtis *tit. 19. de acquisit. rer.* Quamuis diuisio quoque prædiorum vicem emptionis obtineat *l. 1. C. comm. vtr. iudic.* Sanè dubitari non potest, quin tantò minoris res sit, quòd eã creditor potest ex pacto vendere, arg. *l. seruus 6. §. 1. in fin. de seru. export. l. si sterilis 21. § si tibi inf. de action. emp. l. fundi partem 79. de contr. emp.* Ideóq; arbiter Communi diuidũdo in æstimatione ineunda rerum communium, tantò minùs æstimare debebit partem hanc pignori obligatam, ne quam socio qui non pignorauit iniuriam faciat & quasi facta quadam tacita compẽsatione, vt notat Azo apud Accursium ex *l. Maxim 52. § arbiter sup. tit. prox.* Quandocumque tamen secum huius partis euictione per hypothecariam, non eò minus tenebitur socius de euictione, quòd ea pars & adiudicata fuerit & minoris æstimata, cùm fuerit etiã euictà, & ob eam nimirũ causam in huiusmodi iudiciis diuisoriis cautiones interponuntur de re defendenda *l. cùm socij 16. l. si tecum quo 20. inf.* iunge *l. si cùm venditor 66 §. diuisione infr. de euict. l. Iulianus 13. §. idem Celsus 17 de action. emp.* vbi est textus elegans.

9 ¶ Idem Iulianus [a] scribit, si is, cum quo seruum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit, & communi diuidundo agere cœperit, pigneratitia exceptione eum summoueri debere [b]: sed, si exceptione [c] vsus non fuero, officium iudicis erit, vt, cùm debitori totum hominem adiudicauerit, partis æstimatione cum condemnet. manere enim integrum ius pignoris: quòd si adiudicauerit [d] iudex mihi: tanti dumtaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit, quàm pecunia credita: & debitorem à me iubeat liberari.

Ad §. 9. Idem Iulianus.

a *Idem Iulianus.* Ratio dubitandi. Vnusquisque ex sociis & condiuisoribus habet partem dominij in qualibet rei parte vel minima *l. 3. §. vlt. inf. qui potior. in pignor. hab. l. si consensit 7. §. pen. & vlt. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. Maxim 66. § duorum de leg. 2.* atqui nemini potest res suas esse obligata *l. neque pignus 45. de reg. iur.* Ergo non potest quis rei communis partem etiam quæ ad socium pertineat ab eo pignori accipere.

Dec. In re communi habent singuli partes suas, non quidem diuisione corporum, sed iuris intellectu *d. §. duorum*. Quia verum est partem vnius nõ esse partem alterius. Ergo pars illa & vendi & dari pignori etiam socio non minùs quàm alij potest, sic consequenter in iudicium quoque communi diuidundo venire debet, in quo scilicet non nisi de diuisione dominij agitur.

b *Summoueri debere.* Ratio dubitandi. Ius pignoris nihil commune habet cum intentione dominij, vt diximus ad §. præced. ex *l. iusto 44. §. non mutat inf. de vsucap. l. 1. §. cùm prædium pignori infr. de pignor.* Ergo agens communi diuidundo non potest summoueri pigneratitia, cùm in hoc iudicio non agatur, nisi de diuisione dominij, vt modò dictum est. Quidni enim posset res ita diuidi, vt haberet vnusquisque partẽ suam, saluo iure pignoris, vt in specie §. præcedentis? Dec. Quamuis in hoc iudicio non agatur nisi de dominio, attamen post factam diuisionem, iubet arbiter vicissim tradi res diuisas nisi quatenus eas adiudicat, vt siue per adiudicationẽ siue per traditionem dominium transferri possit, cũ sint illi duo ex modis sex transferẽdi iure Quiritium dominij, vt proximè diximus ex Vlp. *tit. 19. de acq. rer.* Atqui creditor pignoratitius nõ est cogẽdus pignoris possessionem priùs dimittere, quàm consecutus sit quicquid sibi debetur *l. si rem 9. §. omnis pecunia inf. de pignor. act.* Nam nec persecutionẽ pignoris aliter impedire posset, aut debitor ipse *tot. tit. C. debit. vendit. pign. imped. non poss.* aut alius quilibet certus possessor *l. quandiu 6. & pass. C. de distract. pignor.* Porrò cui damus actionem pigneratitiam, id est hypothecariam aut melius quasi Seruianam de pignore, vt in *l. rem alienam 41. infr. de pignor. act. l. debitor 59. ad S.C. Trebell.* Multò magis dabimus exceptionem pignoratitiam vt socij quoque partem retinere possit *l. 1. inf. de pignor. l. minimus 156. §. 1. de reg. iur l. 1. §. si autem inf. de superfic.* Non est igitur permittendum socio, qui pignori dedit, vt hac de re agat iudicio communi diuidũdo, quia non aliud arbitri officium esse posset, quàm vt partẽ pignoratam aut iuberet tradi debitori, aut adiudicaret rem totam ipsi creditori, quo casu pignus euanesceret dominio per adiudicationẽ creditori acquisito *l. pen. §. 1. ad fin. De excep. rei iudic.* Itaq; omni casu fieret iniuria creditori pignoratitio qui vno quidem casu possessionem rei pignoratæ amitteret, alio autem etiam ius ipsum pignoris. Meritò igitur is qui partem suam pignorauit si agat Communi diuidundo ad rem diuidendam repellitur exceptione pignoratitia, cùm id agat non solùm per quod res possit desinere esse obligata creditori, puta si adiudicata esset creditori ipsi, vt Azo dicebat, sed etiam per quod eripiatur creditori pignoratitio cessante adiudicatione commodum suæ possessionis, vt nos explicauimus. Obseruandum enim est loqui hic Vlpianum de creditore pignoratitio, id est, qui obligatæ rei possessionem penes se habeat non de hypothecario, qui nuda conuentione de pignore conuenerit *l. si rem 9. § propriè & l. cùm & sortis 35. § 1. inf. de pignor. act.*

c *Sed si exceptione.* Ratio dubitandi. Qui non vtitur exceptione sibi competente, videtur eam remittere & donare *l. si quis delegauerit 12. inf. de nouat. & deleg.* Ideoq; nec solutũ repetere potest *l. doli exceptio 19. eod.* Ergo sibi debet imputare, nec meretur vt ei succurratur per officium arbitri, quasi nullũ damnum sentiat, qui ex culpa sua sentit *l. quod quis 203. de reg. iur.*

Dec. Is cui eiusdem rei nomine competit actio vel exceptio etiam si omittat exceptionẽ, nõ ideò tamen amittit actionem, Quemadmodum è contrario etiamsi amitteret actionẽ, nihilominus saluam haberet exceptionem; nec similis est illis qui retentiones quas solas habent omittunt, de quibus in *l. heres 21. infr. ad SC Trebell. l. si in area 33. de condict. indeb.* Officium igitur arbitri tale esse debebit vt si debitoris totã rem ei adiudicet, cuius ille partem pignori dederat, vicissim condemnet illum vt partis illius æstimationem præstet, vt hoc ipso luat pignus; cuius integrum ius manet. Alioqui posset etiam post adiudicationẽ conueniri per hypothecariã quia singulare ius est huius actionis vt duret quandiu debitum solutum non est nec per mutationem dominij extinguatur *l. grege 13. §. etiam inf. de pignor. d. l. si rem 9. §. omnis pecunia de pignor. act. l. debitor 59. ad Trebell. l. pen. §. 1. de except. rei iudic. l. 2. C. de luit. pig.*

c *Quòd si adiudicauerit.* Ratio dubitandi per adiudicationem factam creditori transfertur dominiũ ipso iure in creditorem, etiam sine traditione *§. vlt. Instit. de offic. iudic.* Atqui non potest pignus perseuerare dominio pignoris adquisito creditori *d. l. pen. §. 1. ante finem de excep. rei iudic. l. neque pignus 45. de reg. iur.* Ergo per adiudicationem extinguitur omnino ius pignoris, ac proinde nihil causæ est, cur eo nominis condemnari creditori non debeat cui tota res adiudicata est vt præstet cõdiuisori quanti pars eius tota est, nõ autem quanto pluris pars illa est quàm pecunia tradita.

Dec. Arbiter cùm in diuidendis rebus communibus aliquam rem vni adiudicat, nõ id agit vt de condiuisorum iure quicquam cõstituat, quod habent aliunde, quàm ex causa diuisionis, sed de eo tantùm quod habent tanquã cõdiuisores. Proinde si quid iuris habeat vnus ex condiuisoribus in rẽ adiudicata, puta tanquam creditor, illud ipsum retinet, eiúsq; rationem habere debet arbiter, ne in iudicio quod bonæ fidei est, aliquid contra bonam fidem & æquitatem constituere videatur: Ergo quamuis per adiudicationem sublatum sit ius pignoris, non eo minùs tamen adiudicatario consulendum est tanquam creditori, ne pignoris sui damnũ sentiat, præsertim cùm acquisitio illa dominij quæ fit per adiudicationem non sit volũtaria sed necessaria *l. si pignori 29. l. qui erat 49. supr. tit. prox.* Id autem nõ aliter, aut melius fieri potest, quã si in facienda ipsa adiudicatione, & ab initio condemnetur is qui rem pignori dedit, vt prestet condiuisori quãtò pluris pignus sit quàm pecunia tradita, dummodò præterea iubeatur liberare debitorem, qui alioqui remaneret obligatus, cùm personalis obligatio non tollatur per acquisitionem dominij. Quia certis tantùm modis obligationes finiuntur *l. obligationum ferè 44. § placet infr. de oblig. & act* inter quos dominij acquisitio non est. Fit autem hæc condemnatio etiam habita quadam tacita compensatione, vt in §. præcedente, & in *l. Mæuius 52. §. arbiter sup. tit. prox.* Hoc autem adhibito remedio ac veluti temperamento, nullus euictionis metus aut scrupulus superest, nec proinde necessitas vlla interponendæ cautionis. Est igitur optimum remedium & temperamentum quod tam multas quæstiones dirimit, vt in *l. 1. §. si heres inf. ad SC. Trebell.*

10 ¶ Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, vt alteri fundum, alteri vsumfructum adiudicet.

Ad §. 10. Officio.

Ratio dubitandi. Nihil potest in hoc iudicium venire aut per arbitrum adiudicari nisi quod est commune *l. 1. 3. & pass. sup.* Atqui vsusfructus nullus est qui sit communis, quia nemo re sua vti frui potest *l. 5. sup. si vsusfr. pet.* Ergo non potest arbiter vsumfructum qui nullus est adiudicare, deinde verò, si vni fundus adiudicetur, alij vsusfructus, dicendum est vsumfructum inter eos communicari *l. si alij 19. infr. de vsuf. legat.* Quid autem absurdius quàm sic diuisionem fieri vt quod vni adiudicatur alij communicetur? An non id esset communionis difficultatem augere non perimere? *l. qui neque 8. §. vlt. infr. de reb. eor qui sub tutel.*

Dec. Vsusfructus quem interpretes formalem vocant, constituitur per separationem à proprietate, & ideò vbicumque est plena proprietas, etiã vsusfructus esse intelligitur, sed per abstractionem à proprietate faciendam. Ideoq; dicimus id quod nostrum non est supple formaliter non posse in alium transferre siue per legatum siue alio quouis modo *l. quod nostrum 63. de vsufr. & tot. tit. de vsufr legat.* Proinde quod potuit testator facere, potest etiam arbiter commodioris diuisionis gratia, scilicet vni adiudicare vsũfructũ, alij verò fundũ scilicet deducto vsufructu. Sic enim hic locus accipi debet ex *d. l. si alij* 19. Itémq; quod scriptum est in *l. & puro 16. §. 1. sup. tit.* 1. vbi dicitur vsumfructum hoc casu non communicari, quoniam esset id contra mentem & officium arbitri qui non datur nisi ad diuidendum, non etiam ad communionem nouam inducendam. In eòque differt vsusfructus per arbitrum ita constitutus ab vsufructu vni legato eius fundi qui sit legatus alteri. Iunge *l. vsusfructus 6. in pr. & § 1. sup. de vsufr.*

11 ¶ Cætera eadem sunt, quæ in familiæ erciscundæ iudicio tractauimus.

Ad §. 11. Cætera.

Ratio dubitandi. Differt in plerisque iudicium familiæ erciscundæ à iudicio communi diuidundo, vt cõstat ex *l. filius 20. §. familiæ & l. heredes 25. §. Iudex sup. tit. prox.* iunct. *l. 14. § hoc iudicium sup.* Dec. Differunt in causa & origine, sed non in præstationib. Nec enim dici potest cur minus venire debeat in iudiciũ cõmuni diuidundo quàm in iudicium familiæ erciscundæ *l. arbor 19. §. vl. inf.* Cùm sit vtrũq; bonæ fidei, & pertinet ad cõmunium rerum diuisionem & constet ex rebus & præstationibus. *l. item quod Labeo 22. §. pen. sup. tit. 1. l. 3. sup. hoc tit.* vbi dixi. Dic ergo, Hæc duo iudicia iisdẽ ferè iuris regulis consistere nisi in quibus diuersum ius specialiter constitutum est vt de vẽditione & locatione, emptione & conductione solemus dicere *l. 1. & 2. infr. locat.*

12 ¶ Vrseius [a] ait, cùm in communi ædificij vicinus nunciauit, ne quid operis fieret, si vnus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam pœnam à socio pro parte seruare. Iulianus autem rectè notat, ita demum hoc verum esse [b], si interfuit ædium hoc fieri.

Ad §. vlt. Vrseius.

a *Vrseius* Ratio dubitandi. Nunciatio noui operis vni ex dominis facta etiã ignorãtibus cæteris omnibus facta intelligitur quidem, sed ita tamen vt si post nunciationem vnus tantùm ex condiuisoribus ædificauerit, alij eo nomine teneri nõ possint. Ne vnius factum noceat aliis qui nihil fecerunt *l. de pupillo 5. § si plurium inf. de oper. noui nunciat.* Proinde si is qui fecit contra edictum prætoris spreta nunciatione fuerit ex ea causa condemnatus, nullã eo nomine debet habere actionem de indemnitate aduersus condiuisores, Multò minùs hanc Cõmuni diuidũdo, qua bonæ fidei est, vt modò diximus ex *l. 4. §. hoc iudicium sup & l. in hoc iudicium 14. §. 1. sup. hoc tit.* Est enim alienum à bona fide vt vnius qui deliquit, factum noceat cæteris, qui nil deliquerũt *l. 1. infr. Quod vi aut clã.* Dec. Ideò nimirùm bene Iulianus qui ad Vrseium Ferocem notas scripsit, improbat & reprehendit, quod nimis generaliter & indistinctè Vrseius scripserat, Cõpetere hoc casu iudicium Cõmuni diuidundo cùm debuisset distinguere, quomodo Iulianus distinguit, An interfuerit ædium continuari nouum opus post nunciationem an non, vt si interfuit, procedat Vrseij sententia, si non interfuit, contrà. Quoties enim communium ædium interest id fieri quod facit vnus ex condiuisoribus, recusare alij ex bona fide non possunt, quominùs ei præstẽt indemnitatem. Non enim possunt impugnare factum ex quo ipsi lucrum & commodum sentiant *l. si extraneus 33. & l. cùm in fundo 78. §. quod si mulier inf. de iur. dot. l. vtilis 39. sup. de hered. petit.*

b *Hoc verum esse.* Ratio dubitandi. Etiamsi maximè intersit ædium continuari nouum opus spreta nunciatione, semper tamen verum est solum eum deliquisse qui spreuit nunciationem. Delictũ autem vnius cæteris nocere non debere *d. §. si plurium & d. l. 1. quod vi aut clam.* Dec. Non quidem tenentur condiuisores ex delicto neq; ex edicto de *nou. oper. nunciat.* sed tenentur tamen condiuisori hoc iudicio, scilicet ex ipsius iudicij æquitate, & quia quoties interest ædium, hæc obligatio & actio ex re ipsa quæ communis est proficisci intelligitur *l. furiosus 46. de oblig. & act.*

20. IVLIANVS libro 20. ad Edictum.

COmmuni diuidundo iudicium locum habet & in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus diuidi possit, videndum. magis autem debet iudex abstinere huiusmodi diuisione. alioquin præstatio vectigalis confundetur.

Ad l. Communi diuidundo.

Ratio dubitãdi. Debet arbiter abstinere à diuisione vectigalis agri, ne præstatio vectigalis cõfundatur si eum regionibus diuidat, vt scriptum est

in hac ipsa lege. Ergo non potest vectigalis ager in hoc iudicium venire.

Dec. Veniunt in hoc iudicium etiam pleraque indiuisibilia, sufficit enim, vt possint tota adiudicari vni ex condiuisoribus, qui ex ea causa vicissim condemnari possit ad certam quantitatem pecuniæ condiuisori præstandam *§. quòd si commodè & §. vlt. instit. de offic. iudic.* Quamuis nihil vetet etiam vectigalem fundum in diuisionem venire & inter condiuisores diuidi. Neque hoc negat hic Vlpianus, sed ait arbitrum ab huiusmodi diuisione quæ regionibus fiat, abstinere debere: quantum scilicet facere potest ne præstatio vectigalis confundatur. Quod ne fiat interest reipublicæ ad quam fundi vectigalis, quòd ad proprietatem, pertineat *l. 1. sup. si ager vectigal. l. si finita 15. § si de vectigalibus inf. de damn. infect.* Est enim plerumque incommoda perceptio quæ fit per partes *l. 3. sup. tit. t. l. 3. infr. de alim. & cibar. leg. l. cùm hi 8. §. in causa supr. de transact.* Et verò cur non venient in iudicium Communi diuidundo, cùm etiam in familiæ erciscundæ iudicium veniant, *l. item prædia 10. sup. tit. prox.* iunct. *l. prox. §. penult. supr. l. arbor 19. §. vltim. inf.* Hinc Accursius noster infert nec malè, Feudi etiam diuisionem fieri non debere, ne præstatio seruitij confundatur. Moribus tamen nostris & feudorum, & fundorum vectigalium, & emphyteuticariorum diuisio permissa est etiam inuito domino facta expensis possessorum peræquatione seruitij & canonis annui, vt sciatur quantum quisq; pro sua parte præstare debeat: Nimirum quia & feuda & bona vectigalia & emphyteuticaria iure Gallico quo hîc vtimur redacta sunt ad instar patrimoniorum, vt proinde quæstioni Sabbatinæ quam hîc Accursius proponit locus hodie fieri nullus possit. Vt in Codice nostro Fabriano ex Boerio & aliis plerisque Gallis pragmaticis scripsimus ad *Titulum de iure emphyteutico.*

1 ¶ Neratius scribit, arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem diuisum duobus adiudicauerit, posse, quasi in duobus fundis, seruitutem imponere.

Ad §. 1. Neratius.

Ratio dubitandi. Non potest idem fundus sibi seruire *l. tùm essent 33. §. 1. sup. rustic. præd.* Ergo non potest arbiter vnum, eundemq; fundum quamuis nõ vectigalẽ sic diuidere vt possit seruitutẽ imponere.

Dec. Fundus vnus inter coheredes diuisus duorum iure censetur, quia quælibet pars fundi est fundus cùm sit ex earum rerum genere quæ totum cõstituunt homogeneum *l. si quis duas 6. §. 1. inf. commun. præd. l. planè 34. §. v. t. de legat. 1.* Atqui si duo essent fundi quorum vnus vni ex condiuisoribus, alter alteri esset adiudicatus, posset arbiter vni fundo seruitutem imponere in vtilitatem alterius, cùm sint duo fundi, duoq; domini. Ideò enim nõ potest eadem res sibi seruire, quia nemini res sua seruit *l. in re communi 26. vrban. præd. l. vti frui 5. supr si vsusfr. petat. l. item Labeo 22. §. sed etiam sup. tit. prox.*

2 Qui in rem[a] Publicianam habent, etiam communi diuidundo iudicium possunt exercere.

Ad §. 2. Qui in rem.

a *Qui in rem.* Ratio dubitandi. In hoc iudicio agitur de diuisione rerũ communium, & de dominio earum per diuisionem, aut adiudicationem transferendo *l. 1. & 3. & pass. sup.* Atqui inter eos qui publicianã habẽt res non est cõmunis, cùm nõ sint domini, quoniam non datur ea actio nisi bonæ fidei possessoribus qui nondũ sunt domini, sed tantùm sunt in cursu vsucapiendi, *l. 1. & pass. supr. de Publician. § namque inst. de act.* Dec. Prætor habet pro dominis eos quibus dat Publicianam, scilicet pro dominis bonitariis, quia rẽ habent in bonis *l. rem in bonis 52. infr. de acq. rer. dom.* Vnde est quod Publiciana dicitur respicere ad instar proprietatis non ad instar possessionis *l. sed etsi 7. §. Publiciana D. de public. in rem act.* Datur enim Publiciana eo colore quasi actor iã vsuceperit rem quam tamen nondum vsucepit *§. namque instit. de action.* Ergo iudicium hoc Communi diuidundo perinde accipi potest inter eos qui Publicianam habent, atq; inter veros dominos, cùm perinde habeant vindicationem quamuis vtilem tantùm non directam *d. l. 1. eod. d. § namque.* Quo exemplo dicendum est hoc quoque iudicium esse vtile, vt in *§. prox. inf.*

3 ¶ Ex quibusdam[a] autem causis vindicatio cessat: si tamen iusta causa est possidẽdi, vtile cõmuni diuidundo cõpetit, vt puta si ex causa indebiti soluti res possideatur.

Ad §. 3. Ex quibusdam.

a *Ex quibusdam.* Ratio dubitandi eadem quæ ad sententiam proximè præcedentem: vindicatio enim non competit nisi domino *l. in rem 23. sup. de rei vindic. l. Quintus 25. § argento infr. de aur. & arg. legat.*

Dec. Non quidẽ competit iudicium Communi diuidundo directum, nisi inter eos qui habent directam vindicationem: sed tamen variæ possunt esse causæ ex quibus vindicatio directa non cõpetit, adeoque nec vtilis, Puta inter eos qui rem pignori acceperunt *d. § si duo & § inter eos inf.* Aliud exemplũ hîc adfertur, si inter duos aliqua res sit communis ex causa indebiti soluti à non domino. Nam & hi possunt vsucapere, dummodo solutionem acceperint bona fide *l. 3. inf. Pro socio.* Quidni ergo habebũt inter se hoc iudicium Communi diuidundo, non directum sed vtile ad rem diuidendam? Ideò autem adiecimus *à non domino*, quia si indebiti solutio & traditio facta esset à domino, transferretur dominium, & haberent illi qui acceperunt directam vindicationem, quia verè essent domini. Ideoque nimirum condictione tenentur non vindicatione *l. sic itaq; instit. de action. & l. 1. & tot. tit. de cond. indeb.* Sed & illud adiiciendum est quod Accurs. adiicit factã esse traditionẽ ex nõ iusta causa, i. iure ciuili cognita & adprobata. Puta si facta sit ex causa fideicommissi, vt in *l. 3. si vsusf. pet.* Malo tamen generaliter intelligere de causa indebiti soluti, vt lex ait, quæ sẽper iusta causa est possidendi, licèt nõ sit iusta causa tradẽdi. Itaq; causa indebiti soluti nunquam parit Publicianã. Parit tamẽ iudiciũ hoc vtile Cõmuni diuidundo. Illa requirit iustam & verã causam tradendi. Hoc verò contentum est iusta causa possidendi. Itaq; bene hic §. subiungitur præcedenti.

4 ¶ Inter

4 ¶Inter prædones[a] autem hoc iudicium locum non habet. nec, si precariò[b] possideant, locum habebit: nec, si clàm[c]: quia injusta est possessio ista: precaria verò iusta quidem, sed quæ non pergat ad iudicij vigorem.

Ad §. 4. Inter prædones.

a *Inter prædones.* Ratio dubitandi. Prædones verò sunt possessores perinde atque illi qui bona fide possident, quia an quis bona an mala fide possideat non ad ius pertinet, sed ad factum *l. bonæ fidei* 48. §. *in contrarium. inf. de acq. rer. dom.* Imò magis possident quàm qui rem pignori acceperunt. Hi enim non sibi, sed domino possident. Prædones autem sibi, & ideò possessio ipsorum vera est & naturalis, licèt non iusta, nec ciuilis, habéntque interdicta omnia possessoria, in quibus de possessione tantùm non etiam de dominio & iure quæritur, cùm spoliatus etiam prædo contra prędonem sit restituendus *cap. in literis extr. de restit. spoliat. l. colonus* 12. *l. cùm fundum* 18. *infra. Vnde vi & de vi armat.* Cur ergo non etiam Prædones habebunt hoc iudicium Communi diuidundo saltem vtile? Nam & interest reipublicæ ne Prædo inuitus cogatur manere in communione *l. vlt. C. hoc tit.* propter discordias, quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater* 77. §. *dulcissimis. inf. de leg.* 2. nec ad rem pertinere videtur, quòd non possint vsucapere: Nam neque ij qui rem aliquam pignori acceperunt, vsucapere possunt, quia sciunt se pro alieno possidere *l. si pignori* 13. *inf. de vsucap.* & tamen habent vtile iudicium Communi diuidundo *d. §. si duo.* Quidni ergo habent Prædones?

Dec. Nemo ex improbitate sua consequi debet actionem *l. itaque* 12. *inf. de furt.* Absurdum enim & iniquum esset dari hoc iudicium inter prædones, etiam vtile, quippe quod non datur nisi ex æquitate (ideoque nimirum vtile appellatur) Prædoni enim obstat æquitas, nõ minùs, quàm ius summum. Nec enim videtur cuiusquam interesse nisi intersit ex honesta causa *l.* 3. §. *si meecum. inf. tit.* 1. *l. cuius interfuit* 50. *& seq. de furt.* præsertim cùm hoc iudicium sit bonæ fidei *l.* 3. *sup. l. in hoc iudicium* 14. §. 1. *inf. hoc tit.* iunct. *l. bona fides* 31. *inf. deposit.* non magis ergo vtile quàm directum iudicium Communi diuidundo inter prędones habere locum potest. Quemadmodum enim vt directum competat, necesse est rem esse communem iure dominij, ita, vt possit vtili locus esse, oportet iustam esse causam possidendi §. *prox. sup.* Habet autem iustam causam possidendi qui possidet ex voluntate eius qui dominus putatur, aut qui dominus quidem est, sed dominũ trãsferre prohibetur, vt in *l. de eo* 63. *de donat. int. vir. & vxor.* quorum neutrum prædonibus conuenit. Quare nec illud facilè probare possum, quod placet Accursio, Inter bonæ fidei possessores si titulum nullum habeant non magis quàm inter prædones huic iudicio locum esse posse, ne quidem vtili: An non enim iustam habet causam possidẽdi quisquis bonæ fidei possessor est, licèt nullum proferre possit titulum? Sufficit nimirum vt putent àmbo se habere, nec magis inter eos discordiarum materia fouenda est quam si verè titulum haberent, si modò in rem in bonis habeant, ita vt eius nomine aliqua possit iis competere actio vel exceptio *l. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. domin.* Et verò si res quas defunctus bona fide possidebat veniunt in iudicium familiæ erciscundæ non adhibita illa distinctione, an cum titulo, an sine titulo *l. item prædia* 10. *sup. tit. prox.* cur non venient in hoc iudicium saltem vtile res illæ quas condiuisores perinde bona fide possidet, adeóque opinione dominij? Nec obstat quod Accurs. obijcit ex *l. inter coheredes* 44. *in princip. eod. ill. tit.* Est. n. is locus de iudicio directo, nos hîc tractamus de vtili. Et cur hîc Vlp. loqueretur de prædonibus si idem esset in bonæ fidei possessoribus?

b *Nec si precariò.* Ratio dubitandi. Precaria possessio iusta est non minùs quàm pigneratitia *l. quæcunque* 13. §. 1. *sup. de public.* Quid enim iustius quàm possidere ex domini voluntate *l.* 2. §. 1. *l. cùm precariò* 12. §. 1. *inf. de precar.* Atqui inter pignoratitios creditores ea causa pignoris possidentis locus est huic iudicio §. *si duo. &* §. *inter eos. inf.* Ergò & inter eos qui precariò possident, cùm non solum iustè, sed etiam verè possideant *d. l. cum precario* 14. §. 1. *l. & habet* 15. §. *eum qui. de precar.*

Dec. Possessiones precariæ sunt quidem iustæ, sed quæ tamen non pergunt ad iudicij vigorem, quoniam qui precariò rem accipit non id agit vt sibi quicquam acquirat *dict. l. quæcunque* §. 1. adeò vt ne quidem possidere propriè intelligatur, sed tantùm esse in possessione *l. certè* 6. §. *is qui rogauit. de precar.* quòd longè diuersum est *l. si ante* 10. *de acquir. possess.* cùm possidere nihil aliud sit, quàm sibi, & animo domini habere, vt toties diximus, siquidem dominia à naturali possessione cœperunt *l.* 1. *de acq. poss.* licèt habeat hic quoque interdictum vti possidetis contra tertium *l.* 3. *inf. vti possid.* Facilius enim est habere interdictum quàm actionem & iudicium. Creditoris pignoratitij alia ratio est quantùm ad possessionem: Sibi enim possidet non debitori, nisi quantum ad vsucapionem *l. serui* 16. *inf. de vsucap.*

c *Nec si clam.* Ratio dubitandi. Fieri potest vt quis clam possideat, nec tamen sit prædo, quia prædo non est qui precium numerauit *l. nemo prædo est* 126. *de reg. iur.* nec tamen dubitatur, quin is qui clam possidet, verè possideat, quamuis non iustè, licèt non prosit ei possessio contra eum, à quo clam possidet, sicuti nec precaria prodest contra eum à quo possidet quis precariò *l.* 1. §. *vlt. & l.* 2. *inf. vti possid.* Ergo cùm verè possideat, nec sit prædo, ęquum videri potest hanc ei actionem accommodari.

Dec. Clandestina possessio nunquam iusta est, sed semper viciosa *l.* 1. *& tot. tit. Quod vi aut clam.* Ergo non potest prodesse ad impetrandam actionem bonæ fidei, & ex æquitate proficiscentem. Prætoris enim est dare actiones qui potiò clandestinas possessiones semper improbat.

5 ¶Iulianus[a] scribit, si alter possessor prouocet, alter dicat eum vi possidere, nõ debere hoc iudicium dari, nec post annum quidem: quia placuit[b], etiam post annum in eum, qui vi deiecit, interdictum reddi. &, si precariò[c] (inquit) dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc iudiciũ; quia & de precariò interdictũ datur[d]. Sed & si clam[e] dicatur

possidere, qui prouocat: dicendum esse ait, cessare hoc iudicium: nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.

Ad §.5. Iulianus.

a *Iulianus.* Ratio dubitandi. Interdicta ferè omnia sui natura sunt annua, vt ex edicti & interdictorum ferè omnium verbis constat. Ergo quamuis intra annum possit dici summouendum eum, qui prouocat ad diuisionem, si dicatur vi possidere, quoniam intra annum tenetur illo interdicto Vnde vi. Attamen post annum aliud videtur dicendum, quasi cessante ratione quæ faciebat ne intra annum idem dici posset, Itemque ne quod directò per interdictum fieri prohibetur, fiat indirectè per viam exceptionis contra *l. scire 21. §.1. de tutor. & curat. dat. ab his.*

Dec. Speciale est in interdicto Vnde vi, cæterisque meram rei persecutionem continentibus, vt dentur etiam post annum, non quidẽ in solidum, sed de eo quod peruenit *l.1. in princ. l.3. §. hoc interdictum. inf. de vi & vi armat. l. in honorariis 35. de oblig. & act.* sed & tùm quoque cùm post annum interdicto locus non est, exceptioni tamen perpetuę locus esse potest *l. licèt 5. C. de except.* vbi tamẽ legere mallem *tenuit*, quàm *retinuit*, nisi malis dixisse Imperatores *retinuit* pro *iterum tenuit*. Alioqui contradictionem implicat, vt is qui vi expulsus est possessionem retinuerit. Vnde & interdictum illud recuperandæ possessionis esse dicimus non retinendæ. Ergo non magis post annum quàm intra annum potest ad hoc iudicium prouocare is qui dicitur vi possidere, cùm hoc saltem ad eum peruenerit quod etiamnum possidet. Cur autem non possit hic, qui vi possidet, ad hoc iudicium prouocare, ratio eadem est quæ ad §. præcedentem, Quia nimirum violenta possessio non minùs iniusta est, quàm clandestina, Imò tantò iniustior, quantò est ille impudentior, qui aliquid vi facit, quàm qui clam *l.1. §. quid sit vi facere. l.3. § clam facere. inf. Quod vi aut clam.*

b *Quia placuit.* Ratio dubitandi. Nihil commune habet proprietas cum possessione *l. naturaliter 12. §.1. inf. de acq. poss.* Ergo non est bona consecutio, vt quia interdictum de possessione locum habere potest non sit locus huic iudicio in quo agitur de proprietate. Nam & is qui interdicto aliquo nancisci possessionem rei suæ potest, non eò minùs potest rem vindicare, licèt ei consultius sit interdicto experiri *l. si qui destinauit 24. sup. de rei vindic.*

Dec. Hæc actio datur principaliter ad dominij communis diuisionem, vt diximus ad *l.1. supra*, & in consequentiam ad diuisionem possessionis si ambo possideant, licèt non minùs locum habeat hoc iudicium, quod aut neuter, aut alteruter tantũ possideat *l. pen. inf. l. heredes 25. §. quantum verò. sup. tit. 1.* Ergo si is prouocet ad hoc iudicium, quem dominum constat nõ esse, sed tantùm possidere, qui tamen vi aut clã possidere dicatur, priùs necessariò cognoscendũ est de possessione eiusque vicio, ne alioqui dando actionem Communi diuidundo videretur Prætor adprobare possessionem, quam tot aliis edicti partibus semper improbauit. In eoque maximè differunt hæc iudicia diuisoria à rei vindicatione, quia licèt omnia respiciant ad causam dominij, & proprietatis, tamen vindicationis iudicium simplex est, daturque non possidenti, neq; contra possessorem iustum aut verum, sed contra quemlibet detentorem qui habeat rei restituendæ facultatem *l. officium 9. in fin. sup. de rei vendic.* at iudicia hæc diuisoria sunt duplicia, quod in ijs vterque & actor sit, & reus *l.2. §.1. sup.* & consequenter Prætor dando hanc actionem, dat vtrique, ac proinde adprobat vtriusque litigatoris ius, quod habere se dicunt commune, Iniquum autem est iniusto possessori actionem vllam dari, vt diximus ad duos §§. præcedentes, cùm tamen tantò æquius sit iniustum possessorem conueniri, vt nec possessionem, quam iniustè habet, retineat.

c *Et si precariò.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad sententiam proximè præcedentem. Nam & interdictum de Prætorio datur post annum, de eo scilicet quod ad accipientem peruenit, adeoque ad ipsius heredem *l. quæsitum 8. §. penult. & vlt. inf. de precar.*

d *Interdictum datur.* Ratio dubitandi. Interdictum de precario non est propositum nisi in subsidium, & quia ciuilis actio nulla eo nomine competebat *l. interdictum 14. inf. de precar.* Ergo non eò minùs debet hoc iudicium competere, quod possit locus esse interdicto de precario, imò potiùs dicendum esset cessare interdictum, quia posset competere iudicium Communi diuidundo.

Dec. Interdictum de precario auocat possessionem, quæ licèt ab initio fuerit iusta, fit tamen iniusta cùm is qui precariò rogauit denegat restitutionem rei, & se interdicto conueniri patitur *l. cùm heres 11. De diuers. temp. præscript.*

e *Sed et si clam.* Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad initium huius §.1. de violenta possessione. Nam & clandestina possessio viciosa est, & interdictum quod vi aut clam competit, perinde atque interdictum de vi. Sed cum hac tamen differentia quod interdictum vnde vi datur etiam post annum de eo quod peruenit, vt diximus. Interdictum autem quod vi aut clam non nisi intra annum *l. semper 15. §. hoc interdictum. inf. Quod vi aut clam.* nisi ex causa *§. annus autem. ibid.* Ideoque debet hic locus ita intelligi si intra annum prouocet ad hoc iudicium ille qui adhuc possit interdicto conueniri. Nam si annus præterierit sicuti nullus amplius interdicto huic quod vi aut clam, siue vti possideris locus est, ita neque allegationi clandestinæ possessionis, ne vt suprà dictum est, quod vna via prohibetur alia concedatur *d. l. scire oportet 21. §.1. inf. de tutor. & curat. dat. ab iis.* Denique de possessione agi nunquam potest hoc iudicio, sed tantùm interdicto.

6 ¶Si duo sint a qui rem pignori acceperunt: æquissimum esse, vtile communi diuidundo iudicium dari.

Ad §.7. Si duo sint.

a *Si duo sint.* Ratio dubitandi. Qui rem aliquam simul & communiter pignori acceperunt nullũ ius habent, neque dominij, cùm rei suæ pignus consistat *l. neque pignus 45. de regul. iur.* neque possessionis, cùm non possideant verè, quia sibi nõ habent, sed debitori

debitor l. *pignori* 13. *infr. de vsucap.* non magis quàm qui precariò possident quibus æquiparantur in *l. quæcunque* 13. §. 1. *supr. de public.* Atqui inter duos qui eandem rem precariò rogauerunt non datur hoc iudicium §. *inter prædones sup.* Ergo neque inter pignoratitios creditores.

Dec. Longè alia & melior condicio est pignoratitij creditoris, quàm eius qui rogauit precariò. Est enim vtraque possessio est, iustam habet tamen hoc amplius pignoratitia, quod in omnibus propositam habet vtilitatem propriam creditoris, præterquàm quod ad causam vsucapionis *l. seruis* 16. *inf. de vsucap.* vbi dixi ad §. *inter prædones.* Iunge §. *inter eos* 12. *infr. hac lege.* & *l. si pignori* 29. *supr. titul.* 1. Ergo etiam inter duos creditores pignoratitios locus esse debet huic iudicio non quidem directo, quia inter ipsos res non est communis, sed vtili, vt hic Vlpianus scribit.

7 ¶Sed & si[a] de vsufructu sit inter duos controuersia, dari debet.

Ad §. 7. Sed etsi.

a *Sed & si.* Ratio dubitandi. Separata est causa proprietatis ab vsufructu *l. pen. inf. de acq. poss.* nec potest dici res communis inter eos qui habent tantùm vsumfructum communem, quia nec fructuarius dominus est *l. falsus* 43. §. *vltim. infr. de furt.* Ergo non potest de vsufructu agi hoc iudicio Communi diuidundo. Dec. Est etiam quoddam dominium vsusfructus, quia vsufructuarius licèt non sit dominus fundi, tamen est dominus eius iuris, quem nos vsumfructum appellamus. Vnde est quod tanquam dominus habet vindicationem vsusfructus *l.* 1. 3. & *tot. tit. si vsusfr. pet.* Ergo si plures sint fructuarij eiusdem rei, qui in illa re vsumfructum communem habeant, nec velint manere in communione, dandum est inter eos iudicium hoc Communi diuidundo ad vsumfructum diuidendum: tantò magis quòd vsufructuarij possessio est vera & iusta *l. naturaliter* 12. *in pr. inf. de acq. poss.* non tamen directum est hoc iudicium, sed vtile & *quasi Communi diuidundo*, vt loquitur Vlp. in *l. si cuius* 13. §. *sed si inter duos. sup. de vsufr. l.* 4. *in fin. infr. de aqua quot. & æstiu.* Nēpe quia, vt diximus; verum est fructuarios non esse dominos, nec rem communem inter eos qui vsumfructum duntaxat eius habent *l. Lucio* 4. *inf. de aqua quot. & æstiu.*

8 ¶Item si duo[a] à Prætore missi sint in possessionem legatorum: est enim iusta causa possidendi custodiæ gratia. Ergo, & si duo ventres[b], idem erit dicendum. quod habet rationem.

Ad §. 8. Item si duo.

a *Item si duo.* Ratio dubitandi. Qui custodiæ causa missi sunt in possessionem siue legatorum, siue ventris nomine non verè possident, sed tantùm sunt in possessione *l. si ante* 10. *infr. de acq. poss. l. cùm legatorum* 12. *inf quib. ex caus. in poss. eat. l.* 3. §. *creditores. infr. vti possid.* Ergo nō magis inter eos potest hoc iudicium locum habere, quàm inter eos qui precariò possident, quamuis eorum quoque possessio iusta sit §. *inter prædones. supr.*

Dec. Non solùm iusta est possessio in qua sunt illi qui custodiæ causa mittuntur in possessionem, sed etiam efficax, & quæ possit pergere ad iudicij vigorem, quia mittuntur in possessionem proprio nomine & ad suam vtilitatem, vt & possint fructus percipere & interdictum eo nomine exercere *l. is cui* 5. §. *qui legatorum.* & §. *missus. inf. vt leg. seu fideib. seruand. caus. caueat.* Item quia authore Prætore possident, cuius est possessionem tueri in quam eos miserit: Frustra enim mitteret Prætor in possessionem, nisi missos tueretur *l.* 1. §. 1. *inf. ne uis fiat ei qui in possess. miss. est.* Denique per huiusmodi missionem in possessionem constituitur pignus prætorium *l. non est mirum* 26. §. 1. *inf. de pignorat. act. & l. is cui* 5. §. *quæri poterit.* At proinde quod in §. *si duo sint* diximus de creditoribus pignoratitiis in his quoque locum habere debet, quamuis non semper bona sit horum casuum comparatio *l.* 3. §. *creditores. infr. Vti possid.* Sed quod ad hanc actionem pertinet, nulla differentia est, quia vt ait Vlpianus, iusta est causa possidendi etiam custodiæ gratia, quod satis est vt actionis huic locus esse posit.

b *Ergo & si duo ventres.* Ratio dubitandi. Non potest quis duas habere vxores eodem tempore § *adfinitatis inst. prim. de nupt.* Ergo non potest dari casus in quo ventres duo missi sint in possessionem.

Dec. Potest fieri vt duo sint ventres missi in possessionem si fortè quis prima vxore prægnante facta & repudiata aliam duxerit & similiter prægnātem fecerit mox decesserit, vt in *l. f.* §. *si quis prima* 16. *infr. de ventr. in poss. mitt.* Adde alium casum ex d. l. 1. §. *si filius.* De vxore filij capti ab hostibus quæ mittenda est in possessionem bonorum soceri, simulque vxor ipsius soceri si ea grauida relicta socer decesserit, Item si duæ sint de quibus dubitetur & contendatur vtra sit legitima, vt hic notat Accurs.

9 ¶Planè si causa damni[a] infecti missus, iussus sit possidere: non erit huic vtili iudicio locus, cùm vindicationem habere posit.

Ad §. 9. Planè si causa.

a *Planè si causa damni.* Ratio dubitandi. Qui ex causa damni infecti missus est in possessionem ædium quæ ruinam minabantur, nondum tamen est dominus quiritarius priusquàm vsuceperit, adeoque nec bonitarius antequàm ex decreto secundo iussus sit sibi possidere *l. Prætoris* 5. *in princ. l. si finita* 15. §. *Iulianus inf. de damn. infect.* Ergo neque hoc casu potest iudicium directum Communi diuidundo dari sed tantùm vtile.

Dec. Qui ex causa damni infecti iussus est sibi possidere ex secundo decreto, fit hoc ipso dominus bonitarius *d.* §. *Iulianus.* Et consequenter habet vindicationem & quidem directam ex reg. *l. in rem* 23. *supr. de rei vindic. l. rem in bonis* 52. *de acquir. rer. domin.* quod omnium optimè hic locus probat, quamuis non posit hic ante completam vsucapionem formulam illam vsurpare *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Ex quo apparet fuisse quidem illam solenem & frequentiorem formulam vindicatio-

nis, vt scripsi ad *l.1.§.per hanc autem actionem. supra, de rei vindic.* sed non tamen debuisse in cuiuslibet vindicationis formula adiici verba illa *ex iure Quiritium*, quæ sanè in hac specie vsurpari nullo modo potuissent. Ergo non indiget vtili iudicio, cùm habeat directum *l.1.sup.de public.in rem act.* Nam quisquis habet directam vindicationem, habet quoque directum iudicium Communi diuidundo *l.1.* & *l.sed si res 5.sup.hoc tit. l.inter coheredes 44. in princip. sup.tit.prox.*

10 ¶Cùm de vsufructu [a] communi diuidundo iudicium agitur: iudex officiū suum ita diriget, vt vel regionibus eis vti frui permittat, vel locet vsumfructum [b] vni ex illis, vel tertiæ personæ, vt hi pensiones sine vlla controuersia percipiant: vel si res mobiles sint [c], etiam sic poterit, vt inter eos conueniant caueantque, per tempora se vsuros & fruituros: hoc est, apud singulos mutua vice certo tempore sit vsusfructus.

Ad §.10. Cùm de vsufructu.

a *Cùm de vsufructu.* Ratio dubitandi. Vsusfructus est ius in corpore *l.2.sup.de vsufr.* Iura autem omnia sunt incorporalia, nec proinde possunt diuidi magis quàm tangi *l.1.§.vlt.de rer diuis.* Tantùm abest vt regionibus diuidi possint. Ergo non potest de vsufructu hoc iudicium accipi Communi diuidundo.

Dec. Speciale est in vsufructu vt quamuis in iure non in parte consistat *l. Mantus 66.§.fundo.de legat.2.* sit tamen diuiduus cùm cæteræ omnes seruitutes sint indiuiduæ *l.1.§ si vsumfructum inf.ad leg.falc.* quia emolumentum rei continet, adeoq; in multis causis pars dominij esse creditur *l.4.l.si Titio fructus 33.§.1.sup.de vsufr.* Denique consistit ex facto vtendi fruendi *l.vnic.sup.quand.dies legat.vsusfr.ced.* Finitio autem ipsa diuisibilis est. Potest igitur iudex Communi diuidundo datus ad vsumfructum diuidendum officium suum interponere, & vsumfructum inter eos diuidere vno ex illis modis, de quibus in hoc §. scilicet quantum ad commoditatem ipsam fruendi, vt Accursius loquitur, potiùs quàm quod ad ius ipsum vsusfructus, quod vtique durat quousque legitimo modo pereat. Aliud enim est de iure vsusfructus tractare, Aliud verò de perceptione fructuum *l.si vsufructus 66. inf. de iur.dot. l.necessariò 8.§.vlt.de peric. & commod.rei vendit.* Tantoque magis pro vsufructu dandū est hoc iudicium, quod cùm maximè comparatum sit ad sedandas discordias quas communionis materia excitare solet *l.cùm pater 77.§.dulcissimis.de leg.2.l.vlt.C.hoc tit.* Certum est pro fructibus & frequentiores & grauiores rixas fieri, quàm pro ipsa proprietate *l.si cuius 13.§.sed si inter duos*, aliàs *l.aequissimum. sup.de vsufr.* Quotus enim quisque est qui non sibi persuadeat verissimum esse, quod Cicero quodam loco scripsit, inuita licèt iurisprudentia, id cuiusque proprium esse quo vtitur fruiturve.

b *Vel locet vsumfructum.* Ratio dubitandi. Arbiter & iudex datus in hoc iudicio Communi diuidundo non ad locandum datus est, sed ad diuidēdum, nec debet officium suum egredi *l.1.§.1.inf. de vsur. l.officio 26.sup.tit.prox. l.cùm post mortem 43.§.1.vers.curator.inf.de admin.tutor.* & aliter fiunt diuisiones, aliter locationes, sicut & aliter vēditiones, *l.sciendū est de adil.edict.* Diuisio autem similis est emptioni non locationi *l.1. C.comm. vtriusque iudic.* Ergo non est permittēdum iudici dato ad hoc iudicium, vt fundum locet, præsertim vni ex condiuisoribus, cùm non maior sit ratio vt vni locet quàm alteri.

Dec. Iudex in hoc iudicio datus potest ex officio suo facere omnia per quæ possit commodius perueniri ad diuisionem, minore rixarum periculo, ac metu, In eo siquidem maximè officium eius versatur, & cui aliquid conceditur censentur concessa omnia sine quibus non posset æquè commodè mandatum exequi *l.2.sup.de iurisd.* nec est necesse vt id faciat in necessarium antecedens, sed sufficit vt faciat commodioris diuisionis gratia propter illa verba *ex bona fide* quæ in huius actionis formula adiiciebantur, vt in cæteris bonæ fidei iudicijs. Est autem omnium commodissima hæc ratio diuidendi vsusfructus vt locetur, vel vni ex fructuarijs, vel si contendant nec velint consentire, saltem alicui tertiæ personæ certa pensione, quæ sicuti non potest constitui nisi in pecunia numerata ita semper commodè diuisibilis est, tùm quoque cùm datur pro re indiuisibili *l.stipulationes non diuiduntur 72.l.85. de verb.oblig. l.1.& 2.C.si plur.vna sentent. condem.in executione fuer. l.1.& 2.C.si vnus ex plurib.hered.*

c *Vel si res mobiles sint.* Ratio dubitandi. Bona mobilia etiam si pluribus sint communia, non tamen possunt diuidi, neque quòd ad proprietatem, neq; quod ad fruitionem, quia non possunt duo simul frui iisdem mobilibus, siue in totum, siue pro parte, cùm eorum fruitio non possit non esse indiuidua, licèt vsusfructus sit communis *l. Pomponius 8.in fin.sup.de rei vindic.* Ergo non possunt bona mobilia venire in hoc iudicium, Nec nouum est vt in hæc iudicia diuisoria non veniant ea quæ diuidi nullo modo possunt, quia nec possunt, vt argumentatur Vlpianus in *l.heredes 25 §.an ea sup.tit.1.*

Dec. Possunt etiam bona mobilia diuidi, vel numero, vel tempore, Numero quidem cùm de proprietate agitur, Tempore verò cùm de fruitione, vt scilicet inter fructuarios conueniat, caueantque per tempora se vsuros fruituros, hoc est, vt apud singulos mutua vice certo tempore sit vsusfructus; quo tamen modo non tam vsusfructus ipse diuiditur, vt suprà diximus, quam commoditas fruendi, Ideoque in cæteris etiam seruitutibus, quamuis indiuiduæ sint, nec ad tempus constitui possint, talis diuisio per tempora promissa est *l.4.§.vlt.supra, de euict.* Iunge *l.4.& 5.inf de aqua quotid.& æst.* Veniunt ergo etiam bona mobilia in hoc iudicium, vt & cætera omnia, nisi de quibus nominatim actum est ne veniant *l.in iudicium. inf.hoc tit.*

11 ¶Neque colonis [a], neque eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamuis naturaliter possideant.

Ad §.11. Neque colonis.

a *Neque colonis.* Ratio dubitandi. Etiam coloni, & depositarij naturaliter possident adeoq; iustè, cùm possideant ex domini voluntate *l.si seruus 61.§. locani*

tanti.inf.de furt Ergo si plures sint coloni aut depositarij inter eos quoque iudicium Communi diuidundo saltem vtile dandum erit.

Dec. Sunt quidem isti in possessione, quia rem naturaliter detinent, id est corporaliter & de facto; Quomodo dicimus aperiri tabulas testamenti naturaliter in *l. aperire. inf. de SC. Silan.* & naturaliter posse contrahentes in emptione ac venditione se decipere *l. in causa 16. §. idem Pomponius. sup. de minor.* sed tamen propriè ac verè non possident, quia sibi non habent, nec ad suam propriam vtilitatem, sed locatoris vel eius qui deposuit *l. 2. C. de praescrip. 30. vel 40 annor. l. cui è 6. §. is qui rogauit. infra, de precar. l. 3. §. vlt. l. 4. inf. tit. l. officium 9. supra, de rei vindic. l. videamus 38 § si possessionem. inf. de vsur. l. 2. C. vbi in rem act.* in quo differunt maximè ab ijs, quos suprà diximus esse quidem tantùm in possessione, sed sui tamen commodi gratia, ideoque iudicium hoc vtile ijs dandum esse *§. si duo & seqq. sup.* Cæterùm cùm possidere propriè sit sibi habere, is demùm verè dici potest naturaliter possidere, qui sibi rem habet, sed iniustè vt fur, & prædo: Naturalis enim possessio opponitur ciuili quæ non aliam ob causam ciuilis appellatur quàm quòd semper sit iusta & iure ciuili adprobata, & quæ plurimum ex iure mutuatur *leg. possessio 49. in princip. & §. 1. inf. de acquir. poss.* Naturalis tamen possessio interdum dicitur impropriè, vt hîc etiam illa quæ non tantùm iure prorsus destituta est, sed etiam animo & voluntate domini, & tuta æstimatur ex mero facto detentionis simplicis, quam ideò nostri asininam non malè vocant.

12 ¶Inter eos [a], qui pignori acceperunt, talis diuisio fieri debet, vt non vero pretio æstimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur, & adsignetur quidem pignus vni ex creditoribus: licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, & pignus suum luere. Idémque dicitur [b], & si possessor pignoris, litis æstimationem, pigneratitiam in re agenti offerat.

Ad §. 12. Inter eos.

a *Inter eos.* Ratio dubitandi. Inter creditores pignoratitios non potest dari hoc iudicium nisi ad diuidendam rem communem aut ipsius æstimationem veram. Nam debitum ipsum diuiditur ipso iure per legem 12. tabul. inter heredes creditoris, si ponas vnum tantùm ab initio fuisse creditorem qui pluribus heredibus relictis decesserit *l. 1. Cod. si certam pet. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. hered. debit.* Quod si ab initio pluribus creditoribus res aliqua pignori data sit, qui certè casus est, de quo in hoc §. agitur, id debet in hoc iudicium venire quod est commune. Quod autem singulis debetur non est commune, sed proprium singulorum, Ergo in hoc iudicium venire non potest, sed vel ipsa res, vel rei æstimatio, vt in *l. in furti 50. inf. de furt.*

Dec. Neque ipsa res communis est inter plures creditores pignoratitios, neque rei æstimatio, neque pecunia pro qua pignus datum est, sed vinculum ipsum pignoris, cùm nihil valet vnam eandèmque rem simul dari pluribus pignori, dum ne singulis in solidũ, sicut nec ex interuallo dari posset citra crimen stellionatus, nisi certificato posteriore creditore de anteriore pignore *l. si is qui 11. §. 1. inf. de pignor. l. 3. inf. de crimin. stellionat.* Cùm ergo vinculum pignoris sit commune, nec tamen intersit cujusquam creditorũ, nisi pro ea summa quæ cuique debetur, Consequens est, vt si vni ex creditoribus totum pignus adsignetur, quòd necessariò faciendum est, vt non fiat debitori difficilior luitio pignoris, non verò precio debeat æstimari pars creditoris cui pignus adimitur, sed in tantum quantum ei debetur. Itaque finge eum qui Titio debebat triginta, Sempronio quinquaginta dedisse pignori rem dignam centum, Erit totum pignus adsignandum Sempronio tanquam maioris summæ creditori, nisi malit Titius ad licitationem admitti, & licitatione vincere, vt in §. seq. Pars autem Titij æstimanda non quinquaginta aureis, licèt tanti reuera sit pars dimidia rei obligatæ. Sed triginta tantùm aureis vt non in maiorem quantitatem condemnetur Titio Sempronius, cui totum pignus adsignatur. Ita fiet vt vtrique creditori bene consulatur, nec vllo incommodo afficiatur debitor, cui liberum erit pignus luere à Sempronio, totum ei debitum offerendo: id est, & quòd ipsi, & quod Titio debebatur. Iunge *l. creditor 12. aliàs l. si prior. §. secundum inf. qui potior. in pignor. hab. l. cùm posterior 6. de distract. pignor.*

b *Idemq; dicitur.* Retinetur in hoc versiculo eadem species de pignore pluribus dato, sed ponendum est, amissa pignoris possessione vnum ex creditoribus illis pignoratitiis egisse contra possessorem actione quasi Seruiana, & hypothecaria, quę pignoratitia in rem hîc appellatur, ad differentiam nimirum pignoratitiæ actionis quæ competit post luitionem pignoris, & quæ personalis est, de qua in *Tit. de pignor act.* Possessorem verò totum debitum actori obtulisse quod vtique pro suo iure facere potest, tùm quoq; cùm iniustus possessor est *l. Paulus respondit 12. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypothec. soluit.* Ergo si postea agatur iudicio Communi diuidundo inter hos creditores ad diuidendam eam summam quæ à pignoris possessore oblata est, non pro æquis partibus fiet diuisio, neque tota res pignori data æstimabitur, sed quantum est in vtriusque credito, vt singuli ex soluta pecunia eam partem ferãt quę singulis debetur. Et hic versiculi huius sensus est. Iunge *l. si pignori 29. sup. tit. prox. & l. si creditor quorũ 28. inf. de pign. act.* in cuius fine obserua pro *debitor* legendum esse *debitum*, vt alibi obseruaui.

13 ¶Si debitor [a] communis prædij partem pignori dedit, & à domino alterius partis prouocatus creditor ejus, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo superauit, & debitor eius, cui res fuit adiudicata, velit partem suam prædij recuperare soluto eo, quod ipse debuit: eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi eam partem paratus sit recuperare, quam creditor per adiudicationem emit. Nam & si [b] partem

venderetis rei, & prius, quàm traderes emptori, communi diuidundo iudicio prouocatus fueris, aliáque pars tibi adiudicata sit: consequenter dicitur, ex empto agi non posse: nisi totam rem suscipere fuerit paratus: quia hæc pars beneficio alterius venditori accessit. quinimmò [c] etiam ex vendito posse conueniri emptorem, vt recipiat totum. solum illud spectandum erit, num fortè fraus aliqua venditoris interuenit. Sed & si, distracta parte, cesserit victus licitatione venditor: æquè, pretium vt restituat, ex empto tenebitur. Hæc eadem & in mandato, cęterísq; huius generis iudiciis seruatur.

Ad §.13. Si debitor.

a *Si debitor.* Ratio dubitandi. Non plus esse potest in luitione pignoris quàm in ipso pignore, nec onerandus est debitor cui iam satis vniuersa est luitio partis propriæ, quam dedit pignori, vt aliam quoq; partem quam non dedit pignori, luere compellatur. Id enim esset emere non luere. Emere autem nemo cogitur *l. nec emere 16. C. de iur. delib.*

Dec. Semper succurrendum est ei qui aliquid fecit ex necessitate *l. si pignori 29. l. qui erat 49. supra tit. prox. l. 24. §. restitutio. sup. de minor.* Hîc autem creditor prouocatus ad iudicium Communi diuidundo à domino alterius partis, & ad licitationem venire coactus, necesse habuit luendo aut vinci, aut vincere. Ergo si vicerit, & posteà ipsius debitor velit partem sui prædij recuperare, non aliter audiendus est debitor, quàm si soluto omni eo, quod ipse debuit paratus sit, eam quoque partem recuperare, quam creditor per adiudicationem emit. Non enim partem rei licitatus est, sed rem totam; nec fuerat partem licitatotos, neque verò potuisset etiamsi maximè voluisset *d. l. si pignori 29. supra tit. 1. l. tutor vrgentibus 47. §. 1. sup. de minor. l. si quis aliam 46. inf. de solut.* Denique hęc pars non pignorata videtur accessisse pignori beneficio alterius partis, quæ fuerat pignorata, ac veluti tacito quodam adcrescēdi iure & exemplo alluuionis *l. Tutio fructus 33. §. 1. sup. de vsufr.* Quæ ratio facit è contrario vt si creditor vellet eam partem quā per licitationem acquisiit eo prætextu retinere, quòd non fuerat illa pignori data, nō esset audiendus, sed cogendus eam pariter cum alia debitori reddere, quia non nisi beneficio partis pignoratæ illam acquisiuerit, ac proinde beneficio & consequenter commodo ipsius debitoris, nec fit hoc casu iniuria vlla siue debitori, siue creditori, cùm eadem causa vtriusque constituitur, quæ constitueretur si cum ipso debitore qui rei communis debitor pro sua parte fuit, actum esset Communi diuidundo, tanquam cum domino *l. Iulianus 13. §. idem Celsus 17. inf. de act. empt.* vbi illud ipsum traditur quod in hoc §. sequitur.

b *Nam & si.* Ratio dubitandi. Latiùs patere non potest actio ex vendito aut ex empto, quàm venditio ipsa, aut emptio *l. Rutilia Polla 69. de contr. empt.* Atqui ponimus venditam fuisse duntaxat partem fundi non totum fundum. Ergo si emptor agat ex empto, vt partem venditam habeat, non est cogendus aliam partem recuperare quæ per licitationem & adiudicationem accessit.

Dec. Sufficit partem esse venditam, cuius beneficio alia venditioni accesserit vt vtraque vēdita esse intelligatur *d. l. Iulianus 13. §. idem Celsus. inf. de act. empt.* hic tamen casus dubitabilior videtur quàm superior, quia in superiore eadem causa constituitur creditoris quæ esset si cum debitore ipso qui dominus fuit, vt diximus, actum esset communi diuidundo. In hoc autem eadem constituitur causa venditoris & emptoris quę constitueretur si actum esset Communi diuidundo cum emptore, cùm tamen venditor, cum quo actum est, fuerit dominus: qui scil. prouocatus fuit ad hoc iudiciū, antequam partem quam emerat, traderet, vt lex ponit, ac proinde antequàm dominium in emptorem translatum esset, quippe quod non transfertur, nisi per traditionem *§. venditæ. Instit. de rer. diuis. l. quod vendidi 19. inf. de contrah. empt.* sed ratio est, quia perfecta emptione, quod fit nudo consensu, est in potestate emptoris, vt per actionem ex empto cogat venditorem ad rem tradendam, aut ad præstandum id quod interest *l. 1. l. ex empto inf. de act. empt. l. 4. C. eo.* Eadem igitur causa ipsius esse debet, etiam ante traditionem quæ futura esset post traditionem. Qua ratione dicimus etiam periculum rei venditæ ad eum pertinere *d. §. cùm autem. l. nec. ff. arg. 8. & pass. inf. de peric. & commod. rei vendit.* Quod tamen non ad alium, quàm ad dominum pertinere solet *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23 de reg. iur.*

c *Quinimmò.* Ratio dubitandi. Nemo cogendus est emere quod nolit *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* & quemadmodum is qui totum emit probè causari potest se non fuisse partem empturum *l. tutor vrgentibus 47. §. 1. sup. de minor. l. si quis aliam 46. inf. de solut.* Ita & qui partem tantùm emit, rectè potest dicere se, neque totum emisse, neque velle emere, præsertim cùm non sit ita expeditum totum emere vt partem, quia maiore pecunia opus est, quæ non semper est in numerato *l. si dubitet 10. inf. de fideiuss.*

Dec. Non habet emptor quod conqueratur quoties eadem ipsius causa constituitur quæ esset si rem venditam per traditionem accepisset, atque ita eius dominium nactus esset: cùm non nisi per eum stet quominùs id secutum fuerit. Porrò si dominus fuisset agi cum eo debuisset Communi diuidundo, non cum venditore, qui proinde alienam partem, nec per licitationem, nec per adiudicationem emere cogi potuisset. Ipse autem emptor factus iam dominus, sicuti recusare non potuisset quominùs iudicium Cōmuni diuidūdo susciperet, Ita neq; vt licitatione, vel vinceret, vel vinceretur. Nec rursum potest emptor imputare venditori cur licitatione vincere maluerit, quàm vinci, nec si vēditor animosus licitatus sit *d. l. si pignori 29. ad fin.* vbi dixi *sup. tit. prox.* Si modò fraus nulla interuenerit, vt hic subiicitur in textu. Quid enim si venditor pluris quàm debuerat licitus sit ob id solùm, vt emptorem oneraret? Nemo dixerit hoc permittendum in iudicio bonæ fidei, cùm hæc omnia ex bona fide & æquitate proficiscantur *d. §. idem Celsus.* Hoc enim est quod ait Vlp. in postremis verbis huius §. hæc eadem dicenda esse in mandato cæterísque iudiciis huius generis, scil. bonæ fidei. Bona fides quæ in his iudiciis locum habet nihil nisi summam æquitatem significat *l. bona fides 31. inf. depositi.* Iunge *l. si mandauero 22. §. Iulianus. l. qui negotia 34. §. cum heres. inf. mandat.*

d *Sed & si.* Ratio dubitandi. Cùm venditor qui rei communis partē suam distraxit, passus est se vinci

licita-

licitatione, & precium accepit, potest ei imputari cur sic vinci passus sit, videturq; fieri iniuria emptori, qui partem fundi emit, si pro illa parte cogatur partis precium accipere. Nec enim pecunia vendi potest, cùm suam certamq; semper habeat æstimationem *l. 1. inf. de contr. empt. l. 1. de rer. permut. l. 3. de eo quod cert. loc.* Ideoq; pecunia non æstimatur, sed res omnes æstimat *l. si ita fideiussorem 42. infr. de fideiuss.* Absurdum est igitur dicere actionem ex empto competere emptori, vt precium quod venditor accepit restituatur. Datur enim actio ex empto ad rem ipsam non ad rei precium *l. ex empto 11. §. 1. inf. de contrah. empt.*

Dec. Non magis imputari potest venditori, cur se vinci licitatione passus sit, quàm cur non emerit quod emere noluit *d. l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. sicut 5. C. de act. & oblig.* Satis igitur est vt restituat precium quod accepit, & quidem actione ex empto, quia non restituit tanquam precium, sed tanquam quid subrogatum in locum rei venditæ, vt hoc saltem ex sua emptione consequatur emptor quod beneficio rei venditæ ad venditorem peruenit, denique potest videri venditor quicquid in hoc negotio gessit, tanquam procurator emptoris gessisse *d. l. 29. ad fin. sup. tit. 1.* dummodò fraus eius nulla interuenerit, vt iam diximus. Nam & à mãdato semper fraus & dolus abesse debet *l. 60. §. penultim. infr. mandat.* Ad quod videtur alludere hîc. Vlpianus cùm ait eadem quæ in hoc §. scripta sunt seruanda esse in mandato.

8. PAVLVS lib. 23. ad Edictum.

ET si non omnes qui rem communem habent, sed certi ex his diuidere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest.

Ad l. Et si non omnes 8.

Ratio dubitandi & decid. eadem quæ ad *l. arbitrum 43. sup. tit. prox.* Quemadmodum enim iudiciũ Familiæ erciscundæ potest accipi inter pauciores heredes ex pluribus *l. 2. §. dubitandum. sup. tit. prox.* Ita & iudicium Communi diuidundo inter pauciores ex pluribus sociis & conduiuisoribus *l. si quis cùm 29. §. 1. inf hoc tit.* id est, etiamsi absint alij, adeoq; contradicant, sed ita tamen vt absentium & contradicentium ius saluum maneat pro ipsorum portionibus *l. coheredibus 17. C. famil. ercisc.*

1 ¶ Si incertum [a] sit, an lex Falcidia locum habeat inter legatarium, & heredem, communi diuidundo agi potest, aut incertæ partis [b] vindicatio datur. Similiter [c] fit, & si peculium legatum sit: quia, in quantum res peculiares deminuit, id quod domino debetur, incertum est.

Ad §. 1. Si incertum.

a *Si incertum.* Ratio dubitandi. Legatum relictum per vindicationem, de quo solo agitur in hoc §. vt verba postrema ostendunt acquiritur ipso iure & statim legatario, transitq; dominium eius recta via à testatore in legatarium, quasi nunquam factum heredis *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. infr. de furt.* Ergo nõ potest res legata esse communis inter heredem & legatarium, nec proinde accipi inter eos iudicium communi diuidundo, cùm neq; legatarius quicquam iuris habeat in hereditate, neq; heres in legato. Dec. Cùm incertum est an lex falcidia locum habitura sit, non potest legatarius legatum vindicare, nisi oblata prius satisdatione, ex edicto Prætoris *Si cui plus quàm per leg. falcid.* ne pe quia lex falcidia non aliter permittit testatori legare, quàm si quadrans totus hereditatis illibatus penes heredem remaneat *l. 1. infr. ad leg. Falcid.* Interim igitur res legata remanet communis inter heredem pro quadrante & legatarium pro dodrante, & cõsequenter locus est inter eos iudicio Cõmuni diuidundo. Non enim sicut iudicium familiæ erciscundæ inter eos tãtùm locum habet qui sunt heredes, aut heredum loco *l. sed & cius rei 24. §. 1. sup. tit. 1.* Ita & iudicium Communi diuidundo, quippe quod datur inter omnes, qui rem communem habent *l. 1. supr.* Quanquam dici etiam potest legatarium in re legata heredem quodammodo videri *l. ad tempus 14. §. 1. infr. de vsucap.*

b *Aut incertæ partis.* Ratio dubitandi. Nemini permittendum est vt agat, quandiu est incertus de iure suo, cùm in ipsius potestate sit vt agat, & quando agat *l. purè 5. §. 1. inf. de dol. mal. except.* Maximè cùm agitur vindicatione, cuius solennia verba hæc fuerunt *hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, vt dixi ad *l. 1. §. 1. sup. de rei vindic.* Non autem potest digito demonstrari pars incerta *l. certum 6. inf. de reb. cred.* vt nec possideri nec tradi *l. 3. §. incertam. l. locus 26. infr. de acq. poss. l. si fur 32. in fin. infr. de vsucap.* Ergo nec vindicari, cùm vindicatio non detur nisi contra possessorem *l. qui petitorio 36. & §. vlt. sup. de rei vindic.* & ad possessionis restitutionem *l. qui restituere 68. eod. tit.*

Dec. Est vnus hic casus ex illis, in quibus etiam partis incertæ vindicatio datur *l. quæ de tota 76. §. incerta.* vbi diximus *eod. ill. tit.* quoniam nesciri potest quotam partem vindicare debeat legatarius hominis, quandiu nescitur an legi falcidiæ locus futurus sit, aut quantum iuri falcidiæ detracturus sit heres. Non enim semper quadrantem integrum habere debet si fortè hereditas non tota sit exhausta legatis, sed tantùm onerata & alia supersint in hereditate, quæ conficiendo quadranti possint imputari, de quibus in *l. in quartam 91. inf. ad leg. falcid.*

c *Similiter.* Ratio dubitandi. Legatum est delibatio hereditatis per quam ex eo quod alioqui vniuersum heredis foret alicui quid collatum testator velit *l. legatum 116. de legat. 1.* Ergo si peculium serui alicuius legatum sit non potest videri commune inter heredem & legatarium. Proinde nec locus est huic iudicio Communi diuidundo.

Dec. Peculium semper intelligitur deducto eo quod domino debetur *l. sed etsi 9. §. peculium. l. si noxali 11. §. vlt. infr. de pecul. l. si peculium 6. l. si peculium 10. & pass. de pecul. legat.* Et ideò si quid domino debeatur, nesciri potest an singula peculij corpora vindicari possint à legatario, an pro rata *d. l. si peculium 6. in prin.* Ergo hoc casu alterutrum necessariò fatendum est, Aut agendum esse inter legatarium & heredem Communi diuidundo, quod inter eos commune sit peculium, licet pro partibus incertis, Aut per-

mittendum legatario, vt peculij partem incertam vindicet, quemadmodum euenire dictum est in præcedente specie huius §. Aliud sanè esset si corpora peculiaria legarentur specialiter. Tunc enim nulla eorum diminutio fieri posset ratione æris alieni *dict. l. si peculium 10. de pecul. legat.* quia absurdum esset diminutionem corporum fieri propter pecuniam *l. quod dicitur 5. infr. de impens. in rebus dotal. fact. l. cogi 16. §. unde quæritur. infr. ad S.C. Trebellianum.*

2 ¶ Venit[a] in communi diuidundo iudicium, etiam si quis rem communem deteriorem fecerit: fortè seruum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo.

Ad §. 2. Venit.

a *Venit.* Ratio dubitandi. Extra causam communionis illud est, quod res communis facta sit deterior, & imputari potest condiuisori cur passus sit rē fieri deteriorem cùm potuerit prohibendo impedire, siquidem in re communi & in iure pati potior est causa prohibentis *l. Sabinus 28. inf. hoc tit.* Culpa autem non caret qui prohibere potest, nec prohibet *l. lege Cornelia 9. §. 1. de fals. l. culpa caret 50. de reg. iur.* Porrò quod ex culpa sua quis damnum sentit non videtur sentire *l. quod quis 203. eod.*

Dec. Fieri facilè potest vt vnus ex condiuisoribus nesciat, quid alius faciat in re communi, Quo casu nihil certè est quod imputari ei possit. Sed neque potest is qui rei communi damnum dedit, imputare condiuisori, cur non prohibuerit, cùm ipse sibi debuerit prohibere ne quid in re communi damni faceret. Debuit enim versari bona fide & rem communem vt propriam curare, nec tantùm dolum, sed etiam culpam præstare *l. contractus 23. de reg. iur l. & puto 16. §. sed & si dolo. l. heredes 25. §. non tantùm. sup. tit. 1. l. 4. in fin. C. hoc tit.* neque rursus potest semper impediri damnum per prohibitionem, vt in exemplis hic allatis: Citiùs enim vulnerari potest seruus communis ab vno ex condiuisoribus, quàm alius prohibere possit ne vulneret, Citiùs etiam arbores ex fundo excidi, deniq; serui animus corrumpi, quod non nisi per occultas artes & calliditates fieri solet *l. 1.* vbi dicemus *infr. de seru corrupt.* Etsi verò hoc iudicium maximè pertinet ad rerum communium diuisionem, potiùs quàm ad præstationes personales in quo potissimum differt ab actione Pro socio, vt diximus ad *l. 1. sup.* Recipit tamen præstationes omnes quæ communionem ipsam immediatè consequuntur, Quale illud est, si quid damni in re communi datum sit *l. sed & eo nomine 10 sup. de noxal. act.* aut ad vnum ex condiuisoribus aliquid ex re communi peruenerit *l. 3. in pr. sup.* Quemadmodum & si quid in rem communem impensum sit *l. si quis putans 6. §. si quid. supr.* quoniam ex re actio hæc venit *l. furiosus 46. infr. de oblig. & act.* Adeò autem verum est ex his causis agi posse Communi diuidundo, vt etiam manente rei cōmunione actio hæc exerceri possit, vt Accursius cōcludit ex *l. in hoc iudicium 14. §. 1. vers. quæ cùm ita sint. inf. hoc t. iunct. l. seq. & arg. l. fin. eod.* Iunge *l. item quamuis 10. inf. eod. l. sed si communes 19. sup. ad leg. Aquil. l. si quis seruum 9. inf. de seru. corrupt. l. denique 13. §. si ex sociis. inf. quod vi aut clam.* In quibus locis agitur de socio, qui seruum communem vulnerauit aut corrupit, aut ex fundo communi arbores excidit.

3 ¶ Si communis serui gratia, noxæ nomine, plus præstiterit: æstimabitur seruus, & eius partem consequetur.

Ad §. 3. Si communis.

Ratio dubitandi. Non debuit Condiuisor actione noxali conuentus ex delicto serui communis præstare litis æstimationem inscio condiuisore, qui fortassis seruum pro noxa dedere maluisset, ne alioqui sit in potestate vnius ex sociis partem ignorantis socij sibi acquirere contra *l. id quod nostrum 11. & l. non debet 74. de reg. iur.*

Dec. Noxalis actio datur pro seruo cōmuni contra singulos in solidum, quia seruus noxæ dedi pro parte non potest, nec auditur si velit partem dedere *l. si seruus communis 8.* vbi dixi *sup. de noxal. act. l. 4. eod.* Ideoq; quod præstitit is, qui noxali iudicio conuentus & condemnatus est, deberi ei à socio reddi, sed cum distinctione. Nam si maior fuerit æstimatio damni quàm serui, & conuentus socius cùm vellet partem suam dedere, ideò fuerit condemnatus ad præstandam totius litis æstimationem, quod socius non fuerit æquè paratus partem suam dare, nulla debet fieri æstimatio serui, sed omnimodo præstanda est dimidia pars æstimationis, quæ litis & damni facta fuerit *d. l. si seruus.* Sed si conuentus vltrò litis æstimationem præstiterit, quia id maluerit, quàm seruum dedere, cùm non sit cogendus socius nec parte sua serui carere, nec partem totius damni soluere qui re integra partem suam dedere fortassis maluisset, necessariò æstimādus est seruus quanti reuera sit vt eius æstimationis serui partem consequatur is qui totam litis æstimationem præstitit, nempe nisi malit socius partem quam in eo seruo habet, velut pro noxa derelinquere. Cur enim hoc ei denegetur quod inuito etiam eo qui noxali egit, consequi potuisset? Planè si pluris seruus fuit, quàm damnum quod dedit, nullam necesse est fieri æstimationem, nec si socius partē quam in seruo habet retinere velit, Sed omnimodo hoc casu restituenda erit pars præstitæ æstimationis, vt vnicuique ex sociis æquissimè consulatur: eadem constituta vtriusque causa in omnibus quæ fuisset si ambo noxale iudicium simul suscepissent. Et ita locus hic intelligi debet: nec tantùm agetur Communi diuidundo inter socios post præstitam ab vno ex ipsis conuento solidam litis æstimationem, sed etiam priusquàm aliquid præstiterit, Vt scilicet socius qui non conuenitur partem suam quam in seruo habet statim ei tradat quo possit seruum totum noxæ dedere quem pro parte non posset, vt diximus: interpositis tamen inter socios cautionibus, vt si noxæ non dederit reddat *l. si socius 15. inf. hoc tit.*

4 ¶ Item si vnus in solidum de peculio conuentus, & damnatus sit, est cum socio communi diuidundo actio, vt partem peculij consequatur.

9. Afri-

quisquis dominus serui & peculii est, ne alioqui dominus tanquam dominus obligetur in plus quàm dominus sit, quod esset absurdum, cùm dominium eum obliget, arg. *l. sine à certu 17. inf. de duobus reis.*

Dec. Iniquum est creditorem, qui cum vno contraxerit in plures aduersarios distringi, cùm totum sit vnius serui patrimonium, ergo permittendum ei est, vt cum quo volet ex dominis in solidum experiatur, nec tamen ea res damnosa sit ei qui conuenitur, consequi debet à socio quidquid eo nomine supra partem suam præstiterit, idq; iudicio societatis, vel communi diuidundo, vt scriptum est in *l. & ancillarum 27 §. vlt. inf. de pecul.* vbi tamen & in l. seq. ponitur elegans Iuliani distinctio, quam vide vt ex illo loco hic suppleatur. Itaq; nihil refert hac parte an contra vnum ex dominis & condiuisorib. agatur de peculio an actione noxali, quod hic notat Accurs. ex *l. si cum vno 4. supr si ex noxal. caus. agat.* Iunge l. hic sequentem.

9. AFRICANVS lib. 75. Quæstionum.

SEd postquàm socius, serui communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares cæteris dant, nihilominus vtile erit iudicium cōmuni diuidundo ad reciperandam partem pecuniæ: alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum eius, qui iudicium acceperit, pertineat, cùm vtriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat. Nam & eum [a], qui mandatu domini defensionem serui suscepit, omne, quod bona fide præstiterit, seruaturum: quamuis peculium posteà interciderit. Hæc ita, si neutrius [b] culpa interuenerit. Etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putauit, scilicet si sine dolo malo & frustratione id faciat.

Ad l. Sed postquàm 9.

Ratio dubitandi. Cùm res peculiares interciderunt, defecit quoque Communio, quæ tota materia est huius iudicij Communi diuidundo, Nam vbi nihil commune est, neque hoc iudicium locum habere potest *l. 1. & 4. supr.*

Dec. Sufficit causa communionis quæ præcessit, & quæ hodie duraret si res non intercidissent *l. si seruum pignori 31.* vbi dixi *supr. tit. prox.* nimirum non vt directum iudicium superesse possit sublatis rebus communibus, sed vt vtile dari debeat ad recuperandam partē pecuniæ. Alioqnin iniquum fore si tota ea res ad damnum eius qui iudiciū accepit pertineret, cùm vtriusq; domini periculum in rebus peculiarib. commune esse debeat, vt Africanus ait. Semper. n. casus fortuitus pertinet ad dominū *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. de reg. iur.* Et verū est te meo ære liberatū esse ab ære isto alieno quod tuum erat æquè ac meum *l. in summa tt. l. si Stichus 26. inf. hoc tit.* nec distinguimus an res peculiares intercidérint in totum, an pro parte *d. l. si Stichus.*

a *Nam & eum.* Ratio dubitandi. Si quis mandante domino defensionem serui susceperit, & posteà res peculiares interciderint, nullum lucrum nec commodum sentit dominus ex gestione mādatarij, nec verendum est vt hoc casu ex ipsius iactura locupletetur, Ergo nihil ex hac causa mandati iudicio præstare mandatario debet. Dec. Iudicium mandati simile est iudicio communi diuidundo in eo quod vtrumque bonæ fidei est *l. communi 7. §. vlt. sup.* Non est autem ex bona fide vt mandatario suum officiū sit damnosum *l. si seruum 61. §. quod verò inf. de furt.* aut vt imputetur ei casus fortuitus, qui ex postfacto contigerit sine vlla ipsius culpa *l. hominem 37. l. si is qui negotia 50. §. 1. inf. mandat.* Nam & in actione negotiorum gestorum, quæ minùs tuta, minúsque fauorabilis est, sufficit negotium vtiliter gestum esse, licet non habuerit res euentum *l. sed an vltrò 10. §. 1. & pass. sup. de neg. gest.* Ergo quicquid mādatarius bona fide præstitit nō eò minùs seruari debet à mandatore, quod peculium posteà interciderit.

b *Hæc ita si neutrius.* Id est, neque socij, neque mandatarij: de vtroq; enim hac in lege dictum est, nec debent hæc verba referri ad defendentem & defensum quomodo referūtur ab Accurs. Ratio dubitandi. Periculum rei semper ad dominum pertinet *l. quæ fortuitis 6. C. de pignor. act. l. contractus 23. de reg. iur.* Dec. Æquum est & ex bona fide suam cuique culpam nocere non alteri *l. factum 155. eod. tit. de reg. iur.* Nec. n. videtur aut socius aut mādatarius damnum sentire quod ex culpa sua sētit *l. quod quis 203. eo* Periculū autē illud domini est, quod fato cōtingit aut fortuito casu *d. l. quæ fortuitis. & d. l. contractus.*

c *Etenim.* Ratio est, propter quam permitti debeat vni ex condiuisoribus & quod ex contractu serui præstitit actione de peculio, à condiuisore pro parte repetat, nempe quia potuisset ipse cùm actione de peculio conuentus fuit, rebus peculiarib. cedere si voluisset, ad euitandam condemnationem, dummodò sine dolo & tergiuersatione. Ei namq; qui in solidum cōuentus cogitur rem communem in solidum defendere, concedēdum est vt de ea re tanquam quodammodo sua possit disponere dum ne quid faciat dolo malo, sed tantùm ex necessitate *l. 4. sup. si ex nox. caus. agat.* Planè ante acceptum noxale iudicium potest vnus ex sociis sua parte cedēdo consequi securitatem, ne posteà iudicium suscipere cogatur *l. si seruus communis 8.* vbi dixi *supr. de nox. act.* Ratio dubitandi. Non potest quis cedere in iure nisi ea re cuius sit ipse dominus, cùm per cessionem in iure dominium transferatur, inquit Vlp. *tit. 19. de acq. rer.* quod porrò à non domino transferri non potest *l. traditio 20. de acq. rer. dom. l. nemo plus iuris 54. de reg. iur.* Dec. Potest is qui in solidum conuenitur disponere de toto peculio quasi toto suo ob id quod totum peculium cogatur defendere *d. l. 4. sup. si ex noxal. caus. agat.* dum ne quid faciat in ea re dolo malo & per frustrationem, vt Afric. ait.

10. PAVLVS libro 23. ad Edictum.

ITem, quamuis legis Aquiliæ actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socij præstet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliæ actio nascitur.

Ad l. Item quamuis 10.

Ratio dubitandi. Quod vna via prohibetur, per aliam viam fieri & concedi non debet *l. scire oportet* 21. §. 1. *de legit. tutor.* atqui legis Aquiliæ actio non datur in heredem, quia & ex maleficio nascitur & pœnalis est § *his autem verbis. Instit. ad leg. Aquil.* Ergo neque actio Communi diuidundo dari debet contra heredem socij de eo damno quod alioqui per legem Aquiliam vindicari debeat, arg. *l. quæsitum* 30. §. *pen. inf. de pecul.*

Dec. Longè alia ratio est legis Aquiliæ, alia actionis Communi diuidundo. Illa enim pœnalis est, vt diximus, hæc rei persecutoria. Illa ex delicto nascitur, hæc verò ex quasi contractu §. *item si inter aliquos instit. de obligat. quæ ex quasi contr.* Imò verò ex re ipsa *l. furiosus* 46. *inf. de oblig. & act.* Mirum igitur non est actionem hanc dari in heredem, etiam de eo damno, ex quo poterat competere actio legis Aquiliæ contra defunctum: quia vbi diuersa ratio est ibi ius quoque diuersum constitui debet *l. illud* 32. *sup. ad leg. Aquil. l.* 3. §. *vnde etiam. D. de inius. rupt.* Iunge *l. si non omnes* 8. §. *venit. sup. hoc tit.*

1 ¶ Si vsus tantùm noster sit, qui neque venire, neque locari potest: quemadmodum diuisio potest fieri in communi diuidundo iudicio videamus. sed prætor interueniet, & rem emendauit: vt, si iudex alteri vsum adiudicauerit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non vti: quasi plus faciat, qui videtur frui. quia hoc propter necessitatem fit.

Ad §. 1. Si vsus.

Ratio dubitandi. Vsus omnino indiuiduus est *l. vsus pars* 19. *supr. de vsu & habit.* in quo conuenit cum cæteris omnibus seruitutibus excepto vsufructu qui solus est diuiduus *l.* 1. §. *si vsusfructus. infr. ad legem falcid.* Sed neque vendi aut locari potest *l.* 2. 3. & 4. *cum sequentib. supr. de vsu & habit.* Ergo non poterit fieri vt veniat in hoc iudicio Communi diuidundo, sicuti nec veniunt in iudicium familiæ erciscundæ ea quæ diuidi non possunt *l. heredes* 25. §. *an ea. supr. tit. prox.* cùm nec possit arbiter adhibere illud remedium quod adhiberi in diuisione rerum corporaliũ quæ vel nullomodo, vel non satis commodè diuidi possunt, scilicet adiudicare vsum vni, & eo nomine adiudicatarium alteri condemnando in certam pecuniæ quãtitatem, quoniam qui mercedem acciperet non iam vti quàm frui videretur *l. non vitur* 38. & *seqq. supr. de vsufr. Ad l.* 2. *l. per seruum* 14. §. 1. *sup. de vsu & habit.* §. 1. *instit. eod.*

Dec. Vtilitatis causa recipiendum est, vt etiam vsus possit in hoc iudicium venire, non vt per se diuidatur, quod fieri nullo modo potest, Sed vt vnus vtatur solus, Alius verò mercedem aliquam eo nomine accipiat, nimirum propter rixas quas materia communionis excitare solet *l. cùm pater* 77. §. *dulcissimis. de leg.* 2. tantò frequentiores & periculosiores inter eos qui vsum cõmunem habent, quantò personalior, vt ita dicam, seruitus est: Sed quia hoc à natura vsus quodammodo alienũ est, quando non potest videri vti sed frui qui mercedem accipit, necesse est interuenire authoritatem & decretũ Prætoris ad confirmandum factum arbitri, quod alioqui nullius esset momenti. His enim demùm casibus necessaria esse solet authoritas decreti Prætoris, quibus sola potestas edicti, vel formulæ nõ sufficit *l. Pamonius* 84. *de acquir. hered. l.* 4. §. *vlt. & l.* 5. *infr. de bonor. possess. contr. tab. l. scriptus* 12. & *pass. de Carbon. edict.* Idq; significant hîc verba illa *Sed Prætor interueniet & rem emendabit*, id est, interposita sui decreti authoritate faciet, vt sine vicio facta hæc diuisio videatur, vt in *l. vbicumque* 105. *de reg. iur. l.* 4. §. *duas. de damn. infect. l. nec quicquam* 9. §. 1. *de offic. procons. & legat.* Ratio autem & necessitas interponendi huius decreti ex eo proficiscitur, quod talis diuisio ex necessitate fit: Adeò verum est quod sæpius diximus iustũ esse id omne quod ex necessitate fit *l. si pignori* 29. vbi dixi *sup. tit. prox.* Non. n. habet legẽ necessitas, vt hic notat Accurs. ex *l. vnic. sup. de offic. Consul.* sic & vsumfructũ aliquando vendi necesse est & cogi quẽ vendere cõtra iuris regulas in *l. si vsusfructus* 68. *inf. de iur. dot.*

2 ¶ In communi diuidundo iudicio, iusto pretio rem æstimare debebit iudex, & de euictione [a] quoque cauendum erit.

Ad §. 2. In communi.

Ratio dubitandi. Vltra id quod in hoc iudicium deductum est potestas iudicis dati & arbitri excedere non potest *l. vt fundus* 19. *infr. hoc tit.* Atqui in hoc iudicio non agitur nisi de diuisione rerum cõmunium *l.* 1. & 4. *sup.* non de diuidenda earum æstimatione. Aliud enim est res ipsa, aliud verò rei æstimatio *l. si alij vsus* 42. §. 1. *sup. de vsufruct.* Frustrà ergo est, vt iudex & arbiter in hoc iudicio datus iubeat rem communem æstimari iusto precio, nec tamen superuacuis sumptibus litigatores onerandi sunt *l. hac stipulatio* 14. §. 1. *infr. vt legat. seu fideicomm. seruand. caus. caueat. l.* 1. *C. de administr. tutor. l. minoribus* 6. *supr. de minor.*

Ratio dec. Debet iudex omnia facere in necessarium antecedens sine quibus officio suo aliter fungi non posset *l.* 2. *sup. de iurisdict.* Atqui non posset commodè fieri diuisio rerum communium citra mutuas adiudicationes & condemnationes *l. communi* 3. §. *inter eos* & *seq.* & *pass. supr.* §. *vlt. Instit. de offic. iudic.* nec rursus fieri possunt adiudicationes & condemnationes nisi facta priùs æstimatione, vt scire possit quantum socius socio præstare aut reddere debeat.

a *Et de euictione.* Ratio dubitandi. Ad iudicis officiũ non pertinet futuri temporis tractus *l.* 1. §. 1. *inf. de vsur.* Ergo nihil statuere potest prætexto euictionis, quæ necdũ secuta sit, nec impendeat, aut prauideri possit *l. si post perfectam* 24. *C. de euict. l. Lucius* 11. *inf. eo. illo tit.* Dec. Quod euincitur in bonis nõ est, vt ait iuris regula *l. quod euincitur* 190. *de reg. iur.* Nec. n. videtur quisquam id cepisse quod alij necesse habeat restituere, nec peruenisse intelligitur, nisi quod est remansurũ *l. aliud est capere* 71. *de verb. sign.* Ergo ad officiũ iudicis Communi diuidundo pertinet vt iubeat caueri de euictione: quæ vel ex ipsa etiam contractus natura venit *l. si cùm venditor* 66. §. *vlt. infr. de euict. l. si fratres* 7. *C. comm. vtriusq. iud. l. heredes* 25. §. *pen. sup. t. prox.* Cùm diuisio corporũ vicẽ emptionis obtineat *l.* 1. *C. comm. vtriusq. iudic. tam &c. l. si prædium* 4. *C. de euict.*

11. GAIVS

11. GAIVS lib. 7. ad Edictum Prouinciale.

IN summa admonendi sumus, quòd, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione præstari oportet, eo nomine agere velit, communi diuidundo iudicium vtile datur. veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit: siue socius eius solus aliquid ex ea re lucratus est, velut operas serui mercedésve: hoc iudicio eorum omnium ratio habetur.

Ad l. In summa 11.

Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad *l. sed postquam 9 supr & ad l. si seruum pignori 31. sup. tit. prox.* Videbatur enim extincta re communi ante acceptũ iudicium Communi diuidundo etiam extinctum esse hoc iudicium, quippe quod non datur nisi ad rerum communium diuisionem *l. 1. & 4. supr.* Præsertim cùm in hoc iudicio debeat iudex iusto precio rem æstimare quomodo scriptum est in *§. vlt. l. praeced.* Porrò fieri nequit vt iudex æstimet rem quæ non extat *l. in actionibus 5. versic. planè inf. de in lit. iur.* Sed decidendi ratio est quòd etiam post rem communem peremptam, supersint tamen præstationes personales quæ & in hoc iudicium veniunt, & ex præcedente communione proficiscuntur, quam proinde sufficit præcessisse, & quæ hodie duraret si res ipsa non intercidisset, quemadmodum ait *d. l. si seruum 31. supr. tit. prox. l. 3. supr. hoc tit.* Illud tamen verum est non posse hoc iudicium esse directum, extincta re communi, sed tantùm vtile, pertinens ad solas præstationes, vt proinde nihil necesse sit tractare hîc de æstimanda re perempta *l. sed & eius rei 74. sup. tit. prox.* Exempla præstationum sunt in textu.

12. VLPIANVS libro 71. ad Edictum.

SI ædes communes sint, aut paries communis: & eum reficere, vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi diuidundo iudicio erit agendum, aut interdicto[a] vti possidetis experimur.

Ad l. Si ædes 12.

Ratio dubitandi. In re communi nihil potest socius facere inuito socio, quoniam in pari iure potior est causa prohibentis *l. Sabinus 28. inf. hoc tit. l. parietem 8. vrban. præd.* Ergò si ædes communes sint, aut paries communis, & eum reficere aut demoliri, vel in eum quid immittere opus sit, non potest vnus ex sociis inuito socio id facere.

Dec. Non equidem potest vnus ex sociis propria authoritate horum quicquam facere inuito socio, ne rixarum & magis tumultus occasio detur, si non sit melior in dubio causa prohibentis. Sed ea res inducit potiùs quàm excludat necessitatem proponendæ huius actionis Communi diuidundo vt quod propria authoritate fieri non potest fiat per Prætorem *l. non est singulis 176. de reg. iur.* Neque enim malitiis indulgendum est *l. in fundo 38. sup. de rei vind.* nec permittendum vt quia iure suo præsertim in necem & perniciem alterius abutatur *l. 2. sup. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Malè verò hanc legem sic quidam post Accursium intelligunt vt possit socius in re communi inuito socio & facere quæ ad eum vsum pertinent ad quem res destinata est *l. arboribus 12. §. nauis. sup. de vsufr.* Prohiberi autem possit ea tantùm facere quæ pertinent ad abusum. Non enim ad hanc distinctionem Vlp. hîc respicit, sed ad hãc quam dicimus An propria authoritate, an verò per Prætorem velit socius socium prohibere. Ponendum tamen est interesse communionis & societatis ista fieri, de quibus in hac lege, vt in *l. cùm duobus 52. aliàs l. si fratres. § item Mela. infr. pro socio.*

a *Aut interdicto.* Ratio dubitandi. Interdictum Vti possidetis comparatum est ad retinendam possessionem in eo statu in quo fuit tempore impetrati interdicti & litis contestatæ *l. 1. & tot tit. infr. Vti possid.* Ergo non potest dari ad hoc, vt cogatur socius pati demolitionem, aut refectionem parietis communis, cùm per eam demolitionem aut refectionem status rei mutetur.

Dec. Interdictum illud competit ei qui turbatur in sua possessione *d. l. 1.* Turbatur autem quisquis iure suo vti prohibetur *l. 3. §. hoc interdictum eod. l. vim facit 11. infr. de vi & vi armat.* aut in cuius parte aliquid socius fecit quod facere non debuit *d. l. 3. § si vicinus Vti possid.* Turbatur ergo is qui cùm parietem communem vult demoliri aut reficere vt consulat ædibus communibus, prohibetur à socio, ac proinde habet interdictum Vti possidetis.

13. VLPIANVS lib. 75. ad Edictum.

IN iudicium communi diuidundo omnes res veniunt: nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat.

Ad l. In iudicium 13.

Ratio dubitandi. In hoc iudicium veniunt tantùm res corporales *l. 4 in princ. sup.* Ergo non omnes. Nec enim iura diuiduntur quæ sui natura sunt indiuidua, vel quę ipso iure per legem 12. tab. diuidũtur, ideoq; nec veniunt in iudicium familię erciscundæ *l. 2. §. vlt. sup. tit. prox.* Dec. Verba quantumlibet generalia debent intelligi secundũ terminos habiles *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron. l. 1. §. vlt. ad SC. Tertyll.* Ergo & generalitas huius legis quæ de rebus omnib. loquitur, restringi ad res corporales, cùm aliæ quia diuisionem non recipiunt *l. 1. §. vlt. sup. de rer. diuis.* neque in hoc iudicium venire possint vt neque in iudicium Familiæ erciscundæ. Censentur enim eodem iure *l. arbor 19. §. vlt. inf hoc tit.* nisi quòd iudicium familiæ erciscundæ non potest accipi, nisi de omnibus rebus hereditariis *l. heredes 25 § iudex. sup. tit. prox.* Iudicium autem Communi diuidundo accipi potest pro quibusdam rebus. Si tamen inter aliquos acceptum sit simpliciter, omnes res quæ inter eos sunt communes veniunt in hoc iudicium, nisi de quibus nominatim actum est ne veniant, vt hæc lex ait. Nam & hoc iudicium licèt non sit vniuersale; est tamen generale natura sua & aptitudine. Quid si etiam actu si aliud nihil obstet? Planè si quid exceptum sit non potest ve-

nire in hoc indicium, quia nec in vniuersale iudicium veniret *l. solemus 61. sup. de iudic.* Idq; in iudicio Familiæ erciscundæ nominatim scriptum est in *l. fundus mihi 30. sup. tit. prox.*

14. PAVLVS libro 3. ad Plautium.

IN hoc iudicium [a] hoc venit, quod communi nomine actum est, aut agi debuit ab eo, qui scit se socium habere.

Ad l. In hoc iudicium 14.

a *In hoc iudicium.* Ratio dubitandi. Veniunt in hoc iudicium etiam multa quæ non communi nomine gesta sunt, dummodo gesta sint in re communi *l. si quis putans 6. §. siue autem. sup. hoc tit.* Ne alioqui liceat socio impunè grassari in re communi proprio nomine. Ergo non illud tantùm quod nomine communi gestum est.

Dec. Non sufficit gestum quid esse in re communi & nomine proprio, nisi etiam illud concurrat vt gestum sit, vel geri debuit communi nomine ab eo qui sciuit se socium habere, vt lex ait. Itaque si quis fortè cùm posset vti seruitute communi, vsus non sit, atque ita fuerit amissa seruitus non vtendo tenetur eo nomine iudicio diuisorio, siue familiæ erciscundæ si coheres fuit, siue Communi diuidundo si alius condiuisor, quia in culpa est *leg. heredes 25. §. item culpa. supr. tit. prox.* Cæterùm qui nescit se habere socium, & rem suam esse putat non communem, si quid in eam impenderit, aut damnum aliquod in ea dederit, neque agere potest Communi diuidundo, neque conueniri: sed tantùm actione negotiorum gestorum, ob rationem positam in §. *prox.*

1 ¶Impendia autem, quæ dum proprium meum fundum existimo, feci: quæ scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si cōmuni diuidundo iudicio mecum ageret, æquitate ipsius iudicij retinere possim, considerandum est. quod quidem magis puto [a]: quia bonæ fidei iudicium est communi diuidundo. sed hoc ita [b], si mecum agatur. Cæterùm [c], si alienauero partem meam, non erit, vnde retinere possim: sed is, qui à me emerit [d], an retinere possit, videndum est. nam & si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quæ ego fecissem, ita, vt ego poterat retentionem facere. & verius est vt in hac specie expensæ retineātur. Quæ cùm ita sint [e]: rectissimè dicitur, etiam impendiorum nomine vtile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manēte rei communione. diuersum est enim [f], cùm quasi in rem meam impendio, quæ sit aliena, aut communis. hoc enim casu, vbi quasi in rem meam impendio, tantùm retentionem habeo: quia neminem mihi obligare volui [g]. at cùm puto [h] rem Titij esse, quæ sit Mæuij, aut esse mihi communem cum alio, quàm est: id ego, vt alium mihi obligem, & sicut negotiorum gestorum [i] actio datur aduersus eum, cuius negotia curaui, cùm putarem alterius ea esse: ita & in proposito [k]. igitur & si abalienauero prædium [l], quia in ea causa fui: vt mihi actio dari deberet, danda mihi erit (vt Iulianus quoque scribit) negotiorum gestorum actio.

Ad §. 1. Impendia.

De huius §. sententia & emendatione scripsi latissimè, ac ni [illegible] verisimiliè *lib. 2. coniect. cap. 2.* vbi docui deesse hic lineam integram in vers. *diuersum*, in eoq; legendum

Diuersum est cùm quasi
in rem alienam aut communem, & cùm quasi
in rem meam impendo quæ sit aliena aut communis.

sicut & in vers. præced. *quæ cùm ita sint*, deesse negationem in illis verbis *vtile iudicium dari debere* legendúmque *non debere.*

a *Quod quidem magis puto.* Non comparatiuè ad rei vindicationem, vt malè putat Accurs. quasi actio illa sit stricta, quod falsum est. Nam est arbitraria §. *præterea. Instit. de action.* Sed quomodo loqui solent prudentes nostri vt sua de re alioquin dubitabili & in vtramque partem disputabili exponant sententiam.

Ratio dubitandi. Qui fecit impendia in rem communem quam putabat esse suam neminem obligare sibi voluit, vt sequitur in *versic. diuersum.* Ergo neque actionem neque retentionem eo nomine habere debet.

Dec. Iudicium Communi diuidundo est bonæ fidei *l. 4. §. hoc iudicium. supr.* Bonæ autem fidei iudiciis insunt ipso iure omnes exceptiones doli quæ in iudiciis cæteris omnibus, siue strictis, siue arbitrariis opponi & in formula poni necesse esset *l. 3. inf. de de rescind. vendit. l. 21. solut. matrim. l. 84. §. qui fundum de legat. 1. l. Papinianus 14. inf. de Public. in rem act. §. in bonæ fidei. Instit. de action.* Atqui si ab hoc socio qui impendit in fundum communem tanquam in suum, pars fundi quæ ad alium pertinet, vindicaretur, posset ille has impensas retinere per doli exceptionem *l. sumptus 48. l. emptor 63. sup. de rei vindic. d. l. Papinianus 14. de public. in rem. act.* Ergo & in iudicio communi diuidundo poterunt huiusmodi impensæ retineri æquitate huius iudicij quæ sola in iudiciis bonæ fidei tantùm potest quantum in aliis opposita doli exceptio, imò quantùm eius rei nominatim facta interrogatio *leg. quatenus tantundem 7. supr. de negot. gest.* Cur verò competeret doli exceptio si vindicaretur pars fundi, nec impensarum restitutio offerretur? Nimirum quia ex vnius damno & iactura alter alioquin locupletaretur quod nunquam æquum est *leg. nam hoc natura 14. infr. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* ne quidem contra prædonem *leg. planè 37. sup. de petit. hered.* nisi probari vel præsumi possit animus donandi, vt in quolibet malæ fidei possessore alio quàm prædone vltrò impendente in rem quam scit alienam

l. idd

l. adeò 7. §. ex diuersa vers. certè inf. de acq. rer. domin. l. si seruus 27. §. si oliuam sup. ad leg. aquil. vbi dixi.

b *Sed hoc ita*, id est, vt partem socij retinere possim quousque impendia quæ in rem communem feci, restituat mihi pro sua parte. Is enim demùm potest retentionem habere qui conuenitur siue sola iudicij æquitate velit retinere, siue opposita doli exceptione *l. si in area 33. inf. de condict. indeb. l. heres 21. ad SC. Trebell.*

c *Cæterùm.* Ratio dubitandi. Qui communis rei suam duntaxat partem alienauit, non ideò potest videri alienasse ius quod habuit, impensæ quam in partem socij fecerit retinendæ. Est enim id extra causam partis venditæ, & ad aliam partem pertinet quæ nec fuit vendita nec vendi potuit, arg. *l. 3. §. vlt. inf. qui potior. in pignor. hab.* Ergo non eo minùs habere debet ius retentionis etiam post partis propriæ alienationem.

Dec. Non quidem deficit ius aut æquitas, sed deficit modus retinendi, quia is qui partē suam communis fundi alienauit, non potest amplius conueniri hoc iudicio Communi diuidundo cùm nihil amplius habeat cum socio commune *l. ex hereditate 54. supr. tit. prox.* Proinde non habet vnde retinere possit, neque iudicij æquitate, neque opposita doli mali exceptione.

d *Sed is qui à me emerit.* Ratio dubitandi. In venditione partis nihil dictum fuit de impensarum in aliam partem factarum retentione. Non ergo permittendum est, vt qui partem tantùm emit, alterius quoque partis retinendæ ius habeat.

Dec. Alienatio semper fit cum sua causa *l. alienatio 67. de contr. empt.* Cùm igitur hoc ius retentionis siue per æquitatem iudicij, siue per exceptionem doli cohæreat parti venditæ, mirum non est transire illud in emptorem cum parte vendita, vt omne ius quod habebat venditor, siue in parte illa, siue occasione partis, in emptorem transtulisse intelligatur, quasi accessionem quandam partis venditæ, arg. *l. communi 7. §. vlt. sup. l. debitor 59. §. vlt. inf. ad SC. Trebell. l. ædil. 45. §. 1. inf. de act. empt.* iunct. *l. Iulianus 13. §. idem Celsus eod. l. communi 7. §. vltim.* vbi dixi *supra hoc tit.*

e *Quæ cùm ita sint.* Illatio hæc est ex præcedētibus, vt cùm hic socius qui partem suam nondum vendidit habeat ius retētionis, siue per vindicationem siue per hoc iudicium conueniatur, non sit ei permittendum agere de huiusmodi impensis ne quidem vtili iudicio communi diuidundo, Quia sufficit vt sibi possit consulere per retentionem. Quod si non faciat, aut se in eas angustias vltrò coniiciat, vt retentionis ius habere amplius non possit, puta quod partem suam alienauerit, sibi debet imputare vt & cæteris omnibus qui retentiones quas solas habent omittunt *l. si in area 33. inf. de condict. indeb. l. heres 21. inf. ad SC. Trebell.* Dices nō esse bonam consecutionem vt qui habet retentionem, eo minùs habere debeat actionem: Cùm non sit nouum vt & actio & exceptio, ac proinde retentio locum habeat *l. 1. §. si autem inf. de superfic. l. inuitus 156. §. 1. de reg. iur. l. si res obligata 57. inf. de legat. 1.* Respondeo non esse hanc illationem quæ fiat per viam syllogismi, & ratiocinationis, sed quæ sic accipienda est, ac si scripsisset Paulus, *Cùm ergo habeat hic socius retentionem, contentus eà esse debet, nec præterea debet postulare vtile iudicium Communi diuidundo, etiam manente rei communione.* At non ratione illa quod, quisquis habet retentionem nullam debeat habere actionem, sed illa potiùs quæ posteà sequitur, quod qui impendit in rem communem quasi suam, non habuerit animum, sibi alium obligandi, cùm tamen nec sine animo alium obligandi possit quis obligationem sibi acquirere nec sine obligatione actionem nisi in speciali caso *l. & si quis 14. §. si quis l. si possessor 32. inf. de religios.* Omnino igitur verum est quod in Coniecturis docuimus, addita negatione legendum esse *vtile iudicium dari non debere.* Nam de directo minùs dubitari poterat quàm de vtili quod plerisque casibus datur ex sola æquitate directo deficiente, vt in *l. si quis putans 6. in princ. & l. 7. pass. sup.* Sēsus ergo est quamuis manente rei communione facilius sit vt detur iudicium Communi diuidundo etiam directū. Hoc tamen caso non esse dandum, ne quidem vtile etiam manente rei communione quia factæ sunt impensæ ab eo qui cùm putaret se in rē suam impendere, vtiq; non habebat animum sibi alium obligandi & cui abundè sufficere debet quod habuit retentionem. Nec post alienationem debet habere actionem is qui anteà non potuit habere nisi retentionem, vt apparet ex *§. igitur inf.*

f *Diuersum est enim.* Hic versiculus est, quē in Coniecturis ostendimus mancum esse & supplendum addita linea integra: Nato errore ex duplicis lineæ pari fine & tertiæ lineæ pari principio. Qui error fuit facilis & lubricus, & quotidie librariis imperitioribus & transcriptoribus passim occurrit, Voluit enim Paulus rationem diuersitatis adferre inter casum hunc quo facta sint impendia in rē communem quasi in propriam. Et casum illum quo facta sint in rem communē quasi cum alio, aut quasi alienam, non mutare casum, vt putat Accursius.

g *Neminem mihi obligare volui.* Ratio dubitandi. Hæc actio non ex contractu aliquo nascitur, sed ex quasi contractu *§. item si Inst. de oblig. quæ ex quasi contr.* adeoque ex re ipsa *l. furiosus 46. infra, de oblig. & act.* Ergo non eo minùs danda est saltem vtilis, quòd is qui in rem communem quam suam putabat impensas fecit, animum non habuerit sibi alium obligandi.

Dec. Venit quidem ex re actio hæc, sed tamen animum obligandi fuisse oportet in eo qui impensas fecit si eas per actionem hanc repetere velit. Ne actus operetur vltra intentionem agentis *l. si ego 18. & seq. inf de rebus credit. l. si quis cùm 29. inf. hoc tit.* Extra casum *d. l. & si quis 14. si quis l. si possessor 32. inf. de relig.* qui casus specialis est, ait Accurs. fauore scilicet religionis & sepulturæ in memoriam & venerationem humanæ conditionis *l. quidam 27. inf. de condict. indeb.*

h *At cùm puto.* Ratio dubitandi. Tam verum est dicere, eum qui impensas fecit in rem quam putabat sibi communem cum Titio quæ erat communis cum Mæuio non habuisse animum obligandi Mæuium, Quàm verum est de eo, qui rem suam esse putat. Ergo non magis hoc quàm illo casu danda est actio Communi diuidundo pro impensæ huius repetitione.

Dec. Multum interest an sciat rem esse communē, sed nesciat cum quo, an verò nesciat esse communem. Priore casu habet animum obligandi sibi alium, & ideò sibi obligat socium quisquis ille sit, quoniam in persona tantùm labitur, Posteriore verò casu nihil minùs cogitat quàm vt sibi alium obliget *d. l. si quis cùm 29. infra, hoc tit.* & ideò ne-

que obligat, neque agit, sed tantùm excipit & retinet.

i *Et sicut negotiorum gestorum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quę ad sententiam proximè precedentem.

k *Ita & in proposito.* His verbis concludenda est clausula. Et sensus est, In proposita specie si impendia fecerim in fundum quem sciebam quidem esse communem, sed quem putabam mihi communem esse cum Titio cùm communis erat cum Męuio, Dandam mibi esse non tantùm retentionem, sed etiam vtilem actionem Communi diuidundo, Quemadmodum datur vtilis actio negotiorum gestorum ei qui gessit negotia Mæuij, cùm ea putaret esse Titij *l.5.§.1.sup.de negot.gest.*

l *Igitur etsi abalienauero prædium.* Ratio dubitandi. Cùm alienani partem meam prædij communis quod putabam esse mihi commune cum Titio, erat autem cum Mæuio, videor omne ius meum transtulisse in emptorem, etiam quantum ad ius retētionis, vt suprà diximus ad vers. *sed is qui*, Quidni ergo etiam quantum ad actionem?

Dec. Magna differentia est hac parte inter ius actionis, & ius retentionis. Nam ius retentionis cohæret rei, & parti venditæ, vt diximus. Ius verò actionis non item, quia ius agendi ex persona, & iure actoris æstimatur, quod potest efficax manere in ipsius persona etiam sine re. Ius autem retentionis non similiter quia implicat contradictionem vt res ab eo retineatur qui rem non habet *d. l.si in area 33. de condict. indeb. d l.heres 21. inf. ad SC.Trebell.* Obserua tamen hunc postremum versiculum non ad actionem Communi diuidundo vllo modo pertinere, sed ad actionem negotiorum gestorum quæ cum actione Communi diuidundo, siue directa, siue vtili nunquam concurrit. Ideoque non ponit lex alienatam fuisse partem prædij, vt in præcedenti specie, & quomodo malè ponit Accursius, sed prædium ipsum abalienatum scilicet à negotiorum gestore, qui proinde sibi non possit amplius consulere per retentionem, quomodo si posset si fundum teneret. Nam cui damus actionem, multò magis damus retentionem *l.1. §. is autem de superfic. l.1. in princ. de pignor.* Scilicet si reperiatur in possessione sine vicio, puta iure familiaritaris, vt solent esse omnes qui aliena negotia gerunt & in fundum alienum, quid impendunt, licet non verè possideant *l. qui iure familiaritatis 41. de acquir. poss.* Nam & prædo si in possessione reperiretur haberet retentionem pro eo quod impendisset, cùm etiam habere posset actionem scilicet in quantum dominus locupletior factus esset. In quo vno deterioris condicionis est quàm alius gestor quilibet *l. si pupilli 6. §. sed & si quis sup. de negot gest.* Rectè autem *abalienauero*, vti Florent. non autem *alienauero*, vt vulgo, quoniam alienationis nomine translatio sola dominij significatur quæ à negotiorum gestore fieri nullomodo potest *l.1. C. de fund. dotal. l. alienatum 67. de verb signific.* Abalienare namque dici potest etiam qui à se transfert rem in alium, licèt non nisi quantum ad possessionem, qui tamen non perinde alienare propriè diceretur *l. 4. §.1. De alien. iudic. mut. caus. l. non alienat 119. de reg. iur.* Cæterùm vel ex hoc maximè §. apparet quàm grauiter errent, qui putant ei qui impendit in rem alienam, quam putabat suam esse, dandam nihilominùs esse actionem & repetitionem ex æquitate. Cùm non ad iuris rigorem hic §. respiciat, sed ad æquitatem iudicij Communi diuidundo, vt socio qui impendit in fundum communem quem putabat proprium, accommodet solam retentionem. De quo videnda sunt quæ scripsi contra huius sententiæ authores in secunda parte Chiliadis *De error. pragmat.* Planè si voles cùm Accursio vers. hunc etiam intelligere de socio qui partem suam prædij vendiderit non valde repugnabo dũ ne cum eodem Accursio trahas ad actionem communi diuidundo quod hîc dicitur de actione negotiorum gestorum. Sensus enim hic esse debet, Si impenderim aliquid in rem quam putabam mihi communem esse cum alio quàm erat & partem meam prædij vendidero dandam mihi esse post alienationem negotiorum gestorum actionem quia & ante in ea causa fui vt mihi actio dari deberet scilicet vtilis Communi diuidundo manente communione. Et sanè vix est vt qui impensam fecit in fundum quem sciebat alienum, sed in persona socij labebatur, cum fundum alienauerit cùm nullo iure id facere potuerit, Malo tamen priorem meam interpretationem ne obstet *l. si quis 6. sup.* quæ dat vtile iudicium Communi diuidundo ei qui in persona socij labebatur etiam post alienationem.

2 ¶Si conueniat, ne omnino diuisio fiat: huiusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est. Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest: valet.

Ad §.2. Si conueniat.

Ratio dubitandi. Nihil tam naturale est, & naturali equitati conueniens quàm voluntatem domini de re sua disponentis ratam haberi *l. qua ratione 10.§ hæ quoque res inf. de acquir. rer. domin.* Id enim est quod dici solet, suę quemque rei moderatorem esse & arbitrum *l. in re mandata 21. C. mandat.* Adeò vt iudex quoque & magistratus id ipsum sequi & pronunciare cogatur de quo inter litigatores conuenit *l. si conuenerit 26. de re iudic. l.1. §. inde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Ergo si inter condiuisores conuenerit, vt omnino diuisio nõ fiat, valere pactum debet eique standum est, arg. *l. iuris gentium 7. §. vlt. in fin. supr. de pact.* Tantò magis quod communio præsertim quæ societatem adnexam habet: ius quoddam fraternitatis continet *l. verum est 63. in princ. inf. pro socio*, atque ita primam illam, & vetustissimam cognationem, quam inter omnes homines ab initio natura parens constituerat restituere quodammodo intelligitur *l.3. sup. de iustit. & iur.*

Dec. Non valent pacta quæ sunt contra leges & ius publicum *l. ius publicum 38. sup. de pact. iunct. d. l. iuris gentium 7. §. ait Prætor l. 42. sup. de pact.* quia priuatorum cautiones legum authoritate censeri non possunt *l. vlt. inf. de suis & legit.* Iuris autẽ ciuilis sanctio & regula est, Neminẽ cogi posse vt inuitus remaneat in communione *l. vlt. C. hoc tit.* sicut nec quisquam compellendus est ad communionem *l. si non sortem 26. §. si centum inf. de condict. indeb.* propter discordias,

quas

quas, vt toties diximus, materia communionis excitare solet *l. cum pater 77. §. dulcissimis de legat. 2.* Et quas sedari publicè interest vt concordia potiùs inter ciues retineatur, quo potissimum vinculo Reipublicæ salus continetur quæ suprema semper lex esse debet. Proinde quemadmodum fauorabile pactum est per quod concordia inter aliquos retinetur *l. de fideicommisso 11. C. de fideic.* Ita odiosum & improbandum illud, per quod materia rixarum & discordiarum augetur. Quale est hoc de quo tractamus, si conuenerit vt nunquam fiat diuisio: aut vt societas in æternum coeatur *l. si conuenerit 14. & seqq. l. nulla 70. inf. pro socio.* Alioqui si quis rixosum socium habeat qui omnia pro suo iure in re communi facere vel prohibere velit, ex *l. Sabinus 28. infr.* quid misero condiuisori faciendum superesit nisi vt veniat ad arma? arg. *l. si cuius 13. §. sed si inter,* aliâs *l. aquissimum sup. de vsufr.* si non per actionem Communi diuidundo ei consulatur *l. in summa 11. sup. hoc tit.* Nunquam autem posset agi Communi diuidundo inter eos qui vtiliter pacti essent ne vnquam diuisio fieret *§. prox. inf.*

a *Sin autem.* Ratio dubitandi. Etiam cùm conuenit vt intra certum duntaxat tempus diuisio non fiat, æquè pactum hoc præbet materiam rixarum si adeò valeat vt non possit interim fieri diuisio, & discedi à communione. Ergo perinde dicendum est illud non valere.

Dec. Potest interesse vtriusque sociorum, adeoq; ipsius communionis & societatis vt diuisio ante certum tempus fieri non possit. Idq; ex variis caussis, quas quotidiana docet experientia. Et hoc est quod ait Paulus *quod etiam ipsius rei qualitati prodest.* Nec quicquam caussæ est vt præcedentia illa *intra certum tempus* vel emẽdemus, vel de diuisione intra certum tempus facienda intelligamus. Sed quomodo explicauimus, de pacto quo conuenerit vt intra certum tempus non fiat diuisio. Quidni enim valeat tale pactum, cùm post illud tempus futurum sit vt discedi possit à communione? Non tam per argumentum à contrario sensu, quàm vi & potestate temporis limitati *l. Imperator 8. in fin. sup. de postul. l. Thais 41. §. intra inf. de fideic. libert.* Quod & sequens §. demonstrat. Simile quiddam est in *l. sed si hoc 62. §. vlt. inf. de cond. & demonstr. l. pen. infr. qui & à quib. manum. l. idémque 16. in fi. Pro socio.*

3 ¶ Si inter socios [a] conuenisset, ne intra certum tempus societas diuideretur: quin vendere liceat ei, qui tali conuentione tenetur, non est dubium. quare emptor quoque communi diuidundo agendo, eadem exceptione summouebitur, quia auctor eius summoueretur.

Ad §. 3. Si inter socios.

a *Si inter socios.* Ratio dubitandi. Pacta neque de alia re quàm de qua facta sunt, neque inter alios quàm qui pacti sunt, vim vllam habere possunt *l. si vnus 27. § ante omnia sup. de pact.* Ergo cùm ei qui pactus est de non facienda diuisione intra certũ tempus liceat interim partem suam vendere, consequens est vt si vendiderit & agat emptor iudicio Communi diuidundo non possit pacti exceptione summoueri *tot. tit. C. int. alios act. aliis non nocer.*

Dec. Plerumque emptoris eadem causa esse debet circa petendum ac defendendum quæ fuit auctoris *l. mutus 156. §. plerumque* iunct. *l. ex qua persona 143. de reg. iur.* Nemo enim plus iuris in alium transferre potest quàm ipse habeat *l. nemo plus iuris 54. eod.* nec æquum est meliorem esse condicionem successoris quàm decessoris, Quod esset si non ex pacto authoris etiam successor obligaretur *l. venditor 13. supr. commun. præd.* Vnde est quod dicimus exceptionem rei iudicatæ à persona venditoris transire in emptorem solere *l. si à te 9. §. vlt. de excep. rei iud.* & generaliùs ẽi nocere qui in ius condemnari successerit *l. iudicatæ rei 29. in fin. eod. tit.* Sed hoc ita, quod ad exceptionem pacti pertinet, si conceptum sit in rem, quale est hoc de quo nunc agimus ne intra certum tempus diuisio fiat. Nam si esset personale & relictum ad personam paciscentis, non posset transire in emptorem, quod nec transiret ad heredem *l. nisi hoc actum 22. & l. idem in duobus 25. §. 1. supr. de pact. l. quia tale 14. inf. solut. matr. l. ex pluribus 42. inf. de admin. tutor. l. non solùm nostrum 8. §. tale legatum inf. De liber. legat.*

4 ¶ Si paciscatur [a] socius, ne partem suam petat, effectu tollitur societas.

Ad §. 4. Si paciscatur.

a *Si paciscatur.* Ratio dubitandi. Societas contractus est & quidem bonæ fidei *tot. tit. Pro socio. §. actionum instit. de action.* Et quamuis sit ex eorum contractuum genere qui nudo consensu perficiuntur *Tit. inst. de oblig. ex consensu.* Tamen fieri non potest vt contractus tollatur per pactum, nisi ponas esse adhuc omnia integra, vt in *l. ab emptione 18. supr. de pact.* quoniam alioqui pacta nuda contractuum iure tolleri non possunt *l. 1. C. quand. lic. ab empt. disced.* Ergo etiamsi pacto nudo conuenerit inter socios ne quis eorum partem suam petat, non ideò tamen potest videri sublata societas, cùm neque pactum nudum possit semper tolli per pactum contrarium *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret sup. de pact.* Nisi in casu *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis infra de solut.*

Dec. Non quidem tollitur societas ipso iure, quò pertinet tota ratio dubitandi, sed tollitur tamen effectu ipso, quoniam qui non potest partem suam petere, non potest agere Communi diuidundo, non quasi pactum nudum possit tollere ipso iure actionem ex contractu competentem: sed quia cùm sit efficax ad producendam exceptionem, etiam contra actionem stricti iuris, Certum est exceptiones pacti inesse ipso iure iudiciis bonæ fidei *l. 3. inf. de rescind. vendit.* Ita vt proinde remaneat inutilis & inefficax actio ex contractu. Idque est quod lex ait *effectu tollitur societas.* Effectus enim opponitur iuri vt intelligamus societatem hanc non tolli ipso iure, quod & Accurs. benè vidit.

15. PAVLVS lib. 5. ad Plautium.

SI socius serui communis nomine conuentus, & condemnatus sit: aget communi diuidundo, & antequam præstet. nam, & si [a] noxali iudicio cum vno actum sit, statim aget cum socio [b], vt ei pars traderetur: cautionibus interpositis, vt si non dederit reddet.

Ad l. Si socius 15.

Ratio dubitandi. Etiamsi socius serui communis nomine & conuentus & condemnatus sit, nihildum tamen ei abest, potestq; fieri vt numquam absit. Quid enim si numquam executioni mandetur sententia? Aut victor decedat sine herede ita vt nec bona eius aut ad fiscum aut ad creditores possint peruenire? Nam neque in eiusmodi specie stipulatio *habere licere* commissa censeretur *l. habere 57. inf. de euict.* Proinde nihil videtur socij adhuc interesse cùm id quod interest æstimetur tantùm ex eo quod cuique abest aut quod lucrari potuit *l. si commissa 13. inf. rat. rem haber.* Nemini autem agere permittitur, adeoque nec excipere nisi cuius intersit *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. 1. quor. appell non recip.*

Dec. Statim atque secuta est condemnatio, incipit interesse condemnati, vel ob hoc saltem quod ex iudicato conueniri potest. Nec cogendus est expectare vt detrudatur in carceres si non habeat domi pecuniam quam numeret creditori, vt in *l. Lucius 38. in fin. inf mandat.* Aliaque ratio est stipulationis *habere licere*, de qua in *d. l. habere 57.* quia tandiu committi non potest quandiu emptori habere licet. Tandiu autem licet etiam post sententiam quandiu sententia executioni mandata non est, cum totus sententiæ vigor in executione consistat *l. penult C. de exec. rei iudic.* Ergo in proposito casu si socius serui communis nomine conuentus & condemnatus sit, potest eo nomine contra socium agere Communi diuidundo etiam priùs quàm aliquid præstet. Nam postquàm præstitit quin agere eo nomine possit, nemo dubitat *l. etsi non omne 8. §. pen. & vlt. sup.* Cæterùm priùs etiam quàm aliquid præstet, videtur id ei abesse in quo obligatus *l. si quis mandatu 28. supra, de negot. gest. & dict. l. 8. §. vltim. supra.*

a *Nam etsi.* Ratio dubitandi. Facilius est vt agere permittatur ei qui nondum soluit si modò iam sit condemnatus, quàm vt ei qui conuentus tantùm est necdum condemnatus. Cùm iudicij euentus & exitus sit incertus *l. quod debetur 51. inf. de pecul.* Ergo non est hic casus similis superiori.

Dec. Statim atque quis conuentus est noxali iudicio, tametsi nondum sit condemnatus, incipit tamen eius interesse, cùm inuitus cogatur seruum communem defendere in solidum, & si non defendat tradere *l. 4. sup. si ex noxal. caus. agat. l. si seruus communis 8. sup. de noxal. act.* quod tamen non aliter facere potest quàm si pars ei tradatur. Potest igitur statim agere vt pars ei tradatur. Et quidem actione communi diuidundo quia nō potest hoc iudicium expediri pro parte *l. heredes 25. §. si vnus, aut potiùs §. si non tantùm sup tit prox.* Sed quoniam fieri potest vt socius noxali illo iudicio conuentus aut malit præstare damnum quàm seruum tradere, aut ita seruum defendat vt condemnationem euitaturus sit, cauere debebit ille cui socius partem suam tradat, de reddenda ea parte si forte contingat vt actori seruum non tradat. Est igitur bonum argumentum quo Vlp. hîc vtitur à minori ad maius. Eodémque argumento potest non improbabiliter defendi eorum sententia, qui putant fideiussorem non solùm postquàm est condemnatus, vt in *d. l. Lucius 38. in fin. mandat.* & in *l. si pro ea 10. C. eo.* sed etiam priùs quàm cōdemnatus sit si modò sit conuentus posse mandati agere contra debitorem vt soluat aut fideiussori tradat pecuniam ad soluendum cùm mandati actio perinde sit bonæ fidei atque Communi diuidundo *l. communi 7. §. vlt. sup.* Cautione saltem interposita vt hic de reddenda pecunia si non soluatur creditori. Præsertim si fideiussor obligatus sit, vt hodie sit ex instrumento, vt vocat guarentigiato, quod pro sententia & condemnatione habetur, vt à nobis scriptum est *Defin. 24. & 26. Cod. nostro Fabriano Mandat.*

16. PAVLVS libro 6. ad Plautium.

CVm socij diuidunt societatem: de eo, quod sub condicione deberetur, cautiones interuenire solent.

Ad l. Cùm socij 16.

a *Cùm socij.* Ratio dubitandi. Quod sub condicione debetur, interim non deberi intelligitur, quia nec cessit dies nec venit *l. cedere diem 213. de verb. sign. l. stipulatio ista 38. §. inter inf. de verb. oblig.* Adeò vt si interim soluatur possit repeti per condictionem indebiti *l. sub condicione 16. inf. de condict. indeb.* In quo differt debitum condicionale à debito in diem, vt eadem lex ait. Ergo cùm socij diuidunt societatem nihil causæ est, cur de eo quod sub condicione debeatur cautiones interponant ne si fortè contingat deficere condicionem superuacua cautione onerati intelligantur, quod fieri numquam debet *l. hac stipulatio 14. §. 1. infra vt legat. & fideic. seruand. caus. caueat.*

Dec. Ex condicionali stipulatione spes est debitum iri, eaque spes quoniam ex facto creditoris condicionalis nascitur, etiam ad heredem transmittitur *§. ex condicionali. inst. de verbor. oblig.* in quo plus iuris habet creditor condicionalis quàm legatarius condicionalis *l. is cui 42. de oblig. & act. l. creditores 10. infra de verbor. signific.* Ergo haberi debet huius quoque debiti ratio in dissoluenda societate non minùs quàm eius quod in diem. Non vt pro præsenti debito habeatur, cùm possit condicio non existere, sed vt caueatur de eo soluendo si quando condicio extiterit *l. omne ac aliorum 27. & seq. inf. pro socio.* Nempe quia non est in potestate sociorum facere quin existente quandocumque condicione debitum pro eo habeatur acsi purè ab initio contractum fuisset *l. potior 11. § 1. inf. qui potior in pignor. hab.* Non quasi condicio quæ casualis est aut mixta (de his enim tantùm loquimur, non de potestatiua *l. 1. eod. tit.*) retrotrahatur ad

tempus

Google

tempus contractus, vt vulgò iactitant interpretes, cùm nihil aliud sit condicio quàm priuatio puritatis, quod autem nihil est retrotrahi non possit vt aliquo Coniecturarum nostrarum loco disputauimus. Sed quia cùm contractus condicionalis post existentem condicionem desinat esse condicionalis, relinquitur necessariò vt purus intelligatur.

17. MODESTINVS lib. 9. Regularum.

QVi coheredes habet, si fundum pignori datum à testatore suo, comparauerit à creditore, non debet à coheredibus iudicio communi diuidundo conueniri [a].

Ad l. Qui coheredes 17.

Ratio dubitandi. Rem suam emere nemo potest siue sciens siue ignorans emat *l. suæ rei 16. inf. de contr. empt. l. neque pignus 45. de regul. iur.* Atqui fundus quem testator pignori dederat suo creditori, sicut manserat in dominio testatoris *l. si rem 9. §. propriè l. cùm & sortis 35. §. 1. inf. de pignor. act.* ita factus hereditarius pertinet iure dominij ad singulos heredes pro parte cuiusque hereditaria *l. legatum 80. de legat. 2. l. cùm heredes 23. de acquir. poss.* Ergo non potest ab vno ex heredibus acquiri nisi pro parte coheredis, *l. debitor 40. in princ. inf. de pignor. act.*

Dec. Pertinet quidem proprietas fundi pignorati ad singulos heredes ex causa hereditaria, sed ita tamen vt non prius habere fundum possint, quàm pignus luerint *l. vlt. §. quatuor de leg. 2.* Nihil ergo vetat quominùs vnus ex heredibus totũ fundum acquirat à creditore. Non ob id tantùm quòd quisquis rem aliquam vendit censeatur ius illud tantùm vendere quod habet in re *l. si domus 71. §. vlt. de leg. 1.* Et quòd possit quilibet vniuersum fundum emendo etiam partem suam emere *l. quòd si vno 33. in fin. inf. de in diem addict.* Sed ea potissimùm ratione, quòd cùm neuter heredum possit prohibere ne pignus totum vendat nisi totum debitum offerendo *l. 1. & 2. C. debit. vendit. pign. imped. non poss.* nec ipse prohibendus est, quin totum emat vice extranei cuiuslibet emptoris, vt in *l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Ne alioqui suæ quoque partis iacturam facere cogendus sit, quoniam is qui à creditore pignus emit, ritè & rectè, vinci posteà de proprietate non potest *l. qui à creditore 18. C. de distr. pign.*

a *Conueniri.* Ratio dubitandi. Etiamsi vnus ex heredibus emat pignus à creditore vice extranei emptoris, tamen bonam fidem præstare in omnibus debet cùm hoc iudicium Communi diuidundo sit bonæ fidei *l. 4. l. in hoc iudicium §. 1. sup.* Non est autem ex bona fide vt totam rem sibi retineat, nec patiatur venire illam in iudicium communi diuidundo, cùm fuerit hereditaria si modò parati sint coheredes indemnem eum præstare tam pro debito quàm pro successionibus omnibus. Exemplo eius quod in specie non valde dissimili peteleganter scriptum est in *l. si mandatu 59. §. 1. infra, mandat.* Ergo non omnino habendus est similis extraneo emptori.

Dec. Coheres qui rem sibi communem cum coherede & hereditariam emit à creditore pignoratitio non censetur id facere tanquam procurator coheredis, sed proprio nomine vt extraneus quilibet. Nec proinde habet coheres quod conqueratur, qui nec potuit prohibere, nisi offerendo debitum saltem pro sua parte, cùm alius coheres offerret pro sua, Et emere ipse perinde potuit si voluisset. Quorum neutrum cùm fecerit, sibi debet imputare. In eoque melior condicio est coheredis, quàm mandatarij, de quo in *d. l. si mandatu 59. §. 1. mandat.* vbi agitur de fideiussore qui de omni eo quod ad fideiussionis causam pertinet, mandatum habere intelligitur, quod coheres, vt dixi, nullum habet. Cæterùm debuit hæc lex poni sub *tit. Famil. ercisc.* vt lex præcedens sub *tit. Pro socio.* Frustra porrò quidam exigunt, vt in specie huius legis creditor habuerit à testatore potestatem vendendi pignoris, cùm habeat eam à lege, si modò in dando pignore non conuenerit ne liceat vendere. Quo tamen etiam casu adhuc potest creditor vendere post trinam denunciationem *l. 4. inf. de pignor. act.*

18. IAVOLENVS libro 2. Epistularum.

VT fundus [a] hereditarius fundo non hereditario seruiat, arbiter disponere non potest, quia vltra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest.

Ad l. Vt fundus 18.

a *Vt fundus.* Ratio dubitandi. Potest arbiter in hoc iudicio datus omnia ex officio facere, per quæ cõmodior diuisio rei communis fieri possit, vt in *l. si quis putans 6. §. idem Iulianus & seq. sup. hoc tit.* atque ita disponere vt fundus qui libet erat alteri seruiat *l. item Labeo 22. §. sed etiam supra tit. 1.* quia cùm in hoc iudicio res omnes certo iustoque precio æstimandæ sint *l. item quamuis 10. §. vlt. supra hoc tit.* tantò minoris æstimabitur fundus, quem arbiter seruum fecerit, Ideoque nihil videtur interesse coheredis, cùm tantò iustiores futuræ sint adiudicationes & condemnationes quas in hoc iudicio fieri necesse est. Potest ergo arbiter disponere, vt fundus hereditarius fundo non hereditario seruiat.

Dec. Vltra id quod in iudicium deductum est potestas iudicis excedere non potest. Cùm iudex sit addictus formulæ quasi glebæ. Vnde iudicem addictum passim dicunt nostri pro iudice dato. Inde est quod ad iudicem nil pertinet futuri temporis tractus *l. 1. §. 1. De vsur.* quia de eo quod post acceptum iudicium accedit iudicium acceptum videri non potest *l. non potest 26. supra, de iudic.* Itaque quod passim ex hac lege nostri vulgo colligunt, Sententiam debere conformem esse libello, etsi verissimum est *l. vlt. C. de fideic. libert.* ex hoc tamen loco benè probari non potest, iunge *l. si ex testamento 10. in fin. de except. rei iudic.*

19. PAVLVS libro 6. ad Sabinum.

ARbor[a] quæ in confinio nata eſt, item lapis, qui per vtrumque fundum extenditur, quamdiu cohæret fundo, è regione cuiuſque finium vtriuſque ſunt: nec in communi diuidundo iudicium veniunt. ſed cùm aut lapis[b] exemptus, aut arbor eruta, vel ſucciſa eſt, communis pro indiuiſo fiet: & veniet in communi diuidundo iudicium: nam quod erat finitis partibus, rurſus confunditur. Quare duabus maſſis[c] duorum dominorum conflatis, tota maſſa communis eſt, etiam ſi aliquid ex prima ſpecie ſeparatum maneat. ita arbor, & lapis ſeparatus à fundo, confundit ius dominij.

Ad l. Arbor 19.

a *Arbor.* Ratio dubitandi. Arbor quæ in confinio duorum fundorum ad duos dominos pertinentium nata eſt, aut lapis, qui per vtrumque fundum extenditur communis eſt, quandiu vtrique fundo cohæret: cùm neutrius poſſit dici tota eſſe *l. illud 46. de rit. nupt.* Ergo venit in hoc iudicium Communi diuidundo quod ad rerum omnium corporalium & communium diuiſionem pertinet *l. 1. & 4. & paſſ. ſup.*

Dec. Ea arbor iſta, & lapis quandiu fundo cohæret, pars eſt fundi cui cohæret, quia ſequitur ius ſoli *l. adeò 7. §. vlt. & l. ſeq. de acq. rer. dom.* Ergo cùm fundi quibus cohæret non ſint communes, ſed ſinguli proprij ſingulorum, non poteſt arbor aut lapis eſſe communis, ſed proprius ſingulorum pro regione cuiuſque fundi *l. pen. inf. pro ſocio & d. l. 8 de acquir. rer. domin.* Et conſequenter non poteſt venire in iudicium Communi diuidundo, in quod ſcilicet non alia veniant, quàm quæ ſunt communia *d. l. 1. & 4. ſup.*

b *Sed cùm aut lapis.* Quod ab initio fuit cuiuſque proprium non poteſt inuitis aut etiam inſciis dominis fieri commune ſed facto ipſorum aliquo eſt opus, cùm nemo inuitus cogatur incidere in communionem *l. ſi non ſortem 26. §. ſi centum inf. de condict. indeb.* Atqui lapis hic anteà fuit proprius ſingulorum, non communis, vt modò diximus. Ergo quod ſolùm ſit exemptus lapis, aut arbor eruta & ſucciſa, non poteſt facere lapidem aut arborem communem nec proinde inducere iudicium Communi diuidundo.

Dec. Quæ ratio facit vt lapis ſit proprius & ſingulorum, itémque arbor quandiu fundo cohæret, ſcilicet quia ſequitur ius fundi. Eadem facit vt ſi lapis ſit exemptus & arbor eruta, fiat communis: Nêpe quia non poteſt ſequi ius fundi cui ampliùs non cohæret. Nam ceſſante cauſa quæ faciebat proprium neceſſe eſt vt vtrumque fiat commune. Quod enim neque proprium, neque alterius, neque nullius eſt, neceſſe omnino eſt vt ſit commune *d. l. pen. inf pro ſocio.* Et hoc eſt quod in hac lege ſcribitur, id quòd anteà finitis partibus erat proprium ſingulorum rurſus confundi. Nihil ſiquidem aliud eſt confundi quàm commune fieri; per confuſionem dominij: Quamuis enim in re communi vnuſquiſque partem ſuam habeat, habet tamen indiuiſam ita vt neſciri poſſit quænam aut vbinam ſit portio vnius aut alterius. Quæ vera meraque dominij confuſio eſt.

c *Quare duabus maſſis.* Argumentum eſt à ſimili, Vt appareat non eſſe nouum vt aliquid ſit inter duos commune, & aliquid tamen etiam ex eadem materia, quòd ſit proprium. Nam ſi duæ maſſæ duorum dominorum conflatæ ſint, certum eſt maſſam fieri communem *l. 5. ſup. de rei vendic.* etiamſi aliquid ex prima ſpecie ſeparatum maneat. Et tamen non eo minùs remanet prioris domini, quia ſcilicet nulla pro ea parte dominij confuſio eſt. Similiter igitur, licèt è contrario, & arbor & lapis quandiu duorum fundis cohæret communis non eſt: Vbi deſiit cohærere ſit communis; quia tunc incipit confundi dominium. Eſt igitur hic caſus contrarius ſuperiori ſed ſimilem habens rationem.

1 ¶De veſtibulo[a] communi binarum ædium arbiter communi diuidundo, inuito vtrolibet, dari non debet: quia qui de veſtibulo liceri cogatur, neceſſe habeat interdum totarum ædium pretium facere, ſi aliàs aditum non habeat.

Ad §. 1. De veſtibulo.

a *De veſtibulo* Ratio dubitãdi. Etiam illa quæ commodè diuidi non poſſunt, veniunt tamen in hoc iudicium vt veniant non in diuiſionem ſed in licitationem, Nonnunquam etiam extraneo ad licitationem admiſſo ſi alter ex ſociis ſe non ſufficere profiteatur ad iuſta precia vt vincat ſua pecunia vilius licitantem, vt ait *l. 3. C. hoc tit.* Ergo quamuis veſtibulum ædium ſit indiuiſibile, nihil tamen vetat deduci illud in licitationem.

Dec. Remedium licitationis extraordinarium eſt, & odioſum, nec proinde vnquam iuſtum niſi cùm neceſſarium *l. ſi pignori 21. ſup. tit. prox.* Adeò vt plerunque iuſtius exiſtimetur rem ſorti committere *l. 5. §. 1. & l. 8. eod.* Sed neque poteſt videri neceſſarium, cùm res illa de qua licitanda agitur, non poteſt in licitationẽ deduci, quin aliquid etiam aliud perinde in licitationem deduci oporteret, quod tamen diuidi commodè poſſet; aut iam diuiſum commodè poſſideri. Neque enim cogendus quiſquam eſt rem ſuam propriam vendere, etiam iuſto precio *l. ſi filiusfamilias 24. §. ſi maritus ſolus. matr. l. non enim 9. inf. rer. amot.* Quãtò minùs per licitationem? Atqui cùm veſtibulum commune eſt binarum ædium ſi daretur arbiter de eo diuidendo inuito ſociois qui de veſtibulo liceretur, neceſſe haberet interdum totarum ædium precium facere, ſi aliunde aditum ædes non habeant. Alioquin remanerent ædes inutiles, quæ ſine aditu eſſent. Nihil ergò refert in effectu, an arbiter iubeat liceri veſtibulum duntaxat, an verò veſtibulum cum ædibus quę non eſſent communes quod eſſet abſurdum. Eſt igitur neceſſe vt veſtibulum hoc caſu remaneat commune, Et valde notandus hic caſus, in quo id quod commune eſt, commune manere neceſſe eſt, tanquam quod nullomodo poſſit diuidi ne qui-

quidem per licitationem. Alioqui nulla communis res est quæ non veniat in hoc iudicium saltem per licitationem *l. pen. inf. hoc tit. l. arbitrium 43. supr. tit. prox.*

2 ¶ Si per eundem[a] locum via nobis debeatur, & in eam impensa facta sit: durius ait Pomponius, communi diuidundo, vel pro socio agi posse, quæ enim communio iuris separatum intelligi potest? sed negotiorum gestorum agendum.

Ad §. 2. Si per eundem.

a *Si per eundem.* Ratio dubitandi. Impensa facta in rem communem ab vno ex sociis repetitur per iudicium Communi diuidundo si societas nulla intercessit, aut Pro socio si qua intercessit *l. 3. si quis putans 6. §. si quid sup. hoc tit. l. quibus casibus 34. inf. Pro socio.* At sui tractatum de via communi in quam facta sit impensa per vnum ex sociis. Ergo danda est pro eius impensæ repetitione actio vel Communi diuidundo vel Pro socio. Atque ita Pomponius existimabat.

Dec. Iuris communio separatim nulla intelligi potest, quia nec facile ius vllu potest esse quod sit re ipsa separatum à solo cùm seruitutes sint iura prædiorum *l. 1. §. vlt. Instit. de rer. diuis.* quamuis aliqua sint huiusmodi iura separata *§. vlt. inf.* Sed communio iuris separatim nulla, quia vnumquemque proprium ius suum habere necesse est. Atqui potuimus etiam fuisse debitam nobis per eundem quidem locum, sed tamen pro fundis diuersis nec inter nos communibus. Ergo nec via ipsa potuit esse inter nos communis sed singulis separatim debita. Nec locus quoque per quem via debetur communis est *l. loci corpus 4. sup. si seruit. vindic. l. antep. supr. vsufr. quem. cauear.* Quid enim aliud ûnt iura prædiorum quàm ipsa prædia qualiter se habentia *l. quid aliud. 86. De verb. sign.* An ergo nulla ei actio competet qui impensam fecit ad viæ vsum conseruandum? Imò aliqua competere debet, Ne alioqui vnus ex alterius iactura locupletetur *l. nam hoc natura 14. de cond. indeb.* Proinde cessantibus aliis actionibus communionem aliquam supponentibus, quæ nulla iuris separatim potest intelligi, dicendum est solam superesse negotiorum gestorum actionem. Nam & quod communi nomine gestum est per illam actionem repeti potest dum ne locus sit iudicio Communi diuidundo, aut pro socio aut Familiæ erciscundæ *l. si quis putans 6. §. sine autem vers. cæterum sup. hoc t. l. si communis 40. sup. de neg. gest.* Corrigitur ergo & reprehenditur à Paulo Pomponij sententia tanquam prorsus improbabilis, sed quam tamen Paulus modestior sit reprehensio mauult dicere duriorem.

3 ¶ Iudex communi diuidundo, item familiæ erciscundæ, de seruo, qui in fuga est, iubere debet liceri eos inter quos iudex est: & tunc cum adiudicare penes quem licitatio remansit, nec enim periculum ne ex senatusconsulto pœna legis Fauiæ committatur.

Ad §. 3. Iudex.

Ratio dubitandi. In pœnam legis Fauiæ de plagiariis incidit quisquis seruum fugitiuum aut vendit aut donat, si non vendat, aut donet ei qui ipse adprehenderit fugitiuum *l. 2. §. 1. inf. ad leg. Fau. de plagiar. l. in fuga 6. C. eod.* Atqui per licitationem fit species quædam venditionis *l. si pignori 39. supr. titul. prox. l. 3. C. hoc tit.* Ergo non magis potest seruus fugitiuus in licitationem venire quàm in venditionem aut donationem, Nec enim debet arbiter quicquã statuere quod sit contra leges, quod nec Prætor ipse posset facere qui dat arbitrum *l. iuris gentium 7. §. ait Prætor l. contra 30. supr. de pact. l. nec non 28. §. quod ait supr. ex quib. caus. maior.*

Dec. Quod fit per arbitrum à Prætore datum perinde est ac si fieret per Prætorem ipsum qui arbitrum dedit eum, ex ipsius Prætoris authoritate fieri quodammodo intelligatur. Quod autem fit prætore authore iustè fit *l. iustè 11. infr. de acquir. possess.* nec proinde pœnam vllam meretur *l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Priuatis enim duntaxat venditionibus occurrere lex voluit, quæ multis fraudibus exposita sunt, non etiam iis quę per iudicem fiant, præsertim ex causa necessaria. Semper enim excepta intelligitur necessitatis causa *l. alienationes 13. sup. tit. prox. l. item quæritur 10. §. 1. sup. hoc tit.* & authoritas iudicis, vt alterius cuiusuis superioris *l. aut Prætor 7. §. per mittitur supr. de minor. l. sancimus 25. C. de admin. tutor.* Nam & aliis etiam quibusdam casibus permissa serui fugitiui venditio ait, vt in *l. quod sæpe 34. §. si quis amisso inf. de contr. empt.*

4 ¶ Aquarum iter[a] in iudicium communi diuidundo non venire, Labeo ait: nam aut ipsius fundi est, & ideo in iudicium non venit: aut separatum à fundo, diuisum tamen aut mensura, aut temporibus. Sed possunt iura interdum & separata à fundo esse & nec mensura, nec temporibus diuisa. veluti cum is, cuius fuerunt, plures heredes reliquit, quod cum acciditi consentaneum est, & ea in arbitrio familiæ erciscundæ venire. nec videre inquit Pomponius, quare minus in communi diuidundo, quam familiæ erciscundæ iudicium veniat. Igitur in huiusmodi speciebus etiam in communi diuidundo iudicio venit: vt præfata iura aut mensura, aut temporibus diuidantur.

Ad §. 4. Aquarum iter.

a *Aquarum iter.* Ratio dubitandi. Aut aquarum iter alicuius fundi est, & tunc non potest separatim venire in hoc iudicium, sed cum fundo ipso si sit communis, aut nullo modo si communis fundus nõ sit, vt in *§. si per eundem supr.* Aut ius hoc fuit separatum à fundo. Et quæ iura sunt huiusmodi vel mensura vel temporibus sunt diuisa, & consequenter non

possunt amplius diuidi nec in hoc iudicium venire. Atque hoc dilemmate Labeo vtebatur, qui sic existimabat.

Dec. Non est bonum dilẽma quod non constat ex partibus contradictoriis, vt nihil desit sufficienti partium enumerationi. Hoc verò est huiusmodi: Nam possunt esse quædã iura quæ & separata sint à fundo, & tamẽ nec mensura nec temporibus diuisa. Quid enim si quis tale ius habens plures heredes reliquerit? Non potest vtique dici ius hoc fuisse diuisum in persona defuncti qui vnus fuit: Neq; rursus in personis heredum quia diuisio per mensuram aut tempora nunquam fit per legem & ipso iure, sed intercedente duntaxat facto hominis & conuentione aliqua *l. 4. §. vlt. sup. de seruit. l. 5. inf. de aqua quoti. & æst.* Est igitur necessarium hoc casu iudicium hoc Communi diuidũdo inter condiuisores siue ex alia causa quàm hereditaria siue etiã ex causa hereditaria, sicut & inter coheredes veniret in iudicium Familiæ erciscundæ, Cur enim minus veniat in hoc iudicium quod latiùs patet, quàm in iudicium Familiæ erciscundæ quod coangustatum est ad heredes solos? *l. in iudicium 13.* vbi dixi *supr. hoc tit. l. inter coheredes 44. in pr. sup. tit. prox.* Igitur etiam aquarum iter in hoc Communi diuidũdo iudicium veniet vt aut mensura aut temporibus diuidatur.

b *Aut separatum à fundo.* Ratio dubitandi. Iuris communio separatim nulla intelligi potest *§. si per eundem supr.*

Dec. Aliud est dicere nullam esse iuris separatim sumpti communionem, quod verum est: Aliud verò nullum esse ius separatum, quod falsum est: vt probat hic textus. In eoque Paulus & Pomponius cum Labeone consentiunt. Etsi videtur præterea motus fuisse Labeo in suo proponendo dilemmate, Ratione illa, quòd iuris communio separatim nulla intelligi possit. Quam rationẽ cùm & Paulus & Pomponius probauerint in *d. § si per eundem.* Cõsequens est vt ad eam propositionem debeat subiici exceptio ex hoc §. Nisi fortè is qui tale ius separatum habet, decesserit pluribus heredibus relictis. Hoc enim casu heredes non solùm habent ius itineris aquarum separatum à fundo, sed etiam habent illud commune tanquam hereditarium. Sed tamen posset quis pro Labeone respõdere ius hoc in illo casu venire in iudicium Familiæ erciscundæ cùm sit hereditarium, Non tamen venire in iudiciũ Communi diuidundo, secundùm illorum sententiam qui putant iudicium hoc Communi diuidundo ad res ex causa hereditaria communes non pertinere. sed eam sententiam quæ fuit Azonis nos satis superq; refutauimus ad *l. 4. in pr. sup. hoc tit.* Illud sanè difficile videtur vt contra Labeonem aliquis casus excogitari possit quo iter aquarum de quo agimus possit esse indiuisum, nec hereditariũ. Obserua autem hunc locum non esse de seruitutibus quæ sanè intelligi non possunt sine fundo *l. quid aliud 80. de verb. sign. l. 1. sup. comm. præd.* sed de itinere aquæ id est, per quod aqua ducitur, quod ius differt à seruitute aquæ ductus *l. vlt.* vbi dixi *supr. si seru. vind.*

20. POMPONIVS lib. 13. ad Sabinum.

SI is, cum quo fundum communem habes, ad delictum non respondit, & ob id motu iudicis villa diruta est, aut arbusta succisa sunt: præstabunt tibi detrimentum iudicio communi diuidundo. quidquid enim culpa socij amissum est: eo iudicio continetur.

Ad l. Si is cum quo 20.

Ratio dubitandi. Cùm is qui fundum communem cum alio habebat, ad edictum aut ad delictũ non respondit, & ob id motu iudicis siue iusto siue iniusto villa diruta est, aut arbusta succisa, apparet factum id esse ex alia causa quàm communionis. Quid enim cõmune habet causa delicti cum causa communionis? Quomodo in specie licèt dissimili argumentatur Vlpianus contra Papinianum in *l. Papinianus 20. sup. ex quib. caus. maior.* Ergo non debet hoc damnum venire in iudicium Communi diuidundo.

Dec. Quicquid culpa socij, aut alterius cuiuslibet condiuisoris amissum est aut admissum, hoc iudicio continetur *l. 3. in princ. supr.* Nihil enim refert an condiuisor ipse damnum inferat rei communi, an verò alius quilibet ob culpam condiuisoris quoniã is qui damni occasionem dat, ipse damnum dare videtur *l. qui occidit 30. §. pen. sup. ad leg. Aquil.* Nec tantùm si per socij culpam id factum sit, sed quod magis mirum est si propter inimicitias quamuis iniustas damnum hoc contigerit. Nam & hoc culpæ quodammodò adscribendum est *l. si merces 25. §. culpæ autem inf. locat.* Certum autem est culpam quoque in hoc iudicium venire vt & in iudicium Familiæ erciscundæ *l. 16. §. sed & si dolo sup. tit. prox. l. & si non omnes 8. §. venit l. 10. sup. hoc tit. l. item quamuis 10. sup. hoc tit.* Sanè si quid à Iudice per iniuriam factũ sit nec dubitatur quin ei qui iniuriam passus est actione iniuriarum teneatur *l. nec magistratibus 32. inf. de iniur.* Sanè non semper facit iniuriam iudex qui propter contumaciam rei iubet ædes, vllas interdum, arces quoque ipsas destrui adhibita etiam si opus sit manu militari, præsertim post *l. qui restituere 68. sup. de rei vindic. l. 3. inf. ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Ne alioquin authoritati Iudicis & magistratus impunè illudatur. Nec enim lusoria debent esse magistratuum edicta & decreta *l. vlt. ne quid in loc. public.* neque iudicum ab ipsis datorum, quorum scilicet sententias exequi debent ipsi etiam Magistratus qui eos dederunt *l. à Diuo Pio 15. in pr. inf. de re iudic.*

21. VLPIANVS 7. libro 30. ad Sabinum.

IVdicem [a] in prædiis diuidundis, quod omnibus vtilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi conuenit.

Ad l. Iudicem 21.

a *Iudicem.* Ratio dubitandi. Iudex datus etiam in hoc iudicio nihil facere potest vltra id quod in iudicium & formulam deductum est *l. vt fundus 18. sup.* Ergo non quid vtilissimum sit condiuisoribus aut quid ipsi velint inspiciendum est, sed quid sit in formula.

Dec. Nihil aliud agit Prætor cùm dicat formulã nisi

nisi vt partibus consulat. Proinde vetendum non est ne si iudex datus id statuat, quod sit vtilissimum vtrique litigantium, aut quod ipsi velint, authoritatem Prætoris contemnere videatur *l.1.§.inde quæritur inf. de oper. noui nunciat.* Dūmodò id statuat quod non vni tantùm ex contrahentibus, sed vtriq; commodissimum esse videat *l.act. 65.§.Labeo inf. pro socio.* Aut saltem quod inter litigatores conuenerit *l. si conuenerit 26. de re iudic.* Maximè vero in hoc iudicio, quod bonæ fidei est *l. 4.§. hoc iudicium. l. in hoc iudiciũ 14.§.1. sup. l. communis seruus 24. inf. hoc tit.* quoniam in omnibus iudiciis bonæ fidei adiiciebantur ve ba illa in formula *ex bona fide* quæ latissimam potestatem tribuebant iudici omnia constituendi, quæ ex bono & æquo esse viderentur *d.l. communiu.* iunct. *§. in bonæ fidei instit. de act.* Quid autem æquius melius, quam id statuere, quod vtrique litigantium vel vtilissimũ sit, vel placuerit? Quærit Accursius. Quid ergo si non omnes consentiant, sed quidam duntaxat aliis reluctantibus? Sed iam ab hoc loco aliena hæc quæstio est & ex aliis iuris locis quàm ad hunc tractatum pertinent decidendi.

22. POMPONIVS lib. 33. ad Sabinum.

SI meo[a], & vicini nomine parietem ædificem, vel repetiturus ab eo pro parte impensam, vel donationis gratia: communis fiet paries.

Ad l. Si meo 22.

a *Si meo.* Ratio dubitandi. Ædificium semper cedit solo & naturali & ciuili ratione *l.2. D. de superfic.* Ergo vt paries sit communis non illud inspiciendum est, an ędificatum sit communi nomine, & an animo repetendi pro parte impensam aut donationis gratia, sed an in solo communi.

Dec. Quod ædificaui in fundo meo communi nomine, fit commune non quidem iure dominij, sed vt sit in bonis vtriusque & de eo possit accipi iudicium Communi diuidundo. Sufficit enim rem esse in bonis communiter, & in dominio saltem bonitario vt huic iudicio locus fieri possit. Nam & dominium bonitarium dominium est *l. si finita 15.§. idem Iulianus inf. de damn. infect.* Nec quod ædificanerim repetiturus impensam pro parte facere potest, vt interim res nondum sit communis. Prius enim est vt res fiat communis quàm vt vlla pars impensę repeti possit. Cùm verò ædificaui communi nomine donationis gratia, id est, nullam impensæ partem repetiturus, Tantò clarius est parietem fieri communem. Aliud est in specie *l.2. Cod. de rei vindic.* vbi agitur de malæ fidei possessore in alieno solo ædificante.

23. VLPIANVS lib. 32. ad Edictum.

SI conuenerit[a] inter te, & socium tuum, vt alternis annis fructum perciperetis, & non patiatur te socius tui anni fructum percipere: videndum vtrùm ex conducto sit actio, an verò communi diuidundo. Eadem quæstio est, & si socius, qui conuenerat vt alternis annis frueretur, pecus immisit, & effecit, vt futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur. & puto, magis communi diuidundo iudicium quàm ex conducto, locum habere. quæ enim locatio est, cùm merces non intercesserit? aut certè actionem incerti ciuilem reddendam.

Ad l. Si conuenerit 23.

a *Si conuenerit.* Ratio dubitandi. Cùm inter socios qui fundum communem habent, cōuenit vt alternis annis fructũ perciperent, non possunt amplius fructus videri communes cùm diuisi sint temporibus, quæ diuisio sufficit ad impediendũ hoc iudicium Communi diuidundo *l. arbor 19. §. vlt. sup.* Ergo etiamsi socius pati nolit vt alter socius fructum anni sui percipiat, non ideò teneri potest iudicio communi diuidundo, sed potiùs ex conducto. Quasi patientia illa quam sibi inuicē præstare promiserunt mercedis mutuæ loco esse possit, quasi fructibus mercedis nomine compensatis, vt in *l. & hac distinctio 35. infr. locat.*

Dec. Non potest competere actio ex conducto nisi præcedente aliqua locatione & conductione. Locatio autem & conductio nulla esse potest cùm nulla merces interuenit, *l. si vir vxori 52. de donat. int. vir. & vxor l.1.§. si quis seruum 9. inf. deposit.* vt neq; venditio & emptio potest esse sine precio *tot. tit. locat. & conduct. & l.1. l. pacta conuenta 72. infr. de contr. empt. l.1. de rer. permut. & Instit. tit. de locat. & conduct. in princip.* Atqui nulla hîc merces interuenit, quia merces debet consistere in pecunia numerata sicut & precium *dict. tit. instit. de locat. & conduct.* Quomodo interuenerat in specie *d.l. & hac distinctio §.1.* Ergo necessarium est hoc casu iudicium Communi diuidundo contra socium qui non patitur socium percipere fructum sui anni, secundum conuentionem inter eos factam. Perinde ac si nulla conuentione intercedente prohiberetur frui parte sua. Nam quemadmodum nihil interest quomodo socij cōmuniter fruantur: ita nec quicquam refert quomodo alter ab altero frui prohibeatur. Adeò autē verum est competere hoc casu actionem Communi diuidundo, nec Africanus neget ei locum esse tùm quoque cùm putat locum esse actioni ex locato in *dict. l. & hac distinctio 35. §.1. locat.* id est, cùm conuenit inter socios vt alternis annis certo precio, id est certa mercede fruerentur. Planè si quis velit contendere contractum hunc esse innominatum, quia pecunia nulla interuenit, ideoque dandam ex eo actionem Præscriptis verbis ad id quod interest, non repugnat Vlpianus qui subiungit *aut certè actionem incerti ciuilem reddendam*, vt & in *leg.1.§. si quis seruum 7. infr. deposit.* qui locus licèt ad aliam speciem pertineat, proximè tamen accedit ad eam quæ in hoc §. proponitur, & eiusdem Vlpiani est. Et habet vtraque species hoc simile quod pactum appositum est in rei traditione, ideoque non potest videri nudum, vt benè ratiocinatur

Accursius, vnde fit vt pariat actionem præscriptis verbis ciuilem non in factum prætoriam, vt & cætera pacta omnia quæ vel traditionis vel contractus cohærentia vestiuntur *l. iuris gentium 7. §. 1. l. in traditionibus 48. sup. de pact. l. si dominus 8. & pass. infr. de præsc. verb. l. vlt. C. de rer. permut.*

24. IVLIANVS libro 8. Digestorum.

COmmunis seruus si ex re alterius dominorum adquisierit, nihilominus commune id erit. sed is, ex cuius re adquisitum fuerit, communi diuidundo iudicio eam summam percipere potest: quia fidei bonæ conuenit, vt vnusquisque præcipuum habeat, quod ex re eius seruus adquisierit.

Ad l. Communis 24.

Hanc eandem sententiam Iuliani, quasi suam refert Caius in *l. seruus communis 45. de acquir. rer. dom.* Ratio dubitandi. Quod acquiritur per seruum ex re alterius etiam quam domini puta fructuarij vel bonæ fidei possessoris, non acquiritur domino sed fructuario vel bonæ fidei possessori *l. qui bona fide 23. inf de acquir. rer. domin.* vbi dicitur idem esse in homine libero seruiente bona fide, de quo & in *l. liber homo 19. eod.* Idemque in seruo fructuario scriptum est in *l. si serui 21. & seq. supr. de vsufr.* Ergo multò magis dicendum est acquiri vni ex dominis quod ex re ipsius acquisitum est.

Dec. Quemadmodum quod seruus acquirit, etiam nō ex re domini acquirit domino, extra causam eius qui seruit fructuario vel bonæ fidei possessori. Ita & quod seruus communis acquirit etiā ex re vnius ex dominis acquiritur vtrique domino & fit cōmune. In eoq; minùs iuris habet is qui pro parte tantùm dominus est quàm fructuarius vel bonæ fidei possessor serui alieni: Idcirco fortasse, quod plus iuris habeat, quia dominus est. Inde namque fit vt possit sibi consulere per actionem Communi diuidundo contra socium, vt scriptum est in hac lege. Quod non posset facere fructuarius vel bonæ fidei possessor, inter quem & dominum nulla penitus communio est. Ergo in hac specie ille ex sociis ex cuius re acquisitum fuerit, eam summam præcipere debebit & percipere iudicio Communi diuidundo, quia vt lex ait bonę fidei conuenit vt vnusquisque præcipuum habeat quod ex eius re seruus acquisierit. Alioqui locupletaretur socius ex alterius socij iactura contra bonam fidem & naturalem æquitatem *l. nam hoc natura 14. infr. de cond. indeb. l. iure natura 106. de reg. iur.* In hoc autem iudicio debet iudex omnia facere quę sunt ex bona fide & æquitate, quia bonæ fidei iudicium est *l. 4. § hoc iudicium & l. in hoc iudicium 14. §. 1. supr. hoc tit.* iunct. *l. bona fides 31. infr. deposit. §. in bona fidei Institut. de action.*

1 ¶Cùm agere[a] tecum communi diuidundo vellem: partem tuam Titio tradidisti, mutandi iudicij causa. teneris mihi prætoria actione, quòd fecisses, ne tecum communi diuidundo ageretur.

Ad §. 1. Cùm agere.

a *Cùm agere.* Ratio dubitandi. Dolus pro possessione est vt habet iuris regula *l. qui dolo 131. de reg. iur.* Atqui non potest negari quin sis in dolo, si cùm vellē tecum agere Communi diuidundo partem tuam communis fundi vēdideris: Fecisti enim dolo malo, & ob hoc ipsum ne possem tecum agere Cōmuni diuidundo. Alioqui nec teneteris actione prętoria in factum quæ datur ex edicto *De alienat. iudic. mut. caus. fact.* cùm ea actio exigat dolum & puniat *l. 1. & pass. ill. tit. De alien. iudic. mut. caus. fact.* qua tamen teneri te certum est *l. vlt. supr. de alien. iudic. mut. caus.* Ergo quamuis possidere desieris perinde tamen teneri debes acsi adhuc possideres.

Dec. Dolus pro possessione quidem est, sed non pro dominio. Et ideò non potest dolus tuus facere vt post alienationem tuam per quam desijsti esse dominus partis tuę, possim adhuc te conuenire iudicio Communi diuidundo, quia hæc actio pertinet ad diuisionem dominij non possessionis *l. 1. & 4. sup.* Cumq; necesse sit fieri mutuas adiudicationes & præstationes dominij, vt quisque sociorum possit fieri dominus in solidū partis diuisæ, apparet me non posse tecum agere Communi diuidundo postquàm partem tuam alienasti, sic enim accipiendum est in hoc §. verbum *tradidisti* acsi scriptū esset *alienasti*, vt inducamus translationem dominij quæ per traditionem quidem fieri solet *leg. traditionibus 20. C. de pact. l. traditio 20. inf. de acq. rer. dom.* ex sola traditione nūquam inducitur si non præcedat titulus habilis puta venditionis aut alius similis *l. nunquam nuda 31. eod. ill. tit.* Id enim est quod nostri solent dicere, supponendos semper esse terminos habiles ex *l. adigere 6. §. quamuis de iur. patron. l. 1. § vlt. ad SC. Tertyll.* Alioqui nuda traditio nunquam transfert dominium *d. l. nunquam 31. de acq. rer. dom.*

25. IDEM lib. 11. Digestorum.

SI Stichus[a] communis meus & tuus seruus habuerit Pamphilum vicarium aureorum decem, & mecum actum de peculio fuerit, condemnatusque decem præstitero: quamuis postea Pamphilus decesserit, nihilominus actione communi diuidundo, vel pro socio, quinque (milia) præstare debebis: quia te hoc ære alieno liberaui. longè magis consequar, si Stichus post mortem Pamphili alium vicarium adquisierat.

Ad l. Si Stichus 25.

a *Si Stichus.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. sed postquàm 9. supr.* Eadem enim loci vtriusque sententia est, Quod vnus ex sociis præstitit conuentus actione de peculio posse illum repetere pro parte per actionem Communi diuidundo, licèt res peculiares postea inter-

Digitized by Google

interciderint: Quoniam ad iudicandum hoc iudicium sufficit præcedens causa communionis quæ hodie duraret si res non intercidisset *l. si seruum 31. sup. famil. ercisc.* Nec eo minus verum est socium qui non fuit consentus, hoc ære alieno liberatum esse: quod satis est vt de repetitionis æquitate appareat. Ne alioqui eueniat vt totum periculum & damnũ contingens in rebus peculiaribus ad vnum ex sociis solum pertineat, quod esset iniquum *d. l. 9. supr.* Addit Iulianus longè magis in specie huius legis si in locum mortui Pamphili qui vicarius Stichi erat Stichus alium vicarium acquisierit; quia videtur hoc casu nouus vicarius in locum prioris subrogatus, perindeque habendum acsi Pamphilus non decessisset, ib eademq; causa peculium mansisset. Nempe si nouus vicarius non minoris sit æstimationis quàm cuius erat Pamphilus. Ita enim locus hic intelligi debet.

26. ALFENVS VARVS lib. 2. Digestorum.

Communis seruus [a], cùm apud alterum esset, crus fregit in opere. quærebatur, alter dominus quid cum eo, penes quem fuisset, ageret. respondi, si quidem culpa illius magis quàm casu, res communis damni cepisset, per arbitrium communi diuidundo posse reciperare.

Ad l. Communis seruus 16.

a *Communis seruus.* Ratio dubitandi. Cùm seruus communis qui erat apud alterum ex sociis crus fregit in opere, vt lex ponit, credendum est non fuisse illum fracturum si non se operi applicuisset. Ergo etiamsi nulla alterius socij culpa interuenerit apud quem erat, videtur tamen periculum illud totum pertinere ad eum debuisse.

Dec. In hoc iudicio nihil debet socius socio præstare nisi dolum & culpam, Non etiam casum fortuitum *l. siue cum quo 20. sup.* Culpa autem nulla est socij qui seruo communi vsus est in opere licito. Ergo nihil hoc casu præstare socius socio debet ob id quod hic seruus communis crus fregerit. Sed si culpa socij aliqua in eo interuenisset, puta quod operi illicito seruum applicuisset, arg. *l. si quid contendis 45. §. 1. sup. tit. prox.* aut eum grauiore onere ac supra modum oppressisset, quæ res damno causam dedisset, vt in *l. si ex plagis 52. §. in cliuo sup. ad leg. Aquil.* damnum à socio sarciendum esset per actionem Communi diuidundo *d. l. siue cum quo.* Sic in *l. pen. in pr. inf. de act. empt.*

27. PAVLVS libro 3. Epitomarum Alfeni Digestorum.

De communi [a] seruo vnus ex sociis quæstionem habere, nisi communis negotij causa, iure non potest.

Ad l. De communi 27.

a *De communi.* Ratio dubitandi. Non potest negare quin seruus communis sit vnius ex sociis licèt sit etiam alterius *l. illud 46. infr. de rit. nupt.* Nemo autem dubitat, quin possit dominus de proprio seruo quæstionem habere pro arbitrio suo, cùm habeat in eum vitæ ac necis potestatem *l. 1. supr. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Saltem ex causis in quibus etiam hodie id iure permissum est, vt in *l. 1. inf. de SC. Silan.*

Dec. Non propriè & absolutè videtur quid esse vnius quod etiam alterius est *d. l. illud. l. serui electione. §. 1. de legat. 1. l. rectè dicimus 25. de verb. signif.* Ergo seruus communis, cùm sit vtriusque socij non potest ab altero torqueri tanquam proprius, nisi pro negotio communi. Ne alioqui torquendo seruum, debilitet eum & faciat deteriorem, quod in socij damnum & detrimentum vergeret. Sanè pro negotio communi seruum communem torquere socius iure potest, qui id ad communionis causam & vtriusque socij vtilitatem pertinet. Nec tamen id accipiendum est, vt possit socius propria authoritate socium communem torquere inuito socio (nam potior semper est causa prohibentis, vt in *l. prox. seq.*) sed vt possit socius cogi per iudicem Communi diuidundo pati vt seruus communis ab altero socio torqueatur, vt euenit quoties vnus ex sociis alium prohibet facere in re communi quod ei iure facere licet *l. si ædes 12. sup. hoc tit.* Ponendum tamen est cum Accursio eam causam agi quæ sit de facto serui, vt proinde interrogari eum necesse sit ad eruendam veritatem facti, vt in *l. his consequenter 19. sup. tit. prox. l. hoc quod 13. l. interrogari 15. C. de quæst.*

28. PAPINIANVS lib. 7. Quæstionum.

Sabinus [a], in re communi neminem dominorum iure facere quicquam, inuito altero, posse: vnde manifestum est, prohibendi ius esse. in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi [b] in communi prohiberi socius à socio, ne quid faciat, potest: vt tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cùm prohibere poterat, hoc prætermisit, & ideò per communi diuidundo actionem damnum sarciri poterit. sin autem [c] facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid [d], absente socio, ad læsionem eius fecit: tunc etiam tollere cogitur.

Ad l. Sabinus 28.

a *Sabinus.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad legem proximè præcedentem. Nam cùm suæ quisque rei moderator sit & arbiter *l. in re mandata 21. C. mandat.* & quodammodo possit quis suũ dicere quod etiam cum alio commune habet *l. illud 46. inf. de rit. nupt.* nemini videtur denegandum vt inuito socio aliquid faciat in re communi non

secus ac iu sua. Sed cùm tantundem iuris habeat socius qui prohibet, quantum hic qui vult facere, nihil sanè causæ est cur plus iuris habere debeat vnus ad faciendum, quàm alius ad prohibendum, dum ne fiat prohibitio per noui operis nunciationem. Nec enim hoc permissum est sed debet fieri prohibitio vel per iudicium Communi diuidũdo, vel per Prætorē *l.3 §.1.inf.de oper.noui.nunciat.* Itaque in pari iure necesse est potiorem esse causam prohibentis, vt lex ait. Non quasi plus iuris habeat qui prohibet quàm qui facit, sed quoniam qui prohibet nihil facit nisi vt res in eodem statu maneat. Quod multò aptius est ad impediendas rixas quas materia communionis excitare solet. Nec enim ad rixas peruenitur ob id quod in re communi nihil fiat, sed ob id quod fiat aliquid ab vno ex sociis quod alius fieri nolit. Solet autem legislator id semper sequi quod impediendis aut sedandis rixis conuenientius esse videatur *l. in re communi 26. supr. vrban.præd.* Denique sufficit ad ius prohibendi ne quid fiat quod is qui facere vult, non est solus dominus *l.parietem 8.supr.vrban.præd.* Et quodammodo alienum ius sibi præripit si quasi solus dominus ad suum arbitrium vti iure communi velit *leg. an vnus sup.si seruit.vindic.* Adfert tamen Accursius plures casus in quibus non est melior causa prohibentis. Nempe si nihil intersit socij prohibentis, vt in *l.quid.ms Hiberus 13.§.1.supr.vrban.præd. l.fistulam 19.per tot.eod.titul.* Aut si intersit potius fieri opus quod prohibetur puta refici ædificium *l.si ædibus 32. l.in reficiendo 41.infr.de damn.inf. &l. Lcdm duobus 52. §.idem respondit Socius infr.pro socio.l.si vt proponis 4.C.de ædific.priuat.* Item si res sit in cōmune quæsita ad hoc ipsum vt tale opus fiat, vt in *d.l.cum duob §. item Mela & l.si ædes 12.sup.hoc tit.* Item fauore religionis si velit socius aut sepelire aut sepeliri in fundo communi inuito socio *l.vel quod 6.l. si plures 41.l. sunt personæ 43. inf.de religios.* Denique si res communis sit inter donatorem & donatarium, vt in *l.sancimus 34.§.ne autem C.de donat.* Vereor tamen ne omnes supradictæ exceptiones parum ad rem faciant. Non enim quærimus quid per viam actionis communi diuidundu possit facere socius in re communi inuito socio, Sed dicimus nihil eum posse facere nisi per Prætorem quoties à socio prohibetur etiam sine Prætore. Nam si tum quoque cùm parietem communem reficere vel demoliri vel in eum quid mittere opus est, actio tamen Cōmuni diuidundo aut interdictum necessarium est, *dict.l.si ædes.* quis casus obsecro dari potest in quo possit socius propria authoritate aliquid facere inuito socio? Nullam ergo admittit hæc regula exceptionem, nisi cùm de iure actionis quæritur non de facto ipso. Denique nihil potest socius facere inuito socio in re cōmuni sine iudice vel Prætore. Per iudicem verò & Prætorem non nisi in casibus illis quos refert Accursius & alij si qui sunt similes.

b *Sed & si.* Ratio dubitandi. Quod non potuit socius inuito socio facere in re communi, nec posse videtur factum habere. Et consequenter cogendus est tollere.

Dec. Quod socius facit in re communi, iure facere intelligitur, nisi quatenus à socio prohibetur. Ergo quod factum reperitur ante prohibitionem tolli non debet, Multò minùs cogi socius qui fecit, vt tollat, quia sibi debet imputare socius cur non prohibuerit cùm posset. Quò etiam pertinet vulgare illud nostrorum brocardicum, Multa durare facta quæ fieri prohibentur *l.patre furioso 8. sup. de his qui sui vel alien.iur.sunt.* Planè quod ab vno ex sociis in re communi factum est socio non prohibente si damnum societati & communioni attulerit, non vsque adeò iure fecisse dicendus est, vt non debeat eo nomine condemnari ad præstandam socio indemnitatem actione Communi diuidundo. Nam quod socius propria authoritate facere nequit, iudex datus facere & potest & debet. Itaque interdum iudebit etiam factum opus tolli si modò videat toti prodesse societati vt opus tollatur *d.l.in re communi 26.supr.vrban.præd.*

c *Sin autem.* Ratio dubitandi, Consensus vnius ex sociis non potest facere quin verum sit damnum ab altero socio illatum esse societati. Ergo non debet talis consensus impedire actionem Communi diuidundo.

Dec. Tritum est consentienti & volenti nullam fieri iniuriam *l.in diem 9 §.1. infr. de aqua & aquæ pluu. arcend.* & quod semel placuit displicere amplius non posse, vt habet regula iuris & ciuilis, & pontificij. Nullam igitur de damno habere debet actionem, quasi nec damnum vllum sensisse videatur quod ex culpa sua sensit *l.quod quis 203. de regul.iur.* Culpa autem ipsius fuit quod consenserit cùm non deberet consentire. Consentientibus enim & iura sua remittentibus regressus dandus non est *l. quæritur 13.§.si venditor de ædilit.edict.*

d *Quod si quid.* Ratio dubitandi. Non potest videri factum inuito socio quod factum est eo absente & ignorante. Non ergo debet tolli quod ita factū est.

Dec. In plerisque partibus iuris inuitus accipitur quisquis non consensit licet nec præsens fuerit nec contradixerit *l. filiusfamilias 8. §. inuitum supr. de procurat.* Maximè verò si iustam contradicendi causam habuerit. Credendus enim est hoc casu fuisse contradicturus si adfuisset & sciuisset *l.5.§.vlt.l.29. & 37.inf.solut.matr.* In proposito autē iusta fuit contradicendi causa cùm ab vno ex sociis aliquid factum est absente altero ad læsionem societatis. Sanè non quisquis præsens est consentire intelligitur *l.Caius 39.inf.de pign. act.* Et pluris facit contemptus absentis quàm præsentia etiam cum contradictione, inquit Accurs. ex *l.item 17.§.vlt.sup.de recept.*

29. PAVLVS lib. 2. Quæstionum.

SI quis[a], cùm existimauerit fundum communem sibi cum Mæuio esse, quem cum Titio communem habebat, impedisset: rectè dicitur etiam communi diuidundo iudicium ei sufficere. hoc enim est[b], si sciam rem communem esse, ignorem autem, cuius socij, neque enim[c] negotia socij gero, sed propriam rem tueor, & magis ex re[d], inquam impenditur, quam ex persona socij actio nascitur. Denique[e] ea actione pupillum teneri dicimus, vt impēdia restituat officio iudicis. Diuersa[f] causa est eius, qui

putat

putat se in rem propriam impendere, cùm sit communis. huic enim communi diuidundo iudicium competit, nec vtile dandũ est. ille enim, qui scit rẽ esse communẽ, vel aliena negotia, eo animo gerit, vt aliquem sibi obliget, & in persona labitur.

Ad l. Si quis cùm 29.

a *Si quis.* Ratio dubitandi & decid. eadem quę ad *l. in hoc 14. §. 1. sup. hoc tit.* Est enim vtraq; lex Pauli quasi ex variis libris sumptę, & habet eandẽ sententiã. Nimirũ interesse plurimũ, an vnus ex sociis impendat in rem communem quã putet suam esse propriam. An verò quasi in rem cõmunem eũ Meuio quam cum Titio communem habebat. Vt priore casu nulla detur actio Cõmuni diuidundo, nec directa, nec vtilis ad repetitionem impensarũ, sed tantũm retentio, quia is qui impensam fecit, neminem sibi obligare voluit. Posteriore verò casu detur iudiciũ Communi diuidundo, non quidem directum, cùm in persona erraueris, sed tamẽ vtile, quoniam habuit animum sibi socium obligandi. Nam & idem dicendum esset si sciuisset tãtùm rem esse communem, ignorasset autem penitus cum quo socio, nec de Meuio magis quàm de Titio quicquam suspicaretur.

b *Hoc enim est.* Sensus est acsi scriptum esset, *nam & idem obtinet* quoties socius impensam facit in rem quam scit esse communem, sed tamen nescit omnino cum quo sit cõmunis, nec magis putat communẽ esse cum Meuio, quàm cum Titio: Qui casus longè dubitabilior est, quàm superior, in quo socius scit rẽ esse communem, & putat esse communem cum Meuio, sed in persona labitur. In vtroque tamen casu socius impendit in rem communem & quidem tanquam in communem, vt interpretatur Accurs. sed tamẽ vt propriã suam vtilitatem curet principaliter. Socij autem non nisi per consequentias. Nõ enim esset impensurus propter alienam vtilitatem quod propter suã impendit. Et hoc est quod ait Paulus, sed obscurè, vt solet, *sed propriam rem tueor*, vt dicẽmus ad versicul. sequentem.

c *Neque enim.* Ratio hæc eo pertinet, vt intelligamus non cur actio hæc Communi diuidundo his casibus locum habeat, sed potiùs cur actio negotiorum gestorum locum habere non possit. Quia, inquit Paulus, non negotia socij gero, sed propria rem tueor, id est, non animo negotia gerendi alięna impensam feci. Quo casu repetenda esset per actionem negotiorum gestorum, sed propriæ rei tuendæ gratia, quam tamen sciebam esse communem. Hoc enim addendum necessariò est, ne alioqui hęc ratio probet non minùs actionem Cõmuni diuidũdo quàm negotiorum gestorum competere nullam posse, vt sequitur in textu. Non enim Communi diuidundo agere potest is qui in rem verè suam propriã impendit, adeoque nec qui in communem quasi in propriam *d. l. in 14. §. 1. sup.*

d *Et magis ex re.* Ratio dubitandi. Actio communi diuidundo nascitur ex quasi contractu *§ item si inter aliquos. Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* Atqui sicut contractus sine duabus personis inuicẽ contrahentibus intelligi non potest, ita neque quasi contractus sine duabus personis quasi contrahentibus. Ergo magis ex persona quàm ex re nascitur hæc actio.

Dec. Rei communio, & vtilitas illa est, quę causam dat huic actioni *l. si seruus pignori 31. sup. tit. prox. l. 3. sup. hoc t.* non persona socij aut condiuisoris. Sufficit igitur factam esse impensam à socio in rem communem quam modò sciuerit esse cõmunem, quisquis ille sit cum quo est communis. Nam & credẽdus est socius quisquis ille sit, idem facturus fuisse, vt in *l. in fundo 38. sup. de rei vindic.*

e *Denique*, id est, *& ideò.* Est enim hæc dictio apud prudentes nostros potiùs illatiua quàm interpretatiua. Ratio dubitandi. Pupillus sine authoritate tutoris non potest obligari ex pacto *l. contra 30. sup. de pact.* adeóq; nec ex cõtractu ne quidem iure naturali *l. quod pupillus 41. inf de condict. indeb. l. pupillus 59. infr. de oblig. & act.* Ergo neque ex quasi contractu.

Dec. Quoties actio ex re venit, obligari potest, & obligatur pupillus, adeó que furiosus etiam nullo tutore, vel curatore interueniente, quoniam hoc casu nec præsentia nec voluntas eius vlla requiritur *l. furiosus 46 eod. tit. de oblig. & act.* vbi dicitur actionem hanc Communi diuidũdo esse huius generis. Ergo mirum non est ex impensa per socium facta in rem, quæ sit communis cum pupillo vel furioso etiam pupillum vel furiosum obligari. Nã ex quibus causis etiam absentes & ignorantes obligantur, etiam pupilli & furiosi obligari possunt, Cùm neq; pupillaris ętas, neq; furor possit eorum cõdicionem meliorem facere quàm vt pro absentibus & ignorantibus habeantur *leg. vbi non voce 124. in fin. de reg. iur. l. filiusfamilias 16. § 1. infr. quemad. testam. facer. poss.*

f *Diuersa.* Ratio dubitãdi. Hæc actio ex re ipsa venit, non ex persona socij. vt modò diximus, ex *d. l. furiosus 46. de oblig. & action.* Ergo etiamsi quis impẽsam fecerit in rem communem, tanquam in suam propriam, non eò minùs obligat socium, cùm res ipsa communis melior facta sit.

Dec. Nemo ignorans aut inuitus aliũ sibi obligat, Cùm obligationes omnes ad hoc comparatæ sint, vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l. stipulatio ista 38 §. alteri. infr. de verb. oblig.* nec debent actus operari vltra intentionem agentium *leg. si ego 18. & seq. inf de reb. credit.* Ergo qui non habuit animum obligandi alium sibi, non potuit eum obligare, licèt in rem communem aliquid vtiliter impenderit. Quod summoperè notandum est pro confirmatione emendationis quam attulimus ad *d. l. in hoc iudicium 14. § 1. supr. hoc tit.* iunge *l. si quis putans 6 in princ. supr.*

g *Vel aliena negotia.* Ponenda est hîc virgula vt perfectus sit sensus, Eum qui rem communem & negotia aliena esse scit, eo animo gerere vt alium sibi obliget, nec in eo labitur, sed in persona tantùm. Quæ res non impedit actionem negotiorum gestorum *l. 5. l. quæ vtiliter 45. § vlt. sup. de negot. gest.* sicut nec actionem iniuriarum impediret si quis vni iniuriam intulisset quam putasset ac voluisset inferre alteri *l. tam qui 18 §. si iniuria. infr. de iniur.* licet aliud sit in specie *l. 4. eod. tit.* quoniam ibi non erat animus inferendæ cuiquam iniuriæ, sed tantùm puniendi serui & castigandi licitè ac iure non iniuria.

1 ¶Pomponius [a] scripsit, posci iudicem posse à quolibet sociorum, sed, etiam si vnus ex sociis mutus erit, rectè cum eo communi diuidundo agi.

Ad §.1. Pomponius.

a *Pomponius.* Ratio dubitandi. Actoris est poscere iudicem & formulam. Nec enim solet Prętor iudicem dare & formulam dictare nisi petenti, vt nec aliter officium suum impertiri *l. 4. §. hoc autem iudicium inf. de damn. infect. l. vlt. inf. de separat.* Atqui in hoc iudicio vterque actor est & vterque reus *l. 2. §. 1. sup.* Ergo debet vterque iudicem poscere, quod tamen mutus facere non potest.

Dec. Quod potest fieri aliquo etiam inuito aut ignorante, multò magis fieri potest eo tacente *l. qui potest 26 de reg. iur. l. cùm pater 77. §. surdo. de legat. 2.* non ergo eò magis prohibendus est vnus ex sociis poscere iudicem Communi diuidundo, quòd socium habeat mutum. Non enim cogendus est inuitus manere in communione *l. vlt. Cod. hoc tit.* nec debet ipsi captiosum esse infortunium socij, & condiuisoris, quomodo de pupilli ætate & ignorantia scribit Iureconsul. in *l. 3. in princ. quib. ex caus. in poss. eat. l. quod autem 6. §. si quid cum pupillo quæ in fraud. cred.* Præsertim cùm tantò incommodius sit habere socium mutum, adeòque aliquando longè periculosius, quantum ad metum rixarum. Solent enim huius generis homines si quando irascantur, quod verbis nō possunt factis & rebus exprimere, adeoque citiùs, faciliùs & ardentiùs excandescere, quod habeant suspecta omnia qui se ab omnibus propter infortunium putant negligi, decipi & irrideri, quos nec blando vllo sermone possis placare, quo tamen & ipsæ interdum feræ bestiæ placantur. Iunge *leg. etsi non omnes 8. supr. hoc tit. l. arborum 43. sup. tit. prox.* & sanè generale hoc est iudiciorum omnium, vt reddantur in inuitum *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. obl. l. solemus 61. sup. de iudic.* Excipe tamen casum *l. arbor 19. §. 1. sup. hoc tit.*

30. SCÆVOLA lib. 1. Responsorum.

COmmuni [a] diuidundo iudicio rectè agi, siue neuter possideat, siue alter sociorum fundum non possideat.

Ad l. Communi 30.

a *Communi.* Ratio dubitandi & dec. eadem quæ ad *l. heredes 25. §. quantum verò 2. sup. tit. prox.* Est enim eadem vtriusq; loci sententia & eadē hac parte, vt in cæteris ferè omnibus ratio vtriusque iudicij Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, itemq; ne Finium regundorum. Quę tria sont iudicia diuisoria, in quibus scilicet agitur de diuisione non possessionis, sed dominij *l. 4. in princ. & §. 1 sup. hoc tit.* Ideoque dantur inter socios & condiuisores, siue neuter possideat, siue alteruter tantùm, neque id propter præstationes personales, tantùm, vt malè putat Accursius, sed etiam propter ipsius diuisionē dominij quod nihil habet commune cum possessione *l. naturaliter 12. §. nihil cōmune. inf. de acq. poss.* non enim transfertur hoc casu dominium per mediam possessionem, vt cùm transfertur per traditionem, quia nimirum transfertur per adiudicationem sola potestate legis 12. tab. & adiudicationis. Quę vera & germana ratio & sententia est huius legis.

31. PAVLVS libro 15. Responsorum.

BIna mancipia [a], quæ ex hereditate paterna, iussu prætoris, pupillis, ministerij causa, reseruata essent, diuersa non videri, sed omnium communia permansisse.

Ad l. Bina mancipia 31.

a *Bina mancipia.* Ratio dubitandi. Iudex familiæ erciscundæ nihil indiuisum debet relinquere, quia non nisi semel iudicio familiæ erciscundæ agi potest inter coheredes *l. si filia 20. §. familiæ. l. heredes 25. §. iudex. supr. tit. prox.* Atqui tractat Paulus in hac lege de diuisione paternę hereditatis, & consequenter de iudicio Familiæ erciscundæ, & de iudice qui omnia bona paterna inter liberos diuiserit, exceptis binis mancipiis, quæ pupillis ministerij causa reseruauit iussu præsidis. Ergo vt iudex officio suo bene functus dici possit, dicendum est illa quoque bina mancipia diuisa fuisse & singulis pupillis adiudicata, quorū ministeriis sunt assignata, ne quid indiuisum manserit.

Dec. Quod ex bonis communibus diuisum non reperitur, necesse est vt maneat commune. Quod enim non est immutatum cur stare prohibeatur *l. præcipimus 32. C. de appellat.* Atqui ponimus à generali diuisione hereditatis paternæ excepta fuisse ac reseruata bina illa mancipia, & quidem iussu Præsidis cuius voluntatem & imperium sequi arbiter debuit, nec potuit diuidere quod Pręses indiuisum manere iusserat. Ergo fatendum est mansisse illa communia. Ac proinde per hoc iudicium Communi diuidundo esse diuidēda si quando accidat, vt in eorum communione permanere fratres nolint. Hoc enim addendum & supplendum est, vt sententia huius legis ad hunc titulum pertineat, quæ alioqui pertineret ad superiorem *Titul. famil. erciscund.*

AD EX-

AD EXHIBENDVM.

TIT. IIII.

1. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

HÆc actio [a] perquàm necessaria est: & vis eius in vsu cottidiano est: & maximè propter vindicationes inducta est.

Ad l Hæc actio 1.

a *Hæc actio.* Ratio dubitandi. Competit hæc actio Ad exhibendum ex variis causis extra vindicationem, puta si quis velit etiam noxali agere aut experiri interdicto aliquo, Aut deniqne si ex alia qualibet honesta causa intersit etiamsi vindicationem non habeat *l.3 §.1.& seqq.& §.sciendum.inf. hoc tit.l.3. inf.de pignorat.act.* Ideoque is qui hac actione agit non cogitur probare se dominum quomodo is qui agit directa rei vindicatione *dict.§.1.* Iunct. *l. in rem 23.sup.de rei vindic.l.vlt.C.eod.* Ergo non magis propter vindicationes, quàm propter alias plerasque causas introducta est.

Dec. Non ait Vlp. absolutè introductũ esse propter vindicationes, sed *maximè* ne aliæ quoque exhibendi causa excludantur. Ideò autem propter vindicationes maximè introducta fuit, quoniá verba vindicationis sollennia illa erant *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio*, ac proinde non poterat vindicari res nisi quæ præsens esset, ac digito per illud pronomen demonstratiuum indicari posset *l. eius rei 46.& seq.supr.eod.tit.de rei vindic.* Itaque nullo modo fieri poterat vt dominus rem suam vindicaret etiam ab iniusto possessore si non priùs exhibita res esset. Sicuti nec possunt ex interdicto duci liberi, nisi postquàm sunt exhibiti *l.3.§.1.& pass. de liber. exhibend. & ducend.* cùm exhibere nihil aliud sit quàm potestatem in publico facere, vt ei qui agat experiundi sit copia *l.prox.infr.* Vnde est quod ad rem mobilem petendam datus procurator etiam ad exhibendum agere potest tanquam in necessarium antecedens *l.ad rem mobilem 56.* vbi dixi *supr. de procurat.* Cæterùm differentia in eo est inter vindicationem & actionem Ad exhibendum quod vindicari possunt etiam res immobiles. Actio autem ad exhibendum non nisi pro rebus mobilib. comparata est, quia celari facilè & occultari possunt, Immobiles non item. Mirum igitur non est quod hîc ait Vlp. hanc actionem perquàm esse necessariam & vim eius in vsu quotidianam esse. Aliquando tamen etiam necessaria est, vt pro gẽma inclusa auro alieno etiamsi non sit occultata. Aliquando verò nec competit vt pro tigno iuncto, sed speciali in eam rem actione opus est quę dicitur de tigno iuncto *l.gemma 6.inf.hoc tit.* Cæterùm noli cum Accursio putare hanc actionem simul proponi cũ vindicatione aut alia actione quasi de exhibitione quæratur incidenter tantùm, & per viam interrogationis præambulæ, arg.*l.1.& l. de ætate 11. §.si cùm esset.inf.de interrog.* Est enim actio hæc per se ac separatim proponenda vt alia actio quælibet per se subsistens tùm quoque cùm alterius actionis præparatoria est *leg.3.§.est autem.l.Iulianus 9.§. quantum autem.infr.*

2. PAVLVS libro 21. ad Edictum.

EXhibere [a] est facere in publico [b] potestatem, vt ei, qui agat, experiundi sit copia.

Ad l Exhibere 2.

a *Exhibere.* Definitio est huius verbi *exhibere*, vt intelligamus, quænam sit vis & potestas huius actionis Ad exhibendum.

b *In publico*, id est in iure, & apud magistratũ, quia & vindicationes fiunt in iure, & vocatio fit in ius, id est, ad Prætorem aliúmve Magistratum, qui iuris dicundi potestatem habeat. Dicitur enim fieri publicè quod fit coram magistratu *l.1.§. in publicum de fera. fugit.* cùm magistratus constituant partem iuris publici *l.1.§.in publicum.sup.de instit. & iur.* Iunge *l.3.§.quid sit exhibere.de tabul.exhib.l.3.§.ait Prætor.de homin.lib.exhib.l.22.l. vlt.de verb. sign.dict.l. Iulianus 9.§. quantum & l.Celsus.§ item Celsus.inf. hoc tit.*

3. VLPIANVS lib. 24. ad Edictum.

IN hac actione [a] actor omnia nosse debet, & dicere argumenta rei, de qua agitur.

Ad l. In hac actione 3.

a *In hac actione.* Ratio dubitandi. Qui rem habet penes se non potest ignorare quęnam & qualis res sit, nec proinde indiget vt magis certioretur, cùm iam sit certus, arg.*l.1.sup.de edend.l.1.inst.de action.emp.* Atqui actio Ad exhibendum non datur nisi contra possidentem *§.vlt.huius legis.*

Dec. Intentio agentis Ad exhibendum ex eo cõstat, quòd reus possidet rem quam actor petere vult *d.§.vlt.* Ergo vt hoc ipsum sciatur an possideat, necesse est actorem omnia nosse & dicere argumenta eius rei de qua agitur, vt possit reus instrui an rem illam possideat nécne. Nihil enim vetat reũ & rem aliquam habere, etiam quæ sit actoris, & tamen eam non habere, de qua agitur. Iunge *§.si quis noxali.inf.* Idem seruatur circa actionem in rem *l.si in rem 6.sup.de rei vindic.* vbi diximus.

1 ¶Qui ad exhibendum [a] agit, non vtique dominum se dicit, nec debet ostendere: cùm multæ sint causæ ad exhibendum agendi.

Ad §.1. Qui ad exhibendum.

a *Qui ad exhibendum.* Ratio dubitãdi. Hæc actio Ad exhibendum introducta est maximè propter vindicationes *l.1. sup.* Qui autem vindicat, cogitur ante omnia probare rem esse suam *l. in rem 23. & pass. supr. de rei vindic. l. Quintus 25. §. argento. de aur. & argent. legat. §. commodum. Inst. de interd.*

Dec. Multę sunt aliæ causæ agendi ad exhibendũ etiamsi quis vindicare vel nolit, vel non possit, vt in variis casibus qui in sequentibus §§. proponuntur. Non ergo necessaria est agenti probatio dominij, sed probare tantùm debet sua interesse ex honesta causa *§. sciendum & sequ. & l. pen. inf.* Facilius autẽ est vt quis probet sua interesse quàm vt probet se dominum *d. § commodum.* Excipe tamen casum *§. interdum inf.* non quasi speciale sit in charta, vt putat Accursius: Sed quia generale est vt quo casu actio ad exhibendum non potest proponi nisi tanquam præparatoria alterius actionis si alteri actioni locus esse nequeat, nec ad exhibendum agi possit, vt in specie illius §.

2 ¶Præterea[a] in hac actione notandum est, quòd reus contumax per in litem iusiurandum petitoris damnari possit ei, iudice quantitatem taxante[b].

Ad §.2. Præterea.

a *Præterea.* Ratio dubitandi. Non potest iurari in litem nisi cùm agitur de dominio ne dominus inuitus re sua carere cogatur & eam iusto precio vendere *l. nec quasi 70. sup. de rei vindic. l. 1. & l. tutor 8. inf. de in lit. iur. l. si filiofamilias 25. §. maritum. inf. solut. matrim. l. non eum 9. inf. rer. amot.* Arqui actio Ad exhibendum etsi maximè propter vindicationes introducta est *l.1. supr.* tamen ea aliis plerisque causis locum habet *§. prox. supr.* Ergo non semper & generaliter verum est in hac actione iurari in litem.

Dec. Distinguendum sanè est ex qua causa competat hæc actio, id est, ex qua causa intersit agentis An iure dominij, an ex alia, vt de actione furti distinguit Papinianus in *l. si vendid. re 80. infr. de furt.* si iure dominij quis agat, quasi vindicaturus, admitti debet ad iusiurandum in litem. Et ad hunc casum restringi debet sententia huius §. Extra hanc causam non iuratur in litem, id est, quoties interest ratione pecunię, quia pro pecunia etiam quam actor suam dicat numquam iuratur in litem, cùm certã habeat semper æstimationem *l.3. infr. de in lit. iur. l. 3. de eo quod cert. loc.* nec quod actio hæc sit semper arbitraria *§. præterea. Instit. de action.* facere potest vt in ea semper debeat iurari in litem. Est enim arbitraria ideò quòd semper in ea præcedit arbitrium de re exhibenda. Et ni arbitrio pareatur condemnatio fit ex bono & æquo in id quod interest. Sed non idcirco iuratur in ea semper in litem, sed eo demũ casu quo in litem iurari posset in actione principali cuius hæc præparatoria est. Et ita debet accipi quod scriptum est in *leg. in actionibus 5. inf. De in lit. iur.*

b *Iudice quantitatem taxante.* Ratio dubitandi. Nunquam iuratur in litem nisi interueniente dolo aut lata culpa *d. l. in actionibus 5. infr. de in lit. iur.* Arqui is qui in dolo est vel in lata culpa dignus est contra quem iurari debeat in infinitum sine vlla taxatione *l. qui restituere 68. sup. de rei vindic.*

Dec. Ita sanè est ex ratione iuris. Sed Triboniano tamen aliter visum fuit qui hac parte vt in aliis plerisque Iurisprudentiam veterem corrupit, & sub Vlpiani nomine constituit in *l. iurare 4. infr. de in lit. iur. & in l. arbitrio 18. vers. sed officio. supr. de dolo.* vt permittatur iudici taxare quantitatem ad quam vsque iuretur. Eo que iure vtimur.

3 ¶Est autem[a] personalis hæc actio: & ei competit[b], qui in rem acturus est qualicumque in rem actione: etiam pigneratitia[c] Seruiana, siue hypothecaria, quæ creditoribus competunt.

Ad §.3. Est autem.

a *Est autem.* Ratio dubitandi. Actio ad exhibẽdum in rem potiùs quàm in personam scripta videtur, Cùm in ea agatur de exhibenda re de qua experiri posteà quis velit *l.2. supr.* Vnde fit vt actor debeat nosse & dicere omnia rei argumẽta quibus instrui possit reus an rem illam possideat *§.1. sup. & §. si quis noxali. infr. hac lege.* Ergo personalis non est, sed potiùs realis, quasi per quam non tam persona quàm res ipsa conueniatur, vt in *l. denique 19. infr. de iur. fisc.* Aut ponẽda erit hæc actio inter eas actiones quas nostri mixtas vulgò appellant quòd sint & in rem & in personam simul, de quibus in *§. quadam. Instit. de action.* Quamquam vix est qua ratione possit dici vllomodo in personam.

Dec. Est quidem actio hęc scripta in rem, quia nõ datur nisi contra possessorem *§. vlt. infr.* sed directa in personam. Per quam scilicet intenditur aduersarium aliquid facere oportere *§. appellamus. Instit. de action.* Id est exhibere, nasciturque non ex contractu quidem, vel quasi, sed ea variis causarum figuris *l. 1. infr. de oblig. & act.* Æstimatur autem actio quęlibet an personalis sit, an in rem ex directione, non ea eo quòd scripta sit in rem, aut in personam, Sic diemus petitionem hereditatis esse in rem licèt habeat præstationes plerasque personales *l. sed etsi 25. § antep. sup. de hered. petit. l. hereditatis 7. C. eod.* Vnde potest ita dici mixta *dict. l. hereditatis.* Sed specialis actio mixta eo sensu quòd & in rem sit & simul in personam nulla est, vt scripsi *lib. 20. Coniectur. cap. 10.* At sunt pleræque actiones personales in rem scriptæ, quas hîc refert Accursius, Vt actio, inquit, *quod met. caus. l. metum 9. §. cùm autem. ill. tit. De tign. iunct.* noxales, itemque interdictum Quod vi aut clam De eo quod factum est in loco publico, & *quor. legator.* de quibus vide Accurs. & de interdictis personalibus quæ dantur successori rei.

b *Et ei competit*, sed non soli, vt in sequentibus §§. dicetur. Intellige autem semper de re mobili, vt dixi ad *l. 1. supr.*

c *Etiam pigneratitia.* Id est, quæ competit de pignore, quam prudentes nostri solent *quasi Seruianam* appellare, & quæ ab hypothecaria differt quomodo pignus ab hypotheca *l. si rem 9. § propriè. infr. De pignor. act. l. 5. §. 1. inf. de pignor.* A Seruiana autem quoniam est illa de rebus tantùm coloni pro pensione

tacitè

tacitè obligatis, Quasi Seruiana verò de cæteris pignoribus, siue expressis, siue tacitis. Quod miror perceptum ab iis non fuisse qui hunc locum intelligunt de actione pigneratitia personali quæ debitori competit aduersus creditorem soluto pignore, De qua in *Tit. De pignorat. act. D. & C. & l. vlt. C. de distract. pign.* Sunt enim apposita tria hæc exempla actionum in rem, ad explicandum quod in præcedentib. scriptum erat *qualecumque in rem actione.* Idq; probant euidentissimè illa etiam quæ sequuntur *qua creditoribus competunt* ad exclusionem pigneratitiæ quæ competit debitori, vt & in §. *Pomponius* 12. *inf. hac lege.* Denique pigneratitiæ actionis nomen apud prudentes nostros est æquiuocum, quia nomen accepit à pignore. Et competit creditori quatenus est de pignore dato. Debitori autem quatenus est de pignore soluto. Ergo aliter atque aliter interpretanda est secundum subiectam materiam. Cæterùm falsum est in actione pigneratitia personali quæ datur debitori quod debitor qui ea acturus est possit agere Ad exhibendū. Non nego posse debitorem Ad exhibendum agere contra creditorem. Sed tanquā dominum non tanquam debitorem qui pignus dederit, Et tāquam actorem vindicatione nō illa pigneratitia. Quare nec possis locū hunc intelligere de pigneratitia contraria, quamuis competat illa creditori. Non enim ideò magis in rem est quàm directa. Accurs. quoq; ita explicat.

4 ¶Sed & vsumfructum [a] petituro competere ad exhibendum Pomponius ait:

Ad §. 4. Sed & vsumfructum.

a *Sed & vsumfructum.* Ratio dubitandi. Vsusfructus hoc consistit in iure, & consequenter neque exhiberi, neque tangi potest *l. 1. §. vlt. supr. de rer. diuis. l. 1. sup. de vsufruct.*

Dec. Est etiam vindicatio vsusfructus sicut & cæterarum seruitutum *tot. tit. si vsusfr. pet. & tit. si seruit. vindic.* Potest ergo actio Ad exhibendum competere pro vsufructu petendo & vindicando tāquam præparatoria vindicationis, Competit autem vt exhibeatur non ius ipsum vsusfructus, sed res scilicet mobilis in qua vsusfructus constitutus est. Est enim ius in corpore *l. 2. sup. de vsufr.*

5 ¶Sed & si quis [a] interdicturus, rem exhiberi desideret, audietur.

Ad §. 5. Sed & si quis.

a *Sed & si quis.* Ratio dubitandi. Qui potest interdicto experiri non indiget hac actione, quæ nec competit ei cui sufficiunt interdicta §. *si quis extra heredem. inf. hac leg.* Ergo non potest hæc actio dari interdicturo, ne alioqui concurrat cum interdicto.

Dec. Sunt quædam interdicta quæ competunt ad ipsam exhibitionem & hæc sunt quæ cum actione ista non possunt concurrere, qualia sunt *De tabul. exhib. & de liber. exhib.* Sed aliqua sunt quæ non possunt exerceri, nisi id necessarium antecedens exhibitates sit, pro qua interdicto postea experiundum sit. Vt puta si quis velit agere interdicto Vtrubi possidetis quod non datur nisi de rebus mobilibus, quemadmodum interdictum Vti possidetis non nisi de immobilibus *tot. titul. Vti possid. & Vtrub.* Non enim potest interdictum proponi de possessione rei mobilis si non ea exhibeatur non magis quàm si dominium vindicaretur. Est enim interdictum Vti possidetis. Itemque Vtrubi quasi vindicatio quædam possessionis. Est igitur hoc casu necessaria actio Ad exhibendum tanquam præparatoria interdicti. Et de hoc interdicto Vtrubi locus hic intelligendus est, vt bene Cuiacius notat *lib. 5. Obser. c. 23.* Nam quod pertinet ad interdictum De liberis ducendis, licèt non possint duci liberi nisi priùs fuerint exhibiti *l. 3. §. 1. infr. ult. tit. De liber. exhib. & ducend.* Ea tamen exhibitio non per hanc actionem petenda est, sed per primam partem illius interdicti *De liber. exhib. & ducend.* De qua autem exhibitione competit interdictum non competit hæc actio, vt diximus. Accursius adsert exēplum si quis interdicturus sit interdicto de precario. Nec malè. Nam interdictum illud pertinet etiam ad res mobiles *l. in rebus 4. inf. ult. tit.*

6 ¶Item si optare [a] velim seruum, vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est: ad exhibendum me agere posse constat, vt exhibitis possim vindicare [b].

Ad §. Item si optare.

a *Item si optare.* Ratio dubitandi. Is cui optio serui legata est, non ideò statim poterit vindicare serui quod exhibiti omnes fuerint. Necesse enim est, vt optio intercedat: cùm is demùm seruus vindicari possit qui optatus antè fuerit §. *plus dicit Iulianus* 10. *inf.* Aliàs qui non potest hoc casu dominium transferri recta in legatarium, quia nec ante optionem sciri potest quis seruus sit in legato *l. 5. l. si cùm optio* 14. *l. apud Aufidium* 20. *infr. de opt. legat.* Nec enim dici possent omnes serui ex quibus optio fieri debet legatos esse.

Dec. Hæc actio Ad exhibendum præparatoria est vindicationis & competit cuilibet vindicaturo *l. 1. & hac l. §. 1. supr.* Atqui is cui optio serui legata est, omnimodo vindicationem habiturus est optione facta, cùm dominium statim & continuò transferatur in legatarium qui optauit *dict. l. Aufidium.* Ergo non minùs optaturo quàm vindicaturo dati hæc actio debet si vendidero *l. 80. §. si ad exhibendum. infr. de furt. l. si tibi 8. §. vlt. de opt. legat.* cùm quisquis optaturus est, sit etiam vindicaturus, Non quasi eodem instanti fiat optio & vindicatio, sed quia eodem instanti & optio fit & ius vindicandi nascitur.

b *Vt exhibitis possim vindicare.* Legendum est *ex exhibitis* repetita syllaba ea more librarij. Florentini de dictione præcedente.

7 ¶Si quis noxali [a] iudicio experiri velit: ad exhibendum ei actio est necessaria. quid enim, si dominus quidem paratus sit defendere, actio verò destinare non possit,

nisi ex præsentibus, quia aut seruum non recognoscit, aut nomen non tenet? nonne æquum est, ei familiam exhibere, vt noxium seruum adgnoscat? quod ex causa debet fieri, ad designandum eum, cuius nomine, noxali qui agit, recensione seruorum facta.

Ad §. 7. Si quis.

a *Si quis noxali.* Ratio dubitandi. Non potest dominus esse paratus seruum defendere noxali iudicio quin sciat quis ille sit quem vult defendere. Quomodo enim posset alioqui certus esse de innocentia serui defendendi, aut de ipsius æstimatione? quorum tamen alterutrum aut potius vtrumq; necesse est vt sciat. Innocentiam si probare velit seruum non deliquisse. Æstimationem verò, si malit seruum pro noxa dedere. Ergo ei qui ex causa noxali acturus est hæc actio Ad exhibendum necessaria esse non potest.

Dec. Fieri potest vt dominus de omnium seruorum suorum & innocẽtia & valore bene certus & conscius paratus sit quemlibet ipsorum defendere quisquis ille sit: Quo tamen casu nesciri potest quẽ defendere dominus debeat, quin sciatur de quo velit actor experiri. Prius enim est vt de actore quæratur quàm de reo. Quid ergo si acturus noxali actione non possit designare seruum, qui noxam fecit, nisi ex præsentibus? siue quòd seruum noxiũ non recognoscat, siue quòd nomen eius non teneat? Æquum sanè est totam ei familiam exhibere vt noxium seruum agnoscere & designare possit. Noxalis enim actio nulla esse potest nisi de seruo certo: & habet illa actio semper implicitam domini causam, cùm deditionem noxę sic fieri oporteat vt dominium in actorem transferri possit *leg. 1. 2. & pass. sup. de noxa. act.* quamuis etiam contra bonæ fidei possessorem, ad eũque etiam cõtra malę fidei possessorem, sed alio effectu detur *l. bona fides 11. cum duabus seqq. eod.* Est igitur hęc actio, non semper quidem, sed aliquando tamen necessaria ad noxalem actionem instituendam, & quidem siue ciuiliter agatur, siue criminaliter, vt tractat Cuiac. *lib. 10. Obser. c. 10.* Eadem enim vtroque casu iuris ratio & necessitas est, cùm ex iusta & probabili causa intersit actionis exhiberi quod sufficit ad dandam hanc actionem *§. si mecum. & l. pen. inf.* Cęterùm recensitionem seruorum hîc intellige non cum Accursio nominationem, sed potiùs enumerationem vt exhibitis seruis omnibus quotquot in familia eius sunt cuius seruus dicitur deliquisse possit actor scire de quo experiri malit.

8 ¶Si quis extra heredem[a] tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit dicendum est, per hanc actionem agendum non esse: cùm sufficiunt sibi interdicta in hanc rem competentia. & ita Pomponius.

Ad §. 8. Si quis extra heredem.

a *Si quis extra heredem.* Ratio dubitandi. Hæc actio datur omnibus quorum ex honesta causa interest, vt suprà diximus ad §. 1. *ex §. sciendum & l. pen. inf.* Atqui interest omnium quibus aliquid in testamento vel in codicillis relictum est exhiberi tabulas testamenti vel codicillorum *l. 1. & tot. tit. inf. Testament. quemadm. aper.* Nec minùs heredis quàm aliorum si fortè neget relictum esse legatum vel fideicommissum quod petitur *l. 5. §. si dies. inf. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.* Ergo eum petit hæc actio omnibus qui tabulas testamenti exhiberi desiderant si modò eorum intersit. Et consequenter heredi perinde ac cæteris.

Dec. Pro exhibitione tabularum testamenti propositum est à Prætore interdictum De tabulis exhibendis, de quo *infr. ill. titul.* Sufficere igitur debet interdictum, quod in eam rem expressim comparatum est, neque fuit danda actio prætoria ei cui aliud remedium æquè prætorium paratum erat sicut nec datur ei qui habet ciuilem *l. 1. supr. de Public. in rem act.* Excipitur tamen heres ipse, qui quoniam interdictum non habet actionem hanc habere debet: Ideò autem nõ habet heres interdictum, quoniam ad eum tabulæ testamenti pertinent iure dominij, & idcirco earum vindicatio ipsi cõpetit non minùs quàm testatori: Ei autem qui vindicare potest interdictum illud non competit, quia sufficere potest actio Ad exhibendum *l. 3. §. si ipse testator. iunct. §. solent. & sequ. infr. de tabul. exhibend. l. 3. infr. testament. quemadm. aper.* Idque est quod ait hic §. *extra heredem.*

9 ¶Sciendum est autem non solùm eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque cuius interest exhiberi. iudex igitur[a] summarim debebit cognoscere, an eius intersit: non, an eius res sit, & sic iubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.

Ad §. 9. Sciendum est.

Ratio dubitandi. Varij sunt casus in quibus potest interesse actoris exhiberi, nec tamen huic actioni locus est, Vt in exemplis de quibus in §. *si mecum. & §. interdictum. inf. hoc tit.* Non est igitur generaliter verum, quod hîc scribitur, & in *l. pen. infr.* Omnibus quorum interest exhiberi actionem hãc dandam esse. Dec. Supplendus est hic §. ex illo §. *sciendum.* & intelligendus de iis tantùm quorum interest ex honesta causa *leg. tuum interfuit 10. & seqq. infr. de furt.* Ius enim nostrum semper & in omnibus potissimam & præcipuam rationem habet honestatis *leg. semper 42. inf. de rit. nupt. l. semper 197. iunct. l. non omne 142. de reg. iur.* quia primum iuris nostri præceptum est, Honestè viuere *leg. iustitia 10. §. 1. sup. de iust. & iur.* nec tantùm honestam, sed etiam probabilem causam esse oportet *d. l. pen. infr.* neque tamen rursus generaliter verum est dari hanc actionem omnibus, quorum ex honesta & probabili causa interest in arg ad *d. §. interdum*, vbi latiùs dicam. Illud enim prætereà requiritur vt actor aliquod ius habeat in rem aut ad rem.

a *Iudex igitur.* Ratio dubitandi. In omnibus actionibus generale est vt cogatur actor plenè suam intentionem probare, Alioqui succumbere debeat si suam non impleat intentionem *l. vlt. Cod. de rei vindic.*

dic. Adeoq; licèt reus ex parte sua nihil præstiterit *l. 4. C. de edend.* Atqui hæc actio non datur nisi ei cuius interest, vt modò diximus. Ergo debet actor probare concludenter non summariè quòd sua intersit. Et consequenter de hoc ipso an intersit, plenè non summatim cognoscere iudex debet *l. iudices 9. C. de iudic.*

Dec. Cognitio summaria plerisque casibus admittitur, scilicet cùm de leni præiudicio agitur. Vt puta de præparatoriis, vt in exemplis quæ adfert à contr. ex *l. 5. §. si vel parens. de liber. agnosc. l. 3. §. causæ. De Carbon. edict. l. 1. §. si ea. de ventr. in possess. mitt. l. 3. §. 2. vt in poss. legat. l. 1. §. vltim. De prætor. stipulat. l. à Diuo Pio 15. §. si super rebus. de re iudic. l. 2. C. vbi in rem act. l. si quis liberatoris. 7. § planè. sup. de hered. petit. l. 1. de appell. recip. l. in lege 40. sup. ad legem Aquil.* Qui omnes casus specialem habent illam rationem quòd pertineant ad præparationem plenioris, aut actionis, aut executionis. Plena verò tunc necessaria est, cùm de litigatorum iure absolutè pronunciatur *d. l. 3. §. causæ cognitio. & seqq. inf. de Carbon. edict.* Ergo & in proposito summaria cognitio iudicis potest sufficere ad hoc vt sciri possit an actoris intersit, vt hoc solùm sciatur an hæc actio ei danda sit necne, Vt si absolutum sit nihil eius omnino interesse, vlterius non procedatur, sed ab obseruatione iudicij reus liberetur, si verò ambiguum sit, actor admittatur, arg. *d. §. causæ cognitio.* Sed vt possit sequi arbitrium de re exhibenda debet actor plenissimè probare sua interesse. Arbitrium enim semper subsequitur plenissimam causæ cognitionem, cùm habeat vim sententiæ, quia diffinit totam facti quæstionem *l. & ex diuerso 35. §. 1. supr. de rei vindic.* De quo plura scripsimus in postrema parte Chiliadis nostræ De error. Pragmat. Rursum si post arbitrium de re exhibenda redditum reus non pareat, ideoq; ex natura actionis arbitrariæ condemnandus sit ex bono & æquo in id omne quod actoris interest, siue æstimandum per iusiurandum in litem, siue per testes plenissima erit adhibenda causæ cognitio priusquàm ad condemnationis taxationem peruenıri possit. Non enim per iusiurandum in litem probatur interesse, sed tanti interesse, cuius probatio alioqui difficilis plerumque est, ita vt inopia probationum persæpe ad exiguam summam deducatur, inquit *l. vlt. de prætor. stipul. l. 4. in fin. C. de action. empt.* Et ita intelligi hic locus debet alioquin subobscurus. Interdum tamen solum iusiurandum actoris sufficit vt probet sua interesse *l. thesaurus 15. inf. hoc tit.* Scilicet cùm veritatis probatio pendet ex animo & opinione actoris, vt in *d. l. thesaurus.* Eius enim aut alius, aut melius quàm actor potest scire an thesaurus eius sit in fundo tuo. Iurare ergo potest non tã sua interesse q̃ se non calumniæ causa exhibitionem postulare.

10 Plus dicit Iulianus, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi. vt puta si mihi seruus legatus sit, quem Titius optasset. agam enim ad exhibendum, quia mea interest exhiberi, Titius optet, & sic vindicem: quamuis exhibitum ego optare non possim.

Ad §. 10. Plus dicit Iulianus.

Ratio dubitandi. Actio Ad exhibendum, cùm præparatoria est vindicationis, de qua sola hic §. loquitur, ei demùm solet competere qui statim atque res exhibita erit, possit eam vindicare, vt dixi ad *l. 1. sup.* Atqui in specie huius §. si mihi legatus sit seruus quem Titius optasset, etiamsi serui omnes exhibeantur, ex quibus optio facienda est, non ideò tamen potero statim quemquam ex iis vindicare. Necesse namque est vt post exhibitionem sequatur optio, quæ cùm à Titio facta fuerit, tum demùm quasi impleta legati mei condicione seruum potero vindicare, quem Titius optauerit. Ergo quousque Titius optionem fecerit, non videtur danda mihi hæc actio quasi nondum habeam ius vindicandi. Id enim est quod habet textus *qui vindicationem non habet*, vbi *non* dixit Vlpianus pro *nondum*, vt in *leg. 2. supr. si pars hered. petat.* quod significat dictio *interim*, quæ sequitur in textu.

Dec. Vt hæc actio competat, sufficit quod qui eam vult proponere possit eam rem posteà vindicare, siue mediatè, siue immediatè. Nam & cessante vindicatione, non eò minùs verum esset ipsius interesse ex iusta causa quod satis est *§. prox. supr. & infr.* Idq; significat ratio illa quæ sequitur, *quia mea interest exhiberi vt Titius optet & sic vindicem*; vt significet proximam causam dandæ mihi huius actionis in hac specie non aliam esse quàm quia interest mea, Remotiorem verò illam, quòd sim eum vindicaturus postquàm fuerit optatus à Titio, ne dubitari possit quin mea intersit ex iusta & probabili causa.

11 ¶ Si mecum [a] fuerit actum ad exhibendum: ego ob hoc, quòd conuentus sum ad exhibendum actione, agere ad exhibendum non possum: quamuis videatur interesse mea ob hoc, quòd teneor ad restituendum, sed hoc non sufficit. alioquin & qui dolo fecit, quo minùs possideret, poterit ad exhibendum agere, cùm neque vindicaturus, neque interdicturus sit: & fur, vel raptor poterit. quod nequaquam verum est. Eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam, & probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret.

Ad §. 11. Si mecum.

a *Si mecum.* Ratio dubitandi. Negari non potest quin mea intersit, vel ob hoc ipsum quod teneor ad restituendum, si ab alio prior ipse conuentus sim Ad exhibendum: Cùm actione ista non is tantùm teneatur qui possidet, sed etiam qui dolo malo desiit possidere *l. 8. si ad exhibendum. & l. sequ. 9. in prin. inf. hoc tit.* Atqui datur actio hæc omnibus quorum interest *§. secundum. supr. & l. penult. infr.* Ergo vt

hæc actio competat sufficit vt ab eo petatur qui ipse hac actione conueniatur.

Dec. Non sufficit interesse nisi etiam illud concurrat vt ex honesta causa intersit: Alioqui etiam fur & raptor huiusmodi actionem exercere possent tanquam qui actione eadem Ad exhibendum teneantur *l.2.§.1.infr. de priuat.delict.* Quod tamen esset absurdum cùm nemo ex sua improbitate actionem consequi debeat *l. itaque 12. cum duabus praced. inf de furt.* Ergo nec is qui dolo malo desiit possidere, ideoq; actione Ad exhibendum conueniri potest, actionem hanc habere debet aduersus nouum possessorem, quia non interest eius ex honesta causa, quandoquidem non alia ratione conuenitur quàm quod sit in dolo. Semper enim habenda est & in omnibus ratio honestatis propter iuris præceptum primum quod est *honestè viuere*, vt dixi ad *§.sciendum est.9 supr.* Adhibenda igitur distinctio est An ex honesta iusta & probabili causa intersit, nécne. Honestam enim aut turpem actionem facit qualitas personæ, non actionis. Sed & probabilem exhibitionis causam esse oportet neç sufficit esse honestam *d.l. pen.infr.* Iunge quæ dixi ad *§.sciendum.sup.*

12 ¶ Pomponius [a] scribit, eiusdem hominis nomine rectè plures ad exhibendum agere posse: fortè si homo primi sit, secundi in eo vsusfructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pigneratum sibi eum adfirmet omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium interest, exhiberi hominem.

Ad §.12. Pomponius:

a *Pomponius.* Ratio dubitandi. Non potest fieri vt idem homo à pluribus in solidum possideatur, non magis quàm vt in quo loco ego sto tu stare videaris *l.3.§.ex contrario.infr. de acquir possess.l.duo in solidum 19.inf.de precar.* Atqui actio Ad exhibendam non ad alium finem proponitur, quàm vt actor possessionem nanciscatur, siue sit vindicaturus, siue vsumfructum in ea petiturus, siue interdicturus Vtrubi, siue hypothecaria, quę hîc pignoratitia dicitur, acturus. Ergo si plures simul ad hanc actionem veniant tanquam acturi singuli ex supradictis causis non est permittendum vt simul admittantur.

Dec. Datur hæc actio omnibus quorum ex iusta & probabili causa interest, vt modò diximus ad §. præcedentem. Omnium autem illorum de quibus loquimur ex probabili iustaq; causa interest rem exhiberi. Ergo simul omnes admittendi sunt ad hanc actionem, in qua scilicet non de possessione agitur, sed tantùm de exhibitione, & an intersit. Relicta quæstione de possessione & dilata in aliud iudicium si volent illi posteà de possessione vel adipiscenda, vel retinenda, vel recuperanda inter se contendere. Nec tantùm iis omnibus quorum ex variis causis interest datur hæc actio, vt in specie huius §. sed etsi plures veniant qui de eadem re ex eadem causa sint acturi puta si plures concurrant qui omnes dicant rem suam esse aut sibi obligatam, eamq; exhibitam singuli sint vindicaturi aut eius vsumfructum aut possessionem, aut ius pignoris in ea constitutum, quia his omnibus vnica exhibitione satisfieri in solidum potest.

13 ¶ Ibidem subiungit [a], iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones æstimare, quas possessor obiicit: & si qua tam euidens sit, vt facilè repellat agentem, debere possessorem absolui. si obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa. de quibusdam tamen [b] exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actionem iudicat: veluti pacti conuenti, doli mali, iurisiurandi, rei quæ iudicata est.

Ad §.13. Ibidem subiungit.

a *Ibidem subiungit.* Ratio dubitandi. Hæc actio non nisi præparatoria est vindicationis aut alterius actionis post factam rei exhibitionem instituendæ *l.1.& §.prox.supr.* & est quasi summarium iudicium *§.sciendum.supr.* Ergo quamuis hæc actio sit arbitraria, non vsque adeò tamen iudicis dati arbitrio permittendum est vt admittat exceptiones, & de iis cognoscat ac pronunciet, ne videatur de principali negotio cognoscere, & de actione nondum proposita in qua iudex datus non est. Debet igitur eas in principale futurúmque iudicium differre ac reseruare.

Dec. Non omnes exceptiones sunt eiusdem generis. Aliæ enim sunt quæ altiorem requirunt indaginem, Aliæ expeditiorem tractatum habent Quæ sunt prioris generis non sunt in hoc iudicio admittendæ, sed in ordinarium rei vindicationis aut aliud iudicium differendæ *l. ordinarij 13. C. de rei vindicat* Sic *insr. de quo 13. §.si de testamento. infr.ad Treb. l.vltim.C.de compensat.* Exceptis iis de quibus in fine huius §. Quæ verò posterioris admitti possunt, & debent non in aliud iudicium reseruari, quia sunt summariæ Summarium enim iudicium nullas nisi summarias exceptiones admittit, & de quibus in promptu constare liquidò potest. Hoc enim pertinet ad æquitatem arbitrij cùm in iudiciis arbitrariis debeat iudex arbitrari tanquam vir bonus, id est ex bono & æquo *l.4.* Omnes autem exceptiones ex sola æquitate nascuntur *l.2.& pass.de dol.excep.* Et vix est vt non semper locum habere debeat vulgare illud verbum Pragmaticorum sumptum ex *l.3.infr.Vt in poss.legat.modo constat, modo agatur.* & *l.de eo quod cert.loc.*

b *De quibusdam tamen.* Ratio dubitandi. Exceptiones pacti conuenti, doli mali in actione quærenda commissi, vt Accursius explicat, non in ipsa substantia facti de quo agitur (hic enim semper vindicatur *leg.2.§.1.& §.generaliter l.procurator 11. §.1.inf. de doli mal.except.*) iurisiurandi & rei iudicatæ requirunt plerumque altiorem indaginem, cùm in facto consistant, An pactum intercesserit, an dolus, an iusiurandum, an res iudicata: Facta verò

semper

semper probanda sunt, quia non præsumuntur *l. 1. & pass. C. de probat.* Ergo hæ quoque exceptiones in principale iudicium differri debent, secundum ea quæ modò diximus.

Dec. Exceptiones peremptoriæ, quæ sunt eiusmodi, vt impediant litis ingressum, semper admittendæ sunt, & in quolibet iudicio quantumuis summario, Quoniam aliàqui non impedirent absolutè litis ingressum: siquidem etiam lis summaria, lis tamen est. Porrò exceptiones omnes quæ hic recensentur sunt huius generis. Sunt enim peremptoriæ, & impediunt litis ingressum: Supradicta igitur distinctio An exceptiones in hoc iudicio oppositæ altiorem quæstionem & inuestigationem exigant, an non, ad dilatorias tantùm exceptiones pertineat, aut ad eas quæ peremptoriæ quidem sunt, sed non impediunt litis ingressum, Cuiusmodi est exceptio præscriptionis. Itemque discussionis quoties probatur aut in confesso est non deesse bona quæ sint discutienda. *Auth. hoc si debitor. C. de pignor.* Interdum tamen iudicium tale est vt nullas admittat exceptiones, vt de interdicto Quod vi aut clam scriptum est in *l. 1. §. denique. infr. Quod vi aut clam.* quod tamen verumne sit aut quomodò accipiendum scripsimus in *Chiliade de error. Pragm.*

14 ¶ Interdum [a] æquitas exhibitionis efficit, vt, quamuis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, vt Iulianus tractat. Seruus (inquit) vxoris meæ rationes meas conscripsit: hæ rationes à te possidentur, desidero eas exhiberi, ait Iulianus, si quidem mea charta scriptæ sint, locum esse huic actioni, quia & vindicare eas possum [b]. nam, cùm charta mea sit, & quod scriptum est, meum est. sed si charta mea non fuit, quia vindicare [c] non possum, nec ad exhibendum experiri. in factum igitur mihi actionem competere.

Ad §. 14 Interdum.

a *Interdum.* Ratio dubitandi. Actio Ad exhibendum non datur nisi ei, qui posteà rem exhibitam sit vindicaturus, aut per actionem de vsufructu vel hypothecariam aut per interdictum petiturus. *hac ipsa l. 3. §. 1 & seqq. & §. Pomponius. supr.* Atqui in hac specie, cùm seruus vxoris meæ rationes meas conscripsit quæ à te possidentur, nec vindicare illas à te possum, nec hypothecaria vel interdicto, aut alia denique actione vlla contra te experiri, Ergo actionem Ad exhibendum contra te habere non possum.

Dec. Tanta est æquitas quæ induxit necessitatem exhibitionis, vt latiùs pateat, quàm actio ipsa Ad exhibendum: Proinde si quando deficit actio Ad exhibendum quòd non intersit actoris ex vlla earum causarum ex quibus suprà diximus actionē hanc dari debere, non eò minùs tamen actori subueniendum est vt res exhibeatur si modò non deficiat æquitas quæ subueniendum ei suadeat: quod contingit quoties apparet ex honesta & iusta causa interesse actoris rem exhiberi, licèt neque vindicaturi, neque interdicto vti Vtrubi, neque aut de vsufructu vel hypothecaria acturi. In proposita autem specie sicuti certum est non posse me chartas vindicare in quibus seruus vxoris meæ rationes meas conscripsit (nec enim sunt meæ, sed vxoris cuius & seruus est) adeoq; nec eas quoq; codicem cùm nunquam fuerint meæ *l. vidcamus 38. in princ. infr. de vsur.* (quamuis nemo ob id solùm quòd condicturus est agere ad exhibendum possit, Nec interdicto Vtrubi quòd earum possessio semper fuerit penes vxorem quæ possedit corpore serui sui. Nec pignoratitia, id est, hypothecaria. (non enim bona vxoris meæ sunt mihi obligata pro rationibus quas seruus eius conscripsit) Nec deniq; iure vsusfructus, quià ad maritum non pertinent fructus bonorum vxoris nisi dotalium, & quidem iure dotis non iure vsusfructus. Ita negari non potest quin mea intersit chartas illas exhibere mihi cuius rationes in iis cōtinentur, & cuius mandato ac nomine conscriptæ sunt. Alioqui earum editio peti non posset *l. 1. C. de edend.* Danda igitur mihi est actio aliqua ad hoc vt exhibeantur. Neq; tamen actio Ad exhibendum directa quippe quæ non competit alij quàm qui ius habeat in re aut in rem; quomodo habet is cuius interest ex aliqua earum causarum quas retulimus; nec vtilis quæ nulla est *l. cùm seruus. infr. hoc tit.* sed subsidiaria quæ *in factum* appellatur, cui solet esse locus in subsidium deficientibus directis & vtilibus omnibus, & ex sola æquitate, vt in *l. 2. §. item Varus de aqua & aquæ pluu. arcend l. 1. & seqq. l quia actionum 11. & 21. infr. de præsc. verb.* Competit autem hæc actio in factum ad indemnitatem non ad exhibitionem *l. heres 63. de legat. 2.* Igitur quod diximus ad *§. sciendum. supr.* dari hanc actionem omnibus quorum ex honesta & probabili causa interest non omnino generaliter verum est, *§. Marcellus. inf.* Debétque ciuiliter intelligi *l. inter. inf.* Aliud est si rationes in charta mea scriptæ sint, vt sequitur in textu.

b *Vindicare eas possum.* Ratio dubitandi. Licèt rationes quæ in charta mea scriptæ sunt meæ sint, tam dominij quàm vtilitatis ratione, Cùm tamen à seruo vxoris meæ scriptæ sint, etiam ad vxorem meam aliqua ex parte pertinere videntur, Cui & chartæ retentio potest competere quousque operæ seruilis precium sit solutum. Alioquin doli exceptio ei competit *l. qua ratione 9. §. litera infr. de acquir. rer. dom. §. litera. Instit. de rer. diuis.* Ergo non est mihi danda actio Ad exhibendum contra tertium possessorem, nisi consentiente vxore aut quousque precium operæ solutum sit.

Dec. Literæ quamuis anteà semper cedunt chartæ tanquam quæ accessionis locum obtineant. Sæpe enim cedit accessorium & sine quo esse non potest *l. in rem 23. §. 1. vbi dixi supr. de rei vindic.* Ergo qui dominus est chartæ, dominus etiam est omnium quæ in charta continentur, & consequenter vindicare chartam potest, ac proinde etiam agere Ad exhibendum. Nec quod aliquo casu possit maritus repelli exceptione doli, puta si vxori non offerat precium scripturæ, potest impedire actionem Ad exhibendum, quia nec facit quin competat vindicatio, Præter id quod talis exceptio est de iure tertij, nec exclusiua iuris agentis, Quæ proinde non competit tertio possessori cui nec illa competeret quæ ita demùm duntaxat esset exclusiua iuris agentis si tertius vellet *l. bona fides 31. vers. quod si ego. inf. deposit. l. 2. infr. de exception. rei iudic.*

c *Quia vindicare.* Ratio dubitandi. Competit actio Ad exhibendum etiam ex alijs multis causis extra causam vindicationis, vt diximus ad §.1. *& seqq. huius legis suprà*. Ergo non est bona hæc ratio.

Dec. Bona ratio est dummodò bene intelligatur, nec tamen ad chartam solam restringenda est, vt malè putat Accursius. Nam cùm de alijs causis ex quibus dari solet hæc actio, dubitari non posset quin nullus his locus esse posset, sed de sola vindicatione probabilius dubitaretur, De vindicatione duntaxat tractandum fuit, quæ sola maximè competere posse videbatur quasi non nisi vindicationis posteà instituendæ prætextu exhibitio hæc postulati videretur. Et sanè cùm hæc actio sit in rem scripta quamuis in personam directa, non alij potest competere quàm qui ius habeat in re aut ad rem, quale nullum certè habet is cuius nomine ac mandato rationes in aliena charta scriptæ sunt. Atque ita omnino temperandum & restringendum est quod nimis generaliter ait Vlpianus, Ad exhibendum agere posse omnes quorum ex honesta & probabili causa interest, Nempe si præterea illud concurrat vt ius aliquod habeant in rem, aut ad rem. Vnde est quod nullo iuris loco scriptum videas dari actionem hanc condictuo, quia condictiones omnes non tantùm directæ sunt, sed etiam scriptæ in personam. De charta in qua scriptum sit testamentum alius tractatus est, de quo scripsimus ad §. *si quis extra heredem* 8. *suprà*.

15 ¶ Sciendum est [a], aduersus possessorem hac actione agendum: non solùm cum, qui ciuiliter, sed & eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem [b] qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Ad §. vlt. Sciendum est.

a *Sciendum est* Ratio dubitandi. Etiam is qui nullomodo possideret, neque ciuiliter, neque naturaliter potest habere facultatem exhibendi, & consequẽter teneri Ad exhibendum, vt in specie *l. Celsus* 5. §. 1. *vers. inde Iulian. inf. h. t.* Ergo non illud inspiciendum est, cùm de huiusmodi actione danda quæritur an reus possideat, siue ciuiliter, siue naturaliter, aut quod effectu idem est, an dolo desierit possidere, sed illud tantùm an habeat facultatem exhibendi.

Dec. Non est hic sensus huius §. vt non alius hac teneatur actione quàm qui possidet, & quidem naturaliter, Sed affirmatiuè, vt qui possidet teneatur dummodo non ciuiliter tantùm possideat, sed etiam naturaliter, id est, ita vt corporaliter incumbat possessioni: Quæ res non excludit alios qui nõ possident, quominus eadem actione teneantur, si modò rei exhibendæ habeant facultatem. Ideò autem excluduntur ij qui ciuiliter tantùm possident non etiam naturaliter, quod non possint exhibere rem cuius possessionem corporalem ipsi non habent. Sic dicimus vindicatione, cuius hæc actio præparatoria est teneri omnes qui habent facultatem rei restituendæ etiamsi non possideant ciuiliter, Quamuis aliter Pegasus putaret qui ciuilem & propriè dictam possessionem exigebat qualis requiritur in interdicto Vti possidetis, Cuius sententiam refert & improbat Vlp. in *l. officium* 9 *supr. de rei vind.* vbi dixi.

b *Denique creditorem.* Ratio dubitandi. Creditor qui pignori rem accepit, non tantùm naturaliter possidet, sed etiam ciuiliter, cùm ad suam vtilitatẽ pignus teneat quantum ad omnia prætertim quantũ ad hoc vt faciat fructus suos quamuis posteà in sortem imputandos *l. 1. 2. & pass. C. de pignor. act.* sola excepta causa vsucapionis *l. seruus* 16. *infr. de vsucap.* Itaq; competit huic creditori pignoratitio interdictum Vti possidetis, quod tamen non competit cæteris creditoribus pignus duntaxat prætorium habentibus *l. 3. §. creditores. infr. Vti possid.*

Dec. Possidere propriè & ciuiliter nihil aliud est quàm sibi & animo domini iusteq; rem habere, vt Theophilus diffinit in *Instit. Tit. de libertin.* At creditor etiam qui rem accepit pignori non habet rem sibi & animo domini, sed potiùs habet eam debitori cuius scit eam esse: ideoq; nec vsucapit *l. pignori* 13. *infr. de vsucap.* Ergo non possidet ciuiliter & propriè, sed tantùm naturaliter, & impropriè. Nam nec propriè sumptum nomen possessionis naturalis quatenus ciuili possessioni opponitur non alijs conuenit quàm qui sibi & animo domini possidet, sed iniustè & contra ius ciuile vt fures & prædones. Impropriè tamen vt hoc loco naturaliter possidere dicuntur qui rem detinent etiam non animo domini & asinina, vt loquuntur, detentatione. In quo numero sunt illi, de quibus in *l. seq.* Ac proinde bona est hæc illatio ex eo quod proximè dictum est Teneri actione Ad exhibendum eos demùm possessores qui possident naturaliter, quamuis non ciuiliter, quia nec alij habent exhibendi facultatem.

4. POMPONIVS libro 6. ad Sabinum.

NAm & cum eo [a] apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest.

Ad l. Nam & cum eo 4.

a *Nam & cum eo.* Ratio dubitandi. Depositarius & commodatarius nullomodo possident cùm rem sibi non habeant, sed tantùm sint in possessione *l. certè* 6. § *is qui rogauit. inf. de precar l. si quis ante* 10. *inf. de acquir. poss. l. rei commodata* 8. *infr. commod. l. licet* 57. 1. *de poss.* In eoq; minus iuris habent quàm creditor pignoratitius, de quo proximè diximus ex *l. serui* 16. *infr. de vsucap.* Ergo non est bona hæc illatio ex eo quod scriptum fuit in §. *vlt. leg. praced.* Actionem ad exhibendum dari contra possidentem.

Dec. Et depositarius & commodatarius propriè quidem non possident, nec naturaliter nec ciuiliter, quia sibi non habent, sed tamen de facto incumbunt possessioni, & ideò dicuntur interdum etiam naturaliter possidere, vt in *l. communis* 7. § *neque colonus* vbi dixi *sup.* Deniq; habent rei exhibendę facultatem, quod sufficit vt actione teneantur *l. prox. inf.* Est autem tantò melior hæc illatio, quãtò minus possident depositarius, & commodatarius, quam creditor pignoratitius. Nam si cum istis agi potest ad exhibendum, quamuis nullomodo possideant ciuiliter nec propriè naturaliter. Quantò

magis

magis agi poterit cum creditore pignoratitio qui non tantùm naturaliter possidet, sed etiam ciuiliter quod ad omnia præterquàm quod ad causam vsucapionis *d. l. serui nomine 16. inf. de vsucap.*

5. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

Celsus scribit [a]: Si quis merces, quas euehendas conduxit, in horreo posuit: cum conductore ad exhibendum agi potest. item: si mortuo conductore [b] heres exiſtat, cum herede agendum. sed si nemo heres sit [c], cum horreario agendum. nam si à nullo (inquit) possidentur: verum est, aut horrearium possidere, aut certè ille est, qui possit exhibere. Idem ait [e]: Quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet: quæ species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum actione teneri.

Ad l. Celsus scribit 5.

a *Celsus scribit.* Ratio dubitandi. Cùm quis merces quas exuehendas conduxit, in alieno horreo posuit, is neque merces, neque horreum possidet, neque ciuiliter, neq; naturaliter, at neq; est in possessione siue mercium, siue horrei, vt sequitur in *vers. idem ait.* Ergo actione ad exhibendū teneri non potest.

Dec. Tenetur actione ista quisquis habet rei exhibendæ facultatē. Hic autem qui merces vehēdas conduxit, & eas in horreo posuit habet hanc facultatem cùm possit eādem actione experiri aduersus horreariū, quia ipsius interest ex honesta causa, & habet ius ad se quippe quam vehendā conduxit.

b *Si mortuo conductore.* Ratio dubitandi. Heres illius qui merces vehendas conduxit non ideò habet in sua potestate merces quas defunctus habuit. Nec enim corporalis illa possessio aut potiùs asinina, vt vocant detentio transit in heredem, quia nec in hereditatem transire potest, quæ facit heredem *l. cùm her. des 23. inf. de acq. poss. l. 1. §. Scæuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ergo non eadem ratio est vt actione ista teneatur qua defunctus tenebatur.

Dec. Heres conductoris succedit in ius & locum defuncti quantum ad actionem personalem, quæ contra conductorem ipsum competebat *l. 4. C. de locat.* Ergo perinde conueniri potest ad exhibēdum, atque defunctus poterat, sed tamen non tanquam heres at proprio nomine *l. de eo 12. §. vlt. inf.* Nam & perinde posset ipse agere Ad exhibendum aduersus horrearium, quomodo potest quisquis tenetur ipse proprio nomine Ad exhibendum dummodo ex iusta & honesta causa *l. 3. §. si meam sup. & l. solutione 18. inf. hoc tit. iunct. l. vlt. C. eod.*

c *Sed si nemo heres sit.* Ratio dubitandi. Horrearius nil contraxit, Ergo non potest teneri hac actione Ad exhibendum, cùm sit actio personalis *leg. 3. §. est autem. sup.* Actiones autem personales semper necesse sit ex præcedente aliqua nasci obligatione *leg. Iudi. 43. §. ea obligatio. supr. de procurat.*

Dec. Obligatio exhibendi quæ parit actionem Ad exhibendum non nascitur ex contractu, neque ex quasi contractu, sed ex eo quod quis habeat exhibendæ rei facultatem, Quomodo actiones in rem dicuntur nasci ex præsenti possessione *l. non alias 24. § sed si postul. sup. sup. de iud.* Vnde vulgo creditum est nec malè, vt diximus ad *l. 3. §. est autem sup.* actionē hanc licèt sit personalis, in rem tamē scriptā esse, quāuis verū illud quoq; sit verba illa. *Ad exhibendum* non rē ipsam quę exhibē da est, sed factū exhibendi demonstrare, quod non potest nō esse personale, siquidē persona illa est quæ rē exhibere potest & debet, non res ipsa quę seipsam exhibere possit. Rem tamen aliquam esse necesse est in quam scripta sit actio, & cuius exhibitio postuletur.

d *Nam si à nullo.* Legendum est *nam si ab vllo*, vt apertè sequentia illa demonstrant *verum est aut horrearium possidere.* Alioqui si à nullo possidentur merces, consequens omninò est vt nec horrearius eas possideat. Ideò autem sic loquitur Vlp. quia nō facilè sciri potest, à quo hæ merces possideantur. Si quis tamē est qui possit dici eas possidere, horrearius certè ille est, cùm possideat horreum in quo sunt reconditæ. Nam & traditione clauium apud horreum facta dicimus traditas videri etiam merces quæ sunt in horreo *l. clauibus 74. inf. de contr. emp.* Ratio tamen dubitandi ex eo pendet quòd non fuerunt merces traditæ horreario, sed ei qui exuehendas conduxit, licèt reposuerit eas in horreo: Illa verò decidēdi, quòd qui possidet horreum non potest non possidere merces in horreo reconditas: Et quamuis nō possideret, illud certè verissimum est horrearium illum esse qui exhibendarum mercium habet facultatem.

e *Idem ait.* Sensus est, cùm de actione Ad exhibendum quærimus cōtra quem detur, non tam inspiciendum illud esse an is qui conuenitur possideat, quàm verum habeat exhibendi potestatem. Alioqui dicendū esset, ne quidem eū teneri, qui merces euehendas conduxisset, quem sanè difficile est dicere vllo modo possidere. Nisi fortè quis nec improbabiliter eum putet possidere quasi pignus tenere, id est tanquam qui tacito pignoris iure merces habeat obligatas pro mercede, vt probat Accurs. ex *l. item 8. in fi. qui potior. in pign.* Aut eo saltem modo, quo dicimus Venditorem si conueniatur actione ex vendito rem tradēdam, posse illam veluti pignoris iure retinere quousque solutum ei sit precium *l. Iulianus 13. § offerri. inf. de action. emp.* Etsi retentionis quoddam ius illud est potiùs quàm pignoris, vt in *l. si in area 33. infr. de cond. indeb. l. heres 21. ad SC. Trebell.* Vtcunq; sit, fatendum est Rationē potissimam propter quā is qui merces euehēdas conduxit hac teneatur actione Ad exhibendum, non aliā esse quā quia exhibendarum mercium facultatem habet. Ex quo apparet, Etiam eos qui exhibendi facultatem habent teneri Ad exhibendum, tametsi nullo modo possideant, ne quidem naturaliter. Et hic Vlpiani proculdubio sensus est, Exēplo eius quod in *l. officium 9. supr. de rei vindic.* idem Vlp. scribit rei vindicatione teneri omnes qui restituendæ rei facultatem habent, licèt verè non possideant. Quod probatur apertiùs ex *§. seq.*

1 ¶Iulianus autē [a] ita scribit, ad exhibendū actione teneri eum, qui rerum, vel legatorum seruandorū causa in possessione sit [b], sed & eū [c], qui vsusfructus nomine rem teneat: quamuis nec hic vtique possideat. Inde Iulianus quærit, quatenus hos oporteat

exhibere. & ait priorem quidem sic, vt actor possessionem habeat [e]: is autem, cum quo agetur, rei seruandæ causa sit in possessione: cum verò [f] qui vsumfructum habeat, sic, vt actor rem possideat: is, cum quo agetur, vtatur fruatur.

Ad §.1. Iulianus autem.

a *Iulianus autem.* Continet hic §. illationem ex eo quod proximè dictum est, Actionem hanc Ad exhibendum dari contra omnes qui possunt exhibere, licèt nullo modo possideant, vt quod ex Celso primùm Vlpianus scripserat Iuliani authoritate confirmet. Id enim est quod ait Vlpianus *Iulianus autem ita scribit*, scilicet vt Celsus aut *ita*, id est, *his consequenter*.

b *In possessione sit.* Ratio dubitandi. Is qui rei seruandæ vel legatorum seruandorum causa in possessione est, videtur possidere saltem naturaliter cùm incumbat possessioni, arg. *l.3. §. vlt. supr.*

Dec. Longè aliud est possidere, Aliud verò esse in possessione. Isti sunt in possessione rerū hereditariarum, sed nullomodo possident *l. si quis antè 10. l. quod meo 18. §. vltim. de acq. poss. inf.* Imò neque sunt in possessione nisi custodiæ causa *l. cùm legatorū 12. infr. quib. ex caus. in poss. eat. l.3.* Et tamen non eò minùs tenentur actione Ad exhibendum, nempe quia exhibendi habent facultatem. Sunt ergo plures species in quibus exhibere cogitur etiam is qui non possidet.

c *Sed & eum* Ratio dubitandi. Vsufructuarius naturaliter possidere videtur *l. naturaliter 12. infr. de acq. poss.* Ergo non bene comparatur hic superioribus qui nullomodo possident.

Dec. Vsufructuarius naturaliter quidem videtur possidere, vt scriptum est in *d. l. naturaliter.* Sed tamen verè ac propriè *vtique non possidet*, vt Vlpianus ex Iuliano hîc loquitur, id est nullomodo, neque naturaliter, neq; ciuiliter, quia sibi rem nō habet, licèt sibi fruatur & suo nomine, ex eaq; causa in possessione sit *leg. certè 6. §. si is qui rogauit infr. de precar.* Possidere autem siuè ciuiliter, siue naturaliter nihil aliud est quàm sibi habere, siue iustè vt habet qui ciuiliter possidet, siue iniustè vt prædo, fur, & raptor. Hi enim verè possident licèt non iustè: Ideoq; cùm ciuilem possessionem non habeant quæ semper iusta est, habent verè naturalem, Vsufructuarius si possideret vtiq. possideret ciuiliter, quia iustam haberet possidendi causam, At eum non possideat ciuiliter vt omnes consentiunt, fatendum est nec naturaliter eum possidere, quandoquid ē non iniustè, sed iustè rē tenet. Deni-que separata sunt iura vsusfructus, & proprietatis & possessionis *d. l. naturaliter 12. §. 1. l. permisceri 52. eod. tit. de acquir. poss.* Videtur tamen possidere naturaliter, quia de facto rē tenet, ac proinde facultatem habet rei exhibendæ. Quod sufficit vt actione Ad exhibendum teneatur, dummodò ex parte actoris concurrant ea de quibus diximus ad *l. 3. §. sciendum, & §. interdum. supr. hoc tit.*

d *Inde Iulianus.* Ratio dubitandi. Exhibere nihil aliud est quàm adprehendendæ rei copiam facere. *l. 3. §. quid sit exhibere inf. de tab. exhib.* Frustrà ergo Iulianus quærebat quatenus exhibere teneatur is qui rerum vel legatorum seruandorum causâ in possessione est, vel vsufructuarius. Cùm exhibitionis cuiuslibet hic vnicus sit modus & finis vt rei possessionem adprehendere actor possit.

Dec. Alio sensu *exhibendi* verbum sumitur in *Tit. de tab. exhib.* Alio autem in Actione Ad exhibendū. Exhibere namque in hoc titulo nihil aliud est, quàm facere in publico potestatem, vt ei qui agit experiundi sit copia, non vt possessio vlla tradatur: Proinde mirum non est alter atque aliter rem exhiberi. Ergo is quidem in possessione est rerum vel legatorum seruandorum gratia hactenus exhibere debebit actori vt possessionem actor habeat, is autem qui conuenitur sit & maneat in possessione, vt anteà. Nec enim æquum est deteriorē fieri eius condicionē, qui in possessione est, quòd ab alio Ad exhibendum conueniatur, quousq; per subsequentem actionem cuius hæc præparatoria est res qua de agitur, reo eripiatur.

e *Possessionem habeat.* Obseruandus est hic locus vt appareat, Idem esse *possidere* & *habere possessionem*, & consequenter: Aliud esse habere *possessionem*, aliud verò *esse in possessione*, sicut & aliud *possidere*, aliud *in possessione esse dict. l. si quis antea 10. & l. quod meo 18. de acquir. poss.*

f *Eum verò.* Hinc quoq; apparet euidentiùs, quod suprà diximus, Vsufructuarium nullomodo propriè possidere. Nam cùm teneatur hactenus exhibere, vt actor rem possideat, consequens omnino est vt vsufructuarius nullomodo possideat, ne alioqui duos in solidum eiusdem rei possessores inducamus contra iuris regulam *l. 3. §. ex contrario. inf. de acquir. poss. l. duo 19. inf. de precar.*

7 ¶ Idem Iulianus scribit, emptorem, qui ruta cæsa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem iurauero [a]. sed ibi adiicit, si emptor possideat, aut dolo fecit, quo minùs possideat.

Ad §. 2. Idem Iulianus.

Ratio dubitandi. Qui domū vendidit, ea omnia vendidisse intelligitur ex quibus domus cōstabat sinō specialiter ea exceperit. Improbus enim venditor est qui aliquid vel minimū ex re quam vendidit sibi excipere ac retinere velit. Ergo qui ædes totas vendidit, nec quicquā excepit, atque ita totarum ædium dominium in emptorem transtulit non potest ruta cæsa ab emptore vindicare, nec proinde contra eum Ad exhibendum agere.

Dec. Ruta cæsa non cōstituunt partem ædium, quamuis aliquando ædium fuerint, quia Ruta dicuntur tanquam eruta, & separata, vt & cæsa tanquam excisa. Ideòque nō indiget venditor vt hæc sibi excipiat in lege vēditionis. Sed nisi specialiter ista venierint remanent in dominio venditoris & de iis Ad exhibendū agere potest *l. fundi 17. §. si ruta & cæsa. inf. de action. empt. l. cum qui ædes 25. & l. rerū mixtura 30. inf. de vsucap. l. 241. de verb. sig.* Ratio antē proxima & immediata faciendæ exhibitionis illa est, quia hæc omnia exhibita posset venditor tāquam sua vindicare, nōn exhibita non potest. Quāquam habet in hanc rem venditor contra emptorem etiam actionem ex vendito *l. 2. C. de action. empt.*

a *In quantum in litem iurauero.* Rat. dub. Tū demum actori eidemq; domino permittēdum est in litem iurare cùm rem petitam pronūciatum est eius esse, & is restituere iussus à iudice non vult arbitrio

parēte

Digitized by Google

parere *l. & ex diuerso 35. §. 1. l. eius rei 46. & seq. l. qui restituere 68 sup. de rei vindic.* Non ergo cùm recusat exhibere: quod præparatorium est vindicationis *l. 1. sup. hoc tit.*

Dec. Nihil interest an is qui habet exhibendæ rei facultatem nolit parere arbitrio iudicis quod præcesserit De re exhibenda, An arbitrio quod præcesserit de re restituenda. Quoniam reus cùm priori arbitrio non paret, facit ne sequenti arbitrio locus esse vnquam possit. Nam qui facit moram antecedenti, facit etiam consequenti *l. si qui 92. inf. de condit. & demonstr.* Cùm de re mobili non exhibita iudicium vindicationis accipi nequeat. Eandem igitur pœnam subire illum æquum est quàm si rem iam exhibitam & vindicatam restituere iussus recusasset. Pœna autem non alia iustior esse potest quàm iurisiurandi in litem ad puniendam ipsius contumaciam *l. 1. & pass. infr. de in lit. iur. l. vlt. inf. de fideiuss.* Neque enim cogendus est dominus quantumuis iusto precio suam rem vendere *l. tutor 8. inf. de in lit. iur. l. si filiofamilias 25. §. maritum infr. sol. matr. l. non enim 9. rer. amot.* Indeque est quod in actione quoque Ad exhibendum non minùs quàm in vindicatione iuratur in litem: Scilicet cùm defertur iure dominij *l. 5. § præterea* vbi dixi *sup. eod.* Nimirum vt adijcitur ex Iuliano, si emptor possideat aut dolo malo fecerit quominùs possideret. Dolum enim aut saltem latam culpam quæ dolo sit proxima interuenire oportet, vt iurari in litem possit *l. in actionibus 5. infr. de in lit. iur.*

3 ¶ Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, vt tollas: sic tamen, vt totum tollas: ceterùm alias non posse.

Ad §. 3. Item Celsus.

a *Item Celsus.* Ratio dubitandi. Quod in aream meam congessisti & de quo tollendo agere contra me vis satis seipsum exhibet: Nec ad hunc casum pertinere videtur actio Ad exhibendum, si in hac actione nihil aliud est exhibere quàm facere in publico potestatem vt ei qui agit experiundi sit copia *l. 2.* vbi dixi *sup. hoc tit.*

Dec. Habet hic casus singularem & specialem quandam rationem, Per quam in id agitur non vt res exhibeatur: sed vt tollatur, quia nec videtur id exhiberi cuius tangendi & deducendi potestas actori non fit, inquit Accurs. & benè quoties reus non vult in possessione contradicere actori nec ei de facto contradicit ex *§. proxim. supr. l. 3. §. exhibere de liber.* Nec enim tua authoritate possis omnia illa quæ congessisti tollere me inuito, quomodo possem ego inuito te *l. sed si inter 27.* vbi dixi in illis verbis *aut rem perdere sup. vrban. præd.* Et ideò quod per teipsum facere non potes, æquum est vt per actionem consequaris *l. non est singulis 176. de reg. iur.* Æquũ igitur est dari tibi actionem Ad exhibendum, vt quicquid in aream meam siue inscio siue inuito me congessisti possis tollere. Nec enim videris donasse quomodo is qui in aliena area sciens ædificat, aut alienam oliuam sciens decerpit, de quo in *l. si seruum 27. §. si oliuam sup. ad leg. Aquil.* Sed ita si in id agas vt totum tollas. Alioquin si partem tantùm velis tollere, non est tibi danda hæc actio, Ne quid penes me incommodi ex facto tuo remaneat *l. prætor 7. §. vltim. l. hoc amplius 9. § 1. inf. de damn. infect. l. cùm quæritur 16. de admin. tutor.* Iunge *l. tigni 7. § item municipes cum seqq. & l. si ad exhibendum 8. inf. hoc tit.*

4 ¶ Sed & si ratis [a] delata sit vi fluminis in agrum alterius: posse eũ conueniri ad exhibendũ, Neratius scribit. Vnde quærit Neratius [b] vtrùm de futuro dũtaxat damno, an & de præterito, domino agri cauẽdum sit. & ait, etiã de præterito caueri oportere.

Ad §. 4. Sed etsi ratis.

a *Sed etsi ratis.* Ratio dubitandi. Si ratis tua vi fluminis delata sit in agrum meum, non potes dicere factum malum vllum interuenisse propter quod ego tibi actione personali teneri debeam. Non igitur tibi danda est contra me actio hæc Ad exhibendum: Præsertim cùm & ratis ipsa se exhibeat, nec sit occultata non magis quàm si esset res immobilis nec prohibearis eam vindicare cùm ita remanserit.

Dec. Necessaria est hoc casu actio Ad exhibendum, quia vindicare ratem non potes, quin exhibeatur in publico; Cùm quandiu ea in fundo meo priuato est, ideò vindicari per te non possit quòd ius habeam prohibendi te, ne in fundum meum ingrediaris, retrahendæ ratis gratia *l. 3. versic. Planè de acquir. rer. domin.*

b *Vnde quærit Neratius.* Ratio dubitandi. Non possum tibi imputare cur ratis tua vi fluminis delata sit in agrum meum. Censetur enim id factũ vi maiore quam præstare nemo debet quia nec eam impedire alius præter Deum quisquam potest *l. si merces 25. §. vis maior inf. locati. l. contractus 23. de reg. iur.* Ergo ratio nulla est cur mihi cauere debeas de damno præterito, id est, quod agro meo accessit ex eo, quod ratis tua vi fluminis in eum delata fuerit, sed tantùm de futuro, id est de eo, quod per retractionem ratis continget. Nec enim fieri potest vt sine aliquo agri detrimento ratis ab agro in flumen retrahatur.

Dec. Etsi nihil tibi possum imputare cur tua ratis in agrum meũ vi fluminis delata sit, multò minùs tamen tu mihi, quem proinde omni ex parte indemnem seruari æquum est. Minor enim æquitas per maiorem tollitur *l. si seruus 61. §. quod verò inf. de furt.* Præsertim cùm hoc saltem imputari tibi possit quòd ratem tuam vis ex fundo meo retrahere quod sine fundi mei incommodo fieri certè non potest. Itaque sicut in specie §. præcedentis non aliter tibi permittitur tollere immunditias quas in meam aream coniecisti quàm si totas tollas. Ita nec in hac specie permittendum tibi est vt per actionem Ad exhibendum ratẽ tuam ex agro meo retrahas, cùm sit penes me quin caueas mihi de toto damno. Ergo non tantùm de futuro, sed etiam de præterito; licèt præteritũ sit omnino inculpatum cùm semper verum sit damnum illud rei meæ per rem tuam contigisse *l. hoc amplius 9. §. Alfenus & seq. infr. de damn. infect. l. ratis 8. infr. de in-*

Digitized by Google

send. ruin. & naufrag. Rem enim tuam tibi nocere æquius est, quàm mihi si eâ carere nolis. Simile quiddam adfert Accursius, de compensatione quæ amplioris summæ fit interdum ab eo qui conuenitur, quàm ab eo qui agit ex *l. si cum filiusfamilias 9. inf. de compensat.*

5 ¶Sed & si de ruina [a] aliquid in tuam aream, vel in tuas ædes deciderit: teneberis ad exhibendum, licèt, non possideas.

Ad §. 5. Sed & si de ruina.

a *Sed & si de ruina.* Ratio dubitandi. Quod de ruina meatum ædium in tuam aream, vel in ædes tuas decidit, non ideò à te possidetur. Cùm neque factum tuum vllum, neque animus tuus in eam rem concurrat. Possessio autem fit factis & animi *l. 3. §. in amittenda. & l. quemadmodum 8. inf. De acquir. possess.* Ergo nulla ratio est, Cur ad exhibendum nomine teneatis.

Dec. Sufficit quod habes exhibendæ & restituendæ rei meæ facultatem vt actione ista tenearis, licèt rem ipsam non possideas. Quàm cum hodie inuito me vis retinere, hoc ipso facis dolo, licèt anteà non feceris, vt in *l. 2. §. circa D. de dolo mal. except.* Est autem hic casus etiam notandus in quo vt in duobus superioribus actio Ad exhibendum datur non tam vt facias, id est, vt exhibeas & restituas, quàm vt patiaris me in tuo facere, id est quod meum apud te est, etiam inuito te tollere.

6 ¶Item si quis [a] facultatem restituendi non habeat licèt possideat, tamen ad exhibendũ non tenebitur. vtputa si fuga seruus sit. ad hoc planè solum tenebitur, vt caueatur se exhibiturum, si in potestatem eius peruenerit. sed & si non sit in fuga [b]: permiseris autem ei, vbi velit, morari: idem erit dicendum. aut peregrè à te missus sit, vel in prædiis tuis agat: ad hoc solum teneberis, vt caueas.

Ad §. vlt. Item si quis.

a *Item si quis.* Ratio dubitandi. Quisquis possidet translferre possessionem suam in alium potest. Nam nec inuitus quisquam possessionem suam retinet, licèt in dominio secus *sit l. 3. §. in amittenda & seqq. l. si quis vi 17. §. differentia inf. de acquir. poss.* Ergo quisquis possidet, Ad exhibendum conueniri potest.

Dec. Non tam possessio quàm exhibendi potestas hanc actionem inducit, Cùm non ad aliud detur quàm vt res exhibeatur. Etsi autem quisquis possidet naturaliter, & de facto incumbit possessioni, rem exhibere facilè potest, Non tamen similiter qui possidet tantùm ciuiliter, id est, animo magis quàm corpore licèt iustè, Vt in exemplo quod hic adfert Vlpianus de seruo fugitiuo: is enim sicut aliarum rerum domini possessionem intervertere non potest ita nec suam quidem potest *l. rem quæ nobis 15. in fin. inf. de acquir. poss.* Itaque non eo minùs possidetur à domino, quod in fuga sit, Nec in ipsius potestate sit vt dominum suum priuet sua possessione *l. Pomponius 13. in princ. eod.* Et tamen non potest domino exhiberi cùm in fuga sit, nec nisi ciuiliter id est ratione penitus ciuili possideatur. Ergo non potest hic dominus serui huius nomine teneri Ad exhibendum, nec alioqui ad impossibile vrgeri videatur. Planè, quia seruum fugitiuum adhuc possidet, eùmque in dominio suo habet, Cauere debebit de eo, quandocunque in suam potestatem peruenerit, exhibendo vt quod præstare potest hoc saltem præster. Tale siquidem iudicis vt & alterius cuiuslibet viri boni arbitrium esse debet quemadmodum & aliis plerisque casibus cautio pro præstatione est *l. si à bona fidei 21. supr. De rei vindic. l. item si cùm 14. §. quatenus ver. quod si in fuga sup. quod met. caus. &* alibi pass. Iunge *l quoties 11. § in potestate sup. de nox. act.*

b *Sed & si non sit in fuga.* Ratio dubitandi. Seruus qui non est in fuga possidetur non tantùm animo, sed etiam corpore, & in domini sui potestate non minùs quàm in dominio manet, quamuis ei permissum sit morari vbi velit *l. 3. §. Nerua filius de acquir. possess.* sicut & alia pleraque circa seruorum res peculiares singulari iure constituta sunt *l. peregrè 44. §. quæsitum & seq. inf. de acquir. poss.* Idemque multò magis dicendum est si seruus tuus peregrè à te missus sit, aut in prædiis tuis agat. Ergo his casibus ad exhibendum conueniri dominus potest, dato saltem ei tanto temporis spatio, quantum necesse videbitur ex locorum distantia vt exhiberi possit.

Dec. Non potest res vlla exhiberi nisi quæ iam sit præsens. Prius autem est vt exhiberi quàm vt Ad exhibendum agi possit. Satis itaque est vt his casibus qui seruum possidet caueat de eo quandoque exhibendo: Cùm scilicet in suam potestatem peruenerit: Neutra igitur consecutio bona est, vt quis ideò cogendus sit exhibere quod possideat: Aut ideò non cogendus exhibere quod non possideas, sed illud tantùm inspici debet ex parte illius qui conuenitur an exhibendæ rei potestatem habeat, necne. Quamuis non vtrique semper illud requiratur, vt statim exhiberi possit. Nam si iusta ex causa statim exhiberi non possit iussu iudicis cauere debebit se illo die exhibiturum *l. de eo 12. §. si iusta infra, hoc tit.* Iunge *l. sin autem 27. § si per filium sup. de rei vindic. §. 2. Instit. de offic. iudic.* In depositario aliud est, quia si sine dolo depositarij seruus depositus fugerit, nullomodo tenetur depositi, ne quidem vt caueat de eo vbi deprehensus erit restituendo, quia sicuti nullum lucrum ita nullum damnum ad depositarium pertinere debet *l. si sine dolo 20. inf. depositi.*

6. PAVLVS libro 14. ad Sabinum.

Gemma [a] inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest, sed, vt excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno iuncto [b] ædibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solui vetaret: sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur.

Ad l.

Ad l. Gemma 6.

a *Gemma.* Ratio dubitandi. Semper accessio cedit rei sine qua stare non potest *leg. in rem 23. §. sed & id quod sup. de rei vindic.* Atqui gemma inclusa auro alieno cedit auro. Et sigillum candelabro alieno inclusum, æquè cedit candelabro, eiusque partem quandam integralem constituit. Accessio enim est quicquid alterius ornandi causa ponitur *l. cùm aurum 19. §. peruenitamus inf. de auro & arg. legat.* Ergo quemadmodum neque auri neque candelabri nomine aut vindicatio aut Ad exhibẽdum actio competit domino gemmæ, vel sigilli, ita neque ratione ipsius gemmæ aut sigilli.

Dec. Quantum ad vindicationem pertinet bona est consecutio, quia tota est in rem. Res autem tota est illius cuius & aurum & candelabrum est. Sed actionis Ad exhibendum alia ratio est, quia cùm sit personalis, facilè dari potest contra dominum auri, vel candelabri ad hoc vt gemma vel sigillum excludatur, cùm id fieri commodè possit. Quo facto, etiam gemma vel sigillum vindicari poterit. Itaque hoc etiam casu verum est actionem hanc præparatoriam esse vindicationis, licèt non immediatè. Exclusionem enim præcedere necesse est, vt per actionem hanc remoueatur obstaculum, quod impedit vindicationem *d. l. in rem 23. §. item quæcunque sup. de rei vindic.* Agendum igitur est ante omnia ad remotionem obstaculi, vt benè hîc notat Baldus. Interdum tamen & gemma auro inclusa, & aurum ipsum à domino suo possidetur & vsucapitur cùm vtrunque maneat integrum *l. rerum mixtura 30. vers. quid ergo inf. de vsucap.* Nimirum, inquit Accursius, si non apparcat quid cuius ornãdi causa positum sit. Alia ratio est earum rerum quæ solo implicantur vt eadem lex ait. Nam qui vniuersas ædes possidet non ideò res singulas quæ in ędificio sunt possidere intelligitur *l. qui vniuersas 30. De acquir. poss.*

b *Aliter atque in tigno iuncto.* Ratio dubitandi. Etiam tignum postquàm solutum & separatum est ab ædibus, vindicari potest, cùm perpetuò manserit prioris domini: Adeoq; quandiu iunctum est vindicari adhuc posset ex ratione iuris, nisi lex duodecim tabularum prohiberet. Quidni ergo similiter Ad exhibendum agi eo nomine poterit, vt tignum separetur, ac posteà vindicetur?

Dec. Ita sanè ratio iuris ferret nisi lex 12. tab. obstaret, quæ non modò tignum prohibet, sed etiam vllomodo solui. Prohibet igitur non minùs actionem Ad exhibendum quàm vendicationem *d. l. in rem 25. § tignum sup. de rei vind.* Vbi tamen additur exceptio. Nisi quis alienum tignum ædibus suis sciẽs iunxerit. Quo casu tenetur Ad exhibendum is qui iunxit, Nõ vt exhibeat quasi possidens, sed vt damnetur quanti interest actoris tãquam qui dolo malo fecerit ne possideret *l. 1. in fin. inf. de tign. iunct.* Non enim tigno possidet qui ædes vniuersas possidet *d. l. qui vniuersas.* Extra hunc casum non alia domino tigni actio competit, quàm quæ ex eadem lege 12. tab. introducta est in duplum per quam plenissimè indemnitati actoris consulatur, & de qua in *d. l. 1. de tign. iunct.* Ratio autem legis duodecim tabularum euidens est & nota cuilibet. Ne scilicet vrbs ruinis deformetur *l. Prætor 20. §. hoc interdictum De oper. noui nunciat. l. 2. §. si quis nemini 17. inf. ne quid in loc. public. §. cùm in suo Instit. De rer. diuis.*

7. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

TIgni [a] appellatione omnem materiam in lege duodecim tabularum accipimus, vt quibusdam rectè videtur.

Ad l. Tigni 7.

a *Tigni.* Ratio dubitandi. Tignum à legendo dictũ est *l. 1. inf. de tign. iunct.* Ergo neque calcem neque arenam tigni appellatione contineri dicendum est.

Dec. Lex duodecim tabularum tigni appellatione materiam omnem contineri voluit quæ aut ædificiis necessaria esset aut vineis *d. l. 1. & §. cùm in suo vers. appellatione Instit. De rer. diuis. & l. adeò 7. §. cùm in suo infr. de acquir. rer. domin.* vnde is locus sumptus est. Itaque fit hoc non tam ex proprietate verbi quàm ex prudentum interpretatione ad eam legem, vt & in cæteris ferè omnibus fuit ea interpretatio necessaria, quod leges 12. tabul. vt decebat, paucis & breuibus verbis conscriptæ essent, & consequenter obscurioribus, nisi per interpretationem prudentum lux eis aliqua addita fuisset *l. verba legis 120. De verb. sign.*

1 ¶ Sed, si rotam [a] meam vehiculo aptaueris teneberis ad exhibendum, & ita Pomponius scribit: quamuis tunc ciuiliter non possideas.

Ad §. 1. Sed si rotam.

a *Sed si rotam.* Ratio dubitandi. Cùm rotam meam vehiculo tuo aptasti, siue inscio me, siue inuito, nõ ideò tamen rotam tuam fecisti, aut eam ciuiliter possidere cœpisti. Nam & dominium rotæ meum permanet, & ciuilis quoque possessio, Ne in tua potestate sit rei meæ dominium aut possessionem ignoranti vel inuito mihi auferre contra *l. id quod nostrum 11. l. non debet 74. de reg. iur.* Ergo Ad exhibendum huius rotæ nomine teneri non debes.

Dec. Sufficit naturalem possessionem penes te esse quamuis iniustam, ad hoc vt exhibere tenearis. Cùm satis sit vt habeas exhibendæ rei facultatem. Non inspecto eo an rem detineas iustè an iniustè *l. 3. §. vlt. & seqq. sup.* Nec verendum est ne quid in hoc fiat contra legem 12. tab. quæ scilicet de ędibus tantum & vineis locuta est, *l. 1. de tign. iunct.* Non etiam de vehiculis aut aliis huiusmodi rebus quarum conseruatio nihil cum vtilitate publica commune habet. Codex Accursij mendosus fuit in quo vt in vulgata editione scriptum fuit *possideam* pro eo quod Florentiæ scriptum est *possideas.*

2 ¶ In id, & si armario [a], vel naui tabulam meam, vel ansam scypho iunxeris vel emblemata phialæ, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuæ coadunaueris.

Ad §. 2. Idem & si armario.

a *Idem & si armario.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad §. proximè præcedentem. Nam neque ad legem 12. tabul. pertinet hi casus de quibus in hoc §. neque ad publicam vtilitatem, propter quam debeat priuato ea fieri iniuria vt ad rem suã postea vindicandam, Ad exhibendum agere prohibeatur. At interest rei publicæ non deformari ruinis ciuitatem *l. 2. §. si quis nemine l. vlt. ne quid in loc. public. fiat. l. Prætor 20. §. hoc interdictum inf. de oper. noui nunciat.* & vineas non corrumpi. Quod vtrumque fieret si tignum ædificiis vel vineis iunctum solue re permitteretur. Potest tamen ad has omnes species de quibus in hoc §. aptari alia ratio dubitandi & decidendi: Eadem nimirum quæ à nobis allata est *ad l. prox. præced. in princip.* de gemma inclusa auro alieno, vel de sigillo quod adiectum sit alieno candelabro. Eadem enim istorum omnium ratio est *l. in rem 23. § si quis rei suæ sup. de rei vindic.* Distingue tamen cum Accursio an adiunctio ista & coadunatio facta sit per ferruminationem an per adplumbaturam ex *d. l. in rem §. item quæcunque*, vbi diximus. Iunge *l. 3. §. 1. de tritic. vino & oleo legato.*

3 ¶Item municipes a ad exhibendum conueniri possunt: quia facultas est restituendi. nam & possidere, & vsucapere eos posse constat. Idem & in collegiis b, cæterisque corporibus dicendum erit.

Ad §. 3. Item municipes.

a *Item municipes.* Ratio dubitandi. Municipes per se nihil possidere possunt qui nec vni consentire possunt *l. 1. §. vlt. infr. de acquir. poss.* Ergo nec exhibere possunt nec restituere cùm in his omnibus personæ factum & animus requiratur.

Dec. Ita quidem est summo iure, sed vtilitatis causa ex qua sunt æstimandæ actiones omnes prætoriæ, placuit municipes non modò possidere posse sed etiam vsucapere *l. 2. eod. tit. de acquir. poss.* Quidni ergo etiam exhibere & restituere?

b *Idem & in collegiis.* Ratio dubitandi, Collegia, cæteraque hominum congregationes quas Vlpianus hic vocat corpora, personam nullam habent, nisi fictam & ab indiuiduis, vt ita dixerim operatione mentis abstractam, vt sunt cætera ferè omnia per iuris ciuilis fictionem introducta *l. 1.* vbi dixi *supra. Quod cuiuscunque vniuers. nomin.* Atqui in exhibenda re aliqua factum hominis & quidem realiter interuenire necesse est quod per fictam personam præstari nullomodo potest. Nam ad ea quæ sunt facti, non possunt iuris ciuilis fictiones pertingere *l. denique 29. supr. ex quib. caus. maior. l. 1. §. Scæuola si is qui testam. lib. esse iuss. l. in bello 12. §. facti inf de capt. & postlim.*

Dec. Habent collegia & corpora omnia suos actores, qui res & negotia administrant, qui proinde & conueniri possunt & agere & exhibere & restituere: Quod si non faciant, actori consulitur per missionem in possessionem bonorum vniuersitatis si quid sit corporale, aut datis actionibus contra debitores ciuitatis si qui sint *l. ciuitates 8. sup. quod cuius. vniuers. nomin.*

4 ¶Si quis non possideat a litis contestatæ tempore, sed postea ante sententiam possidere cœperit: oportere dici putamus debere condemnari, nisi restituat.

Ad §. 4. Si quis.

a *Si quis non possideat.* Ratio dubitandi. In iudicio accipiendo quod sit tempore litis contestatæ quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit inf. de pecul. l. delegare 11. §. 1. inf. de nouat.* Vnde est quod tã sæpe & in tam multis inspicere solemus tempus litis contestatæ *l. vinum 22. inf. de reb. credit. l. videamus 38. §. si actionem inf. de vsur.* Item quod Papinian scribit in *l. 2. eod. tit.* Quale quid est cum petitur tale dari debere. Ergo si is qui actione Ad exhibendum conuenitur non possideat tempore litis contestatæ, omnimodo absoluendus est, licet ante sententiam possidere cœperit.

Dec. Tempus quidem litis contestatæ regulariter inspiciendum est, sed tamen si post litem contestatam, & ante sententiam superuenerit causa condemnationis in persona rei conuenti, qui possidere incipiat quod antea non possidebat, perinde condemnandus est ac si iam inde à tempore litis contestatæ condemnari debuisset. Nulla enim facta videri potest iniuria condemnato si condemnationis tempore condemnari debuit, licet antea non debuerit, vt in *l. quæsitum 30. in princ. inf. de pecul. l. quod si dicit 16 in princip. l. item videndum 16. sup. de pet. hered. l. si in autem 27. §. 1. sup. de rei vindic. l. 1. §. inde Neratius infr. deposit.* Sufficit quem habere facultatem exhibendi eo tempore quo per arbitrium iudicis iubetur exhibere, cùm ab eo tempore possit contumacia eius incipere, quæ in actionibus arbitrariis locum facit condemnationi *§. præterea Instit. de action. l. vlt. inf. de fideiuss.* Imò verò quod magis est si post absolutionem cœperit quis possidere adhuc potest conueniri nec habet exceptionem rei iudicatæ quoniam alia est causa agendi & vincendi *l. si quis ad exhibendum 18. infr. de except. rei iudic. l. procurator 8. inf. rat. rem haber.*

5 ¶Si quis, cum a iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit: absolui eum oportet. quamuis sit (inquit Pomponius) quod ei imputetur: cur non statim restituit; sed passus est, secum litem contestari.

Ad §. 5. Si quis cum.

a *Si quis cum.* Ratio dubitandi Huic qui possidebat tempore litis contestatæ, ac postea sine dolo malo possidere desiit, imputari potest cur non statim restituerit, passusq; sit litem secum contestari. Ergo non eo minus condemnari debet, quod postea etiam sine dolo malo desierit possidere. Vt idipsum iudex statuat, quod statueret si nulla post acceptum iudicium mutatio facta esset vt in *l. 4. §. f. de aqua & aquæ pluu. arc.*

Dec. Impossibilium nulla obligatio est *l. impossibilium 185. de reg. iur.* nec quisquam ob id condemnari

nari debet quod impossibili promissioni aut præcepto non paruerit *l. si bouem 69. inf. de verb. oblig.* Atqui impossibile est vt rem exhibeat is qui eam non possidet nec dolo desiit possidere, tametsi litis cõtestatæ tẽpore potuerit aliquid ei imputari: Nempe quia in arbitrariis actionibus qualis hæc est, nihil facile locum condemnationi, præterquàm contumacia rei nolentis parere arbitrio iudicis. Arbitrium porrò nunquam tale esse debet vt quis restituere iubeatur aut exhibere id quòd amplius non habeat, nec dolo desierit habere quamuis antè habuerit *l. mulier 22 §. sed enim u. f. ad SC. Trebell. l. si constante 24. §. vlt. iunct. l. si mulier 19 inf. solut. matrim. l. si seruum 14. infra de condict. furt.* Aliud igitur est in iudiciis siue strictis siue bonæ fidei in quibus si res debita perierit non modò post litem cõtestatam, sed etiam post moram simplicem & extraiudicialem, quæ contestationem præcesserit, non eo minus condemnatur reus *l. seruum 91. §. sequitur & §. vlt. inf. de verb. oblig. l. in actionibus 5. vers. planè de in lit. iur.* Nimirum quia in illis iudiciis nullum arbitrium inter contestationem & condemnationem intercedere necesse est, de re ipsa restituenda sed rectà decurritur ad litis æstimationem quæ fieri potest & debet etiam re dummodò post moram perempta *d. §. planè & d. l. si seruum §. sequitur & §. vlt.* Ergo dictio *quamuis* posita in hoc §. non stat correctiuè, vt putat Accursius, sed aduersatiuè vt rationem potiùs exprimat dubitandi. Iunge tamen quæ dicam ad *leg. de eo 12. §. si post infr. hoc tit.*

n. 12 ¶ Idem scribit a: si quis litis contestatæ tempore possederit, deinde desierit possidere, mox cœperit siue ex eadem causa, siue ex alia b: condemnari eum oportere nisi restituat.

Ad §. 6. Idem scribit.

a *Idem scribit.* Ratio dubitandi. Is qui possedit tempore litis contestatæ & postea sine dolo malo desiit possidere absoluendus est, vt modò diximus, quia nec iuberi potest per arbitrium iudicis vt restituat, nec proinde contumax esse in parendo iudici. Ergo etiamsi posteà cœperit possidere, nõ debet cõdemnari, Nouaq; potiùs interpellatione & noua actione opus est, vt in *l. non potest 23. inf. de iudic.*

Dec. Sufficit eum qui actione ista conuenitur, possidere vtroque tempore & litis contestatæ & condemnationis, vt & in rei vindicatione *l. sin autem 27. §. 1. sup. de rei vindic.* Media enim tempora curari non solent *l. 3. §. si per venditorem inf. de action. empt. l. si alienam 49. §. 1. inf. de hered. instit.* Nam & alterutro tempore possedisse sufficeret *d. l. sin autem 27. §. 1.* Neque noua interpellatione opus est nisi cùm post acceptum iudicium aliquid superuenit quod in iudicium videri deductum non potest, vt in *d. l. 23. sup. de iudic.* vbi dixi. Denique satis est, rei iudicandæ tempore in eo statu esse omnia vt condemnatio sequi possit, quia condemnationis tempus potissimùm spectandum est *l. quod in diem 16 in princ. & l. si à domino 36. §. quo tempore supr. de hered. l. quæsitum 30. inf. de pecul.*

b *Siue ex alia.* Ratio dubitandi. Non potest videri in iudicium deducta noua causa quę ex parte actoris superuenit, ideóque noua interpellatione nouóque iudicio opus esse videtur *d. l. non potest 23. sup. de iudic.*

Dec. Interest ex qua causa actor agat vt sciri possit an hæc actio ei competat. Sed nihil interest ex qua causa reus possideat. Cùm etiamsi nullam possidendi causam habeat, non eo minùs sit condemnandus si modò habeat exhibendæ rei facultatem: quod vnum in hac actione ex parte rei conuenti exigitur.

7 ¶ Ibidem a: non malè Pomponius iungit, eius, qui ad exhibendum egit, vtroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui: hoc est, quo lis contestatur, & quo fit condemnatio. & ita Labeoni placet.

Ad §. 7. Ibidem.

a *Ibidem.* Ratio dubitandi. Idem seruari solet in persona actoris quod in persona rei nisi quòd reus fauorabilior est *l. fauorabiliores 125. de reg. iur.* Atqui in persona rei sufficit vt possideat tempore rei iudicatæ, licèt non possederit tempore litis contestatæ, vt modò diximus in *§. si quis non possideat.* Ergo & in persona actoris sufficere debet vt intersit eius rem exhiberi eo tempore quo iudicatur, licèt non interfuerit tempore litis contestatæ.

Dec. Non potest actori reus condemnari nisi actoris intentio sit iusta. Intendit autem actor sibi dari aut fieri quod oportere eo tempore, quo fit litis contestatio. Porrò nihil potest actor intendere nisi eius intersit quia nec aliis datur actiones quàm quorum interest *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri De verb. oblig.* Eoq; e pertinet quod scriptum est in *l. quæsitum 30. de pecul.* Actionem De peculio tenere etiamsi nihil sit in peculio cùm agitur, si modò sit rei iudicatæ tempore. *Intenditur enim rectè*, inquit, *etiamsi nihil sit in peculio.* Sensus est, Inspectionem illam Vtrum aliquid in peculio sit necne, non tam ad intentionem actoris pertinere, quàm ad condemnationis effectum & executionem *l. si dubitet 10. §. filiusfamilias inf. de fideiuss.* At non intenditur recte ex parte actoris Exhiberi ei rẽ oportere si non intersit ipsius tempore litis contestatæ. In cæteris actionalibus personalibus quæ in rem scriptæ non sunt, sufficit vel vno tempore interfuisse, vt Accurs. putat ex *l. 1. C. de in lit. iurand. l. qui autem 12. §. 1. supra si quis caution. l. doli 5. §. vlt infra, de seru. corrupt. l. inter omnes 46. in princip. infr. de furt.* Nempe quia cùm actio in rem scripta est, tamdiu durare rẽ oportet quamdiu durat actio. Res autem illa est quàm exhiberi interest actori. Ideò autem fit mentio hîc rei restituendæ, quia cùm reus nullam de possessione facit controuersiam actio Ad exhibendum etiam ad restitutionem datur *l. 5. §. item Celsus supr.*

8. IVLIANVS libro 9. Digestorum.

Si ad exhibendum a: actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quominus possideret, deinde eo defuncto, heres eius possidet rem: exhibere

eam cogendus erit. Nam si fundum [b], vel hominem petiero, & heres ex eadem causa [c] possidere cœperit: restituere cogitur.

Ad l. Si ad exhibendum.

a *Si ad exhibendum.* Ratio dubitandi. Alia est possessio heredis, alia verò illa quæ fuit defuncti: Nec enim sicut dominium, ita & possessio defuncti cōtinuatur in heredem *l. cùm heredes 23. inf. de acq. poss.* propter rationem positam in *l. 1. §. Scæuola inf. si is qui testam. lib. esse iuss.* Ergo ex instantia actionis huius Ad exhibendum cœpta cum defuncto qui rem nunquam possedit non potest sequi condemnatio aduersus heredem ob id quod heres eam possidere cœperit. Sed quemadmodum heredis eiusdémque possessoris persona noua est, ita & noua instantia nouoque iudicio esse opus videtur.

Dec. Heres personam defuncti repræsentat eiusque persona eadem esse intelligitur fictione iuris *l. heres 22. inf. de vsucap.* Ideoq; transeunt in heredem iura omnia defuncti actiua & passiua, & consequenter ius instantiæ & accepti iudicij *l. heres absens 19. in princ. & l. si is qui Romæ 34. sup. de iudic.* quod transit etiam in patrem saltem de peculio quamuis pater nón sit heres filiifam. in eoque minùs iuris habeat quàm heres *l. tam ex contractibus 57. eod.* Ergo quemadmodum poterat condemnari defunctus si possedisset tempore rei iudicandæ, siue ex eâdem siue ex alia causa, quamuis anteà non possedisset, vt diximus ad legem præcedentem. Ita & heres ipsius poterit si possideat rem de qua quæritur, tametsi defunctus nunquam eam possederit nec dolo desierit possidere. Sufficit enim ad condemnandum heredem vt habeat exhibendi facultatem licèt ex alia causa quàm hereditaria. Cùm & tanquam heres & tanquam possessor conueniatur. Sed tanquam possessor vt exhibeat non tanquam heres *l. de eo 12. §. vlt. inf.* Tanquam heres autem ex instantia cœpta cum defuncto.

b *Nam si fundum.* Bona ratio & illatio est à vindicatione ad actionem. Ad exhibendum quæ præparatoria est vindicationis: Itaque ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad sententiam præcedentem.

c *Ex eâdem causa.* Vereor ne verba hæc sint irreptitia. Nam cùm in hoc vers. tractetur species similis superiori de actione contra eum proposita qui neque possidebat neq; dolo desierat possidere: Non potest fieri vt hîc Iulianus tractauerit de herede possidente ex eadem causa, siue eandem causam intelligas hereditariam siue eandem ex qua defunctus possidebat, quem ponimus ex nulla possedisse. Deinde nihil interest ex qua causa reus possideat, adeóque nec an ex nulla, dummodò habeat exhibendi facultatem. Nulla igitur satis congrua horum verborum interpretatio adferri potest. Ergo vel sunt omnia tollenda, vel sola dictio *eadem* retinenda quæ ad fundum & hominem referatur. Potuitque ea dictio malè intellecta errandi materiam imperito interpreti præbere aut librario.

9. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

IVlianus scribit [a]: Si quis hominem, quem possidebat, occiderit, siue ad alium transtulerit possessionem, siue ita rem corruperit, ne haberi possit: ad exhibendum tenebitur: quia dolo fecit, quo minùs possideret. Proinde & si vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

Ad l. Iulianus 9.

a *Iulianus scribit.* Ratio dubitandi. Impossibile est vt qui hominem occidit, aut eius possessionem in alium transtulit, aut ita corrupit rem ne haberi amplius possit, puta si vinum aut oleum effuderit eum hominé aut eam rem exhibeat. Ergo nec arbitrium iudicis in hac actione tale esse potest vt reus iubeatur exhibere id quod exhiberi non possit, ne facti impossibilis præceptum hoc esse videatur, vt diximus ad *l. Lugni 7. §. si quis id. sup. hoc tit.*

Dec. Qui aliquid istorum fecit, vtique dolo malo desiit possidere. Proinde damnandus est quasi adhuc possideat, cùm dolus pro possessione sit *l. qui dolo 131. de reg. iur.* & perinde Ad exhibendum tenetur acsi adhuc possideret *l. 1. in fin. de tign. iunct. l. ad exhibendum 5. C. hoc tit.* vt scilicet præstet rem litis æstimationem quanti actor in litem iurauerit, si is iure dominij rem vindicaturus fuit *l. in actionibus 5. §. 1. De in lit. iur.* Iunge *l. sin autem 27. §. 1. sup. de rei vind.* Aliud esset si seruus rem tenens cuius exhibitio contra dominum postularetur, eam rem dolo malo possidere desiisset *l. cùm seruum 16. inf. hoc tit.*

1 Glans ex arbore tua in fundum meum incidit. eam ego, immisso pecore depasco, qua actione possum teneri? Pomponius scribit, competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, vt glandem comederet. Nam & si glans extaret, nec patiaris me tollere: ad exhibendum teneberis: quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quin auferre non patererur. Et placet nobis Pomponij sententia siue glans extet [b], siue consumpta sit: sed, si extet [c] etiam de interdicto de glande legenda, vt mihi tertio quoque die legendæ glandis facultas esset, vti potero, si damni infecti cauero [d].

Ad §. 1. Glans ex arbore.

a *Glans ex arbore.* Ratio dubitandi. Glans quæ iam depasta est, exhiberi amplius non potest, cùm non extet. Ergo nec per actionem Ad exhibendum peti potest, cùm in hac actione præcedere necesse sit arbitrium iudicis de re exhibenda vt ad præcedentem §. dicebamus.

Dec. Cùm glandē quæ ex arbore tua in fundum meum decidit, ego immisso pecore depasco, hoc ipso facere videor, vt dolo malo desinam eam possidere, quia facio ne amplius possideri aut à me aut à te possit: Nec debet condicio mea ob id esse melior,

lior, quòd glans non extet quàm si extaret. Atqui si extaret, teneret ad exhibendum si non pateret te glandem tuam quæ in fundum meum incidisset, tollere: Quidni ergo eâdē actione teneri debeam acsi extaret? *l. Celsus 5. §. item Celsus & seqq. vbi dixi sup.*

b *Siue glans extet.* Ratio dubitandi. Multùm interest an glans extet, an consumpta sit, quia posteriore hoc casu præceptum eius exhibendæ impossibile est, non etiam cùm extat. Præceptum autem exhibendi non aliter obligat quàm si per dolum aut culpam non impleatur *l. exhibitionis 7. C. hoc tit.* Dec. Nihil interest an res extet, aut fato suo perempta sit, an verò facto tuo extare desierit. Neque. n. permisit vnquam tibi debet ex facto suo liberes te à tua obligatione *l. si seruum 91. §. nunc videamus. j. de ver. obli.* Illud tamen semper exigitur, vt dolo pecus immiseris ad glandem comedendam. Alioqui non teneor si neque dolus neque culpa vlla in eo interuenit *d. l. exhibitionis 7.* Sed & illud exigit Accursius, vt glans dolo tuo consumpta sit. Alioqui non Ad exhibendū actio dabitur sed subsidiaria in factum necessaria erit *l. qui seruandarū 17. §. vlt. inf. de præsc. ver.*

c *Sed si extet.* Differentia hæc est an extet glans, an extare desierit, Non quantum ad actionem Ad exhibendum, sed quantum ad interdictum De glande legenda, De quo habemus *tit. 28. lib. 43.* Nunquam enim illi interdicto locus est cùm glans extare desiit licèt dolo malo eius qui alioqui posset interdicto teneri, Nempe quia conceptum est in rem, Non, vt actio Ad exhibendum in personam. Obserua autem in tractatu gladis appellatione fructus omnes contineri, vt scriptum est in *l. 1. §. 1. ill. ti. De gland. legend.* Sed & in illo interdicto *De gland. legend.* mirabile est, vt ait Accursius quod non duret nisi per triduum quamuis sit rei persecutorium, atque ita contra reg. *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* siue quòd satis longum & sufficiens tempus illud visum sit ad glandem legendam, vt ait Accurs. siue quòd, vt idem ille addit vltra triduum soleant eiusmodi fructus cõuerti in terram, siue denique quod ita conceptis expressim quaqua de causa verbis edicti nulla possit superesse quæstio, An edictum illud sit annale an perpetuum quod Prætor fecit triduanum.

a *Si damni infecti caueo.* Intellige de damno futuro tantùm, quod potest fundo meo accidere per eos qui eum ingressuri sunt glandis legendæ gratia. Nō etiā de dāno præterito, de quo in *l. 5. §. sed si ratio su. eo.* Nullū. n. dānū mihi aut fūdo meo potest ob id cōtingere q̃ ex arbore tua in fūdū meū glās deciderit

2 ¶ Si quis rem [a] fecit ad alium peruenire, videtur dolo fecisse, quominus possideat: si modò hoc dolosè fecerit.

Ad §. 2. Si quis rem.

a *Si quis rem.* Ratio dubitandi. Qui rem fecit ad alium peruenire licèt dolosè, non ideò tamen pro possessore haberi potest quomodo is qui dolo malo desiit possidere. Cùm alius sit possessor, Is scilicet ad quem fecit rem peruenire. Duo autem in solidum eiusdem rei possessores esse non possunt *l. 3. §. ex contrario infr. de acqu. poss. l. duo in solidum 19. de precar.* Non ergo tenetur Ad exhibendum ne plus prosit fictio in casu ficto quàm veritas in casu verò *l. filio 23. de lib. & post.*

Dec. Non quidem tenetur tanquam qui possideat, sed tamen tenetur tanquam qui dolo desierit possidere, quod longè diuersum est *l. 2. in fi. inf. de tig. iunct.* Quanquam nihil vetat duos in solidum eandem rem possidere, vnum verè alium fictè, quod ferè semper contingere necesse est cùm quis dolo malo desiit possidere rem adhuc extantem, & quæ ab alio adhuc possideatur. Nulla enim hic est implicatio contradictionis, sed eo tantùm casu quo vera possessio dicatur esse eiusdem rei apud plures in solidum, Quandoquidem id fieri nequit citra penetrationem dimensionum, quam philosophi negant vi vlla naturali admitti posse.

3 ¶ Sed si quis rem [a] deteriorem exhibuerit: æquè ad exhibendum eum teneri, Sabinus ait. sed hoc ibi vtique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata: veluti si ex scypho massa facta sit. quanquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam mutata forma propè interemit substantiam rei.

Ad §. 3. Sed si quis rem.

a *Sed si quis rem.* Ratio dubitandi. Qui rem de qua quæritur exhibet licèt deteriorem factam tamen eam exhibet *l. si quis hominem 17. inf.* Ergo non potest teneri actione Ad exhibendum. Quid enim aliud esset quàm in eū dari actionem vt actum ageret? Aut quid absurdius, quàm petere exhibitionē rei in alio statu quàm in quo ipsa sit eo tempore quo exhibetur? Nec enim præteriti temporis præsens exhibitio fieri vlla potest *l. exhibitionis 7. C. hoc ti.*

Dec. Intelligendus est Vlpianus de ea deterioratione quæ rem vnam dolo malo in aliud corpus transtulerit, vt sequentia explicant, Veluti si ex scypho massa facta sit. Quamuis enim possessor massam exhibeat, adhuc tamen Ad exhibendum tenetur, quia verum est eum non exhibere scyphum, quem debet exhibere: Cùm mutata forma propè interemerit substantiam rei. Forma enim illa est, quæ dat esse rei non materia, vt aiunt philosophi, *si conuenerit 18. §. penult. inf. de pignor. act. l. proponebatur 76. sup. de iudic. l. Seia 6. infr. de aur. & argent. leg.* Nec vnquam potentior materia est nisi in specie & quæstione *l. quæsitum 78. §. illud inf. de legat. 3.* Iunge *l. ex hoc edicto 8. supr. De alien. iud. mut. caus.* Planè si eadem species perseueret, quamuis facta deterior & qualis nunc est, & exhibeatur cessabit actio Ad exhibendum propter eam rationem quam attulimus. Sed exhibitionis æquitas faciet vt actione aliqua teneri debeat, tanquam qui nondum satisfaciat, sicuti nec videtur reddi res quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. l. in rebus 18. §. 1. D. inf. commod. l. 1. §. si res deposita 16. inf. Deposi. l. eleganter 24. §. 1. De pignor. act.* Qua igitur actione? Non quidem Ad exhibendum vtili quæ nulla est *l. cùm seruus 16. infr. hoc tit.* sed actione in factum subsidiaria *d. l. exhibitionis l. 7. C. h. t.* Scilicet ad indemnitatem non ad exhibitionem *l. si heres 65. de leg. 2.* Latiùs enim patet æquitas exhibitionis quàm ipsa exhibitio. Iunge *§. prouis. & l. 3. §. pen. sup.*

4 ¶ Marcellus [a] scribit, si tibi decem numismata sint sub condicione legata, & mihi decem vsusfructus purè, deinde heres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario soluerit: ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quo minùs possideret. dolus autem in eo est, quòd cautionem exigere supersedit à fructuario: effectúmque, vt legatum tuum euanesceret [b], cùm iam nummos vindicare non possis [c]. Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati [d]. Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum. &, si prospexisti, non erit tibi necessaria [e] ad exhibendum actio. Si tamen ignarus [f] legati tui, à fructuario satis non exegit: dicit Marcellus, cessare ad exhibendum: scilicet quia nullus dolus est. succurrendum tamen [g] legatario, in factum aduersus fructuarium [h] actione, ait.

Ad §. 4. Marcellus.

a *Marcellus* Ratio dubitandi. Quod heredi permittitur, vt ab eo cui vsusfructus legatus est, cautionem exigere possit, heredis tantùm fauore permissum videtur, qui porrò ius suum remittere pro arbitrio potest, nec eo vti cogitur *l. penul. C. de pact. l. si iudex 41. sup. de minor. l. quæritur 17. §. si venditor infr. de ædil. edict.* Non ergo dicendus est heres fecisse dolo malo, ob id solùm quòd cùm traderet mihi decem numismata, quorum vsusfructus mihi legatus fuerat purè, nullam à me cautionem exegerit, nec quicquam causæ est cur tibi proprietatis legatario permittendum sit eo nomine contra ipsum agere Ad exhibendum.

Dec. Multùm distat cautio quam vsufructuarius quilibet præstare debet De benè vtendo fruendo & De re finito vsufructu restituenda ex *tit. vsufr. quem. caueat.* ab illa quæ præstatur ex Senatusconsulto ad constituendum vsumfructum earum rerum quæ vsu consumuntur, vt puta nummorum in quibus alioquin constitui vsusfructus non posset *l. 5. §. 1. & tot. tit. De vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* in quorum numero sunt non modò nummi sed etiam numismata *l. numismatum 28. sup. de vsufr.* etsi numismata hîc dixit Vlpianus haud dubiè pro nummis vt contextus huius §. ostendit. Primum genus cautionis spectat duntaxat ad vtilitatem proprietarij, eamque proinde fructuario remittere proprietarius, si velit, potest. Nec enim cogitur cauere nisi petenti & stipulanti *l. 1. supr. ill. tit. vsufr. quem. caueat.* At posterior species cautionis facit legatum vsusfructus vtile quod alioqui esset inutile *l. 1. & seqq. & pass. supr. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Proinde cautionis præstandæ necessitas hoc casu remitti non potest quin legatum ipsum euanescat. Adeò vt nec à testatore prohiberi possit *l. 1. C. de vsufr. l. vnica 24. infr. De vsufr. legat.* Ergo si hanc cautionem proprietarius, idemq; heres non exegerit à fructuario, cùm ei decem traderet (de hac enim proculdubio non de prima accipi hic locus debet quamuis malè contrà putet Accursius) æquum est teneri eum Ad exhibendum, perinde acsi nondum tradidisset, Quasi adhuc possidere videatur, cùm dolo fecerit ne possideret. Dolus namque in eo est quod cautionem exigere supersedit à fructuario, quam exigere potuit & debuit: atque ita effecit, vt legatum proprietatis euanuerit: cùm iam nummi illi nusquam appareant vt eos vindicare proprietatis legatarius possit. Nam sicuti dicimus dolo non videri facere illum qui iure communi vtitur *l. si duorum 52. infr. de act. emt. l. nullus videtur 55. De regul. iur.* vt nec deceptum eum qui iure communi vsus est *l. inter eos 51. §. cùm inter infr. de fideiuss. l. vlt. C. de in integr. restitut. minor.* ita è contrario non caret suspicione doli, qui iuris auxilium omittit, siue id faciat in alterius iniuriam qui ex ea omissione læditur (& hic casus nullam habet dubitationem) siue ob id tantùm vt prosit fructuario & beneficium in eo conferat. Nec enim debuit ex alieno dispendio acquirere beneficij debitorem *l. si pignore 54. §. 1. infr. de furt.* nec rursus debet cuiusquam beneficium alteri esse captiosum *l. Paulus notat 8. de prætor. stipul.* Non autem potuit hic heres ignorare euenturum, vt si decem nummi traderentur fructuario nulla cautione exacta facilè intercideren‍t, siue consumptione siue alio quouis modo vt lubrica & fragilis res est pecunia *l. si chorus 79. §. 1. de leg. 3.* atque ita euanesceret etiam legatum, Quod ne eueniret prospicere debuit, & legatario proprietatis non minùs quam sibi prouidere exacta cautione, vel ob hoc ipsum ne voluntas testatoris circumueniretur *l. si cui legetur 92. de cond. & dem.* quam conseruari & exitum habere interest publicè *l. vel negare 6. inf. test. quem. aper.* sed potissimùm heredis *l. vlt. ius. Auth. hoc amplius C. de fidei.* Iunge *l. quod in heredem 9. §. vltim. infr. de tribut. action. l. dolo 41. ad leg. falcid.*

b *Vt legatum tuum euanesceret.* Ratio dubitandi. Non potest legatum euanescere, quod in pecunia numerata consistit, cùm pecunia ipsa perire non possit, tanquam quæ in suo genere functionem recipiat *l. incendium 11. C. si cert. pet.* Dec. Refert an debeatur per modum generis an per modum speciei si per modum generis hoc obtinet quod diximus. Sed si per modum speciei deberi cœperit aliud est, quoniam & pecunia per modum speciei debita non minùs quam alia quælibet species perire potest, Vt puta decem quæ in illa arca sunt *l. si seruus 108. §. qui quinque in arca De leg. 1.* In proposita autem specie etsi legata fuerunt decem in genere, cœperunt tamen debita esse per modum speciei ex quo tradita & soluta sunt vsufructuario, Quia non aliorum decem nummorum proprietas vni legata fuit quam quorum vsusfructus alteri, nec solutio fieri in genere vnquam potest, sed semper in specie cùm ad numerationem peruenitur. Ergo si decem quæ tradita sunt fructuario nusquam appareant, fatendum est euanescere legatum proprietatis: Quod non perindè euanesceret si exacta cautio fuisset. Cautio enim durares etiam perempta pecunia, vicemq; pecuniæ repræsentaret *l. 5. §. 1. & pass. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* vbi diximus.

c *Vindicare non possis.* Ratio dubitandi. Videtur hæc Vlpiani ratio peruersa. Nam cùm actio Ad exhibendum sit præparatoria potissimùm vindicationis, vt toties diximus ex *l. 1. l. 3. §. 1. supr.* Consequens videtur vt quæ res extinguit vindicationem, eadem perimere debeat actionem Ad exhibendum.

Dec. Quod per te factum est ne possim vindicare, perinde habendum est, quod ad te pertinet, acsi

acti vindicare possem *l. in incivili 161. de regul. iur.* Quanquam hæc ratio videtur esse ex abundanti. Nam & qui fecit dolo malo vt res ad alium perueniret, non eo minùs tenetur Ad exhibendum tanquam qui dolo desierit possidere, quòd eam tem possit actori à nono possessore vindicare, aut aduersus eum Ad exhibendum agere: Sufficit enim ad obligãdum priorem possessorem vt actione ista teneatur, quòd dolo malo desierit possidere, non inspecto eo an aliqua actori contra alium actio competat necne, Aut an res extet, an non §. 1. *sup.* Negari autem non potest quin dolo desierit possidere is qui fecit vt res ad alium perueniret. Dices posse imputari legatario proprietatis nummorum, quorum vsusfructus alteri legatus putè fuit, cur non sibi prospexerit interposita stipulatione quæ legatorum aut fideicommissorum in diem vel sub condicione relictorum seruandorum gratia ex edicto Prętoris præstanda est *tot. tit. vt legat. seu fideic. ser. caus. cau. at.* Nam & hoc legatum proprietatis quod ponimus relictum sub condicione licèt ab initio purè datum esset, attamen propter subiectum legatum vsusfructus in diem incertum finiti vsusfructus, atque ita sub condicione datum intelligeretur, vt dicimus de legato pnro adempto sub condicione *l. si legatum 10. infr. de adim. legat. l. aliquando 107. de cond. & demonst.* Quanquam & in puro legato eadem stipulatio & satisdatio locum habet propter moras quas habere solet iudicij exercitio *Lectam 15. in prin. ill. tit. vt legat. seu fideic. seruand. caus.* Cùm igitur possit huic proprietatis legatario, condicionali imputari, cur sibi non prospexerit, ent ei actionem Ad exhibendum damus? Siquidem solemus dicere, Non videri quem sentire damnum quod ex culpa sua sentiat *l. quod quis 203. de reg. iur.* Sed facilis responsio est, Nunquam debere impunitum manere dolum, ob id duntaxat, quod ei qui dolum passus est imputari aliquid possit. Adeóq; quod magis mirum est etiamsi illi ipsi qui dolum admisit damnosus futurus sit *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. mal. except.* Nec quod iuris beneficio vti legatarius proprietatis contra heredem ipsum nnluerit aut nesciuerit, excusare potest heredem qui tantò magis necessario iuris remedio aduersus fructuarium vti debuit ad suam & alterius legatarij vtilitatem. Præsertim cùm non possit heres imputare legatario proprietatis, cur ipsum heredem non præcipitauerit ad præstandam satisdationem, arg. *l. si extraneus 33. & l. cùm in fundo 78. § quòd si mulier infr. de iur. dot.*

d *Sub condicio extiterit legat.* Ratio dubitandi. Interest legatarij spem legati salvam conseruari etiam pendente condicione; Cùm ob eam causam sit interponenda stipulatio illa de qua proximè diximus legatorum & fideicommissorum seruandorum causa *tot. tit. vt legat. seu fideic. seruan. caus.* Ergo etiam prius quam extiterit condicio legati, actio Ad exhibendum danda est. Dec. Vt actio Ad exhibendum danda sit non satis est posse aliquo casu interesse, sed necesse est iam interesse *l. 3. § secundum & pass. sup.* Atqui legatarij condicionalis nondum interesse creditur pendente condicione. Adeò vt interim nullo modo creditor esse intelligatur, ne quidem condicionalis. In quo differt maximè à stipulatore condicionali *l. cùm 42. infr. de oblig. & act.* Ergo non est ei danda interim actio Ad exhibendum, sed tum demùm cùm condicio extiterit, quæ in eo est, vt tam facilè possit deficere quam existere. Ob eámq; causam necessarium fuit auxilium illud Prętoris de stipulatione & satisdatione legatorum ac fideicommissorum nomine interponenda, cùm aliud nullum superesset. Aliud ergo probandum esset in fideicõmisso, quod in diem certam relictum probaretur, quia eiusmodi diem venturam esse certū est. e. *Non erit tibi necessaria.* Imò nec tibi competet, cùm non possit hoc casu esse præparatoria vindicationis. Heredi. n. qui legatario proprietatis cauisset huius legati nomine non posset imputare legatarius, cur cautionem ab vsufructuario non exegisset, atque ita vindicandi facultatem legatario proprietatis eripuisset. Securus. n. est legatarius cui cautum fuit, nec ipsius quicquam interest, an ex interposita stipulatione consequatur illa ipsa decem, quæ vsufructuario tradita sunt iure vsusfructus, an alia, dummodo tantundem consequatur.

f *Si tamen ignarus.* Ratio dubitandi. Non est probabilis ignorantia legati in persona heredis, cui tabulas testamenti penes se habere solet, ita vt earum editionem ipse petere ab aliis ob hanc causam non possit *l. 2. sup. de edend.* Nec rursum debet heredis ignorantia quæ per ipsius siue imperitiam siue negligentiam contingat captiosa esse legatario proprietatis qui æquè legatum suum amissurus sit, & eius vindicandi potestatem si heres pecuniam fructuario tradiderit, nulla exacta cautione, Exemplo eius quod de pupilli ignorantia quæ longè tolerabilior est cùm per ætatem contingat, scriptum legimus in *l. quod autem 6. § si quid cum pupillo inf. Quæ in fraud. cred.*

Dec. Ignorantia etiam iuris quantumlibet crassa semper excusat à dolo *l. sed etsi 25. § scire supr. de hered. petit.* Multò magis ea quæ facti est alieni. Hæc enim semper tolerabilis est *l. vlt. infr. pro suo. iunct. l. quanquam 7. inf. ad Velleian.* Præter id quod facti interpretatio plerunque etiam prudentissimos fallit *l. 2. inf. de iur. & fact. igno.* Ergo si heres de quo agimus, ignarus legati tui à fructuario satis non exegerit, actio Ad exhibendum tibi danda non est, quia nec possidet heres, nec dolo desiit possidere, cùm in dolo nullo sit. An ergo auxilio omni destituetur legatarius proprietatis, qui nec sibi prospexit contra heredē interposita stipulatione? Minimè verò. Nam ei succurrendum erit ex æquitate, non per actionem vtilem Ad exhibendum quæ nulla est, vt iam diximus ex *l. cùm seruus 16. inf hoc ti.* sed per actionem in factum subsidiariam, vt subiungit Vlpianus ex Marcello, vt & in specie *l. si heres 63. de legat. 2.*

g *Succurrendum tamen.* Ratio dubitandi. Sicut ex sua improbitate nemo potest acquirere sibi actionem *l. itaque 12. inf de furt.* ita neque ex sua negligentia. Diligentibus enim non negligentibus iura succurrunt *l. non enim 16. supr. ex quib. caus. maior. l. pupillum 24. in fin. infr. quæ in fraud. credit.* Atqui potest imputari tibi legatario condicionali proprietatis, Cur aduersus heredem tibi non prospexeris ex edicto Prętoris: Indignus ergo es, cui succurratur per actionē in factum, Adeóq; si per iuris imperitiam omiseris exigere satisdationem, cùm stulti dicantur qui in iure errant *l. regula 9. § penult. inf. de iur. & fact. ignor.*

Dec. Cauet semper Prætor & cauere debet ne defunctorum voluntates circumueniantur, quibus scilicet nihil imputari potest *d. l. si cui legetur 92. de condic. & demonstr. l. vlt. Cod. de reb. cred. & iureiur.* Nec tua negligentia aut imperitia lucro adficere debet legatarium vsusfructus, vt proprietatem retineat, cuius testator nihil ei præter vsumfructum legauerit. Nec enim debet vnquam Prætor aut iu-

dex liberalior esse testatore in re testatoris *l. facta 63. §. si sub condicione infr. ad SC. Trebell.* iunct. *l. debitor 59. in fine princip. eod.*

h *Aduersus fructuarium.* Ratio dub. Nisi à fructuario factum est, quod iure suo facere non potuerit, cùm vsumfructum sibi ab herede traditum percepit: quamuis non præstita cautione quæ non petebatur. Quis enim ei imputet quod legatum suum perceperit? Aut quòd non petitam cautionem vltrò non obtulerit? Quòd si æquum esset eum hoc quoque nomine teneri aliqua actione, vtique danda esset contra eum actio non legatario proprietatis, cui cauere non debuit, sed heredi, vt omissam cautionem condiceret durante vsufructu, quo finito etiam danda ei esset condictio quantitatis ex Sabini & Celsi sententia, quam Vlpianus noster non inargutam vocat in *l. 5. §. 1. de vsufr. ear. rer. quæ vsu consum.* Nulla ergo in factum actio danda est legatario proprietatis aduersus fructuarium qui cum eo neque gessit quicquam, neque contraxit. Dec. Actio hæc in factum subsidiaria actionis Ad exhibendum, ex eodem fonte nascitur ex quo ipsa actio Ad exhibendum, si competere posset, nasceretur, id est ex possessione illius qui exhibendæ rei habet facultatem in *l. 5. in pr. & §. vlt. sup.* In quo similis est actioni in rem *l. non alias 24. § sed si postulatur supr. de iudic.* Atqui legatarius vsusfructus ille est, qui pecuniam habet, quæ finito vsufructu ad legatarium proprietatis peruenire debet, Ac cuius proinde interest eam pecuniam habere, non heredis, qui nec quicquam iuris in ea pecunia habet propter legatam alij proprietatem. Nec vlla actione tenetur legatario proprietatis, qui stipulationem nullam interposuit, nec dolum vllum heredi potest obiicere, qui ignarus legati de proprietate facti præstitit legatario vsumfructum nulla cautione exacta. Sed ad quid dabitur hæc actio in factum? An ad hoc fortasse vt durante quoque vsufructu teneatur fructuarius pecuniam restituere? Minimè. Nec enim plus iuris habere potest legatarius proprietatis, quam habiturus esset heres si non legata proprietas fuisset: Atqui non haberet condictionem quantitatis, sed tantùm cautionis durante vsufructu. Eo autem finito condictionem etiam quantitatis *d. l. 5. §. 1. De vsufru. ear. rer. quæ vsu consum.* Ergo neque actio hæc in factum dari debebit legatario proprietatis ad aliud quàm vt caueat se pecuniam exhibiturum finito demùm vsufructu, vt exhibitam possit legatarius vindicare. Nam nec nouum est, vt qui Ad exhibendum agere non potest, agat ad cautionem præstandam de re exhibenda *d. l. 5. §. vlt. sup.*

5 ¶ Quantum autem[a] ad hanc actionem attinet, exhibere est, in eadem causa præstare, in qua fuit, cùm iudicium acciperetur: vt quis copiam rei habens possit exsequi actione, quam destinauit, in nullo casu, quam intendit, læsa: quamuis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

Ad §. 5. Quantum autem.

a *Quantum autem.* Ratio dubitandi. Exhibere in hoc tractatu nihil aliud est quàm facere in publico potestatem vt ei qui agat experiundi sit copia *l. 2. supr. h. tit.* neque per hanc actionem agitur ad restituendum sed tantùm Ad exhibendum. Restitutio enim differtur in aliud iudicium directum, cuius hoc præparatorium est. Ergo absolui reus debet si quoquomodo rem exhibeat *l. si quis hominem 17. inf. h. t.* licèt non in eadem causa in qua res erat cùm iudicium acciperetur, & siue actioni destinatæ locus aliquis reliquus esse possit, siue nullus. Dec. Actio hæc vix vnquam propter se solam proponitur, sed præparatoria est ad aliam quæ dicitur directa in *l. 3. § ibidem subiungit.* iunct. *l. 1. sup. h. t.* Parum ergo est vt reus copiam & potestatem faciat in publico rei de qua agitur, nisi exhibeat in eâdem causa in qua res erat cùm iudicium acciperetur, vt possit actor copiam rei habens exequi actionem quam destinauit in nulla causa, quam intendit, læsam. Sic enim legendum est non vt vulgo *actione quam destinauit in nullo casu quàm intendit læsa*: Sic neque rem restituere dicitur nisi qui restituit in eadem causa *leg. restituere 75. infr. de verbor. signif.*

6 ¶ Proinde si post litem contestatam vsucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse, cùm petitor intentionem suam perdiderit. & ideò absolui eum non oportere: nisi paratus sit[b], repetita die, intentionẽ suscipere: ita vt fructus secundum legẽ æstimentur.

Ad §. 6. Proinde.

a *Proinde si post.* Ratio dubitandi. Vsucapio quæ cõtingit post litem contestatam licèt compleatur, quia mala fides superueniens per litis contestationem non interrumpit vsucapionem, non tamen lædit ius petitoris, Cùm non eo minùs condẽmnari debeat possessor vt rem tradat, adeóq; caueat petitori *l. si post acceptum 18. & seq. sup. de rei vind.* Ergo qui seruum vsucaptum exhibet, non eo minùs videtur exhibere in eadem causa nec dici potest actor intentionem suam perdidisse. Dec. Multum refert an lis contestata sit, cùm hoc iudicium Ad exhibendum acciperetur, an cùm rei vindicatio institueretur. Nam tametsi quis litem contestatus sit tanquam actus ad exhibendum, non ideò tamen effectum vsucapionis rei exhibendæ impedit; si ea vsucapio postmodum completa sit ante propositam vindicationem. Itaque perdit hic omnino suam intentionem: Et de hac litis contestatione intelligi hic locus debet, Non de illa quæ contra vindicantem facta sit, De qua in *d. l. si post acceptum.* Ergo æquitas arbitrij quod in hac versatur actione, non patitur, vt absoluatur possessor qui seruum exhibet iam vsucaptum post litem cõtestatam, quamuis eum exhibeat: cùm talem exhibeat qui amplius vindicari non possit, quia in omnibus actionibus etiam in personam quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. De vsur.* Nec minus est plus posse contestationem factam in accipiendo iudicio in rem ad conseruandum ius vindicantis, quàm eam quæ fiat in iudicio personali accipiendo Ad exhibendũ ad conseruandum ius vindicaturi. Faciliùs namque extinguitur vindicatio nondum contestata quã quæ iam contestata est. Et vt ait Accursius non potuit perpetuari vindicatio quæ nunquã fuit proposita. Quid? nónne interrupta per cõtestationem præscriptione actionis Ad exhibendum etiã interrupta est præscriptio vindicationis? arg. *l. fin C. de annal. except.* Ita enim quæstionẽ proponit Accurs. & aliter atq; aliter respõdet. Dicendũ est, Pandectarũ iure nullo modo potuisse interrũpi præscriptionẽ actionis Ad exhibendũ, quia nec poterat præscribi

cum

cum esset personalis adeoq; nec si fuisset mixta vt petitio hereditatis *l. hereditatis 7. C. de pet. hered.* cum hoc iure incognita esset præscriptio 30. annor. vsucapionem vero rei etiam per vindicationem petitæ non interrumpi per litis contestationem quominus compleatur, sed vt sine effectu sit, quia res in eum statum reponenda est in quo fuit tempore litis contestatæ. At lite contestata ad fines exhibitionis tantùm vt in hoc §. non perinde habendum est acsi contestata esset actio in iudicio vindicationis, & ideò intentionem suam actor perdit cum effectu, nisi ei succurratur per hanc actionem Ad exhibendum, quia non videtur exhibere qui rem vsucaptam exhibet.

b *Nisi paratus sit.* Ratio dubitandi. Sera est satisfactio quæ offertur eo tempore quo res amplius non est integra, & ius actoris iam deterius factum est *l. et si post res 8. sup. si quis caution. l. si in lege 24. §. colonus infr. locat. l. si ita quis 135. §. Seia inf. de ver. obl.* Ergo post vsucaptum hominem de quo exhibendo agebatur, & post extinctam vindicationem non potest reus qui in mora exhibendi fuit, euitare condemnationem. Dec. Possunt omnia in pristinum & integrum statum restitui si paratus sit possessor, idémque vsucaptor repetita die intentionem suscipere, id est completæ in suam vtilitatem vsucapionis commodum abiicere, & in eo statu reponere omnia in quo erât priusquàm completa esset vsucapio, vt etiam directa rei vindicatione conueniri se patiatur. Adiecta quoque fructuum restitutione, vt in nullo actoris causa læsa esse videatur. Quid autem refert an integra sint omnia an in integrum restituantur *l. ab emptione 58 sup. de pact.* Iam enim definit actoris interesse, cui hæc vna ratio actionem dabat. Ideò autem fructus in hanc quoque actionem veniunt post litem contestatam, quamuis actio sit in personam quia quale quid est cum petitur tale dari debet, vt ratiocinatur Papinianus in *l. 2. infr. de vsur.* Quamquam in actione Ad exhibendum specialior illa ratio adferri potest, quòd qui Ad exhibendum egit, déque eo litem contestatus fuit, credendus est eodem tempore rem suam vindicaturus fuisse si eam reus exhibuisset, Nisi in casu *l. 3. §. plus dicit Iulianus sup. hoc tit.* Non tamen facilè possum mihi persuadere, Vlpiani esse, ac non potius interpretis, hæc postrema verba huius §.

c *Ita vt fructus secundum legem æstimentur.* Nam præter id quod satis erat exigere vt paratus esset reus repetita die actoris intentionem suscipere, vt & fructus & cætera omnia quæ in iudicio vindicationis veniunt, comprehenderentur, Quænam obsecro lex ista est, secundum quam fructus æstimari debeant? Legem enim cùm prudentes nostri dicunt, aliquam ex iis semper intelligunt, quæ authoris sui nomen præ se ferat, vt Aquiliam, Falcidiam, Velleam, Iuliam & alias huius generis, non hoc aut illud Papiniani vel alterius Iureconsulti responsum. Et sane interpretatio hæc est eorum verborum *repetita die* sed manca, quoniam voluit Vlpianus significare potiùs id tempus quod vsucapionis complementum præcesserit quàm à quo fructuum restitutio fieri debeat. Deinde verò in iudicio vindicationis non tam de fructibus æstimandis agitur, quàm de restituendis, & de condemnatione eorum nominè omnimodo facienda *l. qui restituere 68. sup. de rei vin.* Denique non erat cur Vlpianus hîc de fructibus aut æstimandis aut restituendis loqueretur, cùm statim subiiciat in hoc iudicio causam petitori restituendam esse: quo nominè cùm partus quoque contineatur, qui nō est in fructu, multò magis fructus quoque contineri fatendum est *l. præterea 20. sup. eod. tit. De rei vindic. & d. l. 2. de vsur.* Iunge *l. 5 § item Celsus scribit supr. §. si ad exhibendum Instit. de offic. iudic. l. cùm fundus 31. infr. de reb. credit.*

7 ¶ Quia tamen [a] causa petitori in hac actione restituitur: Sabinus putauit, partum quoque restituendum: siue prægnas fuerit mulier, siue postea conceperit [b]: quam sententiam & Pomponius probat.

Ad §. 7. Quia tamen.

a *Quia tamen.* Ratio dubitandi. Fructus sequuntur ius soli & dominij *l. qui scit 25. § 1. infr. de vsur.* Atqui hæc actio personalis est, nec nisi de re exhibenda, non etiam de restituenda *§. quantum autem sup.* Ergo in hac actione fructus venire non debent, ne quidem post litem contestatam, Multò minùs partus qui fructuum appellatione non continētur, quod absurdum sit in fructu esse hominem cuius gratia fructus omnes natura comparauit *l. vetus fuit quæstio 68. supr. de vsufr. l. in pecudum 29. infr. de vsur.* Dec. Quale quid est cùm petitur, tale dari debet *l. 2. eod. ti.* nec æquum est per improbam litis contestationem fieri deteriorem actoris condicionem, vt non habeat id omne quod habiturus fuisset si moram reus non fecisset. Hoc enim demum est quod causæ appellatione continetur *d. l. præterea 20. iunct. l. Iulianus 17. §. 1. sup. de rei vindic.* Atqui habiturus esset etiam partus omnes sicut & fructus.

b *Siue postea conceperit.* Ratio dubitandi. Partus antequàm sit editus, homo nondum est *l. in lege 9 § 1. inf. ad leg. falcid.* Priusquàm autem sit conceptus non solùm in hominū natura non est, sed nec in rerum natura. Ergo qui post litem contestatam conceptus est non debet in hoc iudicium venire. Dec. Partum conceptum post litem cōtestatam æquè habiturus fuisset actor si litis contestatæ tempore exhibita & restituta res fuisset. Ergo causæ appellatione continetur, non minùs quàm partus ante litem contestatā perceptus. Et quamuis in hac actione de exhibendo tantùm agatur non de restituendo. Mora tamen quæ per litis contestationem fit exhibitioni, fit etiam in necessarium consequens restitutioni cùm priùs sit vt res exhibeatur quàm vt vindicetur, Et rursum vt vindicetur priusquàm restituatur, *arg. l. si cui legetur 92. in fin. infr. De condic. & demonstr.*

8 ¶ Præterea [a] vtilitates, si quæ amissæ sunt ob hoc, quòd non exhibetur, vel tardiùs quid exhibetur, æstimandæ à iudice sunt. & ideò Neratius [b] ait, vtilitatem actoris venire in æstimationem, non quanti res sit. quæ vtilitas, inquit, interdum minoris erit, quàm res erit:

Ad § vlt. Præterea.

a *Præterea.* Ratio dubitandi. In arbitrariis actionibus qualis est hæc Ad exhibendum non tam lata potestas datur iudici q̄ in iis quæ bonæ fidei appellātur: Adeò vt in arbitrariis necesse sit opponi exceptiones doli pacti, & alias huiusmodi si quæ sunt quæ bonæ fidei iudiciis ipso iure inessent *l. Papinianus 14. sup. de pub. iūct. l. huiusmodi 84. 5. qui seruū de leg. 1.*

l. sed si ideò 21. solut. matr. Ergo non vsque adeò amplę præstationes fieri debent, vt æstimandæ sint etiam vtilitates quæ amissę sunt, siue ob hoc quòd nullo-modo sit res exhibita, siue quòd tardiùs exhibita sit. Nam neque in actione ex vendito quæ bonæ fidei est habetur semper ratio eius quod interest si non circa rem ipsam intersit, vt in eleganti specie *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem infr. de action. empt.*

Dec. Actio hæc sicuti non alijs datur, quàm quorum interest, dummodò ex iusta & honesta causa *l. 3. §. sciendum & § si mecum supr. & l. penult. infr. hoc tit.* Ita datur ad omne id quod interest, vt actori plenissima indemnitas præstetur. In eo autem quod cuiusque interest continetur & quod ei abest, & quod lucrari potuit *l. si commissa 13. infr. rat. rem haber.* Ergo etiam amissæ vtilitatis ratio habenda est. Nec minùs in hoc iudicio quamuis sit arbitrarium, quàm in iudiciis bonæ fidei: Quia in arbitrariis sicuti plenissimũ arbitrium datur iudici, vt id ipsum possit arbitrari, quod bonus vir quilibet arbitraretur, ita si arbitrio non pareatur, potestas ei sit condemnandi ex bono & æquo *§. præterea Inst. de action.* Bonum autem & æquum est vt actori omnis vtilitas præstetur quę amissa sit, siue ob denegatam siue ob factam tardiùs exhibitionem. Nec distinguendus est hac parte bonæ fidei possessor à malæ fidei possessore, quomodo distinguit Accursius. Nam licèt bonæ fidei possessor excusetur ab interitu rei etiam post moram contingente & post litem contestatam *l. illud 40. sup. de hered. petit.* non tamen excusatur ab accessionibus ex die litis contestatæ præstandis *l. præterea 20 sup. de rei vendic.* Nisi quod post rem peremptam nulla possunt esse accessoria nisi secundum illam Iuliani & Vlpiani sententiam quæ extat in *l. Iulianus 17. §. 1. sup. de rei vendic.* vbi vide quæ scripsi. Habuit enim hæc quæstio dissentientes veteres Iureconsultos, & ad *l. fructus 33. eod.* vbi distinguitur non tantùm an post vel ante moram aut litem contestatam res perierit; sed etiam vtrum dolo aut culpa possessoris interueniente an non, vt eo solo casu quo dolus vel culpa interuenerit teneatur possessor & de re petita & de accessoriis vsque ad rem iudicandam.

b *Et ideò Neratius.* Ratio dubitandi. Verba hæc *quanti res est* etiam vtilitatem omnem, & id quod interest plerunque complectuntur *l. vlt. de prat. stipul.* Id autem quod interest non minus esse potest quàm rei precium cùm in eo quod interest etiam precium rei contineatur *l. in interdicto 7. infr. vnde vi l. 3. §. hæc verba Ne vis fiat ei.*

Dec. Inter hæc verba *Quanti res est* & *quanti interest* multum distat. Hæc enim posteriora significant vtilitatem quæ modò circa rem sit *l. ex empto 11. §. vlt. inf. de act. empt.* Illa verò *quanti res est* nihil nisi veram rei æstimationem *l. 2. §. vlt. sup. qui satisd. cog. l. nouissimè 7. § quod ait Prætor inf. quod fals. tutor. l. inter hæc 170. & l. hæc verba 193. de verb. sign.* Itaque plus dicit, qui id quod interest dicit quàm qui duntaxat *quanti res est.* Potest tamen fieri vt interdum vtilitas minoris sit quàm res est, siue quod reuera minoris intersit (id enim semper egreditur precium, sed interdum, vt ait *l. 1. in princip. de action. empt.*) siue quòd quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistat *l. quatenus 24. de reg. iur.* & ideò plerunque inopia probationum ad exiguam summam deducatur *d. l. vlt. de prætor. stipul.*

10. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

SI optione[a] intra certum tempus data, iudicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur: vtilitas petitoris conseruetur. quòd si per heredem[b] non stetit, quo minùs exhiberet tempore iudicij accipiendi: absoluendus est heres.

Ad l. Si optione 10.

a *Si optione.* Ratio dubitandi. Nihil potest imputari legatario optionis intra certum tempus datę qui heredem intra tempus illud vocauit in ius, vt seruos quorum optio legata esset exhiberet. Nec enim est in eius potestate facere quominus per moram & tergiuersationem heredis in longius tempus iudicij exercitio differatur *l. etiam 15. in princ. inf. vt legat. seu fideic. seruand. caus.* Ergo non debet ei tempus currere, quominùs etiam post tempus à testatore præstitutum optare possit. Ne plus ei obsit aliena negligentia quàm prosit propria diligentia. Mora enim cuique sua nocere debet non alteri *l. factum 155. l. in condemnatione 173. §. pen. de reg. iur.*

Dec. Quod testator intra certum tempus fieri iussit, vtique post illud tempus fieri prohibuit: Nõ tam per argumentum à contrario sensu aut quod inclusio vnius sit exclusio alterius, quàm vi & potestate temporis limitati *l. Thais 41. §. intra certa tempora infr. De fideic. libert. l. Imperator 8. in fin. supr. de postul.* Ergo qui intra certum tempus optare iussus est, post illud tempus optare non potest quamuis nihil ei possit imputari. Ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiscitur *l. verbis ciuilibus 7. infr. De vulg. & pupill. substit.* Proinde cùm post tempus frustra futurum sit vt exhibeantur serui, ex quibus optio legata est, solum illud auxiliũ legatario superest, vt per propositam actionem Ad exhibendum vtilitatem suam omnem consequatur, id est, quanti ipsius interest intra constitutum tempus exhibitos seruos fuisse. An autem vtilitas in hoc casu minoris esse poterit, quàm res sit, vt in casu *§. vlt. l. præced.* Nequaquam. Semper enim vera æstimatio serui qui optatus fuisset continebitur, cuius scilicet dominium statim post factam optionem & ipso iure ad legatarium peruenisset *l. apud Aufidium 20. & pass. infr. de opt. legat.* Omnimodò igitur facienda erit optio etiam post tempus non vt sit actus legitimus, de quo in *l. actus legitimi 77. de reg. iur.* & vt per eam dominium vllum transferatur, sed vt sciri possit quanti intersit legatarij, & quænam æstimatio facienda vtilitatis quæ per hanc actionem Ad exhibendum conseruanda est. Malo autem hic legere *conseruatur* quàm *conseruetur.*

b *Quòd si per heredem.* Ratio dubitandi. Etiamsi per heredem non steterit, tamen neque illud dici potest stetisse per legatarium qui intra constitutum tempus cœpit agere Ad exhibendum. Ergo non eo minùs condemnandus est heres quem verum semper est non exhibuisse.

Dec. Non omne quod differendi causa fit, dummodò optima ratione fiat, moræ adnumerandum est, *l. sciendum 21. & seqq. infr. de vsur.* cùm variis ex causis possit fieri vt heres seruos exhibere tam citò etiamsi

Digitized by Google

etiamsi maximè velit, non possit. Potiùsque imputari potest actori cur non citiùs egerit, cùm præuidere potuerit & debuerit futurum vt moras aliquas necessarias haberet iudicij exercitio *d. l. etiam 15. Vt legat. seu fideicomm. seruand. caus.* atque interim tempus laberetur intra quod fieri optionem testator iussit. Proinde succurrendum ei non est cùm seipsum arctauerit *leg. 1. §. si quis tamen. supr. si quis caution. leg. ait Prætor 26. §. si feria. supr. ex quibus causis maior.*

XI. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

SEd & si hereditas [a] amissa sit ob hoc, quòd seruus non exhibeatur: æquissimum est, æstimari officio iudicis damnum hereditatis.

Ad l. Sed etsi hereditas 11.

a *Sed etsi hereditas.* Ratio dubitandi. Seruus optandus heres interim ab aliquo institutus potuit ex variis causis hereditatem non adire. Puta si contumacior esse voluisset in non adeundo, aut si non nisi fallens adisset, vt in *l. qui in aliena 6. §. vltim.* aliàs *l. eum qui. infr. de acquir. hered.* Aut si ante aditam hereditatem decessisset. Ergo nihil causæ est, cur hereditas amissa ob hoc quòd seruus non sit exhibitus æstimari debeat officio iudicis cùm nemo sit locupletior ob id solùm quod seruum habeat heredem ab alio institutum *l. precia rerum 63. inf. ad leg. falcidiam*, nam nec videtur rem amittere is cuius adhuc propria non fuit *l. non videtur rem amittere 83. de reg. iur.*

Dec. Plenissima indemnitas præstanda est actori cui mora facta est in exhibendo seruo *l. Iulianus 9. §. vlt & l prox sup.* Atqui negari non potest quin hereditatis damnum passus sit legatarius ob non exhibitum seruum per quem si exhibitus fuisset hereditatem sibi acquirere potuisset. Ergo hoc quoque hereditatis damnum æstimandum est in hac actione. Quomodo æstimatur etiam in actione legis Aquiliæ quamuis strictior illa sit, & pœnalis, *l. inde Neratius 23. in princ. sup. ad leg. Aquil. §. illud. Inst. eod.* Et quamuis aliud sit pauperiorem fieri, Aliud verò acquirendi occasionem amittere *l. quod autem 6. infr. quæ in fraud. credit. l. 5. §. si maritus infr. de donat. int. vir. & vxor.* Sicut & aliud est locupletiorem iam esse, Aliud verò locupletiorem fieri posse *d. l. precia rerum 63. ad leg. falcid.* Non eò minùs tamen damnum hereditatis æstimandum est cùm in hac actione veniat etiam id quod interest, in quo continetur, non tantùm quod mihi abest, sed etiam quod lucrari potui *l. si commissa 3 infr. rat. rem haber.* hoc est, vt interpretes nostri loquuntur, & damnum emergens & lucrum cessans, Dum ne nimis extra rem intersit, vt in *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem. infr. de action. empt.*

1 ¶Quo autem loco [a] exhiberi rem oporteat, vel cuius sumptibus, videamus. & Labeo ait, ibi exhibendum, vbi fuerit, cùm lis contestaretur, [b] periculo, & impendiis actoris [c] perferendam, perducendámve eo loci, vbi actum sit. Pascere planè seruum, [d] vestire, curare, possessorem oportere ait. ego autem arbitror, interdum etiam hæc actorem agnoscere oportere: si fortè ipse seruus ex operis, vel artificio suo solebat se exhibere, nunc verò cogitur vacare. Proinde & si [e] apud officium fuerit depositus exhibendus cibaria debebit adgnoscere, qui exhiberi desiderauit, si non solebat possessor seruum pascere. nam si solebat, sicuti pascit, ita & cibaria potest non recusare. Interdum tamen [f] eo loci exhiberi debet suis sumptibus, si fortè proponas, data opera eum in locum abditum res contulisse, vt actori incommodior esset exhibitio. nam in hunc casum, suis sumptibus, & periculo, debebit exhibere in eum locum, vbi agatur, ne ei calliditas sua prosit.

Ad §. 1. Quo autem.

a *Quo autem loco.* Ratio dubitandi. Stulta videtur quæstio Quonam loco exhiberi rem oporteat de qua exhibenda agitur, Cùm impossibile sit alio loco eam exhiberi quàm vbi est. Exhibitio si quidem præsentiam omnino præsupponit, & exigit.

Dec. Illud quidem certum est non in alio loco posse rem exhiberi, quàm vbi est cùm exhibetur. Sed potest fieri vt in alio loco sit exhibenda quàm in quo nunc est, id est, vt in alium locum perferenda sit aut perducenda, vt cùm perlata vel perducta fuerit ibi exhibeatur. Et ita hæc quæstio intelligenda est: Ideóque bene subiicit Vlpianus *vel cuius sumptibus.* Eadem enim ferè quæstio est, Quonam in loco exhibenda res sit, & cuius sumptibus, quoniam in alium locum perferri, vel perduci sine sumptibus non potest. Iunge *l. si res mobilis 10.* & quę ibi dixi *supr. de rei vindic.*

b *Cùm lis contestaretur.* Ratio dubitandi. Commodiùs videtur vtrique litigantium & expeditius vt eo in loco res exhibeatur in quo est eo tempore, quo res iudicatur. Quemadmodum supra diximus sufficere ei qui actione ista conuenitur vt habeat rei exhibendæ facultatem tempore ferendæ sententiæ, licèt antea non habuerit tempore litis contestatæ *l. signi 7. § si quis non possideat supr.*

Dec. In accipiendo iudicio & per litis contestationem quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit. inf. de pecul. l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. infr. de nouat.* Ergo qui cum actore exhibitionem petente litem cōtestatur, hoc ipso se obligat vt rem ibi exhibeat, Vt quemadmodum quale quid est cùm petitur tale dari debet *l. 2. inf. de vsur.* Ita & ibi dari debeat vbi petitũ est. Planè si malit actor exhiberi rē in eo loco in quo reperitur eo tempore quo iudicatur, audiẽdus est. Nam etsi res alibi esset, permitteretur tamen ei petere vt in eũ locũ vbi iudicatũ esset, perferretur aut perduceretur, dũmodò suis impensis suóq; periculo *l. nisi malit 11. sup. de rei vind. l. si in Asia 12. §. 1. inf. depos.* vbi dicitur, In depositi quoq; actione idem seruari, quia & in actione Adexhibendum idipsum obseruatur.

c *Periculo & impendiis actoris* Ratio dubitandi. In iure per litis contestationē quasi contrahitur, vt modo diximus. Ergo & periculo & impendiis rei non actoris exhibendo res est in eo loco in quo fuit tēpore litis contestatæ, ne alioquin in rei potestate sit eam rem perferēdo aut perducendo in aliũ locum ab ea se obligatione liberare, quam per improbam

conte stationem contraxerit. Tritum enim est neminem facto suo posse suam obligationem tollere *l. seruum 91. §. nunc videamus. inf. de verb. obli.* Præsertim cùm per litis contestationẽ omnes possessores pares fiant, id est prædones, & malæ fidei possessores *l. sed etsi 25. §. si ante. sup. de hered. petit.*

Dec. Potest fieri vt quis bona fide hoc iudicium Ad exhibendum, accipiat. Quod cùm accidit non est æquum vt re quam possidet interim liberè vti prohibeatur, eamq; quo velit aut perferre aut perducere, sicuti diximus. Et in petitione hereditatis, & in rei vindicatione cuius hæc actio præparatoria est, non debere bonæ fidei possessorem omnimodo mortalitatem pręstare etiam quę post litẽ contestatam acciderit aut propter metum huius periculi temerè ius suum indefensum relinquere *l. illud 40. in fin. pr. sup. eod. ill. tit. de hered. petit.* Planè si per calliditatem reus aliò rem transtulerit vt actori noceret potiùs quàm vt re sua vteretur, non debebit ei calliditas sua prodesse quominùs suo & sumptu & periculo rem exhibendam perferat & perducat eò loci vbi actum est, vt scriptum est in fine huius §. Extra hunc casum cùm actor ille sit qui exhibitionem postulat, & cuius gratia rem exhibere reus cogitur, æquum est ipsius actoris impendio & periculo rem exhiberi. Vt aliàs solet ad impensas & ad periculum teneri ille cuius gratia actus celebratur, sicuti ad hunc textum bene Baldus notat. Ex *l. 5. §. rem tibi dedi 12. inf. commodat. l. quoniam 11. C de testib.*

d *Pascere planè seruum.* Ratio dubitandi. Non potest exhiberi seruus qui in aliũ locum perducẽdus est vt exhibeatur, nisi interim pascatur, vestiatur, curetur. In necessarium sc antecedens. Ergo hæc omnia præstare debet actor cuius gratia exhibitio fit non possessor qui mallet non exhibere secundum id quod proximè diximus. Dec. Ad onus actoris ea tantùm pertinent quæ alioqui reum, eundémque possessorẽ oneratura essent. Nemo enim alieni lucri causa damnum vllum suscipere aut pati cogitur *l. non est cogendus 53. inf. ad SC Trebell.* Atqui non ob id magis oneratur possessor contra quem exhibitio postulatur quod seruum exhibendum & aliò loci perducendum interim pascere, vestire, & curare teneatur, Quãdo eadem ipsa præstaret etiamsi exhibitio non postularetur, Vt proinde non possit conqueri quod actoris gratia in aliquo supra solitum oneretur. Vnde fit vt si maiores sumptus in itinere fieri necesse sit, quam facturus esset seruus in domo possessoris, hos quoq; id est quantò maiores ab actore agnosci oporteat: Argumẽto eius quod apud Vlp statim sequitur, Interdum quoq; actorẽ etiam integros itineris sumptus agnoscere oportere, Vt puta, si fortè, inquit, ipse seruus ex operis suis vel ex suo artificio solebat se exhibere, nũc verò cogitur vacare, Nempe quoniam aliter ius constitui non posset citra iniuriam possessoris, qui nullum ex eiusmodi exhibitione damnum pati debet, vt Cassianum illud perpetuò obseruetur *Cui bono?*

e *Proinde etsi.* Ratio dubitandi. Cùm apud officium depositus est seruus exhibendus, verum tamen est nondum exhibitũ eum fuisse, nec ferè iam nisi per reum stare quòminùs exhibeatur. Ergo vel solius possessoris vel saltem communi vtrinsq; & actoris sumptu interim ali, vestiri & curari debet. Depositum enim hoc vtrinsq; gratia fieri videtur, quasi litigatores singuli deposuisse in solidum videantur *l. licèt 17. §. 1. inf. deposit.* Dec. Quandiu non est exhibitus seruus, exhibẽdus est, & quidem ad postulationem, & vtilitatem actoris. Ergo ipsius sumptu & periculo secundum ea quæ iam diximus: Scilicet eo casu quo seruus hic solebat ex operis suis vel ex suo artificio se exhibere. Id enim est quod textus habet *si non solebat possessor seruum pascere.* Nam si solebat, inquit, sicuti pascit ita & cibaria recusare non potest. Sic namque lego non vt vulgo per inuersionem *potest non recusare.* Aliud siquidem est posse non recusare, Aliud verò, non posse recusare.

f *Interdum tamen.* Ratio dubitandi. Non facit dolo qui pendente lite vtitur iure suo, & rem quã possidet aliò perfert perducitve quò vult creditor *l. 52. inf. de act. empt. l. illud 40. in fi. principij. supr. de hered. petit.* Ergo non eò magis onerandus est vt suo sumptu & periculo eam rem exhibere cogatur in illo loco vbi fuit lis contestata. Dec. Nemini calliditas sua prodesse debet, præsertim verò in alterius iniuriam *l. 1. l. ne ex dolo 12. sup. de dolo. l. procurator 11. §. 1. inf. de doli mali except. l. si duo 5 sup. si quis caution. l. verum 63. §. hoc quoque infr. Pro socio.* In proposito autem casu ponimus possessorem aliò rem transtulisse, non vt iure suo vteretur, sed callidè & dolo malo ac data opera vt incommodior actori esset exhibitio *l. si verò 12. supr. de rei vindic.* Eadem distinctio adhibetur, cùm quæritur vbi præstanda sit res quæ legata est *l. cùm res 47. in pr. inf. de leg. 1. l. cùm seruus 39. eod.*

2 ¶ Si de pluribus[a] rebus quis conueniatur, & litis contestatæ tempore omnes possedit, licèt posteà quasdam desierit, quamuis sine dolo malo, possidere, damnandum, nisi exhibeat eas, quas potest.

Ad §. vlt. Si de pluribus.

a *Si de pluribus.* Ratio dubitandi. De pluribus rebus simul exhibendis acceptum iudicium vnicum est, non tot iudicia quot sunt res exhibendæ, sicut & iudicium Communi diuidundo vnum est quod de pluribus, imò de omnibus rebus communib. acceptum fuit *l. in iudicium 13. sup. tit. 1.* Itemq; vnum Familiæ erciscundę iudicium sumi potest de pluribus hereditatibus quæ inter eosdem sint communes etiã ex diuersis causis *l. heredes 25. §. de pluribus. sup fam. ercisc.* Quòd si vnicum iudicium est, Ergo & indiuiduum *l. in hoc iudicio 27. eod. tit.* Atqui nõ potest condemnari reus earum rerum nomine quas possidebat litis cõtestatæ tempore si posteà sine dolo malo easdem possidere desierit *l. 3. §. si quis cùm iudicij. sup. hoc tit.* Ergo nec si eas non exhibeat quas adhuc possidet, ne vnum idemq; iudicium diuerso iure censeatur contra *l. eum qui ædes 23. infr. de vsucap.* & eiusdem personæ absolutionem contineat & condemnationem. Dec. Nihil vetat de pluribus simul rebus accepto hoc iudicio absolui reum pro quibusdam rebus, pro aliis verò condemnari cùm vna res aliis non cohæreat, vt in *l. etiam 29. §. 1. supr. de minor.* nec eadem sit causa vincendi in omnibus. Nam quæ ratio facit vt absolui reus debeat pro rebus quas post litem contestatam desiit sine dolo malo possidere, Nimirum quia nec eas exhibere potest, nec dolo fecit quominùs posset, Eadem efficit vt condemnari debeat pro cæteris rebus quas adhuc possidet, ac proinde quas exhibere si velit potest. Non enim quod alias exhibere non potest impe-

impedit quominus has possit. Denique diuersitas reium & respectuum, vt philosophi loquuntur, inducit diuersitatem iuris, omnémque absurditatem & contradictionem excludit.

a 12. PAVLVS libro 26. ad Edictum.

De eo exhibendo[s], quem quis in libertatem vindicare velit huic actioni locus esse potest.

Ad l. De eo 12.

a *De eo exhibendo.* Ratio dubitandi ex *l. si liber homo 13. inf. hoc tit.* vbi dicitur de exhibendo homine libero qui ab aliquo detineatur competere interdictum De libero homine exhibendo, De quo in *Tit. 29. lib. 43 Pandect.* Vbi autem interdictum sufficere potest non competit hæc actio *l. 3. § si quis extra heredem sup. hoc tit.* Præsertim cùm hæc actio non aliter vtilis esse videatur, quàm cùm pecuniariter interest *d. l. 13.* Hic verò pecuniariter non interest, quamuis beneficio adfici hominem intersit hominis *l. si venditor 6. §. 1. & l. 7. supr. de seru. export.*

Dec. Potest fieri vt hoc casu etiam pecuniariter intersit actoris exhiberi eum quem vult in libertatem vindicare. Idq; ex variis caosis, quæ ex casibus emergentibus facilè obseruari possunt. Ideóque non ait Paulus *huic actioni locum esse omnimodo* aut quod effectu idem esset, *necessariam esse hanc actionem*, sed tantùm huic actioni locum esse posse, Quod vt verè dictum videri possit satis est aliquo casu locum habere hanc actionem, arg. *l. Stichus 39. in fin. inf. de manum. test. l. heres 21. § cùm & tu inf. de fideiuss.* Obserua tamen in *d. l. 13. infr.* non esse scriptum *pecuniariter* sed *peculiariter*, id est peculiari ac singulari quodam iure, vt ibi explicauimus. Potest autem & pecuniariter & peculiariter interesse actoris, puta patroni libertum exhiberi, vt possit eum vindicare in libertatem, si quis fortè alius eum possideat quasi seruum. Et ita sanè intelligi hîc locus debet.

1 ¶Et filiusfamilias[a] ea actione tenetur, si facultatem rei exhibendæ habet.

Ad §. 1. Et filiusfamilias.

a *Et filiusfamilias.* Ratio dubitandi. Inanis est actio quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. supr. de dolo.* Atqui filiusfamilias non habet vnde soluat, cùm quicquid acquirit acquirat patri ita vt ne minimo quidem temporis momento acquisitio in ipsius persona consistere videatur *l. placet 79. de acquir. hered. l. 1. inf. si quis à parent. manum. sit. l. lex Cornelia 28. ante finem De vulg. & pup. subst.* Frustra ergo est dicere filiumfamilias actione ista teneri tametsi exhibendæ rei habeat facultatem, Præsertim cùm detur hæc actio ei tantùm cuius interest, & ad id tantum quod interest *l. 3. §. sciendum & §. si mecum & l. 7. § vlt. sup. l. pen. inf.* Quid autem interest habere obligatum aut condemnatum eum qui nihil habeat?

Dec. Non est inutilis hæc condemnatio filiifamilias quia poterit mandari executioni cõtra eum quandocunque factum sui iuris *l. si dubitet 10. §. filiusfamilio inf. de fideiuss.* Vnde est quod filiusfamilias ex alia etiam qualibet causa conueniri potest & condemnari *l. filiusfamilias 39. de oblig. & action.* Et verò si filiusfamilias qui rem alienam possidet, non posset Ad exhibendum conueniri, quis obsecro conueniretur? Nec enim quod filiusfamilias possidet etiam pater possidere intelligitur, nisi ex causa peculiari *l. 1. § item acquirimus l. 4. de acq. poss.* Nempe quia possessio magis facti est quàm iuris *l. 1. § si vir vxori. cod. l. denique 19. ex quib. caus. maior. l. 1. § Scaeuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Quæ autem sunt facti non transeunt à filio ad patrem, vt neque à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Vnde etiam est quod in factum actiones omnes filij quoque familiatum possunt exercere *l. in factum 13. inf. de oblig. & action.*

2 ¶Sæpius[a] ad exhibendum agenti, si ex eadem causa agat, obstaturam exceptionem, Iulianus ait. Nouam autem causam[b] interuenire, si is, qui vindicandi gratia egisset, post acceptum iudicium eam ab aliquo accepit: & ideò exceptionem ei non officere. Item, si ei, qui furti acturus, ad exhibendum egisset, iterum furtum factum sit. Denique si quis optandi gratia ad exhibendum egisset, & post litem contestatam, alterius testamento optio data sit: ad exhibendum agere potest.

Ad §. 2. Sæpius.

a *Sæpius.* Ratio dubitandi. Hæc actio Ad exhibendum datur omnibus quorum ex iusta & honesta aliqua causa interest, siue vindicaturus quis sit siue optaturus, siue interdicturus aut deniq; noxali iudicio acturus *l. 3. §. sed & si quis sup. l. pen. inf. hoc tit.* Atqui eius cuius semel interfuit rem exhiberi semper interest quandiu res exhibita non fuit. Ergo dicendum est eidem sæpius Ad exhibẽdum agere licere.

Dec. Singulis controuersiis singulas actiones vnumque iudicati finem sufficere placuit. Ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, Maximè si diuersa pronunciarentur *l. singulis 6. inf. de except. rei iudic.* vbi quod dicitur ex hoc nasci frequẽtem exceptionem rei iudicatæ, sic accipi debet vt ex eadem ratione nascatur exceptio litis cœptæ & non finitæ, Quæ tantundem potest ad litis ingressum impediendũ, vt pragmatici loquuntur, quantum exceptio rei iudicatæ. Ne pro vna eadémque re diuersis iudiciis quis adstringatur. Eandem igitur agendi causam subesse oportet ad inducendam exceptionem litis cœptæ, quam pragmatici vocãt, litispendentiæ, de qua sola hîc agitur, quia nec nascitur exceptio rei iudicatæ nisi cùm agitur iterum ex eadem causa ex qua iam actum fuerit *l. si mater 11. §. eandem l. cùm quæritur 12. & seqq. eod. tit. de except. rei iudic.* Et ita intelligi debet quod scriptum est in *l. 3. C. hoc tit.* cõmutatione litis aliam rẽ esse incipere. Scilicèt cùm litis materia commutatur, & noua lis fit ex noua causa.

b *Nouam autem causam.* Ratio dubitandi. Qui rẽ aliquã in iudiciũ deducit, oẽs causas ex quib intentionẽ suã fũdare potest deducere intelligitur *d. l. si mater 11. in pr. & §. 1. inf. de except. rei iud.* Ergo distinguẽdũ nõ est an ex eâdẽ an ex alia causa iterũ agatur. Dec. Nõ potest videri in iudiciũ venisse id q post acce-

ptum indicium accidisset. Ideoq; noua interpellatione & actione opus est *l. non potest 23. sup. de iudic.* Ponimus autē in omnibus speciebus quæ in hoc §. tractātur, nouā causam superuenisse, Puta si is qui vindicādi gratia egisset Ad exhibendū. posteà rem à domino accepisset atq; ita factus esset dominus, qui anteà non erat. Itē si ei qui furti acturus Ad exhibendum egerat, furtum iterum factum sit. Denique si quis optandi gratia Ad exhibendum egisset, ac post litē contestatam, alterius testamento eidem optio data esset, vbi obseruandum est quod lex ait *post litem contestatam* non autē *post rem iudicatam* vt appareat non de exceptione rei iudicatæ sed de exceptione litispendentię tutū hunc §. intelligi debere. Itaque videntur quidem omnes causæ in iudicium deductæ quæ iam tùm accepti iudicij tēpore competebant nisi ad vnam aut ad quasdam ex pluribus actor suam intentionem restrinxerit *d. l. 11. §. si quis autem De except. rei iudic. l. vl. C. de annal except.* Maximè si vindicationis iudicio agatur, quia qualecunq; & vndecunq; dominium acquisitum actor habuerit vindicatione prima totum id in iudicium deduxit *d. l. 11. §. eandem vers. itaque in fin.* Nempe quia non vt ex pluribus causis deberi quid nobis, ita & nostrū esse potest *l. non vt ex pluribus 159 de reg. iur.* Sed si noua causa post litem contestatam superuenerit nunquam ea deducta in iudicium fuisse intelligitur, quia nec deduci potuit *d. § eandem & seq* Quòd maximè obtinet in actione Ad exhibendū quæ nec aliter cōpetit, quàm si certā causam actor exprimat, ex qua dicat sua interesse rem exhiberi. Id est, an quasi vindicaturus, An quasi interdicturus vtrubi aut noxali iudicio acturus, vt proinde in hac actione non tā inspici oporteat vtrum noua causa superuenerit quàm vtrum alia causa sit licèt non noua petendæ exhibitionis, Nisi cùm eadem proponitur causa generalis: Puta si is qui Ad exhibendum egerat tanquam vindicaturus aut optaturus aut noxali actione acturus, Iterum velit agere Ad exhibendum tanquam rursum vindicaturus aut rursum optaturus aut rursum noxali iudicio acturus sed ex alia causa. Aliam enim illam causam hoc casu non solùm aliam sed etiam nouam esse oportet ac quæ superuenerit vt non obstet exceptio litis cœptæ.

3 ¶Si quis ex vuis [a] meis mustum fecerit, vel ex oliuis oleum, vel ex lana vestimenta, cùm sciret hæc aliena esse: vtriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est.

Ad §. 3. Si quis.

a *Si quis ex vuis.* Ratio dubitandi. Vinum à te ex vuis meis factum non potest ad vuas reduci, nec oleum ad oliuas, nec frumentum ad spicas, nec mulsum in vinum & mel resolui. Ergo secundùm mediam sententiam Ercifcundorum quæ contra Proculianos & Sabinianos tandē obtinuit, dicendum est vinum meum non esse nec oleum nec frumentum sed tuum, quòd tu id feceris, quamuis ex mea materia *l. adeò 7. §. cùm quis inf. de acq. rer. dom. §. cùm ex aliena Inst. de rer. diuis.* Dec. Paulus cuius hæc lex est sicuti Sabinianus fuit, ita eam semper sententiam probauit, vt quicquid ex re mea fit, meum esse omnimodo debeat, Contrà quàm Proculiani & Ercifcundi senserint. Quod cùm ita sit tollenda proculdubio sunt ex hoc §. verba illa *cùm sciret hæc aliena esse*, vt meus Faber Institutor aliquando docebit. Nec enim prudentes veteres in hac quæstione vnquam distinxerunt an bona vel mala fide quis ex alienis vuis vinum fecerit aut ex alienis oliuis oleum, aut ex alienis spicis frumentum. Sed omni casu Sabiniani putabāt eius esse speciem cuius materia fuisset, Proculiani verò eius qui fecisset: Ercifcundi, denique distinguebant vtrum species ad priora sua initia redigi posset an non, vt si posset Sabinianorum sententia obtineret, si non posset Proculianorum. Cùm ergo iuxta Sabinianorū sententiam Paulus qui Sabinianus fuit, crediderit speciem ex aliena materia factam ad materiæ dominum omnimodo pertinere, mirum non est dare illum domino materiæ actionem Ad exhibendum cui dabat etiam vindicationem. Iunge quod idem Paulus scribit in *d. l. quæsitum 78. §. illud De legat.* Alia sanè sententia est *l. solum 49. §. 1 sup. de rei vind.* quàm tamen hîc Accursius adducit. Aliud enim est dicere, Id quod ex re mea superest meum esse vt ibi dicitur. Aliud verò id quod ex re mea fit, quomodo hîc Paulus loquitur.

4 ¶Si post iudicium [a] acceptum homo mortuus sit, quamuis sine dolo malo, & culpa possessoris tamen interdū tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit, per eum non effectum, quo minùs tunc, cùm iudicium acciperetur, homo exhiberetur. tantò magis, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.

Ad §. 4. Si post iudicium.

a *Si post iudicium.* Ratio dubitandi. Absoluendus est reus qui post acceptum iudicium desiit possidere sine dolo malo rem quàm possidebat tempore litis contestatæ, quia fieri non potest, vt exhibeat rem quam penes se non habet, quamuis possit ei imputari cur non statim restituerit sed secum litem contestari passus sit *l. tigni 17. §. si quis cùm iudicij supr. eod.* Atqui homo post acceptum iudicium mortuus neque possidetur amplius neque exhiberi potest per rerum naturam. Ergo absoluendus est omnimodo reus, Præsertim si facto suo perierit æquè apud actorem fuisset interiturus *l. si in Asia 14. §. 1. infr. depos.* Ponimus enim periisse hominem postquam reus sine dolo malo desiisset eum possidere. Alioqui teneretur vtique etiam perempto homine, Non quasi possidere videretur seruum iam mortuum (nec enim dolus pro possessione esse hoc casu potest) sed quia dolo malo desiisset possidere. Idemque esset etiamsi non dolus sed culpa tantùm possessoris in amittenda serui possessione interuenisset. Nam in omnibus iudiciis post litem contestatam etiam culpam præstare possessor debet, propter illam præcedentem culpam quæ potest ei imputari quod secum litem contestari passus sit.

Dec. Non omnimodo debet possessor mortalitatem præstare etiam quę post litē contestatam cōtigerit, ne alioquin huius periculi metu inde sensum ius suū relinquere cogatur *l. illud 40. in fi pr. sup. de hered pet.* Sed interdū tamen aliud est, Puta si eo tū sit actorē si restituta ei res fuisset tempore litis conte-

statæ

ſtatæ eam cem alij diſtracturum fuiſſe atq; ita mortalitatis periculo ſe liberaturum, vt in *l. item ſi verberatum* 15 §. *vlt.* vbi dixi *ſup. de rei vind. l. cùm res* 47. §. *vlt. de legat.* 1. Id enim eſt quod dici ſolet, Ex mora etiam quæ per interpellationem extraiudicialem non per litis conteſtationem contracta ſit, perpetuari obligationem, & rei debitæ periculum ad debitorem pertinere *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur.* & §. *vltim. infr. de verb. oblig. l. in actionibus* 5. §. *planè inſr. de in lit. iur.* nempe quia credendus eſt actor fuiſſe diſtracturus ſi ei reſtituta res fuiſſet, niſi probetur res ita & tam citò poſt moram periiſſe vt diſtrahi non potuiſſet. Alium caſum adfert hîc Paulus ſi homo cuius exhibitio petebatur ex eo caſu perierit, qui non incidiſſet, ſi exhibitus iam fuiſſet: Quæ ſpecies minorem habet dubitationem. Cùm non poſſit hoc caſu reus obtendere rem æquè fuiſſe perituram penes actorem, Quæ potiſſima illorum ratio erat, qui naturalem rei interitum ad actorem pertinere volebant *d. l. ſi in Aſia* 14. §. 1. *inf. depoſ.* Illud ſanè conſtat tam ex hoc §. quàm ex *l. vtique* 16. *ſup. de rei vind.* Paulum ex iis fuiſſe qui nec ad actorem nec ad poſſeſſorem periculum omnimodo reſpicere putabant, ſed iuſtis quibuſdam diſtinctionibus totam rem hanc temperandam, iunge *l. quod te* 5. *inf. de reb. credit.*

5 ¶ Si iuſta ᵃ ex cauſa ſtatim exhiberi res non poſſit: iuſſu iudicis cauere debebit, ſe illo die exhibiturum.

Ad §. 5. Si iuſta.

a *Si iuſta.* Ratio dubitandi. Hæc actio ſemper præparatoria eſt alterius actionis, vt ſtatim atque res erit exhibita poſſit actor aut vindicatione, aut interdicto, aut noxali actione experiri *l. 1. & 2. & paſſ. ſup.* neque tenetur actione iſta is qui exhibendæ rei non habet facultatem nec ſi poſſideat *l. Celſus* 5. §. *vlt. ſup.* Ergo qui ſtatim exhibere non poteſt ſi hac actione conueniatur, abſoluendus eſt.

Dec. Poteſt fieri vt res de cuius exhibitione agitur ſtatim exhiberi non poſſit, iuſtáque cauſa ſit exhibitionis neceſſariò differendæ. Quod cùm accidit neque ſtatim abſoluendus, neque ſtatim damnandus eſt reus, ſed arbitrio iudicis iubendus cauere ſe illo die quem iudex præſtituerit exhibiturum § *ſi ad exhibendum, Inſtit. de offic. iudic.* Itaque cautio hoc caſu pro iuſta præſtatione eſt, vt in *d. l.* 5. §. *vlt.* vbi dixi *ſupra.*

6 ¶ Heres ᵃ, non quaſi heres, ſed ſuo nomine hac actione vti poteſt. Item heres poſſeſſoris ſuo nomine tenetur. Igitur non procedit quærere, an heredi, & in heredem danda ſit Planè ex dolo defuncti ᵇ danda eſt in heredem hæc actio, ſi locupletior hereditas eo nomine facta ſit: veluti quòd pretium rei conſecutus ſit.

Ad §. 6. Heres.

a *Heres.* Ratio dubit. Succedit heres tanquā heres in omnia iura quę defunctus habuit *l. hereditas* 62. *de reg. iur.* & actiones omnes quæ defuncto competebant, ſtatim eo mortuo tranſeunt in hereditatem, & fiunt hereditariæ, vt ab hereditate tranſire poſſint in heredem *l. 1.* §. *Scæuola inf. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ. l. cùm heredes* 23. *de acquir. poſſeſſ. l. 1. & tot. tit. C. de hered. action.* Ergo actio Ad exhibendum quæ competebat defuncto etiam in heredem tranſit vt eā poſſit quaſi heres exercere, vt in *l. Celſus* 5. *in princ.* & *l. ſi ad exhibendum. ſup.* Dec. Agere poteſt hac actione proprio nomine quilibet cuius intereſt dummodò ex aliqua earū cauſarum, de quibus ſuprà diximus, id eſt ob eam cauſam quod poſtmodum vindicaturus ſit aut interdicto aut noxali iudicio acturus *l. 5. ſup.* Ergo quamuis intererſit heredis ex cauſa hereditaria, & ob id ſolùm quod heres ſit illius qui Ad exhibendum agere potuit, non agit tamen tanquam heres, ſed proprio nomine, id eſt, quia ipſius proprio nomine intereſt, non quia defuncti intererfuit. Nam etiam ſi intereſſuiſſet defuncti, ſi tamē heredis intereſſe deſiiſſet, non haberet hanc actionem. Similiter heres poſſeſſoris quamuis teneatur omnibus actionibus hereditariis, quæ cōtra defunctum competebant, & quidem tanquam heres *d. l. vlt. C. de hered. act.* Nunquam tamen actione iſta tenetur tanquam heres, ſed tantùm ſuo nomine. Ob id ſcilicèt quòd habeat exhibendæ rei facultatem. Nec enim poſſet cōueniri tanquam heres ob id ſolùm quòd defunctus habuiſſet poteſtatem exhibendi ſi heres ipſe non haberet: Porrò cùm habet iā nulla ratio eſt cur quaſi heres conueniatur, cùm poſſit conueniri proprio nomine, quomodo conueniretur vtiq; etiamſi heres non eſſet *d. l. ſi ad exhibendum* 8. *ſup.* Et ita debet accipi quod ſcriptum eſt in *l. 5. in princ. ſup.* ſi is qui merces vehendas conduxerat, eáſque in horreo alieno poſuerat, deceſſerit relicto herede, poſſe cum herede agi Ad exhibendum, nēpe vt teneatur ille proprio nomine non tanquā heres, quippe quod proprio nomine facultatem habeat exhibendarum mercium, licèt facultatē illam ideò habeat quòd ſit heres cōductoris, cùm ius conductionis tranſeat in heredē *l. 4. C. de collat.* Igitur nullus in hac actione quæſtioni locus relinquitur An competat heredi, aut in heredem: Quod certè valde ſingulare eſt in hac actione; Vt & illud de quo in *l. cùm ſeruus* 16. *inf.* Quod actiò Ad exhibendum vtilis nulla eſt, quamuis Accurſ. ibi contrà putet.

b *Planè ex dolo defuncti.* Ratio dubitandi. Actio Ad exhibendum non datur ob dolum, ſed ad hoc tantùm vt res exhibeatur; & ob eam cauſam immediatam quod reus habeat exhibendæ rei facultatem *d. l. 5. in fine princ.* vbi dixi *ſup. hoc tit.* Non ergo ob id magis poteſt quis teneri Ad exhibendum quòd defunctus in dolo fuerit.

Dec. Turpia lucra omnia heredi extorquenda ſunt ne alieno ſcelere ditetur *l. 5. ſupr. de calumniat. l. quod diximus* 16. *in fin. ſup. quod met. cauſ. l. ſicuti* 38. *de reg. iur. l. vnic. C. ex delict. defunct.* Ergo ſi ex dolo defuncti locupletior hereditas ad eū peruenerit, puta quòd defunctus dolo malo conſecutus eſſet precium alicuius rei ad ſe non pertinentis, æquum eſt vt eo nomine teneatur Ad exhibendum, id eſt ad exhibitionem precij quod defunctus nullo iure ac dolo malo conſecutus fuerit: Nam cùm eam pecuniam quàm defunctus accepit heres non habeat, non poteſt teneri vtique Ad exhibendum nomine proprio, ſed cùm tamen habeat hereditatem tantò locupletiorem ex dolo defuncti, teneri debet tanquam heres. Eſt igitur vnus & ſingularis hic caſus in quo actio Ad exhibendum eſt hereditaria, & tanquam hereditaria contra heredem poſſeſſoris datur, quamuis non poſſidentem.

13. GAIVS libro ad Edictum Prætoris vrbani titulo de liberali causa.

SI liber homo[a] detineri ab aliquo dicatur: interdictum aduersus eum, qui detinere dicitur, de exhibendo eo potest quis habere. nam ad exhibendum[b] actio in eã rem inutilis videtur: quia hæc actio ei creditur competere, cuius peculiariter interest.

Ad l. Si liber homo 13.

a *Si liber homo.* Ratio dubitandi. Neque actiones, neque interdicta comparata sunt de iis rebus quæ non sunt in hominum commercio, In quarum numero constat esse hominem liberum *l. 4. 5. & 6. l. liberi hominis 70. inf. de contr. empt.* Ergo de libero homine etiam qui ab alio detineatur non magis interdictum competere potest quàm actio.

Dec. Frequenter contingebat olim vt liber homo tanquam seruus possideretur, quia difficilè poterat dignosci liber homo à seruo *d. l. 5. de contr. empt.* Ob eam causam propositum fuit à Prætore interdictum De homine libero exhibendo, De quo *lib. 43. tit. 29.* tuendæ scilicet libertatis gratia, quoties vellet quis hominem liberum ab aliquo detentum quasi seruum in libertatem vindicare.

b *Nam Ad exhibendum.* Ratio dubitandi. Actio Ad exhibẽdum datur ad id quod actoris interest *l. 3. §. sciendum & §. si mecum. sup. h. t. l. pen. inf.* Atqui hominẽ beneficio adfici & in libertatem vindicari, interest hominis *l. si venditor 6. §. 1. & 7. inf. de seru export.* nec minùs habẽda ratio est honestæ adfectionis, quam lucri pecuniarij *l. si ea emptione 35. sup. de minor. l. 1. §. & aliàs videamus. inf. si quid in fraud. patron. l. cùm seruus 54.* Ergo nõ minùs dãda est hæc actio Ad exhibẽdum pro libero homine in libertatẽ vindicando, quàm pro lucro pecuniario. Dec. Hæc actio nõ est vtilis nisi cũ est necessaria, tãquam quæ à Prætore inducta sit ex necessitate tãtùm, vt actori copia esset de iure suo experiũdi, quæ aliàs nõ foret *l. 2. sup.* Atqui nõ potest videri necessaria ei cui sufficere potest interdictũ *l. 3. §. si quis extra heredem. sup.* Ergo neq; danda vllomodo est. Præsertim cùm nec ad aliud detur quã ad id quod actoris interest pecuniariter si vulgarã huius loci lectionẽ sequare, quia omniũ actionũ finis desinit in condemnationem pecuniariã, vt iudicati aliqua executio fieri possit *l. 4. §. ait Prætor inf. de re iudic.* nec proinde datur vlla actio nisi ei cuius pecuniariter intersit si excipias præiudiciales actiones quę de statu dantur nec tã propter se quam propter aliud iudicium quod eas subsequi solet, vt docebit noster Faber institutor ad §. *præiudiciales Instit. de action.* Porrò vt homo liber in libertatẽ vindicetur non interest pecuniariter, sed tantùm adfectionis causa, & ratione publicæ vtilitatis ad quã maximè pertinet vt cuiusque liberi hominis libertas defendatur & conseruetur. Et vt liberis hominibus ciuitas repleatur *l. 1. solut. matr.* Planè aliquo casu potest fieri vt etiã pecuniariter intersit. Quod cùm accidit potest etiam hoc nomine agi Ad exhibendum *l. 2. prox in princ. sup.* Et hæc quidem obtinent si vulgatam lectionem teneas, quæ habet *pecuniariter* ? Hoc sensu videlicet vt hæc actio nullì danda sit nisi ei cuius proprio ac peculiari quodam iure intersit. Vt autem liber homo qui ab alio tanquam seruus detinetur in libertatem vindicetur, nõ interest mea peculiari & propria aliqua de causa, sed in vniuersum quod intersit publicè tueri libertatem *l. 1. §. 1. de hom. lib. exhib.* Potest tamen mea interesse peculiariter. Puta si tu quasi seruum tuum possideas libertum meum quem ego ex iusta seruitute manumiseram. Etsi enim dici solet non esse locupletiorem eum, qui libertum acquisiit, negari tamen nõ potest quin patroni intersit peculiariter libertum habere nec pati vt cuiusquam seruus existimetur qui & liber & libertus est, Imò etiam pecuniariter ob operas & obsequia quæ libertus debet, Idem tractari potest in eo quem filium meum esse dico. Nam & hunc possum vindicare adiecta clausula *ex iure Quiritium l. 1. §. 1. sup. de rei vindic.* Cùm ergo possim eum vindicare in libertatem. Quidni potero etiam ipsius nomine agere Ad exhibẽdum. Erroris causam illud fortasse præbuit, quod existimarunt interpretes ea dictione *peculiariter* significari aliquid pertinens ad causam peculij quod nemo habere potest nisi seruus aut filiusfamilias, non etiam alius quilibet liber homo, etiam qui sit libertus, sed non ita est. Dixit enim hic Caius *peculiariter* pro eo quod est *peculiari singulari ac proprio quodam iure.* Ad differentiam interdicti De homine libero exhibendo quod nõ alia ratione datur, quàm quia in vniuersum intersit publicè defendi ab omnibus causam libertatis *l. 3. §. hoc interdictum omnibus competit. infr. ill. tit. de hom. lib. exhib.*

14. POMPONIVS libro 14. ad Sabinum.

SI vir nummos[a] ab vxore sibi donatos sciens suos factos non esse, pro re empta dederit: dolo malo fecit, quominùs possideat: & ideò ad exhibendum actione tenetur.

Ad l. Si vir nummos 14.

a *Si vir nummos.* Ratio dubitandi. Maritus qui nũmos sibi ab vxore donatos possidet licèt nullo iure possideat quoniam moribus interdictæ sunt donationes inter virum & vxorem *l. 1. & tot. tit. de don. inter vir. & vxor. l. 1. §. si vir vxori l. quod vxor 16. infr. de acq. poss.* Tamẽ non potest dici possidere dolo malo, cùm possideat ex suæ vxoris, eiusdémque dominæ voluntate *l. de eo 63. de don. int. vir. & vxor.* Ergo si hos nummos venditori dederit pro precio rei venditę, quamuis sciens suos factos non esse, non potest tamen videri dolo malo desisse possidere. Proinde nec ad exhibendum conueniri à muliere potest.

Dec. Non equidem possidetur dolo malo, quod ex causa interdictæ donationis possidetur licet nullo titulo ac proinde pro possessore possideatur *d. l. quod vxor 16.* Vnde est quod maritus iure sibi ab vxore donata malæ fidei possessor esse creditur in *l. si vxor 19. de donat. inter vir. & vxor.* Sed tamen qui desinit possidere tradendo alteri quod scit suum non esse, ac proinde quod ignorare non potest esse alienum, Vtique dolo malo desinit possidere, quippe qui non alia de causa videri potest desinere possidere, quàm vt vindicatione non teneatur, nec hoc tantùm (permittitur enim cuilibet dicere se non possidere, atque ita vindicationis iudicium effugere *l. vlt. de rei vindic.*) Sed quod grauius est vt vxori eriperet vindicandi facultatem. Teneri eum igitur æquum est actione Ad exhibendum tãquam qui dolo desierit possidere. Potest enim dolo desinere possidere etiam is, qui dolo nunquam possederit.

15. IDEM

15. IDEM libro 18. ad Sabinum.

Thesaurus [a] meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere, cùm eum loco non moueris furti quidem, aut ad exhibendum eo nomine agere rectè non posse me Labeo ait: quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quo minus possideres. vtpote cùm fieri possit, vt nescias eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum [b], iuranti non calumniæ causa id postulare, vel interdictum, vel iudicium [c] ita dari, vt si per me non steterit [d], quo minùs damni infecti tibi operis nomine caueatur, ne vim facias mihi, quo minùs eum thesaurum effodiam, tollam, exportem. Quòd si etiam [e] furtiuus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

Ad l. Thesaurus 15.

a *Thesaurus.* Ratio dubitandi. Datur mihi actio Ad exhibendum contra te si quid ex meo deciderit in tuum, nec patiaris me tollere *leg. 5. §. sed & si ratis & seqq. sup. hoc tit.* Quidni ergo etiã eo casu quo thesaurus meus in fundo tuo sit nec patiaris me effodere vt tollam? Nam ratio quę ponitur in hoc textu illis verbis, *quia neque possideres eum, neque dolo feceris quominùs possideres* non videtur bona, vt constat ex *d. l. 5. §. sed etsi de ruina. sup.* ibi *licet non possideas.* Præsertim cùm dominus fundi non ideò sit dominus thesauri qui ab alio in eo fundo recõditus est: quamuis dici soleat fundi esse quicquid terra in se tenet *l. fundi 17. inf. de act. empt.* De eo namq; intelligi id debet, quod terræ cohæret, & coalescit vt efficiat partem integralem fundi, In quo thesaurus nõ continetur impropriè sumptus, vt hîc & in *l. item Labeo 22. in pr. sup. fam. ercis.* Alioqui thesaurus propriè accepto nomine nõ potest h..berę dominum cùm nihil sit aliud, quàm vetus depositio pecuniæ cuius nõ extat memoria vt iam dominum non habeat *l. numquam nuda 31. §. 1. inf. de acq. rer. dom.* Dec. Hæc actio non datur nisi contra eũ, qui vel sic possidet, vt exhibere possit, vel dolo malo fecit ne possideret, vt nec posset exhibere, Vel denique qui licèt non possideat exhibendæ tamen rei habeat facultatem *d. l. 5. in pr. & §. vlt. & pass. sup.* Atqui tu licèt sis dominus fundi, in quo thesaurus meus absconditus est, thesaurum tamen ipsum non solùm non possides, neque dolo desiisti possidere, sed neque potes exhibere, etiãsi maximè velis, quia nescis in fundo tuo thesaurum meum esse, aut saltem in quo fundi tui loco sit, Et quamuis scires, dissimulare tamẽ deberes, non solùm ne curiosior videreris, vt in *l. doli 19. ad fi. infr. de nouat.* sed etiam ne in suspicionem incideres contrectati thesauri. Quæ res etiam te furti obligaret si modò lucri faciendi gratia contrectasses *l. 1. & pass. inf. de furt.* Proxima igitur causa & immediata propter quam in hac specie non tenearis Ad exhibendum huius thesauri mei nomine non illa est, quod neque possideas, neque dolo malo desieris possidere, sed quia non habeas exhibendi potestatem. In quo differt maximè hæc species ab iis de quib. in *d. l. 5. §. sed etsi ratis, & seqq. sup. hoc tit.* Et hoc est quod postremo loco addit hîc Pomponius *vtpote cùm fieri possit vt nescias eum thesaurum in tuo fundo esse,* quæ ratio etiam exhibendi facultatem excludit.

b *Non esse autem iniquum.* Ratio dubitandi. Iusiurandum non tantùm probationis vim habet *l. enim qui 30. inf. de iureiur.* sed etiam rei iudicatæ vicẽ obtinet, cùm is qui iurat in causa sua iudex constituatur *l. 1. in prin. infr. quar. rer. act. non det.* Atqui nemini permittendum est vt in causa sua, vel testimonium ferat *l. omnibus 10. C. de testib.* vel in causa sua iudicet, aut ius dicat *l. vnic. C. ne quis in caus. sua iudic. vel ius dic.* nisi cũ ab aduersario deferatur condicio *d. l. 1.* Ergo nõ sum in hac specie admittendus vt probem thesaurum meum in tuo fundo esse per meum iusiurandum, te inuito. Sed alias probationes adferre debeo, quibus deficientibus vincere debeas etiamsi nihil tu præstiteris, vt in *l. qui accusare 4. C. de edend.*

Dec. Iusiurandum de calũnia, de quo hîc agitur, non tam probationis, aut rei iudicatę vim obtinet quàm purgationis doli mali, ne quid per calumniã facere velle existimetur is qui acturus est, & interdictum, aut iudiciũ postulaturus. Nec enim cuiquã permittendum est vt alienum fundum ingrediatur & effodiat prætextu alicuius thesauri perquirendi, nisi priùs iuret se non calumniæ causa id postulare. Fuitq; hoc iurisiurandi genus frequentissimũ olim in exercendis litibus, vt dicemus ad *Tit. de iureiur. ex l. vlt. C. de fid. instrum.* Ideò fortasse quod sollenne sit litigatoribus pleraque per calumniam facere affirmare inficiari nisi huius iurisiurandi metu coerceantur. Nec alia vt puto fuit ratio cur hoc iusiurãdum in desuetudinem abierit, nisi quia ipsis rerum experimentis compertum est nihil nisi materiam periurij ex eo iureiurando accedere potuisse, cùm perdifficilis alioqui esse soleat probatio calumniæ, vt cæterorum omnium quæ in animo cuiusque consistunt *l. 5. § à barbaris inf. de re milit.*

c *Vel interdictum vel iudicium.* Sed quodnam interdictum aut quodnam iudicium. Nullum enim hac de re in libris nostris proditum est. Puto cum Accurs. esse nouũ interdictum & innominatum, sed simile illi, de quo in *l. hoc amplius 9. §. 1. infr. de dam. inf.* ne vis fiat domino thesaurum suum in alieno agro effodere volenti, quominùs effodiat, & thesaurum suum tollat, aufferat, exportet, si modò ante omnia caueat de damno infecto. Nam interdictum Vtrubi, de quo etiam Accurs. non videtur accommodatum, non quòd dominus thesaurum suum nõ possideat etiamsi nesciat in quo loco sit *l. peregrè 44. inf. de acq. poss. ff.* Sed quia interdictum Vtrubi nullã exigit cautionem de damno infecto, quam hoc interdictum requirit. Iudicium autem non aliud esse potest quàm in factum, cuius nulla certa forma est, sed talis qualem prætoris formula præscribit.

d *Vt si per me non steterit.* Ratio dubitandi. Nemo damnum ideò pati cogitur quod indemnitatẽ posteà sit consecuturus, arg *l. nemo ideò 171. de regul. iur.* Interest enim nostra sicuti non soluere ita nec dãnum pati potiùs, quàm repetere *l. 3. inf de compensat.* Atqui non possum in agro tuo thesaurum meũ effodere, tollere, exportare, sine agri tui detrimento. Ergo nec si paratus sim cauere tibi de damno infecto, dandum mihi est interdictum hoc aut iudiciũ, ne vim facias mihi, quominùs thesaurum effodiã, tollam, exportem. Dec. Quod vni prodest & alij non nocet facilè concedendum est *l. in creditore 38. in fi. inf. de euict.* nec tibi permittendũ est vt propter tuam malitiam & peruicaciam cogar ego re mea

caetere *l. in causa* 13. §. *interdum. sup. de minor.* Præsertim cùm huius cautionis remedio vtrique parti commodè prospici possit, vt in *l. ex his* 8. *in fin. inf. quæ in fraud. credit.* Iunge *l. si cùm mihi* 34. *sup. de dolo. l.* 5. §. *fin. de præscr. verb. l. quoties* 15. *in fin. sup. de seruit.*

c *Quod si etiam.* Ratio dubitandi. Furtum nihil aliud est quam interuersio possessionis vel vsus rei alicuius *l. 1. inf. de furt.* Arqui thesaurus in alieno agro absconditus non videtur possideri à domino, cùm ab eo qui agri dominus est prohiberi possit ne agrum ingrediatur, multò magis vt effodiat: quod neque per Prætorem ei licet, nisi præstita priùs cautione De damno infecto. Ergo non potest thesauri huius furtum fieri, nec proinde thesaurus furtiuus esse. Longéque alia ratio videtur esse thesauri huius & illius, quem quis in terra sua condidit custodiæ causa, & reuersus posteà locum thesauri memoria non reperit, de quo in *d. l. peregrè* 44. *in princip. de acquir. poss.* Ibi enim nihil obstabat domino thesauri præter infirmitatem memoriæ, quæ damnum possessionis adferre non debet. Hic verò illud potissimùm mihi obstat, quod in tuo fundo thesaurus meus est, nec possum ingredi fundum tuum te prohibente *l.* 3. §. 1. *de acq. vel. amitt.*

Dec. Etiam animo retinetur possessio *d. l. peregrè* 44. §. *vlt.* nec ob id amittitur, quòd alius possit prohibere ne eam possessor adprehendat, sed ita demùm si quis effectu prohibeat. Constat enim nos possidere donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi deiecti fuerimus *l. 3. l. si id quod* 25. §. *vlt. de acquir. poss.* Vbi additur idem esse si suspicemur repelli nos posse ab eo qui ingressus sit possessionem. Sed verè hoc dicitur, cùm tractatur de fundi possessione, quam alius ingressus est. Non etiam cùm de possessione thesauri, qui sit in alieno fundo: nec enim quod prohibes me tuum fundum ingredi, in quo sit thesaurus meus, facere potest vt thesaurum meum possidere incipias quem adhuc nescias in fundo tuo esse, aut saltem quo in loco sit. Itaque vetendum non est ne duo simul & in solidum eundem thesaurum possideamus, quomodo in fundi possessione contingeret.

16. PAVLVS libro 10. ad Sabinum.

CVm seruus [a] tenet aliquid: dominus ad exhibendum suo nomine tenetur. si autem seruus [b], citra scientiam domini, dolo fecit quo minùs habeat: vel furti actio, vel de dolo malo noxalis, serui nomine, danda est: ad exhibendum autem [c] vtilis nulla constituenda est.

Ad l. Cùm seruus 16.

a *Cùm seruus.* Ratio dubitandi. Exhibere facti est. Quæ autem facti sunt non transeunt à seruo ad dominum *l. qui heredi* 44. *inf. de condic. & demonstr.* Ergo pro re quam seruus tenet non potest dominus côueniri proprio nomine Ad exhibendum.

Dec. Cum seruo nulla actio esse potest, quia non habet caput in ciuitate, & pro nullo habetur *l. quod attinet* 32. *l. cum seruo* 107. *de reg. iur. l.* 3. §. *vlt. & l.* 4. *de capit. minut.* Nec rursus delictum vllum est serui tenentis eam rem cuius exhibitio postulatur dum ne furandi animo aut dolo malo. Necesse igitur est dari hoc casu actionem Ad exhibendum contra dominum proprio nomine, In cuius scil. potestate est, vt rem quam seruus tenet exhibeat, cùm & dominus ille sit qui possidet, & qui in potestate sua ficuti seruum ipsum habet. Ita & res omnes quas seruus tenet. Alia ratio est filiifamilias *l. de eo* 12. §. 1. *supra.*

b *Si autem seruus.* Ratio dubitandi. Dolus pro possessione est *l.* 131. *de reg. iur.* Maximè verò in hac actione Ad exhibendum *l.* 8. *l.* 9. *in pr. sup.* Ergo nihil interest an seruus tuus rem meã naturaliter teneat & habeat, An verò dolo malo desierit habere, & consequenter vtroque casu dicendum est te proprio nomine Ad exhibendum teneri.

Dec. Possessoris quidem dolus pro possessione est vt dolus eatenus autori suo noceat, nec sit impunitus. Sed seruus non ille est qui possidet, licèt corpore rem teneat. Ipsius enim corpore dominus solus possidere intelligitur *l.* 44. §. *vlt. inf. de acq. poss.* quia vera possessio licet magis facti sit quam iuris, plurimùm tamẽ habet iuris *l.* 49. *in pr. &* §. 1. *eod.* cuius omnino incapaces sunt serui *l.* 32. *de reg. iur.* Proinde non potest dolus serui facere vt dominus qui desiit possidere idipsum quod seruus dolo malo desiit possidere, habendus adhuc sit pro possessore. Tractamus enim de eo domino qui dolum serui non participauerit, & citra cuius scientiam seruus in ea re dolo malo versatus sit. Alioqui teneretur vtique proprio nomine, nec tantùm Ad exhibendum, sed etiam furti actione vel de dolo, nõ noxali *l.* 1. *& pass. sup. de noxal. act.* Cùm tamẽ quoties nomine serui & ex delicto ipsius conuenitur actio quæ contra dominum datur nõ possit esse nisi noxalis.

c *Ad exhibendum autem.* Ratio dubitandi. Sunt etiam vtiles actiones pleræque prætoriæ non minùs quàm ciuiles, cùm non magis edicti verbis quàm legis possint casus omnes comprehendi, & latiùs semper pateat æquitas, quæ sola vtiles actiones introduxit, quàm verba legis vel edicti, vt plura semper sint negotia, quàm vocabula *l.* 1. 2. 3. *&* 4. *l. quia actionum* 11. *& l. quoties* 21. *infr. de præscr. verb.* sic dicimus vtilem actionem negotiorum gestorum *l. actio* 47. *sup. de negot. gest.* Vtilem Publicianam, Vtilem hypothecariam, & alias huiusmodi quàm plurimas, quæ tamen sunt omnes prætoriæ.

1. Dec. Singulare ius est actionis huius Ad exhibendum vt directa semper sit, nunquam vtilis, nempe quia nunquam datur, nisi contra eum qui habeat exhibendæ rei facultatem, aut qui dolo fecerit quominùs habere possit qualis ille est qui dolo desiit possidere *l. ad exhibendum* 5. *C. hoc tit. l. tigni* 7. §. *vlt. sup. hoc tit.* Quisquis autem exhibendi potestatem habet, tenetur Ad exhibendum non solum suo nomine, sed etiã directa actione. Nullus ergo casus est, quo possit vtilis actio Ad exhibendũ esse necessaria, vt iam olim bene sensit Irnerius, licèt repugnet Accurs. Nam leges supradictæ quas Accurs. obiicit loquuntur quidem de actione Ad exhibendũ, sed directa non vtili. Imperatores autem in *l. pen. C. h. t.* de actione vtili quidem, sed Depositi non Ad exhibendum. Quòd si quando talis casus contingat in quo non possit actio illa habere locum, & tamen æquitas negotij postulet aliquam actionem dari, ne tùm quidem necesse est vtilem inducere: sed ad actionem in factum subsidiariam recurrendum est, vt in *l.* 3. §. *pen. l. Iulianus* 9. §. *Marcellus in*

Iu. in fi. vbi dixi, & ad *l. de eo 12. §. vl. sup. l. si heres 63. inf. de leg. 2.* ex quo loco apparet huiusmodi actionem in factum non ad exhibitionem dari, sed ad indemnitatē, vt ad alios supradictos locos notauimus.

17. VLPIANVS lib. 9. de Omnibus tribunalibus.

SI quis hominem [a] debilitatum exhibeat, vel eluscatum: ad exhibendum quidem absolui debet: (exhibuit enim, & nihil impedit directam actionem talis exhibitio:) poterit tamen agere actor ex lege Aquilia de hoc damno.

Ad l. Si quis hominem.

a *Si quis hominem.* Ratio dubitandi. Non videtur reddi res quæ deterior redditur *l. 3. §. 1. inf. commod. cū similib.* Ergo qui rem de qua agitur deteriorem exhibet, non eò minùs tenetur Ad exhibēdum, quasi nondum exhibuerit. Quomodo scriptum videtur in *l. Iulianus 9. §. sed si quis rē. sup. hoc tit.* Nihil enim refert an quid omnino non fiat, an nō eo modo quo fieri debat *l. quoties. 6. sup. qui satisd. cog. l. 2. de author. tutor.* Atqui negari non potest quin is qui seruum debilitatum vel eluscatum exhibet, deteriorem exhibeat & multò viliorem *l. pen. inf. de condict. tritic.*

Dec. Exhibitio serui debilitati & eluscati nō magis impedit actionem directam cuius præparatoria est actio Ad exhibendum, quàm si seruus neq; debilitatus esset, neq; eluscatus. Nec enim eò minùs idem ille est cuius exhibitio postulatur, vt cùm exhibitus fuerit vindicetur. Nulla ergo actio Ad exhibēdum superesse potest factaiam exhibitione quæ possit sufficere ad directum iudicium instituendū. Aliud probandum esset si deterioratio talis proponeretur quę formam & speciem, id est substantiam rei commutasset, Vt in exemplo quod adfert Vlp. in *d. §. sed si quis rem*, vbi dixi. An ergo impunitum erit factum eius qui exhibendum hominem etiam dolo malo debilitauerit aut eluscauerit? Minimè verò, sed contra eum de hoc damno agendum erit lege Aquilia: Quoniam aliud est De exhibitione agere, Aliud verò de damno dato, ac proinde separatis actionibus indemnitati actoris consulendum est. Illud verò etiam singulare in hac actione esse videtur, quod nescio an in alia vlla cōtingat, vt qui rem etiam dolo malo suo deteriorem factam exhibet, perinde satisfaciat vt ab actione ista liberetur ac si meliorem & preciosiorem exhiberet. Respicit enim factum exhibendi & substantiam non qualitatem rei exhibendæ. Sed non tamen liberatur à præstanda indemnitate *l. exhibitionis 7. C. hoc tit. d. l. si heres 63. de leg. 2. d.* ob idque competit in eum actio in factum, vt dixi ad *§. sed si quis.*

18. VLPIANVS libro 6. Opinionum.

SOlutione [a] chirographo inani facto, & pignoribus liberatis, nihilominùs creditor, vt instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quàm debitore exhibeantur, agere potest.

Ad l. Solutione 18.

a *Solutione.* Ratio dubitandi. Cùm chirographum per solutionem inane factum est, & pignora quoq; liberata sunt in consequentiam extinctæ principalis obligationis, nihil iam interest creditoris quis habeat instrumenta ad eum contractum pertinentia. Ergo non potest habere actionem hanc Ad exhibendū quæ nunquam datur nisi ei cuius interest *l. 3. § sciendum. & §. si mecum sup. hoc tit.* adeoque peculiariter non in cōmune *l. si liber homo 13.* vbi dixi *sup.*

Dec. Interest creditoris habere tabulas quamuis inanes factas, Vel ob hoc ipsum quod eas debitori restituere cogitur, & in necessarium antecedens exhibere *l. vlt. C. eod. iunct. l. 3. § si mecum sup.* Item quia plerumque calumniantur debitores qui soluerunt quasi indebitum soluerint l. 27. *inf. de furt.* Nihil ergo causæ est cur cum Cuiacio legem hanc emendemus, & pro *creditor* reponamus *debitor*, & mox *creditore* pro *debitore*, vt pluribus à nobis demonstratum est *lib. 5. Coniect.*

b *Ab alio quàm debitore.* Nam contra debitorem ipsum non potest creditor agere Ad exhibendum, cùm nihil eius intersit. Nec enim verendum est vt debitor dicat se indebitè soluisse pecuniam, cuius tabulas penes se habeat. Neque enim fas vt debitor petat sibi restitui tabulas, quas iam habeat.

19. PAVLVS libro 4 Epitomarum Alfeni.

AD exhibendum [a] possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit [b]: an possit efficere hæc actio, vt rationes aduersarij sibi exhiberentur: quas exhiberi magni eius interesset. respondit, non oportere ius ciuile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animaduertere conuenire. nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinæ posse dicere, sua interesse, illos, aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cùm eos legisset, doctior & melior futurus esset.

Ad l. Ad exhibendum 19.

a *Ad exhibendum.* Ratio dubitandi & decidendi eadem quæ ad *l. 3. §. sciendum. & §. si mecum. sup. hoc tit.*

b *Sed quidam consuluit.* Ratio dubitandi. Non est nouum vt qui rationes suas edere aduersario cogatur, non tantùm ad fundandam rei exceptionem quod ordinarij iuris est *l. 5. 6. & vlt. C. de edend.* sed etiam ad probandam interdum actoris intentionem saltem ex causa, vt loquitur l. 1. *eod. tit.* Ergo iusta est intentio actoris qui petit aduersarij actiones sibi exhiberi, quod sua maximè id interesse contendat. Nec est, quod ideò calumniari ius ciuile videatur.

Dec. Nimis graue est vt de domo rei probationes extrahantur ad fundandam actionem *d. l. vlt. l. nimis graue 7. C de testib.* Vnde etiam est quod neque possessionis suæ titulum edere actori reus cogitur *l. cogi 11 C. de petit. hered.* Et quamuis ex causa, id est, cùm æquitas id suggerit, etiam actori reus edere debeat,

& exhibere suas rationes, vt scriptum est in d.l.2. Id tamen non fit vi alicuius actionis, sed officio iudicis, vt eadem lex ait. Ergo post acceptum iam iudicium, nec ad fundandam vllo casu intentionem primam actoris, sed tantùm ad fundandam replicationem, in qua actor rei vice fungitur, quomodo bene omnes dictam legem primam intelligunt. Non ergo sufficit vt actor qui actionem hanc Ad exhibendum sibi dari postulat, sua interesse dicat aliquid exhiberi, adeoque probet. Sed necesse est vt dicat, probétque ex iusta & probabili causa sua interesse l.3. §. *si mecum. sup. hoc tit.* Alioqui, inquit Paulus, Etiam studiosus quilibet, alicuius disciplinæ poterit dicere sua interesse hos vel illos libros omnes etiam si voles quotquot sunt in Bibliotheca Vaticana sibi exhiberi, quia si essent exhibiti, cùm eos legisset, melior ac doctior futurus esset. Quod tamen ridiculum sanè esset, nec quicquam aliud, nisi calumniari ius ciuile, & verba legum captare ad euertendam earum sententiam, non quia illud interesse non sit pecuniarium, sicuti nec scientia æstimabilis est, vt ait Accursius l.1. §. *proinde. inf. de var. cognit.* Sed quia est nimis extrinsecum, & extra rem, cuius ratio haberi numquam solet l. *si sterilis* 21. §. *cum per venditorem. de act. empt.* Oportet igitur causam aliquam præcedere actionis directæ, quæ post propositam actionem Ad exhibendum exerceri possit, Itémque vt exhibitio petatur non ad probandam & fundandam intentionem actoris in illa actione directa, sed tantùm vt post factam exhibitionem, agendi sit copia l.2. *supra.*

20. VLPIANVS libro 2. Regularum.

QVæstionis [a] habendæ causa ad exhibendum agitur ex delictis seruorum vindicandos conscios suos.

Ad l. Quæstionis vlt.

a *Quæstionis.* Ratio dubitandi. Non tenetur dominus ex delicto serui sui nisi hactenus vt iudicium noxale suscipere cogatur, & vel damnum præstare, vel noxæ seruum dedere l.1. *& pass. sup. de noxal. action.* non etiam de consciorum serui sui facto respondere quorum non sit ipse dominus. Ergo ne quidem habendæ quæstionis gratia cogendus est per actionem Ad exhibendum, vt seruum qui deliquit exhibeat ad indicandos conscios suos. Sic enim legendum est non vt vulgo *vindicandos.*

Dec. Quoties criminis alicuius reus seruus postulatur, per actionem Ad exhibendum, produci à domino non celari debet l.2. C. *hoc tit.* Nimirum quia reipublicæ interest vindicari delicta l. *ita vulneratus* 51. §. *vlt. sup. ad leg. Aquil. l. Stichum* 95. *inf. de solut.* Vtilitas autem publica semper præferenda est priuatæ *Auth. res quæ. C. commun. de legat.* Et præterea fauore veritatis habendæ, quam diligenter inquirere & inuestigare bonus iudex semper debet, Cùm veritatis probationes semper præcedere necesse sit vt iustitia sequi possit l. *pen. & vlt. C. de probat.* Vnde factum videtur, vt in sacris scripturis passim *veritatis* nomine *iustitia* significetur. Ergò quamuis futurum sit vt seruus de quo habebitur quæstio, debilitetur, non tamen eius periculi, aut incommodi metu inhibenda est Actio ad exhibendum per quam fieri possit vt socij criminis detegantur, & puniantur d.l.2. C. *hoc tit.* Præcedere tamen aliqua indicia oportet, vt seruo etiam per quæstionem fides habeatur, vt notat Accursius ex l.1. C. *de quæst.* Iunge l. *vlt. C. de accusat.*

Finis libri decimi.

ANTONII

ANTONII FABRI

I. C. SEBVSIANI, SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CONSILIARII AB INTIMIS, ET IN supremo Sabaudiæ Senatu Præsidis Primarij

RATIONALIA

Ad libr. XI. Pandectarum.

TITVLVS I.

DE INTERROGATIONIBVS IN IVRE faciendis, & interrogatoriis actionibus.

CALLISTRATVS lib. 2. Edicti monitorij.

TOTIENS heres in iure interrogandus est, qua ex parte heres sit, quotiens aduersus eum actio instituitur: & dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit. Est autem interrogatio [a] tunc necessaria, cùm in personam sit actio: & ita, si certum petetur [b] ne, dum ignoret actor [c], qua ex parte aduersarius defuncto heres exstiterit, interdum plus petendo, aliquid damni sentiat.

Ad l. Totiens 1.

Ratio dubitandi. Quisquis contra alium acturus est, debet esse non tantùm certus de iure suo, cùm sit in eius potestate agere quando, & quomodo velit *l. pure 5. §. vlt. inf. de dol. mal. except. l. petenda 6. C. de tempor. petend. in integr. restitut.* verùm etiam non ignarus conditionis eius, cum quo acturus est, quomodo de eo dici solet qui cum alio contrahit *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Quandoquidem etiam in iudiciis quasi contrahitur *l. 3. §. idem scribit inf. de pecul. l. delegare 11. §. 1 inf. de nouat. & deleg.* Ergo non est audiendus actor, si velit interrogare reum, an sit heres aut pro qua parte, præsertim si id faciat ad fundandam suam intentionem, cùm nimis graue sit actorem eruere probationes de domo rei *l. vlt. in fine C. de edend. l. nimis graue 7. C. de testib.* Quin potiùs è contrario debet actor edere reo ad fundandam exceptionem *l. qui accusare 4. & seq. & l. vlt. C. de eden.*

Ratio decidendi, Æquum est prospici actori, quatenus fieri potest, ne malè agendo, aut plus petendo, incurrat periculum malè electæ actionis, aut pluris petitionis, cùm olim ob eam rem causa caderet, hodie verò ad expensas litis eo nomine condemnetur *l. 1. & tot. tit. Cod. de plus petit. § si quis agens 33. instit. de action.* Atqui malè ageret, ac nullo iure quisquis ageret contra heredem, qui tamen heres non esset, & plus peteret, qui contra verum heredem ageret tanquam heredem ex maiore parte, qui tamen non nisi ex minore parte heres esset. Quisquis enim conuenitur tanquam talis, debet ante omnia probari talis. Probatio autem hereditatis aditæ vel bonorum possessionis petitæ plerumque difficilis est *l. 2. & 3. hoc tit.* Meritò igitur Prætor voluit, eum qui conuenitur ex sua in iudicio responsione astringere, id est, vt confitendo vel mentiendo sese oneret, simúlque etiam voluit, pro qua parte heres extiterit, certiorari actorem ex interrogatione *l. voluit 4. inf. eod.* Nec imputari quicquam potest actori qui dubitat an is, cum quo vult agere heres sit, aut ex qua parte, cùm ea res sit facti

alieni enims ignorantia semper tolerabilis est *l. vlt. in fi. pro suo.*

a *Est autem interrogatio.* Ratio dubitandi. Etiam cùm actio in rem proponenda est, permittitur actori reum interrogare *leg. qui seruum 20 §. vltim. inf. hoc tit.* Itémque in actione personali in rem scripta, qualis est actio ad exhibendum *l. de eo 12. §. vlt. supr. tit. prox.* Ergo non est tunc tantùm necessaria interrogatio, cùm in personam agitur. Et verò quemadmodum actor, qui ignorat qua ex parte aduersarius defuncto heres extiterit, posset plus petendo aliquid damni sentire, vt nostra lex ait, Ita qui acturus in rem est, periculum incurrit ne frustra & malè agat, si fortè aduersarius non possidem, aut ex minore parte possideat, cùm actio in rem non possit institui nisi contra possessorem, *l. officium 9 leg. qui petitorio 36 & passim sup. de rei vind.*

Ratio decidendi. Est quidem necessaria interrogatio etiam in actione in rem, sed non illa an aduersarius heres sit, aut pro qua parte, de qua potissimum à Prætore propositum est hoc edictum, sed illa tantum, an possideat necne & pro qua parte *dict. l. qui seruum 20. §. vlt. infr.* Nihil enim commune habet actio in rem, cum qualitate & iure heredis, siquidem non habet aliam causam quàm præsentem possessionem *l non alias 24 §. sed si stipulatur supr. de Iudic.* Nec aduersus alium datur quàm aduersus possidentem, adeò vt tum quoque cùm datur aduersus heredem possessionis, non tam detur quasi contra heredem, quàm quasi contra possidentem *d. l. de eo 12 §. vlt. sup. tit. prox.*

b *Et ita si certum petetur.* Ratio dubitandi. Etiam incertum potest peti per actionem personalem, puta ex stipulatu si stipulatio interposita sit rei incertæ: sunt enim stipulationum aliæ certæ ex quibus nascitur actio certi ex stipulatione; aliæ incertæ, & quibus actio ex stipulatu *l. stipulationum 74. & seq. inf. de verb oblig.* Et apud Iustin. *eod tit. in princ.* sed & quædam est condictio indebiti incerti, de qua in *l. qui exceptionem 40 §. si pars infr. de condict. indebit. & in l. quòd si nulla 60. de legat. 1.* & alibi passim. Ergo in his quoque actionibus personalibus, licet per eas incertum petatur, interrogationibus & interrogatoriis actionibus locus esse potest.

Ratio decidendi. Incertæ stipulationes vt plurimum illę sont, in quibus factum continetur, quia ex iis solet agi ad id quod interest, *l. stipulationes non diuiduntur 72 eodem titu. l. si quis ab alio 13. in fin. inf de re iudicat.* Quod ipsum semper incertum est, & incertam quantitatem continet *l. vltim. inf. de prætor. stipulat.* Quia quatenus cuiusque intersit in facto non in iure consistit, *l. quatenus 24. de regul. iur.* facta autem omnia indiuidua sunt, eo sensu, vt de iis agi in solidum debeat contra vnumquemque ex heredibus *l. 2. § item si in facto. iunct. l. 4. & dict. l. ge stipulationes non diuiduntur, & in l. in executore 85. §. 1. de verborum obligat. l. heredes 25. §. An ea supr. famil. erciscund.* Proinde non est necesse, vt qui ex huiusmodi actione conuenitur tanquam heres, interrogatur pro qua parte sit heres. Sed cur non, An sit heres? Nimirum quia non solet interrogari quisquam, An sit heres, nisi ad hoc potissimum, vt sciatur pro qua parte, ad euitandum periculum, vt suprà diximus, pluris petitionis. Nam qui agit contra aliquem tanquam heredem, qui non sit heres, non tam malè agit, quàm nihil agit, nec proinde actionem suam consumit: argum. *leg. vnica in fine supr. quand. dies vsusfructus leg. ced.* Idque est quod hæc lex ait, toties reum in iure interrogandum esse, quoties actor dubitat qua ex parte reus heres sit, Cui propositioni benè conuenit quod sequitur, Ita esse necessariam interrogationem si certum petatur ad excludendas actiones, quæ ad factum dantur & quæ sunt indiuiduæ, vt diximus in personis heredum. Cæterum si quis velit reum interrogare an, aut ex qua parte heres sit, non distinguemus an certum petatur, an incertum, nec rursum an pecunia numerata sit quę debet peti per condictionem certi, ex capite Edicti si certum petetur, an aliud quidlibet quod non possit peti nisi per triticariam quæ perinde personalis actio est vt sunt condictiones omnes *lege 1. & toto tit. infr. de condict. tritic.* Idémque de indebiti condictione iuris est, siue per eam certum siue incertum petatur, dummodo tamen ex causa hereditaria, *l. inter coheredes 44 § si quis stipulatus supr. famil. Erciscund.* Planè interdum etiam in actione in rem potest esse locus interrogationi puta si conuentus actione in rem dolo desierit possidere vel aliquid commiserit post litem contestatam, tunc enim heredes eius tenentur, non tanquam heredes, sed tanquam possessores, pro hereditariis portionibus *l in rem 42. & l. cùm autem 52. sup. de rei vindicat.* quod & Accursius benè hic annotauit.

c *Nedum ignorat actor.* Ex his verbis apparet interrogationes istas fieri solitas ante litem contestatam, quia tunc petitur cùm fit litis contestatio: ante quam is qui agit non tam petit, quàm petere vult *l. amplius 15 inf. Rem rat. haber.* Periculum autem pluris petitionis tunc incurritur cùm plus petitur, & hoc quoque Accursius post Ioann. bene vidit, sed illud malè quod hunc titulum in eo putat differre à titulo de confess. quasi non habeat ille locum nisi post litem contestatam. Quod certè falsum est, nam pertinet ille titulus ad eos qui confessi sunt in iure, *l. vnic. Cod. de confess.* Ius autem dicitur in quo Prætor ius reddit, *l. penultim. supr. de Instit. & Iur.* Non autem vbi Iudex à Prætore datus, qui pedaneus dicitur, cognoscit & pronunciat. Ergo confessionem apud Prætorem factam esse oportet vt sit locus titulo de confess. scilicet in ipsa litis contestatione, quæ non semper æstimatur ex negatione rei, sed ex sola narratione negotij, & rei responsione, siue affirmatiua & confessoria sit responsio, siue negatiua, *l. vnic. Cod. de lit. contest.* Porrò non dabatur Iudex nisi post litem contestatam, vt sæpius docuimus. In quibus autem casibus interrogationes fieri debeant ante litem contestatam videre est apud Accursium qui vndecim enumerat, nec malè addit duodecimum generaliorem, vbicumque Iudicem æquitas mouerit ad faciendam interrogationem ex *leg. penultim. infr.* Potest enim fieri interrogatio non tantùm apud Prætorem sed etiam apud Iudicem datum: sed cum hac differentia, quam nostri non obseruant, quod interrogatio quæ fit apud Prætorem fit ab actore non à Prętore. Et ex ea nascuntur interrogatoriæ actiones, de quibus in hoc titulo, sed quæ fiunt apud iudicem datum, à Iudice ipso fiunt non ab actore, nec vllam pariunt actionem, sed vim tantùm parant ad faciliorem ex proposita actione condemnationem. Fit autem interrogatio de scientia non autem de credulitate, nisi in iuramento calumniæ, ex *l. 2. in princ. C. de Iuram. calumn. ex nouell. 49. de his qui ingred. ad appell. § fi.*

a. Vi-

1 ¶Interrogatoriis autem actionibus hodie non vtimur: quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere, ideóque minus frequentantur, & in desuetudinem abierunt, sed tantummodò ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quæ ab aduersa parte expressa fuerint apud iudices [a] vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur.

Ad §. 1. Interrogatoriis.

Hic § totos est Triboniani respicientis procul-dubio ad ius nouum, quo posteriores Imperatores Diocletianus & Maximianus induxerunt in *l. 2. C. de pedan. iudic.* vt post litem contestatam Prætores & Præsides prouinciarum cogantur ipsi de facto cognoscere & pronuntiare, nec possint aut debeant, vt anteà, iudicium dare. Inde enim factum est vt ipsæ quoque formulæ & impetrationes actionum sublatæ sunt *l. 1. & 2. C. de form. & impetrat. act. subl.* Et consequenter vt nemo cogatur hodie de iure suo ante iudicium respondere, quia nec necesse est, cùm apud eundem magistratum iudicium expediatur, & sufficiant litigatoribus ad probationem, ea quæ aduersarius pendente iudicio, id est in ipsa facti quæstione, vel confessus est vel negauit: Quod praxis nostra pragmaticis omnibus certum & notum facit: dicuntur autem in hoc titulo interrogatoriæ actiones non per quas aduersarius cogatur respondere ad interrogationem factam ante litis contestationem, vt malè putat Accursius, sed quæ ex ipsa interrogatione nascuntur & ex falsa responsione rei, & in pœnam mendacij *l. 4. & duabus sequentibus l. confessionibus 13. & sequent. l. vlt. & pass. inf. hoc tit.* Quæ omnia malè Accursius explicat, iuris veteris ignoratione.

a *Expressa fuerint apud iudices.* Iudices promiscuè hîc intellige omnes ius dicentes, qui cùm hodie iudices dare non possint ad cognoscendum & pronuntiandum de facto, vt olim, nisi eo casu quo ipsi ex aliqua iusta causa impediantur cognoscere, dicuntur & ipsi iudices tanquam qui non minùs iudicant, quàm ius dicant: cùm tamen iure vetere ius dicentes appellarentur, non etiam iudices nisi cum adiectione *Maiores*, vt in *l. non distinguemus 32. §. de liberali sup. de recept. qui arbitr. recep.* vt dicemus ad *l. 4. §. 1. infr.* Ex his porò verbis notat Accursius confessionem non factam apud iudicem, sed extra ius non valere. Quod omnino sic intelligendum est, vt interrogatoriam actionem ex hoc titulo parere non possit. Cæterùm aliam actionem si in contractu facta sit parere poterit *l. in contractibus & in l. generaliter 13. C. de non num. pecun. l. vlt.* iunct. Auth. *Quod locum C. de dot. caut. non num.* Extra contractum nullam actionem potest parere nec si præsente aduersario facta sit, Liberationem tamen parere poterit, tunc quoque cùm facta est absenti Nouell. 90. *de testib. cap. 2. §. Et licet.* Multò magis valebit si facta sit coram arbitro qui iudicis locum obtinet *l. pen. C. de recept. arbitr. l. 1. sup. eod. ill. tit.* Non enim potest videri facta sine causa quæ facta est ad liberandum *l. Arrianus 47. de obligat. & action.* Quæ tamen distinctio necessaria est quoties confessio ab aliquo fit extra ius ad se obligandum *l. cùm de indebito 25. §. vlt. infr. de probat.* Præterquàm si in contractu facta sit, quo casu parit quidem actionem summo iure, sed quæ per exceptionem eliditur *l. 2. § circa infr. de dol. mal. except.*

2. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

EDictum de interrogationibus ideò prętor proposuit, quia sciebat difficile esse ei, qui heredem bonorúmve possessorem conuenit, probare aliquem esse heredem, bonorúmve possessorem.

Ad l. Edictum 2.

Ratio dubitandi. Nimis graue est actorem sumere probationes de domo Rei ad fundandam suam intentionem *l. nimis graue 7. C. de testib.* Quamuis interdum id permittatur ad fundandam intentionem actoris *l. vlt. C. de edend.* Semper enim ei incumbit onus probandi qui dicit, non ei qui negat *l. 2. inf. de probat.*, vnde est quod iactari solet, Actore non probante Reum absolui debere etiamsi nihil præstiterit *l. qui accusare 4. C. de edend. l. vltim. Cod. de rei vindic.* maximè cùm probandum aliquid est quod sit facti: Nec enim facta præsumuntur nisi probentur *lege 1. l. actor 23. & pass. C. de probat.* Atqui aditio hereditatis facti est, cùm fieret olim prolatis illis verbis solemnibus *hanc Titij hereditatem adeo, cernóque*, quæ olim solemnitas cretionis dicebatur *l. cretionem 17. C. de Iur. deliber.* Ideóque aditio hereditatis inter actus legitimos computabatur, *l. actus legitimi 77. de regul. iur* sicut & gestio, siue gestio pro herede qui alius erat éstque etiam hodie vnicus modus acquirendæ hereditatis, factíque est *l. pro herede 20. gerit 88. cum l. præced. & pass. de acquir. hered.* Et quisquis agit contra alium tanquam heredem debet ante omnia eum probare talem, vt suam fundet intentionem. Idémque & circa bonorum possessionis agnitionem tractari potest; Nam & illa quoque facti est *l. 3. §. acquirere inf de bonorum poss.* sicut & bonorum possessores sunt loco heredum *l. 1. & 3. eod. tit.* Ergo non debuit Prętor edictum hoc proponere, vt actori permitteret ab aduersario inuito extorquere probationem agnitæ hereditatis, aut bonorum possessionis.

Ratio decidendi. Nihil in toto iure fauorabilius est probationibus, sine quibus veritas haberi non potest *l. Imperatoris 29. §. 1. infr. de probat. l. in lege 40. sup. ad leg. Aquil.* nec rursum veritate facti incognita potest discerni iustum ab iniusto, cùm ius ex facto oriatur *l. si ex plagis 52. §. in cliuo Capitolino supr. Ad leg. Aquil. l. qui romæ 122. §. Agerius de verborum obligationib.* Ac proinde quo difficilioris aliquid probationis est, eo fauorabilior est probatio, vt in his omnibus contingit, quæ sunt animi & voluntatis *l. non omnes 5 § à barbaris infr. de re milit l. dolum 6. Cod. de dol.* Atqui acquisitio hereditatis est facti & animi *dict. l. pro herede & dict. lege gerit.* Ergo cùm sit difficilis

probationis, & necesse sit sciri an quis heres sit & pro qua parte, vt hereditariis actionibus conueniatur, meritò Prætor hoc edictum proposuit, per quod agatur reus interroganti respondere, An heres sit nec ne, aut an bonorum possessor, qui vt diximus, loco heredis est.

3. PAVLVS lib. 17. ad Edictum.

QVia plerumque difficilis probatio aditæ hereditatis est.

Ad l. Quia plerumque 3.

Ratio dubitandi. Licet acquisitio hereditatis pendeat ex voluntate illius cui ex testamento aut ab intestato defertur hereditas §. *vlt. Instit. de hered. qual. & differ.* voluntas tamen illa necessariò declaranda est aut verbis aut factis extrinsecis, qui duo sunt modi declarandæ voluntatis *l. non tantum 5. inf. rat. rem haber.* is enim demum pro herede gerere dicitur qui tale quid facit, quod fieri non possit citra ius & nomen heredis *l. pro herede 20. §. Papinianus l. eum bonis 87. & pass. inf. de acq. hered.* Atqui & verba & facta extrinseca facilè probari possunt: Non est igitur difficilis probatio aditæ hereditatis.

Ratio decidendi. Aditio hereditatis vel ab animo incipit, vel à facto: si ab animo, est animi tantùm, si à facto est facti & animi, vt ex supradictis apparet. Omni ergo casu probādus est animus qui vt occultus est, ita & difficillimæ probationis *l. non omnes 5. § à barbaris de re milit. & l. dolum 6. Cod. de dol.* Aditionem autem hereditatis hic cùm dicimus acquisitionem generaliter intelligimus, quæ fiat etiam per gestionem pro herede, quomodo hodie hereditates omnes acquiruntur post sublatam solemnitatem aditionis & cretionis veteris per constitutionem Theodosij in *l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Alioqnin propriè sumpta aditio quæ fiebat per cretionem prolatis verbis illis solemnibus *hanc hereditatem adeo, cernóque* cùm testatò, id est, connocatis testibus fieri deberet, tanquam actus legitimus *l. actus legitimi 77. de regul. iur.* non poterat esse certæ vel incertæ, vel difficilis probationis. Erat enim verborum magis quàm voluntatis. Quamuis enim etiam voluntatem exigeret, non poterat tamen is, qui verba solemnia protulerat negare habuisse se animum acquirendę hereditatis, vt nec alius quilibet faciens actum legitimum, ne ipsis legibus illudere videretur: Nisi proponas seruum institutum, quem dominus metu verborum cogat adire hereditatem, vt in *l. qui in aliena 6. §. vlt.* altàs *l. eum qui inf. de acquir. hered.*

4. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

VOluit prætor adstringere eum, qui conuenitur, ex sua in iudicio responsione, vt vel confitendo vel mentiendo sese oneret. simul etiam portionis ^a, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur.

Ad l. voluit 4.

Ratio dubitandi. Interrogatoriæ actiones propositæ sunt à prætore ad eruendam ex ore aduersarij probationem veritatis *l. 1. & 2. sup.* Ergo si interrogatus reus mentitus sit, non debet ex eo mendacio nasci actio, ne inductæ ad vnum effectum contrarium operentur, vulg. *l. legata inutiliter 19. de leg. 1. l. legata 14. de adimend. legat.*

Ratio decidendi. Nemini permittendum est vt coram Prætore interrogatus mentiatur, & æquum est eum in vindictam mendacij hāc pœnam ferre. vt perinde conueniatur ac si verum respondisset. Quidni enim ei contra se fides habeatur? vt Vlpianus noster disputat in *l. de ætate 11. §. 1. §. si cùm esset & seq. inf. hoc tit.* nec enim mendacium vnquam impunitum esse debet *l. vltim supr. de rei vind. Auth. item possessor Cod. qui potior. in pign. habeant.* sicuti neque dolus, sine quo nullum est mendacium *l. procurator 11. §. 1. inf. de dol. mal. except.* Cùm nihil aliud sit mendacium, quàm falsa significatio vocis eum intentione fallendi, vt ex D. Augu. definit Accurs. *d. §. si cùm esset.* Meritò igitur Prætor voluit adstringere eum qui conuenitur ex sua in iudicio responsione, vt vel confitendo, vel mentiendo sese oneret.

a *Simul etiam portionis.* Ratio dubitandi. Sæpe accidit, vt quis iusta ratione opinetur se esse heredem ex minore parte quàm sit, puta si nesciat sibi partem accreuisse, vel ex incerta parte fuerit institutus *d. l. ætate §. si cùm esset vers. interdum inf.* Ergo non debet reo nocere responsum si fortè circa portionem hereditatis mentitus fuerit.

Ratio decidendi. Non minùs puniendum est mendacium, cùm is qui ex maiore parte heres est dicit se esse ex minore, quàm si is qui nullo modo heres est diceret se heredem; Non enim debuit mentiri, sed hanc mendacij pœnam ferre, vt in solidum conueniatur *d. §. si cùm esset.* Sed hoc ita tamen si dolo malo non iusta ratione falsum responderit *d. vers. interdum.* Et ita hic locus intelligi ex illo, & suppleri debet.

1 ¶ Quod ait prætor, *Qui in iure interrogatus responderit*: sic accipiendum est ^a, apud magistratus populi Romani: vel præsides prouinciarum vel alios iudices. ius enim eum solum locum esse, vbi iuris dicendi, vel iudicandi gratia consistat: vel si domi, vel itinere hoc agat.

Ad §. 1. Quod ait.

Explicat Vlpianus in hoc §. verba illa edicti, *Qui in iure interrogatus respondit*, quamuis totum edicti contextum non habeamus, qui si extaret facilius nobis esset & Prætoris mentem intelligere, & Triboniani innouationes obseruare.

a *Sic accipiendum est.* Ratio dub. Non dicitur fieri in iure quod fit in iudicio, nec quod apud iudicem peda-

pedaneum, sed tantùm, quod apud magistratus populi Romani, vel præsides Prouinciarum, qui in Prouinciis vice magistratuũ populi Romani funguntur *l. si in aliquam 7. §. vltim. & duabus sequentib. sup. de offic. proconsul. l. 4. l. ex omnibus 10. cum duabus sequent. sup. de offic. præsid. iunct. l. 3. §. si quis ad pedaneum supr. ne quis eum qui in ius vocat. vi exim.* Nec enim ius dicitur nisi locus ille in quo ius redditur id est, vbicunque Prætor aut etiam alius populi Romani magistratus salua maiestate populi saluoque more maiorum ius dicere constituit *l. penult. sup. de Iustit. & iur.* Non ergo sensit Prætor in hoc edicto de confessione facta apud quoscumque iudices etiam pedaneos, nec rursum de confessione facta apud Prætorem ipsum in itinere, aut domi, cùm non possit Prætor in his locis saluo more maiorum ius dicere.

Ratio decidendi. Olim quidem ita obseruabatur vt aliud esset ius dicere, aliud iudicare *toto titulo Cod. ne quis in sua caus. iudic. vel ius dic.* Itémque alius iudex, alius ius dicens; quousque per supradictam constitutionem Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. 2. Cod. de pedan. iud.* antiquus ille ritus iudiciorum fuit immutatus, iniunctúmque Præsidibus & Magistratibus vt de facto ipsi cognoscerent & pronunciarent, post quam constitutionem cœperunt confundi nomina ius dicentis & iudicis, ius dicendi & iudicandi: Ad quod credibile est respexisse Tribonianum in hoc §. & iuris veteris rationem ad ius nouum accommodasse vt & aliis penè innumeris Pandectarum locis, nisi quia malit quod hîc dicitur de iudicibus intelligere de maioribus, de quibus & in *lege non distinguemus 32. §. de liberalis supr. de recept. & qui arbitr. recept.* Quanquam vix est vt alij sint ipsi quàm magistratus populi Romani aut Præsides Prouinciarum. Itaque prior nostra interpretatio magis placet. Quod verò hîc addit Vlpianus de interrogatione apud Prætorem etiam domi facienda vel in itinere rationem illam habet, quoniam huiusmodi interrogationes fiunt de plano, non pro tribunali, nec plenam causæ cognitionem exigunt. vt nec cætera omnia, quæ voluntariæ iurisdictionis sunt, non contentiosæ *lege 2. §. dies infr. quis ordo in bonorum possessiou. seruet. iunct. lege si defensor §. illud. versi. Summatim infra hoc titul.* quod nec Accursius ignorauit.

5. GAIVS lib. 16. ad Edictum Prouinciale.

QVi interrogatur, an heres, vel quota ex parte sit, vel an in potestàte habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur: ad deliberandum tempus impetrare debet, quia si perperam confessus fuerit, incommodo adficitur.

Ad l. Qui interrogatur 5.

Ratio dubitandi. Solet dari tempus ad deliberandum heredi instituto, aut legitimo quoties aut ipse petit sibi dari, aut creditores id postulant, vt apud se constituat & decernat, An velit heres esse necne, idque non solùm fauore ipsius heredis, ne tam facilè ac temerè obstringat se æri alieno si hereditas sit damnosa *l. 1. & tot. tit. Cod. de iur. delib. l. nec emere 16. C. eod. l. si hereditatem 32. infr. mandat. l. 4. infr. Ad SC. Trebell.* Sed etiam fauore creditorum hereditariorum, ne longior eis mora fiat *l. 1. §. largiùs infr. de success. edict.* neque enim aut ignorans, aut inuitus quisquam æri alieno obligari debet *l. qui in aliena 6. in princ. infr. de acq. hered. d. l. nec emere.* At cùm quia interrogatur in iure an sit heres, necne, vel an in potestate habeat eum cuius nomine noxali iudicio agitur, non ideò tamen æri alieno obstringitur, ergo nec tempus ad deliberandum ei dandum est, siue de eo ante litem contestatam interrogetur, siue post litem contestatam, tametsi Accursius ita distinguere videatur, Quasi de suo facto interrogetur non de alieno is qui interrogatur post litem contestatam.

Ratio decidendi. Qui interrogatus respondet & confitetur perperam se heredem esse, cùm non sit, vel in potestate alium habere quem nõ habeat, incommodum illud & periculum incurrit, quod incurreret si verum esset talem eum esse qualem se mentitur *l. proxim. in princ. sup. l. de ætate 11. §. si cùm esset C. sequent. inf. hoc tit.* Nec enim alius tenetur noxali actione quàm qui in potestate sua habet seruum cuius nomine conuenitur *l. quoties 21. supr. de nox. act.* Eadem igitur æquitas facit, vt perinde habere debeat tempus ad deliberandum, quia quemadmodum defunctorum interest vt successores habeant ita & viuentium ne præcipitentur quandiu iustè deliberant vt subiicitur in *l. seq.* Et hoc siue tempus ad deliberandum petatur ante litem contestatam siue post, vt concludit tandem Accurs. dicens ita receptum esse vsu & consuetudine quæ omnium optima est legum interpres *l. si de interpretatione 37. & seq. sup. de legib.* Iunge *l. si debitor 42. supr. de hered. petit.* Malè tamen adducit Accurs. quod scriptum est in *l. si curatoris C. de iur. delib.* Ibi enim agitur de interrogatione facta à Præside ac proinde ante litem contestatam. Fiebat enim litis contestatio apud Præsidem non apud iudicem pedaneum qui à Præside dabatur post contestationem *l. 2. C. de pedan. iud.* Itaque melior textus pro hac sententia est in *l. pen. infr.* vbi agitur de interrogatione facta non per Prætorem sed per iudicem sc. pedaneum ei datum à Prætore, vt dixi post litem contestatam.

6. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

ET quia hoc defunctorum interest, vt habeant successores: interest & viuentium ne præcipitentur, quandiu iustè deliberant.

Ad l. Et quia 6.

Ratio dubitandi. Qui mortuus est nullus est. Vnde & libertus mortui dicitur libertus nullius qui & alias Orcinus. Ergo non potest quicquam interesse mortuorum, vt habeant successores.

Dec. Interest defuncti habere successorem ne iniuria afficiatur & cineribus eius ac pudori nota quædam inuratur, si bona vendantur ipsius nomine vrgentibus creditoribus. vt Theophilus scribit in *Inst. Tit. quib. caus. manumitt. non licet l. paterfamilias 28. vers. At si ij pudori parcitur infr. de reb. auth. iudic. possid.* Quæ prima fuit causa & ratio inducendorum heredum necessariorum *d. Tit. quib. ex caus. manum. non licet & §. 1. Instit. de hered. qualit. & differ.* Publicè autem interest saluam conseruari existimationem ciuis Romani, & viui & defuncti, cùm totius Reipublicæ dignitas & amplitudo ex singularum familiarum amplitudine, ac dignitate æstimetur. Inde est quod solemus dicere, Publicè interesse, vt supremæ defunctorum voluntates

Digitized by Google

exitum sortiantur *l. vel negare 6. inf. quemadm. testam. aper.* Nihil enim est quod tam hominibus debeatur quàm vt heredem aliquem habere possint siue testamentarium siue legitimum *l. 1. C. de sacros. Eccles.* vt spe habendi aliquando successoris, quem fortunarum suarum omnium dominum relicturi sint, tantò magis inuitentur ad acquirendum, quos alioquin necesse esset desidiæ ac negligentiæ deditos per omnia vitiorum scelera diuagantes & lasciuientes miseram vim infeliciter traducere sibi ac toti reipublicæ non inutilem modò, sed etiam damnosam. Nec tantùm interest defunctorum vt heredem & successorem aliquem habeant, sed etiam vt quàm primùm fieri id potest, ne bona diutiùs iaceant. Quanquam ex ea causa magis interest creditorum ne longior iis mora fiat *l. 1. in princip. de success. edict. l. 1. & tot. tit. de iur. delib.*

a *Interest & viuentium.* Ratio dubitandi. Est in arbitrio illius cui defuncti hereditas defertur vt eam vel adeat vel repudiet, nec cogendus est causam aliquam adferre propter quam velit illam aut repudiare aut acquirere *l. quia autem 6. §. si patronus in fin. inf. si quis omiss. caus. testam. l. 4. ad SC. Trebell.* Nihil ergo eius interest an præcipitetur necne ad faciendum id quod ex ipsius voluntate pendeat.

Dec. Hereditas & commoda habet & incommoda *l. 1. a. & 3. de bonor. possess.* ideóque potest interdum lucrosa esse & interdum quoque damnosa *l. si hereditatem 32. inf. mandat.* & quemadmodum damnosam hereditatem adire nemo cogitur *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* ita neque lucrosam repudiare. Ergo ne alterutrum temerè faciat, iustè petit tempus ad deliberandum, & quandiu iustè deliberat, non est præcipitandus vt explorare possit vires hereditarias, præsertim verò æs alienum, quod plerunque latet ac prudenti cuilibet suspectas facit hereditates alioquin opulentas. Omnium verò minimè præcipitandi sunt liberi venientes ad bona parentum, & vicissim parentes ad bona liberorum, quoniam tam hi quàm illi penè ad propria bona veniunt *l. 1. §. largius de success. edict.* vbi hanc ob causam additur largiùs tempus datum esse liberis & parentibus ad agnoscendam bonorum possessionem, scilicet anni vnius cùm cæteris personis non nisi centum dies vtiles dentur *d. l. 1. & l. 2. inf. quis ord. in bonor. possess. seruet.*

1 ¶Interdum interrogatus quis, an heres sit non cogitur respondere: vtputa si controuersiam hæreditatis ab alio patiatur: (& ita Diuus Hadrianus constituit) ne aut negando se hæredem, præiudicet sibi, aut dicendo hæredem, illigetur etiam ablata sibi hæreditate.

Ad §. 1. Interdum.

Ratio dubitandi. Qui interrogatur an heres sit, vel quota ex parte cogitur omnimodo respondere *l. prox. sup.* Alioquin si taceat pro contumace habendus est tanquam qui Prætorem contemnat, Eámque contumaciæ suę pœnam pati debet vt insolidum conueniri & condemnari possit *l. de ætate 11. § qui tacuit infr.*

Dec. Nemo cogitur ad captiosam interrogationem respondere, cùm Prætor nemini velit beneficium suum esse captiosum *l. Paulus notat 8. inf. de prætor. stipul.* Potest autem interdum fieri vt captiosa sit illa interrogatio an quis heres sit, necne, Vt puta si is qui interrogatur hereditatis controuersiam ab aliquo patiatur, quam ipse ad se pertinere contendat. Nam si respondeat & fateatur se heredem, periculum incurrit ne se oneret & implicet oneribus hereditariis & tanquam heres condemnari debeat etiam ablata sibi hereditate per eum, à quo patiebatur controuersiam. Vt enim quis tanquam heres conueniri, & condemnari possit, sufficit vt interrogatus responderit se heredem, licèt reuera non sit. Facit enim ius illa responsio nec tantùm præsumptionem, vt quidam dixerunt, sed etiã probationem plenam, vt benè Azo apud Accursium, quantum ad interrogantem licèt non quantum ad cæteros *l. vlt. inf. hoc tit.* Aut quasi ex contractu si interrogatus sit ab aduersario, aut propter suum mẽdaciũ si interrogatus sit à Prętore, vt benè ac subtiliter distinguit Vlp. in *l. de ætate 11. §. qui interrogatus infr. hoc tit.* Aliud tamen hodie est postquam placuit Iustiniano vt quisquis possessor est hereditatis, & dicit se heredem, conueniri possit etiam personalibus actionibus, nec possit se tueri præscriptione illa quæ olim tam frequens erat, Quod præiudiciũ hereditati non fiat *l. vlt. §. sin autem ex contractibus C. de hered. petit.* Nam si potest conueniri nec illa exceptione se defendere, consequens omnino est vt interrogatus an heres sit debeat omnimodo respondere. Cùm nec alia olim ratio esset propter quam respondere non cogeretur, quàm quia nec conueniri poterat ne præiudicium fieret petitioni hereditatis, tanquam maiori iudicio, & centumuirali, vt ait *dict. l. vlt.* vbi ne ex responsione possessor periclitetur illigando se etiam ablata sibi hereditate, constituit Iustinianus, vt non aliter possessor hic si victus fuerit hereditatem restituere compellatur, quàm si pro omnibus quę ab eo iure gesta sunt petitor ei satisfaciat *d. §. sin autem.* Et ita benè quoque Accursius.

7. VLPIANVS lib. 18. ad Edictum.

SI quis in iure interrogatus, an quadrupes, quæ pauperiem facit, eius sit, responderit: tenetur.

Ad l. Si quis in iure 7.

Ratio dubitandi. Non tenetur reus ad captiosam interrogationẽ respondere, hoc est si ex sua respõsione in captionem aliquã quasi in laqueum possit incidere, vt dixi proximè. Atqui conuentus per actionem illam, quæ datur ex *lege 12. tab.* si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, potest facilè in captionem incidere, quia si neget se dominum cùm sit, tenebitur in solidum, qui alioquin non nisi noxali actione teneretur *l. 1. in princ. & §. interdum autem supr. si quadrup. pauper. feciss. dicat.* Ergo non est cogendus ad interrogationem illam respondere.

Dec. Actio illa non datur nisi contra dominum vt neque noxales cæteræ *d. l. 1. §. & cùm etiam.* Ergo, vt benè instituatur, necesse est sciri, an ille qui conueniendus est sit dominus ac proinde necessa-

ria

ria huc casu interrogatio est. Ad quam si reus verè responderit, se dominum esse cùm sit, nullum ex eo periculum potest incurrere. Sed si per mendacium neget se dominum, meritò condemnatur in solidum, idque nō tam ex interrogatione quàm ex mendacio suo cui proinde totum damnum ibi debet adscribere, siue ab aduersario interrogetur siue à Prætore *l. de ætate* 11. §. *qui interrogatus inf.* Nūquam enim mendacium debet esse impunitum, quia nūquam est sine dolo, qui semper puniendus est, tùm quoque, cùm doloso nocet *l. procurator* 11. §. 1. *infr. de doli mali except.* Cur enim beneficium Prętoris ei indulgeamus vt electionem habeat dimittendę quadrupedis, cùm prætorem ipsum contempserit mentiendo non solùm ab ipso Prætore interrogatus, sed & si ab aduersario in iure, id est in ipsius Prætoris conspectu? arg. *l. auxilium* 37. *in fin. infr. de minor.* Nec similis est hic, qui per mendacium negat se dominum quadrupedis, ei de quo dictum est in lege præcedente, qui respondit se hęredem cùm non esset. Ille enim fieri potest vt non mentiatur licèt reuera heres non sit, cùm fieri possit vt putet se heredem & bona fide possideat hereditatem, licèt per errorem siue in iure erret siue in facto *l. sed etsi* 25. §. *scire sup. de hered. petit.* Nec enim mendacium fit sine dolo, vt modò diximus, nec quisquis falsum respondet, ideò statim mentitur. At is qui negat se dominum quadrupedis, cùm sit, difficile est vt non mentiatur & vt dolo careat: Quo tamen si careret causamque haberet probabilem negandi se dominum, facilè admitterem non teneri eum in solidū, quia nec mendacium ipsius vllum esset propter quod in solidum deberet cōdemnari. Quid ergo, si è contrario per mendacium dicat se dominum cùm non sit? Non eo magis tenebitur in solidum, quia satis mendacium eius punitur in eo, quod noxale iudicium suscipere cogitur *l. si plurium* 39. §. 1. *supr. de noxal. action. l. qui seruum* 20. *in princ. hoc tit.* nec verendum est vt illudat Prętori & aduersario, quasi non nisi frustra & inutiliter aduersus non dominum institui possit iudicium noxale, Quippe à quo liberare se reus possit per noxæ deditionem, quæ tamen nullum ei damnum fit allatura. Nam quisquis noxale iudicium suscipit, si noxæ deditionem eligat, non aliter liberari potest quàm si rem quæ noxam fecit, faciat pleno iure accipientis iure dominij vel quiritiarij, vel saltem bonitarij *l. 3. sup. si ex noxal. caus. agat, l. si ex duobus* 17. §. *vlt. de noxal. act.* Adeóque cauere debet & satisdare ei cui deditur, ob euictionem propter suum factum contingentem *d. l. si quis à multis in fi. & d. l. si plurium* §. 1. Nam & cùm noxam tradit, debet de dolo promittere *l. is qui* 32. *eod.* dolo autem non caret, vt diximus qui vtitur mendacio. Itaque totam rem eò tandem recidere necesse est, vt vel seruum redimere vel litis æstimationem in solidum decidere & præstare teneatur, vt eadem ratio sit eius qui se dominum dixit per mendacium, atque si verè dominus fuisset.

8. PAVLVS lib. 22. ad Edictum.

SI quis interrogatus de seruo, qui damnum dedit, respondit suum esse seruum: tenebitur lege Aquilia, quasi dominus: & si cum eo actum sit, qui respondit [a]: dominus ea actione liberatur.

Ad l. si quis interrogatus 8.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ noxalis non datur nisi contra dominum, vt proximè diximus. Atqui nemo fit dominus ex eo solo quòd se dominum esse mentiatur. Nec enim mendacium legitimus modus esse potest acquirendi aut amittendi dominij: Ergo si quis interrogatus de seruo, qui damnum dedit, responderit suum esse seruum, qui erat alienus, non eò magis teneri potest actione legis Aquilię cùm non sit dominus: Videturque is, qui contra eum talem actionem instituit, non tam malè quàm frustra & nihil agere, vt loquitur Vlp. in *l. vnic. in fi. sup. quando dies vsufr. legat. ced.* quemadmodum si quis directam rei vindicationem institueret contra non possidentem *l. qui petitorio* 36. *sup. de rei vindic.*

Dec. Mendacium respondentis facit, vt pro tali habendus sit à Prætore, qualem se mentiri apud Prętorem non erubuit. Ergo cùm se dominum falsò & per mendacium dixerit, pro domino habendus est, vt teneatur noxali lege Aquilia non quidē directa, quia dominus non est, sed vtili quasi dominus vt solet in aliis plerisque casibus actio legis Aquiliæ vtilis subsidiaria esse directæ *l. liber homo* 13. *& d. l. item Mela* 11. §. *vlt. & pass. ill. tt. Ad leg. Aquil.* Nam & actio legis Aquiliæ est noxalis §. *sunt autem instit. de noxal. action.*

a *Et si cum eo actum sit qui respondit.* Ratio dub. Actio legis Aquiliæ noxalis directa datur contra verum dominum, vt iam diximus. Atqui non magis iudicium quàm mendacium iustus modus est aut trāsferendi aut acquirendi dominij. Sunt enim sex tantùm illi modi quos refert Vlpianus in Fragment. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Mancipatio, Cessio in iure, Adiudicatio, Vsucapio, Traditio & Lex, Inter quos non est Iudicium. Ergo etiamsi vtili actione noxali legis Aquiliæ actum sit cum eo, qui per mēdacium respondit se dominum cùm non esset, nō eo magis liberandus est dominus, quin actione directa noxali possit conueniri, cùm perinde remaneat dominus.

Dec. Actiones vtiles eiusdem effectus & potestatis sunt, cuius & directæ *l. actio* 47. *sup. de negot. gest.* Imò efficaciores, quia semper vtilitatem continēt, non etiam directæ, quas plerunque inefficaces facit aliqua exceptio. Nihil ergo interest an directa quis actione an vtili conueniatur *d. l. actio.* Atqui si fieri posset vt duo insolidum actione directa tenerentur vno conuento alius liberaretur, vt euenit in duobus correis debendi *l. 2. §. 1. inf. de duob. reis.* multóque magis in hoc casu in quo duo quidem tenētur, sed ex persona vnius tantùm serui, vt Paulus ratiocinatur in *l. qui seruum* 20. *inf. hoc tit.* Litis enim contestatio vice delegationis & nouationis est *l. delegare* 11. §. 1. *inf. de nouat. iunct. l. aliam* 29. *eod. tit.* Ergo verum dominum ea ratione, aut potiùs quomodo legitur Florentiæ *ea actione* liberari dicendum est, etiamsi mendax conuentus nondum satisfecerit. Contestatio enim cùm vim nouationis & delegationis habeat, vim quoque habet solutionis quantum ad perimendam primam actionem *l. 1. & pass. eod. tit. §. præterea Instit. quib. mod. tollit. oblig.*

9. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

SI sine interrogatione quis responderit se heredem, pro interrogato habetur.

Ad l. si sine interrogatione 9.

Ratio dubitandi. Actio quæ contra respondentem mendacem datur, nascitur ex interrogatione, vnde & interrogatoria vocatur in *l. vlt. infr.* Vnde & Titulus noster sic conceptus est *de interrog. in iur. fac. & interrog. action.* Ergo sine interrogatione præcedente non potest obligari quis, & teneri interrogatoria, sicuti neque stipulatio vlla esse potest, nisi præcedente interrogatione *l. 1. & pass. de verb. obligat.* Nec enim mala comparatio est cùm is qui interrogatus ab aduersario respondet in iure, obligatus intelligatur quasi ex contractu *l. de ætate 11. §. qui interrogatus inf. hoc tit.* scilicet stipulationis, si namque locus ille intelligendus est vt ad eum dicemus. Dec. Qui apud Prætorem vltrò, & nondum interrogatus respondet ad id, de quo videt se posse interrogari, pro interrogato habendus est, & credendus ad interrogatum respondisse. Ideò namque in stipulationibus requiritur præcedens interrogatio, vt appareat seriò rem agi. Non enim quisquis dicit *spondeo* obligatur ex sponso, vt ait Varro lib. 5. De Lingua Latina, sed is demum qui stipulanti spondet & interroganti respondet. At in iure id est in eo loco in quo Prætor ius reddit, etiamsi nulla præcedat interrogatio, verendum tamen non est vt minùs seriò res agi videatur interueniente nimirum præsentia, & authoritate Prætoris, quem irridere & contemnere non oportet *dict. l. de ætate §. qui tacuit inf.* Quanquam nec nouum est in stipulationibus conuentionalibus interrogatio præsumatur ex sola promissione. Nam si inter præsentes scriptum sit aliquem promisisse, credimus stipulationem interuenisse, atque ita interrogationem præcessisse *l. 5. Cod. de contr. & commiss. stipulat. §. si scriptum Instit. de inutil. stipulat.* Itemque si in aliquo instrumento scriptum sit quem fideiussisse, videntur omnia solemniter acta *l. sciendum 36. de verb. obliga.* Sed nec puduit Iustinianum exemplo tacitarum hypothecarum tacitas quoque stipulationes quasdam inducere nulla etiam responsione nedum interrogatione aliqua interueniente *l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. action.* Quod tamen à iuris ratione omnino abhorret: stipulationem enim tacitam nullam agnouit vetus iurisprudentia, nec vera vnquam agnoscet. Noli tamen cum Accursio dicere in specie huius legis, Prætorem præsumere ex confessione interrogationem præcessisse. Non enim vlli præsumptioni locus relinquitur in ea re quam fieri Prætor videt: Præsumimus ea quæ sunt, nec tamen apparent: supplemus ea quæ neque apparent, neque sunt, sed esse tamen possent, & deberent.

1 ¶ Interrogatum non solum à prætore accipere debemus, sed & ab aduersario.

Ad §. 1. Interrogatum.

Ratio dubitandi. Maioris authoritatis esse debet interrogatio à Prætore facta, quàm quæ ab aduersario propter dignitatem Prætoris interrogantis.

Dec. Sufficit præsentia Prætoris ad authoritatem interrogationi dandam, vt ex responsione nascatur interrogatoria. Imò, si verum amamus, potentior est interrogatio quæ fit ab aduersario, quia parit actionem quasi ex contractu. Quæ verò fit à Prætore parit quidem actionem, sed non tam propter authoritatem Prætoris quàm propter mendacium *l. de ætate 11. §. qui interrogatus infr.* Cæterùm nihil interest an quis interrogetur ab aduersario an ab eius Aduocato vel procuratore *l. si postulauerit 27. §. quæstioni inf. Ad leg. Iul. de adult.* sanè ad interrogationem respondere solus reus potest, non etiam aduocatus aut procurator nisi mandatum speciale habeat, Eoque iure vtimur.

2 ¶ Sed si seruus interrogetur, nulla erit interrogatio: non magis, quàm si seruus interroget.

Ad §. 2 Sed si seruum.

Ratio dubitandi. Interrogate & interrogari facti est non iuris. In iis autem quæ facti non iuris sunt, seruus non habetur pro nullo *l. quod attinet 32. de regul. iur.* & persona ipsius etiam inspicienda est, non domini *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* Vnde est quod etiam serui contrahunt, quia contractus omnes sunt facti *l. consilio 7. §. vlt. inf. de curat furios.* etiam illi quos ius ciuile introduxit vt stipulatio *Tot. tit. de stipula seruor.* vt saltem ex persona domini nascatur ciuilis actio ex interrogatione serui. Nec enim stipulatio fit sine interrogatione *l. 1. de verb. obligat.* Sicut & ex serui responsione nascitur actio de peculio contra dominum *Tot. tit. de pecul.* Quidni ergo ex interrogatione aut responsione serui nascetur etiam interrogatoria actio?

Dec. Serui omnes quod ad ius ciuile pertinet pro nullis habentur *dict. l. quod attinet*, nec minùs, quantùm ad ius Prætorium *l. qui testamento 20. §. seruum inf. qui testam fac. poss.* Atqui iudicis omnia sunt iuris ciuilis, id est iure ciuili aut saltem prætorio comparata *l. 2. §. deinde ex his legibus 6. supr. de orig. iur.* Non ergo potest seruus in iudicio stare, licèt quibusdam ex causis permissum sit ei, vix tamen in iure consistere & per se aditum ad Prætorem habere *l. vix certis ex causis 53. supr de iudic. l. mulier 22. § non est dubitatum infr. ad SC. Trebell.* Vnde illud etiam fit vt cum seruo nulla sit actio *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Atqui interrogationes omnes de quibus in hoc tractatu agitur, & ex quibus dat Prætor interrogatoriam actionem, fieri debent in iure id est apud Prætorem, & in eo loco in quo Prætor ius reddit *l. 4. §. 1. sup. & pass. hoc tit.* Ergo non est permittendum seruo vt vel interroget vel interrogetur, non magis quàm vt aliud quicquam in iudicio faciat *l. seruum 6. C. de iudic.* Sanè de iis quæ facti meri sunt puta de fuga interrogari seruus extra ius, & ab alio, quàm à Prætore potest *l. quæro 54. §. vltim. infr. de adult. educt.*

3 ¶ Alius

3 ¶ Alius pro alio non debet respondere cogi, an heres sit. de se enim debet quis in iudicio interrogari: hoc est, cùm ipse conuenitur.

Ad § 3. Alius pro alio.

Ratio dubitandi. Potest fieri vt alium heredem esse alius sciat. Quid enim si quis delatam Titio ex iusto Sempronij testamento hereditatem, & adhibitus testis fuerit cretioni, hoc est aditioni hereditatis factæ per verba illa cretionis solemnia. *Hanc Sempronij hereditatem adeo cernóque.* Cur non interrogari possit & respondere debeat an Titius heres sit necne?

Dec. De se tantùm debet quis in iudicio interrogari, vt cogatur respondere non de alio, cùm ipse conuenitur suo nomine, Ad hoc scilicet, vt ex ipsius responsione nasci contra eum possit actio interrogatoria; sicuti dicimus iniquum esse cogi quem de alieno facto iurare *l. Marcellus 11. §. iurare inf. Rer. amot.* Cæterùm si quis suo nomine non conueniatur sed alieno, puta tanquam tutor aut procurator, aut etiam vltrò ipse liti se offerat tanquam defensor, vt in *§. seq.* poterit ipse quoque & interrogare & interrogari *l. certum 6. §. sed an & ipsos infr. de confess. l. non solùm 39. in princ. supr. de procuratorib.* Idque est quod textus ait *cùm ipse conuenitur.* Ad exclusionem scilicet eius, qui non suo sed alieno nomine conuenitur.

4 ¶ Celsus libro quinto digestorum scribit.

SI defensor in iudicio interrogatus, an is quem defendit, heres, vel quota ex parte sit falsò responderit: ipse quidem defensor aduersario tenebitur, ipsi autem, quem defendit [a], nullum facit præiudicium: veram itaque esse Celsi sententiam, dubium non est. An ergo non videatur defendere, si non responderit videndum. quod vtique & consequens erit dicere [b]: quia non plenè defendit.

Ad §. 4. Celsus.

Ratio dubitandi. Alius pro alio interrogari non debet, nec cogi respondere vt proximè dictum est. Atqui defensor ille dicitur qui absentem alium defendit, *l. minor 51. §. 1. sup. de procur.* Vnde est quod etiam satisdare cogitur, quia nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione intelligitur *l. qui proprio 46. §. qui alium eod. tit.* Ergo non est cogendus defensor ad interrogationem respondere, & si respondeat, obligari tamen & conueniri eo nomine non debet.

Dec. Defendere est eandem quam reus vicem subire *d. l. minor §. 1.* Atqui is qui defenditur interrogari posset, & interrogatus respondere cogeretur. Ergo nec defensor recusare potest quominùs & interrogetur pro eo quem defendit, & ex sua responsione proprio nomine conueniatur, sicuti nec potest recusare quominùs iudicati executionem patiatur cùm se vltrò liti offerat & sine mandato, in quo maximè differt à procuratore *l. 4. in princ. inf. de re iudic. l. Plautius 61. sup. de procur.* Quod in tutore curatore & aliis quos officij necessitas excusat diuersum est *d. l. 4. §. 1. l. 2. infr. de admin. tutor. l. post mortem 5. §. 1. & l. pen. inf. quand. ex fact. tutor.*

a *Ipsi autem quem defendit.* Ratio dubitandi. Quod à defensore fit perinde habendum est ac si ab eo ipso qui defenditur factum esset. Cùm defendere sit eandem quam reus vicem subire, vt modò dicebamus. Ergo responsio à defensore interrogato facta perinde illi qui defenditur ac defensori ipsi præiudicium facere debet. Imò verò longè magis, cùm defensi causa agatur non defensoris cuius respectu lis aliena est *l. qui proprio 46. §. qui alium & l. minor 51. §. 2. sup. de procurat.*

Dec. Res inter alios acta nocere aliis nunquam debet *tot. tit. Cod. int. alios act. aliis non nocer. l. si duo 13. in princip. de iureiur.* Atqui alia persona est defensoris, alia eius qui defenditur, nec tam lis ipsa & cuius ea sit inspici debet, quàm persona litigantis. Ergo quod à defensore responsum est, nocere ei qui defenditur non debet, satisque est interroganti quod contra defensorem ex sua interrogatione & ipsius responsione interrogatoriam actionem, & ex ea actione condemnationem laturus sit, ne ipsi, aut Prætori illusum videatur. Tractamus enim de defensore qui se vltrò liti obtulit, id est sine mandato: Alioqui si mandatum habuerit iam procurator non defensor est, & ideò nec dubitandum est quin ex procuratoris responsione conueniri dominus per interrogatoriam vtiliter possit. Tecum enim actum videtur quod cum procuratore tuo actum est, Nimirum si mandatum idoneum & sufficiens habuit. Quædam enim sunt quæ speciale mandatũ exigunt, nec generali contenta sunt *l. illud 25. §. 1. sup de minor. l. mandato generali 60. l. procurator totorum bonorum 63. supr. De procurat.* & ad quæ respondere proinde absque speciali mandato non potest. Cæterùm etiam defensoris responsio nocet ei qui defenditur, si ratam illam habeat, quod nec Accursius diffitetur ex *l. qui seruum 20. inf. hoc tit.* quamuis idem putet non aliud in procuratore quàm in defensore probandum esse. In quo mirus certè est. Quam enim potestatem & vim maiorem habere potest ratihabitio, nisi vt mandato æquiparetur? *l. vlt. C. de SC. Maced. l. vero procuratori 12. §. 1. de solut.* Nisi quòd speciali mandato æquiparatur, quod certè necessarium est ad hoc, vt ex responsione procuratoris possit dominus conueniri, quamuis confessoria in procuratorem ipsum vtilis actio omnimodo danda sit *l. proinde si occisus 25. §. si procurator sup. ad leg. Aquil.* Nec moueri Accursius debuit ex eo quod scriptum est in *d. l. certum §. sed & ipsis infra de confess.* non sufficere ipsos procuratores, tutores, vel curatores fateri. Id enim debet intelligi iuxta id quod scriptum est in *§. praeced.* cùm tutoris vel curatoris vel procuratoris responsio facta est absente aduersario. Nos autem eum casum tractamus quo facta sit aduersario interrogante.

b *Quod vtique consequens erit dicere.* Ratio dubitandi. Ignoscendum est ei, qui de alieno facto etiam interrogatus respondere nolit, ne alioquin facile in captionem incidat & ei quem defendit vel sibi præiudicet, vt in *l. & quia 6. §. 1. sup.* graue enim est & ignorantem & inuitum aliquem sub alieni compendij emolumento siue periurij siue mendacij aleam subire *l. videamus 4. in prin. inf. de in lit. iurand.* nec minùs iniquum est cogi quem de alieno facto respondere, quàm iurare *l. Marcellus 11. § penult. infr. rer.*

amet. ideóque de se quisque debet in iudicio interrogari, non de alio §. *alius pro alio, supra hac lege* quoniam alieni facti ignorantia semper tolerabilis est *l. vlt. inf. pro suo.*

Dec. Defendere nihil aliud est quàm eandem subire vicem, quam reus ipse qui defenditur subire cogeretur *l. minor 51. §. 1. sup. de procur.* Atqui reus ipse si iudicio adesset, interroganti siue Prætori siue aduersario respondere cogeretur. Ergo & eius defensor respondere cogendus est. Alioquin non videtur eum defendere, sibique imputet qui defensionem alienam susceperit, siue vltrò se liti obtulerit, siue mandatum in eam rem habuerit, vt in l. 4. *in princ. inf. de re iudic.* Et quod dicimus de se quemque in iudicio interrogari debere non de alio, tunc verum est, cùm ipse conuenitur, vt scriptum est in *d. §. alius.* Non autem cùm is qui conuenitur, aliom vult defendere: hic enim nec defendere videtur si non plenè defendat, nec plenè defendere, si ad interrogationem non respondeat.

5 ¶Qui interrogatus, heredem se responderit nec adiecerit, ex qua parte: ex asse respondisse, dicendum est: nisi forrè ita interrogetur [a], an ex dimidia parte heres sit, & responderit heres sum. hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse.

Ad §. 5. Qui interrogatus.

Ratio dubitandi. Si quis intentione ambigua, vel oratione vsus sit, id quod vtilius ei est accipiendum est, *l. si quis intentione 66. sup. de Iudic.* Atqui potest fieri vt interrogato sit vtilius heredem esse ex parte, quàm ex asse, vtputa si damnosa vel saltem suspecta aut multis negotiis intricata sit hereditas. Ergo ex vtilitate respondentis hoc metiendum est, non ex voluntate interrogantis.

Ratio decidendi. Qui aliquem interrogat an sit heres, nec dicit ex qua parte, non de alio interrogare creditur, quàm vtrum aduersarius sit heres ex asse. Quisquis enim heres scribitur, aut dicitur, nulla parte adiecta, ex toto asse heres scriptus aut dictus intelligitur: nam & hereditatem qui dicit assem hereditarium proculdubio intelligit quamuis pars etiam quælibet hereditatis sit hereditas *l. seruum 50. §. hereditas* iunct. *l. 1. l. si ita scriptum 47. in princ. inf. de hered. instit.*

a *Nisi fortè ita interrogetur.* Ratio dubitandi. Etiam cùm is qui interrogatur an ex dimidia parte heres sit, respondit *heres sum*, vtique fatetur & respondit absolutè se heredem esse ex iis quæ proximè diximus. Dec. In dubio credendus est quilibet respondisse ad mentem interrogantis *l. Titia 134. §. idem respondit. inf. de verb. obl. & §. præterea instit. de inutil. stipul.* Ergo interrogatus de parte credendus est de ea tantùm parte respondisse, non de toto asse.

¶Illud quæritur, an quis cogatur respondere, vtrum ex testamento heres sit, & vtrùm suo nomine ei quæsita sit hereditas, an per eos, quos suo iuri subiectos habet, vel per eum, qui heres extitit. Summatim igitur prætor cognoscere debebit eùm quæratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit: vt, si valdè interesse compererit, plenius responderi iubeat. Quæ obtinere debent non solum in heredibus sed etiam in honorariis successoribus.

Ad §. Illud quæritur 6.

Ratio dubitandi. Vt quis obligetur oneribus hereditariis nihil interest an ex testamento heres sit, an ab intestato, cùm ex lege duodecim tabularum tam legitimæ quàm testamentariæ hereditates confirmentur *l. verbis legis 120. & l. lege obuenire 13. de verb. sign. l. 1. & 3. sup. de hered. petit.* iunct. *l. vlt. C. de hered. act.* Nec rursum minùs adstringitur oneribus hereditariis, qui per alium heres factus est, quàm qui adiit suo nomine *l. qui in aliena 6. in princ. infr. de acq. hered.* cùm hereditas quæ per filium familias aut seruum acquiritur transeat rectà in patrem aut dominum, nec momento vel vno in persona filiifamilias aut serui consistat *l. placet 79. eod. tit.* Ergo non tam inhumanè arctandus est is, qui tanquam heres conuenitur, vt cogatur respondere an sit heres ex testamenro, an ab intestato, Et an per se an per alium arg *l. si in rem aliquis 6. sup. de rei vind. & l. 2. de hered. petit.*

Ratio decidendi. Potest interesse actoris vt reus qui se heredem iam responderit, pleniùs respondeat, an ex testamento heres sit, an ab intestato, vt putà si quis legata vel fideicommissa petat, quæ in testamento relicta sunt, & quæ non adita ex testamento hereditate proculdubio interciderent l. *eam quam 14. §. de fideicom.* aut quæ si ab intestato possideretur hereditas petenda essent alia actione, & quidem prætoria in eam rem comparata ex *titulo si quis omiss. caus. test.* multùm si quidem refert an de legatis aut fideicommissis ciuili actione agatur, an Prætoria, cùm eo casu quo vna competit, alia non competat. Potest etiam interesse an per se heres sit, an per alium, puta si agetetur de substitutione pupillari facta per hæc verba, *Quisquis mihi heres erit.* Nec enim ad eam substitutionem alius admitti potest, quàm qui per se heres est, non qui per alium *l. qui liberis 8. §. 1. infra de vulg. & pupill. substitut. §. substitutus instit. de pupill. l. sciendum 70. de verborum signif.* item si agatur de conseruandis legatis petita bonorum possessione contra tabulas. Conseruantur enim legata qua liberis aut parentibus relicta sunt, non quę ipsorum seruis *l. 3. §. hoc autem infr. de leg. præst.* vt è contrario quod legatario legari non potest, seruo ipsius potest, *l. debitor 82. in fine de leg. 2.* sic denique qui heredi dare iussus est, seruo alieno instituto, dare debet seruo, non domino quamuis dominus sit heres per seruum non seruus *l. quis heredi 44. in princip. de condic. & demonst.* Quamquam hi posteriores casus & alij quos Accursius congerit ex *d. l. qui heredi §. cùm hereditas & l. si patronis 55. in princip. Ad SC. Trebell.* non pertinent ad hanc legem in qua de eo solo tractatur, quem necesse sit sciri, an heres sit ex testamento, an ab intestato, an per se an per alium. Summatim ergo cognoscere Prætor debebit an iusta causa an potiùs per calumniam plenior responsio postuletur. Priore nimirum casu iubebit plenius responderi, posteriore verò non item ne calumniis aut malitiis fa-

uere videatur, vt aliis plerisque casibus summariæ istæ cognitiones necessariæ sunt. vt in l.3.§.*secundum inf. ad exhibend.l.3.§.causa cognito.inf. de Carbon.edict.*

a *Non solum in heredibus.* Ratio dubitandi. Prætor non tam ad iuris subtilitatem respicere solet, quàm ad effectum rei, præsertim verò in hoc edicto de *interrog.in iur.fac.l.si filius* 12.*infr.hoc tit.* iunct. *l. necessariis* 57.*de acq.hered.* At qui effectu inspecto tam heres est qui ab intestato, quàm qui ex testamento, & tam qui per se, quàm per alium hereditatem obtinet *d.l.*1.2.& 3.*sup.de hered. petit.* Ergo in honorariis successoribus qui non nisi honorario & Prætorio iure succedunt, nullus debet huic distinctioni esse locus.

Ratio decidendi. Bonorum possessores, cæterique honorarij successores non nisi Iuris subtilitate differunt ab heredibus: effectu enim ipso sunt heredum loco *l.*1.2.& 3.*inf de bon.poss.* cùm rem obtineant *l.posthumus* 12.*l.filio præterito* 17.*infr. de Inust. rupt.* Eadem igitur ratio hac parte vt in cæteris ferè omnibus esse debet heredum, & eorum qui succedunt iure prætorio.

7 ¶Denique Iulianus scribit a, eum quoque, cui est hereditas restituta, debere in iure interrogatum respondere, an ei hereditas restituta.

Ad §.7. Denique.

a *Denique Iulianus scribit.* Ratio dubitandi. Sed cui restituta est ex Trebelliano hereditas neque heres est, §.*restituta inst.de fideicom. hered.* neque bonorum possessor, cùm bona accipiat per manus heredis, non à Prætore *l facta* 63. iunct. *l. restituta* 37. & *pass. inf ad SC.Trebell.*

Ratio decidendi. Restitutio hereditatis fideicommissariæ mixtam causam habet ex iure ciuili & honoratio quia fit ex authoritate SC.Trebelliani quod legis vim obtinet, & Prætoris quoque fideicommissarij, qui de fideicommissis cognoscit §.1.*Instit.de fideicom. hered.* ideóque quod in heredibus & honorariis successoribus obtinet, trahitur passim à prudentibus ad eum cui ex fideicommisso restituta est hereditas, vt interrogatus respondere debeat non an sit heres, aut bonorum possessor, sed an sit ei restituta hereditas nec ne, & an ex testamento an ab intestato, quoniam hereditates quoque fideicommissariæ tam ex testamẽto quàm ab intestato restitui possunt *l.recusare* 6.§.1.*infr. Ad SC.Trebell.l.filiusfamilias* 18.*inf.ad leg. falc.* item an restituta sit illi ipsi hereditas an alij personæ, eius iuri subiectæ, quamuis alioquin nihil interesse soleat, An restituatur hereditas patrisfamilias, An ei qui in aliena potestate sit *l.quamuis* 4.§.*vltim.ad SC. Trebell.* Ergo & hoc casu summaria illa cognitio, de qua diximus erit adhibenda.

8 ¶Si de peculio agatur: oportere responderi à patre, vel domino, an in potestate habeat filium, vel seruum: quia hoc solum quæritur, an peculium apud eum, cum quo agitur, est.

Ad §.vlt. Si de peculio.

Ratio dubitandi. Peculium nihil aliud est quàm pusillum quoddam patrimonium filiifamilias vel serui *l.depositi* 5.§ *pen.& vlt.inf.de pecul.* Ergo neque peculium habere penes se patet vel dominus potest, nisi qui filium ipsum, aut seruum habeat in sua potestate, ac proinde quisquis conuenitur de peculio, respondere cogendus est an filium vel seruũ ex cuius persona conuenitur habeat in sua potestate, ne alioqui actio de peculio malè contra eum instituatur.

Ratio decidendi. Nascitur quidem peculium ex iure potestatis, nec in personam patrisfamilias cadere potest *l.certum* 13.*C.famil.herc.* Sed tamen non vsque adeò pendet à patria vel dominica potestate, vti ne post eam quoque sublatã maneat adhuc actio de peculio, quæ scilicet durat & competit intra annum, etiam à quo tempore mortuus est filius familias, vel seruus, aut emancipatus fuit filius, aut manumissus seruus, aut ademptum siue huic siue illi peculium *l.*1.*& tot.ti.inf.quand.act.de pecul.est annal.* Non ergo interrogandus est pater vel dominus qui de peculio conuenitur, aut etiamsi maximè interrogetur non est cogendus respondere, cùm ex responsione neque adiuuari possit actio, neque perimi. Nemo enim superuacua interrogatione aut responsione est onerandus, non magis quàm superuacua cautione *l. stipulatio* 14.§.1.*inf. vt legat. vel fideicom cauf.cau.* Et hoc est quod pragmatici iactare solent, interrogationi aut positioni impertinenti, id est quæ ad rem non pertineat, non esse cogendum quem respondere.

10. PAVLVS lib.48. ad Edictum.

NOn alienum est, eum, à quo damni infecti stipulati velimus, interrogare in iure, an ędes eius, vel locus sit, ex quo damnum timeatur, & pro qua parte: vt, si neget suum prædium esse, ne caueat damni infecti, aut cedere, aut, resistendum putauerit, quasi dolo versatus, tradere compellatur.

Ad l Non alienum est 10.

Ratio dubitandi. Stipulatio damni infecti causam habet à damno quod nondum factum est, futurum tamen timetur *l.*2.*infr de damn.infect.* ideóque is cauere debet qui vitiosas ædes, & ruinam minantes possidet, adeóque interdum etiam is qui medias ædes habet non vitiosas, vt in eleganti specie *l.quis bona* 13.§.*cùm inter eod.tit.* Non tam ergo inspiciẽdum est quis dominus sit mediarum ædium, quàm quis possideat, & pro qua parte; siquidem non alia pœna est eius qui non vult cauere, quàm vt vicinus in possessionem ædium ipsius mittatur *l. Prætor ait* 7.& *pass.eod.tit.*

Dec. Prætoris officium est vt missus in possessionem ex causa damni infecti etiam rei per longi aut potiùs legitimi temporis spatium iustum domi-

nium capere possit *l. Prætoris 5.* vbi sic legendum est *eodem tit.* Duo enim Prætoris decreta solent in hac causa interuenire, primum de cauendo pro ædibus, quod eò vsque extenditur, vt si non caueatur mitti debeat vicinus in possessionem vt tædio longæ possessionis extorqueat si fieri possit cautionem, sicut & in specie *l. si cui 5. in princip. vt in possess. legat.* Alterum de cauendo ędibus, cùm Prętor ii dareturnon caueri iubeat vicinum sibi possidere, cùm anteà non esset nisi in possessione, quod longè diuersum est, *l. si quis ante 10. §. 1. l. quod meo 18. infr. de acquir. possess.* qui autem iubetur sibi possidere, hoc ipso fit dominus bonitarius, & exinde ius habet inchoandæ vsucapionis, vt ex bonitario fiat quiritiarius, quæ sententia & ratio est *l. si finita 15. §. Iulianus eodem titu.* iunct. *l. 4. §. 1. & seqq. eodem titu.* Prætor enim dominium quiritiarium transferre non potuit *§. quos autem Instit. de bonor. possess.* Bonitarium verò potuit *l. 1. 2. & 3. infr. eodem ill. titu. de bonor. possess. & dict. § si finita.* Atqui non posset vicinus ficti dominus bonitarius nec vnquam quiritiarius si is qui cauere debet nec vult, non esset dominus vitiosarum ædium, in quarum possessionem missio facienda est. Conueniens igitur est, vt is à quo damni infecti stipulari volumus, interrogetur prius in iure an ædes eius sint ex quibus damnum timetur & pro qua parte *l. seruum 20. §. vltim. infr. hoc titu.* vt scilicet ad eam partem dominij quam suam esse responderit accommodetur stipulatio, vt scriptum est in *dict. §. vltim.* vel si neget suum prædium esse, ideóque nec de damno infecto caueat, cogatur aut cedere, id est à controuersia desistere, aut si resistendum putauerit compellatur ædes vitiosas tradere, quasi dolo malo versatus negando suas esse ædes, quas tamen suas esse sciret: nam etsi dominus esset, nec vicino iam in possessionem misso cauere vellet, ita vt vicinus sibi possidere iussus esset, vtique deiiciendus esset dominus de possessione *dict. l. si finita 15. §. vbi autem 13. de damn. inf.* Noli tamen cum Accursio sic intelligere, vt hic tradendi coactio fiat manu militari, vel ex secundo decreto: nam nec manum militarem facilè ius nostrum adhibet, quæ semper odiosa est, si excipias casum & mannm Triboniani in *l. qui restituere*, vbi diximus *supr. de rei vind.* Neque secundo decreto potest locus esse, vbi non est locus primo, nec rursum primo, cùm negauit possessor vitiosarum ædium suas ædes esse. Fit ergo hæc coactio authoritate & imperio Prætoris adhibentis pœnæ comminationem, & pignorum, vt in eiusmodi rebus fieri solet, capionem, quomodo refert Liuius coactos fuisse olim Senatores in Senatum ire, & nos alibi sæpe monuimus. Planè illud constat, si quis prædium pro certa parte suam esse dixerit non nisi pro ea parte cogendum esse cauere *l. si quis putans 6. § si damni supr. commun. diuid.* Nempe quia nec nisi partis suæ dominium posset non cauendo amittere.

11. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

DE ætate quoque interdum interrogatus respondere debebit.

Ad l. De ætate 11.

Ratio dubitandi. Minor ætas plerunque facilè ex solo aspectu dignoscitur & probatur *l. minor 32. sup. de mino. l. si alterius 3. C. si min. se maior. dix.* Ergo si de ætate quis interrogetur non est cogendus respondere, debétque is qui cum alio cōtraxit vel litigat, esse non ignarus ætatis, sicut & condicionis ipsius *l. qui cum alio 19. de reg. iur.* Præsertim cum sit in potestate ipsius agere quando velit *l. 5. §. vlt. infr. de dol. mal. act. l. petenda 6. C. de tempor. in integr. restit.*

Dec. Multum interest an cum minore agatur, an cum maiore: cùm minor iudicio stare non possit sine curatore qui in litem dandus ei est omnimodo, id est etiamsi nolit *tot. tit. C. de in lit. dand. tutor. l. 2. inf. de admin. tutor. l. 2. C. qui legit. pers. stand. in iudic. hab.* Alioqui iudicium non valet nec sententia, si contra minorem lata sit, tanquam contra indefensum, *l. contra pupillum 54. de re iudic. l. 1. Cod. si aduers. rem iudic.* nisi procuratorem iurati minores constituerint, quo casu placet interpretibus haberi eos pro maioribus propter authoritaté iurisiurandi ex Auth. *Sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* Et eo iure vtimur, secuti decisionem Guid. Pap. *quæst. 35. & 494.* quamuis si pro minore curatorem non habente iudicatum sit, valeat sententia *l. non eo minus 14. C. de procur.* valde ergo interest actoris, vt sciat an cum minore litigaturus sit, an cum maiore, Præsertim cùm probatio illa ætatis plerunque difficillima sit *l. de ætate 43. sup. de minor.* Et maximè fallax illa quæ fit ex aspectu *d. l. minor eod. & d. l. 1. C. si minor se maior. dixer.* nec meliùs de ætate aut veriùs respondere quisquam potest, quàm de sua quilibet: de qua si mentiatur dolo malo, amittit hoc ipso ętatis beneficium & priuilegium, aut si adhibito iureiurando *d. l. 3 C. si min. se maior. dixer.* Nec minùs interest eius qui ab alio conuenitur, quàm illius qui alium conuenit. Estque conuenientius vt hæc lex de reo, quàm de actore interrogante accipiatur.

1 ¶Si quis, cùm heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse: sic conuenietur, atque si ex ea parte heres esset: fides enim ei contra se habebitur.

Ad §. 1. Si quis cùm heres.

Ratio dubitandi. Is qui cùm heres nulla ex parte esset, interrogatus tamen respondit ex aliqua certa parte, puta ex semisse heredem se esse, non ideò tamen fit heres: Hereditas enim non nisi certis modis acquiritur, id est aditione aut gestione pro herede, non etiam falsa responsione, præsertim si alius iam sit heres ex asse, aut ex illa ipsa parte ex qua hic se heredem esse respondit: cùm non possint vni duo esse heredes in solidum *l. quod contra 141. §. vni duo de reg. iur.*

Dec. Imputare sibi debet is qui coram Prætore falsum respondit, nec potest conqueri, quod ei contra se fides habeatur, quamuis ei pro se non crederetur. Id enim exemplo nimis perniciosum esset *l. rationes 6. & seq. Cod. de probat. & Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst. §. 1.* nisi ex quadam consequentia in-

tia inquit Accursius ex *l. seq.* §. *prox. infr.* aut nisi respondeotem pœniteat respõsi: potest enim, si modò captio nulla aduersarij ex eius pœnitentia futura sit §. *ult. inf. hac lege.*

2 ¶ Qui ex quadrante heres, vel omnino cùm heres non esset, responderit se heredem ex asse in assem instituta actione conuenietur.

Ad §. 2. Qui ex quadrante.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad §. præcedentem: nihil enim refert, An quis cùm heres non interrogatus responderit ex parte se heredem esse, An verò is, qui ex quadrante tantùm heres vel cùm heres omnino non esset, responderit se heredem ex asse. Omni enim casu fides ei contra se habenda est, vt instituta actione conueniatur siue ex asse siue ex ea parte qua se heredem respondérit, in pœnam scilicet mendacij.

3 ¶ Si cùm esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante: mendacij hanc pœnam feret, quòd insolidum conuenitur. non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseuerat. Interdum tamen[a] iusta ratione potest opinari esse heredem ex minore parte. quid enim, si nescit sibi partem adcreuisse, vel ex incerta parte fuit institutus? cur ei responsum noceat?

Ad §. 3. Si cùm esset.

Ratio dubitandi. Si qui cùm heres esset ex semisse, dixerit se heredem ex quadrante, nõ dicit mendacium, cùm in semisse quadrans cõtineatur: nam in eo quod plus est vtique & quod minus est continetur *l. in eo* 110. *de reg. iur. l.* 1. §. *si stipulanti de ver. oblig.* Ergo non debet pœnam mendacij vllam sentire. Multò minùs illam, vt in solidum, & quasi ex asse heres sit conueniatur, cùm sit heres tantùm ex semisse. Dec. Mendacium in eo est quod dolo malo mentitus sit minoris duntaxat portionis heredem esse eùm sciat esse se maioris, si mendacium nihil aliud est quàm falsa significatio vocis cùm intentione fallendi, vt ex D. Augustino Accursius hic definit. Cuius porrò mẽdacij nulla esset pœna si respõdens qui reuera heres est ex semisse non nisi pro semisse conueniretur: Porrò dici non potest pro qua parte supra semissem conueniendus sit: solum ergo illud superest, vt dicamus cõueniendum eum esse in solidum, tãquam heredem ex asse. Sub ea tamen exceptione quæ sequitur in textu, nisi iustam rationem habuerit opinãdi se ex minori parte heredem esse vt in exemplis quæ subiiciuntur.

a *Interdum tamen.* Ratio dubitandi. Ex qua parte quis heres sit, in iure non in facto consistit. Nam & hoc ipsum *heredem esse* iuris est, Ius autem certum semper est *l.* 2. *inf. de iur. & fact. ignor.* Ergo non est probabilis error illius qui se heredem putat ex minore parte. Dec. Ius quidem certum est, sed oritur ex facto quod plerunque est incertum *d. l.* 2. vbi hanc ob causam dicitur facti interpretationem etiam plerunque prudentissimos quosque fallere. Maximè verò si factum sit alienum, cuius scilicet ignorantia semper probabilis & tolerabilis est *l. vlt. inf. pro suo.* Atqui fieri potest vt coheredis pars huic respondenti accreuerit, siue per mortem aut repudiationem coheredis, siue per conditionis defectum: nec tamen qui respondet, sciat accreuisse, quia nec scit adhuc, An coheres decesserit ante aditam hereditatem, vel repudiauerit, vel conditio defecerit: quæ omnia facti sunt ac plerunque opinionem nostram facilè fallunt. Nihil ergo imputari potest ei qui per huius facti ignorantiam putat se heredem adhuc esse ex parte minore, cùm iam sit ex maiore. Idem est si coheredes habuit institutos ex certis partibus, quas tamẽ ignorarit & institutus ipse sit ex reliquo. Nam & hoc casu facile potest contingere vt se credat heredem ex minore parte, quàm sit. His ergo casibus & aliis si qui sunt similes, venia certè dignus est, vt ei responsum non noceat in pœnam mendacij, cùm mẽdacium nullum sit sine dolo, nec dolus vllus vbi est error facti, adeóq; nec si sit iuris *l. sed & si* 25. §. *scire supr. de hered. petit.* Error enim quisquis ille sit siue iuris, siue facti, semper inducit bonam fidem, & hactenus prodest certanti de damno vitando, quamuis error iuris nunquam prosit ad acquirendum quomodo prodest plerunque error facti *l. iuris* 4. & 7. *l. error* 8. & *seq. inf. de iur. & fact. ignor. l. cùm quis* 10. & *pass. C. eod. l. nunquam* 31. *inf. de vsucap.*

4 ¶ Qui tacuit quoque apud prætorem, in ea causa est, vt instituta actione insolidum conueniatur, quasi negauit se heredem esse. nam qui omnino non respondit, contumax est: contumaciæ autem pœnam hanc ferre debet, vt insolidum conueniatur, quemadmodum si negasset: quia prætorem contemnere videtur.

Ad §. 4. Qui tacuit.

Ratio dubitandi. Mendacium nihil aliud est vt modò diximus quàm falsa significatio vocis, cum intentione fallendi. Atqui is qui tacuit apud Prætorem nihil dixit: ergo non potest videri mentitus. Ergo non est quod in pœnam mendacij debeat cõueniri in solidum instituta ac proposita actione, quasi negauerit se heredem esse. Nam si non fatetur qui errat nisi ius ignorauit, vt ait *l.* 2. *inf. de confess.* multò magis verum est nõ negare illum, qui tacet.

Dec. Qui interrogatus siue à Prætore ipso, siue ab aduersario apud Prætorem, An sit heres, omnino non respondet, is proculdubio est contumax, & contemnit Prætorem, vt scriptum est in hoc §. Magísq; est vt videatur negare is qui interrogatur, cùm nihil respondet quàm vt fateri videatur: dignus igitur est qui ea pœna puniatur & quasi contumax & quasi mendax, vt in solidum obligetur: quomodo si negasset. Ponimus enim esse illum heredem ex parte, Alioquin non posse condemnari tanquam mendax. Non enim potest condemnari ob solam contumaciam: nisi contumacia implicitum habeat mendacium: Alioquin is qui interrogatus an heres esset, cum ex nulla parte esset, tacuit, nullam pœnam patietur si pro negãte habeatur, quia nec pateretur, si negaret se heredem esse, quippe qui verum diceret, eamq; nimirum ob causam sunt qui putent debere taceotem haberi pro

confesso, non pro negante, vt quamuis reuera non sit heres, perinde tamen habeatur acsi respondisset se heredem, si illud interrogari vtilius futurum sit, & tacenti damnosius, vt sc. nō impunè ferat quod per contumaciam tacendo Prætorem contempserit. Sed non satis conuenit hæc interpretatio verbis huius §. quæ contumacem voluit haberi pro negãte, & pugnat cum *l. proxima inf.* vbi filius qui per abstensionem interrogatus an sit heres si taceat non ideò habetur pro herede apud Prætorem. Nisi dicas quod Accurs. primum tentat postea tamen improbat, speciale id esse in suo herede se abstinente: quod tamen an verum sit latiùs ad eum locum dicemus. Illud sanè constat contumaciam cum mendacio coniunctam maiore pœna dignam esse, quoniam qui mentitur Prætori, Prætorem decipit *l. debuit 17. cum duabus præcedentibus sup. de his qui notant. infam.* Certè praxis nostra benè induxit huius dubitationis tollendæ gratia, vt quisquis in iure interrogatur, iuberi debeat respondere cathegoricè, vt loquuntur: alioquin si taceat pro confesso vel pro negante habeatur pro vt interrogator elegerit: quod cùm factum est nihil vetat eum qui conuenitur tanquam heres, cùm nullo modo sit, perinde haberi pro confesso atque is qui ex parte tantùm heres est habetur pro negante: & tanquam heres ex asse, vtroque casu in solidum conueniri possit [illegible] alius heres non appareat.

5 ¶Quod autem ait prætor, *Omnino non respondisse*, posteriores sic exceperunt, vt omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est, πρὸς ἔπος.

Ad §. 5. Quod autem ait Prætor.

Ratio dubitandi. Omnino non respondere nihil aliud est quàm nullo modo respondere, sic enim passim prudentes nostri loquuntur, vt *omnino non* dicant pro *nullo modo*, vt in *l. Gracè 8. §. illud commune infr. de fideiussor.* Cùm verò dicunt *non omnino* significent *aliquo modo*. Atquin is qui aliquid respondet, licet ad interrogatum non respondeat, tamen respondet, nec verum est eum nullo modo respondere. Ergo non perinde pro contumace haberi debet, acsi nihil respondisset. Neque sanè negari potest quin magis contumax ille sit, qui omnino nihil respondet, quàm qui aliquid licet minùs ad propositum, vt Græci dicunt πρὸς ἔπος.

Dec. Nihil in effectu refert an interrogatus nihil omnino respondeat, an verò tale quid quod sit omnino extra rem & ἀπροσδιόνυσον: imò si verum amamus magis illudit Prætori & eius maiestatem contemnit, qui ridiculum aliquid & impertinens respondet, quàm qui omnino nihil. Nam dum id agit ne contumax esse videatur, magis offendit Prætorem, quàm si esset verè contumax. Quemadmodum solemus dicere grauiùs peccare eum qui facit contra legem *l. contra legem 29. & seq. sup. de legib.* itémque, grauiùs puniendos eos qui clam, quàm qui palam peccant, tanquam qui sint magis contumaces *l. vlt. inf. de nupt.* Suauis verò hic est Accursius qui pro verbis illis græcis πρὸς ἔπος substituit latina illa *pro se posit*. Et quasi bonum sensum habeant, laborat in illis interpretandis, subintelligendo inquit, *responsionem*, vt euenit cùm quis interrogatus non respondet ipse sed quærit de alio quodam vt ab aduersario responsionem extorqueat, quod certè ab Vlpiani mente & à græcorum verborum quæ retulimus mente tam alienum est, quàm quod maximè.

6 ¶Si interrogatus quis, an ex asse heres esset, responderit ex parte: si ex dimidia esset, nihil ei nocere responsum, quæ sententia humana est.

Ad §. 6. Si interrogatus.

Ratio dubitandi. Qui interrogatus, An heres sit ex asse, respondet se ex parte heredem esse, licet sit heres ex parte dimidia, non tamen videtur ad interrogatum respondere, cùm ex eius responsione sciri non possit ex qua parte sit heres, vt ad eam partem actio accommodetur: quomodo Paulus loquitur in *l. qui seruum 20. in fin. infr. hoc tit.* Et potest responsio illa accommodari etiam ad partem illam hereditatis quæ minor, non minùs quàm ex qua heres est. Nam & qui ex quadrante, vel ex sextante heres est, ex parte certa vtique heres est: & tamen si heres ex semisse responderet se heredem esse, ex quadrante teneretur in solidum propter mendacium *§. si cùm esset supr.* Ergo & hic teneri debet tanquam qui subdolè & captiosè responderit.

Dec. Qui interrogatus, An sit heres ex asse, respondet se heredem ex parte, satis ad interrogatum respondet, cùm hoc ipso apertè neget se heredem ex asse, de quo solo fuerat interrogatus: Quod autem non satis exprimit ex qua parte sit heres, & si captiosum interroganti esse potest, fieri tamen etiam possit vt non sit captiosum: Et in dubiis humanior interpretatio capienda est, quæ doli & captionis præsumptionem arceat. Potest enim interrogator sibi consulere iterum interrogando eum qui se ex parte heredem esse responderit ex qua parte sit heres, vt si in secunda responsione onerauerit se mendacio, dicendo se heredem ex minore parte quàm sit, patiatur quoque pœnam illam mendacij, vt in solidum conueniatur *d. § si cùm esset.* Et sanè debuerat hic interrogator melius ab initio formam interrogationis concipere, & quomodo passim hodie concipiunt pragmatici, interrogando nimirum aduersarium, An heres sit ex asse, an ex parte, & si ex parte tantùm, ex qua parte: Quo casu non satis fuisset respondere heredem se ex parte, nisi addidisset ex qua parte: vt fieri posset an mendacium aliquod interuenisset, necne, planè si is qui se heredem ex parte respondit ex maiore parte quàm dimidia heres esset, vtique conueniri posset in solidum tanquam ex mendacio, quia partis appellatione dimidia pars continetur *l. nomen 164. §. Portionis* vt alij legunt *Partitionis, de verb. signif.*

7 ¶Nihil interest, neget quis, an taceat interrogatus, an obscurè respondeat, vt incertum dimittat interrogatorem.

Ad §. 7.

Digitized by Google

Ad §. 7. Nihil interest.

Ratio dubitandi. Qui interrogatus tacet, habetur interdum pro cōfesso, vt dixi ad §. *qui tacuit. sup.* Non etiam is qui negauit: Ergo valde interest an quis neget an taceat interrogatus. Quod verò pertinet ad eum qui obscurè respondet, videtur ille melioris esse debere conditionis, vt ea interpretatio capiatur quæ ei fauorabilior futura sit, vt solet & debet fieri cùm quis ambigua intētione vsus est *l. si quis intentione 66. sup. de iudic.* Nec perinde dici potest mendax qui subobscurè loquitur, licèt eo animo vt incertum dimittat interrogatorē, atq; is qui veritatem negat. Ergo multum interest an quis neget an taceat interrogatus, an verò subobscurè respōdeat. Dec. Qui negat per mendacium interrogatus siue à Prætore siue à iudice, is omniū dignissimus est qui puniatur & interrogatoria actione teneatur. Qui verò tacuit per contumaciam, perinde habendus est, acsi per mendacium negasset *d. §. qui tacuit.* Qui autem subobscurè loquitur non per imperitiam sed dolo malo vt incertum dimittat interrogatorem, doli sui pœnam illam pati debet, quam & mendax & contumax patiuntur, quibus nihil grauius imputari potest quàm dolus.

8 ¶ Ex causa succurri ei, qui interrogatus respōdit, nō dubitamus. nā & si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit, mox probato testamento, inuentus sit exheredatus: æquissimū est, succurri ei. & ita Celsus scribit, hic quidē & alia ratione, quòd ea, quæ postea emergunt, auxilio indigent: quid enim, si occultæ tabulæ, & remotæ, postea prolatæ sunt? cur noceat ei qui id respōderit, quod in præsentiarū videbatur: Idē dico, & si qui heredem se responderit. mox falsum, vel inofficiosum, vel irritū testamentum fuerit pronunciatum, nō enim improbè respondit, sed scriptura ductus.

Ad §. 8. Ex causa.

Ratio dubitandi. Nulla fit iniuria interrogato cùm ex sua respònsione conuenitur, siue confessus sit siue per mendaciū negauerit, aut per contumaciam tacuerit, siue subobscurè respōderit dolo malo vt incertum dimitteret interrogatorem, vt in §. *prox. praeced.* Cui enim alij quàm sibi potest imputare, quòd ita respōderit? Nihil ergo causæ est cur ei succurri oporteat. Dec. Fieri facilè potest, vt quis bona fide respondeat se heredem patris, quòd re vera se talem esse putet, puta cùm vel priore testamēto scriptus esset, vel putaret intestatum patrem decessisse, qui tamen probetur posteà testatus, hoc ipso filio exheredato, alióq; herede instituto. Finge prolatas tandē fuisse tabulas quæ antea remotæ fuerāt, id est à loco remoto & lōginquo asseruatæ, vt in *l. ille à quo 13. §. si de testamento* in illis verbis *Finge verba fideicommissi de longinquo petenda inf. ad SC. Trebell.* aut etiam occultatæ. Cur noceat ei qui respōderit quod impræsentiarum videbatur? Etsi enim verum est hunc qui se heredem esse dixit, heredem nō esse, nihil tamen dixit ille aut finxit per mendaciū, ideóq; nec pœna vlla eum puniri æquum est. Quid rursum si quis heredem se responderit ex eo testamento quo fuerat reuera heres institutus, sed quod postea falsū vel inofficiosum vel irritū fuerit pronunciatum? Quid est quod huic possis imputare qui licèt falsò, nō tamē improbè respōdit sed scriptura ductus? Dignius ergo est cui succurratur à Prætore ne eum quasi heredem ex sua responsione cōueniri patiatur, cùm heres nō sit. Prima ergo ratio propter quā & succurrendum sit illa est, quod nulla ei culpa possit imputari qui ita respondit, vt neq; meliùs, neq; veriùs quicquam eo tempore respondere potuerit. Sed alia tamen etiam ratio, eaq; generalior est, quod ea quę de nouo emergunt nouo indigeāt auxilio, vt hic Vlpianus scribit, & probari pōt ex innumeris aliis iuris nostri locis, quos hîc glossa congerit, quosq; hîc omnes recensere nil necesse est, cùm videri possint apud Accursium. Quis enim huic heredi succenseat quod non diuinauerit quæ ex facto pendebant tùm adhuc incerto atq; incognito? arg. *l. si putator 31. sup. ad leg. Aquil. l. si fideiussor 29. §. 1. inf. mandat.* Nec sanè quisquam est cui magis ignoscendum sit, si falsò se dicat heredē quàm ei qui filius est, cùm sit iam viuo adhuc patre quodammodo dominus bonorū paternorum, vnde & sui heredis nomen sumpsit *l. in suis 1. de lib. & posth.* adeò vt non tantùm suus heres sit sed etiā necessarius. Neque ex testamēto minùs quàm ab intestato si scriptus proponatur, quamuis possit se abstinere *l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. test.* adeóq; quamuis se abstineat, vt dicemus ad *l. prox. inf. ex l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.*

9 ¶ Qui interrogatus respōderit: sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, dum ab aduersario interrogatur sed & si à prætore fuerit interrogatus [a]: nihil facit prætoris auctoritas, sed ipsius responsum, siue mendacium.

Ad §. 9. Qui interrogatus.

Ratio dubitandi. Contractus nō fiunt nisi certis modis: Aut enim consensu perficiuntur aut re aut verbis aut literis si de nominatis tractemus *l. 1. infr. de obli. & action. & apud Iustin. Tit. de oblig.* Aut si de innominatis referuntur omnes ad quatuor illa genera contrahendarum obligationum quæ Paulus refert in *l. naturalis 5. §. 1. de praescript. verb.* Aut enim do vt des, Aut do vt facias, vel Facio vt des, vel Facio vt facias. Atqui nihil istorū interuenit, cùm quis interrogatus respondet obligatum se ex contractu aliquo, ex quo tamē non sit obligatus, Puta si fateatur decem se ex mutuo debere illi à quo mutuum nullum acceperit, quod vltimum exemplum est allatum ab Accursio. Cùm enim mutui obligatio sit ex earum numero quę re contrahuntur, fieri certè nō potest vt quisquā ex mutuo obligetur sola volūtate adeoq; nec conuentione vlla nisi quatenus re vera fuerit ei numeratū *l. cùm vltra 9. C. de non nu. pec. l. rogasti 11. § si tibi decem inf. de reb. cred.* Nulla igitur arte aut iuris ratione fieri potest vt qui interrogatus respōdit debere se centū ex causa mutui, sic teneatur quasi ex eo mutui contractu ex quo pulsabatur, si de contractu non aliter appareat, siue à Prętore interrogetur, siue ab aduersario. Dec. Respondenti semper contra se creditur, §. 1. *sup. hac leg.* Nec proinde potest dicere nullum mutui contractum interuenisse is qui se cōfessus est decē ex mutuo debere: Sicq; intelligi debēt verba illa huius §. *pro quo pulsabatur* vt se. referantur ad contractū ex quo hic qui

respōdit cōuenitur, nō ad personā aut filijfamilias aut serui extrinsecus assumendā, quę prima ad hūc locum, planéq; commentitia Accursij interpretatio est. Quid? nónne is qui fatetur se debere decem ex mutuo habendus est etiam pro condemnato? *l. 1. l. certum 6. in princ. & pass. inf. de confess.* Respōdet Accursius haberi eum pro condemnato quantum ad probationem, sed non quantum ad hoc ne sententiam ferri necesse sit. Ego malo Vlpianum intelligere de eo qui interrogatus sit ab aduersario, Non an debeat decem ex mutuo, sed tantùm de veritate contractus, An non acceperit mutua decem, Ac proinde qui responderit mutua se accepisse; non etiam qui responderit se debere. Intelligendus enim est totus hic titulus de iis interrogationibus & responsionibus quæ condemnationi faciendæ locum relinquāt, cui porrò nullum relinquit locum eius cōfessio qui in iure fatetur se debere, cùm exinde citra vllam sententiam habeatur pro iudicato & condemnato, & iudicati tempora exinde quoq; currere incipiant *d. l. certum in fin.* Deniq; interrogādus quis est de facto, non de iure, vt de facto quoque non etiam de iure respōdeat, nisi cùm mauult cedere quàm litigare, Quo casu nec vllus quæstioni locus superest an ex ea responsione actio interrogatoria dari debeat: Quemadmodum è contrario qui in iure confessus est aduersarium nihil sibi debere siue transactionis siue donationis causa id faciat, actionem suam ipso iure amittit, & liberat debitorem *l. donari 29. §. 1. aliàs l. quidam inf. de donat.* Verum igitur est quod hîc quidam notant confessionem iudicialem obligare non etiam extraiudicialem. Sed hæc tamen probat quamuis non obliget si modò causam aliquam habeat, vt in *l. Publia 26. §. 1. deposit. l. cùm quis decedens 38. §. codicillos de legat. 3.* Quòd si causam nullam habeat, neq; obligat, neq; probat. Maximè verò si facta sit absente aduersario, *l. certum 6. §. si quis absente inf. de confess.*

a *Quòd si à Prætore fuerit interrogatus.* Ratio dubitandi. Non debet esse minoris potestatis authoritas Prætoris interrogantis, quàm sit interrogatio ab aduersario facta. Ergo nihil videtur interesse an à Prætore an ab actore interrogatus sit is qui respōsione sua admisit contractum ex quo conueniebatur. Et tamen videtur Vlpianus hîc innuere maioris potestatis esse interrogationem ab aduersario quàm à Prætore factam.

Dec. Cùm quis ab aduersario interrogatur de contractu, perinde conuenitur ex sua responsione acsi verè contractus ille interuenisset, quamuis verè nullus interuenerit, quia facilius est vt fingatur interuenisse contractus inter eas personas, inter quas potuit etiam interuenire, vtriusque facto intercedente, quomodo hîc factum vtriusque interuenit & interrogantis, & respondentis: At cùm interrogatio fit à Prætore solo non etiam ab aduersario, etsi confessio respondentis eum perinde obligat vt & conueniri possit & condemnari quoq; ob responsum suum & mendacium, Non tamen cùm sic obligat quasi ex eo cōtracto teneatur, pro quo pulsabatur, quia nec Prętoris est aut cōtrahere aut cōtractū qui nullus intercessisset pro eo habere acsi intercessisset. Alia igitur ratio atq; alia est condemnandi eius qui respondit, licèt omni casu condemnandus sit, sed primo quidem casu tanquam ex suo contractu, Posteriore verò non nisi propter suum responsum & mendacium. Deniq; interrogatus ab aduersario is qui respōdet tanquam obligatus ex contractu cùm non esset, incipit nunc obligari ex quasi contractu. Non etiam is qui respōdet interrogatus à Prætore. Ergo nō tantùm in iudicio quasi contrahitur *l. 3. idem scribit inf. de pecul.* sed etiam in iure si modò ab aduersario ipso nō à Prætore fiat interrogatio: quod omniū optimè hîc locus probat: Itémq; non semper verum esse quod vulgò nostri iactitant, Factum iudicis esse factum partis. Nam si Prætoris interrogatio haberetur pro actoris interrogatione æquè faceret vt respondens ex quasi contractu obligatus intelligeretur. Planè in vicē iustæ obligationis potest interdum succedere authoritas Prætoris, aut alterius magistratus iubentis, vt in *l. 1. C. si in caus. iud. pign. capt. sit.* sed non æquè interrogantis: Quod ergo Vlpianus hîc scribit authoritatem Prætoris nihil facere, intellige quantum ad hoc vt obligetur ex quasi contractu is qui respondet ad interrogationē Prętoris quomodo is obligatur qui respōdet ad interrogationē aduersarij, sed non vt eo minùs obligetur ex suo mēdacio Itaque in effectu parum interest cùm vtroq; casu perinde nascatur contra respondentem actio interrogatoria, sicuti nec quicquam sanè interest cùm ex alia quàm ex alicuius contractus causa quis interrogatur: quæ omnia non satis benè percepisse videtur Accursius.

10 ¶ Qui iusto errore ductus negauerit se heredem, venia dignus est.

Ad §. 10. Qui iusto errore.

Ratio dubitandi. Qui negauit se heredem cùm esset, mentitus est, & quidem apud Prætorem siue à Prætore ipso interrogatus sit, siue ab aduersario. Teneri ergo debet omnimodo propter mendaciū, vel ob hoc ipsum ne impunè Prætori illudatur. *§. qui tacuit inf. sup.* Dec. Quemadmodum euenit aliquando vt is qui se patris heredem respondet, quāuis falsò, dignus tamen sit cui succurratur ex causa, si fortè aliquid posteà superuenerit ex quo appareat eum non fuisse tum heredem: vt in *§. ex causa 8. sup.* Ita è contrario fieri facilè potest vt quis meritò ac verè se neget heredem, qui tamē ex postfacto iam tùm heres fuisse probetur: quo casu si in re ipsa mendacium aliquod subest, mentiendi tamen animus nullus est, propter quem solum punitur mendacium, Puta si quis, cùm in priore patris testamento exheredatus esset, postea reperiatur institutus in primo quod respōsionis tempore ignorabat: An non enim hic iusto errore ductus heredem se negauit: Quidni ergo dignus sit venia? *l. regula 9. §. vlt. inf. de iur. & fact. ignor.* Aut quid si testamentum in quo fuerat hic exheredatus posteà rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, aut per bonorum possessionem contra tabulas, ita vt per cætera omnia irritum ad solam exheredationis notam proficere non debeat? *l. filium 20. de bonor. poss. contr. tabul.*

11 ¶ Sed & si quis [a] sine dolo malo, culpa tamen responderit: dicendum erit, absolui eum debere: nisi culpa dolo proxima sit.

Ad §. 11. Sed & si quis.

a *Sed & si quis.* Rat. dub. Quisquis in culpa est etiam nō lata, nec dolo ꝓxima, indignus tamē est cui succurri oporteat, quia ꝙ quis ex culpa sua dānū sētit

nec sentire videtur *l. quod quis 203. de reg. iur.* Ergo etiamsi sine dolo malo, culpa tamen aliqua reus heredem se non esse responderit, absolui non debet quominùs interrogatoria actione ex suo mendacio conueniatur, tanquam heres in solidum: tametsi non nisi pro parte fortassis heres inueniatur. *§. si cùm esset & §. qui tacuit sup.* Exemplum autẽ in quo adferendo tantopere laborat Accursius, adferri illud potest si quis antequàm bene compertum haberet quid testamento côtineretur ex sola relatione alterius fortasse minùs fide digni negauerit se heredem, cùm explorare ante omnia benè deberet quid in testamento scriptum esset, aut suspectã habuerit hereditatem quasi damnosam, nõ vt eam repudiaret sed quod de repudianda cogitaret: cuius tamen vires anteà bene explorare debuerat; in eamq; rem petere tempus ad deliberandum, vt in *l. qui interrogatur 6. sup.* Culpa enim est nõ etiam dolus si quis se ad responsionem præcipitet, nec petat tempus ad deliberandum quod alioquin petere debuisset *d. l. qui interrogatur & l. seq. §. 1.* Nam quæ exempla adfert Accursius de illo qui putauit valere testamentum factum coram tribus testibus, aut à furioso non sunt accommodata cùm ad errorem iuris spectent cuius ignorantia non solùm dolo nõ imputetur *l. sed etsi 25. §. scire de petit. hered.* sed neque culpæ nisi talis persona sit cui ius ignorare nõ permittatur. Certè etiamsi negari non possit quin aliqua sit eius culpa qui si ius ignorauit, potuit tamen consulere peritiores, adeò vt prudentes nostri habeant hunc pro stulto magis quàm pro errante *d. l. regula §. vlt.* nihil tamen habet culpa hæc simile aut proximum dolo, ac ne quidẽ latę culpę, quia quod Accursius obiicit latæ culpæ finem esse si quis nesciat id quod omnes sciunt, aut non intelligat id, quod omnes intelligunt ex *l. lata culpa 223. de verb. sig.* non ad iuris, sed ad facti ignorantiam pertinet nec ad eam latam culpam quæ ex summa negligentia æstimatur, & quæ ad dolum proximè accedere potest, sed ad illã quæ ex ignorantia proficiscitur quæ quantò crassior est magisq; supina, tantò magis distat à dolo, vt docuimus *Decad. 76. Error. 1. de error. pragm.* Vlpianus autẽ in hoc loco tractat de ea culpa quæ dolo proxima esse possit, vt finis huius §. demõstrat, qui culpam illam excipit his verbis *nisi dolo culpa proxima sit*, quæ exceptio nec in iuris errorem quamuis grauissimum cadere vnquam potest *d. §. scire in fi.* Dec. Prætoris in hoc edicto propositum est vt quis ex responsione sua se obliget, siue contra se fateatur etiã per mendacium, quoniam ei contra se fides habẽda est *§. 1. sup. hac lege.* Siue neget falsò & per mendacium; dummodò tamen dolo malo, aut saltem ea culpa quæ dolo æquiparari possit. Ergo etiamsi culpa eius aliqua interuenerit, siue quòd per imprudentiam se ad respondendum pręcipitauerit, siue quòd per negligentiam non satis benè se instruxerit, vt in *§. seq.* venia dignus est quia & dolo & doli suspicione caret, quoties lata eius culpa nulla est. Nam nec alio aut iure aut colore punitur mendacium, aut contumacia respondentis quàm quia dolum semper comitem habet. Alioqui nec mendacium esset, nec contumacia.

12 ¶ Celsus scribit, licere responsi pœnitere, si nulla cautio ex eius pœnitentia fit actoris, quòd verissimum mihi videtur. maximè si quis postea pleniùs instructus quid faciat, instrumentis, vel epistulis amicorum iuris sui edoctus.

Ad §. vlt. Celsus scribit.

Ratio dubitandi. Nemo potest consilium mutare in alterius iniuriam, vt habet iuris regula, Et qui in iure respondit fatendo contractum ex quo conuenitur hoc ipso se ex quasi cõtractu obligat, vt dixi *ad §. qui interrogatus sup.* Qui autem semel obligatus fuit siue ex contractu siue ex quasi contractu, pœnitere posteà non potest, quia cõtractus omnes & quasi contractus qui ab initio sunt voluntaris ex postfacto sunt necessitatis nec dant locum pœnitẽtiæ *l. sicut 5. C. de obl. & action.* Ergo licere non debet reo qui malè ac falsò quid respondit, responsi sui pœnitere: Cùm fieri nequeat vt non ex eo lædatur actor, cui ratione illa eripitur actio interrogatoria quam sibi quæsiuerat per interrogationem.

Dec. Quod vni prodest & alij non nocet, cõcedi facilè solet *l. in creditore 38. in fi. de euict.* nec temerè lubricum linguæ ad pœnam trahendum est. Quidni ergo licebit, ei, qui se falso respõso obstrinxit, pœnitere respõsi, si modò nulla ex eo futura sit captio actoris? Tunc autem nulla captio est, non cùm nihil interest actoris, cui certè semper expediret non admitti pœnitẽtiam. Sed cùm omnia sunt integra, nec fit deterior conditio actoris quàm futura esset si reus non ita respondisset. Exemplum petit Accursius licèt paulò remotius ex *l. fundum cuius 46. §. vlt. inf. de euict.* Item ex *l. pen. sup.* de dolo, & accommodatius, si interim non sit impleta vsucapio. Rursum si responsionis mutatio cedat lucro & commodo actoris, Puta si is qui conuentus tanquam reus, & interrogatus an heres esset responderit se non esse heredem, posteà verò per pœnitentiam dixerit se heredem. Cur enim actor impediat mutationem, ex qua maius ipse commodum sensurus sit? Intellige tamen cũ Accursio si post litem contestatã responsi pœnituerit. Nam ante litem cõtestatam permissa est indistinctè pœnitentia *l. is qui se obtulit 25. cũ seqq. sup. de rei vindi. l. electio 26. §. neq; heredi sup. de noxal. act.* si tamẽ nihil dolo malo factum sit, aut per culpam latam quę sit dolo proxima *d. l. is qui obtulit, & d. l. pen. de dolo.* Quid si post litem contestatam velit reus pœnitere ob errorem qui interuenerit? Poterit vtiq; *§. prox. sup.* aut propter actoris scientiam, vt in *l. qui se liti 45. sup. de hered. peti. l. 1. in fi. de act. empt. l. nam si actor 26. sup. de rei vind.* Sed errorẽ hunc aut sciẽtiam probare debebit reus. Nec enim præsumendus est error, cùm sit facti, sed probandus ab eo qui vult contra suam confessionem venire & cõtra factum proprium *l. 1. §. 1. sup. l. quanquam 7. inf. ad SC. Velleian.* Quòd si probato errore, actor replicet de scientia rei, vt non tam errasse ipse, quàm erroneum respõsum dedisse dici possit, non admittetur pœnitentia quæ dolum adnexum habet, sed vt benè Accursius notat probãda erit scientia ab actore, quia semper eius est probare qui dicit, non eius qui negat; siue de actione quæramus siue de exceptione, siue de replicatione. Præsertim verò si dolus allegetur *l. 2. l. in exceptionibus 19. in pr. & §. 1. inf. de probat.* Benè autẽ subiicit Vlpianus, *Maximè si quis posteà pleniùs instructus quid faciat, instrumentis vel epistolis amicorum iuris sui edoctus.* Nempe quia hoc casu minor subest doli suspicio contra pœnitentem, cùm alioqui pœnitentia non minùs ferè doli, quàm erroris notam & exprobrationem aliquam præ se ferat.

12. PAVLVS lib. 6. ad Edictum.

SI filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit se heredem esse: tenebitur. nam, ita respondendo, pro herede gessisse videtur. Sin autem filius, qui se abstinuit, interrogatus tacuerit[a]: succurrendum est ei, quia hunc, qui abstinuit prætor non habet heredis loco. [b]

Ad l. si filius 12.

Ratio dubitandi. Filius qui se paterna hereditate abstinuit licèt iure ciuili heres sit & maneat, non habetur tamē à Prętore heredis loco, vt in hac ipsa lege scriptum est, & in *l. necessarius 57. inf. de acquir. hered.* Vt quod repudiatio facit in extraneo herede ne scilicet vnquam heres posteà fieri possit *l. sicut 4. C. de repud. vel abstin. hered.* hoc faciat abstentio in suo herede si inspicias effectum rei potiùs quàm nudū nomen sui heredis quod remanet post abstentionem *l. etsi ex modica 6. §. si filius inf. de bon. libert. l. 2. §. sed si sint sui heredes inf. ad SC. Tertyll.* Tota enim potestas legis hereditatem deferentis vnica delatione consumitur, delatio autem illa per repudiationem omnino extinguitur. Ergo quamuis hic filius qui se abstinuit, posteà heredem esse responderit, non ideò tamen pro herede haberi poterit, Cùm ex postfacto hereditati obligari non possit *l. si seruum 71. §. vlt. infr. de acquir. hered.*

Dec. Larga differentia est inter extraneum repudiantem, & suum heredem se abstinentem. Nam extraneus cùm heres nunquam fuerit, amittit omne suum ius per repudiationem, ita vt non magis possit repudiatā hereditatem adire, quàm aditam repudiare *d. l. sicut.* nisi minor proponatur, quia minoribus etiam in lucto succurritur *l. ait Prætor 7. §. hodie & seq. supr. de minorib. l. 1. C. si vt omiss. hered.* At suus heres, cùm sit etiam necessarius statim & ipso iure heres est *l. in suis 14 de suis & legit.* quippe qui iam viuo adhuc patre erat dominus, ita vt propter continuationem illam dominij ne vlla quidem hereditas fuisse videatur *l. in suis 11. de liber. & posth.* ac proinde quantumuis posteà abstineat, non ideò tamen heres esse desinit, cùm ex iuris regula is qui semel heres fuit semper heres perseueret *d. l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus de minor. l. ei qui soluendo 38. de hered. instit. §. restituta. Instit. de fideic. hered.* Nisi in casibus *l. in substitutione 31. l. ex facto 43. §. vlt. de vulg. & pupill. subst.* Ideoq; solemus dicere, non esse sine herede illum qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus de fideic. libert.* Et quanquam eum qui se abstinet, non habet Prætor heredis loco *d. l. necessarius.* id tamen intelligi debet quandiu se abstinet, non etiam si post abstentionem rursus velit se immiscere, ac pro herede gerere. Permittitur enim illi vt post abstentionem se immisceat siue maior sit, siue minor quandiu omnia sunt integra necdum vendita sunt bona, Quod tamen Iustinianus ad trieunium coarctauit, ex die completæ maioris ætatis numerandum *l. vlt. Cod. de repud. vel abstin hered.* Nam ius dicenti propositum esse debet liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare non inuitos ab hereditate remouere *l. si filius 12. inf. de vulgar. & pupill. substitut.* Idq; est quod iactari solet facilem esse vniuscuiusque rei reditum ad suam naturam *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret. sup. de pact.* Est namque facilius vt is qui ipso iure heres est, talis appareat etiam apud Prætorem, quàm vt is qui nunquam fuit heres & hereditatem sibi delatam amisit per repudiationem. Maximè verò cùm suus heres qui se abstinuit maneat heres etiam apud Prætorem, quod pauci obseruant, in iis scilicet omnibus in quibus nullum ille ex eo sentire possit incōmodum: alij verò sentire possint commodum, vt in *l. ita tamen 27. §. si pater filium infr. ad SC. Trebell* Inde namque fit vt nuda sui heredis existentia quomodo nostri loquuntur, confirmet tabulas pupillares, tutelas, legata & cætera huiusmodi omnia quæ non pertinent ad onus sui heredis se abstinentis *l. pater familias 28. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 13. de priuileg. credit.* Quanquam non nuda sui heredis existentia hoc facit vt vulgo malè creditur, sed plena: suus enim heres antè quàm se abstineat ipso iure heres existit non tantū nomine sed etiam effectu *l. 1. §. qui sunt in potestate inf. si quis omiss. caus. testam.* eaq; existentia proinde non nuda est sed plena, quam porrò vel non instanti plenam fuisse sufficeret vt patris testamentum in perpetuum confirmaretur. Ergo si filius qui abstinuit se paterna hereditate, interrogatus in iure responderit se heredem esse, dicendum est eum teneri non tantùm interrogatoria actione ex hoc Prætoris edicto, vt malè putat Accursius, sed actione ciuili quoque & ordinaria, tāquam is qui verè nec minùs effectu quàm nomine heres sit acsi nunquā se abstinuisset, sed ab initio se immiscuisset, proque herede gessisset. Nam eum bonis patris se miscere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur *l. cum bonis 87. de acquir. hered.* Pro herede autem vtique se gereret extraneus qui post sibi delatam necdum repudiatam à se hereditatem interrogatus in iure an heres esset, responderet se heredem. Sufficit enim ad gestionem pro herede, vt quis velit heres esse dicatque se heredem, si modò ei delata sit hereditas nec quicquam aliud impediat acquisitionem *§. vltim. Instit. de hered. qualit. & differ.* Hoc verò ampliùs est in suo abstinēte, quàm in extraneo repudiante, quod abstentio sui heredis non quemadmodum repudiatio extranei cōsumit delationem, quæ nec vlla suo heredi fieri intelligitur, cùm nec hereditas vlla patris esse intelligatur, quæ suo heredi deferri possit *leg. in suis 11. de liber. & posthum.* Proinde filius qui post abstētionem interrogatus respondet se heredem, nō tenetur tanquā ex falsa & mendaci responsione, quomodo cæteri contra quos etiam Prætor dat interrogatoriam actionem, sed tāquam ex vera: Vnde nec illud probare possum, quod addit Accursius filium hunc non alij obligatum esse ex sua responsione quàm interroganti ex *l. vlt. inf. hoc tit.* Cur non enim omnibus teneatur qui absolutè & quod ad omnes verè heres est. Longeq; alia species est quæ proponitur in *d. l. vlt.* de filio qui nec bonorum possessionem acceperat nec heres erat, vt ponit Scęuola, sed exheredatus, non, vt hic noster abstentus. Nā cum ille ex mendaci responso conueniatur nec verè sit heres, nō alia certè actione conueniri potest quàm interrogatoria, nec proinde ab alio quàm ab ipso interrogante cùm Prætor ex vnius interrogatione nunquam alij det actionem. Error Accursij in eo est quod

Digitized by Google

est quòd putat tantùm facere abstentionem in suo herede ad summouendū eum ab hereditate, quantum facit repudiatio in extraneo, quod omnino falsum est, vt ostendimus. In hoc planè similis est suus heres qui se abstinuit extraneo heredi qui repudiauit, quòd si filius post abstentionem amoueat & dolo malo, id est celandi & furandi animo contrectet res hereditarias, non idcò se obligat hereditati, quia non tam pro herede gerere quàm delinquere intelligitur *d.l. si seruum 71. §. vlt. de acquir. hered.* Admissum enim contrariam voluntatem declarat, vt loquitur *l. si quis extraneus 21. in princip. de acquir. hered.* necminùs in suo herede post abstentionem (nam ante abstentionem, aliud est vt apparet ex *d.l. si quis*, quæ idcirco non nisi de extraneo loquitur) quàm in extraneo, cùm nō possit quis meliùs & apertiùs voluntatem suam declarare quod pro herede gerere nolit, quàm si res hereditarias subripiat; & expilet quas pro arbitrio tractare suo iure posset si heres esse vellet: Ideoque nimirum delinquit: quod non similiter dici potest de eo qui pro herede gerit. Nec enim pro herede gerere delinquere est. Et ita huius legis prima pars omnino accipienda est. Sequitur

a *Sin autem filius qui abstinuit se, interrogatus tacuerit.* Ratio dubitandi. Qui interrogatus tacet, cùm sit contumax habetur pro negante, & quidem per mendacium *§. qui tacuit l. prox. sup.* Ergo indignus est cui succurratur ne tanquam heres saltem interroganti teneatur interrogatoria ex huc edicto. Nec minùs suus heres qui se abstinuit quàm extraneus qui nunquam hæres fuit. Nam & mentitur filius si post abstentionem interrogatus an heres sit negat se heredem esse cùm verè sit & maneat heres etiam post abstensionem quoniam aliquando fuit, vt proximè disputauimus ex *l. cùm quasi 24. §. sed etsi suus de fideic. libert. d.l. paterfamilias 28. de reb. author. iudic possid. l. ita tamen 27. §. si pater filium ad SC. Trebell.* Cùm ergo tacuerit, ob idque pro negante & consequenter pro mendace haberi debeat qui & reuera mentitur, quonam obsecro æquitatis prætextu potest se defendere, & auxilium Prætoris, quem contemnit, implorare, vt pro herede non habeatur?

Dec. Filius qui se paterna hereditate abstinuit licèt ipso iure sit adhuc, & maneat heres, non tamen à Prætore habetur heredis loco, in iis scilicet quæ ad ipsius damnum & incommodum spectant *d.l. necessarijs 57. de acquir. hered.* Itaque licèt mētiatur, si meram iuris rationem inspicias, Vix tamē est vt Prætor habere illum debeat pro mendace, qui non habet eum pro herede. Et ideò debet illi succurrere, non in eo vti ne habeat illum pro negante, cùm per contumaciam tacuerit interrogatus, sed ne tacitam hanc negationem habeat pro mendacio, ne alioqui secum pugnet Prætor ipse si hunc filium habeat & pro herede & pro non herede, quod implicaret contradictionem. Et quemadmodum Papinianus quodam loco scribit, non videri in totum falsum id quod primordio veritatis adiuuatur *l. cùm filius 76. §. heres meus de legat. 2.* Ita & in proposito licèt conuersa ratione, possumus dicere. Non videri falsum in totum hanc tacitam negationem, quia licèt primordio iuris inspecto falsa sit, si tamen ad effectum iuris potiùs quàm ad nudum nomen heredis inspicimus, non est effectu patris heres filius qui se abstinet, sed nudo tantùm nomine, cùm Prætor ipsum heredis loco non habeat, nec tanquam heredem à creditoribus aut legatariis conueniri eum patiatur *d.l. necessariis.* Maximè verò cùm is qui apud Prætorem interrogatur siue à Prætore ipso siue ab aduersario an heres sit, non tam de nudo nomine sui heredis quàm de effectu ipso interrogatus videatur, qui semper & in omnibus potissimum attendendus est *l. 1. §. 1. supra quod quisq. iur. l. penult. § docere. sup. Ne quis eum qui in ius vocat. erit vt exim. l. debitor 59. ibi videamus de effectu rei inf. ad SC. Trebell.* Non enim aliam ob causam fiunt interrogationes istæ quàm vt aduersus respondentem aliqua instituatur actio ex qua conueniri & condemnari possit, nec quod filius hîc tacendo contumax fuerit duriorem eius condicionem facere potest quàm si apertè ac palàm negasset se heredem, cùm hæc contumacia licet sit delictum, non aliam tamen pœnam habeat, quàm hanc, vt cōtumax pro negante habeatur *d. §. qui tacuit.* Quare ad rem nō pertinet quod affert Accursius, quasi pro decidendi ratione ad hunc locum, quod filius qui se abstinuit ex post delicto non possit obligari *d.l. si seruum 71. §. vlt. de acquir. hered.* Etsi enim contumacia hæc delictum est, quia tamen non habet omnino adnexum mendacium, aliam pœnam non meretur quàm quæ hoc Prætoris edicto irrogata est, vt contumax haberi debeat pro negante, Qui si haberi posset etiam pro mendace vtique obstringeretur & illigaretur hereditati non minus quàm extraneus. Nec enim deberet melior esse ipsius condicio ob id quod deliquisset: Quanquā quod dicimus, suum heredem qui se abstinuit ex post delicto non obligari *d. §. vlt.* non ad omnem delicti speciem referendum est, sed ad eam duntaxat quæ aliena sit ab agnoscendæ hereditatis voluntate, vt cùm post abstentionem amouit res hereditarias aut extraneus etiam ante repudiationem eas expilauit. Hic autem qui tacuit interrogatus an heres sit quamuis non possit videri animum habere agnoscendæ hereditatis quatenus habetur pro negante, quia tamen habetur pro negante per mendacium, perinde est acsi fateretur se heredem: Ideoque nec mirum est quod tanquam heres conuenitur; quia in eo quod quis fatetur se heredem etiamsi non sit, delictum nullum est, siue id verè respondeat, siue per mendacium, quia seipsum hoc casu decipit & onerat, non alium. Quòd si interrogatus neget apertè se heredem esse, Multò minùs hic pro mendace habendus erit cùm & apud Prætorem non sit heredis loco, & ea respōsio cum abstentione consentiat. Nam & pro abstentione hæc verba accipi possent: cùm abstentio non sicut repudiatio sit actus legitimus *d.l. 4. C. de repud. vel abstin. hered. l. penult. de author. tutor.* In eo certè qui interrogatus tacuit, de quo solo Paulus hîc loquitur, idcirco maior dubitandi ratio est quod propter contumaciam non tantùm habetur pro negante sed etiam pro mendace. Ideoque nimirum indiget vt ei succurratur per Prætorem: quo tamen auxilio non indiget filius qui palam negat se heredem, quia scilicet negando se heredem coram Prætore, fatetur illud ipsum quod verum est apud Prætorem: Non etiam is qui tacet, cùm habendus sit etiam pro mendace propter contumaciam si non ei succurratur per Prætorem: In quo noster errat Accursius qui etiam tacentem per contumaciam filium & hoc ipso habendum pro negante & pro mendace, habet tamen pro verace, vt inferat nullam ergo illum pati pœnam; quam tamen proculdubiò pati

deberet summo iure, vt hic locus ostendit si non ei à Prætore succurreretur. Malè autem idem Accurs. distinguit an filius hic qui interrogatus tacuit heres sit ex aliqua parte, vt si sit vel ex minima, teneatur in solidum. Nec enim distinctio hæc cadit in suum heredem qui se abstinuit, de quo solo hæc lex loquitur, cùm non possit suus heres pro parte se abstinere & pro parte se immiscere, Nec si habeat coheredem *l. si duo 38. l. cùm hereditate 55. de acquir. hered.* Non enim se abstinet qui vel minimum quid attingit hereditatium etiamsi per interpositam matris aut alterius personam *l. si is qui bonis 91. eod. tit.* Nec meliùs idem Accursius tentat speciale esse in filio, vt quia Prætoris beneficio semel exemptus est ab oneribus hereditariis *d. l. necessariis & §. sui autem Instit. de hered. qualit. & differ.* nolit Prætor iterùm eum adstringere. Nam Prætor non vsque adeò habet filium qui se abstinuit pro non herede, vt non multò facilius haberi eum velit pro herede qualis reuera & ipso iure est, etiam inuitum, si modò ad alterius commodum vel incommodum ea res spectet, Quantò magis volentem, si mutato consilio heres esse malit suo etiam commodo & incommodo? *d. l. vlt. C. de repud. vel abstin hered.* Denique non esset succurrendum filio qui se abstinuit si posset abstentio facere vt oneribus hereditariis illigari nunquam inuitus deberet. Quod autem postremo loco adfert Accursius, in specie *d. §. qui tacuit.* tacentem, licèt heres non esset quia nondum adierat, potuisse tamen heredem esse, quia needum repudiauerat. Hic autem non potuisse quia repudiauerat longè absurdius magisque ridiculum est. Nec enim sui heredes dicuntur repudiare, vt nec adire sed abstinere se & immiscere *d. l. necessariis & d. l. cum bonis.* Nec ponit hic Paulus filium repudiasse sed se abstinuisse, ex quo & dubitandi rationem petendam esse diximus & decidendi. Sed neque verum est, Eum qui repudiauit hereditatem extranei si in iure interrogatus an heres esset, tacuerit, non habendum esse pro herede: Nam imò verò habendus est, quia licet negando se heredem fateatur id, quod verum est, se heredem nec esse adhuc, nec amplius esse posse, habetur tamen etiam pro mendace, id est, pro eo qui falsò negauerit se heredem *d. §. qui tacuit.* Ergo & pro eo, acsi verè heres esset vt interrogatoria teneatur, & tanquam heres conueniatur, scilicet quantum ad interrogantem non quantum ad cæteros *d. l. vlt. inf. hoc tit.* Ex quibus apparet nihil Accursium vidisse in huius legis, & dicti §. qui tacuit, interpretatione. Itaque citiùs & meliùs fecerint, qui totâ hanc Accursij commentationem deleuerit: ea res fecit nos solito longiores, ne quid de huius tam elegantis responsi sententia dubitari pateremur.

h *Quia hunc qui abstinuit, non habet Prætor heredis loco.* Ratio dubitandi. Etiã Prætor habet in multis hunc qui abstinuit heredis loco, puta ad confirmandas tabulas pupillares quas omnino corruere necesse esset si per meram sui heredis existentiam principales non confirmarentur nullo impuberi dato coherede *l. paterfamilias 28. de reb. author. iudic. possid.* quemadmodum euenit si filius impubes cui substitutus datus est fuerit exheredatus *l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus & d. l. ita tamen 27. §. à patre infra ad SC. Trebell.* Itémque ad fideicommissum vniuersale confirmandum quod intercideret necessariò si quod à suo herede relictum esset si nollet se immiscere, nec ad id per Prætorem egeretur, vt euenit in necessariis heredibus qui si hereditatem suspectam dicant, coguntur se immiscere, & sic deinde restituere: *l. recusare 6. §. hoc senatusconsultum:* (inde namque inchoandus est ille §.) *eod. tit.* non etiam sui heredes & necessarij, *d. l. ita tamen §. si pater filium eod.* etsi non vt putant nostri nuda sui heredis existentia illa est quæ hos effectus producit sed plena, vt docuimus in superioribus.

Dec. Habet Prætor heredis loco filiũ qui se abstinuit in iis omnibus, in quibus non de ipsius, sed de alterius commodo vel incommodo agitur: At non habet in cæteris per quæ melior aut deterior abstinentis condicio futura esset, vt diximus in præcedentibus, & latiùs probauimus variis locis Coniecturarum & Chiliadis nostræ *de erroribus pragmaticorum & interpretatione iuris.* Hoc verò nec Accurs. nec alius quisquam ex interpretibus nostris docuit.

1 ¶Exceptionibus, quæ instituis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is vti potest, qui ex sua responsione conuenitur: veluti pacti conuenti, rei iudicatæ, & cæteris.

Ad §. 1. Exceptionibus.

Ratio dubitandi. Qui ex sua responsione conuenitur actione interrogatoria non tantùm ex facto suo cõuenitur sed ex sua etiam voluntate. Nullas ergo exceptiones habere debet, ne quidem eas quæ actionibus in iudicio contra reos institutis opponuntur. Veluti pacti conuenti, rei iudicatæ, compensationis, & cæteras huiusmodi tanquam qui omnibus renunciasse videatur.

Dec. Interrogati rei responsio dat quidem actori actionem, sed non adimit reo suas exceptiones quas haberet si ordinaria ea directa actione conueniretur. Prodest itaque actori vt non videatur agere sine actione. At non etiam vt tam iustè ne vlla exceptione actio debilitetur. Exceptiones enim pacti conuenti, rei iudicatæ, & similes afficiũt substantiam actionis, quæ non æstimatur ex eo, quod quis ad interrogationem responderit se heredem esse, sed ex eo quod sit heres aut habendus pro herede: Nec plus facere debet fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero. *l. filio 23. de libert. & posthum. l. si is qui pro emptore 15. inf. de vsucap.* Denique aliud est probari actoris intentionem, quod fit per interrogati rei responsionem; Aliud verò eripi reo suas exceptiones, quod nunquam fieri debet, cùm nec iis locus esse possit nisi post fundatam benè actoris intentionem, cui satis esse debet quod suam actionem probet ex ore & domo rei saluis iisdem exceptionibus, quæ locum habere possent, etiamsi testibus idoneis, aut instrumentis actoris intentio probaretur. Accursius paullò aliter & strictiùs hũc §. explicat de interrogante, qui cùm habeat interrogatum loco heredis pro se, debet etiam contra se habere, ne alioqui sibi ipsi sit contrarius atque ita repellatur *l. 2. §. 1. inf. quand. appell. sit l. 1. C. de furt.* Vnde infert confessionem meam etiam mihi hic prodesse per quandam consequentiam: Quod tameo non ita est. Non enim ideò possum vti exceptionibus

ptionibus quæ contra actionem directam, & ordinariam proponi possint, quod contra me aliquid confessus sim: Sed quia etiamsi alias probationes suæ intentionis haberet actor quàm ex mea confessione, non eò minùs per exceptiones mihi cumpetentes excludi posset. Ego verò latiùs intelligo de quacunque actione interrogatoria quę nascatur ex responsione rei siue se heredem esse responderit aut per mendacium negauerit, aut per contumaciam tacuerit, siue de fundi possessione interrogatus sit, aut de re alia qualiber de qua fieri potest interrogatio. Nec enim hic § primo huius legis responso ita connexus est vt ad eandem speciem coarctari debeat de eo qui fuit interrogatus an heres esset, Cum variæ sint aliæ causæ ex quibus potest reus interrogari, & suis vti exceptionibus, & in quibus ratio hæc Accursij locum habere non possit.

13. PAVLVS libro 2. ad Plautium.

CONfessionibus falsis respondentes, ita obligantur: si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, cum aliquo sit actio: quia quę cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferemus. Et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem filium meum esse: ita obligari, si ætas eius pateretur, vt filius meus esse possit: quia falsæ confessiones naturalibus conuenire deberent. propter quæ fiat, vt patrisfamilias nomine respondendo, non obliger [a].

Ad l. Confessionibus 13.

Ratio dubitandi. Quisquis confessione falsa respondet nullo errore iusto ductus, is proculdubio hoc agit quantum potest vt aduersarium decipiat & Prætori illudat. Dignus ergo est qui omnimodo & sine distinctione ex sua confessione teneri debeat, non inspecto eo an de illa re de qua interrogatus est cum alio possit esse actio.

Dec. In vniuersum ita ratæ sunt confessiones falsæ quæ in iure fiunt si ius & naturam recipere possint, vt scriptum est in fine *legis prox. seq.* id est si termini sint habiles, & quibus conuenire possit responsio. Interrogationes enim non alia mente nec alio proposito in iure fiunt, quàm vt quæ cum alio esset actio si is dominus esset eam nos confessione nostra in nosmetipsos conferamus. Debéntq; falsæ confessiones naturalibus, & veris congruere. Proinde si eum qui in patris sui potestate maiórque natu me est, responderim filium meum esse non obligabor, quia nec fieri naturaliter potest vt sit ille filius meus qui me est senior, vt neque adoptari à me posset *l. si paterfamilias 15 §. vlt. & l. seq. sup. de adopt* sic & in *l. inde Neratius 23. §. vlt. & l. seq. sup. ad leg. Aquil.* Si quis porò seruum alienum suum esse respondeat, non modò confert in se actionem quę contra verum dominum exerceri posset, & se onerat vt perinde conueniri noxali actione possit ac si eum seruum possideret eiúsque dominus esset, sed etiam liber r dominum quominùs possit ipse noxali actione conueniri *l. qui seruum 20. inf. hoc tit.* quamuis Accursius exigat præterea vt qui noxali iudicio se pro alio obstrinxit, etiam soluerit, quod nos non probamus, & de quo ad eum locum dicemus.

a *Vt patrisfamilias nomine respondendo non obliger.* Malè Accursius hunc versiculum ita explicat, vt si responderim filium meum esse illum, qui paterfamilias & sui iuris est, non obliger. Non enim de patrefamilias Paulus hic loquitur, sed de eo qui in patris erat potestate, & quem tamen ego iunior responderim esse filium meum patrisfamilias nomine, id est quomodo pater eius respondere potuisset ac debuisset. Cæterùm si patremfamilias & qui sui iuris est respondeam filium meum esse, tenebor haud dubiè ex mea cõfessione, si modò natura nõ repugnet quominus filius meus esse possit. Quemadmodum & si filiumfamilias qui in alterius potestate est responderim filium meum esse: Nec enim magis fieri potest vt vnus sit in duorum potestate, quàm vt idē sit paterfamilias & filiusfamilias. Sufficit itaque talem proponi speciem, in qua posset cõtra alium actio competere, si talis esset ille qualem me dico, licèt neque sit ille, neque ego talis. Fateor patremfamilias & eum qui sui iuris est in nullius esse potestate, nec esse posse quandiu paterfamilias manet. Hoc enim est quod Accursium decepit, sed tamen dico nihil prohibere quominùs idem hic paterfamilias esset re vera filiusfamilias si fortè aut patrem suum viuum adhuc haberet à quo nunquam fuisset emancipatus, aut si alij se hodie adrogandum daret. Sufficit autem dari posse casum aliquem vtilem, in quo is qui se patremfamilias esse respondet, talis esse potuerit, licèt nec sit, nec vnquam futurus sit. Exemplo eius quod scriptum est in *l. quod vulgo 19. de bonor. poss. contr. tabul.* Sufficere ad bonorum possessionem contra tabulas vt ex iis vel adiri hereditas, vel bonorum possessio peti aliquo casu potuerit, licèt neutrum eorum posteà secutum sit vel sequi potuerit.

1 ¶Eum, qui patremfamilias, suum esse responderit seruum, non teneri noxali actione: ac ne si bona fide liber homo mihi seruiat, mecum noxali iudicio agi potest, &, si actum fuerit, manebit integra actio cum ipso, qui admisit.

Ad §. 1. Eum qui patremfamilias.

Ratio dubitandi. Is qui interrogatus respondit patremfamilias seruum suum esse, id respondet, quod si verum esset, vtique noxali actione teneretur: Cùm detur noxalis actio contra dominum. Nec quicquam vetat etiam liberum hominem redigi in seruitutem aliquo casu, vtputa si passus sit se venundari ad precium participandum: cur non ergo tenebitur noxali actione ex falsa sua confessione: acsi verum respondisset? Argumento eius quod modò diximus eum quoque teneri qui patremfamilias filium suum esse respondit.

Dec. Liberi hominis nomine actio nulla cum

alio esse potest, nec si bona fide seruiat. Nec proinde noxale iudicium quod non nisi ex seruorum delictis proponitur. Itaque sicuti in specie præcedentis huius legis, falsa confessio illius qui grandiorem se natu respondit filium suum esse, non recipit naturam, quia fieri nequit vt filius patre senior sit, ita neque hæc recipit ius, quia de libero homine nulla in toto iure noxalis actio comparata est. Nihil ergo interrogatio hæc in iure facta prodesse potest, quia eius duntaxat personæ, cuius nomine quis cum alio actionem habet transferre obligationem potest in eum qui in iure suum esse confitetur. Veluti alienum seruum suum esse confitendo, quemadmodum in *l. seq.* Iauolenus ratiocinatur. Cùm ergo liberi hominis nomine actio nulla cum alio esse possit, consequens est vt nec per interrogationem aut confessionem transferri vlla possit, ac proinde vt frustra liberi hominis nomine contra hunc confitentem noxale iudicium instituatur, nec superior casus huic similis est. Quisquis enim viuit, patrem vt aliquem habeat necesse est: At liber homo dominum nec habet nec habere vllum potest. Nam quod fortuito aliquo casu fieri potest, ad rem non pertinet, cùm sit ea res mali ominis nec aduersus casus liberæ personæ expectandus est *l. inter stipulantem* 83. *§. sacram de verb. obligat.* Neque rursus insipiendum est hac parte quid euenire possit in futurum, sed quid esse possit eo tempore quo interrogatio & responsio fit: Qui autem liber est eo tempore impossibile est vt eius nomine iudicium nomine accipiatur, quia & impossibile est vt eo tempore dominum vllum habeat. Qui verò paterfamilias est & sui iuris, licèt eo tempore patrem nullum habeat in cuius potestate sit, habere tamen potest: quomodo etiam habere potest is, qui patrem alium habet. Licèt enim alium patrem habere non possit qui suum habet, posset tamen hunc qui respondet habere, si alium iam non haberet. Verum igitur est si hominis liberi nomine actum sit noxali actione cum eo qui patremfamilias respondit seruum suum esse, iudicium noxale non tenere, nec eo minùs integram actionem manere cum eo qui delictum admisit, quamuis si alienus seruus esset, dominus verus ex falsa rei responsione liberaretur *l. qui seruum* 20. *inf. hoc tit.* Adeò vt si ad libertatem proclamauerit is cuius nomine iudicium noxale susceptum est sustineri debeat id iudicium quoad de statu hominis iudicetur. Nam siquidem seruus pronunciatus fuerit, noxale iudicium exercebitur, sin liber, inutile videbitur *l. penult. in princip. iunct. l. noxalis* 7. *sup. de noxal. action.*

14. IAVOLENVS lib. 9. ex Cassio:

SI is, cuius nomine noxæ iudicium acceptum est, manente iudicio liber indicatus est: reus absolui debet: nec quidquam interrogatio in iure facta proderit. quia eius personæ, cuius nomine, quis cum alio actionem habet, obligationem transferre non potest in eum, qui in iure suum esse confitetur: velut alienum seruum, suum esse confitendo. liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non est, ne per interrogationem quidem, aut confessionem transferri poterit. quod si casu euenit, vt non rectè hominis liberi nomine actum sit cum eo, qui confessus est.

Ad l. si is cuius 14.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad legem præcedentem. Est enim vtraque lex de noxali iudicio accepto per eum, qui hominem liberum cuius nomine agebatur, suum esse respondetit, ad interrogationem actoris, nisi quòd lex superior est de homine quem appareret esse liberum citra vllam pronunciationem. Hæc verò de illo qui ad libertatem proclamauerit pendente noxali iudicio, & qui liber fuerit pronunciatus, vt & in *l. pen. sup. de noxal. action.* Notandum verò est quod Iauolenus in hac lege sic loquitur, vt dicat interrogationem & falsam responsionem eius demùm personæ nomine pro qua cum alio actionem quis habet, obligationem transferre posse in eum qui in iure suum esse confitetur. Non ait *conferre*, vt Paulus in lege superiore, sed *transferre*, vt significet apertiùs eum, qui ex sua responsione iudicio noxali conuenitur, non tantùm conferre in se actionem quæ contra verum dominum competebat, sed etiam transferre quoniam dominum liberat, vt dixi proximè ex *l. qui seruum* 20. *inf. hoc tit.* contrà quàm noster putet Accursius qui *transferre* hîc impropriè scriptum esse vult pro *conferre*, vt in *l. 1. §. vlt. de offic. eius cui mandat. est iurisd.* Nempe quia existimat non aliter hoc casu liberari verum dominum, quàm si is qui ex sua responsione se obligat & noxale iudicium suscipit, etiam soluat quod nos iam refutauimus, in præcedentibus, & refutabimus latiùs ad *d. l. qui seruum.*

1 ¶In totum autem [a] confessiones ita ratæ sunt, si id, quod in confessionem venit, & ius & naturam recipere potest.

Ad §. 1. In totum.

a *In totum autem.* Non est hæc sententia sic à præcedête separanda vt nouum §. constituat. Est enim hæc vna ex propositionibus, & quidem maior syllogismi quo Iauolenus vtitur, vt probet in specie huius legis nihil facere interrogationem ad hoc vt possit quis ex sua respôsione cogi noxale iudicium pro homine libero accipere. Syllogismus hic est. Confessiones falsæ in vniuersum ita ratæ sunt si id quod in confessionem venit ius & naturam recipere possit, quod & scriptum est initio legis præcedentis, vbi iam explicauimus: Atqui cùm quis in iure confitetur seruum suum esse illum, cuius nomine iudicio noxali conuenitur, & qui re vera homo liber est, talis confessio non recipit ius, quia liberi hominis nomine nulla cum alio esse actio potest quam respondens transferre in se possit. Ergo verum est quod Iauolenus intendit & probare vult interrogationem ac responsionem hoc casu nil prodesse. Est igitur hoc exemplum de confessione quæ ius non recipit. De illa verò quæ non recipit

cipit. De illa verò quæ non recipit naturam exemplum est in lege præcedente de eo, qui seniorem filium suum esse respondit, vt benè Accursius explicat.

15. POMPONIVS lib. 18. ad Sabinum.

SI ante aditam hereditatem, seruum hereditarium meum esse respondeam, teneor: quia domini loco habetur hereditas.

Ad l. si ante aditam 15.

Ratio dubitandi. Ante aditam hereditatem nemo est dominus serui hereditarij, cùm res hereditariæ quandiu hereditas adita non est in nullins bonis sint *l. 1. vers. potest autem supr. de rer. diuis.* Ergo non potest falsa confessio eius qui seruum hereditarium suum esse respondit ei nocere, quasi fit casus hic vnus ex iis de quibus proximè diximus in quibus falsa confessio ius non recipit, quænam enim persona illa est à qua transferri actio in respondentem possit cùm nullus est dominus?

Dec. Hereditas domini loco habetur, & defuncti personam sustinet ac repræsentat *l. non minùs* 31. §. 1. *inf. de hered. instit. l. hereditas* 34. *de acquir. rer. domin.* introducta hac fictione iuris vt posset continuari dominium à defuncto in heredē, nec familiæ emptorem cum libripende vt olim adhiberi semper necesse esset, Néve bona interim fierent primi occupantis tanquam quæ reuera nullius essent, vt pluribus locis scripsimus. Ergo non deest persona saltem ficta, à qua transferri possit actio in eum, qui falsò respondet. Sufficit autem persona ficta quæ iuris est ad transferendam actionem quæ etiam iuris est, tametsi actio quæ contra hereditatem competit non possit exerceri, quia exercitium actionis facti est non iuris. In iis autem quæ facti sunt, hereditas personæ vicem non sustinet *leg. 1. §. Scæuola infr. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Et curator dari potest & solet hereditati iacenti si credimus pragmaticis, aut vt ego quidem sentio, bonis potiùs, qui hereditarias actiones saltem tempore perituras, & suscipiat & exerceat *l. creditore* 14. *de reb. auctor. iudic. possid. l. 1. 2. & pass. de curat. bon. dand. l. vlt. § fin autem in secunda C. de bon. qua liber.*

1 ¶ Mortuo seruo, quem in iure interrogatus suum esse confessus sit, non tenetur is, qui respondit. quemadmodum si proprius eius fuisset, post mortem eius non teneretur.

Ad §. 1. Mortuo seruo.

Ratio dubitandi. Actio interrogatoria nascitur ex eo quod quis noxali actione conuentus falsò responderit seruum esse suum, qui erat alienus, vt puniatur mendacium *l. de ætate* 11. §. 1. & §. *si cùm esset supr. hoc tit.* Atqui licèt homo sit mortuus, quem quis in iure interrogatus suum esse respondit, non eo minùs verum est responsum fuisse per mendacium quod vtrique durat etiam post mortem serui. Non igitur eo minùs teneri debet reus quòd homo mortuus sit. Dec. Non debet nec potest plus facere fictio in casu ficto, quàm veritas in casu vero, vt iam sæpius diximus, & hic locus omnium optimè probat. Neque verò interrogatio, & falsa responsio aliud præstare potest, quàm vt reus qui seruum suum esse respondit, perinde habeatur ac si esset dominus. Atqui si seruus cuius nomine iudicium noxale contra verum dominum esset institutum decessisset, iudicium noxale solueretur, & verus dominus liberaretur. Quidni ergo idem erit cùm quis interrogatus alienum seruum suum esse respondit? An non satis punitur in eo quod mentitus est vt quasi dominus cōueniri possit, qui re vera dominus non est? Aut cur dntius cum eo agatur qui dominus non est quàm si esset dominus? Atqui si proprius seruus fuisset, non teneretur reus eo mortuo, quia desinit verum esse propter eum dare oportere *l. electio* 26. §. 1. *si is quem l. pen. §. 1. supr. de noxal. action. & l. proxim. infr.* Ergo nec huius nomine quem quis falsò suum esse responderit teneri debet eo mortuo.

16. VLPIANVS lib. 37. ad Edictum.

SI seruus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit in sua potestate esse: quamuis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos: attamen non puto locum esse noxali actione, quia non est in nostra potestate.

Ad l. Si seruus ab hostibus 16.

Ratio dubitandi. Ius postliminij facit vt seruus captus ab hostibus in ciuitate adhuc esse credatur quandiu in ciuitatem redire potest, Hactenus saltem vt non in plenum à domini potestate liberatus videatur. Retinet enim ius postliminij omnia domini & ciuitatis iura in suspenso, *l. illa institutio* 32. § 1. *infr. de hered. instit.* Vnde & suspensi iuris constitutio appellatur in *l. penult. de suis & legit.* Ergo si seruus ab hostibus captus sit de quo quis in iure interrogatus responderit eum suum esse dicendum est etiam durāte captiuitate posse iudicium noxale contra respondentem eundemque mendacem exerceri. Quamuis enim ius postliminij proptium sit ciuium Romanorum, competit tamen etiam seruis ex persona dominorum, vt reddantur dominis, qui alioquin pleno postliminij iure non fruerentur *l si sint* 10. *l. ab hostibus* 12. *C. de postlim. reuers. l. 1. eo. tit.*

Dec. Quandiu seruus captus ab hostibus apud eos est, seruus hostium est, & in eorum potestate, non in illius quem habuit antea dominum in ciuitate. Atqui non potest noxalis actio cum hostibus exerceri cum quibus nec actio nec commercium est. Ergo cùm nulla sit persona cum qua possit esse actio, consequens est vt neque per interrogationem falsámque confessionem transferri possit actio in respondentem. Secundum ea quæ diximus in *l. confessionibus* 13. & *l. seq supr.* Obserua autem

valde mendosam hic esse vulgatam editionem quæ sic habet *quamuis iura postliminij possint iterum resicere nos*, quæ nullius sensus lectio est, sicut & si pro *resicere* legas *efficere*, sed legendum esse quomodo Florent. *quamuis iura postliminij possint efficere dubitare nos.* Voluit enim Vlpianus his verbis exprimere rationem dubitandi sicut & decidendi in illis sequentibus *quia non est in nostra potestate.* Non est contrarium, quod scriptum est in *l. item Labeo 22. §. vlt. & l. seq. sup. Famil. ercisc.* Etiam res quæ apud hostes sunt venire in iudicium Familiæ erciscundæ. Ibi enim spes postliminij sufficit, vt ait *l. 23.* sine res ipsæ veniat propterea quòd in ciuitatem & ad nos reuerti possint, quo tamen casu cautio præstanda est de restituenda æstimatione si non reuertantur, siue dubius tantùm euetus æstimatus sit vt eadem lex ait. At in proposito casu nihil facit spes postliminij nec incertitudo futuri euentus, quia præsentem serui statum inspici oportet cuius nomine noxalis actio instituitur, & vt sit ille in potestate domini qui noxali iudicio conuenitur, & quidem præcisè eo tempore quo iudicium exercetur. Nec enim iudicij validitas manere potest in pendenti, quamuis iudicium ex causa sustineri, hoc est differri possit, vt in *l. penul. sup. de nox. action.* Benè autem hic Bartolus notat, sicuti extrema oportet esse habilia quoties fit translatio de tempore ad tempus, Ita & cùm de persona in personam.

1 ¶ Quamquam autem placet & etiam eum teneri, qui alienum seruum, suum fassus esset: attamen rectissime placuit, eum demum teneri, qui suum potuit habere: ceterùm, si dominium quærere non potuit, non teneri.

Ad §. 1. Quamquam.

2 *Quamquam autem placet.* Ratio dubitandi. Qui confitetur suum esse seruum cuius dominium habere non potest, tantò magis ac impudentiùs mentitur. Plus enim est non posse quem dominum esse, quàm dominum non esse. Ergo tantò magis teneri debet actione interrogatoria, nec tantùm propter grauius mendacium sed etiam quòd tantùm magis illudat Prætori.

Dec. Confessiones falsæ naturalibus conuenire debent *l. confessionibus 13. sup.* semperque supponendi sunt termini habiles. Et quamuis possit interrogatio & ad eam facta responsio facere vt pro domino habeatur etiam is, qui dominus non est, Non tamen etiam vt pro domino haberi debeat is, qui dominus esse nullomodo potest: Et in omnibus oportet potentiam præcedere, vt sequi actus possit, iuris fictio potest actum supplere & factum hominis, vt in *l. vlt. C. si mancip. ita fuer. alien.* At potentiam ipsam supplere nunquam potest. Esset enim id supplere naturam quod difficilius est, quàm vt factum hominis suppleatur. Exemplum adfert Accursius, si Iudæus mancipium Christianum suum esse dicat: Nec enim Iudæus vt nec hæreticus, nec paganus capax est habendi mancipij Christiani *l. 1. & 2. Cod. ne mancip. Christian. Iudæus vel hæret. vel pagan. hab.* Aliud exemplum adfert Accursius, si res aliqua fuerit vendita ea lege ne in te confitentem vnquam alienetur: quasi hoc casu nulla sit venditio vt pactioni stetur ca *l. si creditor 7. §. vltim. infr. de distract. pignor.* de quo tamen quia difficilis quæstio est, videnda sunt quæ de illius loci sententia & emendatione scripsimus in *Error 4. Decad. 87. De error. pragmat.*

17. VLPIANVS lib. 38. ad Edictum.

SI seruus non sit vnius, sed plurium, & omnes mentiti sunt, eum in sua potestate non esse, vel quidam ex illis, aut dolo fecerunt, quo minùs sit in potestate: vnusquisque illorum tenebitur insolidum, quemadmodum tenerentur si haberent in potestate. Is verò, qui nihil dolo fecerit, quo minùs in potestate haberet, vel non negauit, non tenebitur.

Ad l. Si seruus non sit 17.

Ratio dubitandi. Cùm plures vna sententia ad vnam pecuniæ quantitatem condemnati sunt, singuli pro sua tantùm parte teneantur, & condemnatio scinditur in viriles *l. 1. & 2. C. si plur. vna sentent. condemn. fuer. l. reos 11. §. cùm tabulis de duob. reis*, vbi idem traditur de iis qui per stipulationem eandem pecuniam simul promiserunt. Atqui cùm plures interrogati de seruo cuius nomine iudicium noxale instituebatur, mentiti sunt eum in potestate sua non esse, non alio iure censeri possunt quàm vt pro condemnatis, vel pro obligatis habeantur maximè si ab aduersario interrogati sint *l. de ætate 11. §. qui interrogatus sup. hoc tit.* Ergo non in solidum sed in viriles tantùm partes teneri debent.

Dec. Mendacium istorum qui mentiti sunt seruũ hunc in sua potestate non esse, itémque dolus eorum, qui fecerunt quominùs in potestate haberẽt, hanc pœnam meretur vt singuli possint & debeãt in solidum conueniri, hoc est vt benè interpretatur Accursius detracta noxæ deditione. Alioqui nullam mendacij pœnam paterentur, si non nisi detracta noxæ deditione tenerentur. Non illi quidem qui mentiti essent se non habere in potestate seruum quem haberent, quoniam æquè tenerentur noxale iudicium suscipere cum noxæ deditione nisi scientibus ipsis seruus deliquisset, nec tamẽ noxæ dedere possent pro parte, quia semper noxæ deditio in solidum facienda est si post acceptum iudicium fiat *l. 5. l. si seruus communis 8. supr. de noxal. act.* Nec illi rursum qui dolo desiissent habere in potestate, cùm facultatem dedendæ noxæ sibi ipsis præripuerint. Quid ni ergo in solidum, & detracta noxæ deditione teneantur? Nec pugnat quod hæc lex ait, *quemadmodum tenerentur si haberent in potestate.* Suppleri enim debet non quod Accursius supplet *& negarent*, sed quod ego malo *nec vellent noxæ dedere.* Illud namque apertissimum est, nolle noxæ seruũ dedere illos qui mentiuntur se non habere in potestate, aut qui dolo fecerũt quominus in potestate haberent, Nec melior debet esse conditio domini qui seruum quem in potestate habet nec exhibere vult nec absentem defendere quàm si præsentem non dederet noxæ *l. si seruum depositum 21. §. dominus*

minus supr. eod. ill. tit. Atqui non vult exhibere, nec absentem defendere qui negat se habere seruum in potestate, vt & qui dolo desiit eum habere in potestate. In solidum ergo condemnandus vterque est, detracta scilicet noxæ deditione, non minùs quàm si scientibus illis seruus deliquisset. Cõsequens igitur est quod in hac lege Vlpianus subiungit, Eum qui nihil dolo fecerit quominùs in potestate seruum haberet, Vel cùm haberet non negauit se habere, non teneri scilicet in solidum, Sed eum quidem qui in potestate sua habet, nec negauit, teneri noxali actione cum noxæ deditione: Eum verò qui nihil dolo fecerit quominùs in sua potestate haberet nullomodo teneri, quoniam hoc omnino exigit noxalis actio, vt qui ea conuenitur in potestate illum habeat cuius nomine conuenitur *l. quoties* 21. §. *Prætor ait eod. ill. titul. de noxal. action.*

18. IVLIANVS lib. 4. ad Vrseium Ferocem.

QVi ex parte dimidia heres erit, cùm absentem coheredem suum defendere vellet, vt satisdationis onus euitare possit, respondit se solum heredem esse, & condemnatus est, quærebat actor, cùm ipse soluendo non esset, an, rescisso superiore iudicio, in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit rescisso iudicio posse agi, idque est verum.

Ad l. Qui ex parte 18.

Ratio dubitandi. Qui per mendacium in iure & apud Prætorem confessus est se heredem ex asse, cùm non esset nisi ex parte, idque dolo malo vt satisdationis onus euitaret, quod euitare non poterat si se coheredem habere eumque defendere velle dixisset; (erat enim iure verere hoc casu stipulatio cum satisdatione iudicatum solui, vt & in aliis omnibus casibus in quibus alium quis defendebat siue in rem actio esset siue in personam, vt *Iustin. refert in Instit. Tit. de satisdat.*) non potest negare quin & actori & Prætori illuserit, quantùm potuit. Debet igitur omnimodo haberi pro condemnato, nec dignus est, cui succurratur etiamsi non sit soluendo, sed dignus potiùs qui, quod non posset præstare in ære præstare cogeretur in corpore, patique perpetuos carceres, quousque ad vltimum vsque quadrantem exsoluisset. Neque enim malitiis indulgendum est *l. in fundo* 38. *supr. de rei vindicat.* Et rursum is qui reuera coheres fuit cùm sit liberatus per defensionem à coherede susceptam qui eum defendere non cogebatur (contestatio enim hoc casu pro delegatione est *leg. delegare* 11. §. 1. *inf. de nouat.*) quo iure aut qua æquitate potest recidere in obligationem, ob personam coheredis & propter id solùm, quod coheres condemnatus tanquã heres in solidum, non sit soluendo? siquidem obligatio semel extincta nunquam reuiuiscit *l. qui res* 98 § *aream infr. de solut* nec in eum qui semel liberatus fuit actio dari amplius vlla potest, ne quidem ex persona eius cuius facto liberatus fuit, quia melior quidem condicio nostra per alios fieri potest, sed deterior non potest, *leg. soluendo* 39. *supr. de negot. gest.* ne quidem per eos quos in nostra potestate habemus, *l. melior* 133. *de regul. iur.* Ergò quamuis rescissum sit iudicium prius quo fuerat coheres in solidum condemnatus, idque per restitutionem in integrum, ex capite edicti De dolo. non ideò tamen permittendum est actori, vt coheredem iam liberatum conueniat.

Dec. Liberatio coheredis non ex alio nasci potest quàm ex eo quod alius coheres iudicium pro ipso acceperit tanquam defensor ipsius & aperto marte. Fit enim quædam nouatio, & species est delegationis *d. l. delegare* 11. § 1. *de nouat. l. si pro parte* 10. §. 1. *inf. de in rem vers.* quandoquidem alium defendere, nihil aliud est quàm eandem vicem quam reus subire *l. minor* 51. §. 1. *sup. de procurat.* At ponimus in hac specie eum qui interrogatus est, habuisse quidem animum defendendi coheredis, sed tamen non apertè illum defendisse, sed subdolè mentiendo se ex asse heredem esse. Nulla ergo liberatio hîc contigit ipso iure, Contigit tamen ope exceptionis in factum dandæ vero occisori, aut heredi si ab eodem actore conueniatur, quia futurum sit vt indemnitatem præstare debeat coheredi actione vel mandati vel negotiorum gestorum *l. qui seruum* 20. *vers. nisi quasi defensor infr.* Ergo rescindi hoc iudicium necesse est. Ergo rescisso iudicio per quod liberatio exceptionis ope contigerat, ipsam quoque liberationem rescindi etiam necesse est, & consequenter teneri ex sua persona coheredem quem coheres defenderat, acsi neque defensus vnquam neque liberatus fuisset. Quin verò iudicium prius rescindendum sit, dubitari non potest cùm appareat susceptum esse dolo malo illius qui cùm non nisi ex parte coheres esset mentitus est se heredem ex asse, vt actorem deciperet, & incommodum effugeret satisdationis quam præstare solet & debet quisquis vltrò se offert ad alterius defensionem, Cùm nemo sine satisdatione idoneus alienæ litis defensor esse intelligatur *l. qui proprio* 46. §. *qui alium* & *d. l. minor* 51. §. *vltim. & legib. seq. supr. de procura. l. in eo* 110. §. 1. *de reg. iur.* Quidni ergo rescindi iudicium poterit ex capite edicti De dolo? Nec enim negari potest quin actor deceptus sit, qui licet actionem in factum ex causa iudicati habeat contra cõdemnatum, nullam tamen ex ea vtilitatem sensurus est propter inopiam condemnati, quandoquidem inanis actio omnis est quam debitoris eludit inopia *l. nam is* 6. *supr. de dolo.* Neque rursus dubitari potest quin dolo malo fecerit is, qui cùm se non nisi ex parte heredem se esse sciret, mentitus tamen est se heredem ex asse. Non alia mente quàm ne satisdare cogeretur: & vt non tam coheredem, quàm seipsum solum defendere videretur. Porrò cùm dolus vnius alteri non magis prodesse debeat, quàm nocere, *l. 3. inf. quand. ex fact. tutor.* Consequens est vt coheres qui dolo coheredis liberatus est ope scilicet exceptionis, vt dixi, etsi dolum ipsum præstare non debet hactenus vt ob dolum quem ipse non admisit conueniri debeat, Recusare tamen non possit quominùs pristina actione cõueniatur quia conueniri potuisset antequàm per iudicium à coherede susceptum acquisita ei exceptio fuisset, vt hactenus saltem præstet factum eius ex cuius dolo liberatus est, vt nullum ex eo dolo lucrum retineat. Accurs. noster in huius legis interpretatione multis se inuoluit erroribus. Non enim videre po-

test, qualiter, vt ipse loquitur, rescindi prius iudiciū possit per restitutionem in integrum. Cùm alius coheres inquir, non fit liberatus quem tamen liberatum esse ope exceptionis non debuit negare: ex *l qui seruum 20. inf.* vbi non agitur de herede qui quasi defensor veri heredis se heredem esse respóderit, sed simpliciter vt deciperet actorem. Nam in eo qui quasi defensor coheredis siue ex mandato, siue absque mandato mentitus est se heredem esse, aliud probari oportere eadem lex ait, & probatur hoc apertissimè ex hac ipsa lege: siquidem ad instituendam efficaciter actionem contra coheredem quem alius voluit defendere quasi seipsum defendendo, qui casus est huius legis, nulla opus esset iudicij prioris rescissione, si non fuisset ipse liberatus saltem ope exceptionis, *d. l. qui seruum vers. nisi quasi defensor*, vbi latius dicemus: Neque verò Accursius ipse hoc negare potest, cùm addit exceptionem, Nisi acceptum sit iudicium à coherede animo nouandi ex *l. solutione 23. infr. de solut.* In quo tamen ipso labitur, debuit enim dicere absoluté accepto per coheredem iudicio nomine coheredis & iure aperti defensoris ideò liberatum esse coheredem, qui defensus est, quòd eius nomine iudicium acceptum sit, quod vtique fieri non potuit citra nouationem, & quidem illam quæ fit per delegationem, de qua dubitari nunquam potest an sit nouatio, propter interuentum nouæ personæ *d. l. solutione, d. l. delegare 11 §. 1. de nouat. l. 4. infr. de re iudic. d. l. si pro patre 10. §. 1. infr. de in rem vers.* Neque de huic Accursius hoc ponere in exceptione sed in regula quæ vix vllam patiatur exceptionem, At cùm coheres vt coheredem ita defenderet ne tamen alium quàm seipsum defendere videretur, mentitus est se heredem ex asse vt hic nulla quidem liberatio contingit ipso iure & per nouationem, sed contingit tamen per exceptionem, vt diximus, nisi iudicium rescindatur ex *capite edicti De dolo*. Nec enim defendi potest quod Accursius tentat intelligendum esse locum hunc de iudicio quod sit rescissum de facto, vt ipse loquitur non etiam de iure. Nam cùm coheredi exceptio quæsita sit propter acceptum prius iudicium ab alio coherede rescissionem quoque iudicij iure fieri necesse est vt possit efficax institui actio contra coheredem. Illud verò planè commentitium est, quod vltimo loco ponit Accursius rescissum fuisse prius iudicium per pactum de non petendo, de quo tamen nullum in lege verbum, Et cuius præterea non ea potestas esse queat, vt iudicium iure rescindat, cùm neque pactum nudum possit aliud tollere, nisi ope exceptionis quia non quemadmodum in stipulationibus ita in pactis ius vllum versatur, sed factum duntaxat *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret sup. de pact.* Etsi autem non agitur hic nisi de tollenda exceptione in factum, & adimenda coheredi, attamen in necessarium antecedens rescindendum est iudicium prius, ex quo materia exceptionis nascitur, quod certè non nisi iure prætorio & per in integrum restitutionem fieri potest.

19. PAPINIANVS lib. 8. Quæstionum.

SI filius, cùm pro patre suo ageret, taceat interrogatus: omnia perinde obseruanda erunt, ac si non esset interrogatus.

Ad l. Si filius 19.

Ratio dubitandi. Interrogari, & interrogatum esse, itémque ad interrogationem respondere, facti est non iuris, In iis autem quæ facti sunt non potest ius patriæ potestatis efficere vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur. Est enim hoc ex fictione quadam & ex constitutione iuris ciuilis *l. ne cum filiofamilias 16. inf. de furt. l. vlt. C. de impub. & aliis subst.* Ideóque non solent ea quæ facti sunt transire à filiofamilias ad patrem, vt neque à seruo ad dominum *l. qui heredi 44. infr. de condic. & demonst.* Nihil ergo vetat interrogari patrem à filio, aut filium à patre, præsertim apud Prætorem, qui etiam inter dominum & seruum potest cognoscere quamuis non nisi ex certis causis *l. mulier 22. §. non est dubitatum inf. ad SC. Trebell. l. vix certis ex causis 53. sup. de iudic.*

Dec. Non fit interrogatio apud Prætorem nisi ad hoc vt ex rei responsione siue fateatur, siue neget per mendacium possit nasci actio interrogatoria, ex eaque subinde iudicium exerceri inter eum qui interrogauit, & interrogatum *l. 1. supr. & tot. hoc tit.* aut vt alia actio iam competens exerceatur si is qui interrogatus est, verum responderit. Atqui neque lis neque actio vlla esse potest, inter patrem & filiumfamilias nisi de castrensi vel quasi castrensi peculio *l. lis nulla 4. supr. de iudic.* Ergo si filius cum patre suo agat & à patre interrogatus respondeat siue confitendo siue negando, adeóque quod peius est taceat, quo casu pro en haberet ac si negasset per mendacium *l. de ætate 11. §. qui tacuit supr.* omnia perinde obseruanda sunt ac si non esset interrogatus. Idémque est ob eandem iuris rationem si patrem ipse interrogauerit: Quemadmodum & de seruo siue interrogante siue interrogato scriptum est in *l. si siue 9. §. sed si seruum sup. hoc tit.*

20. PAVLVS libro 2. Quæstionum.

QVi seruum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conuentus sit, dominum liberat, aliter atque, si quis confessus sit se occidisse ᵃ seruum, quem alius occidit: vel si quis responderit se heredem, nam his casibus non liberatur, qui fecit, vel qui heres est. Nec hæc inter se contraria sunt, nam superiore casu ex persona serui duo tenentur, sicut in seruo communi dicimus, vbi altero conuento alter quoque liberatur: at is, qui confitetur se occidisse, vel vulnerasse, suo nomine tenetur ᵇ, nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi quasi defensor eius qui admisit, vel heredis ᶜ litem subiit, hoc genere. tunc enim, in factum exceptione

exceptione data, summouendus est actor: quia ille negotiorum gestorum, vel mandati actione recepturus est, quod præstitit. Idem est in eo qui mandatu heredis heredem se esse respondit, vel cùm eum aliàs defendere vellet.

Ad l. Qui seruum 20.

Ratio dubitandi. Quod quis seruum alienum suum esse responderit non facit eum dominum. Neque enim hic vnus est ex modis acquirendi dominij siue quiritiarij siue bonitarij. Ideoque nimirum tenetur interrogatoria ex hoc edicto, quia respondet per mendacium. Atqui noxalis actio datur ex delicto serui contra verum dominum qui seruum delinquentem habeat in potestate *l. 1. l. quoties 21. §. Prætor ait & pass. supr. de noxal. action.* Ergo qui seruum alienum responderit suum esse, tametsi subinde noxali iudicio conuentus sit, dominum tamen non liberat, nisi præterea condemnatus sit & exactus, vt loquitur Accursius noster qui & ita concludit ex *l. qui ex parte 18. l. si quis interrogatus 8. l. confessionibus 13. sup. hoc tit.*

Dec. Non possunt eiusdem rei duo esse domini in solidum *l. 5. §. vlt. infr. Commodat. l. de hereditate 19. §. pater infr. de castrens. pecul.* Atquin is qui seruum alienum suum esse respondit, cùm subinde conuenitur noxali actione, non alio iure conuenitur, quàm quasi dominus, vt modò diximus. Consequens igitur est vt hoc ipso alium dominũ liberet ne possit ille posteà noxali actione conueniri ab eodem actore ex causa eiusdem delicti ne alioqui duos ille eiusdem serui dominos eodem tempore in solidum agnoscere videretur. Tantumque abest vt contrariam Accursij sententiam probare quis possit ex *d. l. si quis interrogatus 8. sup. hoc tit.* vt vel ex illo maximè loco cõuincatur apertissimè in postremis illis verbis, *Et si cum eo actum sit qui responderit dominus ea ratione liberabitur.* Nihil ergo aliud requirit Paulus eo loco ad liberationem veri domini quàm vt actum sit cum eo qui se dominum respondit: Et in *l. confessionibus 13. in f.* Non alia ratione mouetur idem Paulus vt putet conuẽto per noxalem actionem eo, qui patremfamilias & liberum hominem seruum suum esse respondit, manere nihilominùs actionem integram cum eo ipso qui delictum admisit, quàm quòd liberi hominis nomine noxale iudicium accipi non potuerit. Facit enim responsio eius qui interrogatus est vt actionem quæ cum alio esset si esset dominus, in semetipsum confessione sua non modò conferat, vt scriptum est in *dict. l. confessionibus*, sed etiam transferat, vt loquitur Iauolenus in *l. si is cuius 14. eod.* id est alium liberando qui priùs tenebatur, vt nos contra Accursium ad illum locum interpretati sumus. Neque hoc casu exigimus vt qui se falsò dominum esse respondit iudicium noxale susceperit pro alio & quasi defensor alterius, vt in eo contingit qui se heredem esse respondit: De quo loquitur Iulianus in *d. l. qui ex parte*, non autem de noxali actione de qua nunc tractamus & cuius separata diuersáque causa est propter eam decidẽdi rationem quam attulimus. Nec sanè apertius quicquam scribi in hanc rem potuit, quàm quod hîc à Paulo in illis verbis *si noxali iudicio conuentus sit, dominum liberat.* Aliud est conueniri quem: Aliud verò cõdemnari: Aliud denique exigi. Et hanc nostram interpretationem apertius illud probat quod rationis loco sequitur apud Paulum ex persona eiusdem serui non posse duos in solidum teneri, scilicet quia tenentur tanquam domini: sicut inquit, in seruo communi dicimus, vbi altero conuento alter liberatur, Nisi vtroque domino sciente seruus deliquerit, vt in *l. si plurium 5. sup. de noxal. act.* vel vno sciente & alio ignorante, vt in *l. si ex duob. 17. eo.* Iunge *l. si communis 9. l. electio 26. eo.*

a *Aliter atque si quis confessus sit se occidisse.* Ratio dubitandi. Non magis fieri potest vt vnus & idem homo à duobus in solidum occisus sit, quàm vt eiusdem serui duo sint domini in solidum. Nec enim is qui ab vno iam occisus est ab alio iterum occidi potest vt disputauimus ad *l. ita vulneratus 51. supr. ad leg. Aquil.* Ergo quemadmodum is qui seruum alienum responderit suum esse, si noxali iudicio conuentus sit dominum liberat, Ita & qui confessus est se occidisse seruum, quem alius occidit perinde liberare debet occisorem, cùm actionem quę contra verum occisorem competere poterat in se trãsferat. Idemque multò magis tractari potest in eo qui se heredem esse respondit cùm alius heres esset. Quid enim aliud significat nomen heredis, quàm dominum? *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* Vnde est quod non magis vni homini duo heredes esse possunt in solidum, quàm duo eiusdem rei in solidum esse domini *l. quod contra 141. §. vlt. duo de reg. iur.* iunct. *d. l. 5. §. vlt. commod.*

Dec. Is qui confitetur se seruum occidisse, aut vulnerasse, tenetur suo nomine, & ex propria non ex alterius persona: Nec debet impunitum esse delictum eius qui fecit propter eum qui responderit *d. l. ita vulneratus l. Stichum aut Pamphilum 95. in princip. de solut.* Itémque is qui se heredem esse respondet, cùm non ipse sed alius sit heres: nam & hic suo nomine tenetur. At ille qui alienum seruum suum esse respondit, licet ex propria responsione teneatur, non tamen proprio suo nomine, nec ex propria persona, sed ex persona & nomine serui ex cuius delicto conuenitur. Non enim delictum serui, delictum est domini nisi cum iubente vel sciente domino qui delictum prohibere poterat seruus deliquit *l. 2. & pass. sup. de nox. actio.* Est igitur inter hos casus euidens ratio diuersitatis. Et miror quod Accursius scribit nullam reddi posse, quãtum ad eum qui se heredem confitetur: Et quasi nullam Paulus reddiderit, hanc ipse adfert, quòd is qui se heredem dicit suo tantùm nomine teneatur. Quæ vera quidem ratio est sed illa ipsa quam Paulus exprimit in eo qui se falsò confitetur occisorem, quem æquiparat ei qui se falsò confitetur heredem. Quamuis in vero occisore aliam rationem adferat, quæ in herede locum habere non potest, quòd impunitum non debeat esse delictum eius qui fecit. Sed & satis expressa fuit à Paulo hæc ipsa ratio circa heredem, cùm prioris sui responsi de eo qui ex sua responsione noxali actione conuenitur, rationem illam adfert. *Nam superiori casu ex persona serui duo non tenentur.* Etsi enim aliud nihil adiectum esset, supplere tamen nos oporteret, *In posterioribus autem casibus plures tenentur ex propria persona non ex alterius:* Planè quod Accursius quærit, An is qui se heredem confitetur non habeat exceptionem quam heres haberet, extra rem nostram est. Nec enim de illo quærit hîc Paulus sed tantùm an possit ita

conueniri vt tamen veros heres non ideò liberetur. Cæterùm iam diximus in *l. si filius. 12. §. 1. supra.* Exceptionibus quæ institutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam vti enim posse qui ex sua responsione tanquam heres conuenitur velnti pacti conuenti & rei iudicatæ, & aliis huiusmodi quæ scilicet eam ipsam actionem supponunt semper, quam elidunt *l. 1. & 2. & pass. insr. de except.*

b *At is qui confitetur se occidisse vulnerasse suo nomine tenetur.* Ratio dubitandi. Etiam correi debendi tenentur singuli suo nomine & ex propria persona non tanquam inuicem fideiussores nisi expressi in vice mutua fideiusserint *l. reos 11. in princip. l. 1. 2. & pass. infr. de duob. reis.* Et tamen vno soluente adeoque duntaxat electo alij liberantur ipso iure si ius vetus inspicias, non nouam Iustiniani constitutionē, quæ ius vetus hac parte abrogauit in *l. vlt. C. de fideiuss* iunct. *d. l. 2.* Ergo non est bona hæc ratio propter quam is qui fatetur se occidisse ita teneri debeat, vt tamen non liberet verum occisorem.

Dec. In correis debendi non tantùm vna summa est, quæ ab omnibus debetur, sed vna etiam omnium obligatio, quam proinde vno soluente totam dissolui necesse est *l. 3. §. vlt. eod. ill. tit. de duob. reb.* licèt in cuiusque persona consistat ea obligatio propria singulorum *l. eandem 9. §. vlt. eod.* iunct. *l. si rem 35. § si duo infr. de nouat.* At in duobus quorum vnus verè occidit, alius autem fassus est se occidisse, vna quidem summa & res est quæ ab vtroque debetur, precium scilicet serui occisi & quanti eo nomine potest interesse illius, cuius seruus occisus fuit. Sed tamen alia atque alia & specie & numero singulorum obligatio est. Tenetur enim vnus quia occidit, licèt non fuerit confessus se occidisse. Alius verò ideò tantùm quia confessus est se occidisse, quamuis reuera non occiderit. Ideoque tenetur hic interrogatoria actione ex suo responso quæ est Prætoria, Ille verò directa ciuili actione legis Aquiliæ, Hic ex sua responsione, Ille ex suo delicto. Est igitur diuersa vtriusque non tantùm obligatio sed etiam causa obligationis. Proinde conuento & electo vno non ideò alius liberatur, longeque alia species est, de qua in *l. electio 26. supr. de noxal. action.* vbi sicuti datur electio ei qui noxali iudicio agere vult, an contra eum agat qui dolo malo seruum possidere desiit, an contra nouum dominum, ita & vnius electione alius liberatur, non quidē ipso iure, sed ope exceptionis, quia electionem illam Prætor dat actori ob id tantùm ne eludatur, non etiam vt lucrum faciat, vt ea lex ait. In proposito autem conuento & condemnato eo qui se fatetur occidisse, adhuc tamen teneri debet is qui occidit, non illa tantùm propria ratione quod non debeat ipsius delictum manere impunitum, sed ob id etiam, quòd eius obligatio nihil habeat commune cum obligatione alterius, nec vna ab altera pendeat: Vnde fit, vt nec si actor ab eo qui confessus est se occidisse, indemnitatem consecutus sit, quod plus est quàm egisse, non tamen repelli debeat exceptione doli tanquam qui bis idem consequi velit quamuis à pluribus, arg. *l. si quis dolo 51. in fi. de re iudic. l. 1. § si plures supr. de eo per quem fact. erit.* Conueniuntur enim isti vt benè Accursius obseruat, ex duabus causis se non contingentibus, quod in supradictis legibus diuersum est. Nec simile est quod dicimus falso herede soluente creditori hereditario etiam verum heredem liberari, non quidem ipso iure quia suo nomine soluit non alieno, sed tamen per exceptionem *l. si quid possessor 31. in princ. de hered. petit.* Nec enim hic heres aut verus aut falsus est, sed qui dolo malo mentitur se heredem ob hoc solùm vt actorem decipiat, quomodo etiam benè Accursius respōdet. Itaque cum pœnam doli & mendacij sui patiatur, non debet ea pœna prodesse vero heredi quominùs tanquam verus heres & conueniri adhuc possit & condemnari, arg. *l. item Mela 11. §. sed si plures in fi. sup. ad leg. Aqu.*

c *Nisi quasi defensor eius qui admisit, vel heredis.* Ratio dubitandi. Cùm quis quasi defensor veri occisoris fatetur se occidisse & tanquam occisor suscipit iudicium legis Aquiliæ, Aut quasi defensor veri heredis dicit se heredem, Iam diximus in præcedentibus esse hanc speciem quandam delegationis quæ cùm sit nouatio, liberat haud dubiè verum occisorem, verumque heredē *l. qui ex parte 18. sup. l. delegare 11. §. 1. inf. de nouat. l. si pro patre 10. §. 1. inf. de in rem vers. l. solutione 23. inf. de solut.* Quomodo igitur verum esse potest quod hîc Paulus ait summouendum esse actorem exceptione in factū data, quia ille recepturus sit actione negotiorum gestorum vel mandati ab occisore vel ab herede quicquid ipse præstiterit. Nec enim potest exceptioni vlli locus esse, quin priùs locus sit actioni, nec rursum actioni contra eū qui per nouationem fuerit ipso iure liberatus, nec deniq; iudicio sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de neg. gest. l. quoties 9. §. & generaliter infr. de admin. tutor.*

Dec. Multum interest an quis palam iudicium pro alio quasi defensor ipsius suscipiat, an verò per cuniculos & dolo malo mentiens se alium esse quàm sit, de quo Paulus noster tractat, & quem significat iis verbis *nisi quasi defensor eius qui admisit vel heredis litem subiit hoc genere.* Quod nec Accursius negat qui ad verba illa notat, *id est hoc modo scilicet per confessionem.* Priore casu procedit quod in dubitādi ratione diximus, nec vlla exceptione indiget verus occisor aut verus heres, quia nec conueniri potest, cùm per defensionem ab alio susceptam sit ipso iure liberatus. Sed posteriore casu, licèt ex parte illius qui falsum respondet adsit animus alium defendendi, nulla tamen fieri delegatio aut nouatio potest cum eo qui animum hunc ignorat, quique negotium & litem sibi esse putat contra eum proprio nomine qui se fatetur occisorem, aut heredem, quique actorem in eo decipit, quantùm potest. Nec enim nouatio aut delegatio fieri potest nisi inter scientes & consentientes *l. 1. Cod. de nouat.* Proinde non potest huiusmodi defensio eum liberare, qui reuera tenetur, Nec per consequens prohiberi actor potest quominùs etiam post condemnatum & exactum hunc defensorem agat iterum contra verum occisorem aut verum heredem. Neque habet ea res vllam ferè dubitationem. Sed quod Paulus ait dandam esse vero occisori & heredi exceptionem in factum contra actorem si pergat ille suam actionem exequi. Hoc verò est quod difficilius videtur. Ita enim fit, vt liberetur saltem ope exceptionis, propter iudicium, quod alius ex propria confessione susceperit suo nomine, cùm tamē nullomodo videatur liberādus, cùm ex propria sua persona proprioque facto conueniatur. Et sanè ita dicendum esset, nisi pro reo faceret ratio, quę hic ponitur quod cū interrogatus occisorē se aut heredē confessus est animo defendendi verū occiso-

occisoris aut heredis, licet id non fecerit apertè quasi defensor sed subdolè ac per mendacium, habet tamen actionẽ aduersus eum quem defendere voluit vt ab eo repetat quicquid impendit, vel actione mandati, si mandatum præcesserit, vel negotiorum gestorum si mandatum nullum, vt in *l. ex mandato 20. §. 1. infr. mandat.* quandoquidem negari non potest quin eius negotium gesserit vtiliter, quamuis fuerit condemnatus, cùm pro eo qui non condemnari non poterat, litis æstimationem persoluerit. Sic ergo fieret vt duplicem litis æstimationem præstaret verus occisor verusque heres & quidem eiusdem facti nomine: quod certè iniquum esset ex parte ipsius, cui nihil imputari potest: quamuis ei qui pro ipso iudicium accepit per mendacium, & apud Prætorem falsum respondit, imputari possit cur fuerit mentitus, & quidem dolo malo vt deciperet actorem. Nam quemadmodum æquum non est neque ex bona fide vt quis idem bis consequatur, Ita neque vt eiusdem facti nomine duplicem cõdemnationem quis patiatur. Neque hac parte interest quicquã actoris, qui iam indemnitatem plenissimam consecutus est à mendace, licèt nihil posteà consequatur ab occisore, aut ab herede, à quo nec aliquid consequi posset si prior conuentus defensionem apertè suscipere, eoque nomine iudicium accipere voluisset. Nimirum si esset ille soluendo: Alioqui non esset prohibendus agere, & quidem cum effectu ac sine metu vllius exceptionis contra occisorem, aut heredem quia nec suum consecutus esset, nec consequi speraret, sed rescisso tamen ante omnia priore iudicio ne aut ex eo conueniri possit is, qui condemnatus est, aut eius prętextu idem ille qui condemnatus est, quamuis inops, & non soluendo, agere velit aut mandati aut negotiorum gestorum, vt repetat etiam id quod non soluerit, quia fuit non tãtũ obligatus quod sufficeret *l. si quis mandatũ 38. sup. de neg. gest.* sed etiam condẽnatus *l. Lucius 38. inf. mand.* Quę vera sententia & ratio est *d. l. qui ex parte 18. sup.*

1 ¶In iure interrogatus, an fundum possideat. quæro, an respondere cogendus sit, & quota ex parte fundum possideat. respondi: Iauolenus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, quota ex parte fundum possideat: vt, si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quę non defenderetur, in possessionem actor mittatur.

Ad §. 1. In iure interrogatus.

Ratio dubitandi. In rem actionem pati nemo cogitur *l. vlt. supr. de rei vindic.* quia cùm actio in rem non nascatur ex obligatione aliqua præcedente, quomodo personales actiones, sed ex pręsenti possessione *l. non alias 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. actionum 25. de oblig. & action.* cùm detur contra eum qui nullo iure nulloque modo obligatus est *§. 1. Instit. de action.* non potest dari in inuitum, in quo maximè differt à personali actione *l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Ergo quamuis in iure interrogatus sit is qui fundum possidet an possideat necne non est cogendus respondere, Vel ob hoc ipsum ne ita cogi videatur actionem suscipere.

Dec. Vindicatio quæ actio prima & præcipua in rem est non datur nisi contra possidentem, vnde est quod nasci dicitur ex præsenti possessione, vt modò dicebamus. Frustraque institueretur contra non possidentem, cùm non ad aliud detur, quàm ad possessionis restitutionem *l. officium 9. l. qui petitorio supr. de rei vindic.* Ne igitur frustra instituatur actio, & ne nihil potiùs quàm malè actum esse videatur, vt in *l. vnic. in fin. sup. quand. dies vsusfr. legat. ced.* permittendum est vindicaturo, vt interroget eum quem vult conuenire tanquam possessorem fundi, an fundũ possideat, & si possidet, ex qua parte, vt nimirum pro ea parte actio instituatur, Pro alia verò parte is qui falsò negauit se possidere, hanc pœnam patiatur, vt actor mittatur in possessionem rei petitæ *d. l. vlt.* Non similiter respondere debet is qui tanquam possessor conuenitur, an sit dominus: aut pro qua parte *l. in speciali 73. sup. eod. ill. tit. de rei vindic.* vbi ratio redditur quia petitoris munus illud est, vt dominium suum probare debeat *l. vlt. C. eod. tit.* non possessoris cui sufficit ad vincendum quod petitor nullum habeat ius dominij *d. l. vlt. inf. de acqu. poss.* Non tantùm autem negantis per mendacium sed etiam latitantis adeoque absentis pœna hæc est, quoties non defenditur, vt in possessionem fundi petiti actor mittatur *l. Fulcinius 7. §. Celsus autem 17. inf. quib. ex caus. in poss. eat.*

2 ¶Idem & si damni infecti [a] caueamus. nam & hic respondere debet, quota ex parte eius sit prædium: vt ad eam partem stipulationem accommodemus. Pœna autem non repromittentis hæc est, vt in possessionem eamus, & ideo eò pertinet scire, an possideat.

Ad §. 2. Idem.

a *Idem est et si damni infecti.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *l. non alienum est 10. supr. hoc tit.* vbi eadem sententia proponitur, de interrogando eo contra quem velit quis agere de damno infecto, vt sciatur an dominus ille sit ædium vitiosarum, & pro qua parte. Ad eam namque partem accommodanda est cautio & stipulatio damni infecti, vt per eam si perseueretur non caueri possit stipulator missus in possessionem ædium vicinii deinde secundo decreto sibi possidere iussus, acquirere sibi dominium bonitarium ædium, & tandem quiritiarium secuta vsucapione *l. Prætoris officium 5. l. si finita 15. §. Iulianus infr. de damn. infect.* Et verò cùm pœna prima repromittentis, si nolit cauere, hæc sit, vt in possessionem actor mittatur ędium quæ ruinam minantur, consequens omnino est vt sciri ante omnia oporteat an possideat vt benè hìc Paulus ratiocinatur. Vbi tamen pro *caueamus* mallem legere *caueatur* quàm cum Accursio sic interpretari verbum *caueamus*, acsi scriptum esset *caueri postulemus* quod minùs improbabile est, Essetque probabilius legere *caueat quis.* Sequitur enim mox in tertia persona. *Nam & hic respondere debet, quota ex parte eius sit prædium.* Et ita omnino legendum esse puto.

21. VLPIANVS lib. 22. ad Edictum.

VBicumque iudicem æquitas mouerit, æquè oportere fieri interrogationem, dubium non est.

Ad l. Vbicumque 21.

Ratio dubitandi. Hoc edictum est de actione interrogatoria quæ nascitur ex falsa responsione apud Prætorem & in iure facta in pœnam non quasi cuiuslibet mendacij, sed illius quod grauiorem pœnam mereatur ob maiestatem prætoris quam contemnit non minùs ille qui palam & impudenter mentitur quàm ille qui siue à Prætore ipso, siue ab aduersario apud Prætorem interrogatus tacere mauult quàm respondendo mentiri, de quo in *l. de ætate 11. §. qui tacuit*, iunct. *l. 1. supr. hoc tit.* Et ideò pertinet hic titulus ad eas tantùm interrogationes quæ fiunt ante litem contestatam: quo tempore tractatur res in iure & coram ipso Prætore. Nam post litem contestatam sicut Prætor dat iudicem, qui de facto cognoscat & de actionis iure pronunciet. Ita nec se interponit, nisi hactenus vt ex rescripto Diui P[ij] sententiam iudicis à se dati exequatur *l. à Diuo Pio 15. in princip. inf. de re iudic.* Et verò quomodo posset dari à Prętore actio interrogatoria ex falsa rei responsione quæ facta esset post litem cōtestatam, cùm vetus iudiciorum ritus ille fuerit, vt ipso litis contestatæ tēpore actionem dati, & quod idem erat iudicium dictari accipique oporteret? Neque verò tanta ratio est dandæ actionis in pœnam mēdacij aduersus eum, qui mentitur apud iudicem pedaneum, aut qui eum per suam taciturnitatem & contumaciam contemnit, quàm si aut Prętorem ipsum contemneret aut apud eum mentiretur. Quemadmodum aliàs solemus dicere, Pœnali actione teneri eum qui alium vocatum in ius & ad Prætorem vi exemit, qua tamen non tenetur qui exemit vocatum ad iudicem pedaneum *l. 3. § si quis ad pedaneum* vbi scripsimus *supr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.* Non igitur admittendum est quod ex Vlpiano in hac lege scribitur, Vbicumque iudicem æquitas mouerit æquè interrogationem fieri oportere. Quid enim hoc aliud est quàm rationem eandem facere iuris & iudicij? Prætoris & iudicis pedanei à Prætore dati? Denique temporis quod præcedit litem contestatam, & eius quod sequitur? Quoties enim tractant prudentes nostri de iudice, nisi tractent etiam de grauioribus causis, vt de statu, libertate, ingenuitate & aliis similibus quæ maiores Iudices desiderabant *l. non distinguemus 32. §. de liberali supr. de recept. Qui arbitr. recep. l. 2. C. de pedan. iudic.* non nisi de pedaneis & à Prætore aut alio magistratu dato iudice intelligunt. Vt in *tot. Titul. de iudic.*

Dec. Interrogationes istæ ex summa æquitate introductæ sunt à Prætore, non tantùm vt parerent interrogatorias actiones, de quibus potissimùm agitur in hoc Tit. & quod præcipuum in hoc edicto Prætoris propositum fuit, sed etiam vt ex responsionibus ad interrogationes factis probationes faciliùs conquiri possint ad eruendam vel ab aduersario ipso rei de qua quæritur veritatem. Idque hodie vnicus interrogationum istarum vsus est, postquam formularum & actionum impetratio sublata est *l. 1. & 2. Cod. de formul. & impetr. action. sublat.* & iudices à Prætoribus aliisque magistratibus dari desierunt ex Imperatorum Diocletiani & Maximiani constitutione in *d. l. 2. Cod. de pedan. iudic.* Vt iam diximus ad *l. 1. in fin. supr. hoc tit.* Ergo vbicunque iudicem etiam datum & pedaneum æquitas mouerit dubium non est quin æquè ac ante litem contestatam possit fieri interrogatio siue à iudice, siue ab ipso etiam aduersario, si modò possit ea interrogatio & quę ad eum petitur responsio aliquid facere ad litem totamque facti quęstionem cuius cognitio tota Iudici pedaneo mandata est promptioribus & certioribus probationibus instruendam. Quid enim aliud magis quàm æquitatem habere ante oculos bonus iudex debet? Aut in quo magis laborare quàm vt facti probationes quàm certissimas facere potest vndequaque conquirat, & corroget? Vnde verò certiores possit erüere quàm ex ipsa litigatoris confessione siue actoris siue rei? Id enim est quod vulgo pragmatici & verè iactitant, Nullam esse meliorē probationem nec clariorē quàm quæ ex ipsius aduersarij confessione elicitur, *l. generaliter 13. C. de not. numer. pec.* Sicque legem hanc intelligo vt ad vtrumque litigatorem interrogandum pertineat, quia nec ad alium finem adhibetur quàm ad probationem *d. l. 1. in fin. supr.* quæ nec minùs necessaria, nec minùs fauorabilis est si reus aliquid probandum habeat. Imò verò tantò fauorabilior, quantò fauorabiliores sunt rei, quàm actores vulg. *l. fauorabiliores 57. de reg. iur.* Cùmque lex hæc loquatur de ea interrogatione ex qua non possit aliqua nasci actio interrogatoria quæ scilicet à iudice dato & interrogante non posset dari, (solius enim Prætoris olim fuit dare actionem in vrbe, In prouinciis verò, Magistratuum, qui Prætoris vice ac partibus fungebantur) nihil certè prohibet quominùs possit eiusmodi interrogatio fie permittente aut etiam iubēte Iudice fieri in quacũque iudicij parte, id est, si ius vetus inspicias post litem quoque contestatam non minùs quàm in iure apud Prætorem ante litem contestatam, sed cum hac tamen differentia, quod in iure & apud Prætorem fit ad producendā actionem interrogatoriam, non minùs quàm ad probationem. In iudicio autem & apud iudicem pedaneum non nisi ad probandum & ad expediēdam eitius facti quæstionem. Planè sublato iam vsu impetrationis actionum, & iisdem Magistratibus, qui dant actiones, de facto quoq; cognoscentibus & pronunciantibus, partim iam aut nihil interest an fiat interrogatio ante litem contestatam, aut post, nec in qua parte litis dummodo permittente iudice aut iubente qui tamen nec permittere nec iubere aliter debet quàm si manifesta æquitate moueatur, id est si talis interrogatio sit quæ ad litis instructionem & decisionem maximè pertineat. Cuius tamen interrogationis exempla non satis accommodata sunt quæ adfert Accursius post Azonem de ciue Bononiensi qui petat lectum quē nesciat cui locauerit ex scholaribus, Et de præceptis quæ Bononiæ fiunt, cùm quæritur à debitore an debeat vt sic præceptum ei fiat. Fiunt enim ista ante ipsam quoque controuersiam non post litem contestatam. Extat insignis Bartoli ad hanc legem

repe-

repetitio, vt vocant, sed quę tota ad praxim non ad iuris scientiam referatur. Nos consultò prætermittimus quia non in Bartoli commentariis Rationalia scribimus, sed in Pandectas.

21. SCÆVOLA lib. 4. Digestorum.

PRocuratore Cæsaris ob debitum fiscale interrogante, vnus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, respondit se heredem esse. an quasi interrogatoria creditoribus cæteris teneatur? respondit, ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conueniri non posse.

Ad l. Procuratore vlt.

Ratio dubitandi. Filius qui nec bonorum patris accepit possessionem ab intestato Vnde liberi, necdum paternæ hereditati se immiscuit, ipso tamen iure est heres patris citra vllam aditionem, aut immixtionem *l. in suis 14. infr. de suis & legit.* Nec quòd se possit abstinere quicquam facit *l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis om. caus. testam.* Ergo si à procuratore Cæsaris ob debitum fiscale interrogatus filius in iure responderit se heredem esse hoc ipso se obligat omnibus hereditatis creditoribus, non interrogatoria & extraordinaria actione, sed ordinaria, & hereditaria, Tanquam qui bonis patris hoc ipso se immiscere videatur. Eum namque bonis patris se miscere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur *l. cum bonis 87. de acq. hered.* Extraneus autem nuda voluntate agnoscendo hereditatem, hoc ipso pro herede gerere diceretur *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ. l. si auia 6. C. de iur. delib.* Non igitur à solo procuratore Cæsaris qui eum interrogauit ob fiscale debitum sed etiam ab aliis creditoribus qui in iure non interrogarunt, ob alia quoque debita conueniri eum posse dicendum est. Atque ita sentientes vidi plerosque ex pragmaticis nostris, in eamque rem hac lege abutentes contra quos scripsimus in *Error. vlt. Dec. 2. de error. pragm.*

Dec. Tractat Scæuola in hac lege de filio, qui vt verba expressè habet, nec bonorum possessionem vllam iure Prætorio acceperat, nec iure ciuili heres erat, id est, vt interpretor, qui iure ipso heres esse tametsi maximè voluisset non poterat: siue quòd esset emancipatus vt ponit Accursius, siue, quod addo, factum esset à parte testamentum, sed in quo fuisset hic filius exheredatus, quę res impedit continuationem dominij *l. in suis 11. in fin. infr. de liber. & posthum.* cùm exheredati non minus quàm deportati mortuorum loco habeantur *l. 1. §. pen. de bonor. poss. contr. tabul. l. 1. §. sed etsi patruus infr. de coniung. cum emancip. liber. eius.* Aut etiam, si voles, institutus sed sub conditione potestatiua & promiscua, dato ei substituto, vel coherede, qui possit in condicionis defectum succedere, eodem filio in hunc casum exheredatu, vt in *l. suus quoque 4. in princ. infr. de hered. instit. l. filius 15. de cond. instit. l. Lucius 85. de condic. & demonstr.* His omnibus casibus certum est filium nec heredē esse nec esse posse: adeoq; nec heredis loco, quomodo esset si bonorum possessionem à Prætore accepisset *l. 2. infr. de bonor. poss. l. in condicionibus 19. §. si patronus de condic. & demonstr.* Ergo quantumuis respondeat se heredem, non ideò tamen alij se obligare potest quàm interroganti, cùm necesse sit delatam esse hereditatem, vt acquiri possit *l. delata 151. de ver. sig.* siue per aditionem, siue per gestionem pro herede & testificationē quamlibet voluntatis, quæ fiat etiam per agnitionem bonorum possessionis dummodo sit delata hereditas *leg. puberem 12.* quę sic intelligenda est *C. de iur. delib.* Planè quod ad ipsum procuratorem Cæsaris interrogantem pertinet, non dubitatur quin filius hic interrogatoria teneatur ex falsa sua responsione, quia quamuis nec heres sit nec esse possit in hoc casu, posset tamen aliquo casu esse, puta si non fuisset emancipatus aut exheredatus, aut sub conditione promiscua institutus. Vt proinde confessio hęc quamuis falsa, & ius tamen & naturam recipiat quomodo huiusmodi omnes confessiones recipere debere suprà dictum est in *l. confessionibus 13. & l seq. in fin. sup. hoc tit.* Aliud esset in filio suo herede qui se abstinuisset ac posteà interrogatus se heredem esse respondisset de quo in *l si filius 12. supr. eod.* Hic enim ex sua responsione obligaretur non tantùm interroganti sed etiam creditoribus cæteris tanquam qui abstinendi consilium quod primo ceperat retinere postea noluisset patrisque bona & hereditatem iam semel & ipso iure sibi quæsitam suscipere maluisset, quod vtrique facere pro suo iure potest vt pluribus docuimus ad *d. l. si filius.* Nec enim verendum est vt quis obiiciat Filium qui se abstinuit non posse ex post delicto obligari, vt in *l si seruum 71. §. vlt. inf. de acqu. hered.* Neque enim delictum aut mendacium vllum est sui heredis qui etiam post abstentionem interrogatus respondet se heredem, cùm re vera heres sit qui semel fuit, quamuis in eum vsque diem non haberetur à Prætore heredis loco. Malè autem Accursius noster quod hîc Scæuola scribit de actione interrogatoria sic explicat quasi sentiat de actione personali, quæ ex interrogatione quidem nata videatur, in hunc filium, sed quæ tamen verè nata sit ex contractu vel negotio habito à defuncto. Hoc enim falsum est. Cùm actio hæc merè sit interrogatoria & prætoria ac aliud præterea nihil. Nec enim ciuilis actio quæ contra defunctum aut etiam honoraria competebat, contra eum transire potest iure hereditario, qui neque heres sit neque bonorum possessor *l. vlt. & tot tit. C. de hered. action.* Idem Accursius malè hîc notat confessionem absente aduersario factā non valere ex *l. incertum 6. §. si quis absente infr. de confess.* Non enim tractat hîc Scæuola de confessione facta absente aduersario, sed de responsione facta præsenti aduersario & interroganti: Cætera, quæ tractat Accursius aut iam explorata aut satis cōfutata sunt in pręcedentibus, cum quibus & Bartolus consentit, & cum iis quæ nos suprà dicta Decade scripsimus ad hanc legem. Nam si is cui delata est hereditas interrogantis vel ab vno solo ex creditoribus hereditariis respondent se heredem, haud dubiè se obligat non modò interroganti sed cæteris quoque omnibus creditoribus, quantumlibet

absentibus & quidem hereditaria & ordinaria non interrogatoria & extraordinaria actione, quoniam hoc ipso pro herede gessisse videtur, quod facere non potuit quantum ad interrogantem duntaxat cùm hereditatis causa sit indiuidua. Repræsentat siquidem personam defuncti, quæ ipsa indiuidua est, vt sæpiùs docuimus.

DE QVIBVS REBVS AD EVNDEM IVDICEM EATVR.

TIT. II.

1. POMPONIVS lib. 13. ad Sabinum.

SI inter plures familiæ erciscundæ agetur, & inter eosdem communi diuidundo, aut finium regundorum: eundem iudicem sumendum præterea, quo facilius coire coheredes vel socij possunt, in eundem locum omnium præsentiam fieri oportet.

Ad l. Si inter 1.

Ratio dubitandi. Iudicia Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum sunt omnino diuersa & ad diuersos fines comparata, licèt vno nomine diuisoria dici soleant, quoniam in iudicio Finium regundorum agitur de regundis finibus fundorum iam diuisorum. In iudicio autem Familiæ erciscundæ De diuidenda hereditate, rebúsque hereditariis diuisibilibus & indiuisis, denique in iudicio Communi diuidundo de diuidendis rebus communibus, siue ex hereditaria causa, siue ex alia qualibet. Ergo separatim tractanda sunt & à diuersis iudicibus, ne alioquin & rerum & iudiciorum fiat confusio si simul & eodem tempore ac apud eundem iudicem tractentur. Singulis enim controuersiis actiones singulas sicuti sufficere visum est ob rationem positam in *l. singulis 6 infr. de except. rei iudi* Ita & præscribi debere, diuersosque iudices dari placuit, licèt inter eosdem litigatores agatur.

Dec. Cùm inter easdem personas plura ex his tribus iudiciis eodem tempore exercentur, licèt de aliis atque aliis rebus, diuersa quidem & separata remaneant iudicia, sed quæ tamen longè commodiùs apud eundem Iudicem tractari possunt & debent, quàm apud diuersos, Non ob primam illam rationem quam adfert Accursius, desumptam ex connexitate causæ, & ne continentia diuidatur, vt loqui solent pragmatici ex *l. nulli 10. C. de iudic.* Nec ob illam rursum, quam idem Accursius petat ex reconuentione, quæ scilicet iure isto vetere non nisi in eodem negotio locum habere poterat, vt neque ex Iustiniani constitutione in *l. cùm Papinianus 14. C. de sentent. & interlocut. omn. iudic.* quamuis ea lege Iustinianus recõuentionis ius valde ampliauerit, Sed multò magis *Nouell. 96. de executor. & de iis qui conuen. & reconuen. c. 2. §. illud quoque.* vnde sumpta est *Auth. & consequenter C. eod. ill. ti. de sentent. & interloc. omn. iudic.* Atqui non est idem negotium quod tractatur in iudiciis Familiæ erciscundæ, Communi diuidũdo, & Finium regundorum. Frustra ergo hîc de reconuentione tractat Accursius, sicut & alij de mutuis petitionibus, de quibus in *Tit. Decretalium* & in *l. 1. §. vlt. inf. quæ sentent. sin. appell. rescind. & in l. si idem 7. sup. de iurisd.* Non enim magis de mutua petitione quàm de reconuentione Pomponius hîc tractat, sed tantùm de tribus istis iudiciis inter eosdem propositis, etiam prouocante si voles vno, & eodem litigatore. Quo casu neque reconuentio, neque mutua petitio vlla est. Quid enim vetat vnum & eundem agere Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regũdorum, in eámque rem diuersos iudices contra eosdem aduersarios postulare? Et tamen illo etiam casu certum est remitti illos ad eundem Iudicem debere. An ergo quæ tertia Accursij ratio est absurditatis euitandæ gratia? quia posset fieri, inquit Accursius, quòd vnus aliter adiudicaret, quàm alius, vel aliter de præstationibus personalibus, vel denique aliter fines designaret, argu. *l. cognitio 8. §. si plures & l. si pariter 9. inf. de liber. caus. iunct. l. si vsumfructum 23. §. vlt. eo.* Verùm ne hoc quidem in huius legis specie dici potest. Nam dato alio iudice Familiæ erciscundæ, alio Communi diuidundo, alio denique Finium regundorum nihil tale verendum est cùm non sit ideò futurum vt de eadem re plures cognoscant & diuersa pronuncient, quomodo contingeret in supradictis legibus. Itaque non nego hanc esse vnam ex iustis causis, propter quas diuersa iudicia etiam inter diuersas partes ad eundem iudicem mitti debeant, ne diuersa & contraria pronuncientur, *dict. leg. singulis 6. de exception. rei iudic.* Sed dico nullam ex his rationibus accommodari posse ad sententiam huius legis. Vera igitur ratio, cur ad eundem iudicem mitti debeant litigatores qui tribus istis iudiciis contendunt, illa est, quòd ea sit iudiciorum istorum ratio vt sint duplicia & mista: id est vt in iis vterque actor sit & reus: Adeò vt nec mutua petitione aut reconuentione vlla opus sit ad hoc vt liceat iudici vtrumque litigatorem condemnare *l. in tribus 13. supr. de iudic. l. iudicium 10. supra Fin. regund. l. inter coheredes 44. §. qui familiæ supr. famil. ercisc. l. 2. §. 1. Commun. diuid.* quæ tamen res necessitatem reconuentionis in iudiciis simplicibus induxit *d. l. cùm Papinianus 14. Cod. de sentent. & interloc. omn. iudic.*

iudic. Cùm igitur vnus & idem sit actor & reus in eodem iudicio ex eadem formula & in vno eodémque iudicio, facilius sanè est, vt etiamsi inter easdem personas alia iudicia tractentur, idem in omnibus iudiciis iudex esse debeat, qui de vniuersis inter eos controuersiis cognoscat & pronunciet. Nam cùm vterque sit actor & reus, quid refert an de vna tantùm re an de pluribus litigent apud eundem iudicem siue agendo, siue defendendo, ac siue vnus tantùm ad agendum prouocet in omnibus iudiciis, siue vnus in vno, alius in alio? Neque verò negari potest quin omnibus litigatoribus id commodius longè futurum sit, quàm si de tribus iudiciis tres haberent iudices; Qua etiam de causa subiungit Pomponius, Ita eum locum remitti omnes litigatores debere in quem faciliùs coire socij vel coheredes possint, ibique omnium præsentiam fieri posse, id est, vt Accursius interpretatur, debere. Quamquã non desunt alij casus in quibus plures litigatores pluribus iudiciis non modò duplicibus sed etiam simplicibus contendentes ad eundem iudicem mitti oporteat: Ex aliis causis & rationibus siue iuris siue æquitatis, vt in *l. prox. infr. & d. l. 8. 9. & 23. §. vlt. de liberal. caus.* Quos ex rubrica hic posita Tribonianus sub hoc titulo meliùs collocasset. Nõ possum autem probare quod Azo apud Accursium verba illa huius legis *inter eosdem* sic interpretatur, vt pronomen *eosdem* denotet identitatem personarum, quæ agunt apud diuersos iudices Communi diuidundo, Non etiam vt repetat eos qui agunt Familiæ erciscundæ: Quasi verò duobus illis iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo si apud duos Iudices proponantur agi nõ possit coram eodem iudice, Multò minùs si quis velit etiam actionem tertiam cumulare Finium regundorum, sed tot oporteat esse iudices quot sunt diuersæ causæ agendi, Pro vna tamen causa habeatur, si quis iudicem accipiat Familiæ erciscundæ, aut Communi diuidundo & alius de iisdem rebus siue hereditariis siue aliis libellum alij Iudici porrigat. Quod certè pugnat euidenter cũ primis illis verbis huius textus *si inter plures familiæ erciscũdæ agatur, Et inter eosdem Communi diuidundo iudicio &c.* Quæ vt effugiat Accursius aut Azo potiùs, notat verius esse vt ponatur *&* pro *aut* ex *l. pen. Cod. de verb. signif. l. sæpe 53. de verbor. signific.* Cùm tamen in sequentibus disiunctio expressa sit, cùm addit Pomponius *aut finium regundorum* vt significet nihil interesse an inter plures agitur Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, An verò Familiæ erciscundæ aut Finium regundorum: Quamquam nec illud referre arbitror an plures velint eodem tempore diuersis iudiciis agere, Alij Familiæ erciscundæ, Alij Communi diuidundo, Alij Finium regundorum. Nam & tribus his iudiciis siue ab eodem litigatore propositis qui alios primus prouocet, siue ab omnibus simul, dico remitti omnes ad eundem Iudicem debere. Nec tantùm si pro eisdem rebus quæ prima fuit Azonis interpretatio sed etiamsi pro diuersis, Contrà quàm ponat Accursius qui hanc legem ad casum illum restringit, quo porrectus sit libellus ab vno contra reliquos coram diuersis Iudicibus, Cùm tamen lex nullomodo distinguat an ab vno tantùm propositus sit libellus contra cæteros omnes, an à pluribus inuicem litigaturis: Non magis quàm vtrum de iisdem rebus an de diuersis: Et sanè omnibus istis casibus eadem subest æquitas mittendi litigatores omnes ad eundem iudicem vt omnium vtilitati minore sumptuum & temporis incommodo atque iactura consulatur. Neque rursus videre possum quisnam huius tituli sensus vel vsus esse possit si cũ Azone, & Accursio intelligamus de eodem iudicij genere puta Familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo vel Finium regũdorum si fortè apud vnum Iudicem velit vnus ex condiuisoribus agere Communi diuidundo, Apud alium verò iudicem de aliis rebus itidem Communi diuidundo: Idemque circa iudicium Familiæ erciscundæ, aut Finium regundorum. Quis enim nescit accepto iudicio Communi diuidundo venire in iudicium res omnes corporales & communes quæ diuidi possunt, nisi de quibus nominatim actum estne veniant? *l. in iudicium 13. supr. Commun. diuid.* Quænam ergo materia superesse potest accipiendi, aut petendi iudicij alterius Communi diuidundo? nisi fortasse de illis rebus de quibus conuenerat ne in prius iudicium venirent? Alioqui sanè litis exceptio obstaret, neque permittendum esset vt de iisdem rebus duo iudicia Communi diuidundo acciperentur, cùm possit vnum sufficere *d. l. singulis 6. de except. rei iudic.* Quod vnum tamen cùm sit duplex eo sensu, quo diximus, quia in eo vterque actor, vterq; reus est, quid indiget ille contra quem acceptum est iudicium Communi diuidundo, vt aliud ei dictetur iudicium siue per viam reconuentionis siue per modum mutuæ petitionis cùm eo ipso iudicio quo conuenitur ab aduersario tanquam reus possit etiam quasi actor experiri: Idemque multò magis tractari potest in iudicio Familiæ erciscundæ quod non nisi de diuidendis rebus omnibus hereditariis diuisibilibus, & indiuisis accipiendum est, ita vt nihil debeat iudex & arbiter indiuisum relinquere, *l. heredes 25. §. index l. quadam mulier 41. supr. Famil. ercisc.* Necessariò igitur hic locus intelligendus est de duob. iudiciis inter eosdem acceptis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, siue altero dumtaxat prouocante in vtroque iudicio, siue vno in iudicio Familiæ erciscundæ, alio autem in iudicio Communi diuidundo. Quod autem dico de duobus intellige etiam de tribus si fortè, vt dixi, velint etiam iidem litigatores aut quidam ex ipsis agere Finium regundorum. Nam & iudicium illud ex duplicibus est. Non ergo idem erit propositis pluribus iudiciis aliis simplicibus licèt inter eosdem nisi in quibusdam casibus propriam suam rationem & æquitatem habentibus, vt in *l. prox. infr. & d. l. 8. 9. & 23. §. vlt. inf. de liber. caus.* Illud verò longè minùs ferre possum quod Bartolus & post eum cæteri legem hanc vulgo sic intelligunt vt in causis connexis plures licèt diuersi fori cogãtur apud eundem iudicem litigare. Quænam enim ista causarum connexitas est, si vnus agat Familiæ erciscundæ de rebus hereditariis diuidendis, Alius verò Communi diuidundo de rebus non hereditariis. Alius denique de fundi Corneliani finibus regendis? Non ergo causarum connexitas hoc facit sed iudiciorum similitudo, Nec illa quælibet, sed quòd hæc iudicia eius naturæ & conditionis sint vt in iis vterque sit actor & vterque reus. Quòd si cum Accursio & Azone intelligas Pomponium de vno tantùm iudicio, siue Familiæ erciscundæ siue Communi diuidundo, siue Finium regundorum quod inter plures tractetur apud diuersos iu-

dices, non tam erit connexitas causarum quæ hoc ius inducet, quàm vnitas potiùs causæ & iudicij. Vnicum enim est iudicium Communi diuidundo quod inter plures licèt de pluribus rebus exercetur, ideoque nec apud diuersos iudices exerceri vllo modo potest, vt suprà diximus ex *d.l.singulis 6.de except. rei iudic.* Quod autem addit Bartolus *licèt sint diuersi fori* magis ridiculum est. Non enim id Pomponius agit, vt inter eos qui agunt his tribus iudiciis tollat incompetentiam fori & iurisdictionis si fortè res hereditariæ quæ diuidendæ sunt iudicio Familiæ erciscundæ ad vnam iurisdictionem pertineant. Aliæ verò res communes ex alia causa quàm hereditaria ad aliam iurisdictionem spectent, quod his nostris temporibus quæ tam multas in eodem etiam ferè loco iurisdictiones patiuntur euenire facilè potest, & euenit quotidie, sed tantùm vt tollat pluralitatem iudicum, sed ab eo tamen datorum aut dandorum ad cuius iurisdictionem pertinuerit de rebus illis omnibus Iudices dare. Est enim iurisdictionis maximè iudicia dandi licentia *l.1.in fin.sup.de iurisdict.* Estque lex hęc explicanda secundum ius vetus Pandectarum quo Prætoris erat dare iudices litigatoribus post litem contestatam, sicut Præsidis in prouincia, Nec minùs in iudicio Familiæ erciscundę quàm Communi diuidundo, aut Finium regundorum si modò ad iurisdictionem eius qui dabat iudices, & res, & personæ litigatorum pertinerent. Cæterùm si poneres de actione Familiæ erciscundæ vnius esse iurisdictionem, de actione autem Communi diuidundo esse alterius, quis obsecro iudicem illum daret quem vnicum dandum esse hic scribit Pomponius? Nec enim aliud ait hæc lex quàm de omnibus his iudiciis iudicē vnum dari debere: quod proculdubio sic accipiendum est, vt non ab alio detur, quàm qui iurisdictionem competentem & iudicis dandi ius habeat: *l.cùm Prætor 12. in princip. & §.1.supr.de iudic.* Sed & cùm tres istæ actiones Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum sint personales, qui fieri potest, vt alterius fori sint litigatores quod ad vnam ex ipsis quàm quod ad aliam? Etsi enim fieri potest vt in alterius territorio sita sint bona quæ diuidenda sunt per actionem Communi diuidundo, quàm quæ per iudicium Familiæ erciscundæ aut Finium regundorum, nihil tamen refert vbi sita sint bona cùm agitur personali actione, quoniam actor semper sequitur forum rei nisi aliquid in contrarium habeat priuilegium *l.2.C.vbi & apud quem cauf. in integ. restit. agit. sit.* denique si verum est vt est quod pragmatici iactitant, Nullitatem nullitatum esse incompetentiam iurisdictionis *l.1. & tot. tit. Cod. si non compet. iudic. sent. lata sit.* Quis ferat eum qui ex aliena iurisdictione sit, ob id cogi eam subire, in iudicio fortè Communi diuidundo, aut Finium regundorum, quòd aduersarium qui alterius erat iurisdictionis, in sua vocauerit ad alium Magistratum ad accipiendum iudicium Familiæ erciscundæ? Idem nostrorum interpretum error est, qui putant priuilegium reconuentionis: itemque mutuæ petitionis illud esse vt tollat incompetentiam iurisdictionis. Quod certè falsum est. Tollit enim duntaxat incompetentiam iudicis dati, quem tamen ponendum semper est datum fuisse ab eo magistratu, qui competentem iurisdictionem habuerit ad eum dandum qui non aliquam ipse iurisdictionem habeat sed tantùm cognitionem & indicationem *Lau Prætor 5.infr.de re iudic.* Quid? inquies. Potéstne incompetens esse Iudex, qui datus est à Magistratu competentem iurisdictionem habente? Potest, nempe si velit de ea re cognoscere, de qua datus non est. Vt puta si actorem ipsum pro quo datus est velit condemnare in eo ipso negotio in quo datus fuit, quod in reconuentionibus & ob reconuentiones primus induxit Papinianus, Cuius sententiam laudat tantopere & auget Iustin. in *d.l.cùm Papinianus.* Vtputa si cùm à te peterem centum ex mutuo, tu ostenderis soluisse te mihi centum & quinquaginta, ideoque petas vt reddam tibi quinquaginta tanquam indebitè exacta. Etsi enim datus fuerat inter nos iudex vt te mihi non vt me tibi condemnaret, quia tamen idem est negotium, putabat Papinianus permittendum iudici, quamuis incompetenti, id est ad hanc rem non dato, vt me cōdemnet, te absoluendo: Iustinianus verò addidit, vt liceat huic iudici etiam contra actorem solum ferre sententiam, & aliquid eum dare facturúmve pronunciare, nulla ei opponenda exceptione quod non competens iudex agentis esse cognoscatur, vt scriptum est in *d. l. cùm Papinianus*, Vbi ratio additur, quòd cuius in agendo obseruat arbitrium, eundem habere & contra se in eodem negotio dedignari non debeat. Tollit igitur reconuentio incompetentiam iudicis dati, adeoque quod magis est, priuilegium fori, quod semper præsupponit competentiam iurisdictionis. Sed incompetentiam iurisdictionis nunquam tollit, Vt à nobis probatum est pluribus *lib. 20. Coniect. c.5.6. & 7. & ad l.non cogitur 22.supr.de iud.* Vnde petenda sunt alia quàm plurima, quæ ad totius huius Tituli explicationem pertinent.

a. PAPINIANVS lib. 2. Quæstionum.

CVm ex pluribus tutoribus vnus, quòd ceteri non sint idonei, conuenitur postulante eo, omnes ad eundem iudicem mittuntur. & hoc rescriptis principum continetur.

Ad l. Cùm ex pluribus 5.

Ratio dubitandi. Quamuis plures tutores tutelam administrauerint, vna tamen tutela est, ac proinde vnum, idemque iudicium contra tutores omnes siue sint idonei siue non sint, exercendum est, Ergo nec quæri oporteat an ad vnum & eundem iudicem mittendi sint, qui vno eodémque iudicio conueniuntur.

Dec. Cùm tutores plures vnam eandemque tutelam administrarunt licèt vna tutela sit, Tot sunt tamen actiones quot sunt tutores, quoniam inter eos diuiditur actio tutelę nec nisi pro virili sua parte conueniri quisque ex ipsis potest, scilicet si omnes soluendo sint & idonei *l. 1. §. nunc tractemus & seqq. infr. de tutel. & ration. distr.* Alioqui non nisi inter eos qui litis contestatę tempore idonei sunt diuidi actio potest, vt inter fideiussores *l.inter fideiussores 26. & seq. l.inter eos 51. § pen. infr. de fideiuss.* Ergo si ex pluribus tutoribus vnus solus conueniatur tanquam solus

solus idoneus, quòd alij negentur idonei, & soluẽdo, Ille verò contendat omnes esse idoneos vt habeat beneficium diuisionis, sicuti omnes ad iudicium euocandi sunt, vt sciatur an sint omnes idonei aut inter quos demùm diuidi actio debeat, Ita ad eundem iudicem mittendi sunt, vt Papinianus hîc scribit, & Principum rescriptis continetur: Non ratione illa quam ad legem præcedentem vsurpauimus sumpta ex natura iudiciorum duplicium (iudicium enim tutelæ vnicum & simplex est, licèt sit directum vnum & contrarium alterum) sed quoniam vna eadémque actionis causa, & vnum idémque negotium est, de quo proinde vnum & eundem iudicem cognoscere æquum est, Cùm ius tutoris qui solus & in solidum conuenitur, ex aliorum iure pendeat; Ita vt nec nisi præsentibus omnibus quos causa contingit de hac recognosci & pronunciari oporteat *l. de vnoquoque* 47. *inf. de re iud.* Ad Prætoris ergo officium pertinet qui de actione tutelæ iudicem dedit, vt si à tutore vrgeatur ad dandos iudices aduersus alios contutores, qui idonei negantur, det omnibus eundem iudicem, Itémque quomodo in specie legis præcedentis, vt in quem locum coire facilius contutores omnes possunt, in eundem locum præsentiam omnium fieri Prætor iubeat. Nam & rationes reddere & edere simul tutores omnes debent *l. si quis* 6. §. 1. *in fi. sup. de edend.* Nisi quatenus ex æquitate accommodatur illis beneficium diuisionis ne singuli in solidum reliqua præstare teneantur exemplo fideiussorum *d. §. nunc tractemus.* Aut quátenus vnus dumtaxat tutelam gessit aut plures non omnes *l. cùm interdicta* 6. *C arbitr. tutel. l.* 2. *C. si tut. vel cura. non gesser.* Alij sunt casus in quibus litigatores ad eundem iudicem similiter mittendi sunt, de quibus in *l. cognitio* 8. §. 1. *& l. seq. & l. si vsumfructum* 13. §. *vlt. de liber. caus.* qui casus specialem habent rationem quæ ex iisdem locis colligi facilè potest.

DE SERVO CORRVPTO.

TIT. III.

VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

AIt prætor: *Qui seruum, seruam, alienum, [a] alienam recepisse, persuasisséve quid ei dicetur dolo malo, quo eum, eam deteriorem faceret: in eum; quanti ea res erit, in duplum iudicium dabo.*

Ad l. Ait prætor 1.

Ratio dubitandi. Iam proposita erat actio legis Aquiliæ contra eum, qui alienum seruum corrupisset. Rupisse enim dixit lex Aquilia pro corrupisse, & sufficit quid corrumpere & mutare vt actio legis Aquiliæ locum habeat quasi de corrupto *l. si seruus seruum* 27. §. *inquit lex & seq. & §. item si quis frumento supr. ad leg. Aquil.* Ergo non erat cur Prætor actionem hanc de seruo corrupto induceret cùm posset sufficere actio legis Aquiliæ quæ & ipsa pœnalis est, & in duplum saltem contra inficiantem *l. contra negantem* 4. *C. de leg. Aquil.* Cur enim honorariam actionem desideret is qui habet ciuilem *l.* 1. *sup. de Public. in rem action.*

Dec. Lex Aquilia non habet locum nisi cùm quis suo corpore damnum alieno corpori dedit, Non etiam si quis animum serui nostri corruperit, siue recipiendo eum, id est refugium abscondendi causa ei præstando, siue persuadendo, id est eum sollicitando ad aliquid faciendum vel cogitandum improbè, vt Vlp. noster explicat in §. *quod autem & seq. inf. hac leg.* Pertinerit enim ista ad animum serui non ad corpus, & ideo sunt extra pœnam legis Aquiliæ. Nec quemadmodum corrupisse seruum dici potest qui corpus eius aliquid ex parte ruperit, Ita & rupisse videri debet, qui animum eius corruperit, quo deteriorem & vitiosiorem eum faceret. Necessaria igitur fuit hæc actio prætoria, per quam facinus hoc improbum vindicaretur, tantò seuerius, quantò grauius multò est animum serui nostri quàm corpus lædere, vt sunt iam per se proniora ad nequitiam seruilia ingenia *l. si quis seruum* 9. §. *vlt. inf.* Itaque datur hæc actio in duplum omnimodo contra corrumpentem, id est quamuis confitentem, cùm tamen actio legis Aquiliæ non detur in duplum nisi contra inficiantem *l. dolo* 5. §. *hac actio inf.* In duplo tamen simplum inest, Non enim totum duplum extra rem est sed quod damnum datum est duplatur *l. vt tantùm* 14. §. *in hac actione inf.* Præter id quòd hæc actio licèt non sit famosa turpis tamen est vel solo suo nomine vt & condictio furtiua *l. nec quicquam* 56 *inf. Pro socio.*

1 ¶ Qui bona fide seruum emit, hoc edicto non tenebitur: quia nec ipse poterit serui corrupti agere [a]: quia nihil eius interest seruum non corrumpi. & sanè, si quis hoc admiserit, eueniet, vt duobus actio serui corrupti competat. quod est absurdum. Sed nec eum, cui bona fide [b] homo liber seruit, hanc actionem posse exercere opinamur.

Ad §. 1. Qui bona fide.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor dominus non est, neque verò domini loco habetur nisi quantum ad fructus *l. bona fidei* 48. *de acquir. rer. do-*

min. Quidni ergo etiam actione ista De seruo corrupto tenebitur sicut extraneus quilibet, cùm etiam lege Aquilia teneatur? *l. si eo tempore 38. sup. ad leg. Aquil.* Nam & ratio quę statim affertur ab Vlpiano *quia nec ipse poterit serui corrupti agere* euidenter mala est, cùm vt notat Accursius, extraneus corrumpens teneatur hac actione, qui tamen ea experiri non posset. Denique cur permittimus bonæ fidei possessori, vt corrumpat animum serui mei, cuius corpus nullomodo posset lædere & corrumpere, quin lege Aquilia teneretur?

Dec. Non videtur cadere posse in bonæ fidei possessorem vt dolo malo seruum quamuis alienum corrumpat siue recipiendo siue persuadendo dolo malo, cùm se putet esse dominum, sicuti de domino serui communis recepti scribit Vlpianus idem noster in *l. si quis seruum 9. infr. hoc tit.* Requirit enim Prætor dolum malum quem sibi ipsi inferre nemo potest, quamuis metum etiam sibi inferre quis possit, *l. si mulier 21. in princip. supr. quod met. caus.* Mirum ergo non est hoc edicto non teneri eum qui bona fide seruum emit. Aliáque ratio est legis Aquiliæ quę datur etiam contra bonę fidei possessorem *d. l. si eo tempore.* Nempe quia, vt benè obseruat Accursius, actio legis Aquilię datur ex qualibet culpa etiam leuissima. *l. in lege 44. sup. eo. tit.* In culpa autem est bonæ fidei possessor qui alienum seruum etiam quem suum esse putat, occidit & vulnerat: quo nomine ipse etiam dominus teneretur, si alius contra eum posset agere, ac ni actio legis Aquiliæ solius domini fauore comparata esset. At cùm bonę fidei possessor tale quid fecit etiam sine dolo malo, & dum re sua se abuti putat, quod neque extra culpā est, *§. 1. instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* non deest persona cui actio hæc accommodari possit, Persona scilicet domini, cui facta iniuria, damnúmque illatum est *l. non solùm 13. sup. de rei vind.* Si tamen seruus tibi bona fide seruiens alium corrupetit, non dubitatur quin noxali actione ex eius persona tenearis *l. doli 5. §. si seruus inf. hoc tit. l. bona fide 10. cum duab. seqq. sup. de noxal. action.* Aliud enim est teneri bonæ fidei possessorem de seruo corrupto ex propria persona in solidum & in duplum. Aliud verò ex persona serui noxaliter, & cum noxæ deditione.

a *Quia nec ipse poterit serui corrupti agere.* Malo legere *quin* pro *quia.* Nec enim ratio hæc defendi vllomodo potest, vt iam diximus. Nec si dicas eum Accursio, Non posse illum agere insolidum quomodo ageret dominus, sed tantùm ratione operarum & damni dati non ratione proprietatis: sicut euenit, inquit, in vsufructuario *l. si quis seruum 9. §. si in seruo inf. eo.* Quasi verò si posset bonæ fidei possessor agere serui corrupti insolidum & ratione proprietatis, consequens statim esset vt eiusdem serui nomine teneretur de seruo corrupto, vt euenit in duobus dominis seruum communem habentibus si ab alterutro eorum corruptus sit *d. l. si quis seruum.* In quo certè fallitur. Alia enim ratio est bonæ fidei possessoris, qui se bona fide dominum solum & in solidum esse putat, alia verò fructuarij qui si scit se esse fructuarium scit etiam alienum seruum esse in quo habet vsumfructum, cùm nemo re sua vtifrui possit iure seruitutis *l. vti frui 5. sup. si vsusfr. petat.* Alia item dominorum seruum communem habentium qui si sciunt communem, non ignorant esse pro parte alienum *l. illud 46. de rit. nupt. l. seruie-lectione 5. §. 1. & l. seq. de legat. 1.* Proindè nec mirum est agere illos & conueniri De seruo corrupto, Dominum quidem directa si dolo malo seruum communem corruperit. Vsufructuarium verò saltem vtili *d. l. si quis seruum in fine principij & §. 1.* At bonæ fidei possessor quia se dominum esse credit & quidem solum, & in solidum, non alio iure hac parte censeri potest, quàm verus dominus, vt tantum ei prosit bona fides quantum ipsa veritas, quoniam lex impedimento non est ex regula *l. bona fides 136. de regul. iur.* Hactenus scilicet ne actione ista conueniri possit. Quidni ergo, inquies, hac ipsa ratione permittimus illi etiam agere? Hæc enim ratio dubitandi afferri potest ad hunc versiculum. Sed respondendum est legem esse impedimento, aut, quod effectu & potestate idem est, edictum Prętoris, ex quo nimirum datur hæc actio domino, cuius negari non potest quin maximè ac potissimùm intersit. Proinde si quis admitteret, Etiam bonæ fidei possessori hanc actionem dandam esse, eueniret sanè vt duobus eum in solidum competere dicendum esset, Domino scilicet & bonæ fidei possessori. Quod esset absurdum. Vnā enim duntaxat actionē vnius tantùm corruptelæ nomine proposuit Prætor quæ non nisi semel & ab vno exerceri possit. Illud tamen subobscurum est, quod huius sententiæ rationem illam Vlpianus adferat *quia nihil interest bonæ fidei possessoris seruum non corrumpi.* Etsi enim fatendum est nihil eius interesse ratione proprietatis quam non habet, vt interpretatur Accursius. An non tamen ipsius interest ratione operarum & damni dati si quod fortè ex illa serui corruptione contigerit durante bonæ fidei possessione? Atque ita Accursius tandem concludit, exemplo eius quod de fructuario scriptum est in *d. l. si quis seruum §. 1.* Etiam fructuario vtilem hanc actionem competere, quia videatur eius interesse bonæ frugi seruum esse in quo habet usumfructum. Mihi tamen videtur Vlp. in hoc §. apertè contrà sentire, cùm simpliciter & absolutè denegat hanc actionem bonæ fidei possessori, adiecta etiam ratione illa quòd nihil eius intersit. Alioquin absurdum illud semper eueniet quod Vlpianus ferre non potest vt serui corrupti actio duobus detur. Bonæ fidei quidem possessori pro operis & damno dato. Ipsi autem domino ratione proprietatis. Dices fortasse, Absurdum non esse vt duo habeāt actionem hanc, dum ne insolidum singuli, sed diuersis respectibus. Nam & sic Azo ratiocinatur apud Accursium, cùm ait posse duos socios actionem hanc habere contra tertium, item duos dominos non socios ratione serui communis *dict. l. si quis seruum 9. infr.* Verùm repeto, quod iam dixi diuersam esse rationem bonæ fidei possessoris, qui alio existente domino, non magis pro domino haberi hac in re potest, quàm verus esse dominus, & quem ponimus non esse amplius bonæ fidei possessorem eo tempore quo fit locus quæstioni, An bonæ fidei possessori dari hæc actio debeat an domino, Dominum enim aliquem non solùm esse, sed etiam apparere, & quis ille sit sciri necesse est vt actionem petere & exercere possit. Statim atque autem constat de domino, deficit ius bonæ fidei possessoris *l. bonæ fidei 48. § an contrarium infr. de acquir. rer. domin.* Et cùm præteritæ duntaxat vtilitatis non etiam præsentis aut futuræ æstimatio in hoc iudicio versetur *l. præterita 6. & l. Neratius 11. in princip. infr. hoc tit.* Con-

Digitized by Google

tit. Consequens est vt quamuis corruptus sit seruus eo tempore, quo adhuc bona fide possidebatur, actio tamen de illo corrupto nó bonæ fidei possessori dari debeat, qui tum se dominum credebat, sed domino qui actionis petitæ tempore dominus esse non negatur. Alioqui si dares actionem hanc bonæ fidei possessori ratione operarum & damni quod propter corruptionem durante bona fide contigisset, vt vult Accursius. Quæro cuiusnam vtilitatis æstimatio fieri posset ratione proprietatis pro domino? Itaque procedit etiam hoc casu argumentum Vlpiani, quòd si bonę fidei possessori daretur hæc actio, necesse esset dari eam duobus in solidum, & quidem eodem respectu, id est ratione eiusdem vtilitatis, præteritæ scilicet quæ sola venit in hanc actionem: quod planè absurdum esset. Cęterùm si antequàm appareat verus dominus, corrumpatur apud bonæ fidei possessorem seruus, qui eius esse creditur, nemo dubitat quin huiusmodi actione vti possit quasi decepto Prætore qui hunc dominum esse putat eùm non sit. Habebit tamen actionem non tanquam bonæ fidei possessor sed tanquam dominus, & vt ita dixerim, occasione magis, quàm iure, vt loquitur *l. 2. inf. de rivis.*

b *Sed nec eum cui bona fide.* Ratio dubitandi. Is cui liber homo bona fide seruit, non tantùm idem iuris habet ex persona huius liberi hominis quod habebis, qui alienum seruum possidet bona fide *l. liber homo 19. inf. de acquir. rer. domin,* sed etiam hoc amplius quod alium neminem habet qui cum eo possit concurrere, quomodo bonæ fidei possessor habet concurrentem dominum, quem ei præferri æquum est, vt modò dicebamus. Liber enim homo nec habet dominum vllum, nec habere potest, ne quidem seipsum *l. liber homo 13. sup. ad leg. Aquil.* Itaq; verendum nó est ne hic absurdum illud sequatur, etiamsi actionem serui corrupti huic dederimus, quod euenturum diximus si eadem actio bonæ fidei possessori accommodaretur; Vt nimirum duobus in solidum actio illa competeret. Cui enim hic alij competeret, quàm ei qui liberum hominem possidet bona fide?

Dec. Qui liberum hominem bona fide possidet, dominus tamen eius non est, cùm liberi hominis neque dominium, neque commercium vllum sit. Hæc autem actio à Prætore comparata non est nisi in fauorem domini, cuius seruus corruptus est, vt constat ex verbis illis edicti *qui seruum seruamve alienum alienámve recepisse &c.* quæ verba procul dubio sicut in liberum hominem non cadunt, quantumuis bona fide seruientem, quia seruus non est (aliud siquidem est *seruire*, aliud *seruum esse*. Illud facti, hoc iuris est) ita neque in eum cui liber homo bona fide seruiat.

2 ¶ Quod autem prætor ait, *Recepisse*, ita accipimus: si susceperit seruum alienum ad se, & eum propriè recipere, refugium abscondendi causa seruo præstare, vel in suo agro, vel in alieno loco, ædificióve.

Ad §. 2. Quod autem.

Interpretatur Vlpianus in hoc §. verbum *recepisse* quo vsus est Prætor in edicto, vt & in §. *seq.* verbum *persuadere*. Ait autem recepisse videri eum, qui susceperit seruum alienum ad se venientem scilicet abscondendi eius causa. Nam vt subiicit, *recipere* propriè nihil aliud est in hoc edicto quàm refugiũ abscondendi causa seruo præstare vel in suo agro vel in alieno loco ædificio ve. Quo nomine etiam legis Fabiæ de plagiariis crimen incurritur *l. 2. l. eum qui 9. C. ad leg. Fab. de plagiar.* Alio lógè sensu sumitur verbum hoc in *Tit. de recept. qui arbit. recep. & Tit. Naut. caupon. stabul. recep. vt restit.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt quis alieno seruo etiam abscondendi eius causa refugium præstet, nec tamẽ seruum corrumpat. Quid enim si quis vt omnino custodiret recepit, vel humanitate vel misericordia ductus, fortè aduersus sæuitiam immoderatam domini? Vtiq; non tenebitur de seruo corrupto *l. doli 5. in princ. inf. hoc. tit.* Ergo vel manca vel falsa diffinitio est.

Dec. Ideò nimirum Prætor in Edicto addidit *dolo malo*, vt appareat doli verbum etiam ad eum qui recepit, referendum esse, vt non alius teneatur nisi is, qui dolo malo recepit *d. l. doli in princ.* puta vt seruo author esset vel adiutor fugæ instruendæ, vt in *d. l. eum qui.*

3 ¶ Persuadere autem est plus, quàm compelli, atque cogi sibi parere, sed persuadere τῶν μέσων ἐστίν, *id est, ex mediis (scilicet verbis) est.* nam & bonum consilium quis dando potest suadere, & malum. & ideo prætor adiecit, *Dolo malo: quo eum deteriorem faceret.* neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid seruo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem. qui igitur seruum sollicitat ad aliquid vel faciendum, vel cogitandum improbè, hic videtur hoc edicto notari.

Ad §. 3. Persuadere.

Mallem huius verbi diffinitionem sic concipere, vt Persuadere sit plusquàm compellere atq; cogere sibi parere. Qui enim persuadet non compellitur neq; cogitur, sed compellit & cogit, & quidem sibi parere. Monet autem Vlpianus hoc verbum esse medium, & ex iis quæ Græci τὰ μέσα vocant, id est anceps ad bonum & ad malum. Potest enim quis persuadere etiam bonum consilium dando, & malum. Ideoq; inquit Prætor adiecit *dolo malo quo eum deteriorem faceret*: quoniam actio est ex delicto: Non delinquit autem nisi qui tale aliquid seruo persuadet, ex quo faciat eum deteriorem; quod contingit si eum sollicitet ad aliquid improbè faciendum vel cogitandum. Dolo autem adiecit Prætor etiam malum quia dolus quidam est bonus qui laude magis quàm pœna dignus est. *l. 1. supr. de dolo malo.* Dolus bonus nihil nisi solertia, Malus autem calliditas est. Sic & consilium duplicis generis esse potest, aliud bonum, aliud fraudulentum *l. consilij 47. infr. de reg. iur.* Itaque ex duplici sensu verbi *persuadere* petenda dubitandi ratio est, decidendi autem ex adiectione illa *dolo malo*. Notandus tamẽ est casus singularis *l. si quis seruo 20. C. de furt.* vbi Iustinian. dat actionem non tantum furti sed etiam serui corrupti contra eum qui seruum corrumpere

conatus est quamuis non corruperit seruo manifestante hoc domino si modò ad iniquum huius suasionis authorem res perlatæ sint. Semper enim requiritur factum secutum esse vt malum consilium noceat *l. sæpe 53. §. vltim. de verb. signif.*

4 ¶Sed vtrùm ita demum tenetur, si bonæ frugi seruum perpulit ad delinquẽdum, an verò & si malum hortatus est, vel malè monstrauit, quemadmodum faceret? & est verius, etiam si malo monstrauit, in quem modum delinqueret, teneri eum. Immò & si erat seruus omnimodo fugiturus[a], vel furtum facturus, hic verò laudator huius propositi extitit, tenetur. non enim oporter laudando augeri malitiam. Siue ergo bonum seruum fecerit malum siue malum fecerit deteriorem: corrupisse videbitur.

Ad §. 4. Sed vtrum.

Ratio dubitandi. Seruus qui iam malus est, non corrumpitur nec malus fit per dolosam corruptoris persuasionem. Ergo non debet hoc edicto teneri is qui malum seruum hortatus est aut malo iam homini monstrauit, quemadmodum faceret ac delinqueret, sed is demùm qui bonæ frugi seruum pepulit ad delinquendum.

Dec. Nihil interest, quod ad hoc Edictum pertinet, an quis bonum alterius seruum faciat malũ, an eum qui iam malus fit peiorem, per continuationem malitiæ, & consuetudinem delinquendi. Vtroque enim casu deterior fit seruus, quàm esset anteà & quidem dolo malo persuadentis. Ergo & vtroque casu locus est edicto. Quisquis enim iam malus est si non corrigatur vt melior fiat, peior in dies fit ac deterior pro naturali hominum in peius propensione. Hoc verò magis indubitatum est in eo qui seruo iam malo monstrauit quemadmodũ delinqueret. Plerisque enim malis hominibus, etiam quibus peccandi animus non deest, ingenium tamen deest, si non ab alio aut subministretur, aut acuatur.

a *Immo etsi erat seruus omnimodo fugiturus.* Ratio dubitandi. Is qui malum seruum & omnimodo fugiturum aut furtum facturum hortatus est, ad fugiendum aut ad furtum faciendum non potest videri eum corrupisse aut ad delinquendũ hortatus esse, multoq; minùs monstrasse seruo quemadmodum delinqueret, quamuis malum hoc propositum laudauerit. Ergo non debet ille teneri hoc edicto sed is demùm cuius dolo malo persuasus est seruus vt tale quid faceret quod alioqui facturus nõ fuisset.

Dec. Crescit, inquiunt, laudata virtus. Et ita est quamuis non sine periculo vanæ gloriæ quæ ex laudis titillatione nasci plerunque solet. Cuius periculi effugiendi gratia nihil laudabilius est in eo qui laudari mereatur, quàm laudari nolle. Sed longè magis crescit laudatum vicium. Itaque facit improbè, qui mali hominis malitiam laudãdo auget, corrumpitq; sine dubio cùm facit eum deteriorem. Denique tametsi malus hic seruus omnimodo fugiturus, aut furtum facturus fuerit, non eo minùs tamẽ teneri debet is qui malum ipsius propositum laudauit, quia non propter serui delictum punitur, sed propter suum proprium *l. qui seruo 36. inf. de furt. l. non solum 11. §. Proculus de iniur.* Neque enim delictum aut pœna vnius pœnam alterius minuere debet *l. 1. inf. de priuat. delict.* Illud sanè semper exigitur vt furtum factum sit, aut vt seruus fugerit & quidem incontinenti non ex interuallo ad hoc vt de seruo corrupto agi possit *l. sæpe 53. §. vlt. de verb. signific.* iunct. *leg. in hoc iudicio eo. & leg. sequent. infr. hoc tit.*

5 ¶Is quoque deteriorem facit, qui seruo persuadet, vt iniuriam faceret, vel furtum, vel fugeret, vel alienum seruum vt sollicitaret, vel vt peculium intricaret, aut amator existeret, vel erro, vel malis artibus esset deditus, vel in spectaculis nimius vel seditiosus, vel si actori suasit verbis, siue pretio, vt rationes dominicas intercideret, adulteraret, vel etiam vt rationem sibi commissam turbaret.

Ad §. vlt. Is quoque.

Hic § vix vllam habet dubitandi rationem. Nec enim quisquã dubitat quin deterior fiat seruus qui persuadetur vt alicui iniuriam faciat, vel furtũ, vel fugiat, vel vt alienum seruum sollicitet ad fugam aut ad aliquod scelus, vel vt domini sui peculium intricet ne facilè explicari possit, aut vt amator & luxuriosus existat vel erro (ita enim legendum est vt Florentiæ non vt apud Accursium) vel malis artibus deditus. Hæc enim omnia & cætera quæ in hoc §. & in *l. seq.* adiiciuntur, mala sunt, & delicta, quæ qui facit malus est, aut si iam malus erat peior certè fit & deterior, & consequenter corrumpitur seruus qui vt talia perpetret ab alio persuadetur.

2. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

VEl furiosum, vel contumacem fecit: quíve vt stuprum pateretur, persuadet.

Ad l. Vel furiosum 2.

Sunt hæc alia exempla delictorum quæ si seruo persuadeãtur fiat ille proculdubio deterior, adeóque peior, deterior quidem omnimodo etiamsi furiosus factus sit. Peior verò si contumax & qui honesta & licita iubẽte domino obtemperare nolit, cui iungendus & ille est qui alterius instinctu ad infamã idum dominum quasi sæuum & crudelem ad statuam confugerit: de quo in *l. in eum 5. inf. de extraor. cri minib.* Item si ab aliquo persuasus sit seruus vt stuprum vel perpetraret vel pateretur quod omnium fœdissimum scelus est. De masculo enim seruo Paulus hîc loquitur non de ancilla, vt malè quamuis honestiùs interpretatur Accurs. Nec enim honesta interpretatio honestam quoq; huius legis sententiam sed generaliorem debuit restringere & corrumpere. Exemplo eius quod scriptum est in *l. possessor 52. sup. de hered. petit.* Facilè tamen assentior Cuiacio qui Triboniano melius facturum fuisse scribit si sceleris huius non meminisset.

3. Vl-

3. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

DOlo malo adiecto calliditatē notat prætor eius: qui persuadet. cæterùm, si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur. &, si lusus gratia fecit, non tenetur.

Ad l. Dolo malo 3.

Ratio dubitandi. Lusus quoque noxius in culpa est *l. nam lusus 10. supr. ad leg. Aquil.* Et magis effectus rei inspiciendus est, eùm de damno illato & faciendo agitur, quàm animus facientis, quia semper verum est eum dedisse damnū qui damni caussam dedit *l. qui occidit 10. §. in hac quoque actione eod. ill. tit.*

Dec. Prætor hoc edictum proposuit ad puniendam calliditatem eius qui persuadet aliquid seruo alieno quo faciat eum deteriorem, Ideoq; adiecit verba illa *dolo malo* vt eam calliditatem notaret siue seruus in corpore siue in animo damnum aliquod senserit *l. si quis seruum 9. §. vlt. inf. hoc tit.* At lusus noxius licèt in culpa sit, in dolo tamen non est. Non enim serò fit quod per lusum & iocum fit *l. 3. §. vlt. inf. de oblig. & action.* Ergo si quis lusus gratia aut quo alio modo sine dolo malo deteriorem alienum seruum fecerit hoc edicto non tenebitur. Vel ob id maximè quod eùm hoc edictum sit pœnale non facilè extendendum est nec adiuuandum interpretatione, sed potiùs restringendum *l. cùm quidam 19. infr. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de cond. & demonst.* Tenebitur sanè is qui per lusum nocuit vtili saltem lege Aquilia, vt subueitur in *l. seq.* iunct. *d. l. nam lusus.*

1 ¶ Vnde quæritur[a], si quis seruo alieno suaserit in tectum ascendere, vel in puteum descendere, & ille parens ascenderit, vel descenderit, & ceciderit, crúsque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur: & si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur: si dolo malo, tenebitur.

Ad §. 1. Vnde.

a *Vnde quæritur.* Ratio dubitandi. Qui seruo alieno suadet in tectum ascendere vel in puteum descendere, potuit & debuit præuidere fieri posse vt ascendendo vel descendendo crus frangeret, vel quid aliud, aut etiam periret. Debet igitur ei imputari vt hic quoque hoc edicto teneatur, arg. *l. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* Cùm hoc edictum detur de omni damno quod siue in corpore, siue in animo serui contigerit *d. l. si quis seruum §. vlt.* vt omne damnum dupletur *l. in hoc 10. inf.*

Dec. Adhibenda omnino distinctio est, an dolo malo id factum sit necne, si dolo malo tenebitur qui hæc fecit, sin minùs non tenebitur: quia hoc edictum adiecit mentionem doli mali, vt notaret calliditatem eius qui alieno seruo quid persuadet. Neque tamen impunitum est tale factum vt nec inculpatum, quia datur in eum vtilis actio legis Aquiliæ *l. prox. infr.*

4. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

SEd commodius est, vtili lege Aquilia eum teneri.

Ad l. Sed commodius 4.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non minùs est pœnalis, quàm quæ ex hoc edicto datur §. *hu autem verbis Instit. de leg. Aquil. leg. inde Neratius 23. §. hanc actionem sup. eod. ill. tit.* Ergo qui ea fecit, de quibus in *l. prox.* dictum est non magis vtili actione legis Aquiliæ teneri debet quàm ex hoc edicto. Præsertim cùm actio legis Aquiliæ eum duntaxat puniat qui corpore suo damnum dedit *l. ita vulneratus 51. & pass. eod. tit.* Hic autem non corpore suo sed animo & persuasione damnum dedit.

Dec. Est quidem vtraque hæc actio pœnalis sed in eo dissimilis condicionis quod Prætor in hoc edicto punit dolum malum duntaxat: Lex autem Aquilia etiā culpam quamlibet, id est leuissimam quoque *l. in lege 44. eod. ill. tit.* In suprascriptis autem casibus negari non potest quin aliqua culpa sit, licèt dolus nullus interueniat, cùm lusus quoque noxius in culpa sit *l. nam lusus 10. eod. tit.* & imputare sibi debeat qui ista persuasit si non prospexerit euenire posse vt seruus qui in tectum ascenderet, aut in puteum descenderet, periret aut crus vel quid aliud frangeret. Ideoq; locus esset etiam directæ actioni legis Aquiliæ si non animo sed corpore damnum hoc datum esset. At quia non corpore sed animo datum est, ad vtilem actionem legis Aquiliæ recurrimus deficiente directa §. *cæterùm Instit. de leg. Aquil.* Sed & in eo differt actio legis Aquiliæ ab actione, quæ hoc edicto datur quod pro rebus tantùm corruptis siue animatis, siue inanimatis locum habet lex Aquilia siue directa, siue vtilis, Actio autem ex hoc edicto non aliter quàm si animus quoq; corruptus sit, quamuis eo casu damnum omne dupletur tam quod in corpore quàm quod in animo serui & in rebus quas secum ipse abstulit datum est, vt benè Accursius post Azonem hìc notat ex *d. l. si quis seruum 9. §. vlt. & l. seq. inf.*

5. VLPIANVS libro 23. ad Edictum.

DOli verbum etiam ad eum, qui recepit, referendum est: vt non alius teneatur, nisi qui dolo malo fecerit. ceterùm si quis[a], vt domino custodiret, recepit, vel humanitate, vel misericordia ductus, vel adprobata atque iusta ratione: non tenebitur.

Ad l. nam & mali serui 7.

Continet etiam hæc lex rationem specialem eius quod dixerat Vlpianus in fine legis præcedentis, Semel natam actionem serui corrupti non extingui manumissione. Videbatur enim facilius, vt manumissione quàm vt alienatione vel morte serui corrupti aut recepti extingueretur, Quasi per manumissionem deleatur omnino memoria præteritæ corruptionis, & delictorum omnium, quæ seruus ob corruptionem perpetrauit, Cùm non alij soleant manumitti quàm quos paterfamilias probos & frugi ac de se bene meritos habet, dignosq; qui summum illud humanæ condicionis bonum libertatem pro præmio accipiant, Moriantur autem etiam malè meriti, atque vt plurimùm alienentur indigni, & quibus dominus infestus est. Quæ sanè specialis ad illum locum ratio dubitandi erat circa manumissionem. Sed decidendi ratio illa fortior est quam hîc Vlpianus ipse adfert, quod etiam mali serui aliquando consequantur libertatem si fortè & malus sit ipse dominus, qui malos seruos amet, & ad delinquendum propensiores. Quæ tamen res non adimit ei actionem quam dat Prætor aduersus corruptorem. Sed & fieri facilè potest, vt malus seruus posteà emendatus & factus probior benè de domino mereatur, atque ita iustam nouamq; ei tribuat manumissionis rationem: quæ res nihil commune habet cum delicto eius qui hunc seruum anteà dolo malo receperat vel corruperat, vt aliquam possit ei præbere excusationem ne de seruo corrupto teneatur.

8. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

SEd & heres eius, cuius seruus corruptus est, habet hanc actionem, non solùm si manserit in hereditate seruus, sed & si exierit, fortè legatus.a

Ad l. Sed & heres 8.

Ratio dubitandi. Hæc actio pœnalis est ab initio quoque cùm detur in duplum etiam aduersus confitentem *l. doli 5. §. hæc actio supr.* Actiones autem pœnales non magis heredi quàm in heredem dantur *l. penult. supr. de in ius vocand. l. 4. supr. de calumniat.*

Dec. Distinguendæ sunt actiones merè pœnales à mixtis, id est quę saltem ex parte actoris persecutionem rei continent. Quæ enim sunt huiusmodi dantur heredi licet non dentur in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, quia scilicet interest heredis *l. penult. in fin. supr. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. 1. §. vlt. inf. Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est l. 3. § pen. inf. si mens. fals. mod. dixer. §. non autem. vers. sed heredibus Instit. de perpet. & tempor. action.* Atqui actio hæc De seruo corrupto est huius generis. Etsi enim pœnalis est nō solùm ex parte rei qui ob suum delictum conuenitur, itemq; ex parte actoris quatenus datur vltra simplum. Est tamen rei persecutoria ad simplum vsque, Et ideò cùm sit hoc respectu mista, non potest negari quin heredis intersit, qui tantò locupletiorem hereditatem nunc haberet si seruus corruptus aut receptus damnum defuncto nō dedisset. Proinde danda est actio hæc heredi, quamuis in heredem non detur, quia ex parte rei pœnalis est *l. hac actio 13. inf. hoc tit.*

a *Sed etsi exierit, fortè legatus.* Ratio dbitandi. Non potest dari hęc actio heredi alio colore quàm quia eius intersit, vt modò diximus, Nec rursum potest ipsius interesse nisi ratione hereditatis *l. heres 22. de vsucap. l. 1. §. Scæuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ponimus autem seruum hunc qui corruptus & receptus fuit exiisse de hereditate, quia fuerit legatus. Est enim legatum delibatio hereditatis *l. legatum est 116. de legat. 1.* Et tam citò facit rem legatam legatarij atque hereditas facit heredis cæteras res singulas *l. legatum 80. de legat. 2.* Ergo cùm legatus est seruus qui corruptus fuit aut receptus, actio de seruo corrupto non heredi dāda est sed legatario qui eum seruum penes se habet. Maximè verò cùm in re legata legatarius quodammodo heredis loco habeatur *l. id tempus 4. §. 1. inf. de vsucap.*

Dec. Hæc actio ad tempus illud præteritum refertur quo seruus corruptus aut receptus fuit *l. 5. §. vlt. supr.* nec nisi præteritæ vtilitatis æstimationem continet *l. 6. sup.* Non igitur inspiciendum est cuius hodie sit seruus qui legatus est, sed cuius fuerit eo tempore quo receptus vel corruptus est. Atqui tunc erat defuncti, cuius personam hodie non legatarius sed heres repræsentat, locupletiorem habiturus hereditatem si corruptus seruus non fuisset. Nam damnum illud præteritum quod per corruptionem contigit, non legatario nocuit sed heredi, qui tantò minùs reperit in hereditate. In actione furti aliud est, Competit enim legatario non heredi vt & alij cuilibet domino, si fortè dominium rei subtractæ quacunque ratione mutatum fuerit, vt Paulus loquitur in *l. si dominium 47. infr. de furt.*

9. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

SI quis seruum communem, meum & suum, corruperit: apud Iulianum libro nono Digestorum quæritur, an hac actione teneri possit. & ait, teneri cum socio, prætereà poterit & communi diuidundo a & pro socio, si socij sint, teneri, vt Iulianus ait. Sed cur deteriorem b facit Iulianus cōdicionem socij, si cum socio agat, quàm si cum extraneo agit? nam qui cum extraneo egit siue recepit, siue corruperit, agere potest: qui cum socio, sine alternatione, id est, si corrupit nisi fortè non putauit Iulianus, hoc cadere in socium. nemo enim suum recipit. Sed si celandi animo recepit: potest de[ce]ndi, teneri eum.

Ad l. Si quis seruum 9.

[Rat]io dubitandi. Hac actione non tenetur nisi is qui seruum alienum corrupit *l. 1. & to. hoc t.* Atqui seruus communis neutri dominorum est alienus *l. illud*

l. illud 46. versic. quia libertam eius esse negari non potest licet alterius quoque sit iusf de rit. nupt. Ergo non potest socius socio teneri De seruo corrupto, Præsertim cùm eo nomine possit inter eos locum habere actio Pro socio, si socij sint, aut Communi diuidundo si non sint socij; vt in hac ipsa lege scriptum est si modò legamus quomodo in Pand. Florent. *Et ait teneri eum socio, Præterea poterit & Communi diuidundo, & Pro socio si socij sint, teneri.* Atque ita sanè legendum est, non quomodo apud Accursium, *Et ait teneri cum Pro socio si socij sint. Præterea poteris & Communi diuidundo teneri.* Vnde occasionem sumit Accursius existimandi nihil ab Vlpiano & Iuliano hic responderi ad propositam quæstionem, An vnus ex dominis serui communis teneatur De seruo corrupto. Quamuis non malè concludat teneri enim quemadmodum etiam furti tenetur & lege Aquilia si in re communi damnum dederit *l. sed si ex causa 47. §. 1. inf. Pro socio l. sed & eo nomine 10. sup. de noxal. act.*

a *Præterea poterit & Communi diuidundo.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *l. sed & eo nomine 10. sup. de noxal. act.* vbi eadem sententia proponitur, Posse socium cum socio agere si seruum communem deteriorem fecerit, quemadmodum cum alio quolibet qui rem communem deteriorem fecisset: Vt intelligamus dari hanc actionem etiam contra socium & condiuisorem in duplum, Alioqui nō daretur quomodo contra extraneum, qui vtique in duplum tenetur etiamsi confiteatur *l. 1. §. 5. § hac actio sup. eod.* Quamuis enim inter eos agitur etiam ob id quod seruus communis ab vno ipsorum deterior factus sit, siue iudicio Communi diuidundo, siue Familiæ erciscundæ, siue denique pro socio cùm socij fuerunt, non nisi in simplum detur actio *l. & puto 16. §. sed & si dolo & §. vlt. cum l. seq. sup. famil. ercisc. l. 3. l. item quamuis 17. in princ. & l. seq. sup. Commun. diuid.* Non fauore personarum, quod malè quidam putant arg. *l. vltim. inf. hoc tit.* sed quoniam actiones illæ nullomodo pœnales sed tantùm rei persecutoriæ sunt.

b *Sed cur deteriorem.* Ratio dubitandi. Cum socio aut alio condiuisore, qui rem communem dolo malo deteriorem fecit, perinde agi potest de seruo corrupto atque cum extraneo, vt proximè diximus ex *l. sed & eo nomine 10. sup. de noxal. action.* Atque eum extraneo agi potest actione ista non modò si seruum corruperit, qui casus est huius legis, sed etiam si dolo malo eum receperit *l. 1. sup.* Ergo non debuit Iulianus receptum seruum hac parte distinguere à corrupto, vt corrupti tantùm, non etiam recepti serui nomine vnus ex dominis ab alio conueniri possit. Hoc enim est quod Vlpianus noster significat illis verbis, *Nam qui eum extraneo agit siue receperit, siue corruperit agere potest. Qui verò cum socio sine alternatione, id est si corruperit.*

Dec. Dissimilis hac parte ratio est socij & extranei, hoc est quod ad receptum seruum attinet. Nam extraneus alienum seruum tam facile dolo malo recipere potest quàm corrumpere. At socios seruum communem, quem & suum possit verè dicere *d. l. illud 46. de ru. nupt. l. 5. §. vlt. & l. 6. inf. de legat. 1.* celare dolo malo non facilè potest & recipere, quia vix quisquam hoc sensu suum recipit, Corrumpere tamen perindè ac alienum dolo malo potest. Si tamen constaret vnum ex dominis dolo malo seruum recepisse vt socio noceret, dicendum esset, etiam hoc nomine illum teneri. Sed exigenda erit ampla probatio huius doli, quia in his quæ se habent per se indifferenter quale hoc est, credendus est quilibet vti iure suo potiùs quàm delinquere, ac ío socij necem abuti voluisse *l. meritò 51. inf. pro socio.* Neque aliter Iulianum existimasse credendum est, quamuis Accurs. contrà putet. Numquam enim malitiis indulgendum est, nec cuique permittendum vt prætextu communionis alij noceat. Etsi contra Iuliani siue distinctionem siue conclusionem illud valde facit, quod etiam inter extraneos non alius tenetur recepti serui nomine quàm qui dolo malo eum celauit abscondendi causa *l. 1. §. quod autem supr.* doli autem probationes semper clarissimæ esse debent *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat. l. dolum 6. C. de dolo.* Quænam ergo hac parte potest esse inter socium & extraneum differentia, Aut ad quem casum restringi?

1 ¶Si in seruo ego habeam vsumfructum, tu proprietatem: si quidem à me sit deterior factus, poteris mecum experiri: si tu id feceris, ego agere vtili actione possum. ad omnes enim corruptelas hæc actio pertinet: & interesse fructuarij videtur bonæ frugi seruum esse, in quo vsumfructum habet. Et si fortè alius eum receperit, vel corruperit, vtilis actio fructuario competit.

Ratio dubitandi. Vsusfructus in plerisque partis dominij, & portionis instar obtinet *l. 4 l. si Titio fructus 33. §. 1. supr. de vsuf. l. cùm filium 76. §. dominus de leg. 1. l. qui vsumfructum 58. inf. de verb. oblig.* Ergo non debuit hic casus de fructuario & proprietario, quotum alteruter in seruo fructuario damnum dederit, ab illo distingui, de quo proximè dictum est, de seruo communi quem alteruter dominorum vel corruperit, vel receperit: ac proinde separandus erit secundum Iuliani sententiam seruus receptus à corrupto, Vt corrupti quidem nomine fructuarius proprietario teneri debeat, aut contrà, proprietarius fructuario, at non æquè nomine serui corrupti. Aut si quis contrà sentiat quod verissimum sanè est, vsumfructum in iure non in parte consistere licèt emolumentum rei contineat *l. Meuium 66. § fundo de legat. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* Cur damus hanc actionem fructuario quæ à Prætore non datur, nisi domino *l. 1. supr.* Denique si fructuarius dominus est, cur contra eum damus proprietario actionem corrupti serui fructuarij? Si verò dominus non est, vt certe non est *l. falsus 43. in fin. infr. de furt.* Cur ei damus hanc actionem contra dominum, quæ non datur nisi domino? Et tamen in hoc §. concludit Vlpianus & fructuarium teneri proprietario actione hac directa, & fructuario proprietarium aliúmve extraneum quemlibet actione ista vtili.

Dec. Fructuarius neque dominus est, neque domino hac parte comparandus, cùm ab extraneo conueniatur. Itaque directa actione conueniri potest, sicut & alius extraneus quilibet. Eadémque

abſentibus & quidem hereditaria & ordinaria non interrogatoria & extraordinaria actione, quoniam hoc ipſo pro herede geſſiſſe videtur, quod facere non potuit quantum ad interrogantem duntaxat cùm hereditatis cauſa ſit indiuidua. Repræſentat ſiquidem perſonam defuncti, quæ ipſa indiuidua eſt, vt ſæpiùs docuimus.

DE QVIBVS REBVS AD EVNDEM IVDICEM EATVR.

TIT. II.

1. POMPONIVS lib. 13. ad Sabinum.

SI inter plures familiæ erciſcundæ agetur, & inter eoſdem communi diuidundo, aut finium regundorum: eundem iudicem ſumendum præterea, quo facilius coire coheredes vel ſocij poſſunt, in eundem locum omnium præſentiam fieri oportet.

Ad l. Si inter 1.

Ratio dubitandi. Iudicia Familiæ erciſcundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum ſunt omnino diuerſa & ad diuerſos fines comparata, licèt vno nomine diuiſoria dici ſoleant, quoniam in iudicio Finium regundorum agitur de regundis finibus fundorum iam diuiſorum. In iudicio autem Familiæ erciſcundæ De diuidenda hereditate, rebúſque hereditariis diuiſibilibus & indiuiſis, denique in iudicio Communi diuidundo de diuidendis rebus communibus, ſiue ex hereditaria cauſa, ſiue ex alia qualibet. Ergo ſeparatim tractanda ſunt & à diuerſis iudicibus, ne alioquin & rerum & iudiciorum fiat confuſio ſi ſimul & eodem tempore ac apud eundem iudicem tractentur. Singulis enim controuerſiis actiones ſingulas ſicuti ſufficere viſum eſt ob rationem poſitam in *l. ſingulis 6. infr. de except. rei iudi.* Ita & præſcribi debere, diuerſoſque iudices dari placuit, licèt inter eoſdem litigatores agatur.

Dec. Cùm inter eaſdem perſonas plura ex his tribus iudiciis eodem tempore exercentur, licèt de aliis atque aliis rebus, diuerſa quidem & ſeparata remaneant iudicia, ſed quæ tamen longè commodiùs apud eundem iudicem tractari poſſunt & debent, quàm apud diuerſos, Non ob primam illam rationem quam adfert Accurſius, deſumptam ex connexitate cauſæ, & ne continentia diuidatur, vt loqui ſolent pragmatici ex *l. nulli 10. C. de iudic.* Nec ob illam tertium, quam idem Accurſius petat ex reconuentione, quæ ſcilicet iure iſto vetere non niſi in eodem negotio locum habere poterat, vt neque ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. cùm Papinianus 14. C. de ſentent. & interlocut. omn. Iudic.* quamuis ea lege Iuſtinianus reconuentionis ius valde amplianerit, Sed multò magis *Nouell. 96. de executor. & de iis qui conuen. & reconuen. c. 2. § illud quoque.* vnde ſumpta eſt *Auth. & conſequenter C. eod. ill. 11. de ſentent. & interloc. omn. Iudic.* Atqui non eſt idem negotium quod tractatur in iudiciis Familiæ erciſcundæ, Communi diuidũdo, & Finium regundorum. Fruſtra ergo hîc de reconuentione tractat Accurſius, ſicut & alij de mutuis petitionibus, de quibus in *Tit. Decretalium* & in *l. 1. § vlt. inf. quæ ſentent. ſin. appell. reſcind. & in l. ſi idem 7. ſup. de iuriſd.* Non enim magis de mutua petitione quàm de reconuentione Pomponius hîc tractat, ſed tantùm de tribus iſtis iudiciis inter eoſdem propoſitis, etiam prouocante ſi voles vno, & eodem litigatore. Quo caſu neque reconuentio, neque mutua petitio vlla eſt. Quid enim vetat vnum & eundem agere Familiæ erciſcundæ, Communi diuidundo, & Finium regũdorum, in eámque rem diuerſos iudices contra eoſdem aduerſarios poſtulare? Et tamen illo etiam caſu certum eſt remitti illos ad eundem Iudicem debere. An ergo quæ tertia Accurſij ratio eſt abſurditatis euitandæ gratia? quia poſſet fieri, inquit Accurſius, quòd vnus aliter adiudicaret, quàm alius, vel aliter de præſtationibus perſonalibus, vel denique aliter fines deſignaret, argu. *l. cognitio 8. § ſi plures & l. ſi pariter 9. inf. de liber. cauſ.* iunct. *l. ſi vſumfructum 23. § vlt. eo.* Verùm ne hoc quidem in huius legis ſpecie dici poteſt. Nam dato alio iudice Familiæ erciſcundæ, alio Communi diuidundo, alio denique Finium regundorum nihil tale verendum eſt cùm non ſit ideò futurum vt de eadem re plures cognoſcant & diuerſa pronuncient, quomodo contingeret in ſupradictis legibus. Itaque non nego hanc eſſe vnam ex iuſtis cauſis, propter quas diuerſa iudicia etiam inter diuerſas partes ad eundem iudicem mitti debeant, ne diuerſa & contraria pronuncientur, *dict. leg. ſingulis 6. de exception. rei iudic.* Sed dico nullam ex his rationibus accommodari poſſe ad ſententiam huius legis. Vera igitur ratio, cur ad eundem iudicem mitti debeant litigatores qui tribus iſtis iudiciis contendunt, illa eſt, quòd ea ſit iudiciorum iſtorum ratio vt ſint duplicia & miſta: id eſt vt in iis vterque actor ſit & reus: Adeò vt nec mutua petitione aut reconuentione vlla opus ſit ad hoc vt liceat iudici vtrumque litigatorem condemnare *l. in tribus 13. ſupr. de iudic. l. iudicium 10. ſupra Fin. regund. l. inter coheredes 44. § qui familiæ ſupr. famil. erciſc. l. 2. § 1. Commun. diuid.* quæ tamen res neceſſitatem reconuentionis in iudiciis ſimplicibus induxit *d. l. cùm Papinianus 14. Cod. de ſentent. & interloc. omn. Iudic.*

iudic. Cùm igitur vnus & idem sit actor & reus in eodem iudicio ex eadem formula & in vno eodemque iudicio, facilius sanè est, vt etiamsi inter easdem personas alia iudicia tractentur, idem in omnibus iudiciis iudex esse debeat, qui de vniuersis inter eos controuersiis cognoscat & pronunciet. Nam cùm vterque sit actor & reus, quid refert an de vna tantùm re an de pluribus litigent apud eundem iudicem siue agendo, siue defendendo, ac siue vnus tantùm ad agendum prouocet in omnibus iudiciis, siue vnus in vno, alius in alio? Neque verò negari potest quin omnibus litigatoribus id commodius longè futurum sit, quàm si de tribus iudiciis tres haberent iudices; Quae etiam de causa subiungit Pomponius, In eum locum remitti omnes litigatores debere in quem faciliùs coire socij vel cohæredes possint, ibique omnium præsentiam fieri posse, id est, vt Accursius interpretatur, debere. Quamquã non desunt alij casus in quibus plures litigatores pluribus iudiciis non modò duplicibus sed etiam simplicibus contendentes ad eundem iudicem mitti oporteat: Ex aliis causis & rationibus siue iuris siue æquitatis, vt in *l. prox. infr. & d. l. 8. 9. & 23. §. vlt. de liberal. caus.* Quos ex rubrica hîc posita Tribonianus sub hoc titulo meliùs collocasset. Nõ possum autem probare quod Azo apud Accursium verba illa huius legis *inter eosdem* sic interpretatur, vt pronomen *eosdem* denotet identitatem personarum, quæ agunt apud diuersos iudices Communi diuidundo, Non etiam vt repetat eos qui agunt Familiæ erciscundæ: Quasi verò duobus illis iudiciis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo si apud duos iudices proponantur agi nõ possit coram eodem iudice, Multò minùs si quis velit etiam actionem tertiam cumulare Finium regundorum, sed tot oporteat esse iudices quot sunt diuersæ causæ agendi, Pro vna tamen causa habeatur, si quis iudicem accipiat Familiæ erciscundæ, aut Communi diuidundo & alius de iisdem rebus siue hereditariis siue aliis libellum alij iudici porrigat. Quod certè pugnat euidenter cũ primis illis verbis huius textus *si inter plures familiæ erciscũdæ agatur, Et inter eosdem Communi diuidundo iudicio &c.* Quæ vt effugiat Accursius aut Azo potiùs, notat verius esse vt ponatur *&* pro *aut* ex *l. pen. Cod. de verb. signif. l. sæpe 53. de verbor signific.* Cùm tamen in sequentibus disiunctio expressa sit, cùm addit Pomponius *aut finium regundorum* vt significet nihil interesse an inter plures agitur Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, An verò Familiæ erciscundæ aut Finium regundorum: Quanquam nec illud referre arbitror an plures velint eodem tempore diuersis iudiciis agere, Alij Familiæ erciscundæ, Alij Communi diuidundo, Alij Finium regundorum. Nam & tribus his iudiciis siue ab eodem litigatore propositis qui alios primus prouocet, siue ab omnibus simul, dico remitti omnes ad eundem iudicem debere. Nec tantùm si pro eisdem rebus quæ prima fuit Azonis interpretatio sed etiamsi pro diuersis, Contrà quàm putat Accursius qui hanc legem ad casum illum restringit, quo porrectus sit libellus ab vno contra reliquos coram diuersis Iudicibus, Cùm tamen lex nullomodo distinguat an ab vno tantùm propositus sit libellus contra cæteros omnes, an à pluribus inuicem litigaturis: Non magis quàm vtrum de iisdem rebus an de diuersis: Et sanè omnibus istis casibus eadem subest æquitas mittendi litigatores omnes ad eundem iudicem vt omnium vtilitati minore sumptuum & temporis incommodo atque iactura consulatur. Neque rursus videre possum quisnam huius tituli sensus vel vsus esse possit si cũ Azone & Accursio intelligamus de eodem iudicij genere puta Familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo vel Finium regũdorum si fortè apud vnum Iudicem velit vnus ex condiuisoribus agere Communi diuidundo, Apud alium verò iudicem de aliis rebus itidem Communi diuidundo: Idemque circa iudicium Familiæ erciscundæ, aut Finium regundorum. Quis enim nescit accepto iudicio Communi diuidundo venire in iudicium res omnes corporales & communes quæ diuidi possunt, nisi de quibus nominatim actum est ne veniant? *l. in iudicium 13. supr. Commun. diuid.* Quænam ergo materia superesse potest accipiendi, aut petendi iudicij alterius Communi diuidundo? nisi fortassè de illis rebus de quibus conuenerat ne in prius iudicium venirent? Alioqui sanè litis exceptio obstaret, neque permittendum esset vt de iisdem rebus duo iudicia Communi diuidundo acciperentur, cùm possit vnum sufficere *d. l. singulis 6. de except. rei iudic.* Quod vnum tamen cùm sit duplex eo sensu, quo diximus, quia in eo vterque actor, vterq; reus est, quid indiget ille contra quem acceptum est iudicium Communi diuidundo, vt aliud ei dicetur iudicium siue per viam reconuentionis siue per modum mutuæ petitionis cùm eo ipso iudicio quo conuenitur ab aduersario tanquam reus possit etiam quasi actor experiri: Idemque multò magis tractari potest in iudicio Familiæ erciscundæ quod non nisi de diuidendis rebus omnibus hereditatis diuisibilibus, & indiuisis accipiendum est, ita vt nihil debeat iudex & arbiter indiuisum relinquere, *l. heredes 25. §. index l. quadam mulier 41. supr. Famil. ercisc.* Necessariò igitur hic locus intelligendus est de duob. iudiciis inter eosdem acceptis Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo, siue altero dumtaxat prouocante in vtroque iudicio, siue vno in iudicio Familiæ erciscundæ, alio autem in iudicio Communi diuidundo. Quod autem dico de duobus intellige etiam de tribus si fortè, vt dixi, velint etiam iidem litigatores aut quidam ex ipsis agere Finium regundorum. Nam & iudicium illud ex duplicibus est. Non ergo idem erit propositis pluribus iudiciis aliis simplicibus licèt inter eosdem nisi in quibusdam casibus propriam suam rationem & æquitatem habentibus, vt in *l. prox. infr. & d. l. 8. 9. & 23. §. vlt. inf. de liber caus.* Illud verò longè minùs ferre possum quod Bartolus & post eum cæteri legem hanc vulgo sic intelligant vt in causis connexis plures licèt diuersi fori cogãtur apud eundem iudicem litigare. Quænam enim ista causarum connexitas est, si vnus agat Familiæ erciscundæ de rebus hereditariis diuidendis, Alius verò Communi diuidundo de rebus non hereditariis. Alius denique de fundi Corneliani finibus regendis? Non ergo causarum connexitas hoc facit sed iudiciorum similitudo, Nec illa quælibet, sed quòd hæc iudicia eius naturæ & conditionis sint vt in iis vterque sit actor & vterque reus. Quòd si cum Accursio & Azone intelligas Pomponium de vno tantùm iudicio, siue Familiæ erciscundæ siue Communi diuidundo, siue Finium regundorum quod inter plures tractetur apud diuersos iu-

dices, non tam erit connexitas causarum quæ hoc ius inducet, quàm vnitas potiùs causæ & iudicij. Vnicum enim est iudicium Communi diuidundo quod inter plures licèt de pluribus rebus exerceatur, ideoque nec apud diuersos iudices exerceri vllo modo potest, vt suprà diximus ex *d.l.singulis 6.de except.rei iudic.* Quod autem addit Bartolus *licèt sint diuersi fori* magis ridiculum est. Non enim id Pomponius agit, vt inter eos qui agunt his tribus iudiciis tollat incompetentiam fori & iurisdictionis si fortè res hereditariæ quæ diuidendæ sunt iudicio Familiæ erciscundæ ad vnam iurisdictionem pertineant, Aliæ verò res communes ex alia causa quàm hereditaria ad aliam iurisdictionem spectent, quod his nostris temporibus quæ tam multas in eodem etiam ferè loco iurisdictiones patiuntur euenire facilè potest, & euenit quotidie, sed tantùm vt tollat pluralitatem iudicem, sed ab eo tamen datorum aut dandorum ad cuius iurisdictionem pertinuerit de rebus illis omnibus iudices dare. Est enim iurisdictionis maximè iudicis dandi licentia *l.1.in fin.sup.de iurisdict.* Estque lex hęc explicanda secundum ius verus Pandectarum quo Prætoris erat dare iudices litigatoribus post litem contestatam, sicut Præsidis in prouincia, Nec minùs in iudicio Familiæ erciscundę quàm Communi diuidundo, aut Finium regundorum si modò ad iurisdictionem eius qui dabat iudices, & res, & personæ litigatorum pertinerent. Cæterùm si poneres de actione Familiæ erciscundæ vnius esse iurisdictionem, de actione autem Communi diuidundo esse alterius, quis obsecro iudicem illum daret quem vnicum dandum esse hic scribit Pomponius? Nec enim aliud ait hæc lex quàm de omnibus his iudiciis iudicẽ vnum dari debere: quod proculdubio sic accipiendum est, vt non ab alio detur, quàm qui iurisdictionem competentem & iudicis dandi ius habeat: *l.cùm Prætor 12. in princip. & §.1.supr.de iudic.* Sed & cùm tres istæ actiones Familiæ erciscundæ, Communi diuidundo, & Finium regundorum sint personales, qui fieri potest, vt alterius fori sint litigatores quod ad vnam ex ipsis quàm quod ad aliam? Etsi enim fieri potest vt in alterius territorio sita sint bona quæ diuidenda sunt per actionem Communi diuidundo, quàm quæ per iudicium Familiæ erciscundæ aut Finium regundorum, nihil tamen refert vbi sita sint bona cùm agitur personali actione, quoniam actor semper sequitur forum rei nisi aliquid in contrarium habeat priuilegium *l.2.C.vbi & apud quem caus. in integ. restit. agit. sit.* denique si verum est vt est quod pragmatici iactitant, Nullitatem nullitatum esse incompetentiam iurisdictionis *l.1. & tot. tit. Cod si à non compet. iudic. sent. lata sit.* Quis ferat eum qui ex aliena iurisdictione sit, ob id cogi eam subire, in iudicio fortè Communi diuidundo, aut Finium regundorum, quòd aduersarium qui alterius erat iurisdictionis, in ius vocauerit ad alium Magistratum ad accipiendum iudicium Familiæ erciscundæ? Idem nostrorum interpretum error est, qui putant priuilegium reconuentionis: itemque mutuæ petitionis illud esse vt tollat incompetentiam iurisdictionis. Quod certè falsum est. Tollit enim duntaxat incompetentiam iudicis dati, quem tamen ponendum semper est datum fuisse ab eo magistratu, qui competentem iurisdictionem habuerit ad eum dandum qui non aliquam ipse iurisdictionem habeat sed tantùm cognitionem & iudicationem *l.aut Prætor 5.infr.de re iudic.* Quid? inquies. Potéstne incompetens esse iudex, qui datus est à Magistratu competentem iurisdictionem habente? Potest, nempe si velit de ea re cognoscere, de qua datus non est. Vt puta si actorem ipsum pro quo datus est velit condemnare in eo ipso negotio in quo datus fuit, quod in reconuentionibus & ob reconuentiones primus induxit Papinianus, Cuius sententiam laudat tantopere & auget Iustin. in *d.l.cùm Papinianus.* Vtputa si cùm à te peterem centum ex mutuo, tu ostenderis soluisse te mihi centum & quinquaginta, ideoque petas vt reddam tibi quinquaginta tanquam indebitè exacta. Etsi enim datus fuerat inter nos iudex vt te mihi non vt me tibi condemnaret, quia tamen idem est negotium, putabat Papinianus permittendum iudici, quamuis incompetenti, id est ad hanc rem non dato, vt me cõdemnet, te absoluendo: Iustinianus verò addidit, vt liceat huic iudici etiam contra actorem solum ferre sententiam, & aliquid eum daturum facturúmve pronunciare, nulla ei opponenda exceptione quod non competens iudex agentis esse cognoscatur, vt scriptum est in *d.l.cùm Papinianus*, Vbi ratio additur, quòd cuius in agendo obseruat arbitrium, eundem habere & contra se in eodem negotio dedignari non debeat. Tollit igitur reconuentio incompetentiam iudicis dati, adeoque quod magis est, priuilegium fori, quod semper præsupponit competentiam iurisdictionis. Sed incompetentiam iurisdictionis nunquam tollit, Vt à nobis probatum est pluribus *lib. 20. Coniect.c.5.6.& 7.& ad l.non cogitur 22.supr.de iud.* Vnde petenda sunt alia quàm plurima, quæ ad totius huius Tituli explicationem pertinent,

2. PAPINIANVS lib.2. Quæstionum.

CVm ex pluribus tutoribus vnus, quòd cæteri non sint idonei, conuenitur postulante eo, omnes ad eundem iudicem mittuntur. & hoc rescriptis principum continetur.

Ad l. Cùm ex pluribus 5.

Ratio dubitandi. Quamuis plures tutores tutelam administrauerint, vna tamen tutela est, ac proinde vnum, idemque iudicium contra tutores omnes siue sint idonei siue non sint, exercendum est, Ergo nec quæri oportet an ad vnum & eundem iudicem mittendi sint, qui vno eodémque iudicio conueniuntur.

Dec. Cùm tutores plures vnam eandemque tutelam administrarunt licèt vna tutela sit, Tot sunt tamen actiones quot sunt tutores, quoniam inter eos diuiditur actio tutelę nec nisi pro virili sua parte conueniri quisque ex ipsis potest, scilicet si omnes soluendo sint & idonei *l. 1. §. nunc tractemus & seqq. infr. de tutel. & ration. distr.* Alioqui non nisi inter eos qui litis contestatę tempore idonei sunt diuidi actio potest, vt inter fideiussores *l. inter fideiussores 26. & seq l. inter eos 51. § pen. infr. de fideiuss.* Ergo si ex pluribus tutoribus vnus solus conueniatur tanquam

solus

ſolus idoneus, quòd alij negentur idonei, & ſoluẽdo, Ille verò cootendat omnes eſſe idoneos vt habeat beneficium diuiſionis, ſicuti omnes ad iudicium euocandi ſunt, vt ſciatur ao ſint omnes idonei aut inter quos demùm diuidi actio debeat, Ita ad eundem iudi em mittendi ſunt, vt Papinianus hîc ſcribit, & Principum reſcriptis contineti: Non ratiooe illa quam ad legem præcedentem vſurpauimus ſumpta ex natura iudiciorum duplicium (iudiciom enim tutelæ vnicum & ſimplex eſt, licèt ſit directum vnum & coortariom alterum) ſed quoniam vna eadémque actioois caoſa, & vnum idémque negorium eſt, de quo proinde vnum & eundem iudicem cognoſcere æquum eſt, Cùm ius tutoris qui ſolus & in ſolidum conuenitur, ex aliorum iure peodeat; Ita vt nec niſi præſentibus omnibus quos cauſa contingit de hac recognoſci & prononciati oporteat *l. de vnoquoque 47. inf. de re iud.* Ad Prætoris ergo officium pertinet qui de actiooe tutelæ iudicem dedit, vt ſi à tutore vrgeatur ad dandos iudices aduerſus alios contutores, qui idonei negantur, det omnibus eundem iudicem, Itémque quomodo in ſpecie legis præcedentis, vt in quem locum coire facilius contutores omnes poſſunt, in eundem locum præſentiam omnium fieri Prætor iubeat. Nam & rationes reddere & edere ſimul tutores omnes debent *l. ſi quis 6. §. 1. in fi. ſup. de edend.* Niſi quatenus ex æquitate accommodatur illis beneficium diuiſionis ne ſinguli in ſolidum reliqua præſtare teneantur exemplo fideiuſſorum *d. §. nunc tractemus.* Aut quatenus vnus dumtaxat tutelam geſſit aut plures non omnes *l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel. l. 2. C. ſi tut. vel cura. non geſſer.* Alij ſunt caſus in quibus litigatores ad eundem iudicem ſimiliter mittendi ſunt, de quibus in *l. cognitio 8. §. 1. & l. ſeq. & l. ſi vſumfructum 23. §. vlt. de liber. cauſ.* qui caſus ſpecialem habeot rationem quæ ex iiſdem locis colligi facilè poteſt.

DE SERVO CORRVPTO.

TIT. III.

VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

AIt prætor: *Qui ſeruum, ſeruam, alienum, [a] alienam recepiſſe, perſuaſiſſéve quid ei dicetur dolo malo, quo eum, eam deteriorem faceret: in eum; quanti ea res erit, in duplum iudicium dabo.*

Ad l. Ait prætor 1.

Ratio dubitandi. Iam propoſita erat actio legis Aquiliæ contra eum, qui alienum ſeruum corrupiſſet. Rupiſſe enim dixit lex Aquilia pro corrupiſſe, & ſufficit quid corrumpere & mutare vt actio legis Aquiliæ locum habeat quaſi de corrupto *l. ſi ſeruus ſeruum 27. §. inquit lex & ſeq. & §. item ſi quis frumento ſupr. ad leg. Aquil.* Ergo non erat cur Prætor actiooem hanc de ſeruo corrupto induceret cùm poſſet ſufficere actio legis Aquiliæ quæ & ipſa pœnalis eſt, & in duplum ſaltem contra inficiantem *l. contra negantem 4. C. de leg. Aquil.* Cur enim honorariam actionem deſideret is qui habet ciuilem *l. 1. ſup. de Public. in rem action.*

Dec. Lex Aquilia oon habet locum niſi cùm quis ſuo corpore damnum alieno corpori dedit, Non etiam ſi quis animum ſerui noſtri corruperit, ſiue recipiendo eum, id eſt refugiom abſcondendi cauſa ei præſtando, ſiue perſuadendo, id eſt eum ſollicitando ad aliquid faciendum vel cogitandum improbè, vt Vlp. noſter explicat in *§. quod autem & ſeq. inf. hac leg.* Pertinerit enim iſta ad animum ſerui non ad corpus, & ideo ſunt extra pœnam legis Aquiliæ. Nec quemadmodum corrupiſſe ſeruum dici poteſt qui corpus eius aliquid ex parte ruperit, Ita & rupiſſe videri debet, qui animum eius corruperit, quo deteriorem & vicioſiorem eum faceret. Neceſſaria igitur fuit hæc actio prætoria, per quam facinus hoc improbum vindicaretur, tantò ſeuerius, quantò grauius multò eſt animum ſerui noſtri quàm corpus lædere, vt ſunt iam per ſe proniora ad nequitiam ſeruilia ingenia *l. ſi quis ſeruum 9. §. vlt. inf.* Itaque datur hæc actio in duplum omnimodo contra corrumpentem, id eſt quamuis confitentem, cùm tamen actio legis Aquiliæ non detur in duplum niſi contra inficiantem *l. doli 5. §. hac actio inf.* In duplo tamen ſimplum ineſt, Non enim totum duplum extra rem eſt ſed quod damnum datum eſt duplatur *l. vt tantùm 14. §. in hac actione inf.* Præter id quòd hæc actio licèt non ſit famoſa turpis tamen eſt vel ſolo ſuo nomine vt & condictio furtiua *l. nec quicquam 56 inf. Pro ſocio.*

1 ¶Qui bona fide ſeruum emit, hoc edicto non tenebitur: quia nec ipſe poterit ſerui corrupti agere: quia nihil eius intereſt ſeruum non corrumpi. & ſanè, ſi quis hoc admiſerit, eueniet, vt duobus actio ſerui corrupti competat. quod eſt abſurdum. Sed nec eum, cui bona fide [b] homo liber ſeruit, hanc actionem poſſe exercere opinamur.

Ad §. 1. Qui bona fide.

Ratio dubitandi. Bonæ fidei poſſeſſor dominus non eſt, neque verò domini loco habetur niſi quantum ad fructus *l. bona fidei 48. de acquir. rer. do-*

min. Quidni ergo etiam actiooe ista De seruo corrupto tenebitur sicut extraneos quilibet, cùm etiam lege Aqoilia teoeatur? *l. si eo tempori 38. sup. ad leg. Aquil.* Nam & ratio quę statim affertur ab Vlpiano *quia nec ipse poterit serui corrupti agere* eoidenter mala est, cùm vt notat Accursius, extraneus corrumpens teneatur hac actione, qui tameo ea experiri non posset. Deniqoe cur permittimus bonæ fidei possessori, vt eorrumpat animum serui mei, cuius corpus nollomodo posset lædere & corrumpere, quin lege Aquilia teoeretur?

Dec. Non videtur cadere posse in bonæ fidei possessorem vt dolo malo seruum quamuis alienum corrumpat siue recipiendo siue persuadendo dolo malo, cùm se putet esse dominum, sicoti de domioo serui communis recepti scribit Vlpianus idem noster in *l. si quis seruum 9. infr. hoc tit.* Requirit enim Prætor dolum malum quem sibi ipsi inferre nemo potest, quamuis metom etiam sibi inferre quis possit, *l. si mulier 21. in princip. supr. quod met. caus.* Mirum ergo non est hoc edicto non teneri eum qui booa fide seruum emit. Aliáque ratio est legis Aquiliæ quę datur etiam eontra booę fidei possessorem *d. l. si eo tempore.* Nempe quia, vt benè obseruat Accursius, actio legis Aquilię datur ex qualibet culpa etiam leuissima. *l. in lege 44. sup. eo. til. tit.* In culpa autem est booæ fidei possessor qui alieoum seruum etiam quem suum esse putat, oecidit & vulnerat: quo nomine ipse etiam dominos teoeretur, si alius contra eum posset agere, ac ni actio legis Aquiliæ solius domini faoore comparata esset. At cùm bonę fidei possessor tale quid fecit etiam sine dolo malo, & dum re sua se abuti putat, quod oeque extra culpã est, *§. 1. instit. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* non deest persona cui actio hæc accommodari possit, Persona scilicet domini, cui facta iniuria, damnúmque illatum est *l. non solùm 13. sup. de rei vind.* Si tamen seruus tibi bona fide seruiens alium corruperit, oon dobitatur quin noxali actione ex eius persona tenearis *l. doli 5. § si seruum inf. hoc tit. l. bona fide 10. cum duab. seqq. sup. de noxal. action.* Aliud enim est teneri bonæ fidei possessorem de seruo corrupto ex propria persooa in solidum & in duplum. Aliud verò ex persooa serui ooxaliter, & cum noxæ deditione.

a *Quia nec ipse poterit serui corrupti agere.* Malo legere *quin* pro *quia.* Nec enim ratio hæc defendi vllomodo potest, vt iam diximus. Nec si dicas cum Accursio, Non posse illum agere insolidum quomodo ageret dominus, sed tantùm ratione operarum & damni dati non ratinne proprietatis: sicut eueoit, inquit, in vsofructuario *l. si quis seruum 9. § si in seruo inf. eo.* Quasi verò si posset bonæ fidei possessor agere serui corropti insolidum & ratione proprietatis, consequens statim esset vt eiusdem serui nomine teneretur de seruo corrupto, vt euenit in duobus dominis seruum communem habentibus si ab alterutro eorom corruptus sit *d. l. si quis seruum.* In quo eertè fallitur. Alia enim ratio est booæ fidei possessoris, qui se bona fide dominum solum & in solidum esse putat, alia verò fructuarij qoi si scit se esse fructuarium scit etiam alieoum seruum esse io qoo habet vsumfructum, cùm nemo re sua vti frui possit iure seruitutis *l. vti frui 5. sup. si vsusfr. petat.* Alia item dominorum seruum communem habentium qui si sciunt communem, oon ignorant esse pro parte alienum *l. illud 46. de rit. nupt. l. serui electione 5. §. 1. & l. seq. de legat. 1.* Proindè nec mirum est agere illos & cooueniri De seruo corrupto, Dominum quidem directa si dolo malo seruum communem corroperit. Vsufructuarium verò saltem vtili *d. l. si quis seruum in fine principij & §. 1.* At bonæ fidei possessor quia se dominum esse credit & quidem solom, & in solidom, non alio iure hac parte ceoseri potest, quàm vetus dominus, vt tantùm ei prosit bona fides quantom ipsa veritas, quoniam lex impedimento non est ex regula *l. bona fides 136. de regul. iur.* Hactenus scilicet ne actione ista conoeniri possit. Quidni ergo, inquies, hac ipsa ratione permittimus illi etiam agere? Hæc enim ratio dubitandi afferri potest ad hunc versiculum. Sed respondendum est legem esse impedimento, aot, quod effectu & potestate idem est, edictum Prętoris, ex quo oimirum datur hæc actio domioo, cuius negari non potest quin maximè ac potissimùm intersit. Proinde si quis admitteret, Etiam bonæ fidei possessori hanc actionem dandam esse, eueniret sanè vt duobus eum in solidum competere dicendum esset, Domino scilicet & bonæ fidei possessori. Quod esset absurdom. Vná enim duntaxat actiooē vnius taotùm corruptelæ nomioe proposoit Prætor quæ non nisi semel & ab vno exerceri possit. Illud tamen subobscurum est, quòd huius seotentiæ rationem illam Vlpianus adfert *quia nihil interest bonæ fidei possessoris seruum non corrumpi.* Etsi enim fatendum est nihil eius interesse ratione proprietatis quam non habet, vt interpretatur Accursius. Ao non tameo ipsius iotereft ratione operarum & damni dati si quod fortè ex illa serui corruptione contigerit durante bonæ fidei possessione? Atqoe ita Accursius tandem eooeludit, exemplo eius quod de fructuario scriptum est in *d. l. si quis seruum §. 1.* Etiam fructuario vtilem hanc actionem competere, quia videatur eius interesse bonæ frugi seruum esse in quo habet usumfructum. Mihi tamen videtur Vlp. in hoc §. apertè contrà seotire, cùm simpliciter & absolutè denegat haoc actiooem bonæ fidei possessori, adiecta etiam ratione illa quòd oihil eius intersit. Alioquin absurdum illud semper eueniet quod Vlpiaous ferre oon potest vt serui corrupti actio duobus detur. Bonæ fidei quidem possessori pro operis & damno dato. Ipsi autem domino ratione proprietatis. Dices fortasse, Absurdum non esse vt duo habeát actionem hanc, dum ne insolidum singuli, sed diuersis respectibus. Nam & sic Azo ratiocinatur apud Accursium, eùm ait posse duos socios actionem haoc habere contra tertium, item duos dominos non socios ratione serui communis *dict. l. si quis seruum 9. infr.* Verùm repeto, qood iam dixi diuersam esse rationem bonæ fidei possessoris, qui alio existente domino, non magis pro domino haberi hac in re potest, quàm vetus esse dominus, & quem ponimus non esse amplius bonæ fidei possessorem eo tempore quo fit locus quæstioni, An bonæ fidei possessori dari hæc actio debeat an domino, Dominum eoim aliquem noo solùm esse, sed etiam apparêre, & quis ille sit sciri necesse est vt actionem petere & exercere possit. Statim atque autem constat de domino, deficit ius bonæ fidei possessoris *l. bonæ fidei 48. § in contrarium infr. de acquir. rer. domin.* Et eùm præteritæ duntaxat vtilitatis oon etiam præsentis aut futuræ æstimatio in hoc iudicio versetur *l. præterita 6. & l. Neratius 11. in princip. infr. hoc tit.* Con-

Digitized by Google

sit. Consequens est vt quamuis corruptus sit seruus eo tempore, quo adhuc bona fide possidebatur, actio tamen de illo corrupto nō bonæ fidei possessori dari debeat, qui tum se dominum credebat, sed domino qui actionis petitæ tempore dominus esse non negatur. Alioqui si dares actionem hanc bonæ fidei possessori ratione operarum & damni quod propter corruptionem durante bona fide contigisset, vt vult Accursius. Quæro cuiusnam vtilitatis æstimatio fieri posset ratione proprietatis pro domino? Itaque procedit etiam hoc casu argumentum Vlpiani, quòd si bonæ fidei possessori daretur hæc actio, necesse esset dari eam duobus in solidum, & quidem eodem respectu, id est ratione eiusdem vtilitatis, præteritæ scilicet quæ sola venit in hanc actionem: quod planè absurdum esset. Ceterùm si antequàm appareat verus dominus, corrumpatur apud bonæ fidei possessorem seruus, qui eius esse creditur, nemo dubitat quin huiusmodi actione vti possit quasi decepto Prætore qui hunc dominum esse putat cùm non sit. Habebit tamen actionem non tanquam bonæ fidei possessor sed tanquam dominus, & vt ita dixerim, occasione magis, quàm iure, vt loquitur *l. 2. inf. de vinis.*

b *Sed nec eum cui bona fide.* Ratio dubitandi. Is cui liber homo bona fide seruit, non tantùm idem iuris habet ex persona huius liberi hominis quod haberis, qui alienum seruum possidet bona fide *l. liber homo 19. inf. de acquir. rer. domin*, sed etiam hoc amplius quod alium neminem habet qui cum eo possit concurrere, quomodo bonæ fidei possessor habet concurrentem dominum, quem ei præferri æquum est, vt modò dicebamus. Liber enim homo nec habet dominum vllum, nec habere potest, ne quidem seipsum *l. liber homo 13. sup. ad leg. Aquil.* Itaq; verendum nō est ne hîc absurdum illud sequatur, etiamsi actionem serui corrupti huic dederimus, quod euenturum diximus si eadem actio bonæ fidei possessori accommodaretur; Vt nimirum duobus in solidum actio illa competeret. Cui enim hîc alij competeret, quàm ei qui liberum hominem possidet bona fide?

Dec. Qui liberum hominem bona fide possidet, dominus tamen eius non est, cùm liberi hominis neque dominium, neque commercium vllum sit. Hæc autem actio à Prætore comparata non est nisi in fauorem domini, cuius seruus corruptus est, vt constat ex verbis illis edicti *qui seruum seruamve alienum alienámve recepisse &c.* quæ verba proculdubio sicut in liberum hominem non cadunt, quantumuis bona fide seruientem, quia seruus non est (aliud siquidem est *seruire*, aliud *seruum esse*. Illud facti; hoc iuris est) ita neque in eum cui liber homo bona fide seruiat.

2 ¶ Quod autem prætor ait, *Recepisse*, ita accipimus: si susceperit seruum alienum ad se, & eum propriè recipere, refugium abscondendi causa seruo præstare, vel in suo agro, vel in alieno loco, ædificióve.

Ad §. 2. Quod autem.

Interpretatur Vlpianus in hoc §. verbum *recepisse* quo vsus est Prætor in edicto, vt & in §. *seq.* verbum *persuadere.* Ait autem recepisse videri eum, qui susceperit seruum alienum ad se venientem scilicet abscondendi eius causa. Nam vt subiicit, *recipere* propriè nihil aliud est in hoc edicto quàm refugiū abscondendi causa seruo præstare vel in suo agro vel in alieno loco ædificióve. Quo nomine etiam legis Fabiæ de plagiariis crimen incurritur *l. 2. l. eum qui 9. C. ad leg. Fab. de plagiar.* Alio lōgè sensu sumitur verbum hoc in *Tit. de recept. qui arbit. recep. & Tit. Naut. caupon. stabul. recep. vt restit.* Ratio dubitandi. Potest fieri vt quis alieno seruo etiam abscondendi eius causa refugium præstet, nec tamē seruum corrumpat. Quid enim si quis vt omnino custodiret receperit, vel humanitate vel misericordia ductus, fortè aduersus sæuitiam immoderatam domini? Vtiq; non tenebitur de seruo corrupto *l. doli 5. in princ. inf. hoc tit.* Ergo vel manca vel falsa diffinitio est.

Dec. Ideò nimirum Prætor in Edicto addidit *dolo malo*, vt appareat doli verbum etiam ad eum qui recepit, referendum esse, vt non alius teneatur nisi is, qui dolo malo recepit *d. l. doli in princ.* puta vt seruo author esset vel adiutor fugæ instruendæ, vt in *d. l. eum qui.*

3 ¶ Persuadere autem est plus, quàm compelli, atque cogi sibi parere, sed persuadere *τῶν μέσων*, *id est, ex mediis (scilicet verbis) est.* nam & bonum consilium quis dando potest suadere, & malum. & ideo prætor adiecit, *Dolo malo: quo eum deteriorem faceret.* neque enim delinquit, nisi qui tale aliquid seruo persuadet, ex quo eum faciat deteriorem. qui igitur seruum sollicitat ad aliquid vel faciendum, vel cogitandum improbè, hic videtur hoc edicto notari.

Ad §. 3. Persuadere.

Mallem huius verbi diffinitionem sic concipere, vt Persuadere sit plusquàm compellere atq; cogere sibi parere. Qui enim persuadet non compellitur neq; cogitur, sed compellit & cogit, & quidem sibi parere. Monet autem Vlpianus hoc verbum esse medium, & ex iis quæ Græci *τὰ μέσα* vocant, id est anceps ad bonum & ad malum. Potest enim quis persuadere etiam bonum consilium dando, & malum. Ideoq; inquit Prætor adiecit *dolo malo quo eum deteriorem faceret* : quoniam actio est ex delicto: Non delinquit autem nisi qui tale aliquid seruo persuadet, ex quo faciat eum deteriorem; quod contingit si eum sollicitet ad aliquid improbè faciendum vel cogitandum. Dolo autem adiecit Prætor etiam malum quia dolus quidam est bonus qui laude magis quàm pœna dignus est, *l. 1. supr. de dolo malo.* Dolus bonus nihil nisi solertia, Malus autem calliditas est. Sic & consilium duplicis generis esse potest, aliud bonum, aliud fraudulentum *l. consilij 47. infr. de reg. iur.* Itaque ex duplici sensu verbi *persuadere* petenda dubitandi ratio est, decidendi autem ex adiectione illa *dolo malo.* Notandus tamē est casus singularia *l. si quis seruo 20. C. de furt.* vbi Iustinian. dat actionem non tantum furti sed etiam serui corrupti contra eum qui seruum corrumpere

conatus est quamuis non corruperit seruo manifestante hoc domino si modò ad inquum huius suasionis authorem res perlatæ sint. Semper enim requiritur factum secutum esse vt malum consilium noceat *l. sæpe 53. §. vltim. de verb. signif.*

4 ¶ Sed verùm ita demum tenetur, si bonæ frugi seruum perpulit ad delinquẽdum, an verò & si malum hortatus est, vel malè monstrauit, quemadmodum faceret? & est verius, etiam si malo monstrauit, in quem modum delinqueret, teneri eum. Immò & si erat seruus omnimodo fugiturus[a], vel furtum facturus, hic verò laudator huius propositi extitit, tenetur. non enim oportet laudando augeri malitiam. Siue ergo bonum seruum fecerit malum siue malum fecerit deteriorem: corrupisse videbitur.

Ad §. 4. Sed verum.

Ratio dubitandi. Seruus qui iam malus est, non corrumpitur nec malus fit per dolosam corruptoris persuasionem. Ergo non debet hoc edicto teneri is qui malum seruum hortatus est aut malo iam homini monstrauit, quemadmodum faceret ac delinqueret, sed is demùm qui bonæ frugi seruum pepulit ad delinquendum.

Dec. Nihil interest, quod ad hoc Edictum pertinet, an quis bonum alterius seruum faciat malũ, an eum qui iam malus sit peiorem, per continuationem malitiæ, & consuetudinem delinquendi. Vtroque enim casu deterior fit seruus, quàm esset antea & quidem dolo malo persuadentis. Ergo & vtroque casu locus est edicto. Quisquis enim iam malus est si non corrigatur vt melior fiat, peior in dies fit ac deterior pro naturali hominum in peius propensione. Hoc verò magis indubitatum est in eo qui seruo iam malo monstrauit quemadmodũ delinqueret. Plerisque enim malis hominibus, etiam quibus peccandi animus non deest, ingenium tamen deest, si non ab alio aut subministretur, aut acuatur.

a *Immo etsi erat seruus omnimodo fugiturus.* Ratio dubitandi. Is qui malum seruum & omnimodo fugiturum aut furtum facturum hortatus est, ad fugiendum aut ad furtum faciendum non potest videri eum corrupisse aut ad delinquendũ hortatus esse, multoq; minùs monstrasse seruo quemadmodum delinqueret, quamuis malum hoc propositum laudauerit. Ergo non debet ille teneri hoc edicto sed is demùm cuius dolo malo persuasus est seruus vt tale quid faceret quod alioqui facturus nõ fuisset.

Dec. Crescit, inquiunt, laudata virtus. Et ita est quamuis non sine periculo vanæ gloriæ quæ ex laudis titillatione nasci plerunque solet. Cuius periculi effugiendi gratia nihil laudabilius est in eo qui laudari meretur, quàm laudari nolle. Sed longè magis crescit laudatum vicium. Itaque facit improbè, qui mali hominis malitiam laudãdo auget, corrumpitq; sine dubio cùm facit eum deteriorem. Denique tametsi malus hic seruus omnimodo fugiturus, aut furtum facturus fuerit, non eo minùs tamẽ teneri debet is qui malum ipsius propositum laudauit, quia non propter serui delictum punitur, sed propter suum proprium *l. qui seruo 36. inf. de furt. l. non solum 11. §. Proculus desinit.* Neque enim delictum aut pœna vnius pœnam alterius minuere debet *l. 1. inf. de priuat. delict.* Illud sanè semper exigitur vt furtum factum sit, aut vt seruus fugerit & quidem incontinenti non ex interuallo ad hoc vt de seruo corrupto agi possit *l. sæpe 53. §. vlt. de verb. signific.* iunct. *leg. in hoc iudicio 10. & leg. sequent. infr. hoc tit.*

5 ¶ Is quoque deteriorem facit, qui seruo persuadet, vt iniuriam faceret, vel furtum, vel fugeret, vel alienum seruum vt sollicitaret, vel vt peculium intricaret, aut amator existeret, vel erro, vel malis artibus esset deditus, vel in spectaculis nimius vel seditiosus, vel si actori suasit verbis, siue pretio, vt rationes dominicas intercideret, adulteraret, vel etiam vt rationem sibi commissam turbaret.

Ad §. vlt. Is quoque.

Hic § vix vllam habet dubitandi rationem. Nec enim quisquã dubitat quin deterior fiat seruus qui persuadetur vt alicui iniuriam faciat, vel furtũ, vel fugiat, vel vt alienum seruum sollicitet ad fugam aut ad aliquod scelus, vel vt domini sui peculium intricet ne facilè explicari possit, aut vt amator & luxuriosus existat vel erro (ita enim legendum est vt Florentiæ non vt apud Accursium) vel malis artibus deditus. Hæc enim omnia & cætera quæ in hoc §. & in *l. seq.* adduciuntur, mala sunt, & delicta, quæ qui facit malus est, aut si iam malus erat peior certè fit & deterior, & consequenter corrumpitur seruus qui vt talia perpetret ab alio persuadetur.

2. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

VEl furiosum, vel contumacem fecit: quive vt stuprum pateretur, persuadet.

Ad l. Vel furiosum 2.

Sunt hæc alia exempla delictorum quæ si seruo persuadeãtur fiat ille proculdubio deterior, adeòque peior, deterior quidem omnimodo etiamsi furiosus factus sit. Peior verò si contumax & qui honesta & licita iubẽte domino obtemperare nolit, cui iungendus & ille est qui alterius instinctu ad infamia idum dominum quasi sæuum & crudelem ad statu .m confugerit: de quo in *l. in eum 5. inf. de extraor. cri minib.* Item si ab aliquo persuasus sit seruus vt stuprum vel perpetraret vel pateretur quod omnium fœdissimum scelus est. De masculo enim seruo Paulus hîc loquitur non de ancilla, vt malè quamuis honestiùs interpretatur Accurs. Nec enim honesta interpretatio honestam quoq; huius legis sententiam sed generaliorem debuit restringere & coercere. Exemplo eius quod scriptum est in *l. possessor 52. sup. de hered. petit.* Facilè tamen assentior Cuiacio qui Triboniano melius facturum fuisse scribit si sceleris huius non meminisset.

3. VL-

3. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

DOlo malo adiecto calliditatẽ notat prætor eius: qui persuadet. cæterùm, si quis sine dolo deteriorem fecerit, non notatur. &, si lusus gratia fecit, non tenetur.

Ad l. Dolo malo 3.

Ratio dubitandi. Lusus quoque noxius in culpa est *l. nam lusus 10. supr. ad leg. Aquil.* Et magis effectus rei inspiciendus est, cùm de damno illato & faciendo agitur, quàm animus facientis, quia semper verum est eum dedisse damnũ qui damni causam dedit *l. qui occidit 20. §. in hac quoque actione eod. ill. tit.*

Dec. Prætor hoc edictum proposuit ad puniendam calliditatem eius qui persuadet aliquid seruo alieno quo faciat eum deteriorem, Ideoq; adiecit verba illa *dolo malo* vt eam calliditatem notaret siue seruus in corpore siue in animo damnum aliquod senserit *l. si quis seruum 9. §. vlt. inf. hoc tit.* At lusus noxius licèt in culpa sit, in dolo tamen non est. Non enim seriò fit quod per lusum & iocum fit *l. 3. §. vlt. inf. de oblig. & action.* Ergo si quis lusus gratia aut quo alio modo sine dolo malo deteriorem alienum seruum fecerit hoc edicto non tenebitur. Vel ob id maximè quod cùm hoc edictum sit pœnale non facilè extendendum est nec adiuuandum interpretatione, sed potiùs restringendum *l. cùm quidam 19. infr. de liber. & posthum. l. hoc modo 64. in fin. de cond. & demonst.* Tenebitur sanè is qui per lusum nocuit vtili saltem lege Aquilia, vt subijcitur in *l. seq.* iunct. *d. l. nam lusus.*

1 ¶Vnde quæritur [a], si quis seruo alieno suaserit in tectum ascendere, vel in puteum descendere, & ille parens ascenderit, vel descenderit, & ceciderit, crúsque vel quid aliud fregerit, vel perierit, an teneatur: & si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur: si dolo malo, tenebitur.

Ad §. 1. Vnde.

a *Vnde quæritur.* Ratio dubitandi. Qui seruo alieno suadet in tectum ascendere vel in puteum descendere, potuit & debuit præuidere fieri posse vt ascendendo vel descendendo crus frangeret, vel quid aliud, aut etiam periret. Debet igitur ei imputari vt hic quoque hoc edicto teneatur, arg. *l. si quis domum 9. §. 1. infr. locat.* Cùm hoc edictum detur de omni damno quod siue in corpore, siue in animo serui contigerit *d. l. si quis seruum §. vlt.* vt omne damnum dupletur *l. in hoc 10. inf.*

Dec. Adhibenda omnino distinctio est, an dolo malo id factum sit necne, si dolo malo tenebitur qui hæc fecit, sin minùs non tenebitur: quia hoc edictum adiecit mentionem doli mali, vt notaret calliditatem eius qui alieno seruo quid persuadet. Neque tamen impunitum est tale factum vt nec inculpatum, quia datur in eum vtilis actio legis Aquiliæ *l. prox. infr.*

4. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

SEd commodius est, vtili lege Aquilia eum teneri.

Ad l. Sed commodius 4.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ non minùs est pœnalis, quàm quæ ex hoc edicto datur §. *his autem verbis Instit. de leg. Aquil. leg. inde Neratius 23. §. hanc actionem sup. eod. ill. tit.* Ergo qui ea fecit, de quibus in *l. prox.* dictum est non magis vtili actione legis Aquiliæ teneri debet quàm ex hoc edicto. Præsertim cùm actio legis Aquiliæ eum duntaxat puniat qui corpore suo damnum dedit *l. ita vulneratus 51. & pass. eod. ti.* Hic autem non corpore suo sed animo & persuasione damnum dedit.

Dec. Est quidem vtraque hæc actio pœnalis sed in eo dissimilis condicionis quod Prætor in hoc edicto punit dolum malum duntaxat: Lex autem Aquilia etiã culpam quamlibet, id est leuissimam quoque *l. in lege 44. eod. ill. tit.* In suprascriptis autem casibus negari non potest quin aliqua culpa sit, licèt dolus nullus interueniat, cùm lusus quoque noxius in culpa sit *l. nam lusus 10. eod. tit.* & imputare sibi debeat qui ista persuasit si non prospexerit euenire posse vt seruus qui in tectum ascenderet, aut in puteum descenderet, periret aut crus vel quid aliud frangeret. Ideoq; locus esset etiam directæ actioni legis Aquiliæ si non animo sed corpore damnum hoc datum esset. At quia non corpore sed animo datum est, ad vtilem actionem legis Aquiliæ recurrimus deficiente directa *§. cæterùm Instit. de leg. Aquil.* Sed & in eo differt actio legis Aquiliæ ab actione, quæ hoc edicto datur quod pro rebus tantùm corruptis siue animatis, siue inanimatis locum habet lex Aquilia siue directa, siue vtilis, Actio autem ex hoc edicto non aliter quàm si animus quoq; corruptus sit, quamuis eo casu damnum omne dupletur tam quod in corpore quàm quod in animo serui & in rebus quas secum ipse abstulit datum est, vt benè Accursius post Azonem hîc notat ex *d. l. si quis seruum 9. §. vlt. & l. seq. inf.*

5. VLPIANVS libro 23. ad Edictum.

DOli verbum etiam ad eum, qui recepit, referendum est: vt non alius teneatur, nisi qui dolo malo fecerit. cæterùm si quis [a], vt domino custodiret, recepit, vel humanitate, vel misericordia ductus, vel adprobata atque iusta ratione: non tenebitur.

Digitized by Google

Ad l. Doli verbum 5.

Ratio dubitandi. Doli mentionem adiecit Prætor post verbum *persuasisse quia ei dicetur*, nō post verbum *recepisse*. Ergo coniectura inde sumi potest, quomodo Paulus loquitur in *l. de precio 8. supr de Public. in rem act.* quasi nec senserit Prætor vt dolo malo receptum esse seruum necesse sit ab eo qui ex hoc edicto conuenïatur.

Dec. Coniunxit Prætor verba illa *recepisse, persuasisséve* per coniunctiuam illam particulam *ve* quæ licèt disiunctiua sit in sensu, coniunctiua tamen est quantum ad verborum contextum pertinet. Ergo quod statim subiecit *dolo malo* ad vtrumque referendum est tam ad eum qui recepit alienum seruum, quàm ad illum, qui ei persuasit, Vt scilicet neq; ex receptione, neque ex persuasione alius teneatur quàm qui dolo malo id fecerit.

a *Cæterùm si quis.* Ratio dubitandi. Non debet quis prætextu humanitatis & misericordiæ alienum ius lædere. Et dolo proximum est si quis intempestiuè vtatur misericordia, vt in *l. si hominem 7. in princip. inf. depos. l. vlt. §. 2. inf. de custod. reor.*

Dec. Non potest videri factum dolo malo, quod factum est humanitatis & misericordiæ gratia, licèt intempestiuè id factum sit, aut etiam solius custodiæ causa: non vt serui fugam instrueret, aut eius instruendæ opportunitatem seruo daret. Atqui Prętor nihil nisi dolum hoc edicto coërcet qui calliditatem in se habeat, vt hæc lex ait, quæ porrò calliditas nulla est in eo qui misericordia motus aliquid fecit, ita vt ìùm qnoque cùm teneri debet, non de dolo possit conueniri sed in factum duntaxat *l. & eleganter 7. §. idem Labeo sup. de dolo.*

1 ¶ Si quis dolo malo persuaserit quid seruo, quem liberum putabat: mihi videtur, teneri eum oportere, maius enim delinquit, qui liberum putans corrumpit. & ideo, si seruus fuerit, tenebitur.

Ad §. 1. Si quis dolo.

Ratio dubitandi. Edictum Prætoris non loquitur nisi de eo qui seruum alienum corrupit *l. 1. supr.* Atquin is, qui eum quem corrumpit liberum esse putat, cùm sit seruus alienus non id agit vt seruum alienum corrumpat, nec vt ea ratione noceat domino quem huius hominis nullum esse opinatur. Ergo non pertinet ad sententiam edicti, quamuis verba edicti non deficiant.

Dec. Magis delinquit qui se putat hominem liberum corrumpere, quàm qui seruum. Minùs ergo dignus est cui succurratur, quominus hoc edicto teneatur, cùm verum sit alienum seruum ab eo corruptum fuisse dolo malo. Plus enim valere debet quod in veritate est quàm quod in opinione, præsertim cùm opinio talis est quæ nullam satis iustæ excusationis causam præbeat *l. scientiam 45. §. si meum seruum sup. ad leg. Aquil. l. eum qui 18. §. si iniuria & l. illud 3. §. vlt. inf. de iniur.*

2 ¶ Hæc actio etiam aduersus fatentem in duplum est: quamuis Aquilia inficiantem dumtaxat coerceat.

Ad §. 2. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Actio legis Aquiliæ, quę perinde pœnalis est, non datur in duplum, nisi contra inficiantem *l. contra negantem 4. C. de leg. Aquil. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem sup. ad leg. Aquil.* quia ex earum nu. ero est quæ inficiando crescunt *l. ea quæ 4. C. de condict. indeb.* Ergo neque hæc de seruo corrupto dari debuit in duplum nisi contra inficiantem, cùm sit à Prætore comparata ad exemplum legis Aquiliæ. Vtraque enim est de corrupto, vt diximus ad *l. 1. sup.* Præsertim cùm actiones prætorię soleant esse mitiores in eo quod plerunque sunt annales, nec in heredem dantur, *l. in honorariis 35. de obl. & action.* cùm tamen ciuiles omnes sint perpetuæ. *Instit. de perpet. & tempor. act.*

Dec. Grauiùs delinquit qui alieni serui animum quàm qui corpus tãtùm corrumpit. Ideoq; dignus visus est qui à Prætore grauiùs coërceretur, id est in duplum ab initio etiam in confitentem, non expectata inficiatione. Neque verò nonum est vt grauior sit pœna actionis prætoriæ, quàm ciuilis. Nam & idem euenit in actione furti manifesti quæ licèt sit ex iure Prætorio datur in quadruplum, cùm tamen actio furti nec manifesti quæ est ex lege 12. tabul. non detur nisi in duplum *§. 1. Inst. de perpet. & tempor. act. §. furti autem Inst. de obl. quæ ex delict. nascunt.* Nec sanè fuit danda legis Aquilię actio in duplum ab initio etiam aduersus confitentem, quoniam ita fuisset dupliciter pœnalis. Cùm in ipso quoque simplo pœnam contineat quatenus rem æstimat non quanti fuit eo tempore quo damnum datum est, sed quanti plurimi fuit toto eo anno retrorsum computato, aut in triginta diebus proximis retrorsum quoque computatis *§. his autem verbis. Instit. de leg. Aquil.*

3 ¶ Si seruus, seruáve fecisse dicetur: iudicium cum noxæ deditione redditur.

Ad §. 3. Si seruus.

Ratio dubitandi. Verba edicti dant actionem hanc De seruo corrupto contra eum ipsum qui seruum alienum corrupit *l. 1. supr.* Atqui cum seruo nulla actio esse potest *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Ergo si seruus servave alienum seruum corruperit, non debet huius edicto locus esse, neque cum seruo ipso, quia conueniri non potest, neque cum domino quia non ipse corrupit.

Dec. Ex quibus causis seruus qui deliquit si liber esset conueniri posset, ex iisdem potest ex eius capite ac persona conueniri dominus noxali actione *l. 1. & tot. tit. supr. de noxal. action.* Atqui si seruus tuus, qui meum seruum corrupit, liber esset; conueniri posset ex suo delicto & ex hoc edicto teneretur ad duplum. Ergo & ex eius persona, vt ex alio quolibet serui delicto teneri debes: sed noxali actione, vt vel duplum præstare vel seruum pro noxa dedere compellaris.

1 ¶Si

4 ¶ Hæc actio refertur ad tempus serui corrupti, vel recepti, non ad præsens. & ideò si decesserit [a], vel alienatus sit, vel manumissus, nihilo minùs locum habebit actio: nec extinguitur manumissione semel nata actio.

Ad § vlt. Hac actio refertur.

Ratio dubitandi. Actiones non sunt iure ciuili comparatæ, sicuti nec obligationes nisi vt vnusquisq; acquirat sibi quod sua interest *l. 3. § 7. l. stipulatio ista 38. § alteri inf. de verb. oblig.* Ergo interesse oportet eo tempore, quo agitur, argu. *l. 2. infr. de vsur.* Nec videtur sufficere quod interfuerit aliquando, si desierit interesse, sicuti solemus dicere non videri in rem versum quod non durat versum *l. si pro patre 10. § versum inf. de in rem vers.* Nam & ex parte rei durare oportet causam propter quam conuentus fuit, vt ex ea possit condemnari *l. pen. § 1. supr. de noxal. action.*

Dec. Nomen ipsum actionis huius *De seruo corrupto* indicat referri, eam ad tempus quo seruus corruptus fuit, vel receptus, nō ad præsens quo agitur. Illud ergo præcisè inspiciēdum est an aliquatenus interfuerit actoris eo tempore, quo seruus corrumpebatur vel recipiebatur, non an intersit hodie cū agitur. Nam è contrario, si hodie interesset, nec tum interfuisset, nihil in hanc actionem eueniet, siquidem furta posteà facta nō veniunt in æstimationem *l. Neratius 11. inf. hoc tit.* Præteritæ igitur dumtaxat vtilitatis æstimatio in hoc iudicio versatur, vt subiicitur in *l. seq.* In quo etiam differt actio hæc ab actione legis Aquiliæ, quæ licèt ad tempus præteritum non ad præsens referatur, nō tamen ad tempus delicti præcisè refertur, sed quanti plurimi res fuit eo anno quo delictum admissum est retrorsum computato, aut in triginta diebus proximis ante delictum perpetratum *§ his autem verbis. Inst. de leg. Aquil.* In quo hæc actio sui natura pœnalis est, & in ea totum pœna est licèt non sit pœnalis totaliter, quia continet etiam rei persecutionem *l. item Mela 11. § si plures*, vbi dixi *sup. ad leg. Aquil.*

a *Et ideò si decesserit.* Est hæc illatio ex eo, quod proximè dictum fuit referri hanc actionem ad id tempus quo corruptus, vel receptus fuit. Consequens enim est, vt si seruus corruptus vel receptus decesserit, vel alienatus fuerit, vel manumissus, locum nihilominus habere debeat hęc actio. Est igitur eadem ratio dubitandi & decidendi quæ ad huius §. sententiam præcedentem. Illa tamen etiam addi potest, quam adfert Accursius quod in plerisq; actionibus ita comparatum est vt oporteat interesse actoris eo tempore quo agit. Nec eo tantùm tempore, sed illo etiam quo condemnatio fit *l. tigni 7. § vlt. sup. ad exhib.* Nam quod idem Accursius respōdet, aliam esse rationem actionis personalis quę sit in rem scripta qualis est actio Ad exhibendum, aliam verò cęterarum actionum quas ille vocat merè personales, id est quæ in personam & directæ & scriptæ sunt, in rem verò ne quidem scriptæ, potest quidem defendi, cùm quæritur, cur non sufficiat interesse eo tempore quo agitur si non intersit etiam tempore condemnationis. At nos quærimus, Cur hæc actio detur ei cuius ne alterutro quidem tempore interest, id est neque contestationis neq; condemnationis. Ratio igitur decidendi tota ex eo petenda est, quòd actionis huius verba ad delicti tempus referantur. Nec enim aliam naturam & condicionem habere hæc actio potest quàm quæ data ei & indita est à Prætore ipsis edicti verbis, quibus fuit proposita: Illud certè generale est, vt quæcunq; actiones serui mei nomine mihi cœperunt competere, vel ex duodecim tabulis, vel ex lege Aquilia, vel iniuriarum, vel furti, eædem durent etiamsi seruus posteà vel manumissus vel alienatus vel mortuus fuerit *l. quæcunque actiones 56. de oblig. & action. l. euicta 16. § si seruus inf. de euict.* Sūt enim certi duntaxat & legitimi quidam modi amittendæ actionis, inter quos nec mors nec alienatio, nec manumissio serui est. Neque rursum actio, quę datur ad id quod interest, vt hac ratione simpli *l. in hoc iudicio 10. & seq. l. vt tantùm 14. § vlt. inf.* ob id solùm potest intercidere quòd desierit interesse cùm semel competierit, quia semel interfuit si ea sit actionis natura qualis huius est, vt ad præteritum tēpus præteritæq; vtilitatis æstimationem referatur. Eadem ratio facit vt idem iuris sit in actione legis Aquiliæ *l. Stichum aut Pamphilum 55. inf. sup. ad leg. Aquil.* Itémq; in actione de pecunia constituta *l. item illa 18. § quod adycitur inf. ill. tit. de constit. pecun.* vbi dicitur, si quid tunc debitum fuit cùm constitueretur, nūc non sit, nihilominus tenere constitutum, *quia* inquit Vlpianus *retrorsum se actio refert.* Alios casus cōgerit Accursius in *l. qui autem 12. § 1. sup. si quis caution. in quibus sufficit semel interfuisse.* Addit alium *de impens. in reb. dotal. fact. ex l. 2. in fin. ill. tit.* Et respondet speciale ibi esse fauore viri & mulieris, sed quid ille sibi velit non intelligo. Nihil enim tale est in *d. l. 2.* nec in toto ill. tit. quod obseruauerim.

6. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

PRæteritæ enim vtilitatis æstimatio in hoc iudicium versatur.

Ad l. Præteritæ 6.

Hæc lex nihil nisi rationem continet eius, quod scriptum est in fine legis præcedentis, si decesserit vel alienatus vel manumissus fuerit seruus qui receptus vel corruptus est non eo minus teneri debere eum qui corrupit & cuius seruus fuit corruptionis tempore, quia, inquit Paulus præteritæ vtilitatis æstimatio in hoc iudicio versatur. Quæ ratio paullo apertiùs explicat quòd in lege præcedente Vlpianus dixerat, hanc actionem referri ad tempus serui corrupti vel recepti non ad præsens, Vt intelligamus furta posteà facta in æstimationem non venire *l. Neratius 11. inf. hoc tit.* Eadem igitur ad hunc locum dubitandi & decidendi ratio est.

7. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

NAm & mali serui forsitan consequuntur libertatem: & posterior causa interdum tribuit manumissionis iustam rationem.

Ad l. nam & mali serui 7.

Continet etiam hæc lex rationem specialem eius quod dixerat Vlpianus in fine legis præcedentis, Semel natam actionem serui corrupti non extingui manumissione. Videbatur enim facilius, vt manumissione quàm vt alienatione vel morte serui corrupti aut recepti extingueretur, Quasi per manumissionem deleatur omnino memoria præteritæ corruptionis, & delictorum omnium, quæ seruus ob corruptionem perpetrauit, Cùm non alij soleant manumitti quàm quos paterfamilias probos & frugi ac de se bene meritos haber, dignosq; qui summum illud humanæ condicionis bonum libertatem pro præmio accipiant, Moriantur autem etiam malè meriti, atque vt plurimùm alienentur indigni, & quibus dominus infestus est. Quæ sanè specialis ad illum locum ratio dubitandi erat circa manumissionem. Sed decidendi ratio illa fortior est quam hic Vlpianus ipse adfert, quod etiam mali serui aliquando consequantur libertatem si forte & malus sit ipse dominus, qui malos seruos amet, & ad delinquendum propensiores. Quæ tamen res non adimit ei actionem quam dat Prætor aduersus corruptorem. Sed & fieri facilè potest, vt malus seruus postea emendatus & factus probior benè de domino mereatur, atque ita iustam nouamq; ei tribuat manumissionis rationem: quæ res nihil commune habet cum delicto eius qui hunc seruum antea dolo malo receperat vel corruperat, vt aliquam possit ei præbere excusationem ne de seruo corrupto teneatur.

8. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

SEd & heres eius, cuius seruus corruptus est, habet hanc actionem, non solùm si manserit in hereditate seruus, sed & si exierit, fortè legatus.ᵃ

Ad l. Sed & heres 8.

Ratio dubitandi. Hæc actio pœnalis est ab initio quoque cùm detur in duplum etiam aduersus confitentem *l. doli 5. §. hac actio supr.* Actiones autem pœnales non magis heredi quàm in heredem dātur *l. penult. supr. de in ius vocand. l. 4. supr. de calumniat.*

Dec. Distinguendæ sunt actiones merè pœnales à mixtis, id est quę saltem ex parte actoris persecutionem rei continent. Quæ enim sunt huiusmodi dantur heredi licet non dentur in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit, quia scilicet interest heredis *l. penult. in fin. supr. ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. 1. §. vlt. inf. Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est l. 3. §. pen. inf. si mens. fals. mod. dixer. §. non autem. vers. sed heredibus Instit. de perpet. & tempor. action.* Atqui actio hæc De seruo corrupto est huius generis. Etsi enim pœnalis est nō solùm ex parte rei qui ob suum delictum conuenitur, itemq; ex parte actoris quatenus datur vltra simplum. Est tamen rei persecutoria ad simplum vsque, Et ideò cùm sit hoc respectu mista, non potest negari quin heredis intersit, qui tantò locupletiorem hereditatem nunc haberet si seruus corruptus aut receptus damnum defuncto non dedisset. Proinde danda est actio hæc heredi, quamuis in heredem non detur, quia ex parte rei pœnalis est *l. hac actio 13. inf. hoc tit.*

a *Sed etsi exierit, fortè legatus.* Ratio dbitandi. Non potest dari hęc actio heredi alio colore quàm quia eius interest, vt modò diximus, Nec rursum potest ipsius interesse nisi ratione hereditatis *l. heres 22. de vsucap. l. 1. §. Scæuola inf. si is qui testam. lib. ess. iuss.* Ponimus autem seruum hunc qui corruptus & receptus fuit exisse de hereditate, quia fuerit legatus. Est enim legatum delibatio hereditatis *l. legatum est 116. de legat. 1.* Et tam citò facit rem legatam legatarij atque hereditas facit heredis cæteras res singulas *l. Legatum 80. de legat. 2.* Ergo cùm legatus est seruus qui corruptus fuit aut receptus, actio de seruo corrupto non heredi dāda est sed legatario qui eum seruum penes se haber. Maximè verò cùm in re legata legatarius quodammodo heredis loco habeatur *l. id tempus 4. §. 1. inf. de vsucap.*

Dec. Hæc actio ad tempus illud præteritum refertur quo seruus corruptus aut receptus fuit *l. 5. §. vlt. supr.* nec nisi præteritæ vtilitatis æstimationem continet *l. 6. sup.* Non igitur inspiciendum est cuius hodie sit seruus qui legatus est, sed cuius fuerit eo tempore quo receptus vel corruptus est. Atqui tunc erat defuncti, cuius personam hodie non legatarius sed heres repræsentat, locupletiorem habiturus hereditatem si corruptus seruus non fuisset. Nam damnum illud præteritum quod per corruptionem contigit, non legatario nocuit sed heredi, qui tantò minus reperit in hereditate. In actione furti aliud est, Competit enim legatario non heredi vt & alij cuilibet domino, si fortè dominium rei subtractæ quacunque ratione mutatum fuerit, vt Paulus loquitur in *l. si dominium 47. infr. de furt.*

9. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

SI quis seruum communem, meum & suum, corruperit: apud Iulianum libro nono Digestorum quæritur, an hac actione teneri possit. & ait, teneri eum socio, præterea potetit & communi diuidundo ᵃ & pro socio, si socij sint, teneri, vt Iulianus ait. Sed cur deteriorem ᵇ facit Iulianus cōdicionem socij, si cum socio agat, quàm si cum extraneo agit? nam qui cum extraneo egit siue recepit, siue corruperit, agere potest: qui cum socio, sine alternatione, id est, si corrupit nisi fortè non putauit Iulianus, hoc cadere in socium. nemo enim suum recipit. Sed si celandi animo recepit: potest defendi, teneri eum.

Ad l. Si quis seruum 9.

Ratio dubitandi. Hac actione non tenetur nisi is qui seruum alienum corrupit *l. 1. & to. hoc t.* Atqui seruus communis neutri dominorum est alienus

l. illud 46. versic. quia libertam eius esse negari non potest licèt alterius quoque sit inf de rit. nupt. Ergo non potest socius socio teneri De seruo corrupto, Præsertim cùm eo nomine possit inter eos locum habere actio Pro socio, si socij sint, aut Communi diuidundo si non sint socij; vt in hac ipsa lege scriptum est si modò legamus quomodo in Pand. Florent. *Et ait teneri eum socio, Præterea poterit & Communi diuidundo, & Pro socio si socij sint, teneri.* Atque ita sanè legendum est, non quomodo apud Accursium, *Et ait teneri cum Pro socio si socij sint. Præterea poterit & Communi diuidundo teneri.* Vnde occasionem sumit Accursius existimandi nihil ab Vlpiano & Iuliano hic responderi ad propositam quæstionem, An vnus ex dominis serui communis teneatur De seruo corrupto. Quamuis non malè concludat teneri eum quemadmodum etiam furti tenetur & lege Aquilia si in re communi damnum dederit *l. sed si ex causa 47. §. 1. inf. Pro socio l. sed & eo nomine 10. sup. de noxal. act.*

à *Præterea poterit & Communi diuidundo.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est quæ ad *l. sed & eo nomine 10. sup. de noxal. act.* vbi eadem sententia proponitur, Posse socium cum socio agere si seruum communem deteriorem fecerit, quemadmodum cùm alio quolibet qui rem communem deteriorem fecisset: Vt intelligamus dari hanc actionem etiam contra socium & condiuisorem in duplum, Alioqui nó daretur quomodo contra extraneum, qui vtique in duplum tenetur etiamsi confiteatur *l. 1. l. 5. §. hac actio sup. eod.* Quamuis cùm inter eos agitur etiam ob id quod seruus communis ab vno ipsorum deterior factus sit, siue iudicio Communi diuidundo, siue Familiæ erciscundæ, siue denique pro socio cùm socij fuerint, non nisi in simplum detur actio *l. & puto 16. §. sed & si dolo & §. vlt. cum l. seq. supr. famil. ercisc. l. 3. l. item quamuis 17. in princ. & l. seq sup. Commun. diuid.* Non fauore personarum, quod malè quidam putant arg *l. vltim. inf. hoc tit.* sed quoniam actiones illæ nullomodo pœnales sed tantùm rei persecutoriæ sunt.

b *Sed cur deteriorem.* Ratio dubitandi. Cum socio aut alio condiuisore, qui rem communem dolo malo deteriorem fecit, perinde agi potest de seruo corrupto atque cum extraneo, vt proximè diximus ex *l. sed & eo nomine 10. sup. de noxal. action.* Atque cum extraneo agi potest actione ista non modò si seruum corruperit, qui casus est huius legis, sed etiam si dolo malo eum receperit *l. 1. sup.* Ergo non debuit Iulianus receptum seruum hac parte distinguere à corrupto, vt corrupti tantùm, non etiam recepti serui nomine vnus ex dominis ab alio conueniri possit. Hoc enim est quod Vlpianus noster significat illis verbis, *Nam qui cum extraneo agit siue receperit, siue corruperit agere potest. Qui verò cum socio sine alternatione, id est si corruperit.*

Dec. Dissimilis hac parte ratio est socij & extranei, hoc est quod ad receptum seruum attinet. Nam extraneus alienum seruum tam facile dolo malo recipere potest quàm corrumpere. At socius seruum communem, quem & suum possit verè dicere *d. l. illud 46. de rit. nupt. l. 5. §. vlt. & l. 6. inf. de legat. 1.* celare dolo malo non facilè potest & recipere, quia vix quisquam hoc sensu suum recipit, Corrumpere tamen perindè ac alienum dolo malo potest. Si tamen constaret vnum ex dominis dolo malo seruum recepisse vt socio noceret, dicendum esset, etiam hoc nomine illum teneri. Sed exigenda erit ampla probatio huius doli, quia in his quæ se habent per se indifferenter quale hoc est, credendus est quilibet vti iure suo potiùs quàm delinquere, ac in socij necem abuti voluisse *l. meritò 51. inf. pro socio.* Neque aliter Iulianum existimasse credendum est, quamuis Accurs. contrà putet. Numquam enim malitiis indulgendum est, nec cuique permittendum vt prætextu communionis alij noceat. Etsi contra Iuliani siue distinctionem siue conclusionem illud valde facit, quod etiam inter extraneos non alius tenetur recepti serui nomine quàm qui dolo malo eum celauit abscondendi causa *l. 1. §. quod autem supr.* doli autem probationes semper clarissimæ esse debent *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat. l. dolum 6. C. de dolo.* Quænam ergo hac parte potest esse inter socium & extraneum differentia, Aut ad quem casum restringi?

1 ¶Si in seruo ego habeam vsumfructum, tu proprietatem: si quidem à me sit deterior factus, poteris mecum experiri: si tu id feceris, ego agere vtili actione possum. ad omnes enim corruptelas hæc actio pertinet: & interesse fructuarij videtur bonæ frugi seruum esse, in quo vsumfructum habet. Et si fortè alius eum receperit, vel corruperit, vtilis actio fructuario competit.

Ratio dubitandi. Vsusfructus in plerisque partis dominij, & portionis instar obtinet *l. 4. l. si Titio fructus 33. §. 1. supr. de vsuf. l. cùm filius 76. §. dominus de leg. 2. l. qui vsumfructum 58. infr de verb. oblig.* Ergo non debuit hic casus de fructuario & proprietario, quorum alteruter in seruo fructuario damnum dederit, ab illo distingui, de quo proximè dictum est, de seruo communi quem alteruter dominorum vel corruperit, vel receperit: ac proinde separandus erit secundum Iuliani sententiam seruus receptus à corrupto, Vt corrupti quidem nomine fructuarius proprietario teneri debeat, aut contrà, proprietarius fructuario, at non æquè nomine serui corrupti. Aut si quis contrà sentiat quod verissimum sanè est, vsumfructum in iure non in parte consistere licèt emolumentum rei contineat *l. Mevius 66. §. fundo de legat. 2. l. si à reo 70. §. si reo infr. de fideiuss.* Cur damus hanc actionem fructuario quæ à Prætore non datur, nisi domino *l. 1. supr.* Denique si fructuarius dominus est, cur contra eum damus proprietario actionem corrupti serui fructuarij? Si verò dominus non est, vt certe non est *l. falsus 45. in fin. infr. de furt.* Cur ei damus hanc actionem contra dominum, quæ non datur nisi domino? Et tamen in hoc §. concludit Vlpianus & fructuarium teneri proprietario actione hac directa, & fructuario proprietarium aliúmve extraneum quemlibet actione ista vtili.

Dec. Fructuarius neque dominus est, neque domino hac parte comparandus, cùm ab extraneo conuenitur. Itaque directa actione conueniri potest, sicut & alius extraneus quilibet. Eadémque

ratio facit vt si de seruo fructuario recepto vel corrupto velit agere, directam actionem habere non possit, qoamuis non sit negandum valde ipsius interesse vt seruus bonus & frugi sit, in quo vsumfructũ habet, quia hæc actio quãuis detur ad id quod interest, non tamen ei cuius interest promittitur sed domino. Sed tamen danda ei est vtilis, qoia ius suum proprium habet, quod nullomodo possit proprietarius aut debeat lædere, nec eius causam deteriorem facere *l. sed si quid is §. proprietatis l. locum 17. §. ex eo sup. de vsufr.* Qua ratione etiam contra extraneum damus ei vtilem, vt qoamuis non sit dominus, tamen quasi domini loco habeatur *d. l. locum §. vlt. l. item Mela 11. §. vlt. & l. seq. sup. ad leg. Aquil.*

2 ¶Datur autem actio [a], quanti ea res erit, eius dupli. Sed quæstionis est: æstimatio vtrùm eius dumtaxat fieri debeat, quod seruus in corpore, vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior seruus factus sit: an verò & cæterorum. & Neratius ait, tanti condemnandum corruptorem, quanti seruus ob id, quòd subreptus sit, minoris sit.

Ad §. vlt. Datur autem actio.

Sensus est dari hanc actionem ad duplum eius quod interest actoris. Datur enim ad id quod interest, sed ita tamen vt illud ipsum quod interest duplandum sit *l. vt tantùm 14. §. in hac actione inf. hoc tit.* In quo inter cętera differt hęc actio ab actione furti siue manifesti, siue non manifesti. In illa enim non id quod interest duplatur aut quadruplatur, sed verum duntaxat rei pretium *l. in actione 50. inf. de furt.* quod vt plurimùm longè minus est, quàm sit id quod interest *l. 1. in princip. inf. de action. empt. l. in interdicto 6. inf. Vnde vi & de vi armat.*

Ratio dubitandi & decidendi ad hunc locum eadem est quæ ad *l. dolo 5. §. hac actio sup.*

a *Sed quæstionis est.* Quæstio bene intelligenda est, vt quid ad eam respondeatur, & respondendum sit melius possit intelligi. Quæstionis est, inquit Vlpianus, an æstimatio quæ fit in hac actione eius quod propter corruptionem interest duplicari, Eius duntaxat damni fieri debeat quod seruus in corpore vel in animo senserit, an verò etiam cæterorum damnorum, quæ extra corpus & animum serui contigerunt. Id est an quanti vilior ex ea corruptione seruus ipse factus sit, an etiam si quid vltra viliorem serui ęstimationem intersit. Neratium putasse ait Vlpianus, tanti condemnandum corruptorem quanti seruus ob id quod corruptus est, minoris sit, in duplum scilicet, vt Accursius benè adiicit. Proinde non videtur Neratius existimasse æstimationem vllam venire earum rerum quas seruus qui corruptus aut ad fugiendum receptus est, secum abstulerit. Nam respondendo secundum alteram partem quæstionis alternatiuæ, reiecisse alteram videtur. Paulus tamen in *l. prox. sequenti* contrà sentit, In hoc iudicio etiam rerum æstimationem venire, quas seruus secum abstulit; quia inquit omne damnum duplicatur: quod & idem Paulus repetit in *l. vt tantùm 14. §. in hac actione infrà.* Neque dubitandum est quin hæc Pauli sententia verior sit & sequenda, ob idque post hanc legem posita, vt intelligeremus Neratij responsionem ad quæstionem propositam aut minùs veram, aut minùs amplam fuisse.

Ratio dubitandi. Pro Neratio illa est quòd actio hæc sit De seruo corrupto, Verba autem edicti illa sint *quanti ea res erit*, quę Neratius credidit ad solum seruum referri posse, & debere, acsi scriptum esset *quanti ob eam corruptionem seruus deterior ac proinde vilior factus erit.* Sed contra Neratium pro Paulo illud facit, quòd verba illa *quanti ea res erit*, sunt generaliora & habent sensum generaliorem quàm vt ad imminuti serui pretium restringi debeant. Significant enim potiùs *quanti ob eam corruptionem intererit domini.* Negari autem non potest quin eius intersit non ob id tantùm quod seruus ipse vilior factus sit, sed etiam ratione rerum quas seruus receptus aut corruptus fugiens secum abstulit. Neque enim id citra corruptionem illam contigisset. Sic igitur accipienda Neratij sententia est, quæ in hoc §. refertur ab Vlpiano, vt tamen non probetur quatenus alia damna excludit, omnia quę aliter quàm in animo vel in corpore serui acciderunt. Cùm in *l. prox. seq.* subiiciatur, licèt non ex Vlpiano, sed ex Paulo etiam illarum rerum quas secum seruus abstulit æstimationem in hoc iudicium venire. Nec obstat quod in *l. Neratius 11. in princip. infr.* idem Vlpianus noster scribit putare se veram Neratij sententiam. Alia enim sententia Neratij est quæ ibi refertur, Alia quæ in hoc §. Hîc agitur de furto quod seruus ob corruptionem ipsam immediatè fecerit & de æstimandis rebus illis quas seruus fugiens secum abstulerit. Ibi verò de furtis posteà factis, & quæ idem seruus corruptus consuetudine peccandi posteà admiserit, quorum certè etiam ex Pauli & aliorum omnium opinione alia ratio est, vt ad eum locum dicemus. Cæterùm etiam rerum subtractarum nomine actionem serui corrupti competere idem Vlp. fatetur, & pro indubitato habet in *d. l. Neratius §. quamuis autem.* Sic alibi sæpe videas vnius Iureconsulti sententiam vno loco referri simpliciter, quam tamen idem ille alio loco improbet, vt eidem Vlpiano nostro accidit in *l. Papinianus putabat 23. De donat. int. vir. & vxor.* iunct. *l. cùm hic status 32. §. siue autem de donat. int. vir. & vxor.* & ipsi quoque Papiniano in *l. si fideiussor 19. sup. de dolo* iunct. *l. Stichum aut Pamphilum 95. in fine principij de solut.* Accursius noster has difficultates non vidit nec attigit.

10. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

IN hoc iudicium etiam rerum æstimatio venit: quas secum seruus abstulit: quia omne damnum duplatur, neque intererit, ad eum perlatæ fuerint res [a], an ad alium: siue etiam consumptæ sunt. etenim iustius est, eum teneri, qui princeps fuerit delicti: quam eum quæri, ad quem res perlatæ sunt.

Ad l. In

Ad l. In hoc iudicio 10.

Ratio dubitandi. Petenda est ex §. *vlt. legis præcedentis*, vbi refert Vlpianus sententiam Neratij existimantis non alterius damni æstimationem in hoc iudicio venire quàm quod dominus in corpore vel animo serui corrupti senserit, non etiam in cæteris rebus puta quas corruptus vel receptus seruus secum abstulerit, quasi verba illa edicti, *Quanti ea res erit*, nihil aliud significent quàm ac si scriptum esset, *quanti seruus ipse ob id quod corruptus est minoris sit.* Sed ratio decidendi est quam nos ad §. præcedentem attulimus quod verba illa edicti generaliorem habeat sententiam, & damnum omne, quod etiam extra corpus & animum serui propter corruptionem contigit domino, comprehendant. Ergo earum quoque rerum quas fugiens seruus secum abstulit æstimatio in hoc iudicio venire debet. Idque est quod Paulus rationis loco adfert *quia omne damnum duplicatur*, quod & idem Paulus repetit in *l. vt tantùm 14. §. in hac actione inf.* Nisi quod ibi Inquitur de damno indefinitè. Sed indefinita, vt vulgò iactant nostri, æquipollet vniuersali, vulg. *l. si plures 98 de legat. 3.*

a *Neque intererit an ad eum perlata fuerint res.* Ratio dubitandi. Is ad quem res perlatæ sunt quas seruus fugiens secum abstulit alienas res possidet quas scit aut scire debet non ad se, sed ad serui corrupti dominum pertinere, idque agit vt locupletetur ex damno alieno contra regulam iuris & æquitatis naturalis *l. nam hoc natura 14. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de regul. iur.* Ergo æquius est eum teneri ad rerum illarum siue restitutionem siue æstimationem, quàm eum qui seruum corruperit. Hic enim etsi deliquit, corrumpendo seruum alienum, nullum tamen ex sua corruptione sentit commodum, quando res quas fugiens seruus secum abstulit, ad alium perlatæ sunt.

Dec. Multò iustius est eum teneri qui Princeps & author fuerit delicti quàm eum quæri ad quem res perlatæ sunt. In omnibus enim generale est vt qui author delicti fuit, grauiùs, adeoque interdum solus puniri debeat, tanquam qui primus, adeoque solus damnum dedisse videatur, cuius occasionem solus dedit *l. qui occidit 30. §. in hac quoque actione sup. ad leg. Aquil. l. 1. §. cùm arietes sup. si quadrup. pauper. fecis. dicat. l. quoniam 6. C. ad leg. Iul. de vi public. vel priuat.* Atqui in hac specie is qui corrupit seruum, Princeps & author delicti fuit, damnique occasionem præstitit earum rerum quas seruus secum abstulit, & quas non fuerat ablaturus si corruptus non fuisset. Earum igitur æstimationem per hanc actionem præstare ipse debet non is ad quem res perlatæ sunt, qui nec de seruo corrupto tenetur. Prætor enim hoc in edicto personam factúmque denotauit eius nominatim, qui seruum alienum aut receperit aut corruperit. Planè si fortè is qui corrupit, soluendo non sit, aut si dominus de rebus ablatis cum eo malit agere, ad quem perlatæ sunt, easque quasi suas, si appareant, vindicare: Dubitandum non est quin pro iure suo id facere possit, adeoq; re agere Ad exhibendum, siue res illæ dolo malo occultentur, siue is ad quem perlatæ fuerant dolo malo desierit eas possidere *l. 3. §. secundum & pass. sup. Ad exhib.* Neque enim pœnalis actio personalis realem actionem aut etiam personales alias rei persecutorias potest impedire aut extinguere *l. si pro fure 7. §. 1. inf. de condict. furt.* quamuis non putem, si dominus de seruo corrupto egerit ac plenissimam indemnitatem adeoque duplum consecutus sit, permittendum ei, vt contra possessorem agat posteà rei vindicatione, aut ad exhibendum si quem ille regressum habiturus sit aduersus corruptorem, Ne alioqui actor bis idem ab eodem consequatur, licèt per diuersas actiones, quod esset iniquum, *leg. qui seruum 34. inf. de obligat. & action. leg. si quis dolo 51. §. 1. de re iudicat.* Cùm hæc actio licèt sit pœnalis, sit etiam rei persecutoria & mista ex rei persecutione & pœna, *d. l. vt tantùm 14. §. in hac actione inf. hoc tit.* Aliud enim dici deberet si tota esset pœnalis *l. si pignore 54. §. cùm furti actio infr. de furt. l. nunquam. 60. de oblig. & action.* Planè si is qui ablatas & subtractas res possidet aut dolo malo desiit possidere nullum regressum aduersus corruptorem habiturus sit, non ob id minùs & rei vindicatione & Ad exhibendum actione conueniri poterit, quod indemnitatem actor iam sit consecutus. Nec enim pœna vnius præmium alterius esse vnquam debet *l. si sequens 15. in princip. inf. de SC. Silan.*

II. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

NEratius ait, postea furta facta in æstimationem non venire. quam sententiam veram puto. nam & verba edicti, *Quanti ea res erit*, omne detrimentum recipiunt.

Ad l. Neratius 11.

Ratio dubitandi. Verba illa huius edicti *Quanti ea res erit* omne detrimentum recipiunt, vt Vlpianus quoque noster hîc fatetur, Itémque Paulus in *l. prox. præced.* ibi *quia omne damnum duplicatur.* Ergo etiam furta posteà facta veniunt in æstimationem cùm agitur De seruo corrupto.

Dec. Non dixit Prætor *quanti res erit* simpliciter & vniuersaliter ad comprehendendum quicquid quoquomodo interesset, sed *quanti ea res erit*, vt adiectione pronominis illius demonstratiui *ea*, restringeret actionis intentionem ad id quod ex causa illius tantummodo corruptionis proximè & immediatè interesset, ac proinde vt excluderet furta posteà facta, id est ex interuallo, & quæ seruus ille corruptus non tam occasione proxima & immediata illius corruptionis, quàm peccandi consuetudine admisisset, vt in exemplo illo quod statim subiicit Vlpianus, Non est igitur verum quod rationis loco adfert hîc Vlpianus *Nam & verba edicti Quanti ea res erit omne detrimentum recipiunt.* Si enim de omni detrimento Vlpianus sensit, id est etiam de futuro, de quo solo hîc tractatur, pugnabit ratio cum dicto, probabitque necessariò furta quoque posteà facta in æstimationem venire, quod tamen post Neratium Vlpianus negat. Itaque maneo in prima mea Coniectura locum hunc esse corruptum, & in illis verbis *Nam & verba edicti* pro *&* legendum esse *nec.* Sensus enim erit apertus & verus, bene dixisse Neratium furta posteà facta in æstimationem non venire, quia *nec*

Digitized by Google

verba illa Edicti Quanti ea res erit omne detrimentum recipiunt: sed præsens tantum, id est quod contingit tempore ipso corruptionis & ex causa corruptionis proxima & immediata, non etiam futurum. Quod diuersum esset si Prętor generaliùs ita edixisset *Quanti res erit*. Sed adiecta dictio *ea* facit vt non de alio damno Prætor sensisse videri possit, quàm quod contigerit *ob id quia seruus ille corruptus sit*, vt ex eodem Neratio scriptum est in *l. si quis seruum 9. §. vlt. sup.* Etsi videtur Neratius in eo fuisse opinione vt ne quidem furta immediatè post corruptionem, & propter corruptionem facta & damnum illatum extrinsecus, id est in rebus per seruum ablatis, æstimari in hoc iudicio voluerit, sed id duntaxat damnum, quod in corpore aut animo serui contigerit, & propter quod seruus ille vilior tantoque minoris factus sit, si eidem Vlpiano nostro credimus hanc ipsam Neratij sententiam referenti in *d. §. vlt.* Secundum quam interpretationem si quis reprobata illa Neratij sententia quam proculdubio Vlpianus & Paulus improbarunt, vt ostendimus, hanc tamen probare velit quam in hac lege Vlpianus refert & probat, vt furta posteà facta in æstimatione non veniant. Dicendum erit ea demum posteà facta videri quæ secuta sint ex interuallo, vt & Accursius noster explicat ad *l. 1. §. sed vtrum sup. hoc tit.* & vt iam interpretati sumus ex *§. prox. seq.* consuetudine peccādi posteà potiùs quàm ob corruptionem illam immediatè. Cætera quæ ad huius loci emendationem & interpretationem nostram confirmandam pertinent, pete ex lib. 5. Coniecturarum nostrarum cap. 8.

1 ¶Seruo persuasi, vt chirographa debitorum corrumpat: videlicet tenebor. sed si consuetudine peccandi postea & rationes, cæteráque similia instrumenta subtraxerit, vel interleuerit, deleuerit: dicendum erit, corruptorem, horum nomine, non teneri.

Ad §. 1. Si seruo persuasi.

Non puto distinguendum esse hunc §. à sententia, quæ initio huius legis proposita est, sed ita coniungendum vt exemplum contineat, & confirmationem eius quod ex Neratio Vlpianus dixerat, Furta posteà facta in huius actionis æstimationem non venire. Nam si seruo tuo persuaserim, vt chirographa debitorum corrumpat, & ille corruperit, vtique tenebor eo nomine, id est, quanti tua interterit non esse corrupta à seruo tuo chirographa debitorum: quia negari non potest, quin hoc damnum licèt sit extra corpus & animum serui, ob id tamen contigerit, quòd seruus tuus à me corruptus fuit ad hoc ipsum, vt chirographa debitorum corrumperet, & corrupit. Sed si consuetudine peccandi posteà, & rationes tuas, cæteráque instrumenta similia subtraxerit, vel interleuerit, vel omnino deleuerit, dicendum erit me tanquam corruptorem horum nomine non teneri. Est igitur ad hunc §. eadem ratio dubitandi, & decidendi quæ suprà ad initium huius legis à nobis allata est. Sed illa tamen specialior adferri etiam potest, quòd peccandi consuetudo licèt ex pluribus malis actibus contracta, vt mali omnes habitus cæteri, à primo tamen delicto, quod propter meam persuasionem & corruptionem admissum est, tanquam à fonte causam & originem sumpserit, ve proindè cæterorum damnorum si non causam saltem occasionem præbuisse videatur *l. qui occidit 30. §. in hac quoque & l. si ex plagis 52. §. 1. sup. ad leg. Aquil.* Sed decidendi ratio fortior illa est, quod quæ posteà per consuetudinem peccandi fiunt, aliam causam proximiorem & immediatam habeant, ac fiant quodammodo per consequentias, quæ in iure nostro attendi non solent, Ne alioqui res abeat in infinitum *l. 1. l. quod dicitur 7. de author. tutor.* & crescat in immensum ac infinitum æstimatio eius quod interest, contra *l. vn. C. de sentent. quæ pro eo quod interest l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem De action. empt. l. ex damni 40. de dam. infect.*

2 ¶Quamuis autem, rerum subtractarum nomine [a], serui corrupti competat actio: tamen & furti agere possumus [b], ope enim consilio, sollicitatoris videntur res abesse. nec sufficiet, alterutra actione egisse: quia altera alteram non minuit. Idem, & in eo, qui seruum recepit [c], & celauit, & deteriorem fecit, Iulianus scribit. sunt enim diuersa maleficia, furis, & eius, qui deteriorem seruum facit. Hoc ampliùs, & condictionis nomine tenebitur: quamuis enim condictione hominem, pœnam autem furti actione consecutus sit: tamen &, quod interest, debebit consequi actione serui corrupti.

Ad §. 2. Quamuis autem.

a *Rerum subtractarum nomine.* Ratio dubitandi. Non aliud damnum in hanc actionem venit, quàm quod in corpore vel animo serui corrupti sensit dominus, id est quanti seruus ob id quod corruptus fuerit vilior & minoris est *l. si quis seruum 9. §. vlt. sup.* vbi etiam Neratij sententiam fuisse Vlp. refert. Dec. Fuit quidem illa Neratij sententia, sed à cæteris prudentibus improbata præsertim à Paulo in *l. prox. praeced.* vbi latiùs dixi, & ab Vlpiano nostro in hoc §.

b *Tamen & furti agere possumus.* Ratio dubitandi. Non debet vnum & idem delictum duplici pœna puniri, singulis enim delictis singulæ quoque pœnæ constitutæ sunt *l. 2. inf. de priuat. delict. l. illud 32. §. 1. inf. ad leg. Aquil.* Is ergo, cuius seruus corruptus est, si rerum à seruo subtractārum nomine plenam Indemnitatem consecutus sit per hanc actionem De seruo corrupto, non potest agere posteà furti, ne bis idem consequatur.

Dec. Nunquam actiones pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit *l. nunquam 60. de oblig. & act. l. nunquam 130. de reg. iur.* Sunt autem hæ duæ actiones furti & serui corrupti ambæ pœnales. Deinde actio furti nihil nisi pœnam legitimam petit, quæ est dupli vel quadrupli *l. si pignore 54. cùm*

furti

Digitized by Google

furti actio inf. de furt. Actio autem hæc De seruo corrupto mista est ex pœna, & rei persecutione *l. vt tantùm* 14. §. *in hac actione inf. hoc tit.* Sed & quamuis dentur hæ duę actiones ex vno eodémque delicto contra eandem personam, diuersis tamen datur respectibus, Actio enim hæc de seruo corrupto datur contra corruptorem quatenus corruptor est, & quia corrupit: Furti verò, quia ope & consilio huius corruptoris, & sollicitatoris, vt Vlpianus loquitur, verum est res subtractas abesse domino, & furtum factum fuisse, quod alioqui factum non fuisset. Quæ res licèt non faciat eum furem, furti tamen actionem eum obligat, quasi cuius ope & consilio furtum factum sit *l. qui seruo* 36. *infra de furt.* Proinde non sufficiet actorem vna actione egisse: altera enim supererit, non minùs quàm si duo delicta essent *d.l. illud* §. 1. *ad legem Aquil. l.* 2. *de priuat. delict.* Non tamen æquè dicendum erit contra hunc corruptorem dandā esse condictionem furtiuam, etiamsi res à seruo corrupto subtractas possideat, quia condictio non datur, nisi contra furem aut furis heredem *l. ex furtiua* 5. *infra de condict. furt.* Hic autem neque fur est, vt diximus, neque furis heres. Quemadmodum è contrario is qui furis heres est, quamuis furtiua condictione teneatur, furti tamen non tenetur § *non autem Instit. De perpet. & tempor. action.* Iunct. *l. proinde* 5. *de condict. furt.*

e *Idem & in eo qui seruum recepit.* Hic casus minorem habet dubitationem cùm quis alienum seruum recepit ac celauit animo furandi, ac præterea eum corrupit, fecitque deteriorem. Sunt enim hic duo maleficia & delicta. Vnum serui recepti & subtracti, Alterum eiusdem corrupti, & deterioris facti. Tantò igitur magis verum est, etiamsi vna actione ex vno delicto actum sit, secuta quoque non modò condemnatione sed etiam exactione & solutione non tolli alteram *d.l.* 2. *in princip. &* §. *pen. de priuat. delict. d.l. nunquam* 60. *de oblig. & act. l. nunquam* 130. *de regul. iur. l. aduersus* 5. *C. hoc tit.* Nec tantùm quod ad pœnam attinet, vt restringit Accursius, sed etiam quod ad res ipsas, & id quod interest, Vt ex eo constat quod in hac lege sequitur prę ter duas actiones supradictas furti & serui corrupti, dandam esse condictionem aduersus corruptorem, Non tanquam corruptorem, sed tanquam furem: Quamuis enim condictione hominem, pœnam autem furti actione actor consecutus sit, tamen & quod interest debere illum consequi actione serui corrupti, quia vt in *l. seq.* Paulus subijcit, manet reus obligatus etiam rebus redditis, Nisi quòd eo casu non potest habere condictionem, neque vindicationem *d.l. si pignore* 54. §. *cùm furti de furt.* Nec tamen potest sibi temperare Accursius, quin notet ad *l. seq.* manere hunc corruptorem obligatum ad pœnam furti, & serui corrupti, quatenus est pœna, Cùm tamen lex hæc loquatur apertè de eo quod interest, quod vtique non est nec dici potest pœna, sed res ipsa, Pœna autem duplum eius *l. si quis seruum* 9. §. *vlt. sup. l. vt tantùm* 14. §. *in hac actione. inf. hoc tit.* Ideò autem dat Vlpianus in hac specie præter actiones furti, & serui corrupti, furtiuam condictionem contra corruptorem, quia is qui seruum celauit & occultauit furtum eius fecit, ac proinde non minùs condictione furtiua, quàm furti actione tenetur. Heres autem eius quoque condictione furtiua sed non actione furti, secundum ea quæ diximus ad huius §. sententiam precedentem. Ex *l.* 4. *&* 5. *inf. de condict. furt.* Iunge *l.* 1. *in princ. inf. tit. prox.*

12. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

QVia manet reus obligatus etiam rebus redditis.

Ad l. Quia manet 12.

Ratio dubitandi. Actiones hæ furti & serui corrupti contra eùm dantur cuius facto & improbo consilio res absunt actori §. *vlt. l. praced.* in illis verbis, *Ope enim & consilio solicitatoris videntur res abesse.* Ergo rebus redditis fieri non potest vt maneat obligatus, vt cessante causa cesset etiam effectus actionis.

Dec. Rebus redditis cessant quidem actiones quæ dantur ad res ipsas recuperandas, vt condictio, & vindicatio: Sed non cessat actio furti, quæ datur ad pœnam *d.l. si pignore* 54. §. *cùm furti inf. de furt.* Neque rursum actio serui corrupti quæ datur ad indemnitatem, quamuis in ea indemnitate, & in æstimando eo quod interest, ipsarum etiam rerum æstimatio contineatur, vt diximus in superioribus: Quamuis contrà putet Accursius, actionem serui corrupti non superesse nisi ad pœnam, non etiam quantùm ad id quod interest: quod nos iam refutauimus ad §. *vlt.* legis præcedentis. Et verò inauditum est vt actio serui corrupti salua maneat ratione solius pœnæ, id est simpli duplantis. Quid enim est quod duplare possis si nullum sit simplum quod dupletur? Quamquam non est nouum vt detur hæc actio ad simplum solùm, si qua interueniat iusta causa, vt in specie *l. vltim. inf. hoc tit.*

13. VLPIANVS lib. 23. ad Edictum.

HÆc actio perpetua est, non temporaria: & heredi, cæterísque successoribus [a] competit, in heredem non dabitur [b] quia pœnalis est.

Ad l. Hac actio 13.

Ratio dubitandi. Actio hæc pœnalis est, vt Vlpianus in hac lege scribit. Ac prætereà licèt non sit famosa, cùm non enumeretur inter famosas in *Tit. sup. de his qui notant. infam.* turpis tamen est *l. nec quicquam* 56. *inf. pro socio.* Non igitur perpetua esse debet, sed temporalis & annalis. Præsertim cùm sit etiam prætoria: Secundum distinctionem *l. in honorariis* 35. *inf. de oblig. & action.* Atque ita concludit Accursius actionem hanc esse annalam, quantum

ad pœnam, sed tamen perpetuam quantum ad rem persequendam.

Dec. Hæc actio licèt ex delicto sit & turpis, famosa tamen non est, in quo differt maximè ab actione De dolo. Nec rursus pœnalis merè, sed mista ex pœna, & rei persecutione. Proinde quia rei persecutoria est quamuis non nisi ex parte actoris, & pro parte tantùm intentionis, tota tamē est perpetua, quia cùm sit vna eademq; actio, non potest vtrique diuersu iure censeri, Vt vno respectu perpetua sit, aliu annalis arg. *l. eum qui ædes 13. inf. de vsucap.* Et sanè absurdum esset dicere actionem hanc serui corrupti, ob id solùm quod pro parte sit pœnalis & prætoria, finiri anno; quod nec in actione furti manifesti, quæ perinde prætoria & tota merè quę pœnalis, & famosa est, admittere potuit Prætor §. *1. Inst. de perpet. & tempor. action.* Ne alioqui tam graue delictum maneat impunitum, si fortè intra annum proposita actio non sit. Videturq; Prætor in actione serui corrupti hoc ius induxisse, exemplo illius actionis furti, Tantoq; facilius quod hæc De seruo corrupto partim rei persecutoria est ex parte actoris, tantoq; fauorabilior vt etiam post annum dari debeat. Quamuis cæteræ etiam quæ sunt rei persecutoriæ ex parte actoris si sint pœnales ex parte rei, non soleant dari post annum *l. 1. §. vlt. infr. Ne vis fiat ei qui in poss.* Maximè verò si nascantur ex delicto *l. vel post annum 6. & seq. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Nam si ex suscepto negotio, aliud est vt in *l. 4. inf. si mens. fals. mod. dixer.*

a *Et heredi cæterisque successoribus competit.* Ratio dubitandi. Actiones pœnales non magis dantur heredi, quàm in heredem *l. pen. supr. de in ius vocand. l. hæc actio 4 sup. de calumniat.* Atqui hæc actio pœnalis est, vt sequitur in textu.

Dec. Actiones mistæ id est quæ partim rei persecutionem continent etiamsi ex parte actoris tantùm, differunt in eo à merè pœnalibus, quòd dantur etiam heredi cùm ipsius quoque interesit *l. pen. in fin sup. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. 3. §. hanc actionem infr. si mens. fals. mod. dixer. l. 1. §. vlt. infr. Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim. l. g 3. § vltim. supr. de alien iudic. mut. caus. fact.* Atqui hæc actio mista est ex pœna & rei persecutione, & est rei persecutoria, saltem ex parte actoris, cuius interest seruum neque in animo neque in corpore corrumpi, nec ab eo quicquam subtrahi. Nec negari potest quin heredis intersit, qui tantò minorem consequitur hereditatem. Ergo actio hæc heredi quoque danda est, cæterisq; successoribus, qui heredum loco sunt siue iure ciuili, siue honorario, Cuiusmodi sunt bonorum possessores, Fideicommissarius cui restituta est ex Trebelliano hereditas, & is cui libertatis causa addicuntur bona ex Diui Marci constitutione. In his namque omnibus eadem iuris ratio locum habet cùm sint vniuersales iuris successores *l. 1. 2. & 3. inf. de bonor. poss. §. restituta Instit. de fideic. hered. l. 2. inf. ad SC. Trebell.* Et apud Iustin. *Tit. de eo cui libert. caus. bon. addic.*

b *In heredem autem non dabitur.* Ratio dubitandi. Actiones quæ sunt perpetuæ, & dantur etiam post annum, in heredem quoque dari solent *l. in honorariis 35 de oblig. & action.* Atqui hæc actio est perpetua vt suprà diximus. Ergo in heredem quoque dari debet, eâdem ratione qua diximus esse illā perpetuam, quia continet rei persecutionem, & quidē non arbitrio iudicis, vt illa in factum, de qua in *d. l. 5. §. vlt. cum legib. seq. sup. de alien. iudic. mut. caus. fac.* sed ea sui natura. Neque enim actu hæc arbitraria est, vt nec bonæ fidei sed stricta *l. 3. §. in his quoque iudicijs inf. de vsur.* Dec. Actiones quæ sunt pœnales ex parte rei, licèt sint rei persecutoriæ ex parte actoris, non tamen dantur in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit *l. in heredem 5. de calumniat. d. l. 1. §. vlt. Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Nec semper verum est actiones prætorias quæ sunt perpetuæ dari in heredem, vt cernere est in actione Furti manifesti, quæ licèt sit tota pœnalis & prætoria & famosa, perpetua tamen est §. 1. *Instit. de perpet. & tempor. act.* nec eo magis datur in heredē, vt ibidem scriptum est, In iis verò quæ ex parte actoris sunt rei persecutoriæ, ex parte autem rei pœnales, facilius est vt sint perpetuæ quatenus sunt rei persecutoriæ, Nec tamen transeant in heredem quatenus sunt pœnales. Fauor persecutionis facit eas perpetuas si modò sint rei persecutorię sui tantùm natura, non autem arbitrio iudicis, vt in *d. l. 5. §. vlt. & legib. sequent. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Sed odium pœnæ facit ne transeant in heredem, in quem nec pœna transire vnquam solet *l. si pœna 20. inf. de pœn.*

1 ¶Sed & si quis seruum hereditarium corruperit, hac actione tenebitur. sed & petitione hereditatis, quasi prædo tenebitur a.

Ad § 1. Sed & si quis.

Ratio dubitandi. Serui hereditarij nomine non potest agi furti *l. hereditaria 68. inf. de furt.* Cur ergo potius serui corrupti? Sunt enim actiones hæ persimiles & quæ in permultis pari passu ambulant *l. Neratius 11. §. vlt. sup.*

Dec. Elegās differentia est hac parte inter actionem furti, & hanc de seruo corrupto: quoniam rei hereditariæ furtum fieri non potest, Cùm furtum nihil aliud sit, quàm interuertio possessionis alienæ: quæ porrò nulla est penes hereditatem: Siquidem hereditas est nomē iuris, & persona ficta quæ iuris tantùm intellectu subsistit, Possessio autē est facti, vt ratiocinatur Vlpianus ex Scæuola in *l. 1. §. Scæuola inf. si is qui testam. lib. esse iuss. est*: At seruus hereditarius & celari & corrumpi potest, perinde atque alius quilibet, Nec ob id minus est alienus quòd sit hereditarius. Cùm hereditas personam defuncti repræsentet in dominio rerum hereditariarum quod æquè iuris est. Vnde & domina dicitur in *l. non minus 31 §. vlt. de hered. inst. l. hereditas 34. de acquir. rer. domin. l. liber homo 13. §. pen. sup. ad leg. Aquil. l. denique 13. §. quæsitum inf. quod vi aut clam.*

a *Sed & petitione hereditatis quasi prædo tenebitur.* Ratio dubitandi. Qui seruum hereditarium corrupit, non ideò dici potest rem aliquam possidere hereditariam. Ergo nec petitione hereditatis teneri potest, cùm actio illa sit in rem, quamuis plerásque habeat præstationes personales *l. sed etsi 25. §. antep. sup de hered. pet.* ob idque necesse sit vt rem hereditariam aliquam teneat, tametsi sufficiat vel minimam *l. licet minimam 10. inn & l. preced. eod. tit.*

Dec. Etiam debitor hereditarius conueniri potest hereditatis petitione, quia iuris possessor est quod sufficit ad actionem illam inducendam *l. pro herede 11. l. nec vllam 13. §. vlt. cum legib. seq. eo. illo tit.* Debitor au-

tor autem hereditarius eſt qui ſeruum hereditarium corrupit, adeoq; ſubtipuit, licèt non idcirco furti teneatur, vt modò diximus *l. vel aliquam* 15. *eo.* An enim debitor ſit ex contractu, an ex delicto nihil refert *l. ſed virum* 14. *eod.*

14. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

VT tantum veniat in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem.

Ad l. Vt tantum 14.

Ratio dubitandi. Actio hæc datur in duplum ab initio, id eſt etiam aduerſus cōfitentem. Petitio autem hereditatis nō datur niſi ad ſimplū eius quod intereſt, & quod eſt in hereditate, neque ex earum actionum numero eſt, quæ vel per inficiationem creſcant. Ergo ſi quis petitione hereditatis conueniatur ob id, quòd ſeruum hereditarium corruperit, non videtur fieri poſſe vt tantū veniat hoc nomine in hereditatis petitionem, quantum in hanc actionem. Dec. Petitio hereditatis, cùm ſit vniuerſalis actio, facilè augmentum recipit & diminutionem, ſicut & hereditas quæ nomen iuris eſt *l. hereditas* 50. *& l. item veniunt* 20. §. *item non ſolùm ſupr. de hered. petit.* ideoq; admittit etiam facilè vt aliæ actiones in eam confluant; & quidem cum ſua natura ſuiſq; qualitatibus. Atqui actio hæc ſerui corrupti ſui natura eſt pœnalis & in duplū etiam in confitentem *l. doli* 5. §. *hæc actio ſup. hoc tit.* Ergo ita quoque veniet in petitionem hereditatis vt ſerui corrupti nomine duplum actor conſequatur etiam per hereditatis petitionem: Quemadmodum è contrario legis Aquiliæ actio confluit in petitionem hereditatis pro ſimplo duntaxat, quia natura ipſius ea eſt vt nun detur in duplum contra confitentem ſed tantùm aduerſus inficiantem *d. l. item veniunt* §. *cùm prædiximus* iun*ct*. *l. nec vllam* 13. §. *vlt. & ſeq. l. ſi à domino* 36. §. *ſi poſſeſſor ſupr. de hered. petit. l. non ſolùm* 13. *& ſeq. ſup. de rei vindic.* Simile aliquid eſt in *l. eum qui* 30. *in princ. inf. de iureiur.* Nec enim res pluris eſſe aut actio intelligitur ob id quod poſſit per inficiationem creſcere, non magis quàm cùm per iuſiurandum actoris contumacia aduerſarij æſtimatur vltra rei precium *l. 1. de in lit. iurand.*

1 ¶De filio, filiáve familias corruptis huic edicto locus non eſt: quia ſerui corrupti conſtituta actio eſt, qui in patrimonio noſtro eſſe: & pauperiorem ſe factum eſſe dominus probare poteſt, dignitate, & fama domus integra manente: ſed vtilis competit, officio iudicis æſtimanda: [a] quoniam intereſt noſtra, animum liberorum noſtrorum non corrumpi.

Ar. §. 1. De filio.

Ratio dubiandi. Intereſt noſtra liberorum noſtrorum animum non corrumpi, ſicut nec ſeruorū, magiſq; liberorum quàm ſeruorum, cùm patris & filij quem in poteſtate habet vna eademq; perſona exiſtimetur *l. ne cum filiofamilias* 16. *inf. de furt. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* magiſq; in perſonis liberorum quàm in ſua propria bonus pater afficiatur *l. iſti quidem* 8. *ſup. met. cauſ.* Ergo de filio filiáve familias corruptis non minùs huic edicto locus eſſe debet quàm de ſeruo, ſeruave, Præſertim cùm grauiùs delinquit, qui liberum hominem corrumpit, adeoq; putat ſe corrumpere quam qui ſeruum *l. doli* 5. §. 1. *ſup. hoc tit.* Dec. Actio ſerui corrupti conſtituta eſt à Prætore, Eius demum ſerui nomine qui in patrimonio actoris eſſet, & cuius ratione pauperiorem ſe factum eſſe probare poteſt dignitate & fama domus integra manente: Quod de filio filiáve corruptis non ſimiliter dici poteſt. Nam neq; ſunt in patrimonio noſtro, neque poſſet pater ſalua familiæ ſuæ dignitate & fama dicere corruptos eſſe ſuos liberos, ex quorum ſcilicet vita boniſque moribus non minùs pendeat dignitas familiæ, quàm ex vita ipſa patris. Actionis iniuriarum alia ratio eſt: competit enim etiam patri ſuo & filij ſui nomine aut etiam ſuo tantùm ſi filius iniuriam & contumeliam pati velit *l. ſed ſi vnius* 17. §. *Prætor. & ſeqq. l. ſi ſeruus* 26. *inf. de iniur.* Quoniam qui de iniuria & contumelia illata conqueritur, non ideò infamat eum qui contumeliam & iniuriam immeritò paſſus eſt. At is qui agit de alio corrupto dicit rem turpem & corruptori & ei qui corruptus eſt.

a *Sed vtilis competit officio iudicis æſtimanda.* Ratio dubitandi. In ſeruo corrupto fit æſtimatio per hanc actionem, quāti ſeruus ob id quod corruptus fuit, vilior & minoris factus ſit *l. ſi quis ſeruum* 9. §. *vlt. ſup.* Arquin hominis liberi nulla æſtimatio eſt *l. 3. ſupr. ſi quadrup. pauper. fecisſ. dicat. l. 1. §. ſed cùm liber & l. vlt. ſup. de his qui deiec. vel effud.* Ergo non magis per vtilem, quàm per directam ſerui corrupti actionem de homine libero agi poteſt.

Dec. Non fit hoc caſu æſtimatio liberi hominis, ſed officio iudicis tanquam arbitratu boni viri, & eo modo, qui magis intellectu percipi, quàm verbis exprimi poſſit, vt loquitur Vlpianus in *l. quo enim* 12. §. 1. *inf. Rat. rem haber.* Nec enim negari poteſt quin noſtra interſit liberorum noſtrorum animum non corrumpi, multoq; magis quàm ſeruorum, vt ad verſic. præcedentem dicebamus. Iudex autem in æſtimando eo quod intereſt, habere debet rationem operarum & maioris commodi quod per filium pater habuiſſet ſi filios corruptos non fuiſſet, Vt benè Accurſius notat arg *l. qua actione* 7. *in princ. ſupr. ad leg. Aquil. & d. l. 3. ſi quadrup pauper. fecisſ. dic.* An ita vt adfectionis quoque rationem haberi oporteat? Ita putat Accurſius, Adhibito inquit actoris iureiurando, ſed cum taxatione arg. *l. ſi quis reum* 4. *de cuſtod. & exhib. reor. leg. conſtitutionibus* 37. §. 1. *inf. de iniur.* §. *penul. Inſtit. eod.* Ego non puto. Ex *l. vlt. ſupr. de oper. ſeruor.* quam neſcio cur adducat Accurſius, vt probet etiam in iudiciis ſtrictis haberi rationem adfectionis in æſtimando eo quod intereſt, Cùm vix in bonæ fidei iudiciis id obtineat *l. cùm ſeruus* 54 *inf. mandat.* ne alioqui facilè abeat æſtimatio eius quod intereſt in infinitū *l. ex damni* 40 *in pr. inf. de damn. inf. ct.* Nec aliæ ſupradictæ leges obſtāt in quib. nihil de affectione, Nihil etiā de iureiurando: ſed tātùm de facienda cōdemnatione per æſtimationē iudicis in *d. l. conſtitutionib.* §. 1. quod longè diuerſum eſt. Iunge *l. precia rerū* 63 *ad leg. falcid. l. ſi ſeruum* 33. *ſu. ad leg. Aquil.*

2 ¶Si ſeruus communis, meus & tuus, proprium meum ſeruum corruperit: Sabinus, non poſſe agi cū ſocio: perinde atque ſi proprius meus ſeruus corrupiſſet conſeruum.

Ad §. 2. Si seruus communis.

Ratio dubitandi. Si seruus vnius seruum alienum corruperit dominus corruptoris tenetur de seruo corrupto, scilicet cum noxæ deditione *l. doli 5. § si seruus sup. hoc tit.* Atqui seruus communis meus & tuus licèt meus sit pro parte, negari tamen non potest quin sit etiam tuus *l. illud 46 inf. de rit. nuptiar.* Ergo te ipsius nomine mihi teneri de seruo corrupto æquum est hactenus saltem, vt eum, pro qua parte tuus est, mihi pro noxa dedere tenearis.

Dec. Qui mihi tecum communis est, non minùs est meus, quàm tuus, *l. 5. §. 1. l. 6. de legat. 1.* Atqui cum seruo meo proprio qui alium seruum meum, aut etiam communem corrupisset, nulla mihi posset esse actio *l. 4. sup. de iudic. l. cum seruo 207. de reg. iur.* Ergo neque potest mihi tecum competere noxalis, si seruus communis meus & tuus seruum meum corruperit: Non magis quàm si seruus meus proprius conseruum corrupisset vt hîc Paulus scribit. Est enim regula generalis, Eum qui tenetur serui communis nomine aliis in solidum non posse eiusdem serui nomine agere noxali actione neq; cum alio, neque cum socio *l. pen. C. de furt. l. sed si vnius 17. §. si seruus inf. de iniur.* Quia tamen perpetuum est vt dominus factum serui sui præstare debeat, nec tam improbum consilium manere impunitum debet, Dicimus dandam mihi esse contra te actionem, vel Pro socio si sumus socij, vel Communi diuidundo, si condiuisores tantùm, vel denique Familiæ erciscundæ, si coheredes *l. si seruus seruum 27. §. 1. sup. ad leg. Aquil. l. cum seruus 41 de noxal. act. l. & puto 16. §. vlt. sup. Famil. ercisc.* Per quas actiones dominus serui corrupti consequitur vt vel seruus ei adiudicetur, vel litis æstimatio in simplum offeratur *d. l. & puto §. vlt.* ita vt hæ actiones quamuis ex quasi contractu profectæ, noxales quodammodo esse videantur *l. si seruus 6. inf. de furt.*

3 ¶Item si seruus communis extraneum corruperit: videndum est, vtrùm cum duobus agi debeat, an & cum singulis, exemplo ceterarum noxarum: & magis est, vt vnusquisque in solidum teneatur, altero autem soluente, alterum liberari.

Ad §. 3. Item si seruus communis.

Ratio dubitandi. Cùm duo sunt eiusdem serui domini, vnius tantùm loco habentur, quia nec nisi vnus seruus est. Ergo si seruus communis meus & tuus seruum extraneum & alienum corruperit cum duobus simul agendum est De seruo corrupto non cum singulis.

Dec. Est hoc generale in omnibus noxalibus, actionibus, quæ contra plures vnius serui dominos ex eius serui delicto competunt, vt aduersus singulos in solidum dentur, & quidem ita vt non sufficiat ei qui in solidum conuenitur, vt partem quam in seruo habet noxæ dedere paratus sit si non totum dedat, quia noxæ deditio indiuidua est *l. si seruus communis 8. sup. de noxal. act.* Cæterùm vno soluente constat alterum quoque liberari, vt hîc apertè scriptum est, quia vnum duntaxat delictum est vnius serui & damnum vnum licèt plures sint domini, Nec conueniuntur illi, ex proprio capite sed ex persona serui communis, vt ratiocinatur Paulus in *l. qui seruum 20. sup. de interrog. in iur. fac.* Nec bona fides paritur vt idem bis exigatur vulg. *l. bona fides 57. de reg. iur.* An verò ad alterum liberandum sufficiat, alterum conuentum duntaxat esse, vt scriptum est in *d. l. qui seruum.* An verò non sufficiat vt diserte Vlpianus scribit in *l. si plurium 5. de noxal. act.* alia quęstio est de qua nos ad illas leges scripsimus.

4 ¶Si is, in quo vsumfructum habeo, seruum meum corruperit: erit mihi actio cum domino proprietatis.

Ad §. 4. Si is in quo.

Ratio dubitandi. Vsusfructus in plerisque causis pars quodammodo est dominij *l. 4. l. si Titio fructus 33. §. 1. sup. de vsufr. l. qui vsumfructum 58. de verb. oblig.* Ergo si is in quo vsumfructum habeo seruum meum corruperit, non magis debet mihi esse actio contra dominum proprietatis, quàm si vnus ex meis seruis alium seruum meum corrupisset, cum alio vllo possem agere, Aut saltem perinde haberi debet, acsi seruus communis seruum meum corrupisset: Qui casus est §. præcedentis.

Dec. Verius est, vsumfructum in iure non in parte consistere *l. Mauius 66. §. fundo de legat. 2.* nec fructuarium posse vllomodo dici dominum *l. falsus 43. §. vlt. de furt.* totumque fundum dici proprietarij quamuis vsusfructus alienus sit *l. rectè dicimus 25. de verb. signific.* Consequens ergo est vt in hac specie danda sit actio fructuario ex hoc edicto, quippe ex quo detur cuilibet domino contra eum, qui alienum seruum corrupit *l. 1. sup.* aut si seruus sit qui corrupit, contra ipsius dominum, id est proprietarium *l. doli 5. §. si seruus sup.* Quòd si verum est, vt est, Interesse fructuarij bonæ frugi seruum esse in quo vsumfructum habet *l. si quis seruum 9. §. 1. sup.* Multò magis eius interest non corrumpi seruum eius proprium, per seruum fructuarium. Et quemadmodũ si proprietarius corrumperet seruum fructuarium, fructuario vtili actione ex hoc edicto *d. l. 9. §. 1.* Ita & cùm seruus fructuarius seruum meũ corrumpit, danda mihi est actio, eáque non vtilis sed directa contra proprietarium tanquam dominum serui fructuarij, sed noxalis, vt proprietarius damnatus mihi noxæ dedens liberetur *l. is qui vsumfructum 18. sup. de noxal. act.* Nõ enim debeo ob id deterioris condicionis esse quod vsumfructum in eo seruo habeo quàm si non haberem *l. sed si vnius 17. §. si seruus 9. inf. de iniur.* Aliter atque si seruus communis esset, vt ibidem scriptum est. Nec enim sicut ex delicto serui communis quisque dominorum in solidum tenetur noxali actione *l. si seruus communis 8. sup. de noxal. act.* Ita & fructuarius ex noxia serui fructuarij *l. is qui vsumfructum 18. eo. ti.* Itaq; fructuario non obstat regula *l. pen. C. de furt.* de qua diximus ad §. *si seruus supr.*

5 ¶Pignoris dati nomine debitor habet hanc actionem.

Ad §. 5.

Ad §.5. Pignoris.

Ratio dubitandi. Is qui pignori rem tenet non minùs iustè possidet quàm qui ex vsusfructus causa rem habet *l. quacunque 13. §.1. sup. de Publ. in rem act.* imò cùm vsufructuarius non nisi naturaliter possidere videatur *l. naturaliter 12. in pr. de acquir. possess. l. certè 6. §. is qui inf. de precar.* Creditor tamen ciuiliter possidet, & ad suum commodum in omnibus, prȩterquam in quod ad causam vsucapionis *l. serui 16. inf. de vsucap.* Nec potest negari quin etiã creditoris intersit bonæ frugi, nec corruptum esse seruum, quẽ pignori accepit, quemadmodum de vsufructuario proximè scripsimus. Vel ob hoc ipsum ne aliquod per ipsum aut ab ipso damnum patiatur. Ergo certam pignoris dati serui nomine creditor actionem hanc habere debet, non debitor tantùm; saltem hactenus, vt habeat vtilem exemplo fructuarij qui non magis est dominus quàm creditor, debitor autem tanquam dominus habeat directam *l. si quis seruum 9. §. 1. sup.* Dec. Actio hæc non alij competit ex verbis edicti quàm domino, cuius seruus corruptus est *l. 1. & pass. sup.* Seruus autem pignoratus, quẽ corruptum ponimus non est creditoris sed debitoris *l. pignus 9. C. de pign. act.* Nec enim pignoris titulus habilis est ad transferendum dominium licèt exigat traditionem factam à domino *l. cùm & sortis 35. §.1. iunct. l. si rem 9. § propria inf. de pignora. act.* cùm nemini res sua possit esse obligata *l. neque pignus 45. de regul. iur.* nec perseuerare pignus acquisito dominio creditori *l. pen. §.1. de except. rei iudic.* Et quamuis possessio pignoratitia sit iusta & quæ etiam pergat ad iudicij vigorem, in quo differt à precaria *l. communi 7. §. inter prædones sup. Commun. diuid.* non tamen sibi possidet creditor nec animo domini *d. l. quacunque §.1. de public. in rem act.* Nec rursum valde ipsius interest an seruus corrumpatur, necne, cùm nullum ex re pignorata commodum possit consequi, quod non debeat reddere creditori pignoratitia actione: In quo differt maximè à fructuario qui licèt alienam rem sciens possideat, omne tamen commodum & emolumentum rei percipit suo iure, ac sine vllo onere restitutionis *l. cùm filium 76. §. dominus de legat. 2. l. item si fundi 9. sup. de vsufr.* Meritò igitur hìc respondet Paulus, Serui corrupti actionem soli debitori tanquam domino dandam esse, creditori verò nullam, id est ne vtilem quidem. Idem iuris est in actione legis Aquiliæ si seruus pignori datus per iniuriam occisus sit, *leg. qui occidit 30. §. vbi dixi iunct. l. si seruus seruum 27. in princip. sup. ad leg. Aquil.*

6 ¶In hac actione non extra rem duplũ est. id enim, quod damni datũ est, duplatur.

Ad §.6. In hac actione.

Ratio dubitandi. Hȩc actio proximè accedit ad actionem furti nec manifesti quȩ similiter pœnalis est, & ex delicto, & in duplum, Nisi quòd hæc nostra prætoria est, & turpis tantùm, non famosa; Illa verò & ciuilis, & famosa. Atqui in actione furti nec manifesti duplatur verum rei precium, ita vt duplũ illud sit extra rem, id est extra precium, & totum pœna *l. in actione 50. inf. de furt.* vbi additur in actione furti manifesti similiter quadruplari precium, ita vt etiam exacta pœna, sit salua rei persecutio per vindicationem, & condictionem *l. si pignore 54. §. cùm furti inf. eod. tit.* quod non esset si in pœna dupli vel quadrupli ipsa quoque res contineretur. Dec. Habent quidem actiones istȩ multa similia, sed hoc dissimile, quòd actio furti est merè pœnalis, *§. vlt. Instit. de obl. quæ ex delict. nascunt. §. ex maleficiis. Inst. de action.* Hȩc autem de seruo corrupto est mista ex pœnali & rei persecutoria. Itaq; totum duplum non est pœna, nec extra rem quæ venit in hanc actionẽ, & per eam petitur, i. extra id quod interest, sed in hoc duplo simplũ cõtinetur, id est quicquid damni per eam corruptionẽ datum est, & simplum illud duplatur, aut vt alij legunt, duplicatur. Nec potuit est hȩc pœna dupli cũ detur ex natura actionis ab initio etiã in cõfitentem *l. doli 5. §. hæc actio sup.* in quo magis pœnalis est hæc actio quã actio legis Aquiliæ, vt ibi diximus, & in *l. si quis seruũ 9. §. vlt. su. e.*

7 ¶His consequenter & illud probatur: vt, si seruo meo persuaseris, vt Titio furtum faciat, non solum in id teneris, quo deterior seruus effectus est, sed & in id, quod Titio præstaturus sim.

Ad §.7. His consequenter.

Ratio dubitandi. Verba edicti non ad aliud cõdemnant corruptorem, quàm quanti vilior seruus factus sit & deterior *l. si quis seruum 9. §. vlt. sup. hoc tit.* Ergo si seruo meo persuaseris vt Titio furtum faceret, & fecerit, non in aliud teneri potes quàm quo deterior seruus factus sit, nõ etiam ad id quod ego Titio præstaturus sim. Videtur enim illud interesse, vt nostri loquuntur, esse extrinsecum, ideoq́ue nullam eius rationem habendam esse *l. si sterilis 21. §. cùm per venditorem de action. empt.* Ne alioqui facilè excurrat in infinitum arg. *l. ex damni 40 inf. de damn. infect.* quod adhuc postea duplandum sit *d. l. si quis seruum §. vlt. & in §. prox. praeced. huius legis.* Dec. Datur hæc actio ad indemnitatem plenissimam *l. in hoc iudicio 10.* vbi diximus *sup. adeoq; ad duplam indemnitatem vt ad §. praeced. dicebamus.* Negari autem non potest quin mihi abesse intelligatur & in damno sit quicquid præstare teneor Titio ob id quòd seruus meus à te corruptus furtum ei fecerit, non facturus si tu eum non corrupisses. Idipsum ergo tu hac actione mihi totum præstare debes, non minùs quàm si eã pecuniam corruptus seruus fugiens secum abstulisset *d. l. in hoc iudicio, & seq.* Atque ita Paulus noster in § *prox. seq.* argumentatur, in illis verbis *quia ego lege Aquiliæ obnoxius sim, Aut si ex conducto teneor alicui &c.* Nam cum ex furto quod seruus meus à te corruptus Titio fecit, possim ego noxali actione furti à Titio conueniri, per quam cogat aut damnum decidere, aut seruum noxæ dedere, An non tantò minoris seruus factus esse creditur, ob id quòd corruptus fuit, quantum ob eam causam præstiterim Titio aut ne iam iam præstare necesse sit? *d. l. si quis seruum §. vlt. iunct. l. si quis mandatu 28. sup. de neg. gest. l. inter causas 26. § abesse inf. mandat.* Porrò in id quod interest venit omne id quod mihi abest, adeoq; etiam quod lucrari potui, *leg. si commissa 13. inf. rat. rem haber.*

¶Item non solùm, si mihi damnum dederit consilio tuo, sed etiam si extraneo; eo quoque nomine mihi teneris, quòd ego legi Aquiliæ obnoxius sim. aut si ex conducto teneor alicui, quòd ei seruum locaui, & propter te deterior factus sit, teneberis & hoc nomine, & si qua talia sint.

Ad §.8. Item non solùm.

Hic §. proximè accedit ad sententiam §. præcedentis in quo iam actum est de damno, quòd seruus meus à te corruptus dederit Titio extraneo, cui tua persuasione furtum fecerit. In hoc autem §. idipsum repetitur, Non solùm si seruus hic meus dãnum mihi dederit, sed etiam si extraneo, te mihi eo quoq; nomine teneri, quia inquit Paulus, ego lege Aquilia obnoxius sum, aut si ex conducto teneor alicui quòd ei seruum locauerim, qui postea conductori furtum fecerit, vt dubitari non possit quin consilio tuo deterior factus sit. Eandem igitur recipit dubitandi & decidendi rationem hic §. quam §. superior, Nisi quod videtur habere nescio quid maioris dubitationis, cùm tuo cõsilio seruus meus extraneo damnum dedit, quàm cùm tua persuasione, quia persuasio habet vim quandam cùm nihil aliud sit persuadere quàm alium cogere & plus quàm cõpellere sibi parere *l.1.§.persuadere sup.* quod nõ est in cõsilio. Itaq; grauius est persuadere, quàm consilium dare. Quantò autem grauiùs quis delinquit, tantò facilius eum teneri & obligari æquũ est.
a *Aut si ex conducto teneor alicui.* Ratio dubitandi. Non teneor ex conducto si seruus meus quem tibi locaui damnum tibi dederit me ignorante, puta si furtum fecerit, quia extra conductionis causam est furti crimen, & in propriam persecutionem cadit actionis furti noxalis, quæ ex quolibet delicto serui contra dominum ignorantem datur: vt ex eodẽ Paulo nostro scriptum est in *l. si tibi donum 37. §. si hominem inf. locat.* iunct. *l. pen. Commod. l. si seruus pignori 31. de pign. act.* Nisi certam personam tibi locauero, nõ hominem incertum & in genere quem postea elegerim ex iis qui fures erant, Secundùm distinctionem Iauoleni in *l. ante pen. §. seruum meum locat.* Ergo nec actione de seruo corrupto ex hac causa teneri debeo. Dec. Sufficit ad me obligandum actione ista ex conducto, quod delictum serui corrupti me obliget noxali actione perinde acsi ex conducto conueniri possem, quemadmodum nec quicquam refert an ex conducto tenear, an ex lege Aquilia, vt hic textus probat. Sufficit autem ad huius versiculi sententiam conseruandam vt aliquo casu possim teneri etiam ex conducto, vt in specie & distinctione *d. §. seruum meum*: quam distinctionem & Accursius noster hîc post Azonem ad illum locum probat. Idemque est si in commodato seruo tale quid contigerit.

9 ¶Æstimatio autem habetur in hac actione, quanti seruus vilior factus sit. quod officio iudicis expedietur.

Ad §.9. Æstimatio.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est ad hunc §. quæ ad *l. si quis seruum 9. §. vlt. su.* Idem enim vtriusque loci sensus est, In hanc actionem venire quanti seruus vilior ex corruptione factus sit: quod quoniam in facto magis quàm in iure consistit, vt & si quid præterea intersit actoris *l. in hoc iudicio 10. & seq. sup.* iunct. *l. quatenus 24. de regul. iur.* officio iudicis expediendum est, ad cuius arbitrium maximè id pertinet, Vt & in lege Cornelia iniuriarum *l. constitutionibus 37. §. 1. inf. de iniur.* Facti namque æstimatio semper in iudicis arbitrio est *l. 1. §. 1. ad SC. Turpill. leg. ordine 15. infr. Ad municip. leg. voluntatis 7. Cod. de fideicom.*

10 ¶Interdum tamen & inutilis fit, vt non expediat talem seruum habere, verum ergo & precium cogitur dare sollicitator [a], & seruum dominus lucrifaciat? an verò cogi debet dominus restituere seruum, & pretium serui accipere? & veriùs est, electionem domino dari: siue seruum detinere cupit, & damnum quanti deterior seruus factus est, in duplum accipere: vel, seruo restituto, si copiam huius rei habeat, pretium consequi: quòd si non habeat, pretium quidem simili modo accipere debet: cedere autem sollicitatori, periculo eius, de domino serui actionibus. Quod tamen de restitutione hominis dicitur [b], tunc locum habet, cum homine viuo agitur, quòd autem si manumisso eo agatur: non facilè apud iudicem audietur [c], dicendo, ideo se manumisisse, quoniam habere noluerat domi, vt & precium habeat, & libertum.

Ad §.10. Interdum.

Non puto hunc versiculum benè seiunctum à §. præcedente, sed potiùs vnico contextu ita legendum *quod officio iudicis expedietur interdum, tametsi* aut si voles eodem sensu legere, vt alibi sæpe in Pand. Florent. *tamen etsi* pro *tametsi*, *inutilis fit, vt non expediat talem seruum habere.* Hoc sensu vt cùm in hac actione, ineunda æstimatio est quanti seruus vilior factus sit, aliquando id expediendũ sit inspecta rei veritate, id est habita vera serui æstimatione siue per viros probos siue aliis modis in hanc rem cõparatis, de quibus in *l. si seruum 37. sup. ad l. Aquil. in actionib. 5. §. planè de in lit. iur.* iunct. *l. in actione 50. inf. de fur.* Aliquando autẽ solo officio & æstimatione iudicis, quia nec aliter posset, Vt puta si seruus corruptus, ita sit inutilis vt nõ expediat talem seruum habere. Quod intelligo de eo, qui priùs etiam quàm corrũperetur ita fuerit inutilis vt superueniẽs corruptio deteriorem quidem eum facere potuerit, sed non inutiliorem. Sunt enim mancipia quędã huiusmodi, & aliæ quoque res nonnullæ vt expediat non habere quia magis onerent patrimonium, quàm sint fructui, de quibus in *l. item veniunt 20. §. hac aduersus & §. quid si post petitam sup. de hered. petit.* Quis enim æstimare vnquam possit quanti ob corruptionem vilior factus sit seruus qui iam antea erat inutilis prorsus, & onerosus domino? Sed tamen quia non eo minus verum est, factum esse illum deteriorem (aliud enim est deterior fieri, aliud viliorem, quemadmodum è contrario posset deterior fieri seruus, & tamen pro temporum varietate preciosior esse post deteriorationem auctis fortè seruorum preciis, quàm fuisset antea *l. 3. infr. de condict. tritic.*) neque tam improbum solicitatoris factum impunitum manere debet, condemnandus ille est ad id quod interest domini, Æstimatione solo iudicis officio facienda, sicut idem Paulus noster euenire scribit filiofamilias corrupto in §. 1. *huius legis*: quoniam aliter non potest fieri æstimatio huius corruptionis vt ad illum locum scripsimus. Quare nec illud probare facilè possum, quòd Accursius & post eum Cuiacius locum hunc explicat de eo seruo quem non expediat domino habere, expediat tamen alteri. Quin potiùs de illo intelli-

intelligendum puto, qui sit ita inutilis vt nulli eum habere expediat. Alioqui facilè æstimationem reciperet alter quàm officio iudicis, nec difficile esset scire quanti ob corruptionem vilior factus esset. Nec me mouet argumentum quo vtitur Accursius, quòd alioquin, inquit, etiamsi seruum hûc retineret dominus, eius tamen totius consequeretur æstimationem, quod infrà negatur. Nam quantumuis seruus hic omnino sit & omnibus inutilis, non tamen statim cõsequens est vt eo retento possit dominus eius totius æstimationem consequi, Numquam enim precium aut totum aut pro parte petere potest is qui rem iam habet, cum in re precium contineatur eminenter non etiam res in precio *l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat*. 1. nec possit quisquam petere id quod iam habeat: Prętetquam quod seruus qui hodie inutilis omnino est, fieri tamen posteà melior potest. Quanquam si Accursij & Cuiacij interpretationem probare malis, parum refert. Sequitur apud Paulum

a *Vtrum ergo precium cogitur dare solicitator.* Quæstio proponitur his verbis circa eum seruum de quo proximè cœpit Paulus tractare, qui iã priùs quàm corrumperetur, ita erat inutilis vt neque domino neq; alij vlli eum habere expediret, & ratione cuius non possit dici quicquam domini interesse. Quæstio illa est, An huius serui precium cogatur solicitator & corruptor dare domino seruum retinenti atque ita lucrifacienti, An verò cogi debeat dominus accipiendo precium à solicitatore seruũ ei restituere. Ideò autem concipitur quęstio de seruo, quòd ea quæ inutilia sunt, non eo minùs suam & aliquam habent æstimationem, quamuis tantò minorem. Respondet autem Paulus, Esse verius electionem domino dari, siue seruum retinere cupit, vt eo casu damnum quanti deterior seruus factus sit in duplum accipiat, Æstimatione, vt proximè diximus, arbitrio iudicis facienda: Siue seruum restituere malit, si copiam restituendi habeat, precium consequatur; Quòd si seruum restituere non possit, precium quidem simili modo accipiat, Cedere autem solicitatori eiusdem periculo dominus serui debeat suis actionibus. Itaque prima pars illa quæstionis, An precium cogatur dare solicitator, & dominus seruum lucrifaciat, & retineat, nunquam locum habere potest, quia vt iam diximus, qui rem habet precium petere nũquam potest, nec duplum precij hoc est alterum tantum quantum est in precio. Proinde si dominus seruum corruptũ quamuis inutilem retinere malit quàm restituere nihil nisi damnum, quanti seruus deterior factus est, in duplum accipere potest, quod solo iudicis officio ęstimari potest & debet. Et hic casus nullam specialiorem recipit dubitationem, cùm hoc fiat ex verbis edicti *d. l.* 9. §. *vlt. sup.* Sed quod sequitur, si dominus restituendi serui copiam habeat, & eum restituere malit, quàm retinere, nihil eum posse nisi precium consequi, dubitationem ex eo recipit, quòd ita fiat, vt impunitum delinquentis factum manere videatur. Quid enim consequitur qui precium serui accipit & amittit seruum? An non hoc est seruum suo precio vendere? quod facere nemo cogitur. Verùm dici potest, In seruo prorsus inutili de quo tractamus & quem non habere magis expediat saltem actori, satis duplum consequi actorem qui seruũ illum restituit, eiusq; totius preciũ consequitur, Cùm & lucrũ ei sit seruo carere, nec duplũ serui corrupti domino debeatur, sed duplũ dumtaxat damni, quod cùm totius rei precio æstimatur officio iudicis, satis abundè actori qui seruum inutilem & onerosum amisit, satisfactũ intelligitur. Quòd si dominus restituendi serui copiam non habeat, nihilominus precium cõsequetur, nec vicissim quicquam corruptori præstare tenebitur, nisi vt actionibus suis cedat, eius serui persequendi gratia, Vindicatione scilicet, & Actione ad exhibẽdum, Quarum cessione ideò eum liberari æquum est, quia nec alia de causa tenetur corruptori, quàm quòd eas habeat, ex reg. *l. quod debetur* 51. *inf. de pecul.* Vt verò iis actionibus cogendus sit cedere etiam corruptori, quamuis indigno cui faueatur, ratio illa est quod sine vllo suo dispendio id facere commodè possit: Ex regula *l. in creditore* 38. *in fi. inf. de euict.* Est igitur bona hæc distinctio per quam vtriq; parti consulitur quod fieri semper debet quantùm potest *l. ex his* 8. *infr. Quæ in fraud. credit.* Sequitur

b *Quod tamen de restitutione hominis dicitur.* Miror ego hanc adiectionem, nec facilè possum persuaderi, vt eam Pauli esse putem. Quis enim tractet de restitutione hominis iam mortui? Quid ergo necesse fuit monere, id quod supradictum est de restituendo seruo corrupto, tunc locum habere cùm de viuo homine agitur? Neq; rursum iam prolixus esse Paulus solet, vt in his non necessariis verba perperam effundat. Sed & quæ sequũtur parùm eleganta sunt, illa pręsertim verba, *Quod autem si manumisso eo agatur?* Et quod subiicitur *non facilè apud iudicem audietur*, scilicet *dominus*, malè iungitur præcedentibus quæ impersonaliter concepta sunt, & in quib. de domino verbum nullum. Sed & quod sequitur *dicendo ideò se manumisisse.* Pauli phrasim & elegantiã parùm redolet. Quæ omnia me facilè mouent, vt non tantùm adiectionẽ hanc Triboniani esse putem, sed etiam præcedentia omnia ab illis verbis *Vtrum ergo.* Nam & quęstio ipsa si non ridicula, certè ociosa est, Vtrum cogatur domino precium dare solicitator, & seruũ dominus lucrifaciat, an verò cogendus sit dominus precio accepto seruum restituere. Primùm quia iam dixerat Paulus æstimationem faciendam esse officio iudicis si corruptus sit seruus inutilis. Quæ res nullomodo includit, vt vllo casu seruum corruptori restituere dominus debeat Alioqui erit in potestate corruptoris acquirere sibi eo modo seruum alienũ saltem iusto precio, quod est ridiculum *l. nec quasi* 70. *sup. de rei vind.* Itemque in potestate serui inutilis vt patiendo se corrumpi mutet dominum, & pro domino probo & frugi habeat corruptorem: quod æquè absurdũ est *l. si seruus seruum* 27. §. 1. *ad leg. Aquil. l. vlt. §. serui inf. de public. & vectigal.* Deinde quia inauditum est, & omnino alienum à mente Prętoris vt dominus serui corrupti agendo hac actione cogatur carere dominio serui sui: cùm ei Prætor indemnitatem cũ dupli lucro polliceatur. Tertiò quia non possunt explicari commodè verba illa *& seruum dominus lucrifaciat.* Quid enim lucri facere dominus potest in eo seruo retinendo, quem ponimus non modò inutilem esse, sed etiam ita inutilem, vt eum habere nõ expediat, quasi onerosum? quod & sequentia illa ostendunt, *quoniam habere noluerat dom.* Deniq; quia Triboniani mos ille est vt non modò superuacuas & ineptas quęstiones proponat, sed etiam vt ad eas malè respondeat, & semper per ambages & nescio quas distinctiones. Quid enim attinebat quærere, Vtrum cogeretur solicitator dare precium domino, an verò cogi deberet dominus seruũ restituere,

& precium accipere, si electio danda est domino non vt alterutrũ istorum faciat, sed vt omnimodo seruum restituendo precium accipiat, vel si seruum retinere malit, nihil nisi duplum damni possit petere. Erat ergo in quæstione proponenda trimembre caput constituendum, vt responsio ad aliquod ex propositis capitibus accommodaretur.

c *Non facilè apud iudicem audietur.* Ratio dubitandi. Hæc actio refertur ad tempus serui corrupti vel recepti: Ergo tametsi decesserit vel alienatus vel manumissus fuerit seruus qui corruptus est, nihilominus actione ista agi potest, nec extinguitur manumissione semel nata actio, vt disertè scriptum est in *l.doli 5.§.vlt.sup.* Nec sanè dici potest desinere domini interesse, quòd seruus corruptus sit, qui hodie manumissus est, Nõ solùm, quòd manumissus non peiore loco, quantum ad dominum, haberi possit quàm vt pro mortuo habeatur *l.inter omnes 46.in prin de furt.l.1.§.1.quand act.de pecul.est annal.l.Iulianus.6.qui & à quib.manum.liber.non fiant.l.si mihi 92.de solut.* Mors autem serui corrupti hanc actionem non extinguit. *d.§.vlt.* Sed etiam quòd sicut interest domini habere seruum frugi, ita & patroni habere libertum frugi & probum, sicuti & de filio scriptum est in *§.1.huius legis.*

Dec. Non potest fieri vt alicuius precium quis consequatur, & eundem pro liberto habeat, cùm simul stare hæc duo non possint *l. idq; & Iulianum 45.in fi.de act.empt.* Ergo non est audiendus dominus qui post factam à se manumissionem serui corrupti causatur ideò se manumisisse, quia eum habere noluerat domi, vt & precium habeat & libertum. Quamuis non sit nouum, vt etiam is, qui manumisit, habeat actionem quanti eius interest seruum habere illum quem manumisit, Nõ deducto quoque eo quod habeat libertum, quia id æstimari nõ possit *l.naturalis 5.in fi de præscript verb.* Dabitur ergo etiam hoc casu actio De seruo corrupto, non ad precium serui manumissi, non magis quàm si esset mortuus, sed ad duplum damni quod ex corruptione serui passus fuerat dominus ante manumissionem: quod nec Accursius noster diffitetur, Id est quanti seruus ob eam corruptionem inutilior, & vilior factus erat *d.l.doli §.vlt.& §.prox.supr.* Me autem hic versiculus magis ac magis confirmat in ea cõiectura, vt totum hunc §.ab illis verbis *Verum ergo* suspicer esse Triboniani, potiùs quàm Pauli. Nam certè iuris ratio ita facit vt nec viuo nec mortuo nec alienato nec manumisso seruo, qui corruptus fuit, nullo denique casu is qui fuit dominus precium serui petere possit aut debeat, sed quanti vilior duntaxat ob eam causam seruus factus est, Nec magis cùm corruptus est seruus omnino inutilis, qui casus solus toti huic quæstioni & distinctioni causam dedit, quàm cùm ante corruptionem vtilissimus fuit, & preciosissimus.

15. Gaius lib.6.ad Edictum Prouinciale.

Corrumpitur animus serui, & si persuadeatur ei vt dominum contemneret.

Ad l.Corrumpitur 15.

Ratio dubitandi. Actio hæc datur ad damnum quod ab adimendo dictum est & quasi à diminutione patrimonij *l.3.inf.de damn.infect.* Ergo ad damnum pecuniariũ pertinet: quod porrò nullum est si corrumpatur animus serui in hoc tantùm, vt ei persuadeatur dominum contemnere. Quid enim damni in eo patitur dominus siue in patrimonio siue in dignitate, aut existimatione? Præsertim cùm possit ex ea causa seruum suum malè pro arbitrio tractare, eúmq; conuenire dom:, vt loquuntur Impp. in *l.vlt. C.an seruus ex suo fact.*

Dec. Non paruum domini damnum est si à seruis suis contemnatur. Inde namque fit vt neque amoris, neque obseruantiæ argumenta vlla sperare ab iis possit, nihil denique præter noxiam & contumaciam quæ & à contemnendo nomen accepit. Ex qua causa non tãtùm actionem hanc serui corrupti aduersus corruptorem dari æquum est, sed etiam in eum aliquando seuerè animaduerti, Vt scribit Vlpianus de eo cuius instinctu ad infamandum dominum seruus ad statuam confugerit in *l.in eum 5.inf.de extraord.criminib.* Sed officio iudicis hoc quoque casu æstimatio facienda est, vt & in *l.vt tantum 14.§.1 & §.æstimatio sup.* quia nec aliter fieri potest vt & in *l.constitutionibus §.1.infr.de iniur.*

16. Alfenus Varus lib.2.Digestorum.

Dominus seruum dispensatorem manumisit: postea rationes ab eo accepit: &, cum eis non constaret, comperit apud quandam mulierculam pecuniam eum consumpsisse, quærebatur, possétne agere serui corrupti cum ea muliere, cùm is seruus iam liber esset, respondi, posse. sed etiam furti de pecuniis a, quas seruus ad eam detulisset.

Ad l.Dominus 16.

Ratio dubitandi. Non potest agi de seruo corrupto nomine hominis liberi, sed tantùm nomine serui, Quia nec quicquam interest liberum hominem non corrumpi extra causam filiorum & libertorum nostrorum *l.1.l.vt tantùm 14.§.1.sup.* Idq; nomen ipsum actionis sonat. Ergo si dominus seruum dispẽsatorem manumiserit, & posteà rationes ab eo receperit, & cùm de eis non constaret id est de earum fide ac veritate, compererit tandem ab eo consumptas pecunias apud mulierculam, quæ animum eius ad furandum corruperat, Non videtur posse hodie agi cum muliere, eius serui nomine qui iam liber non seruus est.

Dec. Multum interest an corruptus quis sit post manumissionem, Quo casu actio De seruo corrupto locum habere nunquam potest, An verò corruptionis & delicti à seruo ante manumissionem corrupto facti probationes post manumissionem superuenerint. Quid enim hoc casu prohibet agi De seruo corrupto, cùm verissimum sit corruptum esse illum qui eo tempore seruus fuit, licèt à domino corruptionem & furtũ ignorante fuerit posteà

manu-

manumissus. Hæc enim actio refertur ad tempus serui corrupti non ad præsens, nec præsentis, sed præteritæ vtilitatis æstimationem continet, ideoque nec extinguitur manumissione vbi semel nata est *l. doli 5. §. vlt. & l. seq. d. l. vt tantùm 14 §. vlt. supra.* Nam nec quicquam vetat malos seruos consequi libertatem *l. nam & mali 7. sup.* Præsertim à dominis mores eorum malos & corruptos ignorantibus; vt in proposita specie contigerat. Hunc enim seruum dispensatorem dominus manumiserat, quasi probum dispensatorem & ante detectas fraudes quas in malè tractandis rationibus admiserat. Quamuis ea res non possit instam præbere causam reuocandæ, ne quidem per in integrum restitutionem libertatis, quæ vbi semel competiit, retractari posteà nunquam potest *§. si is qui Instit. de eo cui libert. caus. bon. addic. l. si ex causa 9. §. vlt. supra de minor.*

a *Sed etiam furti de pecuniis.* Ratio dubitandi & decidendi eadem est, quæ ad *l. Neratius 11. §. quamuis autem sup. hoc tit.* Idem enim vtriusque loci sensus est, Posse actionem furti cum hac De seruo corrupto actione concurrere, sed diuersis respectibus: Nec enim qui seruum corrumpit etiam vt furtum faciat, furtum facit *l. qui seruo 36. de furt.* Sed furti tenetur, tanquam cuius ope & consilio furtum factum sit: De seruo autem corrupto, quia seruum corrupit. Mirum autem videri non debet mulierem in hac specie furti actione teneri etiam post manumissionem serui pro iis rebus quas seruus in seruitute ad eum detulerat: cùm à quo tempore res illas à seruo ad furandum illecto accepit, furti actione se obstrinxerit. Nam & seruus ipse de eo furto quod in seruitute admisit etiam post manumissionem & liber factus conueniri potest, quamuis ab initio & ante manumissionem non potuerit *l. quod ab alio 15. inf. de condict. furt. l. licèt 4. C. an seruus ex suo fact.*

17. MARCIANVS libro quarto Regularum.

SErui corrupti nomine, & constante matrimonio, marito in mulierem datur actio: sed fauore nuptiarum, in simplum.

Ad l. vlt. Serui corrupti.

Ratio dubitandi. Constante matrimonio neque famosa neque pœnalis actio inter coniuges dari potest *l. 2. C. rer. amot.* Imò neque turpis etiam soluto matrimonio. In honorem scilicet matrimonij *l. 2. inf. eod. ill. tit.* Atqui actio hæc serui corrupti, licèt non sit famosa, pœnalis tamen est *l. hac actio 13. sup. hoc tit.* & turpis *l. nec quicquam 56. inf. Pro socio.* Ergo constante matrimonio marito in mulierem dari non potest.

Dec. Hæc actio non alia de causa pœnalis est quàm quia in duplum datur non etiam ratione simpli, quomodo pœnalis est etiam quòd ad simplum actio legis Aquiliæ, Vt dixi ad *l. 1. l. doli 5. § hac actio sup. hoc tit. iunct. §. his autem verbis. Inst. de leg. Aquil.* Ergo non eo minus dari debet inter coniuges constante matrimonio dum ne detur in duplum, sed in simplum duntaxat, *Fauore* scilicet *nuptiarum*, vt hæc lex ait. Sed quamuis non sit pœnalis, an non illud tamen remanet, quod obiecimus, turpem illam esse? Turpem verò actionem inter coniuges dari non debere, ne soluto quidem matrimonio *d. l. 2. inf. rer. amot.* Nam Accursius obiectionem hanc quasi nec viderit, prætermittit. Respondemus inter coniuges posse agi etiam constante matrimonio serui corrupti nomine, vt lex ait: Sed non actione ista turpi De seruo corrupto, At mitioribus & honestioribus verbis temperata actione in factum quæ dicitur de damno dato in *l. 2. C. rer. amot.* Scripsi latissimè in *Error. 1. & 2. Decad. 82. de error. pragmatic.*

DE FVGITIVIS.

TIT. IV.

1. VLPIANVS libro 1. ad Edictum.

IS, qui fugitiuum celauit, fur est.

Ad l. 1. Is, qui.

Benè post Titulum præcedentem De seruo corrupto hîc subiicitur De seruis fugitiuis quia & qui recipiuntur, & qui corrumpuntur, de quibus superiore titulo dictum est, ob id potissimùm & recipi solent, & corrumpi, vt fugiant, aut fugam quam meditati iam sunt, instruant. Aut vt fiant aleatores, & aliis eiusmodi malis artibus dediti: quæ res etiam subiungendi tituli sequentis materiam & ordinem præbuit, vt benè ad hanc Rubricam præfatur Accursius. Incipit autem Vlpianus tractare de eo qui seruum fugitiuum celauit, quoniam fugitiuus ille definitur, qui extra domini domum fugæ causa quò se à domino celaret, mansit, vt ex Ofilio idem Vlpianus noster tractat in *l. quid sit fugitiuus 17. in princip. infra de ædilit. edicto.* Ait verò furem eum esse qui

fugitiuum seruum celauit, quod & scriptum est in *l. Neratius 11. §. vlt. supr. titul. proxim.*

Ratio dubitandi. Fur non est, nisi qui furtum facit *l. qui seruo 36. §. idem Pomponius infr. de furt.* Furtum autem non fit sine animo lucrandi & furandi *l. 1. §. vlt. l. si iussu 46. §. 1. & pass. eod. tit.* Ideoque solemus dicere furem non esse eum qui fugitiuo iter monstrauit *l. furtum 62. eo. ti.* Non tam enim factum quærendum est quàm causa faciendi *l. verum est 39. eo.* vbi dicitur si meretricem alienam ancillam quis rapuerit, vel celauerit, furtum non esse, quoniam causa faciendi libido fuerit non furtum. Ergo non ob id solùm quòd quis fugitiuum seruum celauerit, fur dici potest.

Dec. Fugitiuus licèt neque suam neque aliarum rerum domini possessionem internertere possit *l. rem quæ nobis 15. inf. de acquir. poss.* id tamen agit quantum potest vt sui furtum faciat *l. 1. C. hoc ti.* Ergo qui eum celat hoc ipso fut est, quòd animum habet interuertendæ possessionis domini, cumque furtum si fieri possit lucrandi. Pessimúmq; furum genus est receptatorum sine quibus diu latêre nemo potest *l. 1. inf. de receptat.* Neque verò dominum suum quisquam desereret si sciret ousquam sibi latendi locū esse derelictum, vt ait *l. seruos 12. C. de agricol. & censit. lib. 11. tit. 47.* Nec aliter fine maxima dominorum iniuria constitui ius posset, si vsucapione alioqui & longa possessione acquiri possent, quomodo possent vtique si non essent furtiui *d. l. 1. Cod. hoc tit.* Sunt enim ad fugam prona seruorum ingenia, quibus species quædam libertatis esse videtur tantisper in potestate domini non esse. Longèque alia ratio est eius qui fugitiuo iter tantùm monstrauit, de quo in *d. l. furtum.* Alia illius qui fugitiuum celauit, ne inuenire illum & adprehendere dominus posset. Quem placet etiam lege Fabia de plagiariis teneri *l. non statim 6. §. vlt. infr. de leg. Fab. de plagiar.* Interdum etiam lege Cornelia de sicariis, si quē eorum seruorum ex domini occisi familia qui eius facinoris noxius erit receperit vel celauerit sciens dolo malo. In ea namque causa est ac si lege quę de sicariis lata est, eius sceleris noxius foret, vt Aceursius noster notat ex *l. 3. §. si quis quem eorum inf. de SC. Silan.* Planè si quis non dolo malo sed vel humanitate vel misericordia ductus vel qua alia probata & iusta ratione seruum receperit non tenebitur *l. doli 5. in princip. sup. tit.* id est neque serui recepti, neque furti actione.

1 ¶Senatus censuit, ne fugitiui admittantur in saltus, neque protegantur à vilicis, vel procuratoribus possessorum: & multam statuit. his autem, qui intra viginti dies [a] fugitiuos vel dominis reddidissent, vel apud magistratus exhibuissent, veniam in antè actum dedit. Sed & deinceps eodem senatusconsulto impunitas datur [b] ei, qui intra præstituta tempora, quàm repperit fugitiuos in agro suo, domino, vel magistratibus tradiderit.

Ad §. 1. Senatus censuit.

Refertur in hoc §. Senatusconsultum incerto nomine, quo aduersus fugitiuorum fugam & occultationem, dominis bene prospectum est, ne qui ab vrbe fugiunt in saltum admittantur, & in prædium rusticum, ibique à villicis, quos Accursius obscuriore barbaroque vocabulo castaldiones vocat, & à procuratoribus possessionum, Mulcta etiam villicis & procuratoribus indicta si contrà fecerint.

Ratio dubitandi. Miseros seruos à conseruis suis præsertim, quales erant olim villici, & possessionum procuratores omnes, protegi & plerumque aduersus dominorum iniuriam defendi non tantùm rationis est sed etiam iuris quodammodo naturalis, si non dolo malo, sed misericordiæ & humanitatis causa fiat, vt in *l. doli 5. in princip. sup. tit. prox.* Hominem enim beneficio adfici, hominis interest *l. si venditor 6. §. 1. de seru. export.* nec quicquam laudabilius est, quàm id alij facere, quod tibi fieri velis, & memorem esse humanæ conditionis *l. quidam 27. de condic. instit.* Vnde illud Euangelij, *Nónne & te oportuit misereri conserui tui?*

Dec. Ob eam nimirum causam fuit hæc protectio Senatusconsulto prohibenda, vt culpam haberet pœnámque mereretur. Fecit enim hoc Senatusconsultum, quod & aliis plerisque casibus euenit, ex non delicto delictum. Neque enim esset hoc peccatum, si lex non esset quæ rùm quoque cùm dura est seruanda est *l. prospexit 9. inf. qui & à quib. man.* Non enim ambigitur Senatum ius facere posse *l. non ambigitur 9. de legib. & Senatusconsulto vim legum habere §. quos autem. Instit. de bonor. poss.* Cæterùm post Senatusconsultum, etiamsi villicus quis aut possessionis procurator conseruum suum fugitiuum misericordia & humanitate ductus celauerit, aut protexerit, non eo minùs coercebitur, statutamque mulctam è Senatu patietur. Non enim debuit misericordiæ prætextu ius domini lædere. Dolo siquidem proximum est si quis intempestiuè ac in alterius perniciem misericordiam exerceat *l. si hominem 7. in princip. inf. deposit.* Quænam autem hæc mulcta sit, quam villicis & procuratoribus Senatus statuit, Vlpianus non aperit. Vnde fit vt eam interpretes nostri aliter atque aliter interpretentur. Quidam ex *l. quicunque 4. C. hoc tit.* vbi extat lex Constantini quæ aduersus fugitiuorum susceptores certas satisque graues pœnas constituit: Sed cùm ea lex fit Constantini, nemo dixerit Vlpianum sumere interpretationem ex ea debere. Accursius intelligit de pœna centum solidorum fisco præstanda, de qua Vlpianus in *§. prox. seq.* Æquè malè. Ad aliū enim casum ea mulcta pertinet. Puto fuisse mulctam hanc in arbitrio ius dicentis, In quo maximè differt mulcta à pœna. Nam pœnæ certæ singulorum peccatorum sunt. Mulctæ contrà, quia iudicis potestas est quantam dicat; Nisi cùm lege constitutum est quantam dicat *l. si qua pœna est 144. de verb. signif.* Si non verba illa potiùs sunt Triboniani respicientis ad *l. vlt. C. de mod. mulctar.* vt alibi scripsimus. Sed neque potuit mulcta hæc esse pecuniaria aduersus seruos quibus nulla potest esse pecunia ad eam soluendam.

a *Hi autem qui intra viginti dies.* Ratio dubitandi. Nemo qui deliquerit per solam pœnitentiam noceos

ceps esse desiit *l. qui ea mente 66. inf. de furt.*

Dec. Potest eadem lex quæ mulctam aut pœnam certo crimini constituit, pœnitentiam quoque delinquentis admittere si velit, vt eo veluti remedio ne dicam præmio inuitentur delinquentes ad purgandam delicti culpam: quod hic euenit. Neque enim Senatus cùm mulctam statuit villicis & procuratoribus fugitiuos receptantibus, tam id egit vt mulctam infligeret, quàm vt istos metu mulctæ à celandis & protegendis fugitiuis deterreret: quod & boni cuiuslibet legislatoris propositum esse debet, vt non tam de locupletando fisco, quàm de malis moribus & flagitiosis hominibus emendandis *l. si pœna 20. inf. de pœn.* Satisfit ergo menti & proposito Senatus, si villici & procuratores qui fugitiuum protexerunt, & per aliquot dies celauerunt, eum intra viginti dies domino reddiderint, vel apud Magistratus exhibuerint. Illis igitur hoc casu meritò Senatus veniam in anteactum dedit, id est de delicto ante facto: Ante, inquam, non quàm Senatusconsultum fieret, vt malè interpretatur Accursius: sed quàm redditi fugitiui dominis, vel magistratibus exhibiti fuissent. Nec abs re Vlp. in *d. l. qui ea mente*, ita locutus est, *Nemo enim tali peccato pœnitentia sua nocens esse desinit*, vt significaret non in omnibus peccatis idem esse. Accursius separat hic mulctam quæ legi debetur, ab ea quæ homini, vt illa remitti possit à lege. Hæc non item arg. *l. Celsus 23. sup. de recept. Qui arbitr. recept.* Ego non inficior difficilius esse, vt remittatur mulcta, quæ homini adiudicata est in vicem eius quod interest, si iam cœperit eius interesse *l. nisi post tres 8. sup. si quis caution. l. si ita quis 135. §. Seia de verb. obligat.* Nec enim facilè Princeps tollere potest ius quæsitum tertio per actus iuris gentium licèt secus esse credatur si per actus ciuiles, vt nostri tractant ad *l. vlt. C. si contr. ius vel vtilit. public.* Sed non ideò fit quin liceat Principi, & Senatui, & cuilibet ciuili legislatori certis conditionibus pœnam & irrogare vni in alterius vtilitatem, & irrogatam certis quoque legibus & conditionibus remittere: Cùm quisquis agit ex obligatione aut actione per legem: aut legi constitutionem similem introducta, recusare non possit quominus iis ipsis legibus quibus introducta est, ea vtatur *l. vnic.* vbi dicemus *inf. de condict. ex leg.*

b *Sed & deinceps eodem S.C. impunitas datur.* Sensus est posteriore parte eiusdem Senatusconsulti, de quo iam diximus pleniùs consultum esse, & dominis à quibus serui fugerant, & iis qui seruos fugitiuos non celassent, ac recepissent: de quibus in priore Senatusconsulti parte dictum fuerat, sed in agro suo repertos, domino vel magistratibus tradidissent. Promissa impunitate illis, qui intra præstitura tempora viginti scilicet dierum id fecissent. Differt ergo sequens pars Senatusconsulti à priore: Non vt putat Accursius in eo quod prior pars loquatur de his qui ante Senatusconsultum, quod idem Accursius malè Edictum vocat, fugitiuos occultauerat. Posterior verò de illis qui post Senatusconsultum, Nec in eo rursum quod in prima parte de his caueatur qui seruos fugitiuos exhibuerunt duntaxat: in secunda verò de his qui etiam tradiderunt: Sed in hoc vno, quod prior pars Senatusconsulti est de villicis & possessionum procuratoribus qui fugitiuos in saltum admiserunt, eosvo protexerunt: Posterior verò est de illis qui fugitiuos non in saltum admissos sed in agro repertos domino vel magistratibus tradiderunt, aut saltem exhibuerunt. Vix enim est vt hac parte quicquam intersit, an seruus fugitiuus exhibitus sit, an traditus, cùm vtroque casu sit indicatus, non celatus. Priore casu dat Senatus veniam iis qui negare non possunt quin deliquerint, cùm post Senatusconsultum & aduersus ipsius prohibitionem fugitiuos aut admiserint aut protexerint, quos deinde mutato in melius consilio aut exhibere Magistratibus aut domino reddere voluerunt. Posteriore verò dat Senatus impunitatem illis qui repertos in agro suo fugitiuos aut domino aut Magistratibus tradiderunt. Nec enim deliquisse isti videri possunt qui fugitiuos non admiserunt, nec dolo malo celarunt sed in agro repererunt. Ideoque digni sunt quibus impunitas promittatur non venia & indulgentia. Indulgentia enim quos liberat notat inquit *l. vlt. C. de abolit.*

2 ¶Hoc autem senatusconsultum aditum etiam dedit militi, vel pagano, ad inuestigandum fugitiuum in prædia senatorum, vel paganorum, cui rei etiam lex Fabia prospexerat, & senatusconsultum Modesto consule factum, vt fugitiuos inquirere volentibus litteræ ad magistratus dentur. multa etiam centum solidorum in magistratus statuta, si, literis acceptis, inquirentes non adiuuent. Sed & in eum, qui quæri apud se prohibuit [a], eadem pœna statuta. Est etiam generalis epistola [b] Diuorum Marci & Commodi, qua declaratur, & præsides, & magistratus, & milites stationarios dominum adiuuare debere inquirendis fugitiuis: & vt inuentos redderent: & vt hi, apud quos delitescant, puniantur, si crimine contingantur.

Ad §. 2. Hoc autem Senatusconsultum.

Ratio dubitandi: Seruus fugitiuus non peiore loco haberi potest, quàm vt furtiuus censeatur *l. 1. C. hoc tit.* Atqui rei furtiuæ perquisitio in aliena domo non est permissa *§. sed hæ actiones*, aliàs *§. conceptum Instit. de oblig. quæ ex malefic. nascunt.* Ergo nec permittenda fuit siue pagano siue militi perquisitio fugitiui serui, Præsertim verò in prædia Senatorum quorum dignitati maior certè debetur reuerentia, quàm vt per huiusmodi perquisitiones incidant in furti suspicionem, quæ sola eorum existimationem apud probos, & graues viros suggillaret. Domum enim Senatoris perinde ac Cæsaris non solùm crimine sed etiam criminis suspicione vacare oportet.

Dec. Tam frequens olim fuit tantique momenti visa seruorum fuga, & fugitiuorum occultatio, vt eorum perquisitionem fauorabilem credidisset Senatus, Itémque Imperatores Diuos Pius & Diuus Marcus, quorum hac de re Orationes referuntur in *l. 3. inf. hoc tit.* quę nec ipsius Cęsaris prę-

diis pateunt. Cur ergo prædiis patterent Senatorum? Sed obseruandum tamen est de inquisitione illa locutum esse Senatum, locutos etiam Imperatores, quæ fieret in prædio, non in domum Cæsaris, aut etiam Senatoris. Illa enim demum perquisitio, quæ in domum ipsam fieret, existimationem planè Senatoris oneraret, qui si fugitiuum quem domi esse negaret ibidem occultasse probaretur, vtiq; fur & diceretur, & esset, vt diximus initio huius legis. Hinc rei etiam, lex Fabia de plagiariis prospexerat, & aliud Senatusconsultum, factum Modesto Consule, vt fugitiuos inquirere volentibus literæ ad Magistratus darentur scilicet à Præsidibus prouinciarum (fuit enim hoc res Præsidialis officij, vt ait *l.1. C hoc tit.*) ad Magistratus, inquam municipales, quorum aliqua quidem, sed modica fuit iurisdictio, & authoritas *l. Magistratibus 11. sup de iurisd. l. 4. §. dam. de dam infect.* Vt mirum non sit mulctam in eos statutam centum solidorum, si literis Præsidum acceptis inquirentes non adiuuarent.

a *S.d & in eum qui quæri apud se prohibuit.* Ratio dubitandi. Non est bona consecutio, vt quis ex eo quod seruum fugitiuum apud se inquiri passus non est, fugitiuum domi habere probetur, si fortè alibi postea repertus sit vbi non quærebatur. Ergo non debuit in eum eadem mulcta centum solidorum constitui.

Dec. Non aliter potest domino reddi seruus, quàm si inueniatur: nec aliter inueniri, quàm si inquiratur, nec denique inquiri si inquisitio prohibeatur. Dignus ergo est qui fugitiuum apud se quæri prohibet, vt eo nomine mulctetur centum solidis. Contumacia enim punienda est quæ nunquam manere debet impunita *l. 1. supra. si quis ius dicent. non obtemp l contumacia 53. de re iudic.* Nec eo minùs tamen cogendus est pati vt fiat inquisitio. Mulcta enim ad contumaciam puniendam infligitur, Non vt eo veluti precio redempta inquisitio videatur: Alioqui esset in potestate contumacis pœnam soluendo imperium & authoritatem magistratus eludere, ac eo veluti precio alienum seruum fugitiuum per furtum & rapinam emere, quod nunquam ferendum est *l. nec quasi 70. sup. de rei vindic.*

b *Est etiam generalis epistola.* Senatusconsultis de quibus supradictum est & legi Fabiæ de plagiariis adiungit Vlpianus generalem epistolam Diuorum Marci & Commodi circa hanc ipsam seruorum fugitiuorum inquisitionem: Qua declaratur & Præsides Prouinciarum & Magistratus municipales, & milites stationarios adiuuare dominos debere in fugitiuis requirendis, & vt inuentos redderent. & vt hi apud quos delitescant punirentur, si crimine contingantur, id est si participes, & conscij criminis inueniantur. Quæ omnia cum sint iuris constituti vt apparet, non aliam certè vel dubitandi vel decidendi rationem admittunt, quàm quæ à nobis in superioribus allata est.

3 ¶ Vnusquisq; eorum, qui fugitiuum adprehendit, in publicum deducere debet.

Ad §.3. Vnusquisque.

Ratio dubitandi. Non aliam ob causam tot Senatusconsultis & Imperatorum orationibus ac Epistolis promissum est de fugitiuis seruis tanta cum diligentia, & fide perquirendis, nisi vt inuenti, & adprehensi dominis redderentur, & traderentur. Ergo quisquis fugitiuum adprehendit, reddere enim domino rectà potest & debet, nec cogendus est eum in publicum deducere, id est ad Magistratum: Ne alioqui frustra fiat per plura quod æquè commodè, adeóque commodiùs posset fieri per pauciora.

Dec. Non statim atque fugitiuus adprehensus fuit, redditus est ei qui se dominum dicit, Ne quidem à Magistratibus quibus exhibitus, & traditus est; Sed causæ cognitio aliqua necessariò præcedere & adhiberi debet. Nec ab ipsis Magistratibus, sed à Præfecto Vigilum, vel à Præside prouinciæ ad quem seruus deducendus est, eiúsque nomen inuestigandum, & notæ etiam cicatrices, vt faciliùs agnosci & percipi fugitiuus possit. Ideóque nimirum interea diligenter custodiendus est à Magistratibus, vt sequitur in textu & in *§. vlt. inf.* Metiò igitur priuatus qui seruum adprehendit iubetur eum in publicum deducere ne alioqui sit in eius potestate reddendo illum non domino, hoc ipso eum domino eripere, cui soli prospicere Senatus & Principes voluerunt. Et certè fit semper tutiùs & meliùs, quod per magistratum fit adhibita causæ cognitione *l. non est singulis 176. de regul. iur.* quamuis si de domino non dubitetur, possit is, qui fugitiuum adprehendit eum domino reddere si velit. Cæterùm ne dominum quoque perquirere cogatur & seruum ad eum deducere; melius fuit nihil aliud ab eo exigere, nisi vt inuentum seruum tradat magistratibus quos semper præsentes habet, aut alicui ex ministeriis publicis. Quia autem Vlpianus hic loquitur de eo qui fugitiuum adprehẽdit, Quærit Accursius quid si quis adprehendere noluerit, cùm posset, an eo nomine teneatur? Et respondet non teneri. Quod ego quidem probo, sed ita tamen si nihil dolo malo in ea re factum esse probetur. Nam nec is tenetur furti aut alia vlla actione, qui fugitiuo & fugienti sermo iter monstrauit *l furtum 62. inf. de furt.* sicut nec is qui accepta pecunia indicauit vbi seruus fugitiuus celaretur *l. solent 15. inf. de præscr. verb.*

4 ¶ Et meritò monentur magistratus a, eos diligenter custodire, ne euadant.

Ad §. 4. Et meritò.

a *Et meritò monentur Magistratus.* Vix vlla hic ratio dubitandi satis accommodata potest occurrere, quia perpetuum & generale est, Eam magistratuũ omnium curam potissimum, & præcipuam iam esse debere, vt res sit in tuto. Ne vbi de iure cognitum & pronunciatum erit, iussa tamen aut iudicati executio fieri nulla possit. Quid enim prodesset, sciri tandem, & pronunciari seruum meum esse eum, qui cùm fugeret adprehensus fuit, si quo tempore mihi reddendus esset, euasisset? Itaque subiicit Vlpianus rationem adhibendæ diligentis custodiæ in illis verbis *ne ea laut.* An non enim iusta causa est pertimescendi periculi euasionis in eo seruo qui iã fugerit & in fuga ipsa deprehensus, & adprehensus sit *l. si à bonæ fidei 21. & seq. sup. de rei vind.*

Proinde

Digitized by Google

vinl. Proinde diligens hæc custodia etiam vinciēdi serui potestatem facit vt scriptum est in *l. prox. inf.*

5 ¶Fugitiuum accipe, & si quis erro sit: Fugitiui autem appellatione [a], ex fugitiua natum non contineri, Labeo libro primo ad edictum scribit.

Ad §.5 Fugitiuum.

Ratio dubitandi. Differentia est inter fugitiuum, & erronem. Fugitiuus enim redeundi animum non habet: Erro habet, cui scilicet propositum est hàc illàc errare, & nugari potiùs quàm fugere, vt constat ex distinctionibus fugitiui & erronis, quas tradit Vlpianus in *l. quid sit fugitiuus 17. in princ. & §. erronem inf. de ædilit. edict.* Ergo in hoc tractatu qui est De seruis fugitiuis separandus est erro à fugitiuo.

Dec. Tam accedit proximè fugitiuus ad erronem, vt nihil aliud erro esse videatur quàm pusillus fugitiuus, nec aliud fugitiuus, quàm magnus erro, vt scriptum est in *d. §. erronem.* Meritò igitur quod de fugitiuis constitutum est, ad errones quoque extenditur.

a *Fugitiui autem appellatione.* Ratio dubitandi. Solet filius qui patrem habet sequi condicionem patris *l. 1. inf. ad municip.* Vnde est, quod liberi hominis filium liberum, ingenui ingenuum, & liberti libertinum appellamus. Qui verò patrem non habet, vt seruus (pater siquidem ille est quem nuptiæ demonstrant *l. quia semper 5. sup. de in ius vocand.* quæ porrò nec cum seruo, nec cum ancilla esse possunt) non matris condicionem sequi potest ex lege naturæ *l. & seruorum 5. §. 1. l. lex naturæ 24. sup. de stat. hominum.* Ergo & fugitiui appellatione is quoque continebitur, qui ex fugitiua natus est.

Dec. Filius ex ancilla natus sequitur quidem & originem & condicionem matris, quantum ad naturales qualitates, Vt & filius patris quem ex iustis nuptiis demonstrare potest: Sed non quantum ad qualitates accidentales quæ ex animis bonis, malisve habitibus acquiruntur. Nec enim probi aut improbi patris filius æquè probus, aut improbus semper est, nec docti vel indocti patris doctus semper filius, vel indoctus. Neque igitur fugitiuus ille qui ex matre fugitiua natus est. Fugitiui enim non nascuntur, sed fiunt, vt de Christianis Tertullianus scribit. Et fugitiuum esse qualitas est accidentalis, & superueniens, quæ cum natura & natiuitate nihil commune habet. Atque ita Labeo libro primo ad Edictum scribit, quem hîc Vlpianus refert.

6 ¶In publicum deduci intelliguntur, qui magistratibus municipalibus traditi sunt, vel publicis ministeriis.

Ad §.6. In publicum.

Malè hinc vulgo legem inchoant quasi ex Labeone. Nam quod de Labeone Vlpianus refert ad proximi §. sententiam, non ad hunc §. pertinet. Explicat autem Vlpianus quid sit fugitiuum seruum in publicum deducere, quia dixerat in §. vnusquisque, Quisquis fugitiuum seruum adprehenderit debere illum deducere in publicum. Ait autem, In publicum deduci eos intelligi qui magistratibus municipalibus traditi sunt, vel publicis ministeriis. Quæ res nullam habet dubitationem, Cùm & ius publicum consistat in Magistratibus *l. 1. §. ius publicum de instit. & iur. l. nam quod 14. inf. ad SC. Trebell.* & exercitium iurisdictionis cuiuslibet sit publicum, publicéque fiat quod fit coram magistratu, eoque authore: sic in *l. 3. § exhibere inf. de tabul. exhib.* Publica verò ministeria dicuntur, quæ magistratibus deseruiunt, eiúsque iussa & imperia exequuntur, quorum fidem si quis sequatur, publicam fidem secutus dici possit.

7 ¶Diligens custodia etiam vinciri permittit.

Ad §.7. Diligens custodia.

Ratio dubitandi. Carcer non ad pœnam datur sed ad custodiam *l. aut damnum 8. §. solent Præsides de pœn.* Ergo non in vincula tam facilè coniiciendus est, qui custodiendus est.

Dec. In libero quidem homine id verum est, *l. 3. de custod. & exhib. reor.* sed non in seruo, ad cuius condicionem maximè illud pertinet vt vinciri possit & debeat. Maximè cùm est fugitiuus, ne tam facilè ipsi sit iterum fugere, ac euadere *l. si verò custodiendus 22. sup. de rei vindic.* Nec potest imputari Magistratui cur seruum fugitiuum vinxerit, cui imputaretur si non vinxisset atque ita euasionis si non causam, saltem occasionem & facultatem præbuisset. Nec tamen dantur hæc vincula ad pœnam sed ad tutiorem custodiam. Itaque verendum non est, ne magistratus municipalis hoc nomine iniuriarum actione teneatur, quomodo teneretur si in contumeliam domini alienum seruum per iniuriam vinxisset *l. nec magistratibus 32. inf. de iniur. iunct. l. magistratibus 12. sup de iurisdict.*

8 ¶Tandiu autem custodiuntur, quandiu ad præfectum vigilum, vel ad præsidem deducantur, corúmque nomina, & notæ, & cuius se quis esse dicat, ad magistratus deferantur: vt faciliùs adgnosci, & percipi fugitiui possint. Notæ autem verbo etiam cicatrices continentur. Idem iuris est, si hæc in scriptis publicè, vel in ædes proponas.

Ad §. vlt. Tandiu autem.

Ratio dubitandi. Durum est & inhumanum, à domino, qui seruum suum fugitiuum persequitur, & perquirit, tam multa exigere, quæ vix notare singula possit, vt seruum qui perquiritur suum esse probet arg. *l. si in rem 6. sup. de rei vindic.*

Dec. Difficilè potest dignosci homo liber à seruo *l. quia difficilè 5. infrà de contrah. empt.* Sed multò difficilius seruus Titij à seruo Sempronij si non suis nominibus certisque notis, & cicatricibus, si quas habent, vt habent plerumque proterui & contumaces serui, distinguantur. Neque potest ea res valde onerare dominum, cui non est difficile scire hæc omnia, & notare adeoque in scriptis publicè, vel ædes in quibus delitescere seruus creditur, proponere, quo faciliùs agnosci & percipi fugitiuus possit à Præfecto vigilum, aut à Præside, si quando repertus ad eum deducatur: quomodo deducendus est, vt hîc repetit Vlpianus.

2. CALLISTRATVS lib. 6. Cognitionum.

FVgitiui simplices dominis reddendi sunt. sed, si pro libero se gesserint, grauiùs coerceri solent.

Ad l. Fugitiui simplices 2.

Fugitiuos simplices vocat Callistratus eos qui non se negant seruos, sed dominum alium pro alio mentiuntur, Ad differentiam eorum qui sic fugitiui sunt vt se pro liberis gerant. Fugitiui simplices dominis redduntur, ab ipsis castigandi, nec aliam pœnam à Præfecto vigilum aut à Magistratu patiantur. At qui se pro liberis gerunt grauiùs coerceri solent, & tormentis subiici vt constat ex *l. 4. & l. cùm seruum 6. C hoc tit. l. seruo 12. Cod. de agricol. & censit. lib. 11. Tit. 47.* Nec immeritò. Grauiùs enim peccant, nec dominis tantùm suis iniuriam faciunt, sed etiam omnibus cum quibus viuunt & contrahunt, quasi liberi, adeoque toti Reipublicæ nonnunquam illudunt, cùm tanquam liberi ad honores muneráque publica prouehuntur ad quæ serui aspirare nunquam possint, tanquam qui iure ciuili non modo pro nullis habeantur, idemque iure prætorio *l. quod attinet 32. de reg. iur. l. qui testamento 20. §. seruus infr. qui testam. facer. poss.* sed etiam quadrupedibus comparentur *l. 2. supr. ad leg. Aquil.* Id euênit in Barbario illo Philippo, de quo in *l. 3. sup. de offic. Prætor.*

3. VLPIANVS libro 7. de Officio Proconsulis.

DIus Pius rescripsit, eum, qui fugitiuum vult requirere in prædiis alienis, posse adire præsidem litteras ei daturum, &, si ita res exegerit, apparitorem quoque, vt ei permittatur ingredi, & inquirere & pœnam eundem præsidem in eum constituere, qui inquiri non permiserit. Sed & Diuus Marcus oratione, quam in senatu recitauit, facultatem dedit ingrediendi tam Cæsaris, quàm senatorum, & paganorum prædia volentibus fugitiuos inquirere: scrutarique cubilia, atque vestigia occultantium.

Ad l. Diuus Pius 3.

Ratio dubitandi & decidendi ad hanc legem eadem est quæ ad *l. 1. hoc autem Senatusconsultum supr.* Consentit enim valde rescriptum Diui Pij quod Vlp. hic refert cum Senatusconsulto illo de quo ibi diximus: Nisi quod hîc additur apud apparitorem quoque posse dominum petere, ac impetrare, vt ei permittatur ingredi, & inquirere in prædium in quo seruus occultari, & delitescere creditur. Vt intelligamus nihil non permissum esse ac permittendum, vt fugitiui illi inquirantur & adprehendantur. Addit etiam Vlpianus orationem aliam Diui Marci in Senatu recitatam, quæ nominatim facultatem dedit perquirentibus ingrediendi tam in Cæsaris quàm in Senatorum, & paganorum prædia, scrutarique cubilia atque vestigia occultantium. Quid enim potuit amplius facere prouidentissimus Imperator, idémque iuris religiosissimus, quomodo eum Papinianus vocat in *l. vnum ex familia 67. §. vlt de legat. 2.* quàm vt ne ipsius quidem Cæsaris prædia exciperentur? Hoc verò à Senatu non tam prætermissum, quàm factum non fuisse mirum non est, cùm de prædiis Cæsaris nemo alius, quàm Cæsar ipse legem posset, ac deberet dicere. Cur verò de prædiis paganorum generaliter perinde ac Senatorum, adeoque ipsius Cæsaris locutus sit Diuus Marcus in hac oratione, itémque Senatus in eo Senatusconsulto, de quo in *d. §. hoc autem Senatusconsultum*, ratio quam nemo inquirit, nec adhuc nos attulimus, ex eo petenda videtur, quòd stationariis militibus ea perquirendi cura vt plurimùm iniungebatur, Generali præsertim illa epistola cuius meminit Vlpianus in *d. §. hoc autem Senatusconsultum in fin.* Itémque Senatusconsultum ipsum, primis illis eiusdem §. verbis *militi vel pagano.* Militibus autem non licebat in paganos quicquam facere, adeoque nec in iis ferè negotiis quæ ad paganos pertinebant se interponere, ne paganos terrerent, ipsique graues præsumptione cinguli militaris existerent, vt loquitur Imp. in *l. milites 31. C. de locat.* iunct. *l. qui stipendia 9. C. de procurat.* Nisi si quando postremi remedij loco manus militaris adhibenda erat, ita non tam permittente quàm iubente Principe, vel Magistratu, vt in *l. qui restituere 68.* vbi diximus *sup. de rei vendic. l. 3. in princip. inf. Ne vis fiat ei qui in possess. miss. est.* vbi dicitur non tantùm extra ordinem hoc fieri, sed etiam esse plus quàm extraordinarium, quod omnium apertissimè probat *l. 1. C. de offic. milit. iudic.* Illud sanè constat milites stationarios non potuisse quemquam in custodia retinere *l. 1. C. de curios. lib. 12. Tit. 23. & l. 1. Cod. de cohortal. Principib. Cornicular. & primipilar. eod. lib. Tit. 58.* extra hunc casum fugitiuorum seruorum, quos deprehensos rectè in custodia tenent, vt subiicitur in *l. seq.* Nimirum ex rescripto illo Diui Pij, & oratione Diui Marci cuius in hac lege mentio fit. Quid enim prodesset iubere stationariis

tionariis militibus vt fugitiuos seruos perquirerent, & adprehenderent, si adprehensos retinere in custodia non possent? Militibus planè rei publicorum iudiciorum plerumque custodiendi committebantur *l.3. de custod. & exhib. reor.*

4. PAVLVS lib. 1. Sententiarum.

Limenarchæ, & stationarij fugitiuos deprehensos rectè in custodiam retinent. Magistratus municipales ad officium præsidis prouinciæ, vel proconsulis comprehensos fugitiuos rectè transmittunt.

Ad l. Limenarcha 4.

Vulgata editio habet *Liminarcha* quam & Accursius noster probat & ab etymologia nominis eos interpretatur, qui præsunt militibus custodientibus limina imperij contra hostes. Rectiùs Florentina lectio *Limenarcha* qui custodes sunt portuum maritimorum ex quibus frequens erat traiectus ad exteras nationes, ad quas verisimile esset transfugituros seruos qui essent fugitiui. De his agitur in *l. munerum 18. §. hi quoque 10. infr. de muner. & honor. & in l. non idcirco 38. C. de liber. caus.* Habebant verò Limenarchæ milites suos stationarios & sua nauigia ad traiectus & portus istos custodiendos, vt colligi potest ex *l. 2. §. iubemus etiam 2. C. de offic. Praefect. praetor. Afric. & l. portus 59. de verb. signific.* Ideò nimirum Paulus in hac lege Limenarchis coniungit stationarios, & ait posse ab illis deprehensos fugitiuos rectè in custodia teneri.

Ratio dubitandi. Ex eo pendet quod diximus ad *l. praecod.* Stationariis permittendum non esse, vt quemquam in custodia retineant *l. 1. C. de curios. & stationar. lib. 12. tit. 23. l. 1. C. de cohortal. eod. lib. tit. 58.* Decidendi autem ex iure speciali, quod in fugitiuis obtinet, Ex sententia, vt puto epistolæ & Senatusconsulti, de quibus supradictum est, & quibus permissum fuit stationariis militibus fugitiuos inquirere, & adprehendere. Quid enim prodesset perquisiuisse & adprehendisse si non in custodia & quidem diligenti tenerentur ne possent euadere? vt diximus ad legem præcedentem. *d. l. 1. § vnusquisque & §. diligens custodia sup. hoc tit.* Subiungit Paulus veluti rationis loco, *Nam & Magistratus municipales ad officium Praesidis prouinciae vel Proconsulis comprehensos fugitiuos rectè transmittunt.* Quod ipsum etiam explicauimus in præcedentibus, præ ertim ad *l. 1. §. vlt. sup.* Ideò autem rationem hanc subiicit, quia magistratuum municipalium permodica erat iurisdictio etiam in seruos *l. magistratibus 12. supr. de iurisd.* Quasi non esset denegandum Limenarchæ & stationariis militibus, quod etiam magistratibus municipalibus concederetur.

5. TRYPHONINVS lib. 1. Disputationum.

Si in harenam fugitiuus seruus se dederit: ne isto quidem periculo discriminis vitæ tantùm sibi irrogato potestatem domini euitare poterit. nam Diuus Pius rescripsit, omnimodo eos dominis suis reddere: siue ante pugnám ad bestias, siue post pugnam. quoniam interdum, aut pecunia interuersa, aut commisso aliquo maiore maleficio, ad fugiendam inquisitionem, vel iustitiam animaduersionis, in harenam se date mallent, reddi ergo eos oportet.

Ad l. vlt. si in harenam.

Ratio dubitandi. Cùm seruus fugitiuus in harenam se dedit, videtur ad populum ipsum confugere & seruus quodammodo publicus fieri, præsertim si eius roboris vel artificij sit vt dignè populo Romano exhibere se possit, arg. *l. ad bestias 31. infr. de poen.* Cumq; in tam aperto vitæ periculo se constituat, dignus certè videtur, cui ignoscatur vt nec domino suo reddatur, Fauore scilicet populi, vt scriptum est in *d. l. ad bestias.* Maximè verò si feliciter, & animosè pugnauerit, vt eo nomine etiam publicum aliquod præmium mereatur.

Dec. Non debet esse in potestate serui, vt domini sui potestati se subtrahat, *l. si seruus seruum 27 §. 1. sup. ad l. Aquil. l. vlt. §. serui inf. de public. & vectigal.* quod tamen contingeret si dando se in harenam, magis quam fugiendo, euitare domini potestatem posset. Plerique enim aut pecunia domini interuersa, aut commisso aliquo maiore maleficio ad fugiendam inquisitionem vel iustitiam animaduersionis, in harenam se dare mallent, vt eleganter hic scribit Tryphoninus Nec seruo fugitiuo prodesse debet quod tantùm discrimē & periculum vitæ subierit, cùm vltrò id fecerit, & ipse tantùm sibi vltrò irrogauerit. Sic enim malo legere *quod sibi is tantùm irrogat*, quàm vt Florentiæ *tantùm sibi irrogato*, aut quòd esset absurdius *irrigato*. Nam si vel magistratus vel Princeps eum in harenam descendere iussisset ad pugnandum cum bestiis vel gladiatoribus, aliud planè probandum esset nec de dominio iure in hûc seruum & potestate quæri ampl us oporteret. Planè nec si seruus in capitali causa fortunæ iudicio à domino commissus, & deinde absolutus sit, fiet tamen liber *l. seruus 15. sup De stat. hom.* Nec denique fauor populi facere potest vt domini ius lædi, & fugitiuum qui in harenam se dedit in eaque feliciter pugnauit domino subtrahi oporteat *d. l. ad bestias.* Dominorum namque in seruos suos potestas illibata manere debet, nec cuiquam hominum ius suum detrahi, vt habet rescriptum Diui Pij, de quo in *l. 2. sup. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* Sic neque acclamationibus populi libertatem inuito domino competere seruo posse certum est. Benè igitur Diuus Pius rescripsit seruos istos fugitiuos dominis suis reddi debere siue ante pugnam ad bestias, siue post pugnam. Ergo, vt concludit Tryphoninus, reddi eos oportet.

DE ALEATORIBVS.

TIT V.

1. VLPIANVS libro 23. ad Edictum.

PRÆTOR ait, 1. *Si quis eum*[a], *apud quem alea lusum esse dicetur, verberauerit, damnúmve ei dederit, siue quid eo tempore dolo eius subtractum est, iudicium non dabo*[b], 2. *In eum, qui alea ludenda causa*[c] *vim intulerit, vti quæque res erit, animaduertam.*

Ad l. Prætor ait 1.

Animi vitium est siue in libero homine siue in seruo, aleatorem esse *l. Ædil. s etiam 25. §. hoc autem inf. de ædil. edict.* non minùs, inquit ibi Vlpianus, quã si seruus factus sit vinarius, aut erro. Ergo post tractatum De fugitiuis, qui ad errones etiam pertinet, vt diximus ad *l. 1. §. fugitiuum sup. tit. prox.* appositè subiicitur hic Tit. de aleæ lusu, & aleatoribus vt habet editio vulgata, vel vt in Codice de aleator. & aleæ vsu. In quo tractatu aleam intelligimus omnem fortunæ lusum nedum talorum & tesserarum quæ iactantur è pixide id est tritillo vel phimo, vt ad hunc Tit. docet Cuiacius in paratitlis in Codicem. Fuit autem alea & aleæ vsus res antiqua sed solis militibus olim permissa vt ludendo nihil agerent potiùs quam vt ociosi essent. Adeò visum est minùs alienum à disciplina militari nihil agere, quam ociosum esse, vt ex quadam Plinij epistola soleo dicere. Erat autem permissa militibus extra operas pugnatorias duntaxat, non vt hodie ipso etiam tempore expeditionis *l. 3. C. hoc tit.* Ait lex

a *Prætor ait. si quis eum.* Ratio dubitandi. Hoc edictum Prætoris ita conceptum est vt præsupponat lusum aleæ quodammodo licitum qui tamen vt modò diximus, & iam anteà fuit illicitus inter alios quàm milites, & hodie est post *l. 1. & 3. C. hoc tit.*

Dec. Idipsum ferè de aleatoribus dici potest quod de Mathematicis quodam loco Tacitus scribit, *Hoc genus hominum*, inquit, *in ciuitate nostra & semper damnabitur & semper retinebitur.* Fuit enim etsi non toleratus, ab Ædilibus quorum ea cura fuit certè frequens tamen iam olim lusus aleæ vt probatur ex iis ipsis constitutionibus quibus maximè damnatus est *d. l. 1. & 3. C. hoc tit.* Certè nec edictum hoc Prætoris, aleæ lusum tolerat quem improbat, & coercet. Aliter tamen improbat, aliter coercet. Improbat lusum, sed lusores ipsos nõ coercet, at eum solum apud quem alea lusum esse dicetur, Vt si quis eum verberauerit, damnúmve ei dederit, aut aliquid ex eius bonis eo tempore domo eius (sic enim legendum est non *dolo*, vt constat ex §. *item nocendum inf.* nec quisquam est tam imperitus, qui furtum putet fieri posse sine dolo) subtractum erit, nullo eo nomine causa iudicium detur. Susceptorem ergo solum Prætor vindicari prohibet, non etiam collusores, vt subiicitur in § *seq.*

b *Iudicium non dabo.* Ratio dubitandi. Non debent impunita manere delicta, & quæ malè admissa sunt, quoniam id ad publicam vtilitatem pertinet *l. ita vulneratus 51. ad fi. sup. ad l. Aquil. l. Stichum aut Pamphilum 95. in princ. de solut. l. per omnes. 6. C. de defens. ciuit.* Atqui remanebunt impunita, si ei apud quem alea lusum esse dicetur impunè rapina fiat, adeoque si verberare illum liceat, quod tamen Prætor permittit hoc ipso, quod eo nomine iudicium denegat. Et quemadmodum in multorum honestorum virorum præsidiis lupanaria exercentur *l. ancillarum 27. in fin. iunct. l. si possessor 52. de hered. petit. l. 4. inf. de instit. act.* Ita nec tam turpiter facere videri debet qui ad aleæ lusum suam domum lusoribus accommodat, vt sibi aliquod ex eo commodum & emolumentum acquirat Adeò verum est quod ille dicebat, Bonum esse odorem lucri ex re qualibet. Potest enim fieri vt qui aleatores suscipit, non sit ipse aleator.

Dec. Dignus quidem ille est qui hunc verberauit, vel ei rapinam fecit, vel in eius domo aliquid dolo malo admisit, vt puniatur ne quod malo more doloque admissum est remaneat impunitum *l. procurator 11. §. 1. inf. de doli mal. except.* Sed indignus ille, qui ad lusum aleæ domum suam præbuit, vt actionem ei Prætor accommodet: Cùm possit ipsi culpa imputari cur ludum illicitum in domum suam induxerit. Ideoq; nec damnum vllum sentire videatur ex vulg. reg. *l. quod quis 203. de regul. iur.* Priùs enim quærendum est de actoris quàm de rei indignitate, & cùm vtriusque turpitudo in hoc casu versetur, aut saltem indignitas, æquum est meliorem esse causam possidentis & deteriorem agentis *l. vlt. De condict. sin. caus. l. penultim. De condict. ob turp. vel iniust. caus.* Benè autem Prætor credidit, non meliùs & efficaciùs aleæ lusum prohiberi posse, quàm si nemo sit qui apud se alea lusum velit. Nec meliùs rursum deterreri eos, qui alioquin aleæ lusum apud se susceptori essent, quàmsi viderent contra se promissam à Prætore delinquentibus impunitatem. Exemplo eius quod de seruis fugitiuis eorumq; susceptoribus scribunt Imperatores in *l. seruos 12. C. de agric. & censit. lib. 1. tit. 47.* his verbis, *Nam cùm metu damni deterritus vnusquisque eum quem incognitum habuerit, à se ceperit propulsare, voluntas fugiendi seruis non erit.*

c *In eum, qui alea ludenda causa.* Posterior hæc pars est edi-

est edicti, quam interpretatur Vlpianus in §. *vlt. huius legis*, vbi nos dicemus. Interim tamen obseruandum est aliter locutum Prætorem in priore edicti parte, aliter in posteriore. In priore negat absolutè daturum se actionem, In posteriore ait se *vti quaque res erit animaduersurum*, non autem vt habet vulgata editio *vtique quæ res erit*, id est causæ cognitionem se adhibiturum, vt in *l. 1. sup. de minor l. item apud 15. §. ait Prætor 25. & §. quod ait 28. infr. de iniur.* & ex causa se aut grauius aut leuiùs puniturum. Non enim pertinent hæc verba ad actionem vel dandam, vel denegandam.

1 ¶Si rapinas fecerint inter se collusores, vi bonorum raptorum non denegabitur actio. susceptorem enim duntaxat prohibuit vindicari, non & collusores: quamuis & hi indigni videantur.

Ad §. 1. Si rapinam.

Ratio dubitandi. Indigni sunt collusores quibus faueatur si quid ipsis inter ludendum damni acciderit, etiam per rapinam, cùm tale damnum eorū culpa contigerit, dum rei illicitæ operam darent: Quemadmodum circa susceptoris personam proximè diximus ex reg. *l. quod quis 203. de reg. iur.* Neq; verò datur actio Vi bonorum raptorum nisi ei cuius interest. *l. 2. in prin. & §. damni & §. id hac actione cum seq. infr. Vi bonor. rapt.* Non autem creditur interesse nisi intersit ex honesta causa *l. cuius interfuit 10. cum seqq. inf. de furt. l. 3. §. si mecum sup. Ad exhib.* Porrò non videtur ex iusta causa interesse illius qui inter ludendum alea, pecuniæ suæ rapinam passus est. Quid enim aliud quàm rixas & furtum ex ludo reportare ac sperare lusores potuerunt?

Dec. Lusus quidem aleę, modus est profundendæ suæ pecuniæ magis quàm acquirendæ alienæ, Nec proinde iustus est, siue quis pecuniam quam ludendo lucratus est retinere solum velit, siue promissam exigere *l. 1. & l. 3. C hoc tit.* Nempe quoniam qui ludunt quasi de pecunia exposita cuius sit litigantes, eius controuersiæ iudicem eligunt sortem & aleam, quæ ipsa iudicio caret. Quomodo igitur iudicare probè ac iustè possit? Sed tamen non potest videri facere tam turpiter aut tam improbè is qui ludit, cùm ludit, sed tunc maximè cùm pecuniam quam lucratus est retinere vult, aut eam exigere quæ promissa est. Nunc enim dolo facere incipit quamuis ab initio non fecerit, vt in *l. 2. §. circa inf. de dol. mal. except.* Improbè autem ac turpiter facit collusor qui collusoris pecuniam vi rapit. Fur enim est & quidem improbior quisquis alienam rē vi rapit *l. 2. § cæterùm inf. Vi bonor. rapt.* Non ergo impunè ferre debet, quominus Vi bonorum raptorū teneatur. Interest enim actoris, & quidem ex honesta causa cùm rei suæ rapinam passus sit: Nec acquiritur ei hęc actio ex propria sua improbitate, vt in *l. itaque fullo 12. inf. de furt.* sed ex improbitate raptoris. Cumq; non versetur hic turpitudo par vtriusque, nihil causæ est cur eius qui per rapinam possessor factus est melior condicio esse debeat. Nam & aleatorem esse vicium animi est magis quā delictum *l. Ædiles etiam 25. §. hoc autem infr. de ædilit. edict.* Omne delictum vicium animi est. Sed non è cōtrario vicium omne animi delictum est, Quamquam in aleatore singulare est quod quodam loco scribit Seneca, Quantò ille in arte melior est, tantò esse eum nequiorem. Obseruandum tamen est nō benè dici aleatorem omnem qui ludit alea, sed eos solos qui nihil aliud agunt quàm vt ea veluti arte obuios quosq; lusores decipiāt eorum q; pecunias furentur, potiùs quàm lucrentur, quorum nomen certè infame semper fuit, licèt non notentur isti edicto Prætoris *De his qui not. infam.* Vnde fiebat vt mallent se dici tesserarios, Nomine minus odioso, sed quod non distinguebat eos ab aleatoribus, nisi eo modo distinguuntur fures à latronibus, vt Cuiacius ad hunc titulum docet in Paratitlis Codicis. Vide *l. si quis seruū 26. inf. de tritic. l. fugitiuus 225. de verb. sign.* Sanè de aleæ lusu & aleatoribus Ouidius quodā loco scribit *Hoc erat ad nostros non leue crimen auos.* Quibus tamen verbis innuere videtur, Corruptis deinde moribus quod prius graue habitū fuerat crimē, vix pro leui delicto habitū fuisse. Neq; verò quicquid fit contra prohibitionem legis delictum est, licèt non careat mala fide *l. quemadmodum 7. C. de agricol. & censit. lib. 11. Tit. 47.* Vt in eo cernere est qui emit rem minoris sine decreto aut rem prodigi à prodigo *l. si ab eo 12. inf. de vsuca. & tot. tit. de præd. minor.* Deniq; si aleæ lusus delictū est sola est lex quæ ex non delicto fecit delictum, quod & aliis pler sque iuris partib. euenit. Intelligo autē hunc locum non tātùm de ea re ac pecunia quam lusor de suo ad ludendū intulerat, sed de illa etiam quam per lusum à collusore lucratus fuerat is, cui rapta illa sit. Neq; enim textus hic distinguit cuius rei rapinam inter se collusores fecerint. Ex quo intelligimus pecuniæ quam quis luserit & perdiderit dominium ipso iure amitti, quoniam alioqui non teneretur Vi bonorum raptorum is qui rem suam abstulisset, ac vi quoque rapuisset *d. l. 2. §. hac actione is demum tenetur 18. Vi bonor. rapt.* Indeq; nimirum est quod eius non tam vindicatio datur quàm repetitio & condictio *l. vlt. § 1. & vlt.* vbi dicam *inf. hoc tit. d. l. 1. & 3. C. eo.* Geritur enim negotium aliquod inter ludentes *d. §. 1.* ex quo negotio transferri dominium potest ab eo qui animum habet transferendi, & qui putat iustā subesse causam quamuis causa translationis sit iniusta, quam & nullam esse sufficeret ad inducendam condictionem sine causa *d. d. vltim. & tot. tit. de condi. sin. caus. l. 1. & tot. tit. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Ergo collusorum susceptorem duntaxat prohibuit Prætor vindicari si quod damnum vel iniuriam siue à collusoribus ipsis siue ab aliis eorum occasione passus sit, Non etiam ipsos collusores quamuis æquè indigni videantur illi quibus faueatur. Itaq; benè Accursius noster contra Placentinum notat dictionem *quamuis* non stare hic correctiuè & decisiuè sed pro dubitandi potiùs ratione, vt & in *l. ligni 7. §. si quis tritici sup. Ad exhib.* Iunge quæ dicam ad *l. vlt. §. vlt. inf.*

2 ¶Item notandum, quòd susceptorem verberatum quidem, & damnum passum vbicumque & quandocumque, non vindicat. verùm futurum factum domini, & eo tempore quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impunè fit. Domum autem pro habitatione & domicilio nos accipere debere, certum est.

Ad §. 2. Item notandum.

Ratio dubitandi. Nimis generalia videntur verba illa *vbicunque & quandocunque* quorum alterum omnem & quemcunq; locum, alterum verò quod-

cunque tempus significat. Quid enim si is qui aleatorum susceptor per aliquod tempus fuit & in aliqua ciuitate, in alio loco verberatus sit, in quo non exercebat aleatoriam, aut bonorum suorum rapinam passus fuerit, aut etiam post depositum, vt Accursius loquitur, officium illud præbendæ domus suæ aleatoribus ad vsum aleæ? An dicemus adhuc impunè verberari eum posse & quibuslibet damnis affici? Esset id sanè iniquum, vt benè Accursius nuper notat. Dec. Non oportet ius ciuile calumniari, nec verba captari, sed qua mente quid dicatur animaduertere conuenit *l. pen. supr. ad exhib.* Cur ergo nihil contra susceptorem aleatorum Prætor constituerit, nisi in odium & pœnam suscepti tam mali & ad bonum quodlibet inutilis officij. Dicendum est non aliam mentem fuisse Prætoris quàm vt susceptorem coerceret quatenus & quamdiu aleatorum susceptor esset, & damnorum nomine, quæ per occasionẽ aleæ etiam ab aliis quàm aleatoribus passus esset: non illorum etiam quę aut alio tempore aut alia occasione eidẽ contigissent. Id enim faciunt verba illa Edicti *eum apud quem alea lusum esse dicetur* vt qualitas iuncta verbo intelligatur secundum tempus verbi, ex vulgari illo nostrorum brocardico, de quo diximus ad *l. 4. §. si extraneus de noxal. action.* Et omnino Prætoris mens illa fuit vt distingueret furtum domi factum etiam ab alio quàm à lusore, & damnum quod suscepturi extra causam furti contigisset. Furtum enim siue à lusore, siue ab alio quolibet factum non aliter impunitum esse voluit Prętor, quàm si factum sit domi & eo tempore, quo alea ludebatur. Damna verò cætera vbicunque & quandocunque irrogata susceptori, hoc est etiam alibi quàm in ipsius domo, & alio tempore quàm quo alea ludebatur, sed tamen per occasionem ludi, & eo tempore quo esset ille adhuc susceptor aleæ, & aleatorum.

a *Domum autem.* Ex his verbis & ex præcedentibus illis huius §. *verùm furtum factum domi* apparet Prætorem in edicto vsum fuisse hoc nomine; quod non aliter verum esse potest quàm si emendationem nostram admittas, & pro *dolo* legas *domo* in illis verbis *siue quid eo tempore domo eius subtractum est.* Ideò monet Vlpianus domum hìc nos accipere debere non pro ædibus, & prædio vrbano, vt alibi sæpe, sed pro habitatione, & domicilio, & quidem in quo alea luditur, quantum ad causam huius edicti, sic in *l. qui domum 8. in fin. l. nec in ea 22. §. ius occidendi vers. sed domus infr. ad leg. Iuliam de adult. §. domum Instit. de iniur.*

3 ¶ Quod autem prætor negat, se furti actionem daturum, videamus, verum ad pœnalem actionem solam pertineat, an & si ad exhibendum velit agere, vel vindicare, vel condicere. & est relatum apud Pomponium, solummodo pœnalem actionem denegatam, quod non puto verum. prætor enim simpliciter ait, *Si quid subtractum erit, iudicium non dabo.*

Ad §. 3. Quod autem.

Ratio dubitandi. Actionem furti cùm dicimus pœnalem illam dumtaxat intelligimus, quæ datur ad duplum si furtum sit nec manifestum; aut ad quadruplum, si sit manifestum *tot. tit. Instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt. l. si pro fure 8. §. 1. inf. de condict. furt. l. si pignore 54. §. cùm furti inf. de furt.* non autem condictionem furtiuam, licèt detur illa quoque ex furto & maleficio, quia datur ad rem persequendam, Multò minùs verò actionem Ad exhibendum, & vindicationem, licèt hæ quoque actiones contra furem dentur. Benè igitur relatum est apud Pomponium solam furti actionem pœnalem denegandam ei, apud quem alea lusum esse dicetur. Et sanè cur vindicationem denegemus ei qui remanet dominus? Nec enim quod quis apud se alea ludi passus sit, modus est legitimus amittendi dominij. Potest autem quisque vindicare id quod suum possit dicere *l. Quintus Mucius 25. §. argento de aur. & argent. legat. l. in rem 23. in princ. supr. de rei vindic.* Cur prætereà aut quomodo possit Prætor ei qui vindicaturus sit denegare actionem Ad exhibendum quæ omnibus competit quorum ex iusta causa interest sed maximè vindicaturis? *l. 1. l. 3. §. sciendum & pass. sup. ad exhib.* Nec videtur Prætor denegare posse actiones, quæ iure ciuili competunt cùm sit ipse custos, & minister iuris ciuilis *l. ius autem 7. §. 1. & l. seq. sup. de iustit. & iur.* Emendare siquidem & corrigere ius ciuile Prætor potest, sed omnino tollere & contra ius ciuile facere non potest *Tit. de bono. possess. apud Iusti. in prin. l. necnon 28. §. quoad eius sup. Ex quib. caus. maior. l. cùm sponsus 12. §. si res supr. de Publicia. in rem action.*

Dec. Vbi lex aut Prætor non distinguit; nec nos distinguere debemus vulg. *l. de precio 8. sup. eo. tit. l. si seruum 23. vrb. præd. l. 3. in fin. de offic. Præsid.* Atqui Prætor simpliciter & indistinctè ait *si quid subtractum erit, iudicium non dabo*, conceptis scilicet verbis & relatis ad rem subtractam, ac proinde ad omnes actiones quæ pro re subtracta solent competere; In quo numero sunt condictio furtiua, Vindicatio & Ad exhibendum *§. sic itaque de action.* Non autem ad actionem furti pœnalem. Ex quo apparet, non satis exactè verèque loqui Vlpianum, cùm initio huius §. supponit Prætorem negare se furti actionem daturum. Id enim si ita esset, non malè Pomponius dixisset solam pœnalem actionem denegandam, quippe quæ sola nomine actionis furti contineatur. Quòd si Prætor edixisset se actionem ex furto denegaturum, Putarem non de sola furti actione pœnali id intelligendum sed etiam de condictione furtiua quæ nascitur ex furto non minùs quàm ipsa furti actio *l. si ambo 10. §. quoties ex maleficio infr. de compensat. l. 3. §. ex furtiua l. sed si damnum 9. §. siue ex contractu infr. de pecul. leg. si duo 13. §. idem Iulianus infr. de iureiur. l. si mulier 21. §. hæc actio infr. rer. amot. l. cessat 36 de oblig. & action.* Sed non putarem tamen id extendendum ad Vindicationem & actionem Ad exhibendum, Quippe quæ non ex furto nascuntur vt condictio furtiua, licèt perinde contra furem dentur, sed ex præsenti possessione *l. non aliàs 24. §. sed si postulatur supr. de iudic. l. tigni 7. §. penult. supr. Ad exhib. leg. ancillæ 12. Cod. de furt.* At cùm Prætor ita edixerit *si quid eo tempore domo eius subtractum erit iudicium non dabo* apparet Prætorem, neque ad actionem furti respexisse neque ad actiones ex furto competentes; sed generaliter ad omnes

quæcun-

quæcunque rei subtractæ nomine competere possunt. Ergo ad Vindicationem quoque & Ad exhibendum. Addit Accursius multò magis denegandam actionem ei apud quem alea lusum esse dicetur si fortè is pecuniam lusoribus crediderit ad ludendum. Est enim quod multò magis ei imputetur quare pecuniam crediderit ad tam malos & perditos vsus, quàm cur res suas eo tempore quo ludebatur subtrahi passus sit, quod fieri potuit ipso etiam ignorante & inuito: Quid enim erat necesse illum credere? *l. quòd si minor 24. §. pen. supr. de minor.* Et quod scribitur in *l. vlt. §. 1. inf.* Si seruus acceperit pecuniam mutuam scilicet ad ludendum, vt interpretatur Accursius, dandam in dominum actionem de peculio non noxalem, quia ex negotio gesto agitur de ea pecunia certè accipiendum est, quam seruus mutuam sumpserit ab alio quàm ab eo qui apud se alea ludi patitur, vt idem Accursius hîc & ibi bene explicat, cum quo & ego sentio. Nec mirum videri debet, denegari à Prætore actionem, quæ ciuili iure competat. Prætoris enim est actiones tam ciuiles quàm prætorias vel concedere vel denegare, prout æquitas suggerit, quam Prætor potissimùm ante oculos habet, si quando illa pugnet cũ asperitate iuris, vt cernere est in necessariis heredibus se abstinentibus, qui licèt sint & maneant heredes iure ciuili, ita vt perinde & actiones hereditarias exercere possint aduersus debitores hereditarios & ab hereditariis creditoribus conueniri, à Prætore tamen heredis loco non habentur, vt eos neque agere, neque conueniri patiatur *l. necessariis 57. de acquir. hered. l. si filius 12. supr. de interrog. in iur. fac. l. si filius 12. de vulg. & pupill. subst.* Idem est in herede qui fideicommissariam hereditatem restituit ex *SC. Trebelliano l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano inf. ad SC. Trebell.* Sicut è contrario plerisque casibus dat Prętor actiones ex æquitate tametsi iure ciuili non competant, quales sunt omnes Prętoriæ, quæ dantur deficientibus ciuilibus, *l. 1. de Public. in rem act. l. 2. §. item Varus de aqua & aquæ pluu. arcend.*

4 ¶ *In eum*, inquit, *qui aleæ ludendæ causa vim intulerit, vti quaque res erit, animaduertam.* hæc clausula pertinet ad animaduersionem eius, qui compulit ludere: vt aut multa multetur, aut in lautumias, vel in vincula publica ducatur.

Ad §. vlt. In eum.

Est hæc posterior pars edicti, & pertinet ad animaduersionem non eius qui aleatores suscipit vt prior, sed eius qui alium compulit alea ludere; Siue ab initio, siue quod frequentiùs fit, cùm victus retinet victorem vel inuitum, ne possit ille, quod mallet, cum lucro recedere, vt Paulus subiicit in *l. seq.*

Ratio dubitandi. Etiam coacta voluntas est voluntas *l. si mulier 21. §. vlt. sup. Quod met. caus.* Videtur enim is qui coactus est hoc maluisse *l. si patre cogente 22. infr. de rit. nupt.* Ergo non est tanta dignus animaduersione is qui alium compulit ad ludendum, vt in lautumias vetustum carceris nomen, vel in publica vincula duci debeat, aut extra ordinem mulcta irrogata mulctetur.

Dec. Pessimum delinquentium genus illud est, quibus non satis est vltrò delinquere, ac sua imitatione alios ad delinquendum inuitare, vt in *l. Ædiles etiam 25. §. hoc autem insr. de ædilit. edict.* si non etiam inuitos ad delinquendum non modò trahant, sed etiam compellant. Digni ergo sunt isti, multò magis qui coerceantur aut mulcta, aut carceribus aut vinculis publicis, sed quoniam vis aliter atque aliter inferri potest, & ex facti personarum locorumq; circumstantiis, aut leuior, aut atrocior, non irrogauit Prætor certam pœnam, sed cognitioni suæ totum id reseruauit, verbis illis *vti quaque res erit, animaduertam*, id est pro qualitate, & grauitate admissi aliter atque aliter puniendum. Non tamen vt aliquo casu crimen violentiæ ex quacunque causa manere debeat impunitum. Adeò est illud exosum legibus, constitutionibus Principum & ipsi maximè Prætori *l. extat 13. supr. quod met. caus. l. vltim. Ad leg. de vi priuat.* quoniam multa facinora sub vno violentiæ nomine continentur, Inquit Constantinus in *l. Quoniam 6. C. ad leg. Iul. de vi publ. vel priuat.* Nec vllus erit rixarum ac seditionum finis, si cui liceat alij vim facere impunè, ne quidem adhibito iuris prætextu *l. t. infr. quod lega. l. non est singulis 176 de reg. iur.* Vulgata editio pro *lautumias* habet hîc *latumias*. Vnde occasionem sumit Accursius interpretandi per allusionem & quasi ab etymologia, loca latentia. Carcer enim est, inquit, quia ibi latitant. Sed magis placet mihi Florentina *lautumias*, & quæ ad hanc dictionem sit allusio à Declamatore Seneca Declam. 9. *Ne nunc quemquam vestrum decipiat nomen Lautumiæ, Illa animo meo lauta res est.* Apud Cuiacium *lib. 6. obseru. cap. 7.* licet idem Cuiacius in Paratitlis Codicis scribat *Latomias.*

2. PAVLVS libro 19. ad Edictum.

SOlent enim quidam & cogere ad lusum vel ab initio, vel victi, dum retinent.

Ad l. Solent enim 2.

His verbis, licèt rationem posterioris partis huius edicti præ se ferre videantur, attamen non tam rationem significare & exprimere Paulus voluit, quàm occasionem. Cùm enim soleant lusorum plerique alios ad ludendum cogere vi etiam adhibita aut ab initio, aut dum victi retinent, non adhuc aliquid ex eo quod ad collusorem pertineat, vt malè Accursius interpretatur, sed collusorem ipsum, qui victor mallet cum lucro quod fecit recedere si posset, vt suprà explicauimus: Cæterùm ratio huius partis edicti petenda tota est ex odio violentiæ, quæ etsi nunquam probè fit longè tamen improbius vt ad lusum aleæ cogatur is qui nunquam, aut non amplius vellet ludere.

1 ¶ Senatuſconſultum vetuit in pecuniam ludere: præterquàm ſi quis certet haſta, vel pilo iaciendo, vel currendo, ſaliendo, luctando, pugnando: quòd virtutis cauſa fiat.

Ad §. 1. Senatuſconſultum.

Hoc ſenatuſconſulto non tam aleæ luſus prohibitus eſt quàm generaliter ludi omnes qui fiunt in pecuniam, niſi qui eodem Senatuſconſulto excepti ſunt, & ſi qui alij ſunt ſimiles qui virtutis cauſa fiant, de quibus in *l. 1. 2. & 3. C. eo.* Itaque ſi quis alea quidem ludat, ſed non in pecuniam, ad hoc Senatuſconſultum non pertinet. Ad eas tamen leges pertinebit, quæ à Iuſtiniano noſtro de aleæ luſu & aleatoribus factæ ſunt. Ex quo intelligimus ante hoc Senatuſconſultum non fuiſſe prohibitos ludos in pecuniam etiamſi non tam virtutis, quàm vicij cauſa fierent, Nec tamen fuiſſe hoc Senatuſconſultum ſufficiens ad aleæ quoque vſum niſi in pecunia profligandum, vt conſtat ex Iuſtiniani cõſtitutionibus quæ extant in Codice ſub hoc titulo; Fuerunt enim ob eam cauſam neceſſariæ cùm plerique ludentes nec ludum ſcientes (ita enim legendum eſt in *l. vlt. eod.*) numeratione tantùm proprias ſubſtantias perderent, die noctuq; ludendo argento, apparatu lapidum, & auro. In quo obſeruandum eſt nullam fieri mentionem pecuniæ numeratæ, propter hoc Senatuſconſultum quo prohibitum erat ludere in pecunia ſi aliis ludis omnibus, exceptis illis qui in hac lege enumerantur, multò magis alea: Cæterùm hoc ipſo quod prohibitum erat ludere in pecunia, permiſſum erat aliis rebus omnibus ludere, cùm incluſio vnius eſſet excluſio alterius & contra: vulg. *l. cùm Prætor 12. ſup. de iudic. l. Imperator 8. ſup. de poſtul. l. ex eo 18. infr. de teſtib.* Etiam alea quo nomine ludi omnes ſignificantur qui incerto fortunæ iudicio committuntur.

Ratio dubitandi. Ad hoc Senatuſconſultum illa eſt, quòd nihil ſit tam naturale quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res inf. de acquir. rer. domin.* Quidni ergo liceat cuilibet pecuniam quoque ſuam non minùs quàm res cæteras pro arbitrio ludere ac perdere? Sed decidendi illa fuit, quod pecunia per ſe res valde fragilis & lubrica eſt *l. ſi chorus 79 §. 1 de legat. 3.* quæ proinde faciliùs iactatur & profunditur, quàm res cæteræ, quæ vt grauiores ſunt, & difficilioris acquiſitionis, ita difficiliùs profligantur, nec tam facilè quoque in præſentem ludum deferuntur: Solet enim ciuilis legiſlator ea quæ faciliùs quis malè facturus ſit tantò diſtrictiùs prohibere, vt cernere eſt in lege Iulia de fundo dotali quæ fundi dotalis alienationem conſentiente muliere permiſit, oppignerationem verò etiam volente illa prohibuit *§ 1. Inſtit. quib. alien. licet vel non l. vnic. §. & cùm lex Iulia C. de rei vxor. act.* Nempe quod facilius oppignerationi quàm alienationi conſenſura mulier crederetur. Et ſanè cùm interſit Reip. ne quis re ſua abutatur *§. 1. Inſt. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* & ciuium omnium patrimonia ſi fieri poſſet augeri non minui proſpiciendum vtique fuit ne in perditi cuiuſque poteſtate eſſet, ſuum patrimonium tam facilè prodigere & profligare, & in eas calamitates ſe præcipitem ferre, quæ miſeros iſtos poſt diſperſum expectant patrimonium *l. 1. de curat. furioſ. prodig. l. vlt. §. pen. C. de bon. quæ liber.* Excipiendi tamen fuerunt ludi qui virtutis cauſa fiunt, puta ſi quis certet haſta vel pila, iaciendo, vel currendo, ſaliendo vel luctando, vel pugnando; quòd his modis omnibus exerceatur corpus, & ad laudis & virtutis gloriam accendatur. Benè igitur Accurſius notat Virtutis cauſa permitti multa quæ aliàs non permitterentur, ex *l. qua actione 7. §. ſi quis in colluctatione ſup. ad l. Aquil. l. 1. §. quòd ſi depugnauerit ſup. de poſtul.*

3. MARCIANVS lib. 5. Regularum.

IN quibus rebus ex lege Titia, & Publicia, & Cornelia etiam ſponſionem facere licet. ſed ex aliis, vbi pro virtute certamen non ſit, non licet.

Ad l. In quibus rebus 3.

Ratio dubitandi. Sponſio non ſit niſi per ſtipulationem, cuius prima & præcipua verba ſolemnia illa fuerunt *ſpondes? ſpondeo.* Vnde & ſponſalia dicta ſunt *l. 2. & 3. inf. de ſponſal.* Stipulatio autem non aliter obligationem parere poteſt quàm ſi ſeriò ac certo iudicio facta ſit *l. 3. §. vlt. de oblig. & act.* Quò pertinet quod Varro ſcribit *lib. 5. de ling. latin.* Non omnem qui dicit *ſpondeo* obligari ex ſponſo. Atqui non poteſt certo iudicio quid promitti in re omnino incerta, & quę ex futuro euentu pendeat: cuiuſmodi ſunt hæc certamina, de quibus in *l. prox. præced.* tametſi maximè virtutis cauſa fiant. Ergo ne quidem ex his cauſis ſponſionem facere permittendum fuit, Quod tamen leges Titia, Publicia, & Cornelia, vt Marcianus hîc refert, permiſerunt.

Dec. Sponſiones & ſtipulationes omnes tuendæ ſunt quæ modò iuſtam & honeſtam cauſam habeant *l. ſi gratuitam 17. aliâs l. ſi rem tibi §. vlt. inf. de præſcript. verb.* Quænam autem iuſtior vel honeſtior cauſa eſſe poteſt, quàm incitandæ virtutis, & accendendæ? *l. Athletas 4. ſup. de his qui not. infam. l. qua actione 7. §. ſi quis in colluctatione ſup. ad l. Aquil.* Nec eo minùs certo iudicio ſtipulationem fieri credendum eſt quod certaminis, pro quo ſit ſponſio, euentus incertus ſit. Alioqui dicendum eſſet nec valere cõuentiones quæ ſub cõdicione conciperentur, cùm euentus condicionis incertus eſſe ſemper debeat, adeò vt nec pro condicione habeatur ea quæ omnimodo extitura eſt *l. itaque 31. infr. de reb. credit. l. ſi pupillus 9. §. 1. inf. de nouat. & deleg.* Denique nec iactus retis emi poſſet, qui tamen rectè & venditur & emitur *l. ſi iactum 12. infr. de action. empt.* Sanè ex aliis cauſis vbi pro virtute certamen non ſit, ſponſionem facere non licet, iiſdem ipſis legibus hoc prohibentibus, quaſi deficiēre non tam iudicio, quàm iuſta & honeſta cauſa ſponſionis. Denique quoties honeſtus & licitus ludus eſt, honeſta quoque & licita eſt ſponſio: Inhoneſta verò & illicita, ſi ludus illicitus, & inhoneſtus, Ne qui alieni facti ſponſores ſunt duriùs & efficaciùs obligentur, quàm illi pro quibus ſpoponderunt, & qui, ſi quid ex ea cauſa promitterent, ne quidem naturaliter obligarentur, Vt ex eo conſtat, quod etiamſi vltrò ac ſcien-

ac scientes soluissent quod ex ea causa promisissent, indebiti tamen condictionem haberent, Vt dicemus ad §.1. *leg. seq.* multoque magis pecuniæ non solutæ retentionem opposita exceptione *l. vlt. §.1. inf. quar. rer. act. non det. l. periculi 5. de nautic. fœnor. l. in exceptionibus 19. §. vlt. de probat.*

4. PAVLVS lib. 19. ad Edictum.

QVod in conuiuio vescendi causa ponitur, in eam rem familia ludere permittitur.

Ad l. vlt. Quod in conuiuio.

Ratio dubitandi. Non ludunt virtutis causa qui vescendi causa ludunt, sed vt gulæ potiùs inseruiant, quæ certè non satis honesta causa est apud viros temperantes & frugi, quales esse omnes deceret: Ergo ne quidem ex hac causa permittendum esset familiæ ludere secundum ea quæ ad legem proximam scripsimus.

Dec. Honesta causa ludendi est etiam in pecunia, ad vescendum in conuiuio, Cùm ea ratione familiaritas & concordia inter eos qui ex eadem familia sunt meliùs retineatur, arg. *l. de fideicommisso 11. C. de transact.* nec possit quantitas pecuniæ quæ in eam rem luditur in immensum excrescere, nec tam facilè rixarum, & odij materiam excitare. Nam & ipsum conuiuij nomen per se honestum est, sic dictum à simul viuendo: quòd hominis proprium est, si illis credimus qui dictionem latinam *homo* à græca illa *ὁμοῦ* formatam volunt, quasi qui ad societatem & ad simul ac communiter viuendum natus sit: Ac longè elegantiùs & honestiùs apud nos *conuiuium* dicitur, quàm apud Græcos *συμπόσιον* quasi *combibium* à simul bibendo quod ad gulam magis refertur, quàm ad societatem vitæ, vt Cicero pro nobis contra Græcos disputat. Obseruandum tamen est Paulum ita hîc loqui, vt soli familiæ ex hac causa ludere permittat. Non ergo etiam aliis qui extra familiam sunt, Ne alioqui facile esset hoc prætextu fraudem facere Senatusconsulto, quo vetitum est in pecunia ludere extra causam certaminis, quod pro virtute fiat: & quod vna via prohibitum est fieri, permitteretur altera, contra *l. scire oportet 21. §. 1. de tutor. & curat. dat. l. magis puto 5. §. si pupillus*, in postremis illis verbis *alioqui inuenta erit alienandi ratio de reb. eor. qui sub tutel.*

1 ¶Si seruus, vel filiusfamilias victus fuerit: patri, vel domino competit repetitio.

Ad §. 1. Si seruus.

Ratio dubitandi. Filiusfamilias vel seruus qui lusit alea & victus est, non patris vel domini sui nomine lusit, sed suo proprio. Ludere namque facti est. Quæ autem facti sunt non transeunt ad patrem nec ad dominum *l. qui heredi 44. de condict. & demonstr.* Nulla ergo satis iusta prò patre vel domino repetendi causa est. Aut si qua sit danda est repetitio, non quidem seruo, qui non magis agere vllo casu potest quàm ipse conueniri, sed tamen filiofamilias, qui ex omnibus ferè causis conueniri potest, ex multis verò etiam agere suo & proprio nomine puta actionibus in factum & aliis nonnullis, de quibus in *l. filiusfamilias 9. l. in factum 13.* iunct. *l. filiusfamilias 39. inf. de oblig. & action.* Præterea si filiusfamilias aut seruus in alea vicisset, an non lucri commodum patri ipsi & domino acquisitum fuisset? & quidem ita vt ne momento quidem temporis acquisitio in persona filijfamilias, vel serui constitisset, *l. placet 79. de acquir. hered.* Quidni ergo æquè damnum pati & subire debeat, & pater & dominus, si filiusfamilias vel seruus victus sit? Vt ad quem spectaret commodum spectet etiam incommodum. *l. secundum naturam 10. de regul. iur.* Nam & iactari solet non esse quemquam audiendum id petentem cuius contrarium non fuisset postulaturus *l. pen. C. de solut. l. de fideicommisso 11. C. de transact. l. si pater 12. C. de inoffic. testam.*

Dec. Pecunia quam filiusfamilias vel seruus in alea victus amisit patris erat vel domini, cum aliam pecuniam habere non potuerint quàm peculiarem: Patris autem vel domini peculium filiofamilias, aut seruo concedentis, non illa vtique voluntas fuit, vt pecuniam perderent, Ludere autem quid aliud est quàm perdere? vt & donare *l. filiusfamilias 7. §. 1. de donat.* Meritò igitur pecuniæ quam filiusfamilias aut seruus in alea victus amisit, repetitio patri aut domino danda est, Cuius damno alioqui iactura illa cessura sit: quod esset iniquum. Neque verò hæc repetitio, id est, condictio indebiti ex earum actionum numero est quas filiusfamilias suo nomine exercere potest, cùm neque sit vna ex illis quatuor quæ referuntur in *d. l. filiusfamilias 9.* neque actio in factum, de qua in *d. l. in factum.* Condictio igitur patri danda est aut domino cuius nummi fuerunt. Etsi enim peculium profectitium veluti patrimonium est filij *l. 3. §. sed vtrum sup. de minor.* magis tamen est patris *l. patri 27. eod. tit.* Itaque magis interest patris, Domini verò solius interest non etiam serui. Sic è contrario si filiusfamilias in aleæ lusu vicerit, repetitio vtilis ex hoc edicto cōtra patrem datur, & contra patronum si vicerit seruus posteà manumissus vt scriptum est in *§. vlt.* huius legis. Hinc verò intelligimus ex lusu nullam nasci obligationem non solùm ciuilem, quæ actionem tribuat, sed neque naturalem, quæ pariat retentionem, & impediat repetitionem *l. naturales 10. eod. tit. de oblig. & act. l. frater à fratre 38. & tot. tit. de condict. indeb.* Sed & in hac condictione singulare illud est, quod docet Iacob. Cuiac. in Paratitlis ad Codicem dari eam lusori quoq; victo, etiamsi prudens & sciens soluerit quod imprudens lusit. Item vt si nolit ipsi condicere detur ea cōdictio in vrbe Præfecto vrbis in municipiis verò Episcopo & defensori ciuitatis, aut etiam fisco publicis operibus applicanda *l. 1. 2. & 3. C. hoc tit.* Deniqne vt non nisi quinquaginta annorum præscriptione hæc condictio

ſummoueatur *d.l.3.* Quæ omnia in cæteris condictionibus aliter obſeruantur. Nam neque ei competunt qui vltrò ſciens indebitum ſoluit *l. cùm quis 10. Cod. de iur. & fact. ignor. l. fideicommiſſum 7. l. indebitum 9. Cod. de condict. indeb. l. quod quis 50. infr. eod. ill. tit.* Neque alij quàm illi ipſi qui ſoluit aut eius patri vel domino *l. indebitum 47. l. cùm indebitum 57. §. 1. eod.* Nec denique niſi intra annum trigeſimum, quo actiones omnes perſonales concluduntur *l. ſicut 3. C. de praeſcr. 30. vel 40. annor.* Quamquam autem Iuſtinianus hæc omnia ſpeciali quodam iure conſtituit odio aleæ & aleatorum in *d. l. 1. 2. & 3. C. hoc tit.* in hoc tamen videtur mitior fuiſſe, quàm debuerat, ſi hoc agebat vt tam inutile pecus hominum è Republica profligaret, quod nullam aduerſus eos vult fieri condemnationem Quæ irroganda certè fuerat, eaque grauiſſima vt metu pœnæ luſores omnes ab alea reuocarentur: Aut ſaltem retinenda pœna quadrupli quam Cuiacius ait in vſu olim fuiſſe, eamque famoſam, Cuius tamen nulla in libris noſtris veſtigia reperio, Nec auſim niſi authore laudato Iacobo Cuiacio & Aſconio in Diuinatione à quo is ſumpſit, hoc affirmate: niſi quod valde probarem vt cum aleatoribus iſtis quaſi cum furibus manifeſtis ageretur, in quos pœna quadrupli à Prætore conſtituta eſt. Si quis autem miretur dari ex hac cauſa condictionem quæ ſupponit in neceſſarium antecedens tranſlationem dominij, *§. ſic itaque & §. appellamus Inſtit. de action.* quaſi non videatur poſſe transferri dominium per traditionem factam ex cauſa aleæ tanquam quę non ſit iuſta & iure adprobata *l. numquam 31. de acquir. rer. domin.* legat quæ hac de re ſcripſimus ad *l. 1. §. ſi rapinam ſupr.* & quæ iungemus ad *§. vlt.* huius legis.

2 ¶Item, ſi ſeruus acceperit pecuniam, dabitur in dominum de peculio actio, non noxalis: quia ex negotio geſto agitur, ſed non amplius [a] cogendus eſt præſtare, quàm id, quod ex ea re in peculio ſit.

Ad §. 2. Item ſi ſeruus.

Ratio dubitandi. Actio de peculio non datur ex delicto ſerui, ſed noxalis, quemadmodum è contrario datur ex contractu ſerui vel filiifamilias actio de peculio in patrem vel dominum, non noxalis *l. 1. §. ſi filiusfamilias ſup. de his qui deiec. vel effud.* Atqui actio quę ex hoc edicto datur ex luſu ſerui qui vicit in alea & pecuniam accepit, magis ex delicto naſcitur, quàm ex contractu, cùm luſus aleæ, maximè verò in pecunia ſit illicitus, & prohibitus, Saltem poſt Senatuſconſultum, de quo in *l. 2. §. 1. ſupr.* Quod ſic acceptum fuit ſiue à Prætore, ſiue à prudentibus potius, vt pecunię per luſum amiſſę danda victo ſit repetitio quaſi malè parta & contra Senatuſconſultum acquiſitę. Ergo noxalis actio dāda videtur hoc caſu in patrem vel in dominum, non de peculio ad repetendam pecuniam quam ſeruus luſor idémque victor acceperit. De hac namque mihi videtur ſentire Paulus, non de illa, quam ſeruus ab aliquo mutuam acceperit ad ludendum, quomodo Accurſius interpretatur. Opponit enim Paulus hunc caſum ſuperiori, in quo filiumfamilias vel ſeruum in alea victum poſuerat, Ex eaque cauſa repetitionem patri vel domino dederat. In hoc autem ponit ſeruum victorem, & eam pecuniam, quæ ludebatur accepiſſe, non quaſi traditam ab aliquo, ſed quaſi à ludo ipſo expoſitam ei qui viciſſet. Nec enim victori traditur, ſed à victore accipitur & ſumitur, propria quodammodo authoritate, ex lege tamen inter colluſores ab initio dicta, vt qui vinceret, ei accipiendæ pecuniæ ius eſſet. Honeſtius enim nomen illud eſt, quàm auferendæ: Neque verò arbitror, ſi pecuniam quis ſeruo tuo in alea crediderit ad ludendum quam is poſteà luſerit, dandam ei contra te actionem de peculio, Cùm tibi prodeſſe debeat exceptio, Quod in alea luſum eſſe dicetur *l. in exceptionibus 19. §. vlt. inf. de probat.* Nam & ſi in alea rem vendam, vt ludam & euicta re conueniar ex empto, & de euictione, exceptione emptor ſummouendus eſt *l. vlt. §. 1. inf. quar. rer. act. non dat.* vbi videtur Paulus requirere, vt non tantùm ad ludendum vendiderim, ſed in ipſa etiam alea. Cui caſui ſimilis ille erit, ſi ſeruus tuus non tantùm ad ludendum pecuniam mutuam acceperit, ſed in ipſo quoque luſu aleæ. Quo tempore calor ludendi facit vt nihil niſi temerè & abſque iudicio fieri videatur. Sed pecunia quæ luditur, illa verò eſt cuius repetitio ex Senatuſconſulti poteſtate, ac interpretatione competit, quia ludi prohibetur: At mutua accipi ad ludendum non prohibetur, ſi non in ipſo aleæ luſu mutua accipiatur. Itaque ſi quis interpretationem Accurſij probare malit, & locum hunc intelligere de ſeruo tuo, qui pecuniam mutuam ab aliquo acceperit ad ludendum, neceſſe eſt vt addat acceptam fuiſſe mutuam extra luſum aleæ, Sed mihi mea magis placet.

Dec. Actio quæ datur contra dominum ex luſu ſerui, vt ſcilicet cogatur eam pecuniam reddere, quam ſeruus victor abſtulit non ex delicto eſt ſed ex negotio geſto, id eſt ex contractu innominato vt in *l. ſolent 15. inf de praeſcript. verb.* Id enim actum proculdubio eſt inter colluſores, quemadmodum diximus, vt victori pecunia acquireretur, & tanti habuit quiſq; colluſorum ſui periculi precio ſpem emere acquirendæ pecuniæ alienæ. Danda igitur eſt hoc caſu non noxalis actio ſed de peculio contra dominum: licèt in hoc quoque delictum aliquod verſari videatur. Numquam enim poteſt noxalis actio cum actione de peculio concurrere, Niſi in agrimenſore, in quo ſpeciale dicit eſſe Accurſius, vt vtraque actione teneatur ex *l. 3. §. vlt. inf. tit. prox.* vbi dicemus.

a *Sed non amplius.* Ratio dubitandi. Actio de peculio dari ſolet in omne id quod eſt in peculio, vndecunque tandem ſit *l. ſi quis cum filiofamilias 44. & paſſ. inf. de pecul.* Non ergo inſpiciendum eſt, quid ex pecunia illa ſit in peculio, ſed quid ſimpliciter, vt ex eo peculio ſatisfiat actori.

Dec. Licèt actio hæc naſcatur ex negotio geſto, habet tamen miſtam cauſam delicti. Neque enim dat peculium ſeruo dominus vt ex eo ludat, & tale negotium gerat quale inter colluſores geri ſuprà

pr diximus; Ideóque licèt dominus ex hac causa teneatur de peculio: ne alioqui nulla actio competat victo, quippe qui cum seruo agere non potest, non in plus tamen teneri debet, quàm in quantum locupletius ex illo aleæ lusu peculium factum est, Ne scilicet ex serui delicto dominus locupletetur: quomodo euenit in actione Rerum amotarum & in condictione furtiua *l. 3. §. vlt. ex causa furtiua inf. de condict. fur.: l. 3. §. vlt. Rer. amot.* Nam & ex actione merè pœnali datur actio in heredem de eo quod ad ipsum peruenit, ne ex defuncti scelere ditetur *l. in heredem 5. sup. de calumniat.* Idémque eueniret si cum filiofam. vel seruo impubere contractum esset *l. 1. §. si cum impubere inf. de pecul.* Iunge *l. exteriu 8. l. si quis mancipiis 17. §. vlt. inf. de instit. act.* Obseruandum autem est loqui hunc §. de seruo tantùm non etiam de filiofamilias, Non quòd patris fauorabilior hac parte aut durior condicio esse debeat quàm domini circa actionem de peculio: Sed quia si tale quid filius familias fecisset posset ipse in solidum conueniri ex hac causa vt ex aliis omnibus *d. l. filiusfamilias 39. de oblig. & action. d. l. si quis cum filiofamilias 44. de pecul.* Præterquàm si poneres cum Accursio acceptam à filiofamilias mutuam pecuniam ad ludendum. Tunc enim conueniri filiusfamilias ex mutuo non posset, nec si in aliam causam quàm ad ludendum, & extra aleæ lusum credita esset pecunia, idque propter authoritatem Senatusconsulti Macedoniani *l. 1. & tot. tit. de SC. Maced. D. & C.* Sed cum seruo nulla penitus nulloque casu actio est vulg. *l. cum seruo 107. de regul. iur.* Sed vel cum ipsius domino tantùm, vel prorsus nulla. Quamquam illa etiam inter filiumfamilias & seruum itémque patrem & dominum diuersitas adferri potest, quod his solis pecunia condicenda est quibus solutum est non quibus solutio proficit *l. his solis 49. inf. de condict. indeb.* Ergo filiofamilias qui & conueniri & condemnari etiam viuo patre potest *l. filiusfamilias 39. de oblig. & act. l. si dubitet 19. §. filiusfamilias de mort. caus. donat.* non etiam patri. At seruo cui soluta est pecunia condici pecunia non potest. Ergo domino condicendum est, sed in quantùm locupletius duntaxat peculium factum est. Itaque in effectu & agendi facultate differentia est inter filiumfamilias & seruum, sed in condemnatione nulla inter patrem & dominum, quia nec patrem æquum est habere locupletius peculium ex improbo filij lusu. Nec rursum condictione tenetur dominus nisi quatenus peculium ex lusu locupletatum est.

3 ¶ **Aduersus parentes, & patronos repetitio eius, quod in alea lusum est, vtilis ex hoc edicto danda est.**

Ad §. vlt. Aduersus.

Ratio dubitandi. Grauius delinquit parens qui alea ludit in pecuniam cum filio, aut patronus qui cum liberto, quàm si quis alius cum alio quolibet. Sua enim imitatione maloque exemplo isti liberos alioquin benè natos, & libertos corrumpunt, vt aleatores fiant *l. Ædiles etiam 25. §. hoc autem infra. de adilit. edict. l. si quis seruum 26. inf. de iniur. l. fugitiuus 225. de verb. signific.* Ergo dignior est vterque qui directa ex hoc edicto actione, quamuis alioquin si non famosa saltem turpi, conueniatur.

Dec. Reuerentia quæ parentibus & patronis debetur, hoc exigit à legislatore vel inuito, vt nullam actionem turpem nedum famosam aduersus huiusmodi personas liberis libertísque dari patiatur. Ideoque verbis temperatis & mitioribus *in factum* actio vtilis ex hoc edicto danda est liberis emancipatis si cum parente luserint, & victi sint. Itémque libertis si cum patrono. Vt euenit in actione De dolo, vt scilicet neque doli neque aleæ, sed pro dolo fiat mentio bonæ fidei, Pro alea indebiti soluti *l. non debet 11. §. 1. in fin. sup. de dolo. l. si superstite 5. C. eod. l. parens 5. in princip. & § 1. cum legib. seqq. infr. de obseq. parent. & patron. præst. l. vlt. sup. de seru. corrupt.* Sic & interdictum vtile Vnde vi & de vi armata datur interdum contra patremfamilias ex facto filij adeoque mercenarij *l. 1. §. si filius vel mercenarius inf. de vi & vi armat.* Accursius noster malè hunc §. explicat de eo qui luserit cum filiofamilias tuo quem tu posteà emancipaueris vel cum seruo tuo quem posteà tu manumiseris. Vt vtroque casu si filiusfamilias vel seruus tuus vicerit, & ex eo lusu aliquid ad te peruenerit quod penes te post emancipationem, aut manumissionem remanserit, tu eo nomine quatenus locupletior factus es, tenearis vtili actione ex hoc edicto; quasi cessante, vt puto, directa in peculium eo tempore, quo propter emancipationem, aut manumissionem peculium amplius nullum est. Nam cùm de danda aduersus parentes actione Paulus loquitur, vti ipse intelligit de danda ea liberis non extraneo contra patrem, qui solus tenetur actione de peculio, nec tamen solus parentis appellatione continetur *l. 4. §. Prætor ait sup. De in ius vocand.* Similiter cùm de hac vtili actione danda aduersus patronos, non de aliis intelligit quibus dari debeat, quàm de libertis qui soli patronum habent, quique cùm liberi sint, si alea ludant & vincant, non obligant patronum ad restitutionem, quia nec patrono quicquam acquirunt. Quòd si ponas cum Accursio lusisse illos in seruitute, & post lusum fuisse manumissos, sicut ex antegesto ipsi non tenentur *l. 4. & pass. Cod. an seruus pro suo fact.* ita neque patroni, Nisi fortè de peculio intra annum ex *l. 1. Quand. de pecul. act. est annal.* Dat autem hic §. actionem vtilem contra patronos indistinctè, nec minùs post annum, quàm intra annum manumissionis. Et præterea repetitionem eius quod in alea lusum est, non eius ex quo locupletius peculium factum est. Quomodo in specie præcedente dixerat, data actione extraneo contra dominum ex lusu serui qui vicerit. Nec sanè duriùs teneri debet is qui fuit dominus ob id solùm quod ex domino factus sit patronus. Idem Accursius infert ex hoc §. & ex præcedentibus, Id quod in ludo prohibito amissum est repeti, & benè. Probatur enim hoc apertissimè ex hac lege & ex *l. 1. 2. & 3. C. eod.* Nec tantùm si filiusfamilias, aut seruus luserit, vt Placentinus apud Accursium scribit, mala huius §. interpretatione deceptus, in quo, sicuti diximus, non de filiofamilias aut seruo agitur, sed de parente, qui luserit cum filio emancipato ac vicerit, & de patrono qui cum liberto, Sed etiam si alius quilibet: Quod non ignorasset Placentinus si

Græcas constitutiones Iustiniani quæ in Codice extant sub hoc Tit. legere ac intelligere potuisset. Sed hoc temporum illorum infelicitati tribuendum est, sicut & quod Accursius in glossa notat decet minatum esse expressè in *l. vlt. C. hoc tit.* quod vsque ad quinquaginta aureos detur repetitio, Nihil enim tale est in illa lege de quinquaginta aureis, sed de quinquaginta annis, quos præstituit Iustinianus finiendæ huic repetitioni, Nisi fortè mendosa est glossa Accursij, quæ pro *annos* habet *aureos*. Ratio autem illa Placentini negantis dari repetionem eius quod in alea lusum & amissum est, quia licèt prohibitus sit lusus ille, non tamen perpetuò prohibitus est, sed quibusdam casibus permissus *l. 2. §. 1. l. 3. & hac lege in princip.* Certè non est accommodata. Non enim dicimus dandam repetitionem eius quod amissum est in ludo, nisi eo casu quo ludus sit prohibitus. Et generaliter Senatusconsulto de quo suprà diximus, prohibitum est in pecunia, aut vt alij loquuntur, in pecuniam ludere, adeoque lupinis in *l. 2. C. hoc tit.* id est, vt benè Cuiacius interpretatur, argento Comico in vicem veræ pecuniæ victori persoluendæ. Exceptis solis certaminibus illis quinque enumeratis in *d. l. 1. & 3.* quæ Græci vno nomine πενταθλων vocant, quæ virtutis causa fiant. Ergo extra hos casus pecunia quæcunque alio ludo amissa est repetitur, tanquam amissa ludo prohibito. Sed hic illa apud Accursium incurrit hæsitatio, quam attigimus iam ad *l. 1. §. si rapinam sup.* quod turpitudo ex parte vtriusque hic versari videatur. Quo casu generaliter proditum est cessare repetitionem, & in pari causa meliorem esse conditionem possidentis *ex l. vlt. inf. de condict. sin. caus. l. 3. pen. de condict. ob turp. caus.* Sed respondet Accurs. inspectionem illam locum habere in condictione ob turpem causam, cum dedi tibi vt aliquid turpe facias, Sed si dederim contrahendo, etiamsi lex talem contractum prohibeat, contrà esse ex *l. quemadmodum 7. C. de agricol. & censit. lib. 11.* Hic autem, inquit, videntur pacisci collusores vt meliora puncta habens vincat. Ego certè non nego aliquod negotium geri inter collusores, ex quo nasci possit & debeat actio. Ita enim scripsit Paulus in §. præcedente, illis verbis *quia ex negotio gesto agitur*. sed tamen nec negare Accursius potest, quin similiter negotium aliquod geratur, cum aliquid tibi dedi vt quid turpe facias. Est enim hic contractus innominatus *Do vt facias*, perinde ac si de re hone sta facienda conuenisset. Neque honestas aut turpitudo eius rei de qua facienda conuenit, speciem & formam contractus immutare potest, sed tantùm inducere vel repetitionem, retentionem. Repetitionem si turpis causa fuit; Retentionem si honesta. Dicendum igitur potiùs est meo iudicio dari repetitionem ex hoc edicto primùm, vt in hac lege scriptum est, vt hac veluti pœna coerceatur quod contra Senatusconsultum factum est, si quis in pecunia luserit extra causam exceptorum quinque certaminum, cùm alia pœna nulla lusoribus indicta sit, nullaque condemnatio irroganda, Aut etiam extra lusum pecuniæ si quid aliud in alea lusum sit, Ex *d. l. 1. & vlt. Cod. hoc tit.* vbi nominatim prohibet Iustinianus ne qua lusoribus condemnatio irrogetur, sed vt vice pœnæ sit repetitio eius quod lusum & amissum est in quinquaginta vsque annos durasuri. Quòd si neque leges illæ essent, neque Senatusconsultum illud, neque hoc edictum Prætoris planè admittendum esset meo iudicio, Nullum fore locum repetitioni ob rationem illam generalem, quòd in hac specie turpitudo versetur ex parte vtriusque. Vnde sequeretur non modò impunitum, sed etiam lucrosum & vtile furtum factum suum ei qui non modò contra bonos mores, sed etiam aduersus Senatusconsultum, Edictum Prætoris, legésque Iustiniani peccauisset. Sed illud magis me torquet, quod repetitio hæc dari creditur iure condictionis, quasi translato in eum, qui vicit amissæ pecuniæ domanio. Quod tamen neque per traditionem à vero domino factam potest transferri, nisi aliqua iusta causa præcedente, saltem opinata, & vt nostri loquuntur, putatiua *l. numquam nuda 31. de acquir. rer. domin.* An ergo dicemus, vindicationem hanc dicendam esse non condictionem? Nam & repetitio interdum fit per vindicationem (licèt hoc Cuiacius neget) vt in *d. l. quemadmodum 7. C. de agricol. & censit.* An potiùs esse hanc condictionem similem condictioni furtiuæ in eo, quod datur etiam domino? quemadmodum aleator parum distat à fure: Ob quam causam si Asconio & Cuiacio credimus conueniebatur olim in quadruplum, perinde ac fur manifestus. An denique condictionem hanc esse non vindicationem. Non quia translatum sit in victorem dominium, sed quia vix est vt diu exstet pecunia vel alia res per ludum acquisita: Cùm vsu compertum sit quàm faciles sint homines ad perdenda & consumenda statim ea quæ hoc modo acquisiuerunt. Siue quod ea nullo labore quæsiuerint, siue quod vt in veteri prouerbio est, malè parta malè dilabantur. Porrò cuius rei extantis vindicatio est, eiusdem consumptæ condictio est, quia consumptio modus est dominij, si non acquirendi, saltem amittendi *l. rogasti 11. §. vlt. cum duab. legib. seq infr. de reb. credit.* Et sanè si pecunia vel alia res in lusu aleæ aut alio prohibito amissa sit quæ tamen extet, non video qua fronte possit negari dandam domino vindicationem, siue Senatusconsulto siue constitutionibus Iustiniani prohibitum ludum proponas. Cùm siue Senatusconsulti siue constitutionum authoritas alienationi dominij viam obstruxerit. Vt de Senatusconsulto quod de minorum rebus sine decreto non alienandis factum est, scribunt Imperatores *l. si quidem 11. iunct. l. non solùm 4. l. prædia 8. C. de præd. & aliis rebus min.* Quid enim prodesset vsum aleæ prohibitum esse legibus, & Senatusconsulto, si ex ea causa dominij translatio non impediretur? Quam ob rem fortasse, Paulus in tota hac lege loquitur, de eo quod in alea lusum non etiam de eo quod amissum sit: quasi quod in alea luditur non amittatur, Cùm non nisi certis modis dominium amitti possit inter quos non est vsus aleæ, vt iam suprà diximus. Aut si quis dicat non ob id solùm, quòd aleæ lusus præsertim verò in pecunia, prohibitus sit Senatusconsulto, Edicto, & constitutionibus, prohibitam tamen esse translationem dominij, quia non tam alienatio sit prohibita quàm lusus. Dicendum est dari condictionem, etiam extantis, necdum consumptæ pecuniæ, quomodo aliis plerisque casibus dari solet, nulla etiam, aut aliqua quidem sed non satis iusta præcedente transferendi dominij causa, condictio sine causa, condictio indebiti, & condictio ob turpem vel iniustam causam *l. perpetuò 6. ill. tit.* quoniam ad transferendum dominium, sufficit, vt animum & potestatem habeat transferendi ille qui

qui transfert: Sed quæ ratio inducit translationem dominij eadem inducit condictionem transferri, cùm transferendi vel nulla vel non satis iusta fuit, vt in *l. vlt. & tot. tit. De cond. ob turp. caus. d. l. perpetuò & l. 1. & tot tit. De condict. sin. caus.* Et certè quod ex causa ludi prohibiti vel solutum, vel petitur non tam ex turpi vel iniusta quàm ex nulla causa vel solui vel peti intelligitur: quomodo subtiliter argumentatur Papinianus in *d. l. vlt de condi. sin. caus.* Ideoque si hoc casu repetitio quæ ex edicto & legibus datur, cõdictio dicenda est, facile in eam opinionem descenderem vt putarem esse illam generalem condictionem sine causa, quæ tota ex æquitate & iure gentium proficiscitur, de qua in *l. si & me & Titium 32. de reb. credit. l. rerum quidem 25. in fin. Rer. amot.* Iunge quæ de hac quæstione iam attigi ad *l. 1. §. si rapinam sup. hoc tit.* Obijcit rursum Accursius contra id quod dicimus, Eius quod in alea lusum est repetitionem dari, responsum Pauli nostri quod extat in *l. vlt. §. 1. inf. quar. rer. act. non det.* Si in alea rem vendam vt ludam, & euicta re conueniat, exceptione summouendum emptorem, quibus verbis Paulus significat & admittit rei in alea venditæ condictionem; & repetitionem nullam esse. Frustra siquidem & ineptè quæreretur de euictione præstanda rei in alea venditæ si ab ipso quoque venditore res illa vẽdita euinci & condici posset. Respondet Accursius venditionem quę in lusu aleæ fit, non esse prohibitam, sed lusum, & vt ille loquitur, ludum: Nec rursum amitti rem quæ venditur, Eius autem duntaxat rei dandam esse repetitionem quæ ludo amittitur: Neque tamen agi posse de euictione, quia emptor rem venditam in alea emisse cum suo periculo videtur. In quo vereor ne non plura sint Accursij verba quàm errata. Nam quod ait venditionem in aleæ lusu prohibitam non esse, defendi certè non potest, cùm non alia de causa summouendus exceptione doli, si euicta re quam tibi in alea vendidi agas cõtra me de euictione quàm quia verum sit factam esse venditionem in alea, & eo tempore quo non satis certo firmoque iudicio ad venditionem videar accessisse. Alioqui de euictione se obligat quisquis rem alienam aut alij obligatam vendit, *l. ex empto 11. §. 1. de action. empt. l. si in venditione 60. de euict.* Adeò vt nec valeat pactio in contrarium, quin precium saltem restitui emptori oporteat *dict. l. ex empto §. vlt.* Sed tantæ potestatis est exceptio illa, *Quod in alea gestum esse contendatur*, vt actionem quoque de euictione summoneat si venditio facta sit in alea ad ludendum *l. in exceptionibus 19. §. vlt. inf. de probat.* vbi obseruandum est ita Vlpianum loqui *siue in alea gestum esse contendatur*, non autem ita *in alea lusum*, vt intelligamus non modò lusum ipsum prohibitum esse, vt vult Accursius, sed etiam quicquid in lusu gestum est: quo nomine tanquam generali continetur quicquid qualiter qualiter in alea contractum est, siue quid aliud contigerit *l. ait Prætor 7. in princip. sup. de minor.* licèt gestum specialiùs sumptum distingui soleat ab eo quod actum, & quod contractum est *l. Labeo 19. de verb. sign.* Neque tamen in specie *d. l. vlt. §. 1. Quar. rer. act. non dat.* tractatur quicquam in condictione, & repetitione rei venditæ, quia cùm ponamus venditam rem alienam, quæ posteà sit euicta non potest videri quicquam interesse venditoris, vt eo nomine condictionem aut alterius generis repetitionem habere debeat: Aliud ergo esset si rem propriam lusor in alea & ad ludendum precium vendidisset. Haberet enim proculdubio rei venditæ condictionem, & contra exceptionem si qua opponeretur rei venditæ & traditæ haberet replicationem. Non quia is qui emit in alea videatur emisse rem cum suo periculo, vt putat Accursius, sed quoniam aduersus actionem de euictione exceptio danda est *si non in alea id gestum sit.* Ex quo intelligimus actionem de euictione ipso iure emptori competere. Alioqui non posset exceptioni locus esse si actio nulla competeret, id est si actionis, & actoris intentio non teneret, vt loquitur Vlp. in *l. 1. § 1. inf. tit. prox. iunct. l. 2. § illud tenendum & pass. inf. de except.* Quòd si actio de euictione ex eo cõtractu ipso iure competit, Ergo & contractum ipso iure tenere dicendum est *l. 2. §. si à furioso inf. pro empt.* Ne dubitari possit quin id quod in alea sit validum sit ipso iure, siue de contrahenda obligatione, siue de dominio transferendo tractetur, sed tamen sine effectu propter actionem siue directam siue vtilem quæ ad repetendum datur ex hoc edicto: & propter exceptionem quam Prætor accommodat ei qui ex eo quod in alea gessit conuenitur. Nam cui dat actionem multò magis dat exceptionem, *l. 1. §. is autem inf. de superfic.* Planè si is qui in alea rem suam alij quàm collusori vendidit ad ludendum, rem venditam repetat, nec precium quod accipit restituat, puto repellendum eum esse exceptione doli, tametsi precium illud quod acceperat luserit & perdiderit, Idque ex regula *l. bona fides 50. de act. empt.* quæ non patitur vt venditor rem habeat & precium retineat. In eoque prior est condictio illius qui rem suam vendidit & traditam condicit, quàm qui re aliena vendita in alea, subinde conuenitur de euictione. Hic enim habet exceptionem vt nihil cogatur euictionis nomine restituere. Ne precium quidem quia rem non habet, Maximè verò si precium luserit & perdiderit, Nisi quis æquum putet vt emptori eam saltẽ actionem præstet quam aduersus victorem habet admissi precij repetitionem, quod sine vllo suo incommodo facere possit, arg. *l. in creditore 38. inf. de euict.* iunct. *l. quod debetur 51. inf. de pecul.* Ille verò qui rẽ propriam in alea vendidit ad ludendum si rem condicat, siue victor è ludo, siue victus euaserit, precium reddere omnimodo debet, ne & rem habeat, & precium, Præsertim cùm eius repetendi nomine si victus fuerit actionem contra victorem habeat vt neque precium hoc casu abesse illi videatur ex *reg. l. qui actionem 15. de reg. iur.* Illud siquidem constat hoc edictum propositum esse non vt actorem lucro afficiat, sed ne victor improbum lucrum ex lusu prohibito retineat. Atque ita totus hic tractatus de aleæ lusu, in quo certè quàm parum hucusque versatus & exercitatus sum, explicatus sit.

SI MENSOR FALSVM MODVM DIXERIT.

TIT. VI.

1. VLPIANVS lib. 24. ad Edictum.

ADVERSVS mensorem agrorum prætor in factum actionem proposuit, à quo falli nos non oportet. nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione: si fortè vel de finibus contentio sit, vel emptor scire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veneat.

Ad l. Aduersus mensorem 1.

Ratio dubitandi. Imputare sibi debet qui talem agrimensorem elegit & adhibuit, à quo postea fit deceptus in falsi modi renunciatione §. *hac actio. vers. proinde inf. hac leg.* Nam cùm huius actionis initium non à circumscriptione, sed à suscepto negotio accipiat originem, vt ait Paulus in *l. 4. infr.* non debuit is qui eius opera vsurus fuit eum eligere cuius condicionem nesciret ex reg. *l. quis cum alio 19. de reg. iur.* & an vir probus esset cui fidere deberet, an improbus cui diffidere.

Dec. Interest eius qui agrimensorem elegit ne fallatur in modi renunciatione, si fortè vel de finibus contentio sit, vel emptor scire velit, vel venditur, cuiusmodi ager, id est, vt benè Azo interpretatur, quantæ mensuræ veneat. Incipit enim aliquando venditio non à corpore sed à mensura *l. quod sæpe 35. §. in his infr. de contr. empt. l. si duorum 42. de action. empt. l. ex mille iugeribus 64. de euict.* Nec falli & decipi nos oportet ab eo cuius fidem elegimus tanquam viri probi, quique nobis imputare non potest cur probum eum & certè fidei esse credidetimus. Nam cùm agrimensor operam suam beneficij loco præbeat, vt scriptum est in §. *prox.* constat vtique adiunari nos beneficio non decipi oportere *l. in commodato 17. § sicut infr. commod.* Nec sanè cuiusquam dolus manere debet impunitus, ne tum quidem cùm illi ipsi nocet qui dolum admisit *l. procurator 11. §. 1. infr. de dol. mal. except.* Quantò minùs fit, vt in proposita specie, noceat alteri? Meritò igitur Prætor hanc actionem in factum proposuit per quam dolus agrimensor vindicetur. Non enim datur hæc actio nisi contra dolosum, aut contra eum cuius tam lata culpa fit, vt dolo æquiparari debeat §. *hac actio infra.*

1 ¶Ideò autem hanc actionem proposuit: quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem & conductionem esse: sed magis operam beneficij loco præberi: & id, quod datur, ei ad remunerandum dari: & inde honorarium appellari, si autem ex locato conducto fuerit actum: dicendum erit, nec tenere intentionem.

Ad §. 1. Ideò autem.

Ratio dubitandi. Frustra Prætor actionem honorariam proponit ei, qui ciuilem habeat: *l. 1. suprà de Public. in rem act.* Atqui ex negotio quod geritur inter agri dominum & mensorem, & ex quo nascitur hæc actio, vt scriptum est in *l. hæc actio 4. infr. hoc tit.* videtur nasci actio ciuilis, vel mandati si agrimensor operam præstet gratuitam, (debet enim gratuitum esse mandatum *l. 1. §. vlt. infr. mandat.*) vel ex locato & conducto si accepta mercede. Facit enim conuentio mercedis locationem sicut precij conuentio venditionem *l. naturalis 5 §. at cùm do. l. si tibi polienda 22. de præscr. verb.* Nihil igitur causæ fuit cur Prætor hanc proponeret honorariam in factum actionem.

Dec. Non crediderunt veteres inter tales personas, id est domini & mensoris esse locationem & conductionem, sed magis operam beneficij loco præberi, Non quidem gratuitam quæ res mandati actionem excludit, sed tamen nobiliorem quàm vt merces dici debeat: Id enim ad remunerandum potiùs quàm mercedis gratia dari, & inde honorarium appellari. Exemplo eius quod Aduocatis & aliis huiusmodi personis dignioribus præstatur *l. 1. §. proinde & seqq. infr. de extraord. cognit.* Nec sanè quoties pecuniam tibi do vt hoc vel illud facias statim locatio est, nec si mercedis nomen vsurpauerim nisi tale factum sit quod locari soleat vt Paulus loquitur in *d. §. at cùm do.* Cuiusmodi non illud est quod huic actioni materiam præbet. Deficientibus igitur actionibus mandati, & ex conducto, benè Prætor ac necessariò actionem hanc in factum proposuit agri domino contra mensorem qui dolo malo falsum modũ renunciauerit. Quid? inquies, Nonne competit actio ciuilis Præscriptis verbis quoties negotium geritur aliquod, & vt Græci dicunt συνάλλαγμα *l. iuris gentium 7. §. 1. de pact. l. solent 15. infr. de præscript. verb. l. Labeo 19. de verb. signif.* Respondeo nasci actionem præscriptis verbis quoties negotium geritur aliquod inter dantem & accipientem, Vno scilicet dante, alio autem accipiente, vt in supradictis legibus, & in aliis casibus in quibus actionem Præscriptis verbis dat Paulus

Paulus in *d.l.naturalis 5.de præscrip.verb.* In proposito autem negotium non tam geritur inter dominum & agri mensorem, quàm à mensore susceptus, conuentione duntaxat non etiam datione interueniente *d.l.hæc actio 4. infr. hoc tit.* vbi scriptum est initium huius rei quæ actioni huic causam præbet à suscepto negotio originem accipere. Vbi Accursius notat non malè actionem hanc non ex contractu nasci, & ideò serui nomine magis noxalem competere quàm de peculio contra dominum quod non esset si ex contractu nasceretur *l.3. §. vlt. inf. iunct. l.vlt. §.item si seruus supr.tit.prox. l.1. §. si filiusfamilias supr. de his qui deiec. vel effud.* Est igitur datiua actio, vt nostri loquuntur, non natiua. Datur enim à Prætore hoc edicto propter dolum malum mensoris aut latam ipsius culpam. Quòd si edictum hoc non esset, non alia certè actio, quàm famosa de dolo dari posset, dolo scilicet interueniente, non etiam lata culpa duntaxat.

a *Si autem ex locato.* Sensus est, si dominus contra mensorem ex locato & conducto egerit, ob falsum modum à mẽsore renunciatum (veteres enim his verbis *locationis & conductionis* promiscuè vtebantur, itemque actionis ex locato & conducto *l. idem est 20.cum l.praced.infr.de action.empt.*) intentionem actoris non tenere, & condemnationem ex ea sequi nullam posse, quasi proposita actione inepta, & non competente. Prius enim est vt competat actio, quàm vt proponi & exerceri possit. Alioqui non tam malè agit quam nihil agit qui actionem incompetentem proponit *l.2.§.vlt.supr. quand. dies vsusfr.legat.ced.* & ideò non amittit actionem sibi competentem quomodo amitteret & consumeret eam quæ competeret, si malè ipsa vteretur, vt probat Accursius ex *l. grege 13. §. penult. infr. de pignor. l.bouem 43.§.vlt.infr. de ædilit.edict.* & arg. *l.si is qui tres 31.& l.cùm ex oratione 44. de excus.tutor.* quæ tamen non de actione sed de excusatione loquuntur. Itaque iudex hoc casu non debet pronunciare nisi vel super ineptitudine actionis propositæ, & hoc in sententia sua manifestare ac exprimere, arg. *l.properandum 13.§. illo proculdubio C. de iudic.* vel reum ab obseruatione duntaxat iudicij, hoc est ab illa instantia absoluere, Ne ius actoris perimat si aliam & competentem sibi actionem proponere quandoque velit: Quamuis non soleat rei iudicatæ exceptio obstare, cùm agendi causa noua proponitur *l.& an eadem 14.infr.de except.rei iudic.* quod & Accurs. benè notat. Sicut & illud, Cautionem actori præstitam vna actione non committi si agat altera, ex *l.cùm quærebatur 13.§.1.inf.Iudic.solui.* Obseruandam autem est etiam hodie ista locum habere post sublatas actionum impetrationes, & formulas per *l.1.& 2.C.de formul.& impetr.action.sublat.* Etsi enim hodiè nullus earum impetrationum & formularum vsus est, post illas Constantini & Theodosij constitutiones, Actionem tamen quæ proponitur competere oportet & actoris intentionem tenere, quomodo Vlpianus hîc loquitur, vt ex ea sequi possit condemnatio. Quemadmodum nos in Codice Fabriano ad illum ipsum Titulum scripsimus. Cæterùm ratio dubitandi & decidendi ad hunc versiculum alia non est, quàm ad præcedentem.

1 ¶ Hæc actio dolum malum duntaxat exigit. visum est enim satis abundéque coerceri mensorem, si dolus malus solus conueniatur eius hominis, qui ciuiliter obligatus non est. proinde, si imperitè versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit. sed & si negligenter, æquè mensor securus erit. lata culpa planè dolo comparabitur [a]. Sed et si mercedem [b] accepit: non omnem culpam eum prẹstare, propter verba edicti. vtique enim scit prætor, & mercede eos interuenire.

Ad §.2. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Sua cuique culpa nocere debet, non alteri *l.factum 155.de regul.iur.* Imperitia autem culpæ adnumeratur *l.imperitia 132.eod.* Sicut & magna negligentia culpa est *l magna negligentia 226. de verb.signific.* Ergo actio hæc dari debuit contra mensorem non solùm si dolo malo falsum modum renunciauerit, sed etiamsi per imperitiam aut per negligentiam. Nec enim debuit officium suscipere quod sciret se benè ac feliciter expedire non posse.

Dec. Visum est Prætori satis abundéque coerceri mensorem si dolus malus solus conueniatur eius hominis qui ciuiliter obligatus non est; sibique debet imputare dominus qui talem mensorem aut imperitum aut negligentem adhibuit: quomodo solemus dicere de illo qui minùs diligenti amico rem suam custodiendam tradidit. Nam nec depositarius nisi de dolo tenetur *l.1. §. is quoque infr.de oblig.& action. §. præterea Instit. quib. mod. re contr.oblig. iunct. §.vlt.Instit.de societ.* Itaque cùm prior sit in culpa dominus qui mensorem talem elegit, nullum videtur ex mensoris culpa damnum sentire. Ex regula *l.quod quis 203. de regul. iur.* Neque tamen hæc ratio facere debet vt impunitum mensoris dolum esse oporteat, si quid ille dolo malo admiserit. Semper enim dolus malus vindicandus est, qui & iam olim lege Lætoria vindicabatur, vt Cicero De officiis refert, & generali edicto Prætoris De dolo quoties alia specialior actio in eam rem comparata est. Satisque clementer ac humaniter egit Prætor cum mensore doloso, quod noluit eum teneri actione famosa De dolo, eamque ob causam specialem hanc in eum actionem proposuit, quæ non est famosa, quamuis ex mensoris parte sit pœnalis, Vt dicemus ad *l. 3.§.penult.infr.*

a *Lata culpa planè dolo comparabitur.* Ratio dubitandi. Voluit Prætor hoc edicto dolum malum solum coerceri eius hominis qui ciuiliter obligatus non est, vt modò diximus. Ergo noluit eum teneri de lata culpa. Aliud enim est lata culpa; Aliud verò dolus *l.in lege Cornelia 7.inf.ad leg.Cornel.de sicar.* Aut si idem sunt, cur diuersa habent nomina, arg *l.si idem 7.C.de codicill. l.quid si nepotes 6.de testam.tutel.* Neque verò credendum est famosam actionem De dolo à Prætore in eum dari, qui tantùm sit in lata culpa, cùm non tantã pœnam mereatur lata culpa, quantam dolus ad infamiam condemnato irrogandam. *§.suspectus autem remotus Instit.de suspect.tutor.* Cur ergo in hoc potiùs edicto lata culpa dolo compara-

Digitized by Google

bitur? Præsertim cum Vlp. in præcedentibus vsus sit dictione taxatiua *solus*, & alia dictione quæ taxatiua *duntaxat*, quæ dictio taxatiua nullam ad alios casus extensionem admittit. Ad quid enim taxatiuæ istæ dictiones adhibentur, nisi vt cæteros casus omnes excludant?

Dec. Lata culpa, licèt dolus malus propriè non sit, prope tamen accedit ad dolum, & ideò in omnibus ferè iuris partibus dolo æquiparatur *l. quod Nerua 32. infr. depos. l. is cui 5. §. dolum infr. vt in poss. leg. at. seruand. caus. l. mulier 22. § sed enim inf. ad SC. Trebell. l. 1. § si quoque apud quem De oblig. & action. l. 1. § non autem inf. si is qui testam. lib. ess. iuss. l. magna negligentia 226. de verb. signific.* & aliis quàm plurimis iuris locis quos congessimus in *Error. 1. & 2. Decad. 76. de error. pragmat.* vbi alia multa scripsimus non tantùm de lata culpa sed etiam de alio quolibet genere culpæ. Ergo quamuis Prætor in hac danda actione dolum malum duntaxat exigat, dolúmque malum solum coerceat, Non tamen per huiusmodi taxatiuas dictiones excluduntur casus similes, & qui eandem habent iuris ac æquitatis rationem, Vt ea hoc potissimùm loco probare nostri solent. Denique duos tantùm casus excipit Accursius, in quibus lata culpa non comparetur dolo, Vnum ex *d. l. in lege 7. ad leg. Cornel. de sicar.* Alterum ex *d. §. suspectus autem.* Sed miror tertium ab eo prætermissum fuisse qui vt generalior ita maioris longè momenti est, quoties quæritur de danda actione De dolo: quæ quoniam famosa est, ob solum dolum datur, non etiam ob culpam latam.

b *Sed etsi mercedem.* Ratio dubitandi. Mensor qui mercedem accepit eo ipso se obligare videtur, vt culpam omnem præstare debeat, saltem leuem, quomodo solemus dicere etiam in depositario qui depositum custodiendum suscepit accepta mercede *l. 1. § si quis seruum 9. infr. deposit.* & generaliter in omnibus contractibus qui vtriusque contrahentium gratia fiunt *l. si vt certo 5. § nunc videndum inf. Commod. l. contractus 23. de regul. iur.* Ergo non de dolo tantùm lataque culpa teneri hoc saltem casu debet.

Dec. In actione quæ ex Prætoris edicto proficiscitur, qualis hæc est, nihil nisi verba edicti, & mentem Prætoris inspicere ac sequi possumus. Verba autem edicti huius, licèt integrum contextum non habeamus, doli duntaxat coercendi mentionem fecerunt, vt Vlpianus noster docet his verbis *propter verba Edicti*. Neque mens alia Prætoris fuit quàm vt solum puniret dolum, tùm quoque cùm agrimensor mercedem accepisset. Satis enim sciebat Prætor non nisi mercede accepta solere istos interuenire, neque tamen distinxit An accepta mercede interuenerint, necne. Coniectura igitur ex eo capi potest quasi nec voluerit hanc nos distinctionem adhibere, vt in *l. de precio 8. supr. de Publ. in rem act.*

3 ¶ Is autem tenetur hac actione, qui renuntiauit. sed renuntiasse & eum accipere debemus, qui per alium renuntiauit.

Ad §. vlt. Is autem.

Ratio dubitandi. Verbis huius edicti notatur factum nominatim eius mensoris qui falsum modum renunciauit: Pacta autem personalia sunt, nec personam egrediuntur ne quidem filiifamilias aut serui, vt ad patrem vel ad dominum transeant *l. qui hæredi 44. de condic. & demonstr.* Ergo si mensor falsum modum per alium renunciauerit, neuter ex hoc edicto teneri debebit, Non mensor quia non ipse renunciauit, Non alius qui renunciauit, quia mensor non est.

Dec. Tritum est & verum, Videri per se facere illum etiam, qui per alium facit *l. si quis id quod 7. §. vlt. sup. de iurisd. l. ita autem 5. §. gessisse inf. de admin. tut. l. 1. § deiecisse inf. de vi & vi armat.* Sicut è contrario prohibitus ipse intelligitur qui per alium prohibitus est: inquit Accursius ex *l. rossa 8. §. vlt. infr. tit. prox. l. si stipulatus fuero 111. de verb. obligat.* Ergo vt mensor ex hoc edicto teneatur, nihil refert an per se an per alium renunciauerit falsum modum. Non enim vsque adeò personale ipsius factum exigit Prætor: vt renunciationem ab eo per alium fieri non patiatur.

2 PAVLVS libro 25. ad Edictum.

VEl per literas.

Ad l. Vel per literas 2.

Hic casus longè minorem quàm superior habet dubitationem, Cùm nemo dubitet, quin per seipsum faciat, qui per literas suas facit, dummodo à se scripsas vel saltem subscriptas. Parúmque refert an verbis, an literis, an denique facto aliquo voluntatem suam quis testetur *l. non tantùm 5. infr. rat. rem haber.* Nec minùs valet quòd scriptura, quàm quod vocibus lingua figuratis significatur *l. non figura 38. de oblig. & action.* Ideoque omnia quæ nec verborum, nec literarum solemnitatem exigunt, nec rei traditionem requirunt, per epistolam, quam hîc literarum nomine Paulus intelligit, expediri possunt inter absentes *l. 2. versic. Vnde inter absentes eod. tit. l. 1. §. vlt. de contr. emp.*

1 ¶ Sed si ego tibi, cùm esses mensor, mandauerim, vt mensuram agri ageres: & tu id Titio delegaueris: & ille dolo malo quid in ea re fecerit, tu teneberis: quia dolo malo versatus es, qui tali homini credidisti.

Ad §. 1. Sed si ego.

Ratio dubitandi. Mala quidem electio in culpa esse solet, vt hîc notat Accursius ex *l. nam & Seruius 21. §. vlt. sup. de neg. gest. l. si procuratorem 8. §. si tutores infr. mandat. l. qui non : am. idoneum 11. iunct. l. praced. infr. Commod. l. de illo 23. infr. pro socio l. si mandatum 14. C. de negot. gest.* Sed non ideò consequens est vt sit etiam in dolo, adeoque nec in culpa lata & quæ sit dolo proxima, quandoquidem fieri potest vt bona fide negotium ei commiserit mensurandi agri, quem probè ac fideliter id facturū existimabat, quiq; fortasse

tasse talis vulgo habebatur, vt optimus agrimensor crederetur, Quæ res bonam fidem solet inducere atque ita doli præsumptionem omnem excludere *l.3. in princip. infr. de SC. Maced.* Sed & is qui rem sibi commissam alij committit & delegat, negligere illam videtur magis, quàm dolo facere *l. cùm hi 8. §. si Prætor aditus supr. de transact.* Atqui iam diximus mensorem ex hoc edicto non teneri de negligentia, neque de culpa leui, sed tantùm de dolo, & culpa lata, quæ dolo æquiparari possit: Ergo, si ego tibi, cùm mensor esses, mandauerim vt mensuram agri faceres, & tu Titio id delegaueris, licèt dolo malo ille aliquid in ea re fecerit, non debes teneri. Neque enim dolus Titij, dolus tuus est: Cùm dolus sit quid personalissimum, ita vt nec transeat ad heredem, Nisi calculi potiùs quàm maleficij ratione *l. Sabinus 29. supr. de dolo.*

Dec. Qui eligit mensorem, eligit industriam, fidem & diligentiam personæ, quandoquidem certum est etiam inter mensores sicut inter alios artifices magnam esse differentiam *l. inter artifices 36. de solut.* Proinde is qui electus est non debuit quod fidei & industriæ suæ commissum erat, alij committere, nec tali homini credere qui posteà dolo malo in ea re versatus sit: In eoque videtur ipse dolo malo versatus esse, qui id fecerit: aut saltem in ea esse culpa quæ sit lata & dolo proxima, propter quam teneri debeat hoc edicto. Nam si dolo proximum esse creditur, quòd intempestiuè misericordiam fecerit depositarius erga seruum depositum, eumque à domino vinctum liberauerit, ita vt eo nomine depositi actione teneatur *l. si hominem 7. in princip. infr. deposit.* an non multò magis dolo proximum est si mensor ad agrum mensurandum electus, & qui ex ea causa fidem suam obstrinxit, alium deleget, qui dolo malo falsum modum renunciet? Itaque mala electio eius qui eligere meliùs potuit & debuit in culpa est, Sed mala electio eius qui omnino eligere non debuit, sed ipse facere, in dolo est.

3. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

SI duobus mandauero, & ambo dolosè fecerint: aduersus singulos insolidum agi poterit: sed altero conuento, si satisfecerit, in alterum actionem denegari oportebit.

Ad l. Si duobus 3.

Ratio dubitandi. Si cum duobus mandassem vt agrum meum metirentur ambo, mentiti sint, & dolo malo falsum modum renunciauerint, æqualiter singuli obligantur. Ergo in partes viriles, vt cùm duo simul obligantur ex stipulatione, nec conuenit vt singuli insolidum sint obligati *l. reos 11. § cùm tabulis de duob. reis l. 1. & 2. C. si plur. vna sent. condemn. sint.* Ergo aduersus singulos pro virilibus, non in solidum agere debeo.

Dec. Singuli conueniuntur ex proprio dolo, Dolus autẽ vniuscuiusque indiuiduus est, & damnum mihi in solidum dedit. Ergo aduersus singulos danda mihi est actio in solidum, vt sui quisque facti & doli pœnam luat *l. si communis familia 9. sup. de noxal. act.*

a *Sed altero conuento.* Ratio dubitandi. Vterque facti, & doli sui pœnam illam luit vt indemnem præstare actorem debeat in solidum, quemadmodum modò diximus. Ergo quod vnus soluit alium releuare non debet, cùm sit pœna, vt argumentatur Vlp. in *l. item Mela 11. § si plures sup. ad leg. Aquil.*

Dec. Actio hæc pœnalis quidem est ex parte illius qui conuenitur, quia in dolum & factum eius concepta est & ad eum puniendum *l. huius actionis 9. §. 1. infr. quod fals. tutor. author.* Sed ex parte actoris est rei persecutoria; cùm non detur alij quàm cuius interest, & ad id quod interest, & quatenus interest §. 1. *infr. l. si mensor 5. §. si cùm falsus infr. hoc tit.* Ergo si actor ab vno ex mensoribus indemnitatem consecutus sit, nihil debet ab alio consequi, Ne alioqui in dolo ipse sit qui bis idem consequi velit contra bonam fidem *l. si quis dolo 51. in fin. de re iudic. l. bona fides 57. de reg. iur.* Benè autem hîc Vlp. *si satisfecerit*, quia vt alter liberetur alterum conuentum esse non sufficit, sed satisfecisse illum oportet, vt & in *l. perceptione 4. sup. de his qui deiec. vel effud.* Quamuis in aliis plerisque casibus altero tantùm conuento alter liberetur, vt in *l. qui seruum 20.* vbi diximus *sup. de interrog. in iur. faciend.*

1 ¶ Competit autem hæc actio ei, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse hoc est, vel emptori, vel venditori, cui renuntiatio offuit.

Ad §. 1. Competit.

Ratio dubitandi. Mensor eligi solet aut ab emptore aut à venditore; Ergo ei soli debet actio ex hoc edicto dari, qui elegit, non alij. Id enim esse videtur quod Vlp. scribit in *l. 1. §. hac actio supr. sibi imputare debet, qui eum adhibuit.*

Dec. Eliguntur isti mensores plerumque ab vtroque contrahentium, quoniam interest vtriusque. Sed tamen tùm quoque cùm ab altero duntaxat electi, & nominati sunt, ab altero tamen admitti & adprobari debent. Ideóque tum etiam cùm mensor ab altero solo conductus est; condemnatio tamen facienda est eius, qui non conduxit in partem mercedis *l. 4. §. 1. sup. Fin. regund.* Proinde siue emptor, siue venditor per falsam mensoris renunciationem læsus & deceptus sit, danda ei soli actio est qui deceptus fuit, etiamsi eum non ipse sed alius nominauerit, quia eius solius interest, non illius cuius lucro & compendio dolus mensoris cedit.

2 ¶ Pomponius tamen scribit, si emptor plus dederit venditori propter renunciationem, quia condicere potest, quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil emptoris interesse, cùm possit condicere, nisi soluendo venditor non fuerit: tunc enim mensor tenebitur.

Ad §.2. Pomponius.

Ratio dubitandi. Cùm emptor venditori plus dedit precij nomine propter falsam & dolosam renunciationem, licet emptori condictio competat eius summæ quæ supra iustum aut conuentum pretium data est, tanquam indebitæ, verum tamen est dolum mensoris interuenisse, ex eaque causa læsum emptorem fuisse, cuius sanè intererat non soluere potiùs, quàm solutum repetere *l. 3. de compensat. l. stipulatus 15. in princ. de fideiuss.* Ergo non debet ius illud condictionis liberare mensorem, quominùs ex hoc edicto teneatur propter dolum suum, qui alioquin remanebit impunitus quod esse nunquam debet *l. procurator 11. §. 1. de doli mal. except.* Estque tolerabilius vt damnum passo emptori hæc actio daretur, cum eo tamen vt condictionem quã emptor aduersus venditorem haberet, mensori præstaret. Quamquam & illud dici potest nunquã esse actiones cedendas ei, qui ex dolo suo aliquid præstitit *l. si plures 38. in fin. de admin. tutor.* ne ex sua improbitate actionem consequatur *l. itaque fullo 12. inf. de furt.*

Dec. Is qui actionem habet ad rem aliquam cõsequendam, habere ipsam rem iam videtur *l. is qui actionem 15. de reg. iur.* Proinde nihil potest videri abesse nec quicquam interesse illius qui rem habeat. Æstimatur namque id quod interest nostra, ex eo quod nobis abest *l. si commissa 13. infr. Rat. rem haber.* Nam quod ibi additur *& ex eo quod lucrari potuimus* ad hanc actionem nõ pertinet in qua lucri cessantis ratio haberi nulla potest, cùm non detur, nisi de indemnitate damni scilicet emergentis. Neque enim proposita est nisi in subsidium vt indemnis seruaretur actor, quem falsa mensoris renunciatio decepisset, si aliter seruari nõ posset. Ac quanquam interesse emptoris ab initio, non soluere potiùs quàm solutum repetere, Vbi tamẽ soluit, nihil iam interesse ipsius videtur si possit cõdicere. Sumptus enim qui ad agendum necessarius est vt condicatur soluta pecunia non minus esset necessarius ad hanc actionem ex edicto proponendam, quæ & in eo incõmodior est, quòd doli adeòque latæ culpæ probatio plerunque difficilis est *l. in exceptionibus 19. §. qui dolo de probat. l. dolum 6. C. de dolo.* Cùm in condictione indebiti nihil probandum sit nisi indebitam fuisse pecuniam; quod probatum satis intelligitur probata falsitate renunciationis, quæ tamen falsitas potest esse sine dolo & sine lata culpa, Veluti si ex imperitia vel sola negligentia mensoris proficiscatur *l. 1. §. hac actio sup.* Denique frustra Prætor actionem hanc daret ei qui posset sibi prospicere per ciuilem qualis est omnis condictio *l. 1. sup. de Publ. in rem act. iunct. §. appellamus Instit. de action.*

Cæterùm noli distinguere cum Accursio, An certum precium pro singulis iugeribus emptor promiserit, an vnum precium pro omnibus, & in folle; Vtroque enim casu & condictioni locus est, & cessat hæc actio: Neque inter hos casus differentia vlla est, Nisi quòd æstimatio certo precio singulis iugeribus & probata falsitate renunciationis, statim apparet, quid sit indebitum, & quid venire debeat in condictionem: Non item si vno precio plura iugera vendita sint. Tunc enim æstimatio ineunda est eius, quod habet emptor, Vt sciatur quantò plus emptor dederit quàm dare debuerit: quod & Accursius fatetur, nec aliud quàm nos sensisse hac parte videtur. Vide *l. qui fundum 45. l. ex mille 64. §. cæterùm de euict.*

a *Nisi soluendo venditor non fuerit.* Ratio dubitandi. Paupertas vnius non debet oneri & damno esse alteri cùm paupertas & difficultas explicandæ pecuniæ non liberet debitorem *l. continuus 137. §. illud de verb. oblig. l. antep. §. vlt de euict. l. incendium 11. Cod. si cert. petat. §. vlt. Instit. de replicat.* Ergo quamuis venditor non sit soluendo, à quo potest emptor pecuniam condicere, non ideò tamen danda ei est contra mensorem actio ex hoc edicto, quam non haberet si venditor locuples esset: Nemo enim ob id solùm teneri debet, quod alius non possit conueniri. Quemadmodum è contrario nemo ideò obligatur, quia ab alio recepturus sit id quod præstiterit *l. nemo ideò 171. de reg. iur.*

Dec. Inanis est actio quam debitoris eludit inopia *l. nam is 6. sup. de dolo.* Paria autem sunt nullam, & aliquam sed inanem habere actionem. Effectus siquidem actionis non tam in condẽnatione, quam in exactione consistit, & sententiæ ac condemnationis totus vigor in executione *l. à Diuo Pio 15. de re iudic. l. pen. C. de execut. rei iudic.* Itaque cùm venditor non est soluendo, nemo dixerit, ob hoc solum indemnem videri emptorem quod contra venditorem habeat condictionem. Nec igitur ratio vlla est cur prætextu condictionis denegetur ei actio ex hoc edicto, contra mensorem: qui non ideò tamen propter venditoris paupertatem tenetur, sed propter dolum suum proprium, qui nihilominùs esset impunitus si paupertas venditoris inanem non faceret ac inutilem condictionem. Non enim hæc actio in pœnam mensoris maximè comparata est, sed vt cæteræ omnes mixtæ ex rei persecutione & pœna in fauorem maximè actoris, vt rem ipsam id est quod sua interest consequatur, quia non id agit Prætor in mixtis actionibus vt puniat factum eius qui conuenitur quomodo in merè pœnalibus, sed vt puniat ob hoc solùm ne in damno actor moretur.

3 ¶Sed si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus à mensore: consequenter dicit Pomponius, non esse actionem aduersus mensorem: quia est ex vendito actio aduersus emptorem: nisi & hic emptor soluendo non sit.

Ad §.3. Sed si venditor.

Ratio dubitandi & decidendi eadem ferè est quæ ad §. præcedentem. Nam & in hac specie mensor dolo malo fecerat: propter quod videbatur teneri debere actione in factum ex hoc edicto: Et tamen non tenetur, quia ex ipso contractu emptionis & venditionis nascitur venditori actio ciuilis ex vendito aduersus emptorem, vt maiorem illum modum, quem ei tradidit venditor fraudatus à mensore, reddat. Quidni enim ad hoc etiam daretur actio ex vendito quæ

eo quæ datur interdum ad rescindendam quoque venditionem? *l. exempto 11. §. is qui vina infr. de action. empt. l. 3. C. eod. l. 2. C. quand. lic. ab empt. discod.* Cur ergo demus actionem honorariam ei qui habeat ipso iure eiusdem & ex ipso contractu in quo fraus & dolus mensoris interuenit? Est enim hoc ex bona fide, cui non conuenit ex dolo mensoris lucrum facere emptorem; Non magis quàm ex dolo suo proprio qui tamen eiusdem iudicij quod bonæ fidei est æquitate ac potestate vindicaretur *l. huiusmodi 84. §. qui seruum de legat. 1. l. sed etsi ideò solut. matrim.* Sed eadem exceptio adhibetur, quæ & in §. præcedente *Nisi & hic emptor soluendo non sit.* Eadem igitur dubitandi & decidendi ratio ad hunc quoque versiculum accommodanda est. Intellige tamen, quo casu tenetur mensor ob id solùm quòd emptor soluendo non sit, non teneri eum nisi de in residuum, vt in *l. si mensor. §. 1. inf. hoc tit.*

1 ¶ Idem Pomponius scribit, si propter iudicium adhibitus mensor fraudauerit me in renunciatione, teneri eum, si ob hoc de iudicio minus tuli, planè si à iudice adhibitus[a], contra me renuntiauerit dolo malo, dubitat, an teneri mihi debeat. quod magis admittit.

Ad §. 4. Idem Pomponius.

Duo casus in hoc §. proponuntur. Prior est de mésore adhibito & electo à litigatore, sed propter iudicium, id est in ipso iudicio. Posterior est de mensore adhibito ab ipso iudice. Quod non satis benè noster obseruauit Accursius qui prioré quoque casum intelligit de mensore adhibito à iudice. Contrà quàm Vlpianus sentiat qui posteriorem casum ita concipit. *Planè si à iudice adhibitus contra me renunciauerit*, vt intelligamus in priore igitur adhibitum fuisse mensorem non à iudice sed à litigatore. Accursium fefellit quod vtroque casu ponit Vlpianus adhibitum fuisse mensorem *propter iudicium.* Sed aliud est adhiberi propter iudicium, Aliud verò adhiberi à iudice. Quisquis adhibetur à iudice adhibetur propter iudicium: Sed non è contrario quisquis adhibetur propter iudicium, adhibetur etiam à iudice. Nihil enim vetat adhiberi à litigatore. Itaque dubitandi ratio ad priorem partem minor est, quàm ad posteriorem. Cùm sit ille casus similis iis de quibus hucusque diximus. Omnes enim fuerunt de mensore adhibito extra iudicium, & ab alio quàm à iudice. Petenda autem est ex eo, quòd edictum Prætoris ad hunc casum pertinere non videtur. Neque rursum trahi ad eum debere, propterea quòd post acceptum iudicium tota causa in iudicio versatur, Et iudici statim atque factus est iudex, omnium rerum officium incumbit quæcunque in iudicium incidunt aut ex eo emergunt *l. Ædiles etiam 25. §. item sciendum est infr. de adilit. edict.* Vt proinde nil sit necesse ex ea causa ad Prætoris edictum & ad nouam actionem contra mensorem instituendam recurrere. Sed decidendi ratio est, quoniam iudex inter litigatores acceptus, neque mensorem hunc adhibuit, neque contra eum datus est. Non igitur ei permittendum est etiamsi maximè velit mensoris dolum vindicare. Neque enim vltra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis potest ne quidem inter litigatores *l. vt fundus 19. sup. Commun. diuid.* Quantò minùs contra tertium? Potest autem adhiberi mensor à litigatore propter iudicium ad probandam intentionem, si fortè modus maior ab vno proponatur, & ab altero negetur. Tota enim facti quæstio in iudicio versatur, & discutitur. Sed dolus à mensore in eo admissus non ideò vindicari in eodem iudicio potest, sed ad aliam actionem ex hoc edicto, aliudque iudicium mensor remittendus est si ob falsam illam renunciationem victor minùs de eo iudicio tulerit quàm laturus fuerat si vera renunciatio fuisset. Frustra ergo quærit Accursius, Cur is, cui nocet falsa renunciatio, non agat priùs contrà condemnatum? Cùm enim tractamus de iudicio, non ponimus factam esse condemnationem, quippe per quam iudicium finitur. Sicut enim initium accipit à lite contestata, sic & finem à condemnatione *l. 1. infr. de re iudic.* Et Accursij error intolerabilis ille est, quod iudicium accipere videtur pro iudicato.

a *Planè si à Iudice adhibitus.* Ratio dubitandi. Maior est in hoc casu quàm in præcedente; quia cùm ab ipso iudice inter alios litigatores dato mensor adhibitus est, non ab ipsis litigatoribus, Videtur iniuria illata per falsam mensoris renunciationem non tam litigatori illata esse, cuius interest non fuisse talem renunciationem factam, quàm ipsi iudici ex cuius mandato, & imperio facta est renunciatio *l. si irruptione 8. §. 1. supr. fin. regund. & l. 3. Cod. eod. tit.* Ad cuius proinde officium, & authoritatem pertinet vt irrogatam sibi iniuriam eiusdem iudicij potestate vindicet, nec Prætori vindicandam relinquat; ne alioquin ei impunè illudatur. Ad iudicem enim datum pertinet cognitio de omni quæstione incidenti etiam de qua pronunciare non possit *l. 1. Cod. de ordin. iudic.* secundum emendationem illam quam nos in libris nostris Coniecturarum ad eum locum attulimus. Nec sanè videtur Prætor de hoc casu sensisse, sed de illo demùm mensore puniendo qui metiendi negotium à priuato siue in iudicio si voles, siue extra iudicium sed non ab ipso iudice suscepisset *l. 1. supr. l. prox. infr.* Sed decidendi ratio illa est, quod factum iudicis hoc casu, vt & in aliis plerisque sit factum partis, vt vulgo nostri iactitant ex *l. si ob causam 13. Cod. de euict. l. 1. C. si in caus. iudic. pign. capt. sit.* Vt proinde in effectu nihil intersit an mensor adhibitus sit à priuato nondum litigante, vt in *l. 1. sup. h. t.* an à priuato iá litigante & post acceptum iudicium, vt in prima huius §. parte, an denique ab ipso iudice ante condemnationem vt hîc: Et omni casu actio ex hoc edicto necessaria, & danda est ei qui per falsam renunciationem si non deceptus, quia mensorem solus iudex dederit, certè læsus fuit. Atque ita Pomponium tandem concludere, licèt de eo dubitauerit, Vlpianus hîc refert.

5 ¶Hanc actionem heredi, similibúsque personis dandam, Pompontus scribit. sed in heredem, similesque personas denegandam a ait.

Ad §. 5. Hanc actionem.

Ratio dubitandi. Actio hęc nascitur ex dolo & delicto mensuris, ideoque noxalis est, contra dominum mensoris potius, quàm de peculio, vt subiicitur in § *seq.* Est etiam pœnalis quia concipitur in dolum & factum mẽsoris, vt iam suprà diximus ad initium huius legis ex *l. huius actionis 9. §. 1. infra quod fals. tutor. author.* Atqui pœnales actiones sicuti non dantur in heredem, ita neque heredi *l. pen. supr. de in ius vocand. l. 4. supr. de calumniat.* Ergo neque actio hæc heredi dari debet, neque similibus personis, id est successoribus honorariis, aut qui heredum locu habentur, quales sunt fideicommissarij quibus restituta est ex Trebelliano hereditas aut quibus ex constitutione Diui Marci addicta sunt bona libertatum conseruandarum causa.

Dec. Actiones merè pœnales quales sunt illæ de quibus in *d. l. pen. de in ius vocand. & d. l. 4. de calumniat.* neque heredi dantur neque in heredem nisi de eo quod ad ipsum peruenit. Si excipias actionem furti non modò nec manifesti, quæ ciuilis est sed etiam manifesti quæ prætoria, & quæ licet sit merè pœnalis etiam ex parte actoris, tamen datur heredi, adeóque quod magis mirari debeas, perpetua est §. 1. *Instit. de perpet. & tempor. action.* Vtrumque contra regulam *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Odio furis vt opinor: quo etiam alia pleraque recepta sunt contra iuris & ciuilis & prætorij regulas §. *sic itaque Inst. de action.* Sed quæ sunt mixtæ ex pœna & rei persecutione qualis hæc est, pœnalis quidem ex parte rei, sed persecutoria ex parte actoris, alio iure censentur. Dantur enim heredi actoris tanquam rei persecutoriæ, non etiam in heredem tanquam hoc respectu pœnales. Quanquam etiam pœnales ex maleficiis dari heredibus generaliter scriptum est à Triboniano in §. *non autem Instit. de perpet. & tempor. act.* excepta iniuriarum actione, & si qua inquit alia similis inueniatur. Vtcunque sit non habet res dubitationem, quia actiones mixtæ ex pœna & rei persecutione semper dentur heredibus, quia non possunt non esse rei persecutoriæ ex parte actoris *l. 1. §. vlt. sup. de eo per quem fact. erit h. t. §. vlt. inf. Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.*

a *Sed in heredem similésque personas denegandam.* Ratio dubitandi. Actiones Prætoriæ quæ sunt rei persecutoriæ & perpetuæ id est tales vt etiam post annum dentur, etiam in heredem similesque personas dari debent. Ex reg. *d. l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Atqui hæc actio quam dat Prætor ex hoc edicto perpetua est, quoniam à suscepto negotio originem accipit *l. prox. infr.* & est rei persecutoria, cùm nõ ad aliud detur, quàm ad id quod interest, neque alij, quàm cuius interest §. 1. *& seq. sup. hac lege: & l. si mensor. 5. § si cùm falsum infr. hoc tit.* Ergo in heredem quoque ac similes personas quæ heredum loco sunt, dari debet; quamuis per eam dolus vindicetur *l. si hominem 7. §. datur infr. depos.* vbi generaliter traditum est. Quamuis ex dolo defuncti non solet heres teneri nisi de eo, quod ad ipsum peruenit, si tamen dolus ex contractu reique persecutione descendat, in solidum teneri heredem: quod & scriptum est in *l. ex contractibus 49. iunct. l. ex deposito 12. de oblig. & act. l. a lege 157. §. vlt. de regul. iur.* quod etiam obtinet in dolo descendente ex quasi contractu *l. curatoris 17. Cod. de negot. gest. & dict. l. ex contractibus.*

Dec. In actionibus siue ciuilibus siue honorariis, quæ sunt sui natura merè rei persecutoriè, id est tam ex parte rei quàm ex parte actoris, ad exclusionem scilicet earum quæ non nisi arbitrio iudicis & ex parte actoris tantùm rei persecutionem continent, quarum exempla sunt in *l. 4. §. vlt. & l. 7. supr. de alien. iudic. mut. caus. fact.* & in *l. vlt. Cod. ser. anuot.* supradicta regula obtinet, vt & perpetuæ sint, & in heredem dari in solidum debeant *d. l. in honorariis.* Tùm quoque cùm ex delicto nascuntur, vt in condictione furtiua videre est *l. in condictione 9. infr. de condict. furt.* Sed cùm actio est rei persecutoria licèt sui natura, sed ex parte actoris tantùm, Ex parte verò rei est pœnalis, qualem hanc esse sæpiùs diximus, non habet locum supradicta regula. Tales enim actiones heredi quidem eius qui potuit agere competunt, quia ex eius parte sunt rei persecutoriæ, Sed in heredem non dantur, quia ex parte illius qui conueniri potuit sunt pœnales, quoties in eius factum dolumque concipiuntur *d. l. huius actionis 9. infr. quod fals. tutor author.* quæ in hanc rem omnium accommodatissima est. Mirum igitur est actionem hanc non dari contra heredem, quamuis non eo minùs sit perpetua, quia vt in præcedentibus adnotauimus perpetuas actiones facit actoris fauor, non odium rei. Nec à circumscriptione sed à suscepto negotio originem accipit, vt scriptum est in *l. seq.* Rectè verò *à suscepto negotio* non autem à contractu, quia certum est non nasci eam ex contractu, & multùm distat susceptum negotium à contracto. Ideoque nec pertinet actio hæc ad regulam de qua in *dict. §. datur*, quæ est de actionibus tantùm ex contractu reique persecutione descendentibus. Quamquam si quis benè inspiciatur, nec ita Vlpianus ibi loquitur vt tractet de actionibus ex contractu & rei persecutione descendentibus, vt nostri vulgo putant sed de actionibus in quibus dolus ex contractu reique persecutione descendat. Quod longè diuersum est. Dolum enim descendere ex contractu reique persecutione, nihil aliud est quàm conueniri quem ob dolum suum ex ea actione in quam veniat solus dolus sed quæ nascatur ex cõtractu & rei persecutoria sui natura priùs etiam quàm dolus sit admissus. At hęc actio de qua tractamus non solùm ex contractu non nascitur, neque ex rei persecutione, sed neque dolus qui per eam vindicatur. Nascitur enim potiùs ex dolo, & prius est vt dolus à mensore commissus sit quàm vt hæc actio detur, aut promittatur, licet initium ipsum rei, vt Paulus loquitur in *l. seq.* non à circumscriptione sed à negotio suscepto originem sumat: Vbi notandum est non ita loqui Paulum vt neget initium actionis originem accipere à circumscriptione, sed initium rei: Et certè ita est. Initium rei est à suscepto negotio, Sed initium actionis est à dolo. Ideoque est noxalis ex facto serui magis quam de peculio § *prox. infr.* Cæterùm in hac actione non nascitur dolus ex rei persecutione, sed è contrario rei persecutio nascitur & descendit ex dolo. In contractibus depositi commodati & aliis de quibus agitur in *d. l. ex deposito & d. l. ex contractibus,*

diuersa

diuersa sunt omnia. Nam quemadmodum contractus illi præcedunt actiones, quæ ex ipsis nascuntur, ita & actiones præcedunt dolum, qui per eiusmodi actiones vindicantur, & antequam dolus admissus sit dantur ad rei persecutionem. Non enim tenetur depositarius ex contractu depositi, quod dolum admiserit, sed quia suscipiendo depositum obligauit se ad eius restitutionem, nullo etiam dolo malo interueniente, Nec de dolo tractare incipimus, nisi cùm rei depositæ restitutio recusatur, aut quòd amissa sit, aut quòd nolit depositarius eam reddere *l. si quis inficiatus 13. in princ. & §. 1. infr. depos.* Idemque de commodato & aliis contractibus iuris est.

6 ¶ Serui autem nomine magis noxale, quàm de peculio, competere ait quamuis ciuilis actio de peculio competat.

Ad §. vlt. serui autem nomine.

Ratio dubitandi. Non potest durior esse actio hæc prætoria, aut mitior quàm foret ciuilis si mensor indemnitatem ex stipulatione fortassis promisisset ei à quo adhibitus fuisset. Solent enim actiones prætoriæ, ciuiles imitari; vt Prætorium ius & honorarium in omnibus ferè subsequitur ius ciuile saltem quantum fieri potest. Atqui ex stipulatione serui eiusdemque mensoris competeret vtique actio de peculio contra dominum non noxalis, quoniam ex contractu veniret actio *l. vltim. §. pen. supr. tit. prox. l. 2.* Ergo & prætoria actio quam dat Prætor ex hoc edicto contra mensorem, si ex facto & dolo serui detur contra dominum, de peculio esse debet non noxalis, vt & illa de qua in *d. §. penult.*

Dec. Larga differentia est inter actionem hanc prætoriam & ciuilem illam, quę competeret ex stipulatione si fuisset interposita: Illa enim esset ex contractu, ideoque nec noxalis esse posset contra dominum sed tantùm de peculio: Hæc verò licèt à suscepto negotio accipiat originem, vt scriptum est in *l. seq.* non tamen est ex contractu, sed ex dolo. Ideoque noxalis esse debet, non de peculio. Quare non est quod cum Accursio dicas speciale hoc esse in seruo agri mensore, vt ex eius persona dominus noxali teneatur: Neque enim speciale dici potest, quod conuenit iuris regulæ; Neque huic actioni debuit obiici actio quæ datur ex superiore *Tit. de fugit.* Illa enim nascitur ex negotio gesto, vt Paulus scribit in *d. §. pen.* Hæc autem ex dolo quamuis à negotio quoque sed suscepto tantùm non etiam gesto originem accipiat, vt diximus in præcedentibus, & repetemus ad *l. seq.* Cuiacius ad Paulum in hanc legem non distinguit negotium susceptum à gesto nec negotium gestum à contractu & ferè magis in hoc inclinat, vt hæc actio ex contractu nascatur, & vt competat actio de peculio quoque: licèt noxalis magis quàm de peculio, quasi duplex sit facies huius actionis. Malè certè per omnia. Nam quod hic dicitur magis noxalem quàm de peculio actionem competere electiuè sumi debet non comparatiuè, quomodo Accursius noster loqui solet, id est vt noxalis actio sit omnimodo ex dolo serui, nunquam de peculio. Et quod additur *quamuis ciuilis actio de peculio competat*, non de actionibus mandati aut conducti debet accipi quas suprà negauimus competere, sed de actione ciuili quæ alio quolibet casu competeret non in isto, vt benè Accursius noster explicat aut quæ hoc etiam casu competeret ex stipulatione si qua interuenisset aut denique mandati si mensor mandatum gratuitum suscepisset. Quàm rursum distet actio quæ nascitur ex negotio gesto ab actione ex contractu, apparet ex eo quòd negotiorum gestorum actio dicitur nasci ex negotio gesto *l. 3. §. hæc autem actio supr. de negot. gest.* neque tamen nascitur ex contractu sed tantùm ex quasi contractu *l. 5. in princ. infr. de oblig. & action.*

4. PAVLVS lib. 25. ad Edictum.

HÆc actio perpetua est: quia initium rei non à circumscriptione, sed à suscepto negotio originem accepit.

Ad l. Hæc actio 4.

Ratio dubitandi. Actiones honorariæ quæ non dantur in heredes, nec post annum dari solent ex *reg. l. in honorariis 35. de oblig. & act. l. 5. & 6. sup. de alien. iudic. mut. caus. fact.* Atqui hæc actio & honoraria est, & in heredem similesque personas non datur, vt scriptum est in *§. penult. l. prox. supr.* Ergo nec perpetua esse debet, id est post annum dari.

Dec. Hæc actio licet non nascatur ex negotio gesto, id est ex contractu, vt proximè diximus, sed potiùs ex dolo. Attamen talis est vt initium rei pro qua datur, non à dolo & circumscriptione, sed à negotio suscepto potiùs originem accipiat: Priùs enim est vt mensor susceperit munus, & officium metiendi & renunciandi, quàm vt dolo malo versatus sit in falso modo renunciando. In eoque fatendum est hanc actionē habere quid singularem ac diuersum à cæteris. Nam in cæteris rei initium sumitur aut à contractu vel quasi aut à delicto vel quasi; In hac autem, negotium quod geritur aut potiùs quod suscipitur tale est, vt neque contractus, neque delictum sit, delictum tamen esse incipiat, cùm mensoris dolus interuenit: quo demùm tempore nascitur actio hæc, quippe quæ dolū omnino exigit nec datur nisi ex dolo *l. 1. §. hæc actio sup.* Et ideò noxalis est, vt diximus ad *§. vlt.* legis præcedentis: Sed non eo minùs perpetua est quoniam cuiusque rei & negotij initium inspiciendum est non progressus *l. si procuratorem 8. in princip. mandat. l. non tantùm 12. inf. de SC. Maced. l. 1. §. si seruus deposuit inf. deposit.* Cæteræ quę à dolo & delicto initium negotij deducunt si sunt honorariæ anno finiuntur si non sunt sui natura rei persecutoriæ, quamuis ac-

bitrio iudicis restitutionem & persecutionem rei contineant *d.l.5. & 6. de alien.iudic. mut. caus. fact.* Excepta, inquit Accursius, actione furti, quæ licet à dolo incipiat (ita enim loqui debuit, non *à circumscriptione*. Si quidem omnis circumscriptio dolus est, sed non omnis dolus circumscriptio, nempe quia circumscriptio præsupponit conuentionem aliquam in qua dolus interuenerit, dolus autem non præsupponit necessariò conuentionem) non tamen est annalis, sed perpetua. Rectè. Sed debuit distinguere actionem furti manifesti ab actione furti nec manifesti. Nam cùm exceptio debeat esse de regula, vt aiunt, & regula supradicta non nisi ad honorarias actiones pertineat, Non debuit excipi actio furti nec manifesti, quæ cùm sit ciuilis & ex lege duodecim tabularum non potest non esse perpetua, vt sunt cæteræ ciuiles omnes quamuis sit & merè pœnalis & famosa. *Tit. de perpet. & tempor. act. Instit.* At potuit, & debuit excipi actio furti nec manifesti, quoniam prætoria est, & quam certè perpetuam esse non oporteret, vt neque dari heredi, si odiosa furtis hoc speciale ius non extitisset, vt diximus ad *§. penult. l. prox. sup.* Esset enim absurdum eam finiri anno, vt Iustin. ait *§. 1. d. Tit. de perpet. tempor. act.* Placet autem quod Accursius notat haec actionem non nasci ex contractu, cùm detur ei quoque qui non contraxit in *l. prox. §. idem Pomponius sup.* & nosaliter non de peculio *§. vlt. sup. prox.* Sed dari eam à Prætore propter dolum aut latam culpam mensoris. Debuit igitur addere, quod nos iam suprà monuimus, neque nasci eam propriè ex delicto: Est enim ex eatum numero quas nostri ad *l. 1. de oblig. & act.* datiuas vocant non natiuas. Quòd si nasceretur, nec daretur, diceremus nasci eam, non tam ex delicto vel quasi, quàm ex variis causarum figuris, de quibus in *d. l. 1. in princip. de oblig. & action.* longe quæ circa hanc actionem scripsi in *Error. 7. Decad. 76. de error. pragmat.*

5. VLPIANVS libro 24. ad Edictum.

SI mensor non falsum modum renuntiauerit, sed traxerit renuntiationem, & ob hoc euenerit, vt venditor liberetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit: hæc actio locum non habet, sed nec dari vtilem debere, Pomponius ait: erit ergo ad actionem de dolo decurrendum.

Ad l. Si mensor 5.

Ratio dubitandi. Parum interesse debet quid fiat ab agrimensore dummodò fiat dolo malo, & circa modi renunciationem si ex eo lædatur is qui mensorem adhibuit. Ea namque fuit mens Prætoris in danda huiusmodi actione, *quia falli nos non oportet l. 1. in princip. supr.* Tam autem fallit emptorem mensor qui intra certum diem se renunciaturum promisit si renunciare potuerit, & tamen dolo malo maluerit trahere ac differre renunciationem post illum diem, atque ita euenerit, vt venditor liberetur qui assignaturum se modum intra certum diem promiserat. Nec enim post diem fieri potest quod intra certum diem fieri promissum est, Idque non tam per argumentum à contrario sensu quam vi & potestate temporis limitati, vt quodam loco Baldus loquitur ex *l. imperatores 8. sup. de postul. l. Thais 41. §. intra certum inf. de fideic. libert.* Id verò multò magis obtinet si in lege venditionis dictum sit vt emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, & de modo renunciaret, etsi ante eum diem non renunciaret vt venditoris fides soluta esset, vt in *l. qui fundum vendidit 40. in princip. infr. de contr. empt.* Cùm ergo æquè hoc casu lædatur emptor, & quidem dolo malo mensoris, cur non habebit locum hæc actio? Quòd si non directa, quia falsus modus renunciatus non est, (hoc enim verba edicti requirebant, vt vel sola huius Tituli inscriptio demonstrat) quidni saltem vtilis ex sententia edicti, & mente Prætoris? Alioqui consequens videbitur, vt dolus mensoris remaneat impunitus, quod non modò absurdum, sed etiam iniquum esset *l. procurator 11. §. 1. inf. de dol. mal. except.*

Dec. Hoc edictum non pertinet nisi ad dolum vindicandum mensoris qui falsum modum renunciauit, quia interest nostra ne fallamur ex modi renunciatione, vt scriptum est in *d. l. 1. in princip. supr.* Ergo si mensor nullum modum renunciauerit neque verum, neque falsum, licèt hoc ipsum dolo malo fecerit, nullomodo pertinet neque ad verba neque ad sententiam edicti: quoniam de huiusmodi casu Prætor neque locutus est, neque sensisse videri potest, Tanquam qui sit non modò diuersus ab eo qui verbis edicti expressus est, sed omnino contrarius, adeoque contradictorius, qui proinde in expresso contineri nullomodo potest, ne quidem per interpretationem, Sunt enim isti casus contradictorij, si falsus modus renunciatus sit, & si nihil renunciatum sit, non minus quàm ille *si verus modus renunciatus sit.* Modus enim falsus qui falso contradictorius est non minus includit nullius quàm veri modi renunciationem. Tam enim non falsus modus est qui nullus quàm qui verus est. Sed tamen ne dolus mensoris maneat impunitus, dabitur hoc casu aduersus eum actio de dolo, quam extricatum malitiarum vocat Cicero, quia semper & in subsidium vindicat dolum qui alio nullo modo vindicari potest, nec vnquam deficit cùm ex necessaria, sicuti nec datur vnquam nisi cùm est necessaria *l. 1. & pass. sup. de dolo.*

¶ Si cùm falsus modus renunciatus esset, emptor cum venditore ex empto egisset: agere poterit etiam eum mensore. sed, si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. quòd si non de toto modo qui deerat, eum venditore egerit, sed de minore: consequenter scribit Pomponius, de residuo cum mensore agi posse.

Ad §. 1. Si cùm falsus.

Ratio dubitandi. Sufficit ad liberationem mensoris ne ex hoc edicto teneatur, quod possit agere emptor deceptus contra venditorem, aut venditor actione ex vendito aduersus emptorem *l. 3. §. Pomponius sup. hoc tit.* Multò igitur magis dicendum est liberari mensorem nec posse illum ab emptore cōueniri ex hoc edicto si iam cœperit emptor conuenire venditorem. Dec. Hæc actio non datur nisi ad id quod interest, nec alij quàm cuius interest *d. l. 3. §. 1.* Potest autem fieri vt emptor iam egerit contra venditorem, & tamen adhuc eius intersit etiam agere contra mensorem, Nimirum duobus præcipuè casibus si aut venditor soluendo non sit, vt in *d. §. Pomponius*, aut non de toto eo quod emptoris intererat conuentus sit venditor, sed de parte tantùm. Nam de residuo modo qui defuit, & de quo nondum egit aduersus venditorem, agere vtrique poterit cum mensore. Nec enim hic casus ex illis est, in quibus sola electione vnius ex pluribus qui conueniri possunt alius ipso iure liberatur: quod iure vetere plerisque casibus eueniebat *l. pen. C. de fideiuss.* quia separatæ sunt venditoris & mensoris obligationes, longéque diuersæ causæ ex quibus tenentur: Quod cùm euenit sola electione vnius & conuentione, alius non liberatur sed tantùm perceptione *l. perceptione 4. supr. de his qui deiec. vel effud.* Idque generaliter obtinere videtur, cùm actio de indemnitate datur, vt hæc. Nemo enim videri potest indemnitatē consecutus, ob id solùm quod contra vnum egerit, si ab eo vel nihil omnino, vel minùs consecutus sit quàm deberetur *l. vlt. in principio. infr. de reb. credit.* Planè si nondum consecutus sit, sed consequi tamen æquè commodè possit, puta si venditor nondum conuentus, solidum possit soluere, non videbitur quicquam interesse emptoris, nec proinde permittendum ei erit vt ex hac causa contra mensorem agat *d. §. Pomponius.* Quid ergo si pro parte tantùm egerit contra venditorem, qui tamen soluendo erat in solidum? Si ideò tantùm, quòd pro reliqua parte venditorem soluendo non esse crederet, nihil certè est quod ei imputetur. Sed si ea ratione debitum suum & actionem inter venditorem & mensorem quodammodo diuidere voluit, non est audiendus, si pro alia parte velit cōtra mensorem agere: quia hæc actio non nisi in subsidium à Prætore comparata est ad indemnitatem ei, qui à mensore deceptus est præstandam, Non vt habeat actor electionem, contra quem malit agere, vt in *l. electio 26. in princ. sup. de noxal. act.* Pro alia igitur parte pro qua nondum egit, iterum agere cōtra venditorem poterit & debebit, Sed prudenter faciet, si cùm primùm pro parte aget, protestetur saluum sibi ius esse pro reliqua parte agendi, vt in *l. 1. §. 1. quod legat. l. 4. §. 1. inf. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* Ne alioqui possit quæstio incidere, An agendo contra venditorem pro parte modi qui defuit, totam actionem suam quam aduersus eum habebat consumpserit, quemadmodum si de residuo cum venditore transegisset: Quo casu nulla ei neque contra venditorem, neque contra mensorem de residuo actio superesset, vt benè docet Accursius, atque ita moraretur emptor in damno, sed suâ culpâ: propter quam nec damnum vllum sentire videretur ex reg. *l. quod quis 203. de reg. iur.* Quod igitur hîc scriptum est De residuo cum mensore agi posse, ad eum casum omnimodo restringendum est quo venditor pro illo residuo non sit soluendo ex *d. §. Pomponius*: quod & Accursius sentit. Aut si quo alio casu citra culpam vllam emptoris cum venditore agere iterum emptor non possit.

2 ¶Hoc iudicium latius prætor porrexit. nam, & si cuius alterius rei mensuram falsam renuntiauisse dicetur, hæc actio competit. proinde si in ædificij mensura fefellit, vel in frumenti, vel in vini.

Ad §. vlt. Hoc iudicium.

Ratio dubitandi. Prætor aduersus mensorem agrorum hanc in factum actionem proposuit, vt scriptum est in *l. 1. in princip. supr.* Ergo siue in ædificij siue in frumenti, vel vini mensura mensor fefellerit, siue cùm de itineris latitudine aut de seruitute immittendi proiiciendíque quæreretur, aut denique si aream vel tignum vel lapidem metiendo, mentitus quis fuerit, cessare debet hæc actio, quia nihil istorum agri appellatione continetur. Nec ideò tamen verendum est vt mensoris dolus maneat impunitus, cùm possit decurri ad actionem De dolo, per quam dolus hic, adeoq́ue grauiùs, & seueriùs, actione scilicet famosa vindicetur, vt in ea specie, de qua in principio huius legis.

Dec. Ratio edicti fuit, quia falli nos à mensore non oportet, & interest nostra ne fallamur in modi renunciatione *d. l. 1. in princip. sup.* Atqui hæc eadem ratio locum habet, non solùm si de agri, sed etiam si de cuiusuis alterius rei mensura tractetur. Quidni ergo etiam in omnibus casibus similibus, edictum hoc, & quæ ex eo datur actio locum habebit? Meritò igitur posteriores Prætores edictum hoc, quod Prætores strictiùs conceperant, latiùs porrexerunt ad omnem casum in quo alterius cuiusuis rei mensura falsa renunciata sit, Porrexerunt, inquam, vel per interpretationem, vel sua iurisdictione supplendo quod verbis edicti deerat, vt in *l. nam vt ait Pedius 12. sup. de legib.* Nam cùm non magis Prætorum edictis quàm legibus aut Senatusconsultis sigillatim comprehendi omnes articuli possint. Si quando tamen casus talis occurrat, in quo manifesta legislatoris aut Prætoris sententia esse videatur, debet is qui iurisdictioni præest ad similia procedere, atque ita ius dicere *l. non possunt 12. eodem titul.* Denique vbi ratio & æquitas edicti non deficit, nec potestas edicti debet deficere. Præsertim cùm hoc edictum sit fauorabile quamuis ex parte rei sit pœnale, quia ex parte actoris persecutionem rei & indemnitatis continet, & conceptum est ad mensoris factum improbum dolúmque vindicandum: Neque vllam de eo conquirendi occasionem mensor habere potest, qui si ex hoc edicto non conueniretur, actionem de dolo pati deberet quæ non eo minùs pœnalis est, & eo magis famosa *d. l. 1. sup. De dolo.* Atqui ædificia quoque interdum mensuranda sunt, si fortè ad certam mensuram sint vēdita vel ædificari permissa. Vina verò, frumenta & alia huiusmodi quæ in

mensura consistunt, semper, *l. quod sæpe 35. §. in his inf. de contr. empt.* Idem ergo ius in omnibus statuendum est in quibus eadem ratio est iuris aut æquitatis *l. illud 23. sup. ad leg. Aquil.*

6. PAVLVS lib. 24. ad Edictum.

Siue de itineris latitudine, siue de seruitute immittendi proiiciendíque quæratur, quæ arcam, vel tignum, vel lapidem metiendo mentitus fuerit.

Ad l. Siue de itineris 6.

Pendet huius legis sententia ex præcedente, aliaque exempla continet in quibus de falsa mensura eiusque renunciatione perinde tractari potest, atque cùm de agri modo agitur. Primum exemplum est de itineris latitudine. Habet enim seruitus itineris suam latitudinem, itemque actus, non quidem legitimam, vt via, sed qualem in seruitute constituenda paciscentes esse voluerunt *l. via latitudo 8. l. certo generi 13. §. latitudo sup. rustic. præd.* De qua latitudine si dubitetur, arbiter aut saltem mensor de ea sumendus est. Alia est quæstio De latitudine fundorum quæ nihil aliud est quàm quæstio Finium regundorum, vt diximus ad illum Titulum ex *l. vlt. inf. de pign. act.* Aliud exemplum est De seruitutibus tigni immittendi, & proiiciendi, quæ vix vnquam adeò absolutè ac simpliciter constituuntur, vt non modus aliquis & immissionis & proiectionis adiiciatur, vt fundus seruiens quàm minore fieri potest seruitute oneretur, sicut & seruitus aquæ certo pedum vel digitorum numero plerumque limitatur *l. qui duo 30. & l. pen sup. Rustic. præd.* Tertium exemplum est de area si quis permittat tibi ædificare in area ita vt ex ea sumas tot pedes in lōgitudinem, Tot etiam in latitudinem. Idem de tigno si fortè mihi ad ædificandum tignum aliquod certæ, vt fieri solet, longitudinis & latitudinis, aut si lapidem. In his enim omnibus si enti mensuræ, & dolo, ita & huic edicto locus est. Rationes dubitandi & decidendi iam traditæ sunt ad *§. vltim. legis præcedentis.*

7. VLPIANVS lib. 24. ad Edictum.

VEl cuius alterius rei tenebatur.

1 ¶ Et si mensor machinarius fefellit, hæc actio dabitur.

Ad l. vlt. Vel cuiusuis §. 1. Et si mensor.

Initium legis huius coniungitur legi præcedenti, satisque iam explicatum est. At quod pertinet ad §. 1. in quo agitur de mensore machinario

Ratio dubitandi illa esse potest, quod edictum hoc non videatur pertinere ad mensores machinarios, sed ad vulgares. Nec enim machinarij sunt vulgares qui scilicet machinula, norma, seu quadra vtuntur ad designandum agrum quadratum aut trigonum, sicut mensor etiam decempedator nominatur, quod decempeda seu pertica ad hoc vti soleat, vt doctiss. Gotthofredus notat ad huc locū. Sed decempendator renunciat de modo tantùm: Machinarius autem de forma, potiùs quàm de modo. Itaque cùm hoc edictum aduersus eos mēsores propositum sit qui falsum modum renunciant, non videtur ad machinarios spectare. Sed decidendi ratio illa est, quod isti quoque mensores sunt, & species quędam mensorum, de quibus perinde ac de aliis mensoribus, nomē hoc genericum mensoris prędicatur vniuocè. Nec minus isti quàm alij mensores possunt fallere dolo malo. Quidni ergo similiter hoc edicto teneantur? Nam etsi de forma maximè renunciant, tamen in ea forma modus quoque includitur, cùm nemo nesciat formam quadratam trigona esse ampliorem, maioremque modum continere.

2 ¶ Necnon illud quoque Pomponius dicit, etiam in eum, qui mensor non fuit, fefellit tamen in modo, competere hanc actionem.

Ad §. 2. Necnon illud.

Ratio dubitandi. Edictum hoc Prætoris non nisi contra mensores propositum est qui falsum modum renunciarunt *l. 1. sup. & toto hoc tit.* Ergo vt locum habeat vtrumque coniunctim requiritur, & mensorem illum esse qui conuenitur, & falsum renunciasse dolo malo. Proinde in eum qui mensor non est licèt in modo fefellerit, actio ex hoc edicto competere non potest.

Dec. Mensor quidem is demùm hoc edicto tenetur qui fefellit in modo. At non ideò tenetur, quia mensor sit, sed quia in modo fefellerit, & quidem dolo malo *l. 1. §. hæc actio supr.* Ergo quisquis in modo fefellit, etiamsi mensor non sit ad hoc edictum pertinet. Quasi non tam inspiciendum sit qualis sit quàm cur non teneatur, vt vbicunque eadem ratio iuris prætorij locum habuerit, idem quoque ius constituatur *l. illud 32. supr. ad leg. Aquil.* Quod ego sic interpretor, vt hæc actio contra eum quoque qui mensor non est competens, vtilis non sit, sed directa. Nec enim de vtili vllum hîc verbum apud Vlpianum, quod tamen non solent prætermittere Iureconsulti, si quando denegāt directam, vt in *l. 5. in princip. supr.* Et certè cùm Prætor non alia de causa hoc edictum proposuerit quàm vt puniret dolum malum eius qui falsum modum dolo malo renunciauit, quamuis de mensoribus locutus sit, quod ad eorum curam maximè & officium spectare solet, quid in effectu referre potest, & quantum ad edictum Prætoris, an mensor ille sit aut non sit qui falsum modum renunciauit? An

non

non æquè facit non modò contra sententiam, sed etiam contra verba edicti is qui cùm mensor non esset falsum modum renuncisuit, atque si mensor fuisset? Quamquam nec in effectu quicquam interest, an directa quis actione an vtili conueniatur; cùm vtraque sit eiusdem potestatis & eundem habeat effectum *l. Actio 47. sup. de neg. gest.*

3 ¶ Hoc exemplo etiam aduersus architectum actio dari debet, qui fefellit. nam & Diuus Seuerus aduersus architectum, & redemptorem actiones dandas decreuit.

Ad §. 3. Hoc exemplo.

Ratio dubitandi. Architectis, id est vt Gothofredus benè interpretatur, qui diuisiones partium omnium, incisionésque seruat, & mensuris ac institutis operum fabricationibus stringit, licèt mensuris vtatur, attamen dignius officium habet quàm vt mensoris nomen mereatur, neque præterea quicquam de falso modo renunciat. Ergo etiamsi fefellerit, non ideò tamen ad hoc edictum pertinere potest, siue verba siue mentem inspicias Prætoris.

Dec. Idemque multò magis de redemptore tractari potest, qui suis cæmentis certa pecunia pro alio ædificat, de quo Vlp. in *l. redemptores 39. sup. de rei vindic.* Præsertim cùm ciuili quoque actione ex locato possit conueniri si verum est quod Accursius ad *d. l. redemptores notat.* Redemptores istos esse conductores, quanquam nec aliud erit si locatores eos appellare malis, quod nos ad eundem locum magis probauimus. Cur enim extendamus actionem hanc honorariam contra eos qui ciuili quoque teneantur *l. 1. sup. de public. in rem act.*

Dec. Difficile sanè est vt de architectis quoque & redemptoribus hoc edicto coercendis Prætor senserit, cùm neque mensores sint, neque falsum modum renuncient. Sed tamen æquum est eos quoque teneri, si quando fefellerint in mensura, qua & ipsi vtuntur. Nam si in aliis rebus fefellerint, vix putem ex hoc edicto contra eos agi posse. Quamquam tum quoque, cùm in mensura fefellerunt, non tam huius edicti potestate illos teneri existimandum est, quàm authoritate decreti quod à Dino Seuero hac de re factum fuisse Vlpianus hîc refert. Non enim ait, Prætorem iussum esse ab Imperatore actionem ex hoc edicto dare aduersus architectos & redemptores. Quomodò euenit cùm Prætor bonorum possessionem dat ex illo *Tit. Vt ex legib. & Senatusc. & Constit. bonor. possess. det.* Sed Imperatorem Seuerum decreuisse actiones contra istos dandas esse. Licet enim hæ quoque à Prætore dentur, non tam ex edicto tamen, quàm ex decreto dantur: Possentque non malè dici decretales ad differentiam edictalium: quemadmodum ex bonorum possessionibus alias edictales appellamus, alias decretales, *l. 1. §. decretalis infr. De success. edict. l. illud 4. §. vlt. & l. 5. De bonor. poss. contr. tabul. l. ventre 84. De acquir. hered.* Sed alio tamen paulisper sensu, quia decretales eas intelligimus, quæ non Imperatoris, sed Prætoris ipsius decreto, id est, causa cognita, & pro tribunali conceduntur, de quibus in *l. 2. §. dies, & seqq. inf. Quis ord. in bonor. poss. seruet.* Porrò quæ non nisi ex Imper. Seueri decreto actiones competunt aduersus architectum & redemptorem, Ausim dicere esse illas vtiles, non directas, cùm ad exemplum directarum quæ ex hoc edicto competunt, Imperatoris decreto introductæ sint: quod Vlpianus noster satis significat iis verbis primis huius §. *Hoc exemplo.* Est enim hoc proprium actionum vtilium, vt ad exemplum directarum comparentur. Nec nouum est vt decreto quoque Imperatoris vtiles tantùm actiones inducantur *l. si cum emptore 16. supr. De pact. l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vendit.* sicut & per *SC. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano infr. ad SC. Trebell.*

4 ¶ Ego etiam aduersus tabularium puto actiones dandas, qui in computatione fefellit.

Ad §. vlt. Ego etiam.

Ratio dubitandi. Tabularius nihil omnino simile aut commune habet cum mensore cùm non aliud ille sit quàm calculator *l. 1. §. ludi quoque literarij infr. de var. & extraord. cognit.* vbi idem Vlpianus noster ita scribit *& calculatoribus id est tabulariis*, quamuis Accursius nomen hoc malè vsurpet, & ab Vlpiano vsurpatum putet pro tabellione. Ergo tametsi calculator & tabularius fefellerit, non potest aut ad verba aut ad sententiam huius edicti pertinere, vt neque ad decretum Imperatoris Seueri. Proinde neque directa, neque vtilis actio sine ex hoc edicto, sine ad exemplum huius edicti, contra eum dari potest, Et de dolo necessario est si quid ille dolo malo circa computationem fecerit & fefellerit. Neque verò fuit Vlpianus tantæ authoritatis vt edictum Prætoris supplere, & ampliare potuerit, ne quidem prætextu æquitatis. Iurisconsulti enim est interpretari non supplere *l. commodissimè 10. de liber. & posthum.* Et inter ius ac æquitatem positam interpretationem soli Principi licet, & oportet inspicere *l. 1. C. de legib.*

Dec. Eadem sanè ratio æquitatis, quæ hanc actionem induxit contra mensorem, qui falsum modum renunciauit, locum habet etiam contra tabularium, & calculatorem, si falsum calculum renunciauerit. Quid enim hac parte interest ad augendum & vindicandum dolum, an falsus modus renunciatus sit dolo malo, an falsus calculus? Meritò igitur Vlpianus contra hunc quoque dandam actionem ait, Non supplendo edictum Prætoris aut decretum Imperatoris quod facere certè non potuisset sed extendendo per interpretationem ex eadem ratione iuris honorarij, quæ tota in æquitate consistit, nec aliud est quàm æquitas. Est enim hoc non modò permissum, sed etiam conueniens Iureconsultis, vt huiusmodi interpretationibus augeant ius ciuile, quod nec constare aliter nec augeri posset, quàm si aliquis esset Iurisperitus, per quem posset quotidie in melius produci, vt Pomponius scribit in *l. 2. §. post originem sup. de orig. iur.*

DE RELIGIOSIS, ET SVMPTIBVS FVNERVM, ET VT FVNVS ducere liceat.

TIT. VII.

1. VLPIANVS lib. 10. ad Edictum.

QVI propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.

Ad l. Qui propter 1.

Hic titulus est de variis actionibus, quas proponit Prætor ex variis causis, & quę superioribus sunt similes in eo quod in factum conceptæ sunt *l. 2. §. Prætor ait inf.* nec nisi in subsidium dantur, & qualibet alia deficiente, Vt de funeraria de qua potissimùm in hoc tit. agitur, disertè scriptum est in *l. etsi quis 14. §. Labeo 11. inf. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Ad hanc legem ex eo peti debet, quod qui iam defunctus est nullus est, Vnde res hereditariæ quæ fuerunt defuncti, dicuntur esse in bonis nullius *l. 1. §. 1. supr. de rer. diuis.* & is qui libertatem directã accepit à defuncto, quia defuncti libertus est, dicitur esse libertus nullius, aut quod idem est Orcinus *l. 4. §. qui cum l. seq. l. cùm quasi 30. § quærendum l. si is cui 49. inf. de fideic. liber. l. directis 10. C. de testam. manum. l. quis ob necem 5. inf. Qui sin. manumiss. ad libert. perueni. l. vnic. §. sed etsi sub conditione Cod. de Latin. libert. tollend. l. 3. §. planè si fortè de legit. tutor. l. 4. in princip. de bon. libert. § pen. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* Ergo qui propter funus defuncti aliquid impendit, non potest videri contrahere cum defuncto, ne cum eo qui nullus est contrahere videri possit. Est enim contractus quilibet duorum pluriúmve in idem placitum & consensus *l. 1. supr. de pact.* Nec antè iuris ratio quàm persona quærenda est *l. quidam referunt 14. inf. de iur. codicill.* Et quemadmodum viuentis neque est heres neque hereditas *l. 1 de hered. vel act. vendit. l. 1. inf. Pro hered.* ita nec viuus quisquam sepelitur, vt ad hanc legem scribit Accursius. Sed neque negari potest quin sumptus funerum ad onus heredis pertineant *l. etsi quis 14. §. pen. & vlt. & pass. inf. hoc tit.* Ergo qui propter funus aliquid impendit, quidni cum herede potiùs quàm cum defuncto contrahere videatur? Adde quòd si quis defuncti negotia gerat, & hereditaria habet eo nomine actionem negotiorum gestorum *l. 3. §. hæc verba sup. de negot. gest.* Atqui cùm actio negotiorum gestorum, aut alia vlla competit, non datur funeraria *d. l. 14. § Labeo inf.* Non igitur pro eo habendus est qui in defuncti funus impendit, acsi defuncti negotium gessisset.

Dec. Defuncto eo qui sepeliendus; & funerandus est, succedit statim in locũ eius hereditas, quæ personam ipsius repręsentat, & dominę locum obtinet, vt bona quæ defuncti fuerunt, quasi iam facta nullius, fiant primi occupantis *l. liber homo 13. §. si seruus sup. ad leg. Aquil. l. non minùs 32. §. vlt. inf. de hered. instit. l. hereditas 34. inf. de acquir. rer. domin.* Ergo qui aliquid impendit propter funus defuncti, cuius funeris impensa ad hereditatem primùm pertinet, censetur hoc ipso contrahere, non cum herede qui fortè adhuc nullus est (plerunque enim funerãtur mortui antequàm heres quisquam esse velit *l. scriptus heres 4. d. l. & si quis 14. §. plerique infr.*) sed cum hereditate, ac proinde cum defuncto, cuius locum hereditas tenet. Quod eò pertinet, vt in concursu creditorum hereditariorum aut defuncti, & creditorum heredis possit hic creditor tanquam hereditarius impetrare separationem, vt creditoribus heredis præferatur *l. 1. & tot. ti. inf. de separat.* Hereditarium enim æs alienum aliquando esse intelligitur etiam illud de quo cum defuncto agi non potuit *l. hereditarium 7. infr. quib. ex caus. in poss. eat.* cuius exemplum elegans ex hac lege sumi potest: sicuti solemus dicere, Hereditariarum actionum loco haberi etiam legata, quamuis ab herede cœperint *l. hereditariarum 40. de oblig. & action.* Obseruandum tamen est eum, qui propter funus impẽdit, non tã contrahere videri cum defuncto quàm quasi contrahere, sicut & qui absentis negotia gerit *l. 5. in princip. eod. tit.* Nec tamen concurrere actionem negotiorum gestorum cum funeraria, Multóque minùs excludere funerariam, quia pro iis demùm negotiis actione Negotiorum gestorum agi posse dicendum est quæ viuo eo, cuius nunc iacet hereditas geri potuerunt, In quorum numero non est hoc de quo tractamus, quandoquidem viuus nemo sepelitur vt iam ex Accursio diximus, qui benè hoc explicat ex *d. l. 3. §. hæc verba sup. de neg. gest.* Sed & quod in morbum impensum est ex quo quis defunctus sit, in funerariam venit *l. 3. C. hoc tit.* & habet priuilegium vt omne creditum soleat præcedere, *l. pen. infr.*

2. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

LOcum, in quo seruus sepultus est, religiosum esse Aristo ait.

Ad l. Locum a.

Ratio dubitandi. Seruus non solùm ciuili, sed etiam prætorio iure pro nullo habetur *l. quod attinet 32. de regul. iur. l. qui testamento 20. §. seruus inf. qui testam. facer. poss.* nullumq; caput habet in ciuitate *l. 3. §. vlt. & l. seq. sup. de capit. minut.* & quadrupedibus comparatur *l. 2. sup. ad l. Aquil.* Ergo locus in quo seruus sepultus est non magis religiosus dici potest, quàm si in eum vel nullus illatus esset, vel quadrupes.

Dec. Religiosum locum facit illatio mortui hominis, qui vtique sepeliendus est, in memoriam humanæ conditionis *l. quidam 27. inf. de condic. instit.* Atqui etiam serui homines sunt, nec iure naturali quicquam distant à cæteris hominibus *d. l. quod attinet.* Iure siquidem naturali vna tantùm parq; omnium hominum condicio est *l. 4. sup. de iustit. & iur.* Non minùs igitur serui quàm liberi hominis illatione locum religiosum fieri dicendum est.

1 ¶Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curauit, tenebitur in factum actione. in locum alterius accipere debemus, siue in agro, siue in ædificio. Sed hic sermo [a] domino dat actionem, non bonæ fidei possessori, nam cùm dicat; *In locum alterius* [b] apparet de domino eum sentire, id est eo cuius locus est. sed & fructuarius [c] inferendo tenebitur domino proprietatis. An & socius teneatur [d], si ignorante socio intulerit, tractari potest. est tamen verius, familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo conueniri eum posse.

Ad §. 1. Qui mortuum.

Ratio dubitandi. Non fit locus religiosus in quem mortuum corpus infertur siue inuito, siue ignorante eo qui habet ius prohibendi *§. si vsumfructum & seqq. inf. hac lege.* Ergo nihil videtur interesse illius cuius fundus est: nec proinde danda ei est in factum actio, quæ scilicet nunquam datur ei cuius nihil interest vt nec cæteræ *l. 3. §. 1. l. stipulatio ista 38. §. alteri de verb. oblig. l. 3. §. 1. & seq. sup. tit prox.*

Dec. Is qui mortuum intulit in alienum locum, habet fauore religionis hanc electionem, vt vel tollat id quod intulit, vel loci precium præstare cogatur. Alterutrum sanè facere cogendus est, & vt cogi possit actio hæc in factum necessariò à Prætore comparanda fuit *l. is qui intulit 7. infr.* vbi dicemus.

a *In locum alterius.* Ratio dubitandi. Non alia hîc esse potest quàm quòd esset olim frequentius vt in agris corpora sepelirentur quàm in ædificiis. Veneratione vt puto religionis, quæ nihil cum vsibus profanis ac plerunque parum honestis commune habet, quibus ædificia nostra plerumq; deseruiunt *l. mortuorum 11. C. hoc tit.* Ad ea verò potiùs aptari ius debet quæ & frequenter & facilè quàm ad ea quæ perraro eueniunt *l. nam ad ea 5. sup. de legib.*

Dec. Optimum est legibus, & edictis omnes articulos & casus comprehendi qui comprehendi possunt, quantum fieri potest licèt plerunque id difficile sit *l. non possunt 12. cum praced. sup. eod. ill. tit.* Ob eam causam solent leges & edicta concipi verbis generalibus vt apta sint comprehendere plures casus *l. 1. § generaliter inf. de legat. præst.* Quomodo hîc à Prætore factum est, Non enim dixit *in agrum alienum* sed *in locum alienum*, vt locus quilibet etiam qui ager non esset, ac proinde ædificium quoque contineretur. Est enim latior appellatio loci quàm agri, & omnis generis prædia complectitur tam vrbana quàm rustica *l. locus 60. in prin. & §. 1. l. quæstio est 115. iunct. l. ager 27. de verb. sign.* Iunge *l. is qui 7. §. 1. cum l. seq. in §. in hac autem actione inf. hoc tit.* Intellige autem locum hunc de loco puro, id est qui neque sacer sit neque sanctus neque religiosus *§. purus autem locus inf.*

b *Sed hic sermo.* Ratio dubitandi. Bonæ fidei possessor in plerisque casibus domini loco est, puta quod ad fructus pertinet *l. bona fidei 48. de acquir. rer. domin.* & in specie *l. quoties 21. §. 1. sup. de noxal. act.* Bona enim fides tantùm possidenti præstat quantum veritas vbi lex impedimento non est *l. bona fides 136. de regul. iur.* Ergo verba illa *in locum alterius* etiam bonæ fidei possessori quasi domino dant actionem.

Dec. Qui dicit bonæ fidei possessorem, dicit non dominum, sed qui tamen dominum se putet, atque ita putandi probabilem causam habeat: Nemo enim rei suæ bonæ fidei possessor dici potest, sicut neque fructuarius *l. vti frui 5. supr. si vsusf. petat.* Vnde dicimus non posse dici malæ fidei possessorem eum, qui emit à domino, cùm fiat hoc ipse dominus *l. si quis cùm sciret 8. inf. Pro emptor.* Quamuis quod ad fructus pertinet bonæ fidei possessor penè loco domini sit *d. l. bona fides*, & in aliis quibusdam causis. Nam ne bona fides possit dominium præstare, lex ipsa impedimento est quæ non nisi certis modis dominium transferri patitur, quos enumerat Vlpianus in *Fragment. Tit. 19. de acquisit. rer.* inter quos non est bona fides, Nempe quia id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest *l. id quod nostrum 11. de regul. iur.* nec nisi iustam vsucapiendi causam præbere potest bona fides, quando titulum iustum adnexum habet, ac cætera quæ ad vsucapionem sunt necessaria *l. si aliena 10. & tot. tit. de vsucap.* Soli autem domino hanc actionem competere probat Vlpianus ex verbis illis *in locum alterius* quæ non de alio, quàm de domino intelligi possunt, id est, inquit Vlpianus *de eo cuius locus est.* Vnde nostri solent notare, ad *l. 1. de oper. noui nunciat.* Genitiuum denotare dominium: iunctum scilicet verbo substantiuo expresso, vel subintellecto. & cùm de ea re agitur quæ in dominium cadere potest. Nam si te interrogem cuius sit pater aut filius, & respondeas *Petri* non ideò consequens erit, vt Petrus in dominio tuo sit *l. 1. §. 1. sup. de rei vindic.*

e *Sed & fructuarius.* Ratio dubitandi. Fructuarius in plerisque casibus domini loco est, quia vsusfructus plerumque partis locum obtinet *l. 4. l. si Titio fructus 33. de vsufr. supr.* Cur non ergo liceat ei mortuum inferre in fundum fructuarium, inuito etiam proprietario fauore potissimùm religionis? Summa enim semper ratio est, quæ pro religione facit *l. sunt personæ 43 inf. hoc tit.*

Dec. Fructuarius dominus non est *l. falsus 43. §. vlt. inf. de furt.* quia vsusfructus in iure non in parte consistit, licèt emolumentum rei contineat *l. Mæuius 66. §. fundo de leg. 2.* Proinde si fructuarius inferat mortuum in eum locum cuius habet vsumfructum, negari non potest quin faciat iniuriam pro-

prietario, quod nec religionis prætextu permittendum est. Nam neque proprietarius plus iuris habet vt quemquam inferre possit in locum fructuarium inuito fructuario *§. si vsumfructum inf. hac lege*: Scilicet quantum ad hoc vt faciat locum religiosum. Si enim prohibeatur inferre, habet interdictum De mortuo inferendo *d. l. sunt personæ.* Nec eo minùs tamen si intulerit, tenetur vtili actione in factum danda fructuario, quatenus vsusfructus diminutus est *l. vlt. in prin. inf. hoc tit.* iunge *l. locum 17.* & quæ ibi scripsimus *supr. de vsufr.*

d *An & socius teneatur.* Ratio dubitandi. Negari non potest, quin locus communis in quem vnus ex sociis mortuum intulit eius sit, qui intulit, licèt alterius quoque sit *l. illud 46. inf. de ritu nuptiar.* Permittendum ergo ei est vt inferat, & inferendo faciat locum religiosum, nec eo nomine teneatur actione illa in factum qua tenetur quisquis in alienum locum intulit, Multò minùs autem iudicio Familiæ erciscundæ vel Communi diuidundo.

Dec. Nihil potest facere socius in re communi inuito vel ignorante socio, Non solùm quòd in pari iure potior sit causa prohibentis *l. Sabinus 28. sup. Commun. diuid.* Sed etiam quòd res communis ita sit vnius, vt sit etiam alterius *d. l. illud l. seruus electione 5. §. vlt. & l. seq. de legat. 1.* Nec æquum sit deteriorem fieri condicionem vnius ex sociis à socio *l. 3. sup. Commun diuid.* Fit autem deterior, cùm vnus ex sociis infert corpus mortuum in locum communem socio ignorante, quia licèt non fiat locum religiosum nisi vnius ex sociis corpus illatum sit *l. si quis putans 6. § si quis in Communem supr. Communi diuidund.* iunct. *l. si plures 41. inf. hoc tit.* non tamen licet socio, sicut nec alij cuilibet domino corpus ab alio illatum effodere & eruere sine decreto Pontificũ, vel iussu Principis *l. ossa 8 inf.* Præter id quod est in potestate & electione illius qui intulit precium loci inuito quoque domino vel socio persoluere *l. si qui intulit 7. eo.* Meritò igitur dicendum est socium socio ex hac causa teneri, Sed qua actione? An Familiæ erciscundæ, vel Communi diuidundo? vt hîc scriptũ est. An actione in factum? vt idem Vlp. ait in *d. § si quis in communem.* An potiùs vel hac, vel illis, quasi omnes competant, nec vna tollat alteras, quemadmodum Accurs. noster existimat? Puto ego posse actiones Familiæ erciscundæ & Communi diuidundo sufficere, cùm sint bonæ fidei, vt siue dolus, siue culpa socij, qui corpus extranei inuito, vel ignorante socio intulit, æquitate iudicij vindicetur *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. si seruus 8 sup. de noxal. act.* Sed si nolit socius adhuc agere aut Familiæ erciscundę fortè ne actionem illam consumat, quę non nisi semel exerceri potest *l. si filius 20. §. familiæ supr. Famil. erciscund.* aut Communi diuidundo, quòd in communione perstare malit, danda est actio in factum ex Trebatij & Labeonis sententia ab eodem Vlpiano nostro relata in *dict. §. si quis.* Erit enim perinde subsidiaria eo casu, quo socius agere Familiæ erciscundæ, aut non possit aut non velit ex iusta causa. Ideoq; videtur mihi Vlpianus sic locutus *conueniri eum posse non debere.*

2 ¶ Prætor ait: *Siue homo mortuus, ossáve hominis mortui in locum purum alterius, aut in id sepulchrũ, in quo ius non fuerit, illata esse dicentur: qui hoc fecit, in factum actione tenetur, & pœna pecuniaria subijcietur.* De ea autem illatione Prætor sensit, quæ sepulturæ causa fit.

Ad §. 2. Prætor ait.

Verba sunt edicti, quo Prætor actionem in factum proponit aduersus eum, qui siue hominem mortuum, siue ossa hominis mortui in locum purum alterius intulerit. Sed non puto verba edicti esse illa *Qui hoc fecit in factum actione tenetur, & pœna pecuniaria subijcietur,* sed esse potiùs interpretationẽ Iurecconsulti. Prætor enim diceret *in factum iudicium dabo* vt in edictis cæteris, & in eo maximè de quo in *l. si quis sepulchrum 12. §. Prætor ait inf.* Adeò parum fuit diligens Tribonianus in proponendis verbis edicti quæ aliquando aut nulla prorsus proposuit, vt in *Tit. praeced.* aut mutila vt hîc, & alibi sæpe: & quæ si semper integra haberemus, non tot difficultatibus abundaremus. Ad quid verò detur hæc actio in factum, docebit Caius in *l. is qui 7. inf.* vbi dicemus. Videtur autem hæc actio competere, non solùm propter illatum mortuum in locum purum alterius sed etiam si illatum sit in sepulchrum, in quod ius non fuit inferendi, quod & Caius innuit in *d. l. is qui §. 1.* quamuis hoc posteriore casu competat etiam actio extraordinaria & popularis de sepulchro violato. Ex *l. 3. §. si quis in hereditarium inf. tit. de sepulc. violat.* Pœna verò pecuniaria cuius hîc mentio fit non alia est quàm centum aureorum à Prætore constituta in eum qui tenetur de sepulchro violato *d. l. 3. in pr. & l. de sepulchro 9. eod. tit.* Nam in eum qui corpus vel ossa in locum alterius intulit pœna nulla pecuniaria statuta est. Quòd autem supradicta verba *Qui hoc fecit* & sequẽtia Vlpiani sint non Prætoris, apparet clariùs ex contextu eorum quæ statim sequuntur. *De ea autem illatione, Prætor sensit, quæ sepulturæ causa fit* quæ tamen in Pand. Florent. malè distinguuntur à præcedentibus, quasi diuersum §. efficiant: Benè autem Vlpianus monet, quãuis verba edicti sint generalia de eo qui hominem mortuum, aut hominis mortui ossa, in purum alterius locum intulit, Non tamen adeò generaliter intelligenda esse vt ad quamlibet illationem pertineant, sed vt ad eam restringi debeant, quæ sepulturæ causa fiat: Quod & sepulchri mentio in eodem edicto addita demonstrat.

3 ¶ Purus autem locus dicitur, qui neque sacer, neque sanctus est, neque religiosus, sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur.

Ad §. 3. Purus autem locus.

Ratio dubitandi. Locus qui neque sacer, neque sanctus, neque religiosus est, vtique profanus est: Minus autem conuenit loco profano quàm sacro aut sancto aut religioso, vt purus dicatur. Solent enim minus pura esse quæ profana quàm quæ vel sacra vel sancta vel religiosa. Quo quis enim purioris aut vitæ aut scientiæ est, tanto magis dicere potest & debet *Odi profanum vulgus & arceo.*

Dec.

Dec. Purum locum eleganter dicunt prudentes nostri eum qui nulla qualitate extrinseca sit affectus, sed talis, qualis à natura est. Nullus enim locus à natura sacer, sanctus, vel religiosus est, Sed sunt qualitates istæ, vt nostri loquuntur, accidentales, & aduenticiæ, non naturales. Vnde & solemus dicere & tractare de rebus multis quatenus considerantur in puris naturalibus, abstrahendo cæteras qualitates, quod & philosophi plerunque faciunt, Purus ergo locus est & rectè dicitur & diffinitur negatiuè, qui neque sacer, neque sanctus, neque religiosus est, sed ab his omnibus nominibus vacat, vt hic Vlpianus ait. Res sacræ sanctæ & religiosæ in nullius bonis sunt nec esse possunt, quia diuini iuris sunt *l. 1. l. in tantum 6. §. sacra res cum seqq. sup. de rer. diuis.* At purus locus etsi in nullius quoque bonis interdum est, in bonis tamen singulorum esse potest quia priuati, & humani iuris est: sic purum monumentum dicimus quod non est sepulchrum *l. vel quod 6. in fin. infr. eod.* agrum purum & puram possessionem in *l. 2. l. monumentorum 6. l. locum 9. C. eod.* puram denique aream quæ non est ædificata, apud Varronem *lib. 4. de Ling. Latin.*

4 ¶ Sepulchrum est, vbi corpus, ossáve hominis condita sunt. Celsus autem ait, Non totus, qui sepulturæ destinatus est, locus religiosus fit: sed quatenus corpus humatum est. Monumentum [a] est, quod memoriæ seruandæ gratia existat.

Ad §. 4. Sepulchrum est.

Diffinitio hæc est sepulchri, quam & sola nominis etymologia comprobat. Nemo enim dubitat quin sepulchrum à sepeliendo dictum sit. Est igitur hæc quoque diffinitio sic intelligenda, si modò corpus, ossáve hominis mortui in aliquo loco condita sint sepulturæ causa, religionis ergo & in memoriam humanæ condicionis, vt loquitur *l. quidam in fin. 27. de condit. instit.* quemadmodum de illatione mortui diximus in §. *Prætor ait.* Si enim trucidati hominis corpus à latronibus alicubi reconditum sit ad occultandum, ne qua sceleris probatio possit emergere, non sepulchrum illud dicendum erit, neque locus religiosus sed infamis potiùs & latibulum delicti. Sic autem accepta & intellecta hæc diffinitio tam aperta est, & vera vt nullam penitus recipiat dubitandi rationem: si modò addas quod ex Celso Vlpianus subiungit, non totum locum qui sepulturæ destinatus est, religiosum fieri, sed quatenus duntaxat corpus humatum est: In quo tamen dubitandi ratio hæc occurrit, quod destinatio & voluntas inferentis mortuum & sepelientis illa potissimum sit, quæ locum religiosum, & sepulchrum facit, secundum id quod proximè diximus. Id enim si ita est, consequens videtur, vt totus locus quantus sepulturæ destinatus est, fiat religiosus. Non autem quatenus solùm corpus humatum est. Sed decidendi ratio est, quòd quamuis multùm referat qua mente & destinatione corpus aut ossa mortui hominis illata sint, illatio tamen corporis longè plus potest ad faciendum locum religiosum & ad sepulchrum constituendum: Huius enim iuris ratio naturalis si qua est ex eo tota petitur quod naturaliter videatur locus in quem mortuus infertur, ad mortuum pertinere, vt scriptum est *l. 4. inf.* Vt quemadmodum iure gentium bona vacantia fiunt primi occupantis, ita & corpus hominis mortui tantùm ex loco purò suum faciat, & religiosum quantum occupat, Ergo quatenus duntaxat corpus humatum est: præterea verò nihil nisi quod omne, etiam cœlum quod supra sepulchrum est ad ius sepulchri pertinet deq; ipso perinde ac de sepulchro agi de sepulchro violato potest *l. vlt. §. pen. infr. quod vi aut clam.*

a *Monumentum est.* Similitudinem magnam habet monumentum cùm sepulchro, Tantam scilicet quantam genus cum sua specie. Nam omne sepulchrum monumentum est, At non vicissim monumentum omne sepulchrum dici potest. Monumentum nomen generis est, sepulchrum speciei. Monumentum generaliter res est memoriæ causa in posterum prodita. Sed si corpus vel reliquiæ corporis in eum locum inferantur, ex monumento fiet sepulchrum. At si nihil eorum inferatur retinebit nomen generis, & dicetur monumentum memoriæ causa factum, quod Græci *μνημεῖον* appellant, inquit Florentinus in *l. monumentum 42. inf. hoc tit.* vbi dicemus: Ponitur ergo monumentum in hoc §. pro specie illa quæ differt à sepulchro, & generis nomen retinet, vt Adoptio, Cognatio, & alia huiusmodi in iure nostro quàm plurima. Diffinitur enim id quod seruandæ tantùm memoriæ gratia existat. Aliud est munimentum de quo in *l. funeris 37. §. 1. inf.* Monumentum enim sepulchrum fieri potest: At munimentum non sepulchrum sed sepulchri est *d. §. 1.*

5 ¶ Si vsumfructum quis habeat, religiosum locum non facit. Sed & si alius proprietatem, alius vsumfructum habuit, non faciet locum religiosum, nec proprietarius: nisi fortè ipsum, qui vsumfructum legauerit, intulerit [a]: cùm in alium locum inferri tam oportunè non posset. & ita Iulianus scribit, aliàs autem, inuito fructuario, locus religiosus non fiet. sed, si consentiat fructuarius [b]: magis est, vt locus religiosus fiat.

Ad §. 5. Si vsumfructum.

Hic §. iam satis explicatus à nobis est ad §. 1. *vers. sed & fructuarium supr.* vbi diximus non posse fructuarium inferre mortuum in locum fructuarium atque ita facere illum religiosum inuito proprietario, quia dominus non est. Sed difficilius illud est quod in hoc §. subiungitur, Non magis proprietarium sine fructuario, quàm fructuarium sine proprietario posse locum facere religiosum. Nam cùm proprietarius solus sit dominus eius fundi cuius vsusfructus alienus est *l. certè dicemus 25. de verb.*

signific. non potest dici mortuum intulisse in locum alterius; quem intulit in fundum fructuarium. Quid ergo impedit, quominùs possit eum religiosum facere? Præsertim cùm nec possit fructuarius prohibere proprietarium quominùs inferat. Alioqui tenetur interdicto De mortuo inferendo in quo non nisi de iure dominij quæritur *l. sunt personæ 43. infr.* Sed decidendi ratio est, quàm attigimus ad *d. versic. Sed & fructuarius*, quòd longè aliud est mortuum inferre posse: Aliud prohiberi quem ne inferat. Proprietarius neque inferre potest inuito fructuario, neque prohiberi ne inferat. Si intulerit, non facit locum religiosum, neque iustum sepulchrum: Sed tamen si prohibeatur habet interdictum: quod vtrumque probatur ex *d. l. sunt personæ.* Nec eo minùs tenetur actione in factum fructuario quatenus vsusfructus diminutus est *l. vltim. infr.* Iunge *l. locum 17. in prin. sup. de vsufr.*

a *Nisi fortè ipsum qui vsumfructum legauit intulerit.* Ratio dubitandi. Is qui vsumfructum legauit, ea vique voluntate fuit vt ius fructuarij ab herede conseruaretur, nec vllomodo heredis facto diminueretur. Non magis ergo permittendum est heredi, eidemq; proprietario, vt corpus testatoris, quàm vt aliud quodlibet inferat in locum fructuarium.

Dec. Nimia inhumanitas & ingratitudo fructuarij est, si conqueratur de illato corpore sui testatoris, à quo legatum vsusfructus accepit: Nec debet proprietarius voluntatem heredis exquirere, in ea re quam non potuerit fructuarius iustè denegare, maximè cùm in alium locum tam opportunè & commodè inferri non posset, vt hic addit Vlpianus ex Iuliano & in *l. scriptus 4. §. vlt. infr.* Sic dicimus non posse socium inuito socio quemquam inferre in locum communem, Nisi eum qui sit ex sociis *l. si plures 41. infr.* Sed extra hunc casum non potest fructuario inuito vel ignorante proprietarius locum facere religiosum.

b *Sed si consentiat fructuarius.* Ratio dubitandi. Videtur hic versiculus esse de indubitato. Cùm certissimi iuris sit, Volenti & consentienti nullam fieri iniuriam *l. in diem 9. §. 1. inf. De aqua & aquæ pluu. arcend.* Non debet autem Iurisconsultus de eo respondere de quo absurdum & ridiculum sit dubitare *l. Domitius Labeo 27. inf. Qui testam. facer. poss. l. quod Labeo 9. de Carbon. edict.*

Dec. Multa sunt quæ non potest facere proprietarius in re fructuaria, ne quidem consentiente fructuario; Ea scilicet quæ sunt eiusmodi per quæ vsusfructus aut intereat aut deterior fiat, puta si fundo fructuario velit talem seruitutem imponere *l. sed si quid 15. §. vlt. cum l. seq. sup. de vsufr.* Tale verò est si proprietarius locum facere velit religiosum consentiente fructuario. Vsusfructus enim hoc casu non solùm minuitur sed etiam interit quatenus locus fit religiosus *l. vlt. inf.* Ergo nec consentiente fructuario permittendum id esset proprietario nisi hoc euinceret fauor religionis, vt scriptum est in *l. locum 17.* vbi dixi *sup. eo. tit. de vsufr.*

6 ¶ Locum, qui seruit, nemo religiosum facit: nisi consentiat is, cui seruitus deberetur. Sed si non minùs commodè [a] per alium locum seruitute vti potest: non videtur seruitutis impediendæ caussa id fieri: & ideò religiosus fit: & sanè habet hoc rationem.

Ad §. 6. Locum, qui seruit.

Ratio dubitandi. Seruitus in fundo constituta non facit quin proprietas eius sit, cuius fuit anteà, Cùm nemini res sua seruiat *l. in re commun. 26. vrban. præd.* Ergo non potest videri in locum alterius mortuum intulisse is qui intulit in fundum seruientem, quamuis inuito vel ignorante eo cui seruitus debetur.

Dec. Dominus fundi seruientis nihil potest facere per quod impediatur aut deterior fiat vsus seruitutis, alioqui vindicari ab eo seruitus potest *l. inter seruitutes 15. & l. si arborem 17. supr. vrban. præd. & tot. tit. si seruit. vindic.* Atqui seruitus in certo fundo constituta non solùm fit deterior, sed etiam admittitur si locus ille religiosus fiat, quia locus religiosus sicut in nullius bonis est, ita neque seruitutem vllam debere potest. Est enim extra commercium, & vsum hominum. Non ergo permittendum est domino fundi seruientis vt in eum inferat mortuum, atque ita locum faciat religiosum. Aut etiamsi maximè intulerit non fiet locus religiosus neque iustum sepulchrum, vt in specie *l. sunt personæ 43. infr.*

a *Sed si non minùs commodè.* Ratio dubitandi. Tùm quoque cùm non minùs commodè per alium locum fundi seruientis aliquis seruitutis vsus esse potest, Verum tamen est fieri deteriorem conditionem seruitutis, si in aliquam eius fundi partem mortuus inferatur. Sic enim euenit vt pars illa fiat religiosa, atque ita immunis ab onere seruitutis, cùm anteà totus fundus, & quælibet pars fundi seruiret *l. certo generis 13. §. 1. l. via constitui 23. §. vlt. sup. rustic. præd.* Non ergo habet rationem vt hoc casu magis quàm superiore liceat proprietario locum facere religiosum inuito eo cui per meum fundum seruitus debeatur.

Dec. Non potest videri proprietarius impediendæ seruitutis causa quicquam fecisse inferendo mortuum in aliquam fundi partem, si non minùs commodè per alium locum seruitute vti possit dominus seruitutis. Neque enim malitiis indulgendum est *l. in fundo 38. sup. de rei vindic.* si fortè is cui totus fundus seruit velit eo prætextu per medias vineas ire agere, cùm id æquè commodè per alteram partem facere possit, & minore fundi seruientis detrimento *l. si cui simpliciter 9. sup. de seruit.* Quantò minùs ei licere debet prætextu seruitutis per totum fundum constitutæ impedire ne qua pars fundi seruientis religiosa fiat, si non minùs commodè per alium locum seruitute vti possit? Nam & fauor religionis hoc postulat qui vt in cæteris omnibus, ita potissimùm hac in re multùm potest *l. locum 17. in princ. sup. de vsufr. l. sunt personæ 43. inf. hoc tit.* Simile est quod scribitur in *l. si quis domum 9. in prin. inf. locat.* Si quis domum bona fide emptam mihi locauerit, eaq; sine dolo malo culpáve eius euicta sit, teneri quidem eum emi, vt præstet mihi vti frui, quod conduxi: Si tamen dominus non patiatur, & locator paratus sit aliam habitationem non minùs commodam præstare, absolui eum debere. Nempe quia nihil hoc casu mea interesse videri potest.

7 Is, qui pignori dedit agrum, si in eum suorum mortuum intulerit, religiosum eum facit. sed & si ipse inferatur, idem est. ceterùm alij concedere non potest[a].

Ad § vlt. Is qui pignori.

Ratio dubitandi. Is qui fundum pignori dedit si in eum suorum aliquem mortuum inferat, atque ita facta locum religiosum, minuit vtilitatem pignoris, non minùs quàm diminuit vtilitatem vsusfructus aut seruitutis ille, qui religiosum facit locum in quo vsusfructus alienus aut seruitus consistunt est, de quibus supra proximè diximus. Locus enim religiosus cùm nullius sit, non magis remanere potest obligatus pignori, quàm seruitutem vllam aut personalem, aut prædialem debere. Non ergo aliud iuris constituendum videtur in hoc casu quàm in superioribus, nec magis permittendum debitori quamuis maneat proprietarius vt fundum pignoratum religiosum faciat inuito vel ignorante creditore pignoratitio quàm domino fundi cuius vsusfructus alienus sit, aut qui seruitutem debeat.

Dec. Licèt pignus detur pro debito, vt tantò securior sit creditor, non adeo tamen cohæret debito vt minuto pignore ipsum quoque debitum, & actio pro eo competens minuatur. Proinde non videtur diminui ius creditoris, licèt minuatur ius pignoris: quamquam nec ea pignoris diminutio magni momenti esse potest cùm non totus fundus in quem corpus illatum est religiosus fiat, sed ea dumtaxat portiuncula in qua corpus humanum est vt diximus in § *sepulchrum 4. supr.* Eadem ratio facit, vt inter virum, & vxorem cæteràsq; personas inter quas prohibita donatio est, permissa tamen sit pignoris remissio, quasi nec donatio illa sit, vt hic Accursius notat *l. 1. §. 1. infr. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit. l. si pignus 18. infr. quæ in fraud. credit.* Non valde dissimile est quod idem Vlpianus noster scribit in *l. sed etsi 25. § simili modo, versic. Si tamen sup. de hered. petit.* Si possessor hereditatis mutuam pecuniam accepterit quasi ditior factus per hereditatem illam quã putabat ad se pertinere, non ideò videri eum attigisse hereditatem, neque ex ea quicquam impendisse. Nec si res hereditarias pignori dederit, cùm ipse sit obligatus. Personæ siquidem pignus dantis obligatio principalis est, pignoris verò nonnisi accessoria. Et sanè nimis inhumanè ageretur cum misero debitore, adeoq; cum religione, si prohiberetur mortuum aliquem ex suis inferre in fundum obligatum. Maximè verò si nec ipse inferri posset, quamuis creditor pignoratitius, qui ab eo causam habet, non lucratiuam habeat, vt fructuarius ille, de quo diximus in § *si vsumfructum versic. nisi fortè sup.* sed onerosam.

a *Caterùm alij concedere non potest.* Ratio dubitandi. Non magnum creditoris damnum est etiamsi cõcedat alij extraneo vt in fundum obligatum corpus extranei inferatur, secundum ea quæ proximè diximus, Cur non ergo id ei licere debeat, præsertim fauore religionis?

Dec. Fauorabilior est illatio ipsius debitoris, aut alicuius ex familia ipsius, quàm extranei. Nec quod præstatur debitori pro se & suis, tam facilè præstandum ei est pro extraneis: Præsertim si fundus ille specialiter obligatus sit. Plus enim potest interdum specialis obligatio pignoris quàm generalis *l. si quis obligatum 6. inf. qui sin. manum. ad libert. perueni. iunct. l. generaliter 29. in prin. Qui & à quib. manum. liber. non fiant.* Nec sanè potest negari, quin aliquatenus intersit creditoris, ne qua pars fundi obligati religiosa fiat: cùm eatenus saltem pignus minuatur: quod sine magna causa ferendum non est *l. debitorem 15. C. de pignor.*

3. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

EX consensu tamen omnium, vtilius est dicere, religiosum posse fieri. idque Pomponius scribit.

Ad l. Ex consensu 3.

Sensus huius legis est. Tùm quoque cùm debitor extraneis concessit, vt in fundum obligatum, inferatur corpus aliquod mortuum, fieri tamen posse locum religiosum, si omnes quorum interest consentiant, id est si creditor ipse quoque velit, Nec enim volenti fit iniuria *l. in diem 9. §. 1. inf. de aqua & aquæ pluu. arcend.*

Ratio dubitandi. Hæc tantùm est, quod nulla hic subesse videretur, consentientibus omnibus quorum potest interesse *l. de vnoquoque 47. iunct. l. si conuenerit 26. infr. de re iudic.* Sed tamen illa subesat quod ponit hæc lex interuenisse quidem consensum omnium, at non simul & eodem tempore, quomodo fieri debuerat vt vtiliter interueniret. Eo namque instanti quo infertur mortuus in locum aliquem, fieri eum necesse est religiosum, vel nunquam. Et tamen videtur hic Paulus innuere satis esse si consensus omnium interueniat quandocunque, id est etiam ex postfacto, & illatione iam facta mortui. Quod vtilitatis causa receptum esse textus hic indicat, Vt & in *l. per fundum 11. sup. rustic. præd. l. vlt. Commun præd.* Vtilitatis autem ratio & æquitatis bonis, non alia melior quærenda est, quàm quæ peritur ex fauore religionis, atq. *l. locum 17. sup. de vsufr. l. sunt personæ 43. inf. hoc tit.*

4. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

SCriptus heres priùs, quàm hereditatem adeat, patremfamilias mortuum inferendo locum facit religiosum. nec quis putet, hoc ipso pro herede eum gerere. finge enim, adhuc eum deliberare de adeunda hereditate. ego etiam puto si non heres[a] eum intulerit, sed quiuis alius, herede vel cessante, vel absente, vel verente, ne pro

herede gerere videatur, tamen locum religiosum facere puto. plerumque enim defuncti antè sepeliuntur, quàm quis heres eis existet. sed tunc locus fit religiosus, cùm defuncti fuit: (naturaliter enim videtur ad mortuum pertinere locus, in quem infertur) præsertim si in eum locum inferatur, in quem ipse destinauit. vsque adeò, vt etiam si in legatum locum [b] sit illatus ab herede, inlatione tamen testatoris fit religiosus: si modò in alium locum tam oportunè inferri non potuit.

Ad l. Scriptus heres 4.

Ratio dubitandi. Scriptus heres priusquàm hereditatem adeat, non est heres. Aditio enim illa est quæ facit heredem, licèt non faciat hereditatem nisi in specie *l. filiusfamilias 18. ad leg. falcid.* Ergo nec est dominus. Heredis enim appellatione dominus significatur §. *vlt. Instit. de hered. qualit. & differ. l. de hereditate 19. §. 1. vers. quod si vt heres infr. de castr. pecul.* Atqui solus proprietarius inferendo mortuum facit locum religiosum, vt diximus in lege præcedente. Ergo non potest hic heres inferendo patremfamilias ante aditam hereditatem facere locum religiosum. Neque responderi potest, videri eum hoc ipso si non adiisse saltem pro herede gessisse, qui secundus modus est acquirendæ hereditatis. Nec enim hic actus talis est qui non possit fieri citra ius & nomen heredis, cùm plerumq; sepeliantur defuncti antequàm illis heres quisquam existat, vt hic Vlpianus scribit, & in *l. etsi quis 14. §. plerique infr. hoc tit.* iunct. *l. pro herede 20. in princ. de acquir. hered.* Sed vt careat res dubitatione finge hunc heredem adhuc deliberare de adeunda hereditate. Nemo enim dixerit eum qui adhuc deliberat iam esse heredem, cùm non aliam ob causam petatur & detur tempus ad deliberandum, quàm ne præcipitetur qui dicit se velle amplius deliberare *l. vlt. Cod. de iur. delib. l. 1. §. largius de success. edict.*

Dec. Hereditas quandocunque adita iam inde à die mortis adita esse retrofingitur *l. heres quandocunque 57. de acquir. hered.* Et consequenter qui adiit retrofingitur iam inde ab eo tempore mortis heres fuisse *l. omnia ferè 193.* iunct. *l. omnis hereditas 138. de regul. iur. d. l. heres.* Nihil ergo impedit quominùs etiam priùs quàm adierit hereditatem, locum religiosum fecerit. Nam & inde est quod heredis familia ex tempore mortis funesta facta intelligitur quamuis non nisi posteà heres extiterit *l. si ex re domini 28. §. vlt. inf. de stipul. seruor.* Quamuis non idcò habeat heres iudicium familiæ erciscundæ contra coheredes si ante aditam hereditatem sepelierit defunctum, quomodo haberet si post aditam sepelisset *l. qui erat 49. in fin. supr. Famil. ercisc.* Hæc tamen ratio quamuis per se vera, mihi tamen non videtur satis germana, nec ad Vlpiani sensum accommodata. Quid enim si heres hic scriptus qui testatorem sepeliuit, post deliberationem repudiaret hereditatem? An ob id minùs fieret locus religiosus, quòd sepultus esset ab eo qui nunquam fuisset dominus? Imò fiet statim. Alioqui pendente aditione ius etiam religionis penderet quod absurdum esset. Vera igitur decidendi ratio est quam Vlpianus in hac ipsa lege adfert, quòd naturaliter videatur ad mortuum pertinere locus in quem infertur si is locus defuncti fuit, Præsertim verò si in eum locum inferatur mortuus in quem ipse destinauit. Qui etiam ratione mouetur, idem Vlpianus vt puter, Etiamsi non hæres scriptus defunctum intulerit, sed quis alius herede vel cessante, vel absente, vel ignorante, vel etiam vetante dubitationis tollendæ gratia ne pro herede gerere videatur, Idem tamen dicendum esse, locumq; fieri statim religiosum. Quod ego ita etiam accipio vt non sit expectanda hereditatis aditio, adeoq; quamuis hereditas nunquam adeatur. Id enim est quod sequitur in hac lege.

a *Ego etiam puto. si non heres.* Est hic casus diuersus à superiore, & dubitabilior, quia facilius est, vt heres scriptus etiam dum deliberat & antequàm adeat hereditatem vel pro herede gerat, locum faciat religiosum inferendo corpus sui testatoris, quàm vt alius quilibet extraneus. Scriptus enim heres, licèt nondum sit heres speratur tamen esse, Et adita quandocunque hereditate retrofingitur heres ab initio fuisse: vt proximè diximus, Extraneus autem neque heres est, neque esse speratur. Habet itaque hic casus maiorem dubitationem quàm superior, Sed habet tamen eandem decidendi rationem, quòd naturaliter videatur locus in quem mortuus infertur, ad mortuum pertinere, scilicet si defuncti fuit, Alioqui non potest locus pertinere ad eum mortuum, ad quem dum viueret, non pertinuit: Cúmque non alia lege nascantur, & viuant homines, quàm vt moriantur, naturalis certè ratio facit, vt qui moritur etiamsi amittat bona sua cætera, tantùm tamen ex bonis suis retinere debeat, quantum ab eius corpore & cadauere sepulto occupari necesse est, In memoriam scilicet humanæ condicionis *l. quidam in suo 27. inf. de condic. inst.* Sed hoc maximè obtinet si in eum locum defunctus inferatur, quem ipse destinauit. Nam si voluntas defuncti suprema quælibet pro lege seruanda est *l. 1. C. de sacros. eccles. l. verbis legis 120. de verb. sign.* Quanto magis ea quæ ad sepulturam pertinet? Quid enim est quod tam hominibus debeatur, vt quando nec viuere plerunque nec mori vbi velint possunt, ibi tamen sepeliantur, vbi volunt? Ideò tamen addit Vlpianus *præsertim* quia etiamsi de nulla defuncti destinatione appareat, idem tamen est.

b *Vsque adeò vt etiamsi in legatum locum.* Ratio dubitandi. Legatum maximè quod relictum est per vindicationem tam eò facit rem legatam legatarij, atque hereditas heredis res singulas *l. legatum 80. de legat. 2. leg. à Titio 64. de furt.* ac proinde non potest heres videri dominus fundi purè legati, sed legatarius, Ergo tametsi defunctus illatus sit ab herede in locum, qui fuerit testatoris, Non tamen potest fieri religiosus si non consentiat legatarius, qui solus dominus, & proprietarius est, ad quem potiùs pertinet vt eum religiosum faciat etiam inuito herede cùm solius legatarij intersit non heredis, nec possit negari quin heres inferat in locum alterius, cùm infert in locum legatum. Idq; adeo verum est, vt etiamsi sub condicione tantùm locus aliquis legatus sit, interim heres

infe-

inferendo mortuum non faciat religiosum locum *l. si locus 34. inf.*

Dec. Inhumanus nimis & ingratus esset legatarius fundi, si conquereretur de illato in locum legatum defuncto ipso ex cuius liberalitate accepit legatum: aut si prætextu legati vellet impedire ne locus fieret religiosus: quemadmodum de fructuario legatario scripsimus ad *l. 2. §. si vsumfructum sup.* Sed tamen ita res temperanda est, vt si testator dixerit velle se in eum locum inferri quem legauit legatarius, nullam eo nomine contra heredem habeat actionem: si verò heres vltrò intulerit, cùm aliò inferre non posset, vel tam opportunè non haberet, debeat precium præstare si modò sit in hereditate vnde præstetur. Testator enim qui legauit, vel aliò inferri voluit, vel precium legatario præstari *l. quid ergo 93. §. sed si mortuum inf. de leg. 1.* Quòd si alio inferre heres potuit, non fecit locum religiosum *d. l. si locus*, & finis huius legis hoc probat.

5. GAIVS libro 19. ad Edictum Prouinciale.

FAmiliaria sepulchra dicuntur, quæ quis sibi familiæque suæ constituit. hereditaria autem, quæ quis sibi, heredibúsque suis constituit.

Ad l. Familiaria 5.

Diuisio hæc est sepulchrorum, de quibus in hoc Tit. agitur vt alia sint familiaria, alia verò hereditaria. Quænam verò hæc aut illa sint, sola nominum etymologia demonstrat. Cur enim Familiaria dicerentur quæ sibi quis, & heredibus suis constituisset? Aut cur hereditaria illa, quæ non nisi sibi suísque liberis? Quænam verò inter hæc genera sepulchrorum differentiæ sint apparebit ex *l. prox. inf.* Similis ferè diuisio feudorum est. Alia enim sunt hereditaria, alia familiaria. Hereditaria quæ transeunt ad quoscunque heredes etiam extraneos iure hereditario: Alia familiaria quæ ad solos liberos, aut alios ex familia, etiamsi non sint heredes. Sed habet hæc feudorum diuisio plerasque subdiuisiones. Alia namque sunt recta, alia obliqua: Alia masculina, alia etiam fœminina, Quædam ex pacto & prouidentia quæ hereditariis opponuntur. Et aliæ subdiuisiones huiusmodi pleræque, de quibus satis multa nec omnibus cognita scripsimus in ea Consultatione quam nuper pro Serenissimo Sabaudiæ Duce contra Ser. Ducem Mantuæ de celebri & insigni illa Montisferratensis Ducatus controuersia edidimus. Nulla enim alia librorum nostrorum parte de Feudis quicquã ferè scripsimus.

6. VLPIANVS lib. 25. ad Edictum.

VEl quod paterfamilias iure hereditario adquisiit: Sed in vtroque [a] heredibus quidem, ceterísque successoribus, qualescunque fuerint, licet sepeliri, & mortuum inferre: etiam si ex minima parte heredes [b] ex testamento, vel ab intestato sint: licèt, non consentiant alij [c]. Liberis autem cuiuscumque sexus, vel gradus [d], etiam filiisfamilias, & emancipatis [e], idem ius concessum est: siue extiterint heredes, siue sese abstineant [f]: exheredatis autem, [g] nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantùm sepeliri, non etiam alios præter suam posteritatem inferre licet. Liberti autem [h] nec sepeliri, nec alios inferre poterunt, nisi heredes exstiterint patrono: quamuis quidam inscripserint, monumentum sibi, libertísque suis fecisse, & ita Papinianus respondit. & sæpissimè idẽ constitutũ est.

Ad l. Vel quod paterfamilias 6.

Additio hæc est ad distinctionem hereditariorum sepulchrorum traditam in lege præcedenti. Nam cùm ex Caio scriptum esset sepulchra hereditaria illa esse, quæ quis sibi heredibúsque suis constituit, Ne quis putaret alia nulla esse hereditaria, Subiungit Vlpianus hereditarium sepulchrum etiam illud esse, quod quis paterfamilias iure hereditario acquisiuit. Cur verò iure hereditario tantùm non etiam alio vllo titulo? Nempe quia iura sepulchrorum, cùm sint diuini iuris, & extra commercium hominum, non possunt alienari priuata vlla conuentione, nec legari, nec denique aliter transire quàm cum vniuersitate bonorum. Quædam enim sunt huius naturæ vt sola non possint alienari. Cum vniuersitate possint, vt fundus dotalis, & res cuius commercium quis non habet. Nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus eius quoque rei dominus efficeretur, *l. quædam sunt 62. inf. de acquir. rer. domin. l. 1. inf. de fund. dotal.* Quid ergo si quis hereditatem emerit? Non est hic Titulus acquisitionis hereditarius, & vniuersalis sed singularis, id est emptionis. Possidet enim titulo singulari, qui possidet Pro emptore: Sicut & qui hereditatis partem aliquam possidet ex legato *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. C. de pact. l. si quis seruum 8. §. vlt. & l. seq. de legat. 2.* Sed tamen negari non potest quin acquisitio ista sit vniuersitatis, *l. nec vllam 13. §. si quis sciens sup. de hered. petit.* vbi diximus. Quid ergo vetat etiam ius sepulchri quod quis habeat hereditarium transire cum vniuersitate in emptorem hereditatis? Scilicet si ab initio fuerat constitutum non modò heredibus, sed etiam successoribus qualibuscunque, Vt etiam singulares comprehendi possint dummodò sint acquisitores vniuersitatis, & qui heredis loco esse videantur, si non ex ratione iuris, saltem quantum ad effectum, & commoda vel incommoda hereditatis. Quo [illegible] etiam emptor hereditatis dicitur vicem heredis obtinere in *l. 2. §. cùm quis inf. de hered. vel act. vend.* Mallem ergo vt scripsisset Vlpianus *vel quod paterfamilias cum hereditate acquisiit*: Nisi viderem fideicommissarium qui loco heredis veriùs est cùm ei ex

Senatusconsulto Trebelliano restituta fuit hereditas quàm emptor hereditatis, non habere iura sepulchrorum, nempe quia heres non est, sed it qui restituit §. *restituta. Inst. de fideic. hered. l. siquasi heres 16. de hered. vel act. vend. l. quia perinde 42. §. 1. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum vers. nec ignoro infr. ad SC. Trebell.* Benè ergo Vlp. *iure hereditario*, nec ad emptorem hereditatis id trahendum est, quia heres non est.

a *Sed in vtroque.* Bene Accursius noster explicat *siue hereditario siue familiari.* Non enim solùm in hereditario sepulchro, sed etiam in familiari hoc obtinet, vt ius eius ad omnes heredes pertineat, adeò vt nec diuisione redigi ad vnum possit *l. si sepulchrum 3. Cod. hoc tit.*

Ratio dubitandi. Quòd nulla ergo hac parte videatur differentia esse futura inter sepulchra familiæ, aut familiaria & hereditaria si successores & heredes qualescumque, id est etiam extranei in sepulchro familiari sepelire, mortuúmque in illud inferre possint.

Dec. Differentia in hoc quidem nulla est quantum ad eos qui sunt heredes: Sed in eo tamen est quod familiaria sepulchra ad familiam etiamsi nullus ex ea heres sit pertinent, non etiam ad alium quemquam qui heres non sit. Hereditaria verò non nisi ad eos qui sunt heredes, vt latiùs explicant Impp. in *l. ius sepulchri 13. eod. tit.* Hereditaria enim qualitatem heredis requirunt ad exclusionem eorum, qui non sunt heredes, nec aliam præterea vllam. Familiaria verò contenta quidem sunt ea qualitate vt quis sit ex familia, nec præterea exigunt qualitatem heredis, id est vt sit etiam heres, sed tamen nec exigunt qualitatem primam, vt quis sit ex familia, dummodò sit etiam heres adeoque vel ex minima parte, & siue ex testamento, siue ab intestato, vt Vlpianus hîc scribit, Et quod magis est licèt non consentiant alij. Nam licèt in ipsa sepulchri constitutione nihil paterfamilias nisi de se ac familia sua dixerit, non etiam de herede extraneo, qui vtique familiæ appellatione contineri non potest *l. peto 69. §. vlt. de legat. 2.* qua tamen parte de se sensit, videtur etiam de quolibet herede quem habiturus esset quamuis extraneo sensisse, vt in *l. si pactum 9. infr. de probat. l. penult. infr. Deprecar.* Cùm defuncti personam repræsentet, eadémque cum ipso persona esse existimetur *Nouell. 48. de iureiur. à morient. præst. §. 1.* Præter id quod quisquis est heres, hoc modo etiam de familia esse videtur, quasi ex reliquiis illius iuris veteris quo emptor familiæ constituebatur in cuius locum heres postea succ ssit, & imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet, vt loquitur Iustin. in §. *sed neque Instit. de testam. ordin.*

b *Etiamsi ex minima parte heredes.* Ratio dubitandi. Cùm plures heredes in aliquam rem non consentiunt, solet maximè spectari qui ex maiore parte heres sit, vt ille cæteris præferatur *l. si quæ sunt 5.* vbi diximus *sup. Famil. ercisc.* Absurdum ergo est eum qui ex minima parte heres sit habere ius sepulchri siue familiaris siue hereditarij, siue ex testamento, siue ab intestato si alij non consentiant.

Dec. Qui ex maiore parte heres est non magis heres est, quàm qui ex minore, neque ex portionis quantitate ius heredis æstimari debet cùm pro sua parte perinde repræsentet ius & personam defuncti qui fuit indiuidua: nec minùs egeat sepulchro is, qui ex minima parte heres est, quàm qui ex maxima. Denique cùm agitur de re quam necesse est penes vnum ex heredibus esse, quia penes omnes esse non possit, vt puta de custodia cautionum hereditariarum, quæ non possunt ita esse apud vnum ex heredibus post diuisionem rerum hereditariarum, vt sint etiam apud alios, gratificationi locus est, nec quicquam melius dici potest quàm vt is qui ex maiore parte heres est, si cætera sint paria, reliquis præferatur *d. l. si quæ sunt*, vbi diximus. At ius sepulchri commune est omnium heredum, nec quicquam prohibet eum qui ex maiore parte heres est ita ius illud habere vt is quoque habeat qui ex minore parte heres est. Nam & restituta hereditate, vt iam diximus, iura sepulchrorum apud heredem manent siue ex Trebelliano siue ex Pegasiano restituta sit hereditas *l. quia perinde 42. §. 1. l. si patroni 55. §. qui fideicommissum vers. nec ignoro inf. ad SC. Trebel.* nempe quia remanet heres, quamuis ex nulla parte si inspicias effectum & commodum hereditatis maximè si adierit coactus *dict. §. qui fideicommissum.* Quantò magis ergo iura sepulchrorum habere debet quisquis heres est ex aliqua parte, licèt minima?

c *Licèt non consentiant alij.* Ratio dubitandi. In re communi & in pari causa siue heredum siue aliorum condiuisorum melior est condicio prohibentis *l. Sabinus 28 supr. Communi diuid. l. in re communi 26. vt ban. præd.* Ergo non potest vnus ex heredibus siue ex maiore siue ex minore parte institutus sepeliri in sepulchro siue familiari siue hereditario si alij dissentiant.

Dec. Sepulchro non ad aliud vtimur, quàm vt in eo quis sepeliatur: In quo rerum communium genere non habet socius ius prohibendi, vt dixi ad *d. l. Sabinus* vel *l. si ædes 12. eod. tit. arg. l. arboribus 12. §. nanis supr. de vsufr.* In hac autem specie amplius est fauor religionis *l. si plures 41. l. sunt personæ 43. infr. hoc tit.* Bene igitur placuit, In commune sepulchrum posse vnum ex sociis, & in hereditarium vnum ex heredibus etiam qui ex minima parte heres sit inferri, quamuis alij dissentiant *l. in tantùm 6. §. pen. sup. de rer. diuis.*

d *Liberis autem cuiuscunque sexus vel gradus.* Ratio dubitandi. Nepotes ex filia non sunt ex familia neque ex agnatione, sed tantùm cognati, quia per fœminam coniunguntur *l. 1. & tot. tit. Vnd. cognat. l. 4. §. cognationis l. Iurisconsultus 10. §. cognati sunt de gradib. & ad fin.* Ergo distinguendum est cuius sint sexus & gradus, vt in sepulchro siue familiari siue hereditario sepeliri possint, cùm non sunt heredes. Nam personæ quæ in primo gradu sunt etiamsi sint fœminæ, semper sunt de familia & agnatione *l. cum pater 77. §. cùm inter de leg. 2.* Quæ autem sunt in secundo gradu, etiamsi sint masculi, si tamen sint ex filia, sunt cognati tantùm non agnati. Ideóque nec familiarium sepulchrorum ius habere possunt si non sint heredes *l. iam familiarium 8. C. hoc tit.*

Dec. Liberorum appellatione continentur descendentes in infinitum cuiuscunque sint gradus & sexus *l. liberorum 220. de verb. signific. l. 1. §. generaliter de legat. præst.* Nec minùs suscepti ex filia quàm ex filio. Sunt enim ex descendentibus & liberis *l. 1. C. de condic. insert.* Itaque alia liberorum appellatio est, alia familiæ. Agnati omnes transfuga ler sunt ex familia, nec tamen sunt ex liberis. Descendentes verò cuiuscunque sexus vel gradus sint

ex liberis

ex liberis sunt quamuis non sint ex familia qui per fœminas descendunt l. 1. in fin. inf. de tut. immunit. cùm non sint in potestate, nec matris suæ familiam quæ post matrem nulla est sed patris sequantur l. pen. inf. de agnosc. liber. l familiæ 196. §. 1. de verbor. signific. Mulier enim familiæ suæ caput & finis est l. pronunciatio 195. §. 2. & seqq. vsque ad finem legis de verb. signific. Sed cùm ex quis sibi familiæque suæ sepulchrum constituit licèt liberorum mentio facta non sit, latiùs tamen familiæ nomen accipimus vt de liberis quibuslibet non minùs quàm de agnatis transferi-salibus cogitatum intelligatur, Sumpto scilicet familiæ nomine naturaliter magis quàm ciuiliter, vt & in l. peto 69. §. vlt. de legat. 2. quoniam & sepulchra naturalem causam habent, mortalitatem scilicet, ac memoriam humanæ conditionis. Non & frequentius est, vt sibi posterisque monumentum quis constituat aut excipiat, vt in l. venditor 11. inf. quò posterorum nomine sicut & posteritatis in l. vel quod pater familias 7. vers. exheredatis sup. suli descendentes intelliguntur.

c *Et emancipatis.* Ratio dubitandi. Filius per emancipationem extraneus factus intelligitur l. quinetiam 55. in fin. de rit. nupt. Non ergo alia ratione haberi hac parte potest emancipatorum, quàm extraneorum.

Dec. Emancipati æ uiparantur extraneis habito respectu ad suos heredes, quia amittunt iura suorum heredum, & exeunt de potestate ac familia patris. Sed non eo minùs remanent liberi cùm iura sanguinis nullo iure ciuili dirimantur l. iura sanguinis 8. de regul. iur. ideoque iis tanquam liberis dat Prætor bonorum possessionem contra tabulas patris si in iis præteriti sint l. 1. & pass. de bonor. poss. contr. tabul. Nomen autem familiæ in constitutione sepulchri familiatis latiùs accipi debet ac naturaliter, vt etiam liberos omnes quamuis emancipatos comprehendat. d l. peto 69. §. vlt. de legat. 2. Est enim familiæ nomen æquiuocum, & pro re de qua agitur qualitate & conditione aliter atque aliter accipiendum d. l. pronunciatio 195. §. 1. & seqq. de verb. signific. l. vlt. C. eod.

f *Siue sese abstineant.* Ratio dubitandi. Filius qui se abstinuit non habetur à Prætore heredis loco l. si filius 12. de interrog. in iur. fac. supra l. necessariis 57. de acquir. hered. Ergo non debet tanquam heres admitti ad sepulchrum hereditarium. Nam de vtroque sepulchro, nec de familiari tantùm Vlpianus hic tractat.

Dec. Non est sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentem l. cùm quasi 30. §. sed etsi suis de fideic. libert. l. 1. §. qui sunt in potestate infr. si quis omiss. caus. testam. Cùm enim semel fuerit heres & nomine & effectu scilicet ante abstentionem, non potest per abstentionem desinere heres esse l. ei qui soluendo 88. de hered. instit. l. ait Prætor 7. §. sed quod Papinianus de minor. Sed & quod dicimus, Non haberi eum pro herede apud Prætorem non absolutè verum est, sed quantum ad commoda duntaxat & incommoda hereditaria, Vt scilicet nullum ex paterna hereditate incommodum sentiat, nullum etiam commodum pecuniarium ex ea retineat d. l. necessariis. Cæterùm si nullum in eo periculum ipsius versetur sed alterius, puta si rogatus sit de hereditate alij restituenda, non cogitur se immiscere vt hereditatem restituat, & restituendo transferat actiones l. ita tamen 27. §. si pater filium ad SC. Trebell. Nempe quia in eo versatur solius fideicommissarij periculum, vt scripsi pluribus ad l. si filius 12. sup. de interrog. in iur. fac. Idem est in iuribus pulchrorum. Non enim commodum aliquod est pecuniarium, aut quod pecuniâ æstimari possit in iure sepulchri retinendo: Ideoque heres qui restituit hereditatem siue sponte ex SC. Trebelliano, siue coactus ex Pegasiano, retinet iura sepulchrorum, vt suprà diximus ex l. qua per inde 42. §. 1. l. si patroni 55. §. qui fideicommissam vers. nec ignoro eod. ill. tit. ad SC. Trebell. Quod tamen dicimus iùs vtriusque sepulchri & familiatis & hereditarij ad heredes omnes, & singulos pertinere, intellige cum Accursio, Nisi contrà disposuerit testator & voluerit vt vnus tantùm ex heredibus haberet ius mortuum inferendi. Hoc enim casu solus ille hoc ius habebit, non etiam cæteri vt voluntas testatoris seruetur l. 3. §. si quis in hereditarium inf. de sepulchr. violat. vbi dicitur licere testatori ita cauere quamuis heredibus eius non liceat, ne quidem ex omnium consensu l. si sepulchrum 4. C. hoc tit. In quo mirum videri potest, cùm notum est, vt non possint heredes mutuo consensu facere circa rem hereditariam, quod testator ipse potest, Nisi mirum quia licet sepulchra transeant in heredes cum hereditate, transeunt tamen qualia sunt, & qualia transire testator voluit: Vbi autem transierunt, iam extra commercium heredum sunt non minùs quàm cæterorum, vt de illis disponere heredes non magis inter se per diuisionem possint, quàm cum aliis quolibet alio contractus genere.

g *Exheredatis autem.* Ratio dubitandi. Exheredatus filius hoc ipso est indignus qui habeat iura sepulchrorum paternorum, sicut nec habet iura liberorum paternorum nec iùs vllum patronatus l. si ex patrono 10. §. cum legib. seqq. inf. de bon. libert. Cùm iudicio patris ab hereditate sit summotus l. in suis 11. de liber. & posthum.

Dec. Multi non notæ causa nec mala mente liberos suos exheredant, sed quo magis eis consulant. Puta si filius sit furiosus aut impubes cui melius ac consultius sit relinquere fideicommissariam hereditatem l. multi 19. eod. tit. l. si patronus 12. §. si quis non mala mente de bon. libert. Nec aliud hodie est post Iustiniani constitutionem quæ vetuit exheredari liberos, nisi ex certis causis & tam iustis vt non sit dubitandum quin iusto odio commotus pater eos exheredauerit Nouell. 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum. Non enim quod in liberorum fauorem à Iustiniano constitutum est ne tam facilè possint mala mente exheredari in eorum odium retorqueri debet ne hodie liceat patri bona mente & prodenti vtilique consilio filium impuberem aut furiosum exheredare, data ei per fideicommissum duntaxat hereditate d. l. multi d. §. si non mala mente, aut etiam lubrico tutelæ fideicommissi remedium præferre l. 3. §. cùm Pollidius de vsur. iun. l. quod fauore 6. C. de legib. l. nulla 25. sup. eod. ill. tit. Proinde si filius à patre exheredatus sit bona mente, dubitatio nulla est quin iura sepulchrorum tam familiarium quàm hereditariorum retineat. Sed amplius puto, Etiam eos qui mala mente exheredati sunt, idem iùs habere, vt in sepulchro paterno siue familiari fuit, siue hereditarium sepeliri possint adeoque cum sua posteritate: Non quidem iuris ratione aliqua quæ prodiis certè nulla est, cùm neque sint heredes, neque liberorum nomen ferè

mereantur qui parentibus debitam à liberis obseruantiam violarunt, sed humanitatis tantùm gratia vt hæc lex ait, Hactenus scilicet vt ipsi sepeliri possint, & qui ex eorum posteritate ac descendentibus sunt, non etiam vt alios quoque inferre possint. Nec enim ratio aliqua humanitatis facere potest vt indulgentiam hanc eò vsque extendi oporteat, sed addenda exceptio est, *Nisi specialiter testator iusto odio commotus vetuerit eos sepeliri.* Vbi notandum est non ita loqui Vlpianum vt dicat *nisi testator iusto odio commotus eos exheredauerit*, hoc est mala mente, Vt intelligamus hoc non sufficere, sed illud præterea requiri, vt specialiter testator prohibuerit eos sepeliri & quidem iusto odio commotus: Nam si exheredasset etiam mala mente, nullo tamen satis iusto commotus odio, non esset ei permittendum vt filium exheredatum à iure sepulchri arceret: Adeò naturaliter cura sepulchrorum paternorum liberis debita sunt, speciali quadam ratione & humanitatis, & naturæ, longéque facilius est summoueri filium per exheredationem quantumuis iniustam ab hereditate, si de inofficioso patris testamento conqueri nolit, quàm à iure sepulchri. Non enim potest acquisitio aut retentio hereditatis stare cum exheredatione quandiu exheredatio manet, At ius sepulchri stare potest. Videtur autem hoc ius humanitatis in fauorem exheredatorum ex eo quoque descendere, quòd aliquando fuerunt heredes iam viuo adhuc patre *d.l. in suis* 11. *de liber. & posthum.* Idémque de emancipatis tractari potest. Fuerunt enim illi quoque sui heredes viuo patre ante emancipationem, Quasi sufficere debeat quòd vno vel minimo instanti fuerint heredes, arg. *l. cùm Prætor* 127. *de regul.iur.* Semel enim acquisitum ius sepulchri nunquam amittitur *d.l. quia perinde* 42.§.1. *d.l.si patroni* 55.§. *qui fideicommissam d. vers. nec ignoro ad SC.Trebell.*

h *Liberti autem.* Ratio dubitandi. Etiam liberti appellatione familiæ continentur *l.vlt. C.de verb.signif.* Ergo in libertos quoque transit ius sepulchri si non hereditarij, saltem familiaris. Atque ita putat Accursius.

Dec. Liberti neque sunt ex descendentibus, neque ex familia, sumpto naturaliter familiæ nomine, sed sunt penitus extranei, nisi quòd liberti sunt eius, cuius anteà serui fuerint, Et ideò si non sint heredes patrono, non possunt habere ius sepulchri nec familiaris magis, quàm hereditarij, quod Vlpianus apertè hîc scribit cùm tota hæc lex sit de vtroque, vt iam diximus. Illa verò Iustiniani constitutio in *d.l.vlt. C.de verb.signif.* præter id quod ius nouum continet, ex quo Vlpianus explicari non potest, non ad hunc casum pertinet sed ad legatum familiæ relictum, ad quod vult Iustinianus admitti posse libertos gradatim post generum, & nurum, quos tamen nemo dixerit appellatione familiæ propriè sumpta contineri. Quantò minùs igitur continerentur liberti, si non ita expressim Iustinianus constituisset? At quod ad iura sepulchrorum nihil tale constitutum est. Alioqui etiam genero & nurui eadem iura saltem, perinde ac libertis danda essent, quod tamẽ pugnaret cum *d.l.ius familiarium* 8. *C.hoc tit.* cùm non sint de familia nec agnati, sed tantùm adfines. Et quamuis quidam inscripserint *monumentum sibi libertisque suis fecisse*, Monumentorum tamen inscriptiones nõ magis sepulchrorum iura quàm dominium puri loci ad libertos transferre possunt *l.monumentorum 6.eo. tit.* Non quia ex iis quæ publicè incisa sunt in æs, vel in marmor, vel in lapides probatio erui nõ possit, præsertim verò in antiquis saltem præsumptiuè, vt loquuntur & ad transferendum onus probandi in aduersarium: multò magis autem si sint monumenta publica, de quibus in *l.census* 10. *de probat.* Non qualia hęc de quibus nunc tractamus quę sunt priuata. Sed quoniam rei substantiam mutare non potest inscriptio, nec facere, vt monumentum non sit semper aut familiare aut hereditarium, sicuti nec dominium rei transferre potest, quia non sit legitimus modus transferendi dominij: Nam nec literæ quibus hereditas promittitur, vel quæ aliter animi affectum exprimunt, vim codicillorum obtinent *l.litera* 17 *inf. de iur. codicill.* Quare nec dicimus istas monumentorum inscriptiones non probare voluntatem, sed negamus voluntatem hanc sufficere ad concedendum libertis ius sepulchri siue familiaris siue hereditarij.

1 ¶Si adhuc monumentum purum est: poterit quis hoc & vendere, & donare. Si cenotaphium sit: posse hoc venire, dicendum est, nec enim esse hoc religiosum, Diui fratres rescripserunt.

Ad §.1. Si adhuc.

Ratio dubitandi. Cenotaphium id est monumentum memoriæ duntaxat causa factum, & in quo nondum quisquam humatus est, placet locum esse religiosum, vt scribit Marcianus in *l. in tantum 6.§.vlt. sup. de rer.diuis.* quasi ad hunc honorem promerendum sufficiat factum esse in memoriam humanæ condicionis, nec aliud quicquam præterea requiratur. Ergo non magis permittendum est vt cenotaphium vendatur, aut donetur, quàm sepulchrum.

Dec. Ita quidem prudentibus plerisque olim visum est, Adeò illi religionis studiosi ac religiosi fuerunt, vt vel solam religionis imaginem pro religiosa haberi voluerint, Sed tamen Diui fratres contrà rescripserunt, vt ad Marcianum subiungitur ex Vlpian. in *l.sed Diui fratres 7. de rer.diuis.* Nec enim tam facilè res humanæ ab hominum commercio eximendæ sunt, vt fiant diuini iuris, quæ naturaliter sunt humani: Et certè si sola illatio corporis mortui facit locum religiosum, vt diximus ad *l.2. sup.* omnino consequens est vt monumentum purum, id est in quo sepultus adhuc nemo fuit, non sit religiosum, ac proinde vt & vendi & donari possit perinde atque alius purus locus quilibet. Non enim ex monumento sepulchrum fieri potest quousque hominis mortui reliquiæ in illud inferantur *l.monumentum 42.inf.* Adeò vt tùm quoque cùm locus aliquis per illationem mortui religiosus factus est si impetretur, vt reliquię transferantur, desinat locus ille esse religiosus *l. cùm in*

diuersis

diuersis 44. *infra*. vbi additur, quod ad rem nostram valde pertinet cùm in diuersis locis sepultus quis est non fieri vtrumque locum religiosum, quoniam vna sepultura non possit plura sepulchra efficere, sed illum solum vbi principale conditum est, id est caput eius, cùm imago fit vnde cognoscimus. Nam si locus in quo sunt reliqua omnia, excepto capite quod alibi est, religiosus non fit, quanò minus religiosum erit monumentum purum & cenotaphium, in in quo neque caput conditum est, neque pars vlla corporis? Quare nec est quod cum Accursio locum hunc intelligas de monumento in quod fuerit illatus mortuus, & inde post à translatus aliò Principe permittente, ex *d.l. cùm in diuersis*, & *l. ossa* 8. *inf*. Nam præter id quod hoc cenotaphium dici non potest, eadem vtroque casu monumenti ratio est. Neutrum enim religiosum est, sed cum hac differentia quòd cenotaphium nunquam religiosum fuit, monumentum verò vnde corpus translatum est relig osum quidem fuit, sed esse tamen desiit.

7. GAIVS libro 19. ad Edictum Prouinciale.

IS, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur per in factum actionem, quæ tam heredi [a], quàm in heredem competit: & perpetua est.

Ad l. Is, qui 7.

Est lex hæc de effectu & potestate actionis in factum quam dat Prætor in eum qui mortuum intulit in locum alterius & de qua in *l.* 2. §. 1. & §. *Prætor ait sup.* Datur enim ad hoc vt is qui in alienum locum intulit mortuum, aut tollat id quod intulit, aut loci pretium præstet. Electionem quidem habet vtrum facere velit, cùm sit debitor cuius in alternatiua obligatione electio esse debet *l. plerunque* 10. §. *rlt. de iur. dot.* Sed alterutrum tamen facere cogitur.

Ratio dubitandi. Nemo cogendus est rem suam vendere, siue iusto siue iniusto precio *l. nec quasi* 70. *sup. de rei vindic. l. non enim* 9. *inf. Rer. amot. l.* 1. *C. de his qui à non domin. manum. sunt.*

Dec. Fauor religionis hoc ius elicit vt & alia pleraque contra strictam iuris rationem *l. sunt personæ* 43. *inf. l. locum* 17. *in princip. sup. de vsufr. l. si quis sepulchrum* 12 *inf. hoc tit.* Sic & fauor libertatis facit, vt focius socio partem vendere cogatur quam habet in seruo manumisso *l.* 1. *C. de commun. seru manumiss.*

a *Quæ tam heredi.* Ratio dubitandi. Hæc actio in factum videtur pœnalis saltem ex parte rei cùm sic concepta in factum eius, qui nullo iure mortuum intulit in locum alienum, atque ita domino fundi damnum dedit, quamuis locum non fecerit religiosum. Cùm non liceat domino loci effodere vel eruere ossa ab alio illata sine decreto Pontificum seu iussu Principis vt scriptum est in *l. seq.* Ergo non debet actio hæc dari in heredem nec post annum ex regula *l. in honorariis* 35. *de oblig. & action.*

Dec. Rei persecutionem hæc actio continet ex parte actoris, adeoque ex parte rei cùm non detur nisi ad indemnitatem, quam præstat reus siue tollat id quod intulit, siue loci precium præstet. Meritò igitur placet hanc actionem & heredi & in heredem dari, & perpetuam esse. Ex eadem ipsa regula *d. l. in honorariis*.

1 ¶ Aduersus eum, qui in alterius arcam lapideam, in qua adhuc mortuus non erit conditus, mortuum intulerit, vtilem actionem in factum proconsul dat: quia non propriè vel in sepulchrum vel in locum alterius intulisse dici potest.

Ad §. 1. Aduersus.

Ratio dubitandi. Qui mortuum infert in alterius arcam lapideam in qua adhuc mortuus non erat conditus, infert in locum alienum: Est enim arca eius qui eam præparauerat ad sepulchrum. Tenetur ergo ex verbis edicti de quo in *l.* 2. §. *Prætor ait sup.* & consequenter actione directa non vtili.

Ratio decidendi. Non potest hîc videri intulisse propriè in sepulchrum, vel in locum alterius. Non in sepulchrum quia nondum fuerant illatæ in arcam reliquiæ *l. monumentum* 42. *inf. hoc tit.* Non etiam in locum alterius, quia locus is dicitur qui fundi portio est *l. locus* 60. *de verb. signific.* Arca autem hæc siue supra terram siue sub terra fit, non est pars fundi sed quid separatum à fundo *l. fundi* 17. *in princip. inf. de act. empt.* Non ergo directa in factum actio competere hoc casu poterit, cùm deficiant verba edicti: Sed tantùm vtilis, quia non deficit æquitas, neque sententia edicti; Cùm parùm intersit an quis mortuum intulerit in locum alienum, an verò in arcam alienam. Vtroque enim casu æquè facit iniuriam alteri qui mortuum suum infert in rem ad alium pertinentem.

8. VLPIANVS lib. 25. ad Edictum.

OSsa, quæ ab alio illata sunt, vel corpus, an liceat domino loci effodere, vel eruere sine decreto pontificum, seu iussu principis, quæstionis est: & ait Labeo, expectandum vel permissum pontificale, seu iussionem principis: alioquin iniuriarum fore actionem aduersus eum, qui eiecit.

Ad l. Ossa 8.

Ratio dubitandi. Permissum est cuilibet in suo facere quicquid velit, & propria authoritate perdere ac destruere quod alius nullo iure fecerit, *l. sed si manu* 17. *Vrban. præd. l. sicut* 8. §. *Aristo vers. quia in*

suo sup si seruit. vindic. l. qui emadmodum 29. §. 1. *sup. ad leg. Aquil.* Ergo & ossa quæ ab alio illata sunt vel corpus licet domino loci effodere vel eruere etiam sine decreto Pontificum aut iussu Principis. Nam si malè fecit & quid proximum delicto, is qui ossa vel corpus intulit in locum alienum inscio domino, non potest videri malè facere qui effodit & eruit vt eximat, vt argumentatur Vlpianus in *l. 1. §. vlt Ne quis eum qui in ius vocab. vi exim.*

Dec. Fauor religionis hoc facit. Quamuis enim per illationem mortui in locum alienum ab eo factam cui ius inferendi non fuit, locus fieri non possit religiosus, ipsa tamen ossa quæ illata sunt & corpus humatum hominis mortui, habent in se primordia, & vt ita dicam semina quædam religionis quæ piaculum sit non dicam lædere sed tangere, *l. 4.* vbi est text. elegans *C. de sepulchr. violat.* iunct. *l. 1. & l. pergit 5. eod.* Alioqui quomodo possent locum in quo essent condita, etiam à domino, facere religiosum? Meritò itaque placuit nihil in ea re fieri posse sine permissu Principis, aut sine Pontificum decreto. Alioqui iniuriarum actio acquiretur aut hereditati si ante eam aditam funeri testatoris, vel cadaueri facta sit iniuria, vel heredi ipsi si post aditam hereditatem *l. 1. §. quoties inf. de iniur.*

1 ¶Si locus religiosus pro puro venisse dicetur: prætor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quæ actio & in heredem competit [a], cum quasi ex empto actionem contineat.

Ad §. 1. Si locus.

Ratio dubitandi. Qui nesciens locum religiosum pro priuato & puro comparauit licèt emptio non teneat ex empto, tamen actionem habet aduersus venditorem vt consequatur quod interfuit eius ne deciperetur *l. qui officij 62. §. 1. inf. de contrah. empt.* Ergo non indiget actione illa honoraria in factum, de qua in *hoc §.*

Dec. Cùm locus religiosus pro puro venditus ab aliquo est. Prætor dat actionem in factum non emptori contra venditorem, cùm habeat ex empto actionem, vt diximus, neque venditori contra extraneum inferentem, vt vel tollat quod intulit, vel precium loci præstet vt malè interpretatur Accursius ex *l. prox. seq.* quæ ad hunc sanè casum non pertinet sed ei ad quem ea res pertinet id est cuius sepulchrum est siue locus sepulchri, aduersus eum qui vendidit, Quasi non valdè distet ab eo qui intulit in sepulchrum alienum is, qui locum sepulchri tanquam purum vendit alij posteà illaturo. Sed hęc actio non dabitur in id vt tollatur aliquid vel precium loci præstetur, quemadmodum ea de qua diximus in lege præcedēte. Sed ad id tantùm quod interest non fuisse venditum locum religiosum pro puro. Præbet enim ea res materiam litium & rixarum, sine emptor locum illum quem emit velit colere, aut in alios vsus profanos seruare aut mortuum in eum inferre. Sed hoc non nisi officio & arbitrio iudicis æstimari potest, vt in *l. vt tantùm 14. §. 1. & §. æstimatio sup. de seru. corrupt.* Accursius noster quamuis non possit negare verba illa huius §. *et ad quem ea res pertinet* de eo intelligi debere cuius est sepulchrum siue locus sepulchri, subinde tamē adijcit *scilicet venditori contra extraneum id est inferentem.* Quasi idem fuerit in hac specie venditor & dominus sepulchri. Verùm neque verbis Vlpiani potest conuenire hæc interpretatio, neque iuris rationi. Non verbis, quia cùm nihil in hoc §. dictum sit de inferente, sed tantùm de venditore, non possunt verba illa *in eum* de alio certè intelligi quàm de venditore. Non etiam iuris rationi, quia si religiosum sciens vendidit eum pro puro, decepit emptorem, ac proinde indignus est cui actione ista in factum succurratur etiam aduersus extraneum inferentem, quem emptori teneri æquius esset ne alioqui venditor hic ex sua improbitate consequatur actionem, contra *l. itaque fullo 13. inf. de furt.* Si verò ignorans religiosum vendidit, cùm ea venditione nihil actum sit, nec quicquam possit imputari venditori, cuius ignorantia iusta fuerit, etsi vix potest hoc contingere, nulla quoque causa est cur ei alia dari actio debeat etiam contra inferentem quàm quæ daretur venditio nulla interueniſſet. Neque rursum huic interpretationi potest aptari, quod sequitur in hoc §. hanc actionem etiam in heredem competere *cùm quasi ex empto actionem contineat.* Quis enim vnquam audiit actionem ex empto quæ non nisi contra venditorem comparata est, dari venditori, aut aliam quamuis actionem, quasi ex empto?

a *Quæ actio & in heredem competit.* Ratio dubitandi. Eadem ferè quæ ad *l. præced. verf. quæ tam heredi.* Etsi enim alia hæc actio est, quàm de qua in *d. l. præced.* attamen pœnalis, & ipsa videtur, ad puniendum factum eius qui locum religiosum pro puro vendidit: Ideoque licèt heredi dari debeat, quia ex parte actoris persecutionem rei continet, non tamen similiter contra heredem nisi fortè de eo quod ad ipsum peruenerit. Sed contrà scribit Vlpianus, Esse illam perpetuam & in heredem quoque dari. Non ob id solùm quòd rei persecutionem contineat. Ex regula *l. in honorarijs 35. de oblig. & action.* Sed etiam quòd *quasi ex empto actionem contineat.* Quæ verba nonnulli ex antiquis glossatoribus apud Accursium intellexerunt de vera actione ex empto quæ datur contra venditorem ei qui nesciens religiosum locum emit. Secundum quam interpretationem dicendum esset loqui hic Vlpianum de actione danda emptori contra venditorem, vt hîc dictio *quasi* sit expressiua veritatis, quomodo illi loquebantur, nec aliam actionem exprimat, quàm illam ipsam de qua in *d. l. qui officij 42. §. qui nesciens inf. de contr. empt.* Sed hoc nos iam refutauimus, Nec de actione ex empto hic §. loquitur sed de actione in factum quæ quasi ex empto contineat. Dicendum igitur est cum Accursio dictionem *quasi* stare hîc similitudinatiè, vt Accursius loquitur, sed non eo tamen sensu quem ille putat, quasi peractionem in factum quam ille accommodat venditori aduersus extraneum inferentem, tantùm ille consequi debeat ab extraneo, quantum ipse vicissim præstat actione ex empto ei, cui locum religiosum pro puro vendidit: (nihil enim præstare debet si ignorans vendidit, cùm non ad aliud teneatur, quàm ad id quod eius interest deceptum non

fuisse

fuisse *d. §. qui nesciens.* Non autem possit videri decepisse qui ignorauit. Si verò sciens vendidit, nullam ex sua improbitate actionem sibi acquirere debuit, vt diximus ex *d. l. itaque 13. de furt.*) Sed ita intelligendus est Vlpianus, vt ei cuius sepulchrum fuit, detur actio contra venditorem quia vendidit, quemadmodum nec alio iure agitur ex empto contra venditorem quàm quia vendidit. Ergo quemadmodum actio ex empto perpetua est contra venditorem qui ex suo facto conuenitur. Ita & hæc, quæ datur domino sepulchri contra eundem venditorem perpetua esse debet, Quamuis inter has actiones differentia illa sit, quòd actio ex empto datur contra venditorem non tantùm ob contractum ipsius sed etiam ex ipsius contractu. Hæc autem non quidem ex contractu venditoris qui inter alios initus est, sed tamen ob ipsius contractum. Ex quo intelligimus loqui hîc Vlpianum de alia in factum actione quàm de qua locutus fuerat Caius in lege præcedente, vbi iam dixerat perpetuam esse actionem illam in factum dandamq; & heredi & in heredem: quod hîc repetendum non fuisset. Atque hic mihi huius loci alioquin satis obscuri sensus esse videtur.

2 ¶Si in locum publicis vsibus destinatum intulerit quis mortuum: prætor in eum iudicium dat, si dolo fecerit: & erit extra ordinem plectendus, modica tamen coercitione. sed, si sine dolo, absoluendus est.

Ad §. 2. Si in locum.

Ratio dubitandi. Prætor non proposuit hanc actionem in factum, nisi in eum qui mortuum intulit aut ossa mortui in locum alterius *l. 2. §. 1. & §. Prætor ait, & l. prox. sup.* Atquin is qui infert in locum publicum & publicis vsibus destinatum, nõ infert in locum alterius, sed in eum qui vniuersitatis est non singulorum, & cuius ipse quoque vsum habet perinde ac alius quilibet ex vniuersitate. Ergo siue quis dicat singulorum esse id quod vniuersitatis est, contrà quàm scriptum sit in *l. in tantùm 6. §. vniuersitatis sup. de rer. diuis. l. sicut 7. §. 1. quod cuiusq; vniuers.* non debet hic teneri tanquam qui in suum locum intulerit, siue dicat quod verum est rem vniuersitatis non esse singulorum, nullus est priuatus cui possit videri facere iniuriam. Dec. Non est nullius quod est vniuersitatis licèt non sit singulorum. Nã in generali rerum diuisione separatæ sunt species earum quæ in nullius bonis sunt, & earum quæ sunt vniuersitatis *l. 1. sup. de rer. diuis.* Facit ergo iniuriam vniuersitati, & infert in locum alienum qui infert in locum vniuersitatis, ac proinde facit iniuriam cuilibet de populo is qui hoc agit quantum potest vt religiosam faciat rem in publicos vsus destinatam. Siquidem quæ sunt vniuersitatis sunt cõmunia ciuitatum, & ciuium, nõ quod ad dominiũ, sed quod ad vsum qui publicus est: Mitiùs tamen cum eo agitur, quàm si mortuum in priuati alicuius locum intulisset, in quo nihil ipse omnino iuris habuisset: Adhibita nimirum hac distinctione, Vt si sine dolo malo id fecerit siue facti siue etiã iuris ignoratione (nec enim in dolo est qui in iure errat *l. sed etsi 25. §. scire sup. de hered. petit.*) absoluendus sit, si autem dolo malo plectendus sit, nõ per actionem in factum, vt cæteri qui aduersus edictum fecerũt, sed extra ordinem, id est per Prætorem ipsum, qui olim non nisi extra ordinem cognoscebat ante *l. 2. C. de pedan. iudicib. & tot. tit. de extraord. cognit.* Modica tamen non graui coercitione, Sed si sine dolo malo, absoluendus est, nimirum ab eodem Prætore extra ordinem cognoscente. Atque ita Vlpianum hîc & scripsisse & sensisse non dubito. Sed tamen verba textus nostri eo modo quo concepta sunt manifestè repugnant. Sic enim habent *Prætor in eum iudicium dat.* Nam si Prætor dat iudicium, Ergo & actionem, & iudicem, qui ex ordine ac ritu vetere iudiciorum inter litigatores cognoscat & pronunciet: quod cùm accidit nihil fit extra ordinem. Et solent ista opponi, Aliquid fieri extra ordinem, & Fieri per actionem *l. si quis sepulchrum 12. inf.* Legendum ergo est addita negatione *Prætor in eum iudicium non dat, At si dolo fecerit erit extra ordinem plectendus.* Errori causam præbuit interpretibus, vt negationẽ quam nos restituimus sustulerint, quod ignoratione iuris veteris non putarunt posse ista simul stare, vt in hunc iudicium non detur, & tamen omni casu vel plectendus sit, vel absoluendus: quasi nemo plectatur, vel absoluatur nisi in iudicio, & per iudicem. In quo falluntur. Nam Prætoris est, cùm extra ordinem cognoscit & plectere & absoluere, nõ iudicis qui nullus datus est. Sed errorem hunc interpretum induxit etiam error librarij: qui dictionem *At* omnino hîc necessariam prætermisit repetendam ex postremis duabus literis præcedentis dictionis *dat.* Cuius articuli *At* prætermissione factum est vt in sequentibus illis *si dolo fecerit & erit extra ordinem plectendus*, addita fuerit dictio *&* quæ omnino tollenda est, legendumq; vt diximus *At si dolo fecerit, erit extra ordinem plectendus*, repetenda etiã dictione *erit* ex præcedente dictione *fecERIT* more librarij Florentini quem reliqui vulgares ignorarunt. Vnde factum etiam est vt quidam libri vnico contextu legant *Prætor in eum iudicium dat si dolo fecerit:* adiecto hîc commate, quasi nõ æquè iudicium in eum dari necesse sit eo casu, quo absoluitur, id est cùm nihil dolo fecit, dandum autem sit cùm dolo fecit vt plectatur extra ordinem. Quod est ridiculum. Eiusdem enim potestatis est absoluere, eiusdemq; siue ius dicentis, siue iudicis, cuius & cõdemnare *l. 3. inf. de re iudic. l. pen. de confess. ff. l. nemo qui condemnare 37. de regul. iur.* Et quoties condemnatio fieret extra ordinem, absolutionem quoque extra ordinem fieri necesse est. Igitur hoc casu quo quis mortuum intulit in locum vniuersitatis & publicis vsibus destinatum, nulla ex hoc edicto actio proficiscitur, sed tantùm cognitio Prætoria, vt & in edicto De minoribus *l. quòd si minor 24. §. vlt. iunct. l. in causa 13. §. interdum sup. de minor.*

3 ¶In hac autem actione, loci puri appellatio & ad ædificium producenda est.

Ad §. 3. In hac autem actione.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quę ad *l. 2. §. 1. vers. in locum alterius supr.* Addi tamen potest loci nomine quo Prætor vsus est, significari portionem quandam fundi *l. locus 60. de verb. sign.* fundi verò appellationem licèt sit generalis, magis tamẽ prædiis rusticis quàm ædificiis conuenire. Ex quo dubitandi etiam ratio ad hunc locum esse potuit,

Sed decidendi illa est, quòd imò generalior sit & loci & fundi appellatio vt vrbana quoq; non minùs quàm rustica prædia comprehendat *dict. l. locus §. 1.*

4 ¶Nec solùm domino hæc actio competit, verùm ei quoque, qui eiusdem loci habet vsumfructum, vel aliquam seruitutem: quia ius prohibendi etiam hi habent.

Ad §. 4. Nec solùm domino.

Ratio dubitandi. Verba edicti quæ dant actionem in factum aduersus eum qui mortuum in alterius locum intulit, ostendunt sensisse Prætorem de solo domino, & danda ei actione qui dominus est. *l. 2. §. 1. supr.* Atqui neque fructuarius dominus est *l. falsus 43. in fi. inf. de furt.* neque is cui seruitus debetur cùm nemini res sua seruiat *l. in re communi 26. vrban. præd. l. vtifrui 5. supr. si vsusfr. petat.* Ergo neque fructuario, neque ei qui seruitutem habet actio hæc competere potest.

Dec. Etiam fructuarius, & is qui seruitus debetur habent ius prohibendi ne in locum fructuarium, aut qui seruitutem debet, mortuus inferatur *l. 2. § si vsumfructum & seq. sup. eo.* Ergo iis quoq; actio danda est, si quis in locum fructuarium aut qui seruitutem debeat, mortuum intulerit, cùm eorum maximè intersit, ac præterea dominium habeant, si non loci qui vsumfructum vel seruitutem debet, ipsius tamen vsusfructus vel seruitutis, cùm habeat vtrumque vindicationem, *Tit. si vsusf. pet. & Tit. si seruit. vindic.* quæ tamen non datur nisi domino *l. in rem 23. sup. de rei vindic. l. Quintus 25. §. argento inf. de aur. & argent. legat.*

5 ¶Ei, qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in factum actio competit, & interdictum: etiam si non ipse prohibitus sit, sed procurator eius: quia in intellectu aliquo ipse prohibitus videtur.

Ad §. vlt. Ei qui.

Non illud tantùm docet Vlpianus in hoc §. quod obuium cuique erat, & compertum, Ei qui prohibitus est inferre in eum locum, quò inferendi ius ei est & in factum actionem competere & interdictum De mortuo inferendo, de quo in *l. t. inf. tit. prox.* (quis enim de eo dubitare posset? maximè verò in tam apertis verbis edicti) sed, quod erat difficilius, Et actionem & interdictum competere etiamsi non ipse prohibitus sit sed procurator eius.

Ratio dubitandi. Actio hæc & interdictum illud competit ei, qui prohibitus est. Prohiberi autem est facti, & consequenter personale: Alia porrò persona est procuratoris, alia eius qui procuratorem constituit. Debent enim distinctæ ac separatæ personæ esse mandantis & procuratoris. Ergo neque actio neque interdictum ei potest competere, qui non nisi per procuratorem prohibitus est.

Dec. Quemadmodum is qui per alium facit per seipsum facere intelligitur *l. 1. §. vlt.* vbi diximus *sup. tit. prox.* Ita & qui per alium prohibetur, ipse prohiberi intelligitur: quod Vlpianus ooster peteleganter suo more ita effatur *quia intellectu aliquo prohibitus ipse videtur.* Nihil ergo interest an quis prohibeatur per se ao per alium inferre mortuum in eum locum quò inferendi ius habeat. Et vtroque casu eandem in factum actionem habere debet, idemq; interdictum De mortuo inferendo. Sic & in *l. 2. §. 1 l. 4. §. 1. l. sed neque 8. §. 1. de vsu & habit. sup. l. pen. de seruit. legat. inf. l. si stipulatus fuero* 111 *de verb. oblig.* Adde legem *prox. seq.* Sic dicimus deiectum vi te videri si colonus vi deiectus sit, ideoque interdictum tibi competere Vnde vi *l. colonus ca. l. cùm fundum 18. & l. vlt. inf. Vnde vi.*

9. GAIVS lib. 19. ad Edictum Prouinciale.

Liberum est ei, qui prohibetur mortuum, ossáve mortui inferre, aut statim interdicto vti, quo prohibetur ei vis fieri, aut aliò inferre, & postea in factum agere: per quam consequitur actor, quanti eius interfuerit, prohibitum non esse. in quam computationem cadit loci empti pretium: aut conducti merces: item sui loci pretium, quem, quis, nisi coactus est, religiosum facturus non esset. vnde miror, quare constare videatur [a], neque heredi, neque in heredem dandam hanc actionem. nam, vt apparet, pecuniariæ quantitatis ratio in eam deducitur: certè perpetuò ea inter ipsos [c] competit.

Ad l. Liberum est 9.

Ratio dubitandi. Satis consultum est ei qui prohibetur mortuum inferre in eum locum, quò inferendi ius habet, si aut actionem in factum ei demus, quam Prætor hoc edicto proponit & de qua in *§. vlt. legis præced.* aut interdictum De mortuo inferendo, de quo in *tit. prox. seq.* Nec erat necesse vt vtrumque auxilium ei daretur, cùm alterutrum posset sufficere. Neque rursum videtur vtrumque hoc auxilium tam interdicti, quàm actionis in factum sufficiens. Cùm illatio mortui nullam moram patiatur propter fœtorem & alia incommoda quæ cadaueris & humanæ fortis miseria secum trahit, iudicij autem exercitio suas moras habeat siue interdicto siue actione ordinaria quis experiatur *l. etiam 15. in prin inf. vt legat. seu fideic. seruand. caus. caueat.*

Dec. Nihil vetat pro vna eademq; re & inter easdem personas interdictum competere & actionem. Habet enim interdictum suas vtilitates, Habet etiam actio, & sua pariter incommoda. Interdicta & citiùs impetrantur, & citiùs expediuntur, præsertim quæ apud Prætorem: quale illud est *De mortuo inferendo* quo neque iudicium promittitur, neque actio datur. Actiones verò longiorem tractum & tractatum habent. Sed habet interdictum illud hoc incommodi, quod in eo de iure dominij agitur vt scriptum est in *l. sune persone 43. infr. hoc tit.* nec alius eo vti potest quàm dominus proprietatis *l. 1. § hoc autem interdicto inf. tit.* 1. Neque tamen quod siue interdicti siue actionis exercitio moras suas habeat, facere debet, vt vtrumque hoc auxilium minùs sufficiens esse videatur. Nō enim ideò sit mora illationi

illationi cadaueris, cùm is qui prohibetur mortuũ inferre in locum destinatũ, non prohibeatur aliò inferre, & postea in factum agere. Per quam actionem consequetur actor quanti eius interfuit prohibitum non esse: In quam computationem cadit precium loci quod prohibitus ex ea causa fuerit coactus emere, aut merces conducti, si coactus sit conducere. Aut denique precium sui loci quẽ quis nisi coactus esset religiosum facturus non fuisset. Tantì enim videtur eius interesse, qui propter prohibitionem coactus est aut emere fundum, aut cõducere, aut suum amittere factum religiosum. Miror verò Accursium hanc legem intelligere de interdicto, Vti possidetis, deceptus vt puto verbis illis *aut statim interdicto vti*, quasi dictio illa *vti* sit abbreuiatum nomen interdicti, *Vti possidetis* non verbum infinitiui modi quod regitur à verbo *Liberum est*. Nihil enim aliud ibi vult Caius, quàm vt doceat liberum ei esse, qui mortuũ ossave mortui inferre prohibetur, aut statim interdicto vti *De mortuo inferendo*, id est per viam eius interdicti impetrare confestim à Prætore ne inferre prohibeatur, si fortè iuris & dominij sui probationes tam paratas habeat, vt non longior mora sepulturæ futura sit. Aut si res altiorem requirat indaginem, quæ lõgiorem sepulturæ moram sit factura, potest & debet mortuum aliò inferre, deinde in factum agere ad consequendam indemnitatem. Non enim potest ipsius interesse nisi quatenus aut in alium suum locum intulit, aut in alienum: Et cùm in alienum aut emptum, aut cõductum. Vtrumuis autem istorum fit si precium loci consequatur, plenissima fruitur indemnitate.

a *Vnde miror quare constare videatur*. Imperitis, inquit Accursius, Sed malè. Nam his verbis proculdubio Caius significat receptissimam & frequentissimam fuisse illam prudentum opinionem vt hæc actio in factum ei danda qui prohibitus fuit mortuum inferre in eum locum in quem ius inferendi habuit, neq; heredi neq; in heredem detur sed soli prohibito contra solum prohibentem. Sed ait se mirari cur id tam pro certo & explorato habeatur ab omnibus. Sicq; l. gem hanc benè Iacob. Cuiac. intelligit post Græcos interpretes *lib. 8 Obser. c. 11*. Nam quod Accursius obiicit ex *l. si filiusfamilias 31 §. 1 inf. hoc tit.* hanc actionem non esse annuam sed perpetuam & heredi cęterisq; successorib. & in successores dari, non ad eam actionem pertinet de qua in hoc §. sed ad funerariam, de qua in ea lege. Quod verò scriptum est in *l. is qui 7. sup. hoc tit.* non ad hanc speciem actionis in factum pertinet de quà hìc agitur, sed ad illam quæ datur ex edicto Prętoris contra eum qui mortuum intulit in locum alienum: quomodo benè obseruat Cuiacius supradicto loco. Sed malè idem Cuiacius hac lege abutitur, vt ex ea petat exemplum *legis Non omnium 20. de legib* vbi scriptum est non omnium quæ à maioribus cõstituta sunt rationem reddi posse. Non. n. ait Caius esse hoc iuris constituti sed recepti. Nec miratur quare ita constitutum sit, sed cùr ita cõstare videatur. Et sanè mirum est esse aliquid receptum à prudentibus quod non certa bonaq; nitatur ratione. Quòd si quãdo tale quid contingat (contingit autem vel nunquam, vel rarissimè) certè admiratione digna res est, cùm prudentum omnium consentiẽs vox illa sit, Ius omne semper ex ratione ęstimandũ esse: vt ex diffinitionibus iuris & naturalis & gentium & ciuilis apparet, & ex *l. si pœna 20. infr. de pœn.* Quod in iis quæ sunt iuris constituti diuersum est. Alioqui multa ex iis quæ benè constituta sunt & quæ ex sola constitutione ipsa vires accipiunt, subuerterentur, vt dixi ad *d. l. non omnium.* Fatetur autẽ Cuiacius nullam huius iuris rationem reddi posse: nec id ego diffitear animus ne non tantùm Cuiacio, sed etiã Caio subtilior videar videri velle qui nullã huius iuris rationem inuenire potuerunt. Non tamen improbabile fuerit dicere meo iudicio cùm mortui corpus inferri prohibetur iniuriã fieri maximam & cadaueri, & heredi, adeò vt ex ea causa competat etiam actio iniuriarum heredi tanquam ei quæsita vel immediatè si id factum sit post aditã hereditatem, vel immediatè per hereditatẽ ipsam si ante aditam, vt disertè scriptum est in *l. 1. §. & si fortè & §. quoties inf. de iniur.* Actionem autem hanc in factum quę datur etiam contra prohibentem, proximè accedere ad actionem illam iniuriarum, eiq; esse persimilem, vt proinde non magis heredi aut in heredem dari debeat quàm actio iniuriarũ quæ certè non datur *§. non autem in Instit. de perpet. & tempor. act.* in illis verbis *excepta iniuriarum actione & si qua alia similis inueniatur.* iunct. *l. iniuriarum 13. in princip. & l. item apud Labeonem 15. §. iniuriarum inf. de iniur.* Quomodo etiam dicimus stipulationem interpositam ex causa actionis iniuriarum non transire in heredem tanquam similem actioni iniuriarum & in eius locum subrogatam *l. si quis cum 10. §. qui iniuriarum sup. si quis caution.* Etsi non ignoro posse responderi actionem hanc in factũ de qua tractamus esse omnino dissimilem, cùm actio iniuriarum sit pœnalis ex parte tã actoris quàm rei, quoties ex conuicio nascitur, vt loquitur *d. §. iniuriarũ.* Hæc verò rei persecutione contineat, & in eam pecuniariæ quãtitatis condemnatio deducatur, quomodo Caius hìc argumentatur, Alioqui nec esset perpetua, sed anno finiretur, vt actio iniuriarum, quod tamen non ita est, Nemo enim ambigit quin sit perpetua, vt Caius scribit. Et sanè fatẽdum est dissimiles esse actiones istas, & actionem hanc in factum esse valde irregularem, & vt nostri loquuntur anomalam, pugnantem q; cùm regula illa iuris quę extat in *l. in honorariis 35. de oblig. & action.* Sed satis nobis est aliquam licèt non omnimodam adferre similitudinẽ propter quam minùs mirari quis debeat, quod tãtopere miratus Caius, cur placuerit prudentibus actionem hanc in factum, neque heredi neque in heredem dari quamuis sit perpetua.

10. VLPIANVS lib. 25. ad Edictum.

SI venditor fundi exceperit locum sepulchri ad hoc, vt ipse, posterique eius illo inferrentur: si via vti prohibeatur, vt mortuum suum inferret: agere potest. videtur enim etiam hoc exceptum inter ementem, & vendentem, vt ei per fundum, sepulturæ causa, ire liceret.

Ad l. Si venditor 10.

Ratio dubitandi. Venditor fundi qui excepit locum sepulchri ad hoc vt ipse posteriq; eius illò inferantur, imputare sibi debet si non etiam de via sibi cauerit: Potuit enim & debuit legem apertiùs dicere, ex l. *eg l. veteribus 39. sup. de pact. l. Labeo 21. inf. de contr. empt.* Quemadmodum si non sibi nominatim sepulchrum cauet, illud, quamuis venditio fundo se-

pulchrum non transeat in emptorem, quia non transit nisi cum vniuersitate *l. quædam sunt 62. de acquir. rer. domin.* parùm tamen ei cautum esset, id est ne quidem sepulchro vti posset si nõ in sepulchrũ iter publicum transiret *l. antep. §. si cum fundum infr. de act. empt.* Dec. Cùm venditor fundi excepit locũ sepulchri ad hoc vt ipse posteriq; eius illò inferãtur, videtur etiam excepisse quasi in necessarium antecedens vt per eum fundum sepulturæ causa ire liceat *l. 2. de iurisd. l. 1. §. 1. sup. si vsusfr. petat. l. qui fundum 40. §. in lege infr. de contr. empt.* Quod & legibus prædiorum vendendorũ cauetur, vt ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter & eius aditus ambitus funeri faciendi sit *l. vtimur 5. inf. de sepulch. violat.* Ergo si via vti prohibibeatur vt mortuum suum inferat, perinde agere potest atque si sepulchro ipso vti prohiberetur. Satis enim prohibetur vti sepulchro is qui ad sepulchrum ire prohibetur, *l. si quis sepulchrum 12. inf. hoc tit.* Neque huic qui in vendendo excepit locum sepulchri, de quo in hac lege agitur, benè cõparatur ille qui nec viam ad sepulchrum, nec sepulchrũ ipsum excepit, de quo in *d. l. antep. §. si cum de act. emp.* Et ideò qui vendunt prædia, solent inter cæteras leges venditionis cauere sibi, excipiendo non solùm sepulchrum sed etiam viam ad sepulchrum. Quod posterius si prætermiserint per incuriam aut imperitiam, prius tamen sufficiet vt in hac lege scriptum est, quasi habenda tacitè pro facta conuentione illa quæ vulgò fieri soleat, & debeat, eoq; iure vtimur *d. l. 5. de sepulchr. violat.* iunct. *l. quod si nolit 31. §. quia assidua de ædilit. edict. l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poss. l. vlt. C. de fideiuss.* Sed si neutrum exceptum sit imputet sibi venditor qui nullomodo sibi cauit, Nisi aut iter publicum habeat ad sepulchrum, aut priuatum emat, vt in *dict. l. si quis sepulchrum 12. inf.* Quamuis fauor sepulchri & religionis videatur facere debere vt alio iure vtamur: quæ fortassis latior & fauorabilior sententia est Pomponij in *d. l. vtimur 5. de sepulchr. violat.* Si quod ibi scriptum est de legibus prædiorum vendundorum referatur ad leges quasdam generales quæ circa vendendos fundos factæ fuissent iam temporibus Pomponij, Exemplo earum legum quas agrarias appellamus, non de priuatis quæ inter emptores & venditores aliter atque aliter pro contrahentium arbitrio fieri solent.

11. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

QVod si locus monumenti hac lege venierit, ne in eum inferrentur, quos ius est inferri: pactum quidem ad hoc non sufficit: sed stipulatione id caueri oportet.

Ad l. Quòd si locus 11.

Ratio dubitandi. Sepulchrum tanquam res religiosa vendi non potest, & si vendatur etiam ignoranti, non valet venditio, nisi hactenus vt venditor ex empto obligetur. Multò minùs si scienti *l. 4. l. qui offi: ij 62. §. 1. inf. de contr. empt.* Ergo si locus sepulchri venditus sit, hoc est sepulchrum ipsum & ea lege ne in eum locum inferantur ab emptore illi quos alioqui ius ei esset inferendi, neque pactum neque stipulatio de ea re interposita valere potest, tanquã facta de re religiosa & contra ius religionis *l. pen. su. de pact.* vbi dicitur neminem posse paciscendo efficere vt non liceat sibi in suo sepelire. Proinde si locus venditus fiat emptoris, non debet ei licere ius quod habet sepeliendi in suo quos velit, sibi præripere, siue per pactum id fiat, siue per stipulationẽ: si verò locus venditus non fiat emptoris sed maneat venditoris, quia venditio non tenuit. Tantò absurdius fuit quærere, An valeat stipulatio per quam conuenerit vt non liceat emptori inferre mortuũ in eum locum qui sit venditoris. Et sanè vel ex hoc maximè dilemmate apparet defendi interpretationem Accursij non posse, debereq; hanc legem potiùs ita intelligi, vt coniungatur cum præcedente, & ad eum casum referatur, quo qui vẽdiderit fundum in quo erat sepulchrum, at non sepulchrum ipsum, sed ea lege tamen adiecta, ne liceat in posterum ei qui vendidit inferre illos quos ei ius est inferendi, puta liberos aut alios ex familia si sepulchrum fuit familiare, vt in exemplo legis superioris. Quo casu non quidem venditur sepulchrum, neque in eo videtur quicquam fieri contra ius religionis, nec contra leges, sed tamen præripit sibi venditor facultatem vtendi sepulchro, & implorãdi leges illas vendundorum prædiorum, de quibus ad legem præced. diximus ex Pomponio in *l. vtimur 5. inf. de sepulchr. violat.* Quo admisso nanciscitur emptor non quidem proprietatem sepulchri, quod neque venditum est, neque vendi potuit, sed immunitatem ab iis incommodis, quæ propter sepulchrum eiusq; vsum à venditore ipsiusq; heredibus alioqui passurus esset: Itemq; vt si ex suis aliquem inferre velit in sepulchrum illud, quamuis alienũ, non ideò tamen illa in factum actione teneatur, de qua diximus in *l. 2. §. Prætor ait sup.* Nec enim datur actio nisi ei cuius interest, Nihil autem videri potest iam interesse venditoris qui nullum iam amplius habeat ius suos mortuos in sepulchrum illud inferendi. Et secundum hanc interpretationem. Ratio dubitandi ad hunc locum illa adferri potest, quantum ad id quod negatur pactum valere quia in traditionibus rerum quodcunque pactũ appositum sit valet *l. in traditionibus 48. supr. de pact.* tanquam quod dederit causam contractui & traditioni, cùm non alia lege fuerit emptor cõtracturus *l. vlt. C. de pact. int. emp. & vendit.* vt Iustinianus cõstituit valere pactum per quod conuenerit inter venditorem & emptorem, vt nullomodo liceat nouo domino, in loco vendito monumentum extruere. Sed decidendi ratio est, quia pactum hoc non in gratiam venditoris rem suam tradentis interpositum est, sed in fauorem emptoris. Ea namq; demùm pacta in traditionibus rerum apposita valent & prosunt etiam ad agendum, quæ facta sunt in fauorem tradentis, qui non aliter fuerat traditurus, quiq; tradendo legem rei adhuc suæ quam voluit dicere potuit, *l. vlt. C. de rer. permut.* etiam illam quæ alioqui futura esset inutilis *l. ei fundo 19.* vbi diximus *sup. de seruit. l. venditor 13. sup. commun. præd.* Emptor autem licèt possit dicere se non aliter fuisse contracturum, quia tamen non tradit ipse, sed accipit rem alienam, nulla pactione potest rem afficere, sed tantùm personali obligatione venditorem sibi obligare. Si modò talis pactio sit quæ valeat. Etsi enim dicimus ea pacta quæ incontinenti post contractum apposita sunt, inesse contractui, præsertim qui sit bonæ fidei, nec minus ad agendum, quàm ad excipiendum *l. iuris gentium 7. §. quinimò sup. de pact.* Id tamen de iis intelligi debet, quæ si post contractum ex interuallo facta essent, exceptionem parere possent: denique quæ Prætor habeat pro validis: In quorum numero hoc non est,

vt non

vt non liceat domino sepulchri in suo sepelire *d.l. pen.sup.eod.tit.de pact.* quasi nihil intersit paciscentis: Dum ne tale pactum appositum sit in fauorem tradentis & in ipso actu tradendi, aut incontinenti, quo casu placuit Iustiniano valere in *l.vlt. C. de pact. int. empt. & vend.* In specie autem huius legis proponitur appositum contra venditorem. Quod cùm ita sit illa statim dubitandi ratio occurrit circa id quod sequitur in hac lege. Vt valeret tamen huiusmodi conuentionem si stipulatione vallata sit: Quòd neque valeant stipulationes si ab eo interponantur cuius nihil intersit, Cùm non ad aliud comparatæ sint quàm vt vnusquisque sibi acquirat quod sua interest *l.stipulatio ista 38. §. alteri & l.3. §.1. de verb. oblig.* Quam ob causam plerique putant intelligendum esse hunc locum de stipulatione pœnali, in qua non solet quæri an stipulatoris intersit, sed tantùm quænam sit quantitas, & condicio stipulationis *d. §. alteri & d.l.3. §.1.* In qua sententia est vir doctissimus Iac. Cuiac. in Paulum ad Edictum, Secutus in hoc vt in cæteris ferè omnibus interpretationem Accursij in eo maximè vt hæc pactio facta sit contra emptorem non contra venditorem, Nisi quòd legem hanc intelligit de monumento puro, non de sepulchro. Locum enim monumenti puri nemò negat vendi posse cùm non sit religiosus *l. vel quod 6. §. vlt. supr. l. cùm duobus 52.* aliàs *l.si fratres §. item ex facto infr. Pro socio.* Et sanè verba huius legis facilè hanc interpretationem admittunt, cùm de loco monumenti tantùm loquantur non de loco sepulchri. Et rursum aliud sit loqui de loco sepulchri, qui semper religiosus est, & extra commercium hominum: Aliud verò de fundo profano in quo sit sepulchrum. Et locum monumenti dixisse Paulum pro monumento ipso, non pro fundo in quo sit monumentum apparet ex eo quod ponit hac lege venditum fuisse locum monumenti ne in eum inferantur quos ibi ius est inferri: Debuerat enim dicere *in id* non *in eum* si monumentum à loco monumenti separasset. Neque verò inferuntur mortui in fundum profanum in quo est monumentum, sed in monumentum ipsum, siue purum adhuc, siue iam sepulchrum factum. Sed in contrarium tamen mouet, quòd secundum hanc interpretationem vix dici poterit quis sensus esse debeat huius pactionis *ne in eum inferantur quos ibi ius est inferri.* Nam in monumentum purum, quis non inferri pro arbitrio domini potest? Et ideò cùm de iure inferendi tractamus, semper supponimus sepulchrum iam factum & functum *l.2. §. Prætor ait sup.* Et absurdum sanè est dicere ius inferendi esse domino monumenti puri, & tractare de personis quas in eum locum inferendi ius habeat, si monumentum extructum duntaxat, necdum religiosum factum sit, cùm inferre possit omnes personas quas velit: Imò liberè monumento dicere quam velit, & de inferendis quos velit: Quomodo potest emptor, qui monumentum purum emit tanquam nouus dominus, inferre quas velit personas omnes: quod nec Cuiacius diffitetur. Et verò in hoc sensu debuerat pactio ita concipi, *Ne emptori ius esset inferendi quosdam homines*, vt ponit Cuiacius, non quomodo eam Paulus concipit *ne in eum inferrentur quos ius est inferri*, quod longè diuersum est. Ius namque inferendi debet præcedere prohibitionem de non inferendis illis quos ius est inferendi, non autem sequi quam tamen sequeretur, secundum opinionem Cuiacij. Idq; significant etiam verba illa *quos ius est ibi inferri.* Tempore scilicet præsenti, & quo talis pactio interponitur. Quod præsentiens Accursius interpretatur *ius est*, id est, *esset* inquit. Quodnam enim ius inferendi habere potest emptor eo tempore quo emit cùm nondum sit dominus? Itaque vt concludam quod sentio, magis mihi placet mea interpretatio vt Paulus hîc tractet de venditione fundi in quo sit sepulchrum, facta hoc pacto addito, ne in eum locum inferrentur à venditore illi quos alioqui ius esset ei inferendi pro qualitate sepulchri siue familiare esset, siue hereditarium. Quam conuentionem negat Paulus valere, si per nudum pactum fiat, Valere tamen ait si per stipulationem: Quod intelligo non solùm si pœnalis sit stipulatio, sed etiamsi non pœnalis, Non quia magis valeat stipulatio, quàm pactum si nihil intersit stipulantis, sed quia tùm quoque cùm paciscentis interest, non tamen nouum est vt fortior sit stipulatio & validior ad agendum, quàm pactum ad excipiendum: Vt cùm agitur de vsuris pecuniæ creditæ quæ si per stipulationem promissæ sint exiguntur, sin per pactum nudum neque exiguntur neque retinentur *l.3. C. de vsur. l.si tibi 17. sup de pact. l. rogasti 11. §. si tibi infr. de reb. cred.* Item cùm agitur de pœna quæ per pactum etiam in contractu bonæ fidei appositum non debetur, per stipulationem verò promissa deberetur *l.seruus 7. De seru. export.* Est enim potentissimum vinculum stipulationis quoties nihil fit contra leges neque contra bonos mores. Adeò vt etiamsi nulla subsit causa interponendæ stipulationis ex parte promissoris, non eo minùs tamen nascatur ex stipulatione actio quamuis hoc casu locus sit exceptioni doli *l.2. §. circa sup. de doli mal. except.* Item in specie *l. auia 6. C. de iur. dot.* vbi dicitur patrem dotatem filiam non posse per pactum nudum etiam in ipsa dotis datione appositum quærere sibi actionem profectitiæ dotis, quomodo extraneus aduectitiæ posset, sed per stipulationem posse: Quæ tria exempla noster etiam adfert & probat Accursius. Nec illud tamen defendi potest, quod idem Accursius addit ideò valere posse stipulationem pœnalem, quod metu pœnæ standum sit placitis, non etiam pactum de ea re factum quæ humanis legibus sit exempta. Constat enim si stipulatio pœnalis adiiciatur conuentioni inutili, puta promissioni hominis mortui, aut quod idem est, rei sacræ vel religiosæ non magis pœnæ stipulationem quàm conuentionem principalem valere *l.si homo mortuus 69. de verb. obligat.* Valet itaque hoc casu stipulatio quia neque sacræ, neque religiosæ rei est *l. inter stipulantem 83. §. sacram eod. tit.* nec tamen valet pactum etiam in contractu appositum, per quod prohibetur dominus sepulchri ne in suo sepulchro suos sepeliat *dict. l. penultim. supr. de pact.* Non quia nihil intersit emptoris, cuius sanè interest & venditori cogatur iter ad sepulchrum præstare. Sed quia nemo potest eam sibi legem dicere per pactum nudum ne re sua pro arbitrio vtatur, nec si alterius paciscentis intersit, sed per stipulationem potest, si modò intersit stipulantis, quomodo hîc interest emptoris secundum nostram interpretationem non etiam venditoris secundum interpretationem Accursij & Cuiacij. Quare nec probare possum quod idem Cuiacius legem illam penultimam *supr. de pact.* ita conciliat cum *dict. l. vlt. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* quasi *d. l. penultim.* intelligenda sit de eo casu quo nihil intersit paciscan-

tis. Iustiniani autem constitutio de illo qui constitutione ipsa expressus est, quo interfit paciscentis. Nam præter id quod ipsa constitutionis verba præ se ferunt ius nouum, ab eo diuersum quod antea obtinebat, vt scripsimus ad *d.l.penult.* absurdum est dicere & monere, Nullius momenti esse pactum ab eo interpositum cuius nihil interfit, cùm nec stipulatio valeret. Magis placet nostra conciliatio, vt Iustiniani constitutio restringatur ad pactum in ipsa rei traditione appositum in fauorem tradentis qui non aliter fuerat traditurus, vt Iustiniani ratio demonstrat, Lex autem penultima de pacto apposito extra contractum & traditionem. Porrò lex hæc, si nostram interpretationem sequare, loquitur de pacto apposito quidem in contractu venditionis sed in fauorem emptoris non venditoris. Ne quis verò scrupulus supersit ob verba legis quæ non minùs nostræ quàm Accursianæ & Cuiacianæ interpretationi repugnare videntur dicam liberè. Puto tollenda esse prima illa verba legis *locus monumenti* legendúmque *Quòd si hac lege venierit*, scilicet *fundus* de cuius venditione tractatum fuerat in lege præcedente: Nec enim negari potest quin hæc lex cum superiore coniungenda sit & ad eandem speciem referenda de fundo vendito in quo erat sepulchrum & ipsum in venditione exceptum. Sed cum hac differentia, quod in illa erat sepulchrum à venditore exceptum, addita conuentione ita vt & venditor ipse & eius posteri in sepulchrum inferrentur, propter quod via quoque per fundum ad sepulchrum excepta intelligitur: In hac è contrario conuentum proponitur in fauorem venditoris, ne liceat venditori in eum fundum inferre quos ei ius est in sepulchrum inferendi, Ne scilicet via vlla ad sepulchrum excepta dici possit quod non sine emptoris incommodo fieri potest. Quo casu exceptio quidem sepulchri videtur inutilis venditori, nisi ad hoc ne sepulchrum venditum videatur, quod nec vendi potuisset. Sed in eo nihil absurdi est, vt constat ex *l.antepen. §.1.infr. de action.empt. & ex l.5. §. si quis in hereditarium infr. de sepulch.viol.* vbi scriptum est posse testatorem cauere ne quis in posterum alius in sepulchrum inferatur. Quod ergo testatori licet cur non etiam venditori licebit? & sibi non quidem ius sed vsum & vtilitatem sepulchri præripere? Dum tamen interposita sit in eam rem stipulatio. Planè non potest negari quin verba illa *locus monumenti* quæ nos tollimus sola illa sint quæ legem hanc non modò difficilem sed etiam inexplicabilem interpretibus fecerunt. Retinetur enim hac in lege eadem species quæ in præcedente de fundo vendito & sepulchro excepto, sed sub conuentione negatiua De mortuis non inferendis quæ in superiore erat affirmatiua De mortuis inferendis. Ibi exceptum erat sepulchrum vt venditor & eius posteri inferrentur. Hic ne inferrentur. Ibi per consequentias via quoque per fundum excepta intelligitur, Hic verò non solùm non excepta, sed etiam prohibita. Cæterum in vtriusque legis specie lex dicta est non sepulchro vel monumento, sed fundo in quem priùs inferendi essent mortui quàm in sepulchrum inferri possent. Alioqui si lex sepulchro non fundo dicta esset, non valeret, tanquam dicta rei religiosæ. Vt in specie *l. 4. in fin.supr. Commun.præd.* vbi dicitur non posse seruitutem illam consistere, vt certus duntaxat hominum numerus in vno loco humetur. In summa proponitur antithesis elegans in hac lege ad speciem legis præcedentis: Ideoque tollenda omnino sunt verba illa *locus monumenti* quæ antithesim hanc tollerent, omninoque diuersam speciem constituerent. Addita verò sunt ab imperito interprete existimante non nisi iis additis perfectam videri posse sententiam eorum verborum *Quòd si hac lege venierit*, quasi verò non posset huius legis coniunctio facere, vt ex præcedente lege suppleri aut potiùs repeti deberet dictio *fundus*. Nec enim de sepulchro vendito tractatum erat, sed de fundo. Locus sanè perdifficilis est, &, si emendatio nostra displiceat, meo iudicio inexplicabilis. Quo minùs videri mirum debet nos in eo explicando & emendando fuisse longiores.

12. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

SI quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat, & à vicino ire prohibeatur: Imperator Antoninus cum patre rescripsit, iter ad sepulchrum peti precariò, & concedi solere: vt, quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. non tamen hoc rescriptum[a] quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem ciuilem inducit: sed extra ordinem interpelletur. Præses etiam compellere debet[b] iusto pretio iter ei præstari. ita tamen, vt iudex[c] etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum.

Ad l. Si quis sepulchrum.

Ratio dubitandi. Qui sepulchrum aliquod habet, viam autem ad sepulchrum non habet, sibi imputet cur non meliùs suis rebus cauerit *l. antep. §.1.infr. de action.empt.* Non ergo permittendum ei est vt vicinum interpellet ne quidem extra ordinem vt petat iter.

Dec. Precarium meræ voluntatis, & liberalitatis est *l.1. & tot.tit.inf.de precar.* Nec prohiberi quisquam potest aut debet, quominùs precariò aliquid postulet à vicino, cùm ea res & officij inter vicinos exercendi & obsequij præstandi materiam præbeat: Maximè cùm religionis gratia & ex necessitate id fiat, quod vtrumque hic contingit, si is qui sepulchrum habet, iter ad sepulchrum non habeat, sine quo nullus sepulchri vsus esse potest. Et vix sanè est vt quisquam sit tam inhumanus qui tale iter non nisi precariò petenti vicino velit denegare. Qua de causa refert hîc Vlpianus rescriptum fuisse ab Imperatore iter ad sepulchrum peti precariò & concedi solere. Imò est hæc res ex earum genere quæ præstari nō peti deberent, vt loquebatur Imp. Hadrianus cùm viri Prætorij ab eo peterent vt liceret sibi de

bi de iure respondere *l.2.§.pen.sup.de orig.iur.* si non tamen alius eius loci sensus est. Est enim bono viro conueniens etiam non petenti vicino hoc ipsum vltrò & liberaliter offerre ne qua sepeliendo cadaueri mora fiat *l. sunt persona 43. iunct. l. ne corpora 38. inf.hoc tit.* Ergo qui non habet iter ad sepulchrum quia ei non debetur impetret tamen à vicino saltem precariò si potest.

a *Non tamen hoc rescriptum.* Ratio dubitandi. Non debet inutile & illusorium esse rescriptum Imperatoris non magis quàm decretum Prætoris *l. vlt. inf. quid in loc. public.* Atqui erit inutile si permittatur ei à quo precarium petitur denegare, nec in eum ciuilis actio concedatur ex hoc ipso rescripto.

Dec. Longè aliud est facultatem impetrandi alicui concedere, Aliud verò actionem ei dare ad aliquid extorquendum ab inuito aduersario, Implicat que contradictionem vt quis precarium concedere inuitus cogatur per actionem aliquam siue ciuilem, siue honorariam cùm precarium sit meræ liberalitatis *d.l.1. l.interdictum 14.de precar.* actio autem detur etiam in inuitum *l.inter stipulantem 83.§.1. de verb oblig.* Nec quicquid potestati alicuius permittitur statim subiicitur iuris necessitati *l.non quicquid 40.sup.de iudic.* Aliudque rursum longè est habere ius aliquod, Aliud verò habere facultatem: Iuri præscribitur certo tempore, Facultati non præscribitur *l.2 inf.de via public.* Quid ergo faciet hoc rescriptum? Vt possit is qui non habet iter ad sepulchrum, eoque necessariò indiget vicinum interpellare non tantùm per se & amicè, vt aliàs solet precarium peti, sed extra ordinem, id est vt iam interpretati sumus, apud Prætorem, & implorata ipsius cognitione, vt Prætor vbi viderit necessitatem petendi & concedendi itineris, persuadeat vicino si poterit vt liberaliter & humaniter id concedat, Sin perget denegare, compellat etiam illum vt iusto precio iter vèdat. Pertinet enim ea res ad officium Prætoris in vrbe, & Præsidum in prouinciis na cadauera maneant insepulta *l.ne corpora 38.inf.hoc tit.*

b *Præses etiam compellere debet.* Ratio dubitandi. Nemo inuitus cogendus est rem suam vendere siue iusto, siue iniusto precio *l. non enim 9.infr.rer. amot. l. si filiusfamilias 25.§.1.solut.matrim. l.nec quasi 70.supra de rei vindicat.*

Dec. Fauore religionis & boni publici hoc inductum est ne cadauera insepulta remaneant *d.l.ne corpora 38. l. sunt persona 43. inf. sicut & alia pleraque l.item si verberatum 15. §.item si fortè ageret 9.præced. sup.de rei vindic.l.Lucius 11. de euict.* Idem est fauore libertatis in *l.1.C.de commun.seru.manumiss.*

c *Ita tamen vt iudex.* Videtur hæc esse adiectio aut Triboniani aut imperiti interpretis, cùm hæc coactio per Prætorem ipsum fiat non per iudicem datum & pedaneum qui solus iudicis appellatione in Pandectarum libris continetur. Prætor enim ius dicens erat, non iudex, itémque Præses. Nisi quod isti aliquando maiores iudices dicebantur, vt in *l. non distinguemus 32.§.de liberali sup. de recept. Qui arbitr. recept.* Cæterum non valde laborandum erat vt moneretur Prætor vt de opportunitate loci prospiceret, ne vicinus magnum detrimentum patiatur. Quoties enim aliquid fit ex necessitate eatenus tantùm & faciendum & permittendum est quatenus necesse est, Præter id quod illi etiam quibus aliquod ius competit aut seruitutis aut aliud simile, non nisi cum moderatione quadam & ciuiliter eo iure vti possunt, ac quàm minimo fieri possit rei & vicini detrimento *l. si cui simpliciter 9. sup.de serui.l.habitatores 27.inf.locat.l.1.§.1.* vbi diximus *sup.si vsusfr.petat.* Semper enim plus præstat quàm debeat qui nihil debet quantulumcunque illud sit quod præstat *l.tutori 20.C.de neg.gest.*

1 ¶Senatusconsulto cauetur, ne vsus sepulchrorum permutationibus polluatur: id est, ne sepulchrum aliæ conuersationis vsum accipiat *.

Ad §.1. Senatusconsulto.

Ratio dubitandi. Prætor in Edicto de quo Vlp. in *l.3. in princip.inf de sepulchr. violat.* non alios coercet ac punit pœna pecuniaria, quàm qui in ædificio habitauerint, ædificiumve aliud quàm quod sepulchri causa factum est habuerint. Non ergo alios qui sepulchrorum vsum commutauerint in alios vsus. Hoc enim est quod significare videtur Vlpianus ea dictione *permutationibus* non autem vt quidam putant de contractu permutationis sensit, quasi non magis sepulchrum permutari possit quàm aut vendi, aut obligari *l.5. C.hoc tit.* aut legari quamuis ius inferendi in sepulchrum legari possit manente sepulchro eius cuius erat *l. monumenta 14. C.de legat.* Nec enim Senatusconsulto vllo fuit opus vt permutationes sepulchrorum prohiberentur: non magis quàm vt venditiones & pignorationes, cùm ratio illa iuris sufficeret quod sepulchra diuini iuris sunt non humani, & consequenter sunt extra omne hominum commercium. Neque verò de sepulchris ipsis Senatusconsultum locutum est sed tantùm de vsu sepulchrorum permutationibus non polluendo.

Dec. Non solùm sepulchra ipsa religiosa sunt, sed etiam sepulchrorum vsus qui non nisi ad mortuorum corpora recipienda, humanda & contegenda comparatus est. Imò vsus ille adeò religiosus est, vt non alia ratione quàm propter vsum illum fiat sepulchrum ipsum religiosum. Ob eam igitur causam meritò cautum est Senatusconsulto, ne sepulchrorum vsus permutationibus polluatur: Idque cauendum fuit quasi non sufficiente iuris ratione, quæ ad sepulchra magis quàm ad vsum sepulchrorum pertinere videbatur. Etsi enim vsus quoque sepulchrorum religiosus esse debet, plerisque tamen religiosus non est quibus nihil tam sacrum & sanctum est, quod non polluant malo & profano vsu. Adeò habent illi omnia in promiscuo vsu. Et quoniam vsus in facto magis quàm in iure consistit, translatio autem dominij vel vinculum pignoris iuris est non facti, ideò ratio iuris quæ sufficit ne sepulchrum ipsum alienari aut obligari possit, non sufficit tamen ad impediendum sepulchri profanum vsum qui nec aliter quàm metu pœnæ impediri potest. Fuit ergo hoc Senatusconsultum necessarium, itémque edictum Prætoris De sepulchro violato aduersus istos sepulchrorum profanatores & violatores.

a *Id est ne sepulchrum alia conuersationis vsum accipiat.* Hæc verò verba sunt, de quorum sensu non sine causa interpretes dubitant. Fatentur autem ferè omnes corruptam esse dictionem *alia* & pro ea legunt *aliena* aut *alius* pro alterius, quomodo habet vulgata editio. Et hoc supposito locum hunc sic interpretantur vt sensus sit non debere sepulchri vsum alium esse quàm in quem comparatus est, quomodo & nos iam interpretati sumus. Idque Accursius noster satis docet, cùm in hanc rem adfert id quod scriptum est in *d.l.3.§.si quis in sepulchro inf.de sepulchr.violat.* Si quis in sepulchro habitauerit, aut ædificium habuerit, contra eum agendi ei, qui velit potestatem esse, & pœnam ducentorum aureorum à Prætore in eum constitutam esse, *dict. leg.3.in princip.* Sed quamuis admittam esse hanc Vlpiani & senatusconsulti sententiam non tamen video quomodo ea commune habeant verba illa *aliena* aut *alterius conuersationis*: quasi verò sepulchrorum vsus in aliqua conuersatione consistat, vltra quam non possit ad aliam porrigi conuersationem: Quod ridiculum esset dicere. Itaque mallem retinere *alia*, sed ita legere pro *alea*, quomodo veteres loqui solitos Cuiacius in Paulum ad Edictum sub Tit. De aleator. obseruauit. Credibile namque est aleatores istus vt ab Ædilibus sibi cauerent quorum propria erat hæc inquisitio nec in abstrusioribus propinis satis tutos se putarent, ad sepulchra confugere solitos fuisse, vt in iis securiores aleam luderent, & delitescerent. Et quia non sine aliqua conuersatione lusus vllus est, præsertim aleæ (facilè siquidem omnes vnius etiam ciuitatis aleatores in locum vnum conueniunt vt communis periculi societate communem metum solentur.) benè Vlpianus hæc coniunxit *alea conuersationis* aut, si durius hoc videatur, *alea, & conuersationis*, quo nomine significatur etiam habitatio, aut ædificatio facta in sepulchro: quæ scilicet non potest esse sine conuersatione: Quam lectionem & interpretationem si sequamur, dicendum erit verba illa *id est* non tam præcisæ & adæquatæ explicationis quàm exempli gratia subiuncta fuisse pro *velut*, vt in *l.pen.§.vlt.de extraord.cognit.* Est enim generalius nomen *permutationis* quo Senatusconsultum vsum est, & quo significari puto genus omne commerciorum, quę & à permutationibus cœperunt *l.1.inf. de contr.empt.* & hodie quoque vix sine aliqua permutationis specie fiunt. Sic enim & lex duodecim tabularum venditionis nomine aliquando vsa est, vt alienationem omnem complecteretur *l. statuliberi à cæteris 29.§.1.paullò ante fin.inf.de statulib.* Et lusus quilibet sed maximè aleæ quid aliud quàm pecuniarum aut aliarum rerum continua permutatio est? Si cui tamen hæc nostra siue emendatio siue potiùs lectio & explicatio minùs arridebit, liberum ei esto dissentire, dum meliorem excogitet.

2 ¶ Prætor ait: *Quod funeris causa sumptus factus erit: eius reciperandi nomine, in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.*

Ad §.2. Prætor ait.

Dictum est hucusque de prima tantùm parte Tituli, quæ est De religiosis. Hinc tractare incipit Vlpianus de secunda quę est De sumptibus funerum, id est De actione funeraria, & vt vir doctissimus Iacobus Cuiacius aliquando loquitur funerali. Incipit autem vt par fuit à verbis edicti quibus Prætor promittit se daturum iudicium & actionem sumptus recuperandi gratia ei qui aliquid in funus impenderit aduersus eum ad quem ea res pertinebit, id est cuius oneri sumptus funeris ex ratione iuris esse debebit.

Ratio dubitandi. Nemo alienos mortuos cogitur sepelire nec in eam rem aliquid impendere. Proinde sibi imputare debet quisquis impendit, vt nec improbabiliter dici possit videri eum huiusmodi impensam donasse *l.si seruus seruum 27. §.si oliuam sup.ad leg. Aquil.l.adeò 7.§.ex diuerso vers.certè inf.de acqu.rer.domin.* Cùm donari videatur id quod nullo iure cogente conceditur, vt habet iuris regula *l.donari 81.de reg.iur.l.donari 29.inf.de donat.* Non igitur debet habere repetitionem. Multò minùs si pietatis causa id à se factum dicat, quia quod pietatis causa datum est, nunquam repetitur *l.Nesennius 34. de neg.gest.l.qua pater 50.supr. Famil. ercisc.l.cùm n 32.§. mulier.inf.de condict.indeb.*

Dec. Hoc edictum ex iustissima causa propositum fuit vt qui alium funerauit quem funerare non cogebatur, id reperat, & persequatur quod impendit. Fuerunt enim hac proposita actione inuitandi homines ad impensam funeris faciendam ne insepulta iacerent corpora: Quemadmodum & actionem negotiorum gestorum proposuit Prætor vt inuitarentur amici ad absentis gerenda vtiliter negotia quæ alioqui facilè desererentur *l.1. sup. de negot.gest.* Est enim actioni negotiorum gestorum proxima & simillima hæc actio funeraria, Nisi quòd fauorabilior hæc esse creditur, & pleniores interdum habere præstationes, Puta si is cui à defuncto mandatum est eum funeraret, aut monumentum ei extruxerit, vt in *l.si verò non remunerādi 12.§.vlt.inf. mandat.* inuito etiam ac prohibente herede *l.etsi quis 14.§.idem Labeo ait 13.inf.hoc tit.* De suo enim expedit mortuum quemque funerari nō de altero, vt ibidem scriptum est & in hoc §. Et quàuis negari non possit quin aliqua versetur pietatis causam sepeliendis mortuis, attamè non tam pietatis, quàm necessitatis causa id fieri intelligitur, Alioqui non daretur repetitio *d.§.idem Labeo ait, vers.quid enim.* Ideòque qui pietatis gratia id se facere testantur, pleniùs protestari debent, & addere *& animo repetendi*, vt habeant repetitionem *dict.l.etsi quis §.plerique 8.in fi.* Nascitur autem hæc actio vt videtur ex quasi contractu, non minùs quàm actio negotiorum gestorum *l.5.in princ.inf.de oblig. & actio. & Instit. de oblig.qua ex quas. contr. nasc.§.1.* sed ita tamen vt qui funerat non tam cum herede qui fortassis adhuc nullus est (plerunque enim defuncti antè sepeliuntur quàm aliquis eis heres existat *l.4. sup.*) quàm cum defuncto ipso contrahere intelligatur *l.1.*vbi diximus *sup.eo.tit.*

3 ¶ Hoc edictum iusta ex causa propositum est: vt qui funerauit, persequatur id quod impendit: sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent, néve quis de alieno funeretur.

Ad §.3.

Ad §.3 Hoc edictum.

Ratio dubitandi & decidendi eadem iam explicata est in §. præcedente. Hic enim rationem edicti reddere Vlpianus voluit, vt solet ne quis hoc edictum aut superuacuum, aut iniquum esse crederet. Superuacuum quasi sufficiente actione negotiorum gestorum. Iniquum autem, si eius pecuniæ, quæ pietatis causa in funus impensa est, aliqua detur repetitio. Sed his omnibus iam satisfecimus proximè & ad *d.l.1. sup. hoc tit.*

4 ¶Funus autem facere oportet, quem decedens elegit, sed si non ille fecit, nullam esse huius rei pœnam [a] nisi aliquid pro hoc emolumentum [b] ei relictum est: tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur. sin autem de hac re [c] defunctus non cauit, nec vlli delegatum id munus est: scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos, quousque suo ordine, quo succedunt.

Ad §.4 Funus autem.

Ratio dubitandi. Qui non est honoratus à testatore, onerari ab eo non potest *l. si sic 6. in fin. de leg. 3. l. ab eo 9. C. de fideic.* Ergo nec recipiendum est vt is funus facere cogatur quem testator elegerit, si nihil ei hoc minimè dederit.

Dec. Credendus est testator ei quem elegit mandasse vt de pecunia ipsius testatoris id faceret non de sua, Nisi hoc ipsum expressim mandauerit vt de sua faceret, Ideoque potest agere actione mandati sed non aduersus eum ipsum qui mandauit vt pecuniam ipse det ad faciendum quomodo si monumentum extrui mandasset vt in *l. si verò remunerandi 12. §. vlt. inf. mandat.* saltem aduersus heredem; quem nemo dubitat teneri ex mandato defuncti. Cæterùm liberum ei est mandatum vel suscipere, vel recusare, vt in alio quolibet mandato euenit *l. si mandauero 22. §. vlt. eod. tit.* Nulla igitur ei fit iniuria cui funeris faciendi onus imponitur, etiamsi nihil ipsi eo nomine relinquatur, sed honor potiùs. Cùm non soleant testatores curam hanc aliis iniungere, quàm iis quorum & pietatem & voluntatem perspectissimam habeant, præsertim si quod plerunque fieri solet, nulla certa quantitate taxata, & modus impensæ & cætera omnia quæ ad funus honestè ac moderatè faciendum necessaria sunt, amici fidei & arbitrio committantur.

a *Nullam esse huius rei pœnam.* Ratio dubitandi. Nemini permittendum est supremas defunctorum voluntates, præsertim tam iustas infringere aut violare *l. nulli 28. in princ. C. de Episcop. & cleric. & circumuenire l. si tui legatum 92. inf. de condic. & demonstr.* & probo cuique viro defuncti voluntatem nouisse pro iure esse debet, vt Plinius in Epistolis scribit: Alioqui impietas etiam est defuncti voluntatem non exequi, si possis *l. in testamento 38. de fideic. libert. l. vlt. iunct. Auth. hoc amplius C de fideic.*

Dec. Nemo inuitus aut mandatum suscipere, aut defuncti voluntatem quæcunque illa sit agnoscere cogitur *d.l. si mandauero 22. §. vlt. inf. mandat.* Cùm erit legatum ei aliquid esset hoc nomine, legatum tamen repudiare posset vt à legati onere se liberaret *l. 4. & 5. de legat. 2.* Impunitum ergo esse debet si is cui testator funeris curam mandauit nullo præterea ei legato id facere neglexerit.

b *Nisi aliquid pro hoc emolumentum.* Ratio dubitandi, Cùm legatum alicui relictum est sub onere aliquid faciendi, & is legatum agnouit, non potest onus recusare licèt plus sit in onere quàm in legato, nec audiendus est si legato percepto velit compensare, nisi quantitas cum quantitate conferatur, vt Papinianus loquitur in *l. Imperator 70. §. 1. de legat. 2. l. sed duobus 5. §. 1 eod.* quia sibi debebit imputare, cur tanti habuerit percipere legatum. Ergo cùm aliquid emolumenti pro faciendis sumptibus funeris alicui relictum est si legatum agnouerit, omnimodo cogendus est funus facere, nec audiendus est etiamsi malit legatum omittere.

Dec. Nemo inuitus legatum agnoscere cogitur, ne quidem lucrosum. Multò minùs id quod onerosum est, dum ne diuidat voluntatem, & legatum quidem velit percipere, onus autem legati recusare. Hoc enim ei non liceret *d.l. 5. de leg. 2. iunct. l. si tibi homo 86. §. cùm seruus. iunct. l. seruum filij 44. §. 1. de legat. 1.* Cæterùm si onus legato aut fideicommisso insertum subire nolit, non aliam pœnam pati debet, quàm vt legati vel fideicommissi emolumento priuetur *l. pen. C. de legat.* Est autem hic locus intelligendus de eo qui non paruit defuncti voluntati & funus facere neglexit, antequàm de percipiendo legato tractaretur, de quo nec tractari potest ante aditam hereditatem, nec tam citò post eam aditam cùm tamen statim & primo die mortui sint funerandi *d.l. 4. sup. hoc tit.*

c *Sin autem de hac re.* Ratio dubitandi. Heres nullus est siue ex testamento siue ab intestato ante aditam hereditatem. Aditio enim illa est quæ facit heredem *l. filiusfamilias 18. inf. ad leg. falc. l. si patroni 55. §. qui fideicommissam inf. ad SC. Trebell.* Atqui funerandi sunt plerunque defuncti priusquàm heres quisquam eis existat *d.l. 4. sup. l. etsi quis 14. §. plerumq. inf. hoc tit.* Nō ergo heredis hoc onus esse debet, sed patrimonij, & hereditatis, ideòque dicitur onus hereditarium in *l. 1.* vbi diximus *sup. eod.*

Dec. Nemo dubitat quin sit hoc onus patrimonij à defuncto relicti, siue patrimonium illud hereditatis nomine censeatur, siue dotis, siue peculij, siue bonorum possessionis, *l. funeris 15. cum sequent. inf. hoc tit.* Ergo ad eos spectare debet ad quos patrimonium peruenturum est. Ergo ad heredes siue testamentarios, siue legitimos, Sed ad testamentarios primùm, quia testati causa semper præcedit causam intestati *l. quandiu 39. de acq. hered.* Nisi in casu *l. si quis ita 82. de her. inst.* Deinde ad legitimos, post legitimos ad cognatos qui iure Prætorio, & ex mera tantū Prætoris indulgentia admittebantur & post agnatos *l. 1. vnd. cog.* hodie verò etiam cum agnatis & iure ciuili post Iustiniani constitutionem in *Nouel. 118 de hered. ab intest. venient.* ex ordine tamen & secundum gradus prærogatiuam. Nec enim omnes agnati & cognati simul aut admittebantur olim, aut hodie admittuntur ad successionem, sed ex ordine ita vt proximiores semper remotioribus præferantur, nisi quando ius repræsentationis locum habeat: Ergo & ex eodem ordine funeris faciendi cura &

impensa ad eos pertinebit. Idque est quod Vlp. hîc ait, *suo ordine quo succedunt*. Planè si illi ad quos hereditas aut bonorum possessio vel ex testamento vel ab intestato pertinet, agnoscere successionem nolint, nec funeris onus ad eos pertinebit. Sed prudentiùs tamen & religiosiùs facient si non eo minùs funerent defunctum, habita priùs protestatione id se facere pietatis quidem causa, sed animo repetendi, Ne qua possit incurrere dubitatio an pro herede gerere aut immiscere se voluisse, & repetitionis spem omnem abiecisse videantur *d. l. 14. §. plerique inf.*

5 ¶Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus, vel dignitate defuncti.

Ad §. 5. Sumptus funeris.

Ratio dubitandi. Sumptibus parcendum semper est quantum fieri potest, præsertim superuacuis, sed maximè sumptibus funerum, Ne iniuria fiat creditoribus aut legatariis quibus omnibus impensa funeris præferri solet cùm bona soluendo non sunt *l. pen. inf.* Item ne quis obiiciat quod olim quidam de huiusmodi sumptibus in funera & monumenta faciendis dicere solebat, *Scilicet hoc deerat curiositati humanæ vt eorum quoquè cura susciperetur quæ nec viuis nec mortuis essent profutura.* Et sanè sunt ista solatia viuorum potiùs quàm mortuorum, nisi quæ in preces pro defuncti anima ex sanctissimo religionis nostræ instituto fundendas & in eleemosynas impenduntur. Et verò cùm sepultura non nisi ad humandum corpus fiat & in memoriam humanæ condicionis *l. quidam 27. de condic. instit. ne corpora insepulta iaceant l. ne corpora 38. l. funus personæ 43. inf. & passim hoc tit.* ita vt nec locus sepulturæ destinatus fiat religiosus nisi quatenus humatum corpus est *l. 2. §. sepulchrum sup.* Quemadmodum par & æqualis omnium hominum condicio in eo est quod & mori eos necesse est & sepeliri conueniens est, quidni modus idem sumptuum funeris præscribitur ex sola necessitate non ex defuncti facultatibus & dignitate æstimandus? Præbet namque ea res plerisque testatoribus & heredibus materiam profundendæ ac prodigendę in funera ista ingentis pecuniæ, dum & facultates & dignitatem defuncti apud homines hoc modo posse augeri putant, metientes illas ex sumptibus funeris, quos è contrario, vt hæc lex ait, ex defuncti facultatibus & dignitate metiri oporteret.

Dec. Nihil est quod tam homini debeatur, quàm honor sepulturæ: Præsertim apud Christianos quibus licet animæ præcipua cura esse debeat, aliqua tamen etiam mortui corporis esse debet, quod non tantum animæ sed etiam Spiritus sancti tabernaculum fuit, & quod tandem aliquando cum anima resurrecturum esse scimus, & credimus. In eoque reprehendendi certè sunt Christiani plerique, qui licet pleni honoribus & facultatibus prohibent honores istos & sumptus funerum, Tanquam vanitati adscribendum sit, quod nec ipsi ethnici meræ pietati adscripserunt: Pientiores in hoc & religiosiores plerisque hæreticis qui sepulturæ honores tanquam superuacuum quid & Christiana pietate indignum profanumque detestantur. Qua vel vna ratione tantò magis moueri eos omnes oporteret, qui Catholicæ religionis professione censentur ne à sacrosanctæ ecclesiæ antiquis moribus, maiorumque nostrorum piissimis institutis descisceterent, neve ab hæreticis didicisse viderentur minorem sepulturis & funeribus reuerentiam præstare, quàm ab Ethnicis ipsis præstari debere creditum sit, Ne tamen pietatis prætextu, quod sanè fit à plerisque, in immensum ac penè infinitum ea funeris impensa excresceret; Meritò prudentibus placuit adhibendam hac in re, vt in cæteris ferè omnibus moderationem, vt ex dignitate ac facultatibus defuncti totum hoc æstimetur ne quid vltra modum facultatum sine causa consumatur, vt Vlp. loquitur in *d. l. & si quis 14. §. hac actio inf.* Denique adhibito eo semper optimo & æquissimo Comici temperamento, vt ne quid nimis. Cæterùm de consuetudine patrisfamilias quæ alioquin spectanda esset, *l. et qui 54. §. vlt. sup. de hered. petit.* non video quid hîc tractari possit.

6 ¶Prætor, vel magistratus municipalis ad funus sumptus decernere debet, si quidem est pecunia in hereditate: ex pecunia, si non est, distrahere debet ea, quę tempore peritura sunt, quorum retentio onerat hereditatem: si minus, si quid auri argentique fuerit, distrahi, aut pignerari iubebit, vt pecunia expediatur.

Ad §. vlt. Prætor ait.

Ratio dubitandi. Onus funeris pertinet ad heredem siue testamentarium siue legitimum, & siue ciuilis siue honorarius sit successor *§. funeris autem supra.* Ergo heredis ea cura esse debet non Prætoris aut magistratus municipalis.

Dec. Funerantur plerunque defuncti antè aditam hereditatem, siue quòd incertus fortè adhuc sit heres, siue quòd deliberet an velit agnoscere successionem *l. 4. sup. l. & si quis 14. §. plerique inf.* Quo tamen casu non debet fieri mora funeri nec corpus defuncti tamdiu iacere insepultum. Pertinet igitur ad curam Prætoris in vrbe aut Præsidis & magistratuum municipalium in prouinciis, vt interim funus fieri curent *l. ne corpora 38. inf.* Et quia non potest fieri sine sumptu, decernant sumptum faciendum ad funus, Et quidem ex pecunia hereditaria si qua sit in hereditate. Quòd si nulla sit, quęrenda & explicanda est ex distractione alicuius rei hereditariæ, Sed ex iis quæ tempore sint perituræ, multoque facilius ex iis quæ tales sunt vt earum retentio sit oneratura hereditatem: Si minus si quid auri vel argenti facti aut infecti sit in hereditate distrahi aut pignorari iubetur, vel vt subiicitur in *l. seq.* à debitoribus exigi si id fieri facilè possit. Quid enim est obsecro, quod meliùs fieri possit? Nam & idem seruandum est quoties aliquid faciendum occurrit quod nō recipiat moram & dilationem lōgiorem *l. Diuus 7. sup. de hered. petit.* vbi dixi. *l. ait Prætor 7. inf. de iur. delib.* iunge *l. 1. §. diminutio 20. inf. de ventr. in possess. mitt. Auth. hoc ius porrectum. C. de sacr. eccl.* & in corpore

vnde

vnde sumitur. Vnde Accursius probat eum rei gerendæ ordinem esse debere vt magistratus in hac specie à pignoratione incipiat priusquàm procedat ad venditionem. Sed ego non possum probare quia fuerit necessitas pati non potest moram illam viginti dierum, de qua in *d. Auth. hoc ita*. Potest igitur magistratus incipere à venditione: Potest etiam si malit à pignoratione, sed non vt pignus subinde vendat, sed vt quod plerunque fit sub pignore creditorem & pecuniam inueniat: lunge *leg. à Diuo Pio 15. l. in venditione inf. de re iudic.*

13. GAIUS lib. 19. ad Edictum Prouinciale.

VEl à debitoribus, si facilè exigi possit.

Ad l. Vel à debitoribus 13.

Ratio dubitandi. Omnis exactio præsupponit actionem cùm nihil aliud sit quàm effectus actionis aut saltem condemnationis quæ ex actione sequitur. Atqui nemo agere potest sine actione *l. si pupilli 6. §. vlt. sup. de negot. gest. l. quoties 9. §. & generaliter inf. de admin. tutor.* Prætor autem aliusue Magistratus nullam habet actionem qua possit aduersus defuncti debitores experiri. Prætoris enim est in vrbe & Præsidis in prouincia actiones dare non exercere, Non igitur potest Prætor vel alius Magistratus facere vt à debitoribus hereditariis quicquam exigatur ante aditam hereditatem. Nam & ex hac causa curator dari solet ad actiones exercendas si quæ fortè sint tempore perituræ *l. creditore 14. inf. de reb. author. iudic. possid.* Qua curatoris datione nil opus esset si magistratus ipse solutionem exigere à debitoribus posset.

Dec. Actiones non nisi in perfidos & inuitos comparatæ sunt, vt Theophilus scribit initio *Tit. de action. l. inter stipulantem 83. §. 1. de verb. oblig.* Fieri autem facilè potest, vt qui sciat se debere, velit vltrò soluere atque ita contra seipsum quodammodo agere, vt *d. §. & generaliter*, vt soluendo faciat se locupletiorem. Fit enim locupletior qui à debitore liberatur *l. si pupilli 66. in fin. de solut.* Illud duntaxat curare debitorem oportet vt solutione liberationem & securitatem pleniffimam consequatur, consequitur autem quisquis soluit authore & mandante Prætore aliòve magistratu cui mandandi & iubendi ius sit *l. ait Prætor 7. §. 1. vers. permittitur sup. de minor. l. sancimus 25. C. de admin. tutor. l. non videntur data 67. §. 1. de regul. iur.* De his autem debitoribus duntaxat Caium hic loqui ex eo constat, quòd sumptus qui fieri in funus debent iudicij & actionis exercendæ moras pati non possent. Cæterùm non est quod debitor hereditarius vereatur ne quod alij quàm heredi soluerit in causam funeris, malè solutum dici vnquam possit ab herede postea quandocunque adeunte, Cui ad heredis onus sumptus ille pertineat, quoties alij non est onus iniunctum *§. vlt. l. prox. sup.* Nec potest negari, quin hoc modo negotium heredis vtiliter geratur, Adeò vt etiam negotiorum gestorum actione teneri posset si tale esset negotium, quòd viuo eo, cuius nunc alius heres est expediri potuisset *l. 3. §. hæc verba sup. de negot. gest.*

14. VLPIANUS lib. 25. ad Edictum.

ET si quis impediat eum, qui emit, quo minus ei res tradantur: prætorem interuenire oportere, tuerique huiusmodi factum, si quid impediat, quo minùs ei res venditæ tradantur.

Ad l. Et si quis 14.

Ratio dubitandi. Non debet factum Prætoris nocere ignoranti, & inaudito qui nihil ipse fecit. Alioqui eueniret facilè vt decretum Prætoris alij esset captiosum, quod esset iniquum, & contra Prætoris mentem *l. Paulum notat 8. inf. de stipulat. prætor.* Nam & in Principum placitis ac decretis semper intelligitur exceptum ius tertij *l. 2. §. meritò & §. si quis à Principe inf. ne quid in loc. public. l. nec auus 4. C. de emancip. liber. l. de vnoquoque 47. de re iudic.* Ergo si quis impediat eum qui emit rem aliquam hereditariam vt pecunia in funus impenderetur, quominùs emptori res vendita tradatur, non debet omnimodo Prætor factum tueri sed illud potissimùm inspicere, An is qui impedit, habeat ius impediendi.

Dec. Nemo decipi debet sub fide & authoritate Prætoris, ne vnde iura nascuntur, inde iniuriarum nascatur occasio *l. meminerint 6. C. vnde vi l. ait Prætor 7. §. 1. vers. permittitur sup. de minor.* Frustrà autem Prætor venditionem permitteret, adeòque ipse faceret si nõ emptorem & emptionem tueretur, *arg. l. 1. §. 1. inf. Ne vis fiat ei qui in poss. miss. est.* Potissima autem pars obligationis ex parte venditoris in eo consistit vt rem tradat *l. 1. l. ex empto 11. de act. empt.* Hoc enim est implere venditionem, Rem vẽditam tradere *l. si quis alienam 46. eod. tit.* Non ergo pati debet Prætor vt rei quam propter funus distrahi iussit eùm esset hereditaria traditio impediatur. Nec placet restrictio Accursij, vt hæc lex ita locum habeat si traditionem illam velit quis iniustè impedire. Quomodo enim fieri potest vt non sit iniustum impedimentum cùm tractamus de venditione re hereditaria? Si quidem si heres non est is qui impedit, nullo vtique iure id facit, nec potest causam vllam habere prohibendę traditionis, qui rem etiam non traditam non ideò tamen esset habiturus: Satisque ei esse debet, quòd si in ea re ins aliquod habeat puta pignoris aut aliud quodlibet, non ideò ius suum sit amissurus, vt proinde nihil eius interesse videatur, dũ ei sua ci possessio auferatur. Loquimur enim de distracta re hereditaria quæ à defuncto possidebatur mortis tempore, & post eius mortem à nullo adhuc possidetur. Quòd si heres qui post distractam rem hereditariam adijt, ille sit,

qui traditionem rei venditæ impedire velit, tanquam qui adhuc sit eius dominus (& sanè vix est vt de alio impediente quàm de herede Vlpianus hic sentiat) nec ipse nisi improbè traditionem impedire potest, cùm Prætoris factum, ipsius quodammodo heredis factum fuerit, vt aliàs plerumque solemus dicere factum iudicis esse factum partis *l. 1. C si in caus. iudic. l. si ob causam 13. C. de euict.* Ad heredem enim onus illud pertinebat. Indéque est quod dicitur in §. *sed etsi res inf.* Dominium habere illum etiam qui auctore iudice comparauit, secuta scilicet traditione, vt quod à Prætore vel Prætoris iussu traditum est perinde habeatur acsi ab herede eodémque iam domino traditum esset. Nec tãtùm emptorem qui iam per traditionem possessor factus est tueri Prætor debet, vt non patiatur ei rem auferri quia non tantùm bonæ fidei possessor est sed etiam dominus *d. §. sed & si res.* Verùm etiam priùs quàm traditio ei facta sit, vt fieri eam iubeat, possitque emptor non modò exceptionem habere rei venditæ & traditæ vt is qui à non domino posteà facto domino comparauit *l. 1. & tot. tit. de except. rei vendit. & tradit.* sed & dominium sibi acquirere saltem bonitarium, vt dicemus ad *d. §. sed etsi res*, vbi agitur de distractione rei hereditariæ quidem sed legatæ, & cuius controuersiam emptori faciat non heres, sed legatarius ad quem tamẽ nemo dixerit onus sumptumque funeris pertinere debere. Noli autem cum Accursio dicere, Summariam causæ cognitionem in hoc casu adhibendam esse ex *l. à Diuo Pio 15. §. si super rebus de re iudic.* nec enim huius cognitionis quantumuis summariæ moram pati potest necessitas faciendi funeris quam sanè multò facilius patitur executio rei iudicatæ, de qua in *d. §. si super rebus.* Neque propter ius legatarij etiam cui res legata sit, inhibẽdam esse distractionem constat ex *d. §. sed etsi res inf.* dummodò constet rem quæ distrahitur esse hereditariam.

1 ¶ Si colonus, vel inquilinus sit is, qui mortuus est: nec sit, vnde funeretur: ex inuectis illatis eum funerandum, Pomponius scribit: &, si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri.

Ad §. 1. Si colonus.

Ratio dubitandi. Inuecta & illata per inquilinum in prædium conductum tacitè obligata sunt pro pensione, adeoque pro deteriorationе si qua in conducto prædio per inquilini culpam contigerit *l. 2. 3. & 4. inf. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr. l. vlt. C. eod.* Inuecta verò & illata per colonum in prædium rusticum ita demùm si expressè sint obligata. Ergo tametsi nihil aliud sit ex quo inquilinus vel colonus mortuus funeretur, dicendum est non posse illum ex inuectis & illatis funerari, ne locatori eidémque domino præiudicium fiat, si pensio ei non sit soluta.

Dec. Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, & omne etiam creditum solet præcedere cùm bona soluendo non sunt *l. penult. inf.* etiamsi creditor illud non modò chirographarium sit sed etiam habeat priuilegium taciti pignoris. Neque enim mens illa est legislatoris tacitum pignus concedentis, vt velit insepultum ideò manere corpus conductoris siue colonus sit, siue inquilinus, ac proinde siue tacita tantùm hypotheca sit, siue etiam expressa. Nã & ex generali obligatione bonorum omnium quantumlibet expressa sunt excipienda quædam quæ verisimile est non fuisse debitorem specialiter obligaturum *l. obligatione 6. inf. de pignor.* Ita & in obligatione expressa certæ alicuius rei, de qua dubitari non possit quin obligare illam dominus & voluerit & potuerit, quidam casus ciuili interpretatione excepti intelligi debent, quasi eo acto vt nullum effectũ habere in iis casibus pignus possit, arg. *l. si cui sup. de seruit.* Quale illud est de quo nunc tractamus vt causa funeris semper excepta videatur: Nam cùm de suo quemque funerari oporteat, vt scriptum est in §. *seq.* certum est pignus manere in bonis & dominio debitoris *l. pignus 9. C. de pignor. act.* Quòd si Papiniano datum aliàs visum est libertates intercidere damni pecuniarij causa in specie *l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de legat. 2.* quantò durius esset impediri funus prætextu damni quod erit sensurus creditor pignoratitius ex distractione pignoris quantumlibet expressi? An non ita fieret iniuria non modò cadaueri, sed etiam naturæ & humanæ conditioni? *l. quidam in suo 27. inf. de condic. instit.* Satis ergo debebit esse locatori eidémque creditori pignoratitio vt si quid superfluum sit deducto eo quod ad sumptum funeris omnino necessarium fuerit, hoc pro debita pensione retinere possit.

2 ¶ Sed & si res legatæ sint à testatore de cuius funere agitur: nec sit, vnde funeretur: ad eas quoque manumittere oportet. satius est enim, de suo testatorem funerari, quàm aliquos legata consequi. Sed, si adita fuerit [a] postea hereditas, res emptori auferenda non est. quia bonæ fidei possessor est, & dominium habet, qui auctore iudice comparauit. legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnis ab herede præstari [b]. quòd si non potest: melius est, legatarium non lucrari, quàm emptorem damno adfici.

Ad §. 2. Sed & si res.

Ratio dubitandi. Legatum tam citò facit legatarij rem legatam quàm hereditas heredis res non legatas, si modò legatũ sit per vindicationem, quomodo pleraque olim legebantur res quæ erant testatoris *l. legatum 80. de legat. 2.* trãsitq; dominium recta via à testatore in legatarium *l. à Titio 64. inf. de furt.* Vt proinde res quæ ita legata est nõ magis hereditaria fuisse vnquam videatur quàm heredis *d. l. legatum.* Ergo tametsi nihil aliud sit vnde defunctus funeretur, ad res tamẽ legatas manus mittere Prætorem

torem non oportet. De rebus enim hereditariis funerari defunctus debet non de alienis, id est legatis *l. si quis sepulchrum 12. §. ult. sup.*

Dec. Res legatæ non aliter fieri possunt legatarij quàm si fuerint testatoris, & quidem iure Quiritium & vtroque tempore testamenti & mortis, vt Vlpianus, & Caius in *Instit.* scribunt *Tit. de legat.* Cùm ergo fuerint testatoris, licet numquam fuerint hereditariæ, an non multò sanctius & iustius est de suo testatorem funerari, quàm aliquos legata consequi? Præsertim cùm legatarij nullum ius certum sit ante aditam hereditatem. Est enim necessaria semper aditio tanquam sine qua nec legatum valere posset nec aliud quicquam testamento datum *l. si nemo 9. inf. de testam. tutel.* Ideoque benè subiungit Vlpianus *sed si adita fuerit postea hereditas*, quoniam si adita non esset legatum intercideret, nec de iure legatarij tractari quicquam posset.

a *Sed si adita fuerit.* Ratio dubitandi. Aditio hereditatis facit vt continuetur tempus aditæ hereditatis cum morte defuncti *l. heres quandocunque 47. de acquir. hered. l. omnis hereditas 138. de regul. iur.* iunct. *l. omnia ferè 193. eod.* Atqui quo instanti aditio facit hereditarias res heredis, etiam legatum potestate legis 12. tabul. facit rem legatam legatarij *d. l. legatum 80 de leg. 2.* Ergo si quis interim emerit hanc rem legatam, videtur emisse rem legatarij, non hereditariam; Proinde permittendum est legatario vt eam rem euincat & auferat emptori, tanquam cuius dominium habere cœperit ex instanti mortis, quod postea inuito ei & ignoranti auferri non potuerit *l. si ego 9. §. si res inf. de iur. dot. vulg. l. id quod nostrum 11. de reg. iur.* Tantoque fortior hæc ratio est in legatario, quòd ad eum neque cura neque sumptus funeris pertinet, sed ad heredem, cùm non sit ille iuris successor, quomodo heres est *d. l. si quis 12. §. funus autem supr. hoc tit.* iunct. *l. ult. C. de hered. act. l. quadam 9. §. nihil interest. supr. de edend.* Nec ad rem pertinere videtur ea ratio quam Vlpianus hîc adfert, vt probet rem legatam distractamque non esse aufferendam emptori; quòd bonæ fidei possessor sit. Quis enim nescit potentius esse ius dominij quàm bonæ fidei possessoris? *Tot. tit. de rei vindic.* & ius proprietatis ac dominij quàm possessionis? Quod verò addit Vlpianus etiam dominium habere eum qui authore iudice comparauit; multò minùs ad rem facit, Cùm legatarius dominium rei legatæ habeat à lege quæ dominium etiam quiritiarium transferre potest, quia sit vnus ex modis sex acquirendi iure Quiritium dominij & quidem præcipuus apud Vlp. *Tit. 19. de acquisit. rer.* Emptor autem qui emit à Prætore vel ab alio vendente iussu Prætoris non potest fieri dominus saltem quiritiarius, ne quidem secuta traditione, quia neque dominus Prætor est, quomodo lex dicitur domina & regina personarum omnium quæ sunt in republica *l. 1. & 2. supr. de legib. l. deprecatio 9. infr. ad leg. Rhod. de iact.* Neque dominum magis facere potuit Prætor quàm legem *§. quos autem Inst. de bon. poss.* iunct. *§. ult Instit. de hered. qualit. & differ.*

Dec. Qui emit Prætore authore non tantùm iustè possidet, ac bonæ fidei possessor est *l. iustè possidet 11. de acq. poss.* ac multò certiùs quàm qui emit à domino *l. si quis rem sciret 8. infr. pro emptor.* iunct. *l. si ab eo 12. de vsucap.* sed etiam fit dominus secuta traditione, non quidem Quiritiarius, quia dominium quiritiarium transferre Prætor certè non potuit, vt modò diximus, sed tamen bonitarius quia incipit habere rem in bonis, vt in *l. 5. §. ult. supr. si ex noxal. caus. agat. leg. electio 26. §. ultim. supr. de noxal. action. leg. si finita 15. §. Iulianus de damn. infect. l. 1. de bon. possess.* Et consequenter debet hic emptor habere & exceptionem ad rem retinendam & actionem ad eius possessionem si amissa fuerit, recuperandam *l. rem in bonis 52. de acqu. rer. domin.* Nec quod ei res sit cum legatario, qui dominium habet quiritiarium, duriorem eius conditionem facere debet, quia in concursu duorum dominorum bonitarij, & quiritarij, semper melior est cõditio bonitarij, vt Vlp. disertè scribit *in dict. Tit. de acquisit. rer.* & constat ex *l. dote 9. C. de rei vindic.* iunct. *l. quamuis 75. infr. de iur. dot.* Excepto casu *d. l. electio 26. §. ult. supr. de nox. act. & d. l. 2. §. ult. supr. si ex nox. caus. agat.* Hoc tamen temperamentum sequendum erit, vt legatarium qui re legata caritūrus est non tamen commodo & emolumento legati carere oporteat, sed indemnitatem ei ab herede præstari, si fieri id possit, hoc est si heres sit soluendo siue ex bonis hereditariis siue ex propriis, cùm Vlpiani temporibus inauditum adhuc esset beneficium inuentarij quod Iustinianus primus induxit in *l. ult. C. de iur. delib.* Quid ergo si ea sit egestas heredis, vt vel nullam vel minus plenam indemnitatem possit præstare legatario? Melius est legatarium non lucrari, quàm emptorem damno adfici. Certat enim legatarius de lucro captando, Emptor autem de damno vitando *d. l. ult. §. sin verò creditores C. de iur. delib.* Sed & emptor creditur habere causam sui tituli non modò fauorabiliorem, sed etiam antiquiorem quia cùm defuncto ipso contraxisse intelligitur *l. 1. supr.* legata verò non incipiunt nisi ab herede licèt hereditariarum actionum loco habeatur *l. hereditariarum 40. infr. de oblig. & action.*

b *Si potest indemnis ab herede præstari.* Ratio dubitandi. Heres non debet legatario indemnitatem ex legato sed rem ipsam legatam. Multum enim distat res ipsa à rei æstimatione *l. si alij 45. §. 1. sup. de vsufr. & habit.* Atquin is qui rem debet si eam præstare non possit, neque per eum stet quominùs præstet, ne quidem æstimationem præstare cogitur *l. si mulier 59. §. ex asse inf. de iur. dot.* Hîc autem non stat per heredem, quominùs heres rem ipsam legatam præstare legatario possit, sed per Prætorem, qui rem illam ob sumptum funeris vendidit, aut vendi iussit. Non ergo cogendus est heres vt indemnitatem vllam in pecunia præstet legatario.

Dec. Non potest heres improbare factum Prætoris qui vendendo aut iubendo vendi rem legatam pro impensa funeris, ipsius heredis negotium quodammodo gessit, ad quem cura & sumptus funeris spectabat *d. l. si quis 12. § funus sup.* iunct. *l. cùm in fundo 78. §. quòd si mulier De iur. dot.* Nam si heres rem legatam legatario præstitisset, pecuniam aliunde ad sumptum funeris conquirere debuisset, nec proinde potest euitare quominùs & re legata careat & ea pecunia quam in funus impendi necesse fuit *l. ult. infr. l. qui erat 49. fam. ercisc.*

3 ¶ Si cui funeris sui curam testator mandauerit: & ille accepta pecunia, funus

non duxerit: de dolo actionem in eum dandam, Mela scripsit. credo tamen, & extraordinem eum à prætore compellendum funus ducere.

Ad §. 3. Si cui funeris.

Ratio dubitandi. Non datur actio de dolo quoties alia competit *l. 1. & 2. 3. 4. & 5. & pass. sup. de dolo.* Atqui in proposita specie cùm alicui testator funeris sui curam mandauit, & ille mandatum suscepit accepta pecunia, si posteà funus non duxerit, tenetur actione mandati ad præstandam heredi indemnitatem *l. si verò non remunerandi 12. §. vlt. inf. mandat.* Ergo non est contra eum danda de dolo actio.

Dec. Non potest in hac specie locus esse actioni mandati, quia licèt mandatum interuenisse & susceptum fuisse proponatur, interuenit tamen de ea re quæ viuo mandante fieri nullomodo potuit. Nec enim viuus quisquam sepelitur, aut saltem tanquam viuus, Ne mihi eos obiicias qui sepulti viui fuerunt, & in sepulchro miserè exanimati siue per incuriam & negligentiam sepelientium, siue quod satius est per eorum crudelitatem. Ergo cessante actione mandati quæ sola in hoc casu competere posse videbatur, necessaria est De dolo actio. Longeq; alia species est de qua in *d. l. si verò non remunerandi §. vlt.* vbi mandatum susceptum erat non de sepeliendo mandante, sed de extruendo ei monumento: quod viuo mandante fieri potuit: & ita benè Accursius. Nam quæ aliæ ab eo adferuntur responsiones & cõciliationes absurdæ sunt & inanes.

4 ¶Funeris causa sumptus factus videtur is demum, qui ideò fuit, vt funus ducatur, sine quo funus duci non possit. vtputa si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus infertur: funeris causa videri impensum, Labeo scribit: quia necessariò locus paratur, in quo corpus conditur.

Ad §. 4. Funeris causa.

Ratio dubitandi. Funeris sumptus generaliùs accipitur quicquid corporis causa etiam vnguentorum nomine erogatum est *l. funeris 37. infr. hoc tit.* Ergo non ille tantùm sumptus, qui ideò factus est vt funus ducatur.

Dec. Propriè funeris causa is sumptus fieri dicitur, qui fit ideò vt funus ducatur, & sine quo funus duci non potest: vtputa si quid impensum sit in illationem mortui. Sed tamen generaliùs etiam funeris causa factum dicitur quicquid propter corpus funerandum impensum est, vt in *d. l. funeris*, Maximè verò si quid erogatum fuerit in locum in quem mortuus infertur, quia necessariò locus parandus est in quo corpus condatur. Alioqui nec funus duci posset si non esset vbi mortuus sepeliretur. Funus enim ad locum illum ducitur.

5 ¶Impensa peregrè mortui, quæ facta est vt corpus perferretur funeris est, licet nondum homo funeretur. Idemque, & si quid *a* ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum, factum sit: vel si quid in marmor, vel vestem collocandam.

Ad §. 5. Impensa.

Ratio dubitandi. Funeris causa is demùm sumptus factus videtur, qui ideò factus est, vt quis funeretur & vt funus ducatur, sicuti proximè diximus. Atqui impensa quæ fit vt corpus hominis peregrè mortui perferatur in ciuitatem, non fit in eam causam: quia nondum homo funeratur. Ergo non pertinet ad sumptum funeris. Dec. Non potest funerari mortuus in eo loco, in quo funerandus est nisi priùs perferatur à loco vbi peregrè mortuus est in eam prouinciam in qua sepeliendus est. Ergo in necessarium antecedens hic quoque sumptus funeris causa factus intelligitur.

a Idemq; & si quid. Ratio dubitandi. Aliud est impendere vt funus ducatur, Aliud verò ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum, aut vt alij legunt *commundandum* vel si quid in marmor sepulchri, vel ad vestem collocandam, aut quod malo *elocandam*. Ergo non possunt ista ad sumptum & impensam funeris pertinere. Dec. Vix vnquam euenit vt sepeliatur corpus & funeretur, quin & corpus interim custodiendum sit & commẽdandum, id est deponendum alicubi quoad iustæ sepulturæ tradatur, vt benè Cuiacius explicat *lib. 2. obser. c. 17.* Quid enim aliud est *commendare* quàm deponere? *l. Lucius 24. inf. depos.* Nam vt corpus mortuum commendetur rarius est, & à ditioribus ac politioribus duntaxat vsurpatum.

6 ¶Non autem oportet ornamenta cum corporibus condi: nec quid aliud huiusmodi, quod homines simpliciores faciunt.

Ad §. 6. Non autem oportet.

Ratio dubitandi. Auaritiæ proximum esse videtur, si heres qui defuncti totum patrimonium ex ipsius liberalitate habet non patiatur ornamenta condi in sepulchro cum corpore mortuo, Præsertim verò si defunctus hoc præceperit. Cùm enim voluntas defuncti seruanda sit pro lege *l. 1. C. de sacros. eccles. l. verbis legis 120. de verb. signific.* Quidni indulgeamus morienti vt etiam ornamenta in eodem sepulchro condantur.

D. c. Inane & inutile est vt sepulchrum huiusmodi ornamentis oneretur magis quàm ornetur, quæ cùm mortuis prodesse non possint, viuis tamẽ & quod præcipuum est ipsi Reipublicæ prodesse multùm possent. Idq; ex Lycurgi legibus Romani procul dubio sumpserunt, Teste Alex. ab Alex. *lib. 3. Genial. c. 2. & lib. 6. c. 4.* Quòd si testatoris alicuius voluntas ea fuerit (vt solent simpliciores pleriq; hoc iubere) non valde curanda est negligiq; impunè potest, *l. vlt. §. vlt. inf. de aur. & argent. legat.* tanquam quæ sit inepta, vt ex Papiniano Marcianus scribit in *l. seruo alieno 113. §. vlt. de legat. 1.* vbi quod de ornamentis hîc scriptum est traditur de vestibus, & si qua, inquit, alia sunt superuacua: Quo tamen nomine

mine intellige non quæ superuacua fuerunt testatori, sed quæ ad corpus mortuum aut sepeliendum aut conseruandum nil pertinent. Episcopos sanè inuestitos sepeliri nefas esse creditur, In reuerentiam scilicet sacrosancti characteris quo fuerunt insigniti.

7 ¶ Hæc actio, quæ funeraria dicitur, ex bono & æquo oritur. continet autem[a] funeris causa tantùm impensam, non etiam ceterorum sumtuum. Æquum autem accipitur[b] ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, & ex bona fide; vt neque plus imputetur sumptus nomine, quàm factum est: neque tantùm, quantum factum est, si immodicè factum est, deberet enim haberi ratio facultatũ eius, in quem factum est: & ipsius rei, quæ vltra modum sine causa consumitur. quid ergo, si ex voluntate[c] testatoris impensum est? sciendum est, nec voluntatem sequendam si res egrediatur iustam sumptus rationem: pro modo autem facultatum sumptum fieri.

Ad §. 7. Hæc actio.

Ratio dubitandi. Hæc actio quæ vulgò dicitur Funeraria & à quibusdam etiam Funeralis, quia datur de sumptu funeris non nascitur ex contractu vel quasi vt apparet, Præsertim si sumptus funeris factus sit ante aditam hereditatem. Ergo non potest videri bonæ fidei, cùm in ea non agatur de fide data, quia nec quisquam est, qui promiserit.

Dec. Aliud est dicere, Actionem hanc esse bonæ fidei, Aliud verò esse illam ex bono & æquo, vt hic scriptum est. Nascitur enim proculdubio ex æquitate, licèt adnexam habeat bonam fidem, vt probant sequentia illa verba *ex bona fide* non quatenus opponitur stricto iuri, sed quatenus obiicitur malæ fidei & dolo malo, vt in *l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act. l. non debet 11. in fi. sup. de dolo.* Habet tamen præstationes omnes, quas habent actiones bonæ fidei, puta circa vsuras, & id quod interest, aliásve accessiones, quoniam & in iudiciis bonæ fidei præstationes ideò pleniores & vberiores fiunt, non quòd nascantur ex contractu vel quasi contractu, qui sit bonæ fidei si causam proximam & immediatam respicimus, sed quia in iis ratio potissimùm æquitatis habetur *l. bona fides 31. inf. deposit.*

a *Continet autem.* Ratio dubitandi. Qui impensam fecit ad curandum morbum defuncti non minus eam petere & repetere potest quàm qui in funus impendit *l. 3. C. hoc tit.* Ergo actio funeraria hunc quoque sumptum continere debet.

Dec. Sumptus facti ad curandum ægrotum etiam qui sanatus non sit sed mortuus, repeti quidẽ possunt tanquam vtiliter facti & ex quasi contractu debiti, sed non per actionem Funerariam, aut vt alij vocant Funeralem, At per Actionem negotiorum gestorum. Quis enim veriùs, aut vtiliùs gerit negotia, quàm qui id agit, vt curet ægrotum? Et ita debet intelligi quod scriptum est in *d. l. 3.* Habent tamen hæ actiones hoc simile quod videntur nasci ex quasi contractu bonæ fidei, & habent præstationes similes, quia nascantur ambæ ex bono & æquo, Actiones omnes quæ sunt bonæ fidei sunt etiam ex bono & æquo. At non vicissim omnes quæ sunt ex bono & æquo sunt etiam bonæ fidei, vt cõstat ex *§. actionum Instit. de act.* vbi neque funeraria enumeratur, neque aliæ pleræque, in quibus tamen aut condemnatio fit aut saltem arbitrium redditur ex bono & æquo quod contingit etiam in arbitrariis *§. præterea eod. tit.* Denique latiùs patet interpretatio boni & æqui, quàm bonæ fidei.

b *Æquum autem accipitur.* Ratio dubitandi & decidendi ad hanc vers. eadem est, quæ ad *l. si quis sepulchrum 12. §. sumptus funeris sup.* Vbi hanc ipsam sententiam explicauimus de sumptibus funeris ex defuncti facultatibus & dignitate æstimandis. Quoniam autem æquitas ex circumstantiarũ omnium coniunctione perficitur, quæ rem de aqua agitur cõtingunt *d. l. bona fides 31. inf. deposi.* benè monet Vlpianus non modò dignitatem defuncti spectandam esse quoties de modo sumptuum funeris agitur, sed etiam causam, tempus & bonã fidem: causam, si defunctus mortuus sit in peregrinatione, ita vt multis dieb. opus fuerit ad corpus perferendũ, quemadmodum Azo interpretatur. Tempus si forte tale sit in quo maiores impẽsas fieri oporteat vt in hieme, inquit Accursius. Deniq; bonam fidem ad exclusionem malæ fidei & doli: Plerique enim dolo malo aut mẽtiuntur se impendisse plus quàm impenderint, vt prætexto impensæ funeris lucrum improbum capiant ex damno alieno, aut impendunt quidem verè, sed supra eum modum, quem seruare debuerant, animo scilicet onerandæ hereditatis, quod etsi non tam improbè, tamen dolo malo fit. Ergo neq; plus imputandum est sumptus nomine quàm factum est, neque tantum quantum factum est si immodicè factum est. Debet enim haberi potissimùm ratio facultatum eius in quem sumptus factus est, & ipsius rei, quæ vltra modum sine causa consumitur, vt textus habet.

c *Quid ergo est si ex voluntate.* Ratio dubitandi eadem est, quæ ad *§. non oportet sup.* quia voluntas testatoris pro lege seruanda est *l. verbis legis 120. de verb. sign.* Sed ratio decidendi non eadem illa est, quòd ineptæ defunctorum voluntates etiam circa sepulturam seruandæ non sint ex *l. seruo alieno 113. §. vlt. de legat. 1. l. quidam in suo 27. inf. de iur. codicill.* (nec enim inepta est voluntas testatoris iubentis impendi ad eam vsque quantitatem quæ facultates patrimonij excedat, Præsertim cùm plerunq; de facultatibus suis plus sperẽt homines, quàm in iis reuera sit *l. in fraudem 10. inf. Qui & à quib. manum.*) sed quia non sit ea voluntas sequẽda per quam futurum sit vt qui iusta facit, iustam sumptuum rationem egrediatur, & modum facultatum excedat. Neque hoc tantùm casu euenit vt voluntas testatoris contemni possit, sed etiam in aliis plerisque, vt in *l. 2. in fi. inf. Vbi pupil. educ. deb. l. 1. §. vlt. & l. 2. inf. ad leg. falc.* Denique in omnibus quantum fieri potest modum seruare cõuenit, sed maximè in sumptu ne probabilis modus excedatur *l. cum si 7. §. quod dicitur l. ex damni 40. inf. de damn. infect. l. hereditas 50. §. 1,* vbi vide quæ dixi *sup. de hered. pet.* Scilicet cùm facultates tantam impensam non patiuntur. Nam si patiantur, nihil obstat quominus voluntas testatoris sequenda sit etiamsi probabilem modum excesserit, cùm nullius intersit *l. funeris sumptus 37. §. vlt. inf.* Nisi tam immodica sit summa quam testator constituit, vt voluntas eius inepta videri possit, & ridicula, *d. l. seruo alieno 113. §. vlt. de legat. 1. iunct. l. 4. §. 1. inf. de statulib.* vnde exemplum peti potest.

8 ¶Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit: si pietatis gratia fecit: non hoc animo, quasi recepturus sumptum, quem fecit. & ita Imperator noster rescripsit. igitur æstimandum erit arbitro, & perpendendum, quo animo sumptus factus sit: vtrum negotium quis vel defuncti, vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis: an verò misericordiæ, vel pietati tribuens, vel affectioni. potest tamen distingui & misericordiæ modus: vt in hoc fuerit misericors, vel pius, qui funerauit, vt eum sepeliret, ne insepultus iaceret: non etiam, vt suo sumptu fecerit. quod si iudici liqueat: non debet eum, qui conuenitur, absoluere. quis enim sine pietatis intentione alienum cadauer funerat? oportebit igitur testari, quem quo animo funerat: ne postea patiatur quæstionem.

Ad §. 8. Sed interdum.

Ratio dubitandi. Nemo sine pietatis intentione alienum cadauer funerat, vt sequitur in hoc §. ante finem. Ergo cùm quæritur an qui alienum cadauer funerauit suis sumptibus, eos sumptus repetere possit, stulta & ridicula videtur distinctio, An pietatis gratia id fecerit necne, cùm non potuerit pietatis gratia non fecisse. Et ita indistinctè potiùs dicendum erit sumptus istos in alienum funus factos repeti nunquam posse: & consequenter inutilem esse funerariam actionem, nec à Prætore proponi debuisse. Dec. Potest quis alium funerare pietatis gratia duplici sensu, Vno ita, vt solo pietatis studio id faciat, non hoc animo quasi recepturus sumptum, quem fecit. Altero autem ita vt non tam id faciat quasi misericordiæ vel pietati vel affectioni hoc tribuens quàm quasi negotium gerens vel defuncti vel heredis, vel ipsius etiam humanitatis, vt eleganter Vlpianus hîc loquitur. Priore casu non repetitur sumptus, quia nec repetendi animus fuit: Posteriore autem repetitur, quia & animus repetendi fuit, non donandi. Ergo æstimandum erit arbitro & perpendẽdum quo animo sumptus factus sit, & distinguendus diligenter misericordiæ modus, An & in hoc solo pius & misericors fuerit is qui funerauit vt mortuum sepeliret, ne alioqui maneret mortuus, iaceretq; insepultus, non etiam eò vsque vt suo sumptu id faceret: Quo demùm casu non debet iudex eum ad quem impensa funeris pertinet si conueniatur absoluere. Sed in dubio is, qui pietatis & misericordiæ affectu potiùs, quàm alieni negotij gerendi gratia funerasse dicitur, condemnandus erit si non probet se repetendi animũ habuisse. Ideoque non melius sibi cauere potest quàm si protestetur, id est ante quàm funeret, testato declaret suam voluntatem & quo animo funeret, Aut si iam funerauit, testetur quo animo funerauerit, ne posteà quæstionem patiatur. Testatio enim probat voluntatis nostræ sententiam, inquit Accursius ex §. *prox. & l. pro herede* 20. §. *cæterùm inf. de acquir. hered.* Negat tamen idem Accurs. testationem hanc esse necessariam ex *l. Nesennius* 34. *de neg. gest.* quod facilè admitto si constet sumptus fuerint factos tanquam à gerente negotium alterius, id est, vel defuncti, vel heredis vel ipsius etiam humanitatis, vt diximus, aut posse præsumi sic factos vt cũ facti sunt ab eo qui aliena bona administrabat, quemadmodum in specie *d. l. Nesennius*. Sed his cessantibus, cùm necesse sit vt pietatis gratia funus factum videatur, Debet is qui pietati & misericordiæ suæ modum hunc adijcere hodie vult, quasi non eò vsque pietatem suam & misericordiam extendere voluerit, vt sumptus nullos repeteret, modũ illum probare: qui alioquin sicuti ex postfacto adiici pietati non magis potest, quàm donationi perfectæ *l. perfecta* 5. *C. de donat.* Ita neque præsumẽdus est ab initio interuenisse: cùm verus pietatis exercendæ modus ille sit, Pietatem exercere sine modo: quomodo magnus Augustinus dixit aliquando, Modum amandi Deum, esse amare sine modo. Idq; probatur optimè non tantùm ex verbo *oportet*, quo hîc vtitur Vlpianus quod præcisam necessitatem significat, licèt Accurs. vt bonum etymologatorem agat interpretetur opportunum esse non necessarium quod est ridiculum (scribitur enim *oportet* vnico *p*. opportunum verò duplici) sed etiam ex §. *prox. seq.* vbi disertè scriptum est, Non sufficere vt liberi protestentur se pietatis gratia parentes sepelire, nisi pleniùs protestentur vt sumptus in eam rem factos seruare possint. Planè iis quoq; casibus, quibus protestatio superuacua magis quàm necessaria est, negari non potest quin sit valde vtilis, vt cætera etiam omnia quæ dubitationis tollendę gratia fiunt *l. quæ dubitationis* 81. *de reg. iur.* Vt in exemplis quæ adfert Accursius de eo qui aliquid possidet ex duplici iure & dubitatur ex quo potiùs possederit, puta an pro feudo an pro allodio, quamuis vulgo placeat videri eum possedisse potiùs ex sibi vtiliore si cætera sint paria. Item an iure dominij fortè tanquam heres defuncti, an iure pignoris si fortè bona defuncti habuit obligata pro dote materna, vt plerumque euenit, & conuentus hodie à creditoribus hereditariis dicat se abstinere ab hereditate materna, cuius tamen bona in hunc vsq; diem possederit. Etsi hoc maximè casu necessaria protestatio, vt non videatur bonis paternis se immiscuisse, vt dicemus ad §. *prox. ex l.* 1. *C. de repud. vel abstin. hered. l. cum bonis* 87. *inf. eod. tit. tit. de acquir. vel omitt. hered.* Aliud exemplum adfert Accursius de eo qui matrimonium cum muliere contracturus primò protestatus est se non desponsare causa matrimonij sed vt mulieri parẽtes hereditatem relinquerent. Sed ego quid hoc, aut quale sit non intelligo, qui video deceptionem hanc esse, non protestationem si clam fiat & celatis iis quorum intererat scire. Comparatæ enim sunt protestationes ad conseruandum ius protestantis duntaxat non ad fraudem committendam, nisi cùm aduersus vim & metum dolum & fraudem remedium quæritur, quod non possit esse nisi clandestinum *l.* 4. §. 1. *infr. quib. mod. pign. vel hypoth. solut. l.* 1. §. 1. *quod legat. d. l. Nesennius.*

9 ¶Plerique filij, cùm parentes suos funerant: vel alij, qui heredes fieri possunt: licet ex hoc ipso neque pro herede gestio, neque aditio præsumitur: tamen ne vel miscuisse necessarij, vel ceteri pro hærede gessisse videantur, solent testari, pietatis gratia

tia facere sepulturam quid, si superuacuo fuerit factum? ad illud se munire videntur[a] ne miscuisse se credantur: ad illud non, vt sumptum consequantur. quippe protestantur, pietatis gratia id se facere. plenius igitur eos testari oportet, & vt sumptum possint seruare.

Ad §. 9. Plerique.

Ratio dubitandi. Filij cùm parentes suos funerant iam sunt heredes ipso iure si moriente patre sui heredes fuerunt, non emancipati *l. in suis 11. de liber. & post. l. 1. §. qui sunt in potestate inf. si quis omiss. caus. test. l. in suis 14. de suis & legit.* Nec ad hunc casum aptari potest quod scribitur in *l. scriptus 4. sup. hoc t.* funerari defunctos plerumque ante acquisitam hereditatem, sed cùm extraneus aliquis heres futurus est: Adeò vt nec sit sine herede qui suum heredem habet quamuis se abstinentem *l. cum quasi 30. §. sed etsi suus de fidei. liber.* Ergo quamuis ex hoc solo quod is qui heres fieri potest defunctum funerauerit, neque aditio neque pro herede gestio, aut vt alij loquuntur, gestio induci possit: vt hîc scriptum est & in *d. l. scriptus sup.* Attamē in necessario herede aliud dicendum esse videtur vt ex hoc solo se immiscuisse intelligatur, nisi protestetur id se facere causa pietatis non animo se immiscendi. Quemadmodū & sola debiti paterni solutio in suo herede pro immixtione est *l. 2. C. de iur. delib.* quæ in extraneo non esset pro aditione aut gestione. Est enim actus qui potest fieri citra ius & nomen heredis, cùm possit quilibet alienum debitum etiam pro ignorante & inuito soluere *l. soluendo 39. sup. de neg. gest. l. solutione 23. inf. de solut.* Sic & si quis extraneus rem hereditariā quasi subripiens vel expilans tenet, non ideò tamē pro herede gerere dicitur, quoniam admissum cōtrariam voluntatem declarat *l. si quis extraneus 21. de acquir. hered.* Et tamen suus heres si quid ex paterna hereditate amoneat, dummodo ante abstentionem, hoc ipso se immiscuisse intelligitur *l. si quis seruum 71. §. Prætor ait & seqq. vsque ad finem legis eod. tit.* Ergo in suo herede patrem funerante non potest videri superuacua protestatio, quòd id faciat causa pietatis, sed maximè necessaria, ne alioqui se immiscuisse videatur.

Dec. Eum bonis patris se miscere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur *l. cum bonis 87. de acq. her.* Extraneus autem defunctum funerando, non idcirco pro herede gerere videretur *d. l. scriptus 4. sup. hoc t.* Is enim demùm pro herede gerit, qui id facit, quod non posset fieri citra ius & nomen heredis *l. pro herede 20. §. Papinianus inf. de acq. her.* Potest autem quis defunctum funerare pietatis tantùm gratia, ac citra ius & nomen heredis. Ergo neque immixtio in suis heredibus induci potest, tametsi patrem sine protestatione funerauerint, Et consequenter superuacua protestatio est. Nec simile est quod obiecimus de suo herede paternum debitum soluente ex *d. l. 2. C. de iur. delib.* Etsi enim alienum debitum non minùs quàm suum proprium quilibet potest soluere, in dubio tamen credendus est suo nomine soluisse potiùs quàm alieno *l. 4. inf. de solu.* Suus autem heres sicut ipso iure heres est, ita & debitor creditorum defuncti nisi abstineat *l. necessarijs 57. de acq. hered.* Proinde si soluat debitum hereditarium, suum soluisse videri debet non alienum: Quod verò adiecimus de filio, qui paternas res amouit, ex *d. l. si quis seruum*, habet propriam rationem ex edicto Prætoris, qui suum heredem credidit indignum beneficio abstentionis; si in bonis paternis dolo malo versatus sit, & aliquid ex eis amouerit. Et meritò. Satis enim se immiscet, qui aliquid attingit hereditarium, tantoq; magis, si malo more attigerit: sicuti nec seruo qui aliquid attigit ex bonis defuncti patroni beneficiū separationis conceditur *l. 1. §. vlt. infr. de separat.* Sed extra hos casus eadem ratio est sui heredis, quod ad immixtionem, quæ extranei, quod ad gestionē pro herede. Quid ergo si, quod quotidie accidit, suus heres defuncto patre in possessione bonorum paternorum manserit absque protestatione, mox conuentus à creditoribus hereditarijs, quos fortasse anteà ignorauerat, dicat se abstinere paterna hereditate, & aduersus obiectam immixtionem, respondeat se bona illa paterna non iure hereditario tenuisse, sed tanquam creditorem pignoratitium pro dote materna, alijsq; matris iuribus? Putò satis probatam immixtionem in suo herede quoniam & in extraneo, pro herede gestio ex eo actu induceretur. In eamq; rem elegans & apertus textus est in *l. 1. C. de repud. vel abstin. hered. & in d. l. cum bonis* vbi filius qui maternam hereditatem susceperat, & abstinendi consilium in bonis patris retinuerat, non aliter beneficium illud abstentionis implorare potest, quàm si fundum paternum vt maternū ignorans possederit. Nam & sufficeret filium qui bonis patris se abstinuit, per suppositam tamen personam emptoris paterna bona mercatum esse, vt perinde conueniri possit à paternis creditoribus, atque si bonis paternis se immiscuisset *l. si is qui bonis 91. eo. tit.* Quidni verò? cùm non sit necessarium, vt probetur immixtio ad hoc suus heres perinde teneatur creditoribus ac si se immiscuisset, Necessaria autem sit abstentio vt non teneatur *l. necessarijs 57. l. si qui 12. l. impuberibus eod. tit.* Non enim sufficit quod filius se possit abstinere, Nisi facto ipso se abstinuerit *l. 1. §. qui sunt in potestate inf. si quis omis. caus. test. l. pen. de aut. tut.* Licèt Bartolus contrà scripserit ad *l. 1. C. si vt minor ab hered. se abstin.* creditores defuncti non habere fundatam intentionem contra suum heredem ante immixtionem, Maximè si hereditas sit damnosa vel suspecta. Quod certè falsum est; & à nobis copiosè confutatum in *Error. vlt. decad. 31. de error. pragmat.* vbi vide.

a *Ad illud se munire videntur.* Ratio dubitandi. Sicut in verbis contractuum & vltimarum voluntatum, nullum debet esse verbum quod non aliquid operetur, & potiùs improprianda sunt verba quàm vt nihil operentur, vt vulgò nostri tractant ad *l. si quando 109. de legat. 1.* Ita & in actibus hominum multò magis obseruandum est ne quid frustra fiat. Nam exemplo Dei & naturæ, curat etiam ciuilis legislator ne quid frustra fieri patiatur: Ideòq; nimirum in toto iure nostro fauorabiliores habentur interpretationes illę per quas fit vt actus valeat & remaneat vtilis, Odiosæ autē illæ per quas actus destruitur & fit inutilis *l. quoties 12. inf. de reb. dub. l. quoties 80. de verb. obl.* Diciturq; maligna hæc interpretatio per quam fit vt actus destruatur *l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus vers. neque enim malignè eod. tit.* Atqui cùm liberi qui parētes funerāt, protestantur id se facere

pietatis causa, superuacua est huiusmodi protestatio, quantum ad hoc, vt non ideò videantur se immiscuisse, quemadmodum modò diximus. Ergo debet prodesse quantum ad hoc vt saluam habeant sumptuum, quos in funus fecerint, repetitionem.

Dec. Sumptua pietatis causa erogati non repetuntur, nisi facti probentur animo repetendi §. *sed interdum prox sup.* Ergo si liberi protestentur duntaxat se pietatis gratia funerare patrem, tantùm abest vt ea protestatio prodesse ipsis debeat ad repetitionem, vt è contrario impediat potiùs ne possint repetere, nisi pleniùs protestentur de sumptibus ipsis repetendis. Vnde Accursius noster infert, nec malè, confessionem indefinitè prolatam præiudicare in omnibus.

10 ¶ Fortassis quis possit dicere, interdum partem sumptus facti posse reciperari: vt quis pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat. quod est verius. partem igitur sumptus consequetur, quem non donandi animo fecit.

Ad §.10. Fortassis.

Ratio dubitandi. Funus est quid indiuiduum; Nec enim potest quisquam pro parte funerari: Adeò vt si in diuersis locis quis sepultus sit, pro parte scilicet corporis in vno loco, pro parte in alio, vnus tamen duntaxat locus religiosus fiat, quoniam vna tantùm sepultura est *l. cùm in diuersis 44. inf. hoc ti.* Ergo & sumptus funeris indiuiduus est: Vt proinde repetitio eius vel concedenda sit in solidum, vel in solidum deneganda.

Dec. Sumptus funeris semper æstimatur pecunia, quæ per se diuisibilis est numero, Nec quicquam vetat eum qui sumptum funeris fecit, partim fecisse animo recuperandi quasi negotium gerendo defuncti, aut heredis, aut ipsius etiam humanitatis, vt loquitur Vlpianus in §. *sed interdum sup.* partim gratia pietatis, & sine vlla spe repetitionis. Eam igitur sumptus partem consequetur actor quam repetendi animo fecit, non eam quam animo donandi.

11 ¶ Iudicem, qui de ea æquitate cognoscit, interdum sumptum omnino non debere admittere modicum factum, si fortè in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet huius rationem habere, cùm contumeliam defuncto fecisse videatur, ita eum funerando.

Ad §.11. Iudicem.

Ratio dubitandi. Tam verè funeratus ille est in cuius funus non nisi modicum quid impensum est, quàm si magna pecuniæ quantitas impensa esset, Præsertim cùm verendum habeat is qui funerat, ne si quid supra modum impendat, non sit habiturus repetitionem, si fortè res iustam sumptuũ rationem egrediatur §. *hac actio sup.* Atqui sanctius & iustius est de suo quem funerari quàm de alieno *l. si quis sepulchrum 12. §. Prætor ait.* & hac ipsa lege §. *sed & si res sup.* Nec debet ea iniuria fieri ei, qui pietatis quidem causa sumptum fecit, sed animo tamen repetendi, vt quod impendit amittat. Danda igitur omnimodo ei est repetitio.

Dec. Non potest videri sumptus pietatis causa factus, quę in contumeliam defuncti potiùs factus est. Iniuria enim potiùs est eaq; non leuis, si in cõtumeliam cadaueris quid fiat *l. 1. §. quoties infr. de iniur.* vbi dicitur ex hac causa dandam heredi etiam actionem iniuriarum. Atqui in contumeliam defuncti cedit, si cùm esset ille locupletissimus, & in aliqua etiam fortassis dignitate constitutus, non nisi permodicus sumptus in eius funus factus sit. Cuius vtique modus & ex dignitate & ex facultatibus defuncti æstimari debuit §. *hac actio sup.* Non ergo debet habere repetitionẽ ex eo funere quod in contumeliam potiùs quàm in honorem defuncti fecerit *l. sine hereditaria 22. sup. de neg gest.* Planè si ponas tam modicam funeris impensam ab eo factã esse, qui sola pietate motus alienum cadauer sepulturæ tradiderit, quod alioqui diutiùs insepultum iacuisset, nec tamen habuerit de suo vnde maiorẽ pecuniæ quantitatem subministraret (quamuis in funere locupletis hominis & in dignitate constituti vix possit hoc contingere) Nihil certæ causæ est cur eorum sumptuum repetitio ipsi deneganda sit, cùm nihil sit quod ei imputetur aut quod in contumeliam cadaueris ab eo factum videri possit, Tantùm abest vt iniuriarum actione conueniri debeat ex *d. l. 1. §. quoties de iniur.* Non enim fit contumelia aut iniuria sine animo faciẽdæ iniuriæ quod ad iniuriarum actionem pertinet; quamuis quod ad hanc actionem funerariam denegandam sufficiat contumeliam aliquam re ipsa inferri defuncto ex funeris modicitate, tametsi non sit animus inferendæ contumeliæ. Qui casus esse videtur, de quo hîc Vlpianus loquitur, non de quo in *d. §. quoties.*

12 ¶ Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funerauerit: funeraria actione vti non poterit: quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens, & ita Trebatius & Proculus putat. puto tamen [a], & ei ex causa dandam actionem funerariam.

Ad §.12. Si quis dum se heredem.

Ratio dubitandi. Ad onus veri heredis pertinet cura & sumptua funeris *l. si quis sepulchrum 12. § funus autem supr.* Ergo si falsus heres, qui tamen bona fide se heredẽ esse putabat, patrẽfamilias funerauerit, funerariam actionem habere debet, Ne alioqui eueniat vt de alieno potiùs quàm de suo sepultus testator videatur contra id quod scriptum est in *d. l. si quis sepulchrum 12. § Prætor ait*, & hac ipsa leg. §. *sed & si res sup.* Dec. Non habet repetitionem sumptuum is qui fecit sumptus suo nomine, non vt alium se obligaret *l. in hoc iudicium 14. §. 1. sup. Commun. diuid.* nec actus operetur vltra intentionem agentis *l. si ego 18. & seq. inf. de reb. credit.* Atquin is qui dum se heredem

putat

putat patremfamilias funerat, non hoc animo facit quasi alienum negotiũ gerens, sed quasi suum. Ergo funerariam actionem habere non debet. Atque ita est summo iure.

a *Puto tamen.* Ratio dubitandi. Ad hunc versiculum non alia est, quàm quæ decidendi fuit ad præcedentem. Sed æquitatis ratio quæ funerariam actionem hanc dat falso heredi contra verum heredem ex eo petenda est, quòd cùm hic possessor hereditatis esset in bona fide, negari non potest quin bona fide quoque sumptus istos fecerit, qui ad onus veri heredis pertinebant, atque ita verum heredem ab eo onere liberauerit. Addit tamen Vlpianus *ex causa*, vt distinguat bonæ fidei possessorem à malæ fidei possessore: Nam si malæ fidei possessor sumptus funeris fecerit, licèt itatem honestam & necessariam fecerit, indignus tamen est cui ex æquitate contra iuris rationem succurratur *l.pen. in fin. ad SC.Trebell.* Itaque iuris ratio obstat cuilibet possessori etiam bonæ fidei, Neo in eo differentia vlla est inter possessores. Sed quantum ad æquitatem differentia est, quia æquitas fauet bonæ fidei possessori, non etiam prædoni. Vt scripsimus latiùs ad *l.planè 37. sup. de hered. petit.* Iunge *l.si possessor 52. in princip. inf. hoc tit.* Ex quo loco apparet hanc funerariam non esse directam, sed vtilem, vt & in specie §. *qui mandato 15. vers. quòd si pupillus infr.*

13 ¶Labeo ait, quotiens quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda, funeraria eum agere non posse. & ideò, si familiæ [a] erciscundæ agere possit, funeraria non acturum planè, si iam [b] familiæ erciscundæ iudicio actum sit, posse agi.

Ad §.13. Labeo ait.

Ratio dubitandi. Etiam actio familiæ erciscundæ videtur cum funeraria posse concurrere *l. quæsitum 17. inf. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l.2. de priuileg credit.* Multò magis actio negotiorum gestorum inter quoslibet *l.1. §. hæc verba & l. siue hereditaria 22. sup. de negot. gest.* Ergo vel falsum est quod hic dicitur, vel funeraria locum habere nunquam debet.

Dec. Hæc actio à Prætore inducta est ex æquitate, Ne alioqui eueniret facilè vt mortua corpora iacerent insepulta, si non inuitarentur homines ad funus faciendum proposita actione per quam sumptus à se factos in rem tam honestam & piam essent postea repetituri. Quo inuitamento nil est opus eo casu, quo alia actio iam proposita est, puta Familiæ erciscundæ inter coheredes, quomodo accipi debet quod scriptum est in *d.l. quæsitum.* At negotiorum gestorum actio ex hac causa dari nunquam potest, nisi cùm ipsius heredis negotium gerere voluit is qui defunctum funerauit, si fortè iam sciebat aditam esse hereditatem, & heres absens erat. Nun enim potest defuncti negotium gessisse ad eum obligandum, cùm viuo eo negotium hoc explicari nõ potuerit, quia viuus nemo sepeliatur, vt diximus ad *l.1. sup.* licèt videatur qui funerat contrahere cum defuncto quantum ad hoc vt videri debeat creditor hereditarius ad impetrandam bonorum separationem aduersus creditores heredis, Vt nos ibidem post Accursium explicauimus.

a *Et ideò si familia.* Ratio dubitandi. Nihil interest veri heredis, an familiæ erciscundæ iudicio, an funeraria actione conueniatur ad reddendos eos sumptus funeris, quos omnimodo reddere debeat, dum nè vtraque actione conueniatur. Ergo non sufficit quod possit coheres conuenirí à coherede iudicio familiæ erciscundæ, dum ne adhuc conuentus sit. Necenim quicquam vetat plures actiones etiam pro eadem re alicui competere, vt habeat eligendi facultatem *l. cùm filius 76. §. varijs de legat. 2. l. quod in heredem 9. §. eligere de tribut. act.*

Dec. Actionem hanc non proposuit Prætor nisi vt esset subsidiaria, & alia qualibet deficiente, vt proximè diximus. Maximè verò non fuit danda hæc actio in eo casu quo Familiæ erciscundæ actio, quæ ciuilis est, habere locum potest. Non enim honorariam actionem desiderare debet is, cui ciuilis competit *l.1. sup. de Public. in rem act.*

b *Planè si iam.* Ratio dubitandi. Imputare sibi debet coheres qui cùm posset iudicio Familiæ erciscundæ sibi prospicere ad consequendos sumptus funeris, in eas tamen angustias se coniecit vt eo iudicio neque petere neque retinere illos ampliùs possit. Nullum enim damnum sentire videtur, cùm sentiat ex culpa sua, *l. quod quis 203. de regul. iur.* Debuit siquidem prospicere futurum vt cùm semel eo iudicio egisset, iterum eodem iudicio agere ampliùs non posset *l. si filia 20. § familiæ sup. Famil. ercisc.* Ergo nec funerariam habere debet.

Dec. Cùm Familiæ erciscundæ iudicio semel actum est vt iam verum est, eo iudicio ampliùs agi non posse *d. §. familiæ.* Fit ergo locus necessariò actioni huic in factum tanquam subsidiariæ, cùm nihil aliud antea illam impediret, quàm quòd Familiæ erciscundæ iudicio sumptus funeris reperi possent. Neque verò quicquam eius interest, qui sumptus istos restituere tenetur qua actione eos restituat. Cùm eo quoque casu quo petuntur per actionem Familiæ erciscundæ habeant idem priuilegium, quod habet actio funeraria *d.l. quæsitum 17. de reb. author. iudic. possid.* aliàs *l.2. de priuileg credit.* Nec sanè æquum esset manere in damno coheredem, qui de suo aut ex sola parte sua sumptus totos fecisset, quos coheres pro sua parte ferre debeat. Ita enim fieret, vt ex ipsius damno locupletaretur coheres contra naturalem æquitatem, quod absurdum & iniquum esset *l. nam hoc natura 14. inf. de condict. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.* Neque quod coheres qui sumptum funeris fecit, eos per actionem Familiæ erciscundæ non petiit, tanta culpa est vt ob eam causam debiti sui iacturam pati debeat, quomodo si in funere ipso faciendo culpa eius aliqua interuenisset: quo demùm casu verè dici posset nullum enim videri sentire damnum, quod ex culpa sua sentiret, vt in specie §. *seq.*

14 ¶Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraueris testatorem, ex causa competere tibi funerariam. quid enim, si filium testatoris heres eius prohibuit? huic contradici potest, *ergo pietatis gratia funerasti.* sed pone me testatum [a], habiturum me.

funerariam actionem; de suo enim expedit mortuos funerari. & quid, si testator [b] quidem funus mihi mandauit, heres prohibet, ego tamen nihilominus funeraui? nonne æquum est mihi funerariam competere? & generaliter [c] puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi, cùm hoc ei & actionis natura indulget.

Ad §.14. Idem Labeo ait.

Ratio dubitandi. Etiam cùm heres testatoris prohibet filium funerare patrem, laudandus tamen magis est filius, quàm vituperandus qui inuito herede iusta patri facit, quod veteres eleganti nomine dixerunt *parentare*, vt significarent hunc honorem parentibus potissimùm à liberis deberi. Nam si in huiusmodi causis, etiam voluntatem ineptam testatoris licet contemnere *l. quidam in suo 27. de condic. instit.* quantò magis permittendum est pio filio aspernari prohibitionem iniustam heredis? Nam & iure vetere ita comparatum erat, vt actio negotiorum gestorum ad quam proximè accedit funeraria, vt dicemus in §. *seq.* illi etiam daretur qui alterius etiam inuiti & prohibentis negotia vtiliter gessisset *l. soluendo 39. sup. de negot. gest.* Scilicet ante *l. vlt. Cod. eod. tit.* Quidni ergo in funeraria actione multò magis admittendum erit, quæ non tam ad priuatam sepulti cadaueris causam pertinet quàm ad pietatem, & consequenter ad publicam vtilitatem? Causam siquidem pietatis publicam esse ac præcipuo fauore dignam, nemo ambigit.

Dec. Filius qui inuito ac prohibente herede patrem funerauit, non nisi pietatis causa id fecisse videri potest: Ergo potest meritò ei contradici, *Pietatis gratia funerasti.* Ac proinde nullus repetitioni locus esse debet §. *sed interdum supr.* Tantoque magis laude dignus est si solo pietatis zelo ac studio id fecit, nunquam repetiturus. Sed quid si fecerit animo repetendi deque eo protestatus sit secundum ea quæ diximus in *d. §. sed interdum & §. plerique supr.* Hic verò casus est qui tractatur in sequentibus, diuersus à superiore quod Accurs. noster minùs clarè explicat.

a *Sed pone me testatum.* Ratio dubitandi. Duo hîc concurrunt, quę impedire videntur repetitionem, Causa pietatis & Prohibitio heredis. Ergo quamuis filius iusta faciens patri protestatus sit velle se sumptus in eam causam factos repetere, non idcirco tamen concedendum ei est vt possit.

Dec. Nihil repugnat quominus possit filius patrem funerare & pietatis causa & animo repetendi *dict. §. sed interdum.* Impietas verò heredis iniustè prohibentis, ne filius faciat quod eum facere pietas iubet, nihil potest addere ad inhibendam repetitionem, quæ pietatem pro causa habet. Ac illam præterea æquitatem, cum ratione iuris consentientem, quod de suo funerari quemque oporteat non de alieno *l. si quis sepulchrum 12. §. Prætor ait supr.* Patrem ergo de suo non de filij ære, Ne alioqui deterioris condicionis sint pij filij quàm impij, quod esset absurdum, argum *l. 4. infr. quod vi aut clam.*

b *Et quid si testator.* Ratio dubitandi. Sumptuum in funus erogatorum repetitio non aduersus defunctum datur, sed aduersus heredem. Voluntas igitur heredis exquirenda & sequenda est, non testatoris.

Dec. Qui funus facit non tam cum herede, quàm cum defuncto ipso contrahere intelligitur, estque hoc debitum hereditarium *l. 1. sup.* adeoque omnibus hereditariis antiquius *l. pen. infr. eod.* Non igitur pendere potest ex voluntate heredis, ad cuius etiam inuiti onus pertinent sumptus sepulturæ *d. l. si quis sepulchrum 12. §. funus autem supr.* Æquum igitur est etiam hoc casu funerariam competere contra heredem quamuis prohibentem, vt voluntas testatoris sequenda sit, non heredis. Itaque quamuis veteribus plerisque prudentibus, inter quos Iulianus fuit, & quorum sententiam Iustinianus tandem probauit in *l. vlt. Cod. de negot. gest.* negotiorum gestorum actio danda non sit ei qui prohibentis & inuiti negotia gessit quamquam vtiliter. Aliud tamen hîc probandum est circa funerariam actionem, Ne iniuria adficiatur is qui mandatum sibi à testatore munus funeris suscepit & ex fide impleuit. Nec enim heredis voluntas in faciendo funere exquirenda est, cùm testator alij id muneris mandauit, quamuis impensa cessura sit oneri heredis *§. si cui funeris supr. hac lege, & l. si quis sepulchrum 12. §. funus autem sup. hoc tit.*

c *Et generaliter puto.* Ratio dubitandi. Actio funeraria proximè accedit ad negotiorum gestorum actionem. Vtraque enim prætoria est, vtraque bonæ fidei & æquitatis rationem habens. Vtraque in personam non in rem *l. pen. Cod. de negot. gest.* Denique vtraque in subsidium comparata, Ne alioqui in damno moretur is qui pro re aliena suam pecuniam bona fide expendit: Cúmque actio negotiorum gestorum bonæ fidei sit, & ideò plenissimas & vberrimas habeat ex bono & ęquo præstationes *§. actionum & § in bonæ fidei Instit. de action.* quid potest habere plenius actio funeraria, quàm negotiorum gestorum?

Dec. Actio negotiorum gestorum bonæ fidei quidem est, sed nascitur tamen ex quasi contractu *l. si quis absentis 5. inf. de oblig. & action.* Et quamuis ab æquitate maximè pendeat, quam bona fides in actionibus bonæ fidei semper adnexam habet *l. bona fides 31. inf. deposit.* Non tamen nascitur ex bono & ęquo immediatè, vt ita dicam, quomodo actio funeraria *§. hæc actio sup.* Itaq; habet actio negotiorum gestorum, vt cæteræ actiones bonæ fidei æquitatem pro auia, vel pro amita, Actio autem funeraria pro matre. Benè igitur Vlpianus noster scribit iudicem huius actionis non meram negotiorum gestorum actionem imitari debere sed solutiùs æquitatem sequi, quoniam & actionis natura ei hoc indulget, quæ scilicet plus quàm bonæ fidei est, cùm ex bono & æquo proficiscatur. Vnde etiã est quod habebat iam olim priuilegium ante cæteras omnes actiones *l. quæsitum 17. inf. de reb. auth. iudic. possid.* aliàs *l. 2. de priuileg. credit. & §. 1. supr. hac leg. & l pen. infr. eod.* Quod non habet actio Negotiorum gestorum, Nisi cùm datur pro sumptibus funeris: Exemplo eius quod de Familiæ erciscundę actione scriptum est in *d. l. quæsitum.* Est igitur quædam æquitas strictior, quæ in iudiciis etiam strictis quandoque locum habet, vt in *l. videamus 38. §. si actionem infr. de vsur*, alia soluta qualis est in bonæ fidei iudiciis omnibus. Alia denique solutior, qualis ea quæ in a-

ctione

ctione ista locum habet. & in aliis actionibus, si quæ sunt similes quæ ex bono & æquo nascuntur, id est quæ non aliam causam, nec matrem habent quàm æquitatem. Vulgata editio malè pro *solatiis* legit hîc *solicitus*. Florentina enim melior & elegantior est.

15 ¶Diuus autem Marcus rescripsit, eum heredem, qui prohibet funerari ab eo quem testator elegit, non rectè facere: pœnam tamen in eum statutam non esse.

Ad §.15. Diuus autem Marcus.

Ratio dubitandi. Hereditate adita incipit dominium rerum omnium hereditariarum esse penes heredem, *l. legatum* 80. *de legat.* 2. cui proinde siue ignoranti siue inuito nihil ex hereditate auferri debet *l. si ego* 9. § *si res inf. de iur. dot.* Ne alioqui offendatur regula iuris naturalis gentium & ciuilis, de qua in *l. id quod nostrum* 11. *de regul. iur.* Tantique momenti hæc ratio est, vt ob hanc causam necesse fuerit induci vt rei legatæ dominium transiret in legatarium rectà via numquam factum heredis *d. l. legatum in fin.* Ne alioqui transire numquam posset nisi volente demùm & consentiente herede, quamuis testator voluisset, vt & in specie *d. § si res.* Ergo non malè fecit heres qui prohibet funerari corpus ab eo cui defunctus mandauit, sed iure potiùs suo vtitur *l. si duorum* 52. *de act. empt. l. iniuriarum* 13. §. 1. *inf. de iniur.* Aut si malè facit, cur non aliqua pœna in eum constituta est? Neque enim debet impunitum remanere, si quid malè admissum fuit *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. 1. *de solut. l. si à reo* 71. §. *vlt. inf. de fideiuss. l. ita vulneratus* 51. *in fin. ad leg. Aquil.*

Dec. Heres qui ex voluntate & liberalitate testatoris succedit, tantùm abest vt voluntatem eius impugnare aut improbare possit, vt è contrario ei satisfacere debeat *l. penult. C. de legat. l. vlt. iunct. Auth. hoc amplius C. de fideic.* Quod si non faciat eo prætextu, quòd dominium rerum hereditariarum omnium ad eum pertineat, vtique facit si non omnino malè; certè non rectè, nec satis piè *l. in testamento* 47 *de fideic. libert.* Neque tamen pœna in eum vlla constituta est, quia non tam illicitè facit, quàm parùm honestè, ac parum piè, violatque honestatem potiùs quàm legem: In quo rerum genere non est nouum vt impunè fiat etiam id quod nullo iure factum est fierique non debuit, vt Accursius hîc notat ex *l. heres in fundo* 12. *inf. De vsufr. legat. l.* 3. § *non perpetua inf. de sepulchr. violat.* Sed & pleræque sunt leges, quæ aliquid fieri prohibent nec tamen factum coercent, & puniunt, quas imperfectas leges vocat Vlpianus in Titulis, datq; exemplum in lege Cincia de donationibus. Nam quæ perfectæ sunt, & prohibent fieri quod nolunt; & factum rescindunt ac coërcent.

16 ¶Qui mandati alterius funerauit, non habet funerariam actionem: sed is scillicet, qui mandauit funerandum: siue soluit ei qui mandauit: siue debet [a]; quòd si pupillus [b] mandauit sine tutore auctore, vtilem funerariam dandam aduersus heredem, ei, qui impedit: lucrari enim heredem iniquum est. si autem pupillus [c] funus ad se pertinens sine tutoris auctoritate mandauit. dandam in eum actionem arbitror, si & heres extitit ei, qui funeratus est, soluendóque hereditas est [d]. Contrà si quis mandatu [e] heredis funerauit: non posse eum funeraria agere, Labeo scribit: quia habet mandati actionem.

Ad §.16. Qui mandati.

Ratio dubitandi. Funeraria actio datur pro sumptuum in funus factorum repetitione *l. si quis sepulchrum* 12. §. *Prætor ait sup.* Ergo ei qui sumptus & impensas fecit. Atqui fecit ille qui funerauit, licèt mandato alterius. Ergo ei funeraria danda est, non ei qui mandauit.

Dec. Is qui mandato alterius funerauit, mandantis fidem secutus est, ipsiusque potiùs quàm aut defuncti, aut heredis, aut etiā humanitatis negotium gerere cogitauit. Nec rursus potest videri fecisse pietatis gratia, nec animo repetendi ab alio, quàm ab eo ipso qui mandauit. Non ergo funeraria ei danda est, quæ non nisi subsidiaria est actio, & quæ ei demùm datur qui aliam nullam habeat §. *Labeo ait* 12 *sup.* Hic autem habet actionem mandati, quæ cùm ex cōtractu nominato nascatur ciuilis etiam est, licèt obligatio ipsa sit iuris gentium. Planè si potius inutilem fore mandatario actionem mandati ob inopiam & egestatem mandantis, non dubito quin funeratori danda sit funeraria saltem vtilis, ne heres in lucro maneat, quod esset iniquum, vt in specie *vers. seq.* Vlpianus noster disertè scribit, & Paulus in *l. si possessor* 32 *in princ. inf.* dicèt in specie dissimili iunct. *l. nam is* 6. *inf. de dolo. l. si litteras* 7. *Cod. mandat.*

a *Siue debet.* Ratio dubitandi. Ei qui adhuc debet necdum soluit nihil est quod abesse videri possit. Quid enim si nunquam soluat, nec ad solutionem vnquam conueniatur? Quid si etiam conuentus & condemnatus moriatur sine herede & sine successore, ita vt ne quidem ad fiscum bona eius perueniant? vt in *l. habere licere* 57. *inf. de euict.*

Dec. Id cuique abesse videtur in quo obligatus est *l. si quis mandatu* 28. *in fin. sup. de negot. gest.*

b *Quòd si pupillus.* Ratio dubitandi. Imputari potest ei qui mandatum ac fidem pupilli secutus est non interposita tutoris authoritate, Cùm sciuerit aut scire debuerit, non posse pupillum neque mandando, neque aliter contrahendo sine tutoris authoritate obligari saltem ciuiliter vt contra eum actio mandati aut alia vlla danda sit *l. Marcellus* 25. *inf de fideiuss.* nisi quatenus ex eo contractu locupletior factus esset *l.* 3. § *pupillus*, aut vt alij loquuntur, pupilli *l. si pupilli* 6 *in princip. l. Nesennius* 34. *in fin. sup. de negot. gest.* Diciturq; pacta omnia cum pupillo facta sine tutoris authoritate esse contra iuris regulas *l. cōtra* 30. *sup. de pact.* Ergo nulla ei actio danda est neq; contra pupillum, tanquam non ciuiliter obliga-

tum, neque contra heredem eum alterius mandato funerauerit, vt initio huius §.

Dec. Pupillus siue alicui mandet, siue cum alio contrahat non obligatur ciuiliter *l. pupillus 5. inf. de author. tutor.* Ergo non habet locum hoc casu ea ratio, quæ facit vt is qui funerauit mandato alterius non possit agere contra heredem, Scilicet quoniam per actionem mandati indemnitatem consequi à mandante potest, quod hîc non contingit. Vtilis ergo funeraria hoc casu danda est contra heredem qui alioquin lucrum sentiret ex damno funerantis contra *l. nam hoc natura 14. de condict. indeb. l. iure natura 206. de regul. iur.* Cur tamen onus & impensa funeris ad heredem spectet *l. si quis sepulchrum 12. §. funus autem sup.*

c *Si autem pupillus.* Ratio dubitandi. Non potest obligari pupillus mandans, aut aliter contrahens sine tutoris authoritate, vt proximè diximus ex *l. pupillus 5. inf. de author. tutor.* Ergo non potest contra eum dari funeraria, Ne quidem secundum eorum sententiam, qui putant pupillum etiam sine tutore obligari naturaliter. Non enim obligatio sola naturalis sufficit, sed ciuili opus est ad dandam actionem *l. naturales 10. de oblig. & act.*

Dec. Actio hæc funeraria non ex obligatione aliqua vel naturali vel ciuili nascitur, sed ex æquo & bono *§. hæc actio sup.* & ex re magis id est ex funere, quàm ex persona, sicut & illæ de quibus in *l. furiosus 46. de oblig. & action.* Æquitas autem naturalis etiam pupillum tenet *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis inf. de solut.* quem non magis æquum est quàm alium quemlibet ex alterius damno & iactura locupletari *l. naturaliter 13. §. vlt. cum l. seq. inf. de condict. indeb.* Et verò quænam iniuria videri potest fieri pupillo, si conueniatur ad impensam funeris, cuius onus ad eum pertinuit? & quam omnimodo facere ipse debuisset, si alius non fecisset. Malè igitur Accursius quod lex ait *dandam in eum actionem arbitror* interpretatur de actione mandati, quę procuidubio contra pupillum mandantem sine tutoris authoritate competere nunquam potest *l. Marcellus 25. inf. de fideiuss.* sed de funeraria debet intelligi de qua sola hic agitur, & qua pupillum quoque teneri æquum est, cùm ei heres extitit qui funeratus fuit, & soluendo hereditas est, Tantò magis quod is qui mãdato eius funerauit, nullam tamen contra eum mandati actionem habere potest: Idque sequens etiam versiculus demonstrabit.

d *Soluendóque hereditas est.* Ratio dubitandi. Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quia omne creditum solet præcedere, tùm quoque cùm bona soluendo non sunt *l. pen. inf.* Non debuit ergo Vlpianus distinguere an soluendo hereditas sit necne.

Dec. Cùm hereditas soluendo non est quam pupillus inconsulto agnouit, siue per aditionem, siue per immixtionem etiam tutore authore factam; restituitur pupillus ad eam omittendam *l. 1. & 2. C. si vt min. ab hered. se abstineat.* Quinimo & citra vllam restitutionem in integrum ipso iure admittitur ad abstinendum paterna hereditate, tametsi eum tutor immiscuisset *l. pen. inf. de author. tutor. l. ex contractu 44. de re iudic.* quod non videtur Accursius noster bene percepisse, putans in integrum restitutionem esse hoc casu necessariam: quod & Bartolus malè sensit ad *l. impuberibus 11. infr. de acquir. hered.* contra textum illum & *l. necessarius 57. eod. tit.* Nam de paterna hereditate Vlpianum hîc loqui probant verba illa *si heres extitit ei qui funeratus est.* Existere enim proprium est suorum heredum, & apparere, quod Græci dicunt *ἐξ αὐτῶν* *l. vlt. §. si verò perpetuo C. de curat. furios. l. in suis 11. de liber. & posthum.* non etiam extraneorum *l. in suis 14. de suis & legit.* Porrò cùm impubes paterna hereditate se abstinet, siue ante siue post immixtionem, nulla ratio est vt pro sumptibus funeris per funerariam conueniatur, cùm funus ex eo tempore abstentionis incipiat ad eum pertinere siue substitutum siue coheredem, ad quem bona defuncti cum suis commodis & incommodis pertinere incipiunt *d. l. ex contractu, l. at Prætor 7. §. sed quod Papinianus,* vbi diximus *sup. de minor.* Ex quo etiam apparet multò minùs dici posse quod idem Accursius primùm tentat dicere adiectionem hanc *soluendoq; hereditas est* abundare, quæ omnino sanè fuit necessaria.

e *Contrà si quis mandato.* Ratio dubitandi. Cùm quis mandato heredis defunctum funerauit, debet tantò magis mandatum heredis facere, vt actione funeraria teneatur, non vt tantò minùs. Quandoquidem hoc casu præter summam illam æquitatem, quæ induxit funerariam, adest etiam voluntas & factum heredis ad ipsum magis obligandum, vt si conueniatur magis de se conqueri debeat quàm de Prætore.

Dec. Actio funeraria non nisi in subsidium à Prætore comparata est, & in eum casum quo alia actio nulla siue ciuilis siue prætoria locum habere posset *§. Labeo ait,* vbi diximus *sup.* Atqui hoc casu competit actio mandati contra heredem qui mandauit, eaque actio ciuilis est, cùm ex contractu nascatur. Non ergo funeraria competere hoc casu potest, Maximè cùm sit prætoria, frustraque is qui ciuilem habet actionem desideret honorariam *l. 1. sup. de Public. in rem act.*

17 ¶Si tamen quasi negotium heredi gerens funerauit; licèt ratum non habeat: tamen funeraria eum agere posse, Labeo scribit.

Ad §. 17. Si tamen.

Ratio dubitandi. Qui defunctum funerauit quasi negotium heredis gerens, eo animo fuit vt heredem sibi obligaret, nec negari potest, quin ipsius negotium vtiliter gesserit, cùm ad heredem onus & cura funeris pertineret. Nec valde curandum est an heres ratum habeat quod hic fecit an non. Tunc enim ratihabitionem exigimus, cùm dubitari potest an negotium eius fuerit qui ratum habet, necne: Vt scilicet ratihabitione suum faciat negotium, quod alioqui esset alienum, vt in *l. si pupilli 6. §. item quæritur l. Pomponius sup. de negot. gest.* Ergo competit hoc casu negotiorum gestorum actio, Et consequenter quemadmodum superiore casu non competit funeraria, quia competit & sufficit actio mandati, Ita & in hac specie dicendum est eam non competere, quia competit & sufficit negotiorum gestorum actio.

Dec. Multùm interest an quis defunctum funerauerit

Google

peruenerit quasi negotium gerens heredis iam facti, an quasi negotium heredis futuri. Priore casu habet actionem negotiorum gestorum non funerariam, Posteriore verò funerariam non negotiorum gestorum, quia priusquàm adita sit ab extraneo hereditas sicuti heres ille adhuc non est, ita neque funeris cura & onus ad eum pertinet. Non ergo reuera geritur ipsius negotium, multò minùs defuncti, qui vt toties diximus sepeliri viuus non potuit. Cùm ergo non possit competere hoc casu negotiorum gestorum actio, dicendum est dari funerariam. Sed hoc ita si post aditionem ratum non habeat: qui vnicus casus ab Vlpiano nostro hîc significari videtur illis verbis *licèt ratum non habeat*. Nam si ratum habeat, non video cur non post ratihabitionem dari contra eum debeat negotiorum gestorum actio, vt in *d. §. idem quæritur & d. l. Pomponius in fin.* Nec enim ait Vlpianus funerariam contra eum dandam esse, licèt ratum habeat, sed licèt ratum non habeat: Vt intelligamus necessariam esse hoc casu funerariam quæ in casu ratihabitionis necessaria non est. Et ita locum hunc intelligo, Aliter quàm intellexisse videatur Accursius, qui priorem quidem illam distinctionem benè obseruauit, verum ante an post aditam hereditatem defunctum quis funerauerit tanquam negotium heredis gerens, Sed posteriorem quam addimus non obseruauit, An post aditionem ratihabitio secuta sit, necne. Iunge quæ diximus ad *l. 1. sup.* & ad *l. 3. §. hæc verba sup. de negot. gest.*

18 ¶Datur autem hæc actio aduersus eos, ad quos funus pertinuit, vt puta aduersus heredem, bonorumve possessorem, cæterosque successores.

Ad §. vlt. Datur autem.

Dictum est hucusq; quibus potiùs, quàm contra quos dari possit funeraria. Deinceps tractat Vlpianus contra quos detur. Et ait generaliter dari aduersus eos ad quos funus, id est cura & impensa funeris pertinet, id est, aduersus heredes & bonorum possessores aliósque siue ciuiles siue honorarios successores dummodò sint vniuersales, & qui à Prætore habeantur heredum loco, quales sunt omnes bonorum possessores *l. 1. & 2. inf. De bonorum possess.* Itémque is cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est fideicommissaria hereditas *§. restituta instit. De fideic. hered.* & is cui ex constitutione Diui Marci libertatum conseruandarum causa bona defuncti addicuntur, De quo apud Iustin. *in ill. tit. De eo cui libert. caus. bon. addic.* Hoc verò iam diximus ad *l. si quis sepulchrum 12. §. funus autem sup.* Inde igitur dubitandi & decidendi ratio ad hunc quoque locum petenda est. Sed heredibus aliísque successoribus iungendi sunt parens, dominus, patronus & maritus, de quibus videbimus in legibus sequentibus, vt fusiùs ad singulas dicemus.

15. POMPONIVS lib. 5. ad Sabinum.

FVneris impensam & patronus, qui bonorum possessionem petit contra tabulas præstat.

Ad l. Funeris impensam 15.

Ratio dubitandi. Patronus qui bonorum possessionem petit contra tabulas liberti, licet fiat bonorum possessor, succedit tamen in bonis liberti contra ipsius voluntatem, vt & alius quisquis succedit per bonorum possessionem contra tabulas *l. pen. C. de adopt.* Non igitur eadem ipsius ratio constitui debet quæ aliorum heredum aut possessorum qui ex defuncti voluntate succedunt, vt onus & impensam funeris æquè præstare debeat.

Dec. Perinde successor vniuersalis est qui succedit per contra tabulas, atque is qui secundum tabulas, Et quod magis est licèt succedat contra voluntatem, quia rescindit testamentum, succedit tamen ex testamento *§. sunt autem instit. de bonor. possess.* Nempe quoniam exemplo posthumi qui agnascitur, & succedendo rumpit aut rescindit potiùs testamentum & rumpendo ac rescindendo succedit. Cùm autem rescindit, adhuc tenet testamentum, Neque enim rescindi posset quod iam rescissum esset, sicut nec rumpi quod iam ruptum est, *l. nam etsi 5. inf. de iniust. rupt.* Quamuis posthumus præteritus cùm rumpit succedat ab intestato, quia rumpit ipso iure, non interueniente aliquo hominis facto, quod contrà euenit in bonorum possessione contra tabulas, Ideoque per agnationem posthumi testamentum magis propriè rumpi dicitur, non rescindi, Per bonorum verò possessionem contra tabulas rescindi, non rumpi, Quomodo & per querelam inofficiosi testamenti, quia factum hominis interuenire necesse est his duobus casibus antequam testamentum rescindatur, Prætoris scilicet in danda bonorum possessione contra tabulas, Centumuirorum autem in pronunciando testamento inofficioso. Ergo si patronus testamẽto liberti præteritus petierit bonorum possessionem contra tabulas, de qua in *tot. tit. inf. de bon. libert.* atque ita scripto heredi bona euicerit, æquum est funeraria actione teneri patronum, vt sumptus in liberti funus factos qui tam iusti sunt, vt instiores nulli esse possint, restituat ei qui funerauit *l. forem 6. §. 1. sup. si pars hered. petat.*

16. VLPIANVS lib. 25. ad Edictum.

IN eum, ad quem dotis nomine quid peruenerit, dat prætor funerariam actionem, æquissimum enim visum est veteribus, mulieres, quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari: & eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere: siue pater mulieris est, siue maritus.

Digitized by Google

Ad l. In eum 16.

Ratio dubitandi. Siue mulieris pater siue maritus sit is, ad quem dos vel tota vel pro parte peruenit, certum est non ideò esse illum heredem & successorem vniuersalem mulieris. Quid enim si filia sit, cuius dos profectitia ad patrem redire debeat ratione miserationis, ne pater & amissæ filiæ & dotis iacturam sentiat, siue filiafamilias fuerit siue emancipata *l. 5. §. profectitia l. iure succursum 6 inf. de iur. dot. l. dos à patre 4. C. solut. matrim.* Quis habeat patrem pro herede filiæfamilias aut etiam emancipatæ? Maritus verò cùm dotem sibi à muliere constitutam, & traditam retinet, quod olim perpetuum erat in dote aduentitia si non stipulatus fuisset extraneus sibi dotem reddi, quæ dos receptitia dicebatur, vt Vlp. in Fragmentis scribit *tit. de dotibus.* non alio vtique quàm dominij iure retinet. quod ei quæsitum fuerat per ipsam dotis dationem *l. 1. l. quamuis 75. infr. de iur. dot.* Ergo non quasi heres, Ac proinde nihil causæ est cur impensa funeris ad patrem aut ad maritum pertinere debeat. Præsertim si quis alius mulieris heres proponatur, vt in *l. veluti 23. infr.* Est enim hoc onus proprium heredum & successorum vniuersalium *§. vlt. l. etsi 14. supra.*

Dec. Dos proprium mulieris patrimonium esse creditur *l. 3. §. sed verum in fin. De minor.* Atqui debet de suo patrimonio sepeliri quilibet, non de alieno *l. si quis sepulchrum 12. §. Prætor ait l. & si quis 14. §. sed etsi res sup.* Meritò igitur veteribus visum est mulieres de dotibus suis quasi de propriis patrimoniis funerari *l. quod in vxorem 13. C. de negot. gest.* Et eum qui qui morte mulieris dotem lucratur in funus conferre debere pro qua parte dotem lucratur, Eum verò ad quem aliud patrimonium spectat pro reliqua parte: Vtrumque scilicet pro rata vt benè Accursius interpretatur ex *l. Celsus 22. inf.* Vnde infert, si mulier fructuaria vsumfructum in dotem marito dederit, tumque in matrimonio decesserit, atque ita vsusfructus cum proprietate sit consolidatus, non teneri maritum quicquam conferre in funus, quia nihil emolumenti ob dotem habere videtur, quia etsi vxorem eam non duxisset, fructuariæ morte finitus vsusfructus ad proprietatem rediret vt subtiliter Vlpianus ratiocinatur in *l. cùm in fundo 78. vers. Quòd si in matrimonio inf. de iur. dot.*

17. PAPINIANVS lib. 3. Responsorum.

SEd si nondum pater dotem reciperauerit: vir solus conuenietur, reputaturus patri, quod eo nomine præstiterit.

Ad l. Sed si nondum 17.

Ratio dubitandi. Dos profectitia redit ad patrem mortua in matrimonio filia siue fuerit in patris potestate siue emancipata *l. dos à patre 4. C. solut. matr.* Et quidem ratione miserationis ne pater & amissæ filiæ & dotis iacturam sentiat *l. iure succursum 6. inf. de iur. dot.* Ergo & ad patrem spectare debet onus & impensa funeris, vt, quod secundum naturam est, ad eum spectent incommoda ad quem spectant commoda *l. secundum naturam 10. inf. De regul. iur.* Cùm impensa funeris sit æs alienum dotis, vt subiicitur in *l. seq.*

Dec. Quemadmodum ibi dos esse debet, vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui 56. §. 1. De iur. dot.* Ita & vbi dos est ibi & onera dotis esse debent. Atqui dos etiam profectitia quamuis patri restituenda, tamen quousque restituta sit, penes maritum est, & quidem iure dominij. Nec enim dominium profectitiæ dotis minùs transfertur in maritum quàm dotis aduentitiæ: Cùm nemo sit qui dotem marito tradat eo magis voto, vt dos perpetuò sit penes maritum, quàm pater *l. 1. eod. tit. de iur. dot.* Nec eo minùs quid nostrum verè dicitur quod dominium eius abire à nobis aliquo casu possit *l. non ideò 66. sup. de rei vindic. l. plerumque 205. de regul. iur.* Ad maritum ergo spectat, vt funeris impensam præstet, cùm habeat dotem ex qua mulier funeranda est. Nec tamen ea res ipsius oneri & detrimento cedit, quia cùm pater dotem recuperabit, tantò minus ei maritus ex dote restituturus est. Reputabit enim quicquid eo nomine impenderit *l. similiter 29. t. inf. hoc tit.*

18. IVLIANVS lib. 10. Digestorum.

IMpensa enim funeris æs alienum dotis est.

Ad l. Impensa 18.

Ratio dubitandi: Impensa funeris æs alienum hereditatis est *l. & si quis 14. §. vlt. sup.* Ergo non dotis: Nec enim dos hereditas est, nec pars hereditatis, sed acquisitionis titulus singularis: Alioqui maritus qui dotem lucraretur, etiam creditoribus mulieris respondere teneretur: quod tamen falsum est, nec si creditores, dotis constitutionem præcesserint *l. mulier bona 72. inf. de iur. dot.* sed ad heredis onus ea res pertinet *l. licet. dos 27. C. eod.*

Dec. Funeris impensa non tantùm hereditatis sed etiam patrimonij onus est, quia de suo quisque sepeliri debet non de alieno *l. si quis sepulchrum 12. §. Prætor ait l. & si quis 14. §. sed si res legata sup. hoc tit.* Atqui dos veluti patrimonium mulieris est, Vt diximus ad *l. in eum 16. sup.* Ergo impensa funeris etiam dotis æs alienum est.

19. VLPIANVS lib. 13. ad Edictum.

IDeóque etiam dos sentire hoc æs alienum debet.

Ad l. Ideóq. 19.

Hæc lex nihil nisi illationem quandam continet ex eo quod scriptum est in lege præcedente. Nam si verum est, vt est, impensam funeris æs alienum dotis esse, Bona est consecutio vt hoc æs alienum etiam dos sentire debeat. Neque aliam vel dubi-

tandi vel decidendi rationem recipit hæc illatio. Nisi quis velit addere, dotem tùm quoque cùm in corporibus data est, in iure tamen non in corpore consistere, & ideò facilè diminutionem recipere ipso iure, licèt non ipsa in re *l. quod dicitur 5. infr. de impens. in reb. dotal. fact.* secundum illius loci emendationem quam nos attulimus *lib. 1. Coniect. cap. 2.* Esset enim absurdum dicere diminutionem corporum fieri propter pecuniam, sed non æquè dicere diminutionem fieri dotis, ipso iure, *l. si is qui 56. §. vltim. infr. de iur. dot. l. cogi 16. §. inde quæritur ad SC. Trebell.*

20. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

NEratius quærit: si is, qui dotem dederat pro muliere, stipulatus est duas partes dotis reddi, tertiam apud maritum remanere pactus sit, ne quid maritus in funus conferret: an funeraria maritus teneatur. & ait, si quidem ipse stipulator mulierem funerauerit, locum esse pacto [a], & inutilem ei funerariam fore: si verò alius funerauit: posse eum, maritum conuenire[1]: quia pacto hoc publicum ius infringi non possit. quid tamen, si quis [b] dotem hac lege dederit pro muliere, vt ad ipsum rediret, si in matrimonio mortua esset, aut quoquo modo soluto matrimonio? nunquid hic in funus non conferat? sed cùm dos morte mulieris ad eum peruenerit: potest dici conferre eum.

Ad l. Neratius quærit 20.

Ratio dubitandi. In datione dotis vt & in traditionibus aliarum rerum, quodcunque pactum interpositum sit, id valere certum est *l. in traditionibus 48. sup. de pact. l. cùm dos 7. inf. De pact. dotal.* Præsertim ex parte & in vtilitatem mariti, qui decipiendus non est, cùm non alia lege vxorem ducturus fuerit *l. si donaturus 9. §. 1. infr. De cond. caus. dat. l. purè 5. §. pen. infr. De doli mal. except.* Videtur enim pactum hoc, vt maritus nullam expensarum funeris vxorij partem præstet, efficere partem quandam dotis, quomodo si tale pactum esset appositum in venditione efficeret partem precij *leg. fundi partem 79. de cont. empt. l. si sterilis 21. §. si tibi de action. empt. l. seruus ea lege 6. §. 1. infr. de seru. export.* Vt scilicet tantò maiorem & ampliorem dotem habuisse maritus videatur, quantò minùs ei onerosa futura sit. Ergo is qui dotem dedit pro muliere & stipulatus est quod olim plerumque fiebat duas partes dotis sibi reddi, Tertiam autem partem apud maritum remanere, pactus sit ne quid maritus in funus conferret, dicendum est omnimodo standum esse pacto, siue stipulator ille sit, qui funerauit, siue alius quilibet ne vllo modo vlloque casu funeraria conueniri possit.

Dec. Ius publicum priuatorum pactionibus infringi nunquam potest *l. ius publicum 8. sup. de pact. l. 1. §. si inter magistratus infr. de magistr. conuen. l. quod bonus 55. §. 1. ad leg. falc.* Nec enim priuatorum cautiones & conuentiones legum authoritate censentur, inquit Papin. in *l. vlt. inf. de suis & legit.* Et prætereà generaliter placet, pacta inter quosdam inita, aliis neque prodesse posse neque nocere *leg. si vnus 27. §. pacta quæ turpem vers. ante omnia sup. de pact.* Atqui ius publicum ita comparatum est, vt ei qui alium funerauit, dari debeat actio funeraria, vt qui funeratus est nō de alieno, sed de suo funeratus sit. Non igitur pactum hoc ita vt diximus conceptum inter eum, qui dotem constituit & maritum, afficere debet tertium qui mulierem funerauerit, nec eo nomine cum marito quicquam pactus sit. Sic in *l. controuersiæ 14. sup. de transact.*

a *Locum esse pacto.* Ratio dubitandi. Ius publicum nullis priuatorum pactionibus infringi aut violari potest, sicuti modò dicebamus ex *l. ius publicum 38. sup. de pact.* Ergo nec ipsi stipulatori pactum hoc nocere debet, non magis quàm alij cuilibet.

Dec. Pactum quod iuri publico derogat, licèt in præiudicium fisci aut alterius tertij non valeat, inter ipsos tamen paciscentes seruandum est dum ne sit contra leges aut contra bonos mores *l. inter debitorem 42. l. epistola 52. §. pactum sup. de pact.* Tale autem pactum est de quo tractamus, quia licet funerariam Prætor ei promittat qui funerauit, etiam in maritum ad quem dos siue tota, siue pro parte peruenerit, Non tamen prohibet quin hoc onus funeris alius in se possit suscipere si velit, Multò minùs quin is totum onus suscipiat ad quem tamen non tota dos, sed pro parte tantùm peruentura est vt in proposito. Cùm ergo is qui ita paciscitur in sui præiudicium, nihil faciat contra edictum Prætoris, vtique pacto stare ipse cogitur. Itaque si verum amamus, ratio quam ex Neratio adfert hîc Vlpianus *quòd hoc pacto ius publicum infringi non posſit* non tam germana est, quàm illa quæ à nobis allata, & cùm hac necessariò coniungenda est, quod pactum inter alios initum aliis neque prodesse debeat, neque nocere.

b *Quid tamen si quis.* Ratio dubitandi. Indefinita passim æquipollet vniuersali *l. si plures 98. de legat. 3.* Ergo si quis pro muliere dotem hac lege dederit, vt ad ipsum dos rediret si in matrimonio mortua esset mulier, aut quoquomodo soluto matrimonio, perinde haberi debet acsi pactus esset totam dotem sibi reddi ac proinde nullo funeris vxorij sumptu diminutam. Non enim tota dos potest restitui, quæ per impensam funeris diminuitur *l. quod dicitur 5. de impens. in reb. dotal. fact.*

Dec. Non potest hic qui dotem constituit negare, quin ex morte mulieris dos ad eum redeat, atque ita dotis lucrum sentiat. Ergo neque recusare debet, quin conferat in funus vxoris, aut in totum si tota dos ad eum redierit, aut pro parte si aliud patrimonium, & in eo heredem aliquem mulier habuerit, Qui casus hîc tractari potiùs videtur. Neque enim sibi quis vnquam conferre dicitur sed alteri, *Tot. tit. de collat.*

1 ¶ Si maritus lucratur dotem, conuenietur funeraria: pater autem non. Sed in

hunc casum puto, si dos, quia permodica fuit, in funus non sufficit, in superfluum in patrem debere actionem dari.

Ad §.1. Si maritus.

Rario dubitandi. Debent huc parentes liberis turbato mortalitatis ordine vt liberos suos funerent, sicut & liberi hanc pietatem debent parentibus, non inspecto eo an liberi, aut parentes prædefuncti habeant vnde funerentur, aut non habeant, idque est quod dici solet, Funus filij esse æs alienum patris *l. filiusfamilias togam 19. inf. de in rem vers. & l. prox. infr.* Quidni verò cùm etiam serui funus sit æs alienum domini *l. si filiusfamilias 31. §. 1. infr. hoc tit.* Ergo etiamsi maritus lucretur dotem datam filiæ ex pacto inito cum patre, danda est actio funeraria in patrem, vt maritus etiamsi dotem habeat quam lucratus est, non nisi in subsidium teneatur. Dec. Est funus filij æs alienum patris ita demùm si filius aut filia nullum patrimonium habeat ex quo funeretur: De suo enim quemque sepeliri oportet, quantum fieri potest, non de alieno *l. si quis sepulchrum 12. §. 1. l. & si quis 14. §. sed si res sup. hoc tit.* Atqui dos est proprium quodammodo patrimonium filiæ, etiam in potestate patris constitutæ *l. in eum 16. supr. l. 3. §. sed vtrum supr. de minor.* Ergo de dote funerari debet filia non de bonis patris, & consequenter ad maritum id onus pertinere debet ad quem dos ex pacto peruenit, non ad miserum patrem, qui & filiæ, & dotis amissæ iacturam patitur *d. l. in eum.* Impensa namque funeris magis æs alienum est ipsius dotis quàm patris *l. impensa 18. sup.* Nam nec filium alere pater cogitur si quid habeat filius vnde se alat *l. si quis à liberis 5. §. sed si filius possit se exhibere inf. de agnosc. & alend. liber.*

a *Sed & in hunc casum.* Ratio dubitandi. Funeris impensa æstimari debet modumque accipere ex dignitate & facultatibus eius personæ quæ defuncta est *l. & si quis 14. §. hæc actio sup. & l. prox. infr. hoc tit.* Ergo si permodica sit dos quam maritus lucratus est & ex qua debet funerari filia, modica quoque esse debet impensa funeris, ne ipsam dotis quantitatem possit excedere, Vt proinde ociosa videatur esse quæstio, & inutilis an in superfluum dari debeat actio contra patrem si dos non sufficiat.

Dec. Posset fieri vt impensa funeris tam esset modica, si ex dotis quantitate æstimaretur, vt futura esset contumeliæ mulieri, cuius dignitas ex patris aut potiùs mariti dignitate æstimanda, maiorem longè impensam funeris desideraret *l. & si quis 14. §. iudex sup. hoc tit.* Hoc igitur casu non sufficiente dote, æquum est in superfluum teneri patrem subsidiariè, Quomodo &, quod magis mirum est, non sufficientibus facultatibus patris ad funerandam pro dignitate filiam, maritum etiam qui nullam dotem accepit, aut qui nihil ex dote lucratus est in subsidium teneri æquum est, ne iniuria eius videatur quondam vxorem ipsius insepultam relinqui *l. quòd si nulla 28. infr. eod.* aut quod proximè accedit, minùs honorificè sepeliri.

2 ¶ Cum materfamilias decedit, nec est eius soluendo hereditas: funerari eam ex dote tantùm oportet. & ita Celsus scribit.

Ad §. vlt. Cùm materfamilias.

Ratio dubitandi. Quoties mulier quæ decedit & dotem & hereditatem habet, tam ex dote quæ penes maritum remanet, quàm ex cæteris mulieris bonis pro parte funeranda est, vt ex Celso Vlpianus scribit in *l. Celsus 22. inf.* Secum igitur Celsus pugnauit, si etiam id scripsit quod idem Vlpianus hîc refert, Cùm materfamilias decedit nec eius soluendo est hereditas, funerari eam ex dote tantùm oportere. Et verò cur distinguimus an soluendo sit hereditas necne, cùm impensa funeris præcedat omne creditum *l. pen. inf. hoc tit.*

Dec. Id semper agendum & curandum est quantum fieri potest, vt creditoribus omnibus satisfiat, ne propter impensam funeris creditores in damno morentur. Vt verò id fiat cùm soluendo non est hereditas matrisfamilias quæ dotem etiam habet, necesse est impensam funeris ex sola dote deduci, tanquam quæ solius dotis æs alienum sit hoc casu non totius patrimonij. Nam cùm bona dicantur deducto ære alieno *l. non possunt 11. de iur. fisc. l. mulier 70. de iur. dot.* apparet nulla in effectu alia esse bona ex quibus deduci impensa possit. Proinde non potest conqueri maritus vllam sibi fieri iniuriam tametsi ex dote sola præstetur tota impensa funeris, quasi nullo alio patrimonio per mulierem relicto. Maximè verò cùm maritus de dote respondere creditoribus hereditariis non teneatur *l. licèt dos 27. C. de iur. dot.* Ita ergo fit vt non solùm creditoribus & dignitati funeris optimè consulatur, sed etiam marito. Est autem semper optima illa interpretatio per quam fit vt vtrique parti bene prospiciatur *l. ex his 8. in fi. sup. quæ in fraud. credit.*

21. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

IN patrem, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate & facultatibus.

Ad l. In patrem 21.

Ratio dubitandi. Potuit etiam iure vetere filiusfamilias habere quædam bona propria non tantùm castrensis, aut quasi castrensis peculij, vt in *l. si filiusfamilias 31. in princ. inf.* sed etiam aduentitia si quo fortè casu pater ea sibi per filium acquiri noluisset vt in specie *l. 4. §. sed & filiusfamilias sup. de edend. l. cogi 16. § si pater l. Imperator 50. infr. ad SC. Trebell. l. 1. C. qui admitt. ad bonor. poss. l. cùm heres 52. inf. de acquir. hered.* Ergo non absolutè dari funeraria debet aduersus patrem, sed sub illa condicione, si filiusfamilias nulla alia bona reliquerit, Quemadmodum dicimus de filia dotem & aliud patrimonium habente, *leg. in eum 16. supr.*

Dec.

Digitized by Google

Dec. Quicquid acquirit filiusfamilias inspecto iure vetere acquirit patri, ita vt ne momento quidem temporis acquisitus in persona filij consistat *l.1.inf.si à parent.quis manum.sit.l. placet 79.de acquir.hered.* Necesse igitur est filiumfamilias mortuum aut funerari de patrimonio patris, aut manere insepultum: quod dedecori & ignominiæ esset patri, cuius ob tam causam æs alienum esse dicitur funus filij *l.filiusfamilias 19.inf.de in rem vers.* Multoque magis quàm funus serui æs alienum domini *d. l. si filiusfamilias §.1.inf. hoc tit.* quia cùm filiusfamilias sit bonorum paternorum quodammodo dominus iam viuo adhuc patre *l.in suis 11.de liber.& posthum.* de suo patrimonio non de alieno funerari videtur filius, qui de paterno funeratur. Planè si quando contingat filiumfamilias aliquid habere proprium siue volente siue inuito etiam interdum patre, vt in supradictis legibus, non nego debere illum ex iis potiùs bonis funerari, sicut & viuus ex iisdem alendus esset *l.si à liberis 5.§.sed si filius inf.de agnosc. & alend. liber.* Scilicet si pater noluerit ea bona quæ filiusfamilias reliquit ad se pertinere eaque iure peculij occupare: Alioqui cùm possit ea non tanquam hereditatem sed tanquam peculium, nec vt heres, sed vt pater vindicare, quod etiam in castrensi peculio filij intestati facere posset *l.1.& 2.inf.de castrens. pecul. l.vlt. §.1.ad SC.Tertyll.* semper verum est ex bonis paternis funerari filium, etiam cùm ex illis quæ propria habuit, funeratur: Nulla enim casu potuit filiusfamilias iure vetere heredem habere, nec patrem ipsum, nisi in peculio castrensi & facto demùm testamento. Æstimatur autem hæc actio funeraria ex facultatibus non filiifamilias quæ nullæ sunt *l.lex Cornelia 28.ad fi.de vulgar.& pupill.substit.* sed patris: Ex dignitate autem & patris & filij quæ vna & eadem esse creditur, non diuersa.

22. VLPIANVS lib. 25. ad Edictum.

CElsus scribit: Quoties mulier decedit: ex dote quæ penes virum remanet, & cæteris mulieris bonis, pro portione funeranda est.

Ad l.Celsus scribit 22.

Ratio dubitandi. Impensa funeris æs alienum dotis est *l.impensa 18.sup.* Ergo ex dote tantùm deduci debet non ex reliquo mulieris patrimonio.

Dec. Onus est non minùs hereditatis quàm dotis, Est enim onus totius patrimonij. Ergo si mulier decedat, quæ dotem habuit marito acquisitam ex pactis dotalibus & alia bona in quibus alium quàm maritum heredem habeat, tam ex dote quàm ex aliis bonis pro rata portione funeranda erit. Nam & si vir ipse vxori heres extiterit, & in funus eius impenderit non videbitur totum quasi heres impendisse, sed deducto eo quod quasi dotis nomine quam lucrifacit conferre debuit. Vt scilicet tantò minus detrahat legatariis in computatione legis falcidiæ *l.si vir vxori 6.inf.ad leg.falcid.* Excipe casum *l.Neratius 20.§.vlt.* vbi dixi *sup.* Iunge *l.in eum 16.* & quæ ibi quoque diximus *sup.*

23. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

VEluti si in dotem centum sint, in hereditate ducenta: duas partes heres, vnam vir conferet.

Ad l.Veluti 23.

¶ Exemplum est eius quod in lege præcedente dictum est, Quoties mulier quæ decessit dotem & alia bona habuit, tam ex dote quàm ex cæteris bonis funerandam eam esse. Ergo nec dubitandi nec decidendi ratio alia quærenda est quàm quæ allata fuit ad legem præcedentem. Sed illud tamen monendum, quod nec Accursius prætermisit, eo casu quo maritus propter dotem tenetur funeraria, non esse tamen conueniendum suprà quàm facere possit: quia nec iudicio de dote in plus conueniretur *l.sic pro rata 27.§.vlt.infr. l. non tantùm 20.infr. de re iudic.* Retinet ergo maritus priuilegium suum etiam aduersus funerariam, quia nec alio colore aut iure tenetur funeraria, quàm quia dotem lucratus sit & quatenus lucratus est. Eatenus autem lucratus intelligitur quatenus præstare mulieri teneretur si conueniretur, quomodo Vlp. noster argumentatur in *d.§.vlt.*

24. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

IVlianus scribit, non deductis legatis.

Ad l.Iulianus 24.

Sensus est, In computanda portione quam ad funus vxoris conferre heres debet non deduci legata quæ ex mulieris testamento præstare debet, Vt scilicet minuant portionem quam ex hereditate præstare cogitur, & tantò magis onerent maritum, quod esset iniquum.

Ratio dubitandi. Tenetur heres legata præstare legatariis non minùs quàm impensam funeris, Nec videtur heres mulieris habere aliud ex hereditate, quàm quod superest deductis legatis & preciis seruorum manumissorum, id est quos heres & emere & manumittere iussus est & omni ære alieno *l. cogi 16.§.inde quæritur inf.ad SC.Trebell.* Ergo hæc omnia deducenda sunt.

Dec. Hereditas nomen iuris est *l.hereditas 30.sup. de hered.petit.* continetque commoda & incommoda omnia, nec minùs æs alienum defuncti, quàm quod ipsi debitum fuit, *leg. hereditatis 119. de verbor. signific. leg.1. & 2. de bonor.possess.* Nec potest intelligi hereditas si legatorum, & æris alieni onus

deducatur *d.§.inde quæritur.* Nulla igitur deductio istorum ab herede facienda est. Vnde etiam est quòd cùm alicui pars hereditatis legata est, nihil istorum perinde deducitur, quomodo deduceretur si pars bonorum legata esset *l.si quis seruum 8.§. vlt.& l.seq.inf.de legat.2.*

25. PAVLVS libro 27. ad Edictum.

NEc preciis manumissorum.

26. POMPONIVS libro 15. ad Sabinum.

NEc ære alieno deducto.

Ad l.Nec preciis manumissorum 25.& seq.

Ratio dubitandi ad has leges duas eadem est quæ ad *l.prox.sup.* nec proinde alia explicatione indigét. Nam non magis precia seruorum manumissorum deduci ex hereditate debét, aut æs alienum, quàm legata, de quibus in lege præcedente, quæ tamen omnia ex bonis deduci possent & deberent, quia nec bona propriè dicuntur nisi deducto ære alieno *l.subsignatum 39.§.bona.De verb.signif.l.bonorum 49.l.propriè 83.eod.l.non possunt 11.De iur.fisc.*

27. VLPIANVS lib. 25. ad Sabinum.

SI pro rata & maritum, & heredem conferrè in funus oportet.

Ad l.Si pro rata 27.

Initium huius legis nihil nisi repetitionem continet eius quod dictum est in legibus præcedentibus, Sumptum funeris ad maritum, & ad heredem mulieris pro rata pertinere: Quod quam rationem habeat, & quomodo accipiendum sit, iam explicauimus, & quam differentiam ius hac parte constituat inter funus, & cætera mulieris debita, quæ scilicet ad onus dotis & mariti nunquam pertinent *l.licèt dos 27.C.de iur.dot.*

1 ¶Maritus funeraria non conuenietur, si mulieri in matrimonio dotem soluerit, vt Marcellus scribit: quæ sententia vera est. In his tamen casibus, in quibus hoc ei facere legibus permissum est.

Ad §.1.Maritus.

Ratio dubitandi. Restitutio dotis facta constante matrimonio donationis instar obtinet, ideoq; nec maritum liberat, quominùs etiam soluto matrimonio ad nouam eius restitutionem teneatur, quoniam & maritus agere confestim potest vt eadem dos sibi restituatur *l.vnic. Cod si dos constant. matrim.solut sit.* Ergo neque maritum liberare potest quominùs funeraria conueniatur.

Dec. Non alio casu tenetur maritus conferre in funus vxoris, quàm quo lucratur dotem aut totam aut pro parte, quia scilicet impensa funeris vxoris, æs alienum dotis est *l.impensa 18.sup.* Atqui nihil ex dote lucratus est maritus qui constante adhuc matrimonio totam dotem vxori suæ restituit, Ergo nec impensam funeris præstare debet. Et ita Vlpianus hic ex Marcello scribit, Marcellique sententiam veram esse ait, in his demùm casibus in quibus marito permissum est doté restituere constante quoque matrimonio. Sunt enim quidam casus in quibus causa legitima esse creditur dotis etiam constante matrimonio restituendæ *d.l. vnic. C.si dos constant.matrim.solut fuer.* puta si dotem accipiat mulier vt æs alienum soluat, aut prædia idonea emat: Item vt liberis quamuis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus consulat, vel vt eos ab hostibus redimat, vel à latronibus, vel vt aliquem de necessariis suis à vinculis vindicet, *l.quamuis 20.& seq.infr.solut.matr.* Multò magis vt se suosque alat *l.mutus 73.§.1.l.vlt.infr.de iur.dot.* Iunge *l.1.§.Celsus inf.de dot.relegat.* & *Nouell.22.de nupt.c.39.§.dotes autem.* Sed noli cum Accursio superioribus casibus illum iungere, si maritus vergat ad inopiam, ex *l.in rebus 30.& l.vbi adhùc 29. Cod.de iur.dot.l.si constante 24.infr.solut.matr.* Hoc enim casu non tam dos restituitur propriè quàm in tuto collocatur. Vnde & à pragmaticis & interpretibus nostris vocatur illa dotis assecuratio, barbaro quidem, vt solent, nomine, sed significantiore. Sicut & aliquando ex iusta causa dos sequestranda est *l.si cùm dotem 22. § sin autem in furiosissimo 8.eod* Etsi totus is locus Triboniani certè est, non Vlpiani, vt alibi docuimus.

2 ¶Prætereà maritum puto funeraria in id demum teneri, quod facere potest. id enim lucrari videtur, quod præstaret mulieri, si conueniretur.

Ad §.vlt.Prætereà.

Ratio dubitandi. Impensa funeris æs alienum dotis est *l.impensa 18.supr.* & quidem totius dotis siue illa nullum aliud sit mulieris patrimonium, adeoque interdum etiamsi aliud sit, & aliqua mulieris hereditas, vt in specie *l.Neratius 20.§.vlt.* vbi diximus *sup.* Ergò tametsi maritus non possit facere, vt dotem solidam restituat, si restituenda dos esset, cùm tamen totam eam ita lucratur vt nullam eius partem restituat, totum funeris onus sentire debet quantum sentiret si in solidum soluendo esset, Præsertim cùm sibi quisque soluendo esse intelligatur etiam qui alias soluendo non esset *l. quærebatur 82. vers.sed cùm debitori inf.ad leg.falcid.*

Dec. Maritus non tenetur ad funus vxoris regulariter nisi propter dotem. Nec propter dotem nisi quatenus lucratur ex dote, vt quatenus sentit commodum, sentiat etiam incommodum, ex regul.*l.secundùm naturam De regul.iur.* Atqui non lucratur ex dote nisi quatenus restituere teneretur si iudicio de dote conueniretur. Porrò si conueniretur

veniretur, haberet priuilegium ne supra quàm facere posset condemnari deberet. Est enim maritus ex iis personis quibus ob reuerentiam eis debitam indulgetur ne conueniantur nisi in quãtum facere possunt *l. sunt qui 16. cum seqq. l. nõ solùm 20. & seqq. inf. de re iud.* Nec igitur onerandus est impensa funeris nisi in quantum facere potest: Vt non minùs gaudeat suo priuilegio aduersus funerariam quàm aduersus actionem ipsam De dote, cæterasq; omnes actiones. Nõ solùm enim dotis nomine habet hoc priuilegium, sed ex quocunque alio contractu ab vxore conueniatur? vt scriptum est in *d. l. non solùm.* Quantò magis si non ex contractu suo aliquo, sed tantùm ex æquo & bono conueniatur, vt in funeraria? Nam & priuilegium illud nascitur ex æquitate, quæ non minor est nec minùs fauorabilis, quàm illa quæ funerariam inducit. Sunt enim certæ personæ quibus reuerentiam exhiberi non tantùm priuatim, sed etiam publicè interest, quòd ea reuerentia non tantùm publicæ honestatis, quæ ipsa per se sufficeret, causam adnexam habeat, sed etiam pietatis. Ideò autem dixi maritum non teneri ad funus vxoris nisi propter dotẽ *regulariter*, quia interdum etiamsi nulla sit dos, tenetur tamen maritus vxorem funerare si aliunde nihil sit ex quo funerari possit, ipso etiam patre fortassis existente non soluendo: Ne iniuria eius & contumelia videatur quondam vxorem ipsius insepultam relinqui, vt scriptum est in *l. prox. seq.* Dixi ad *d. l. Neratius 20. §. 1. in fi. supr.*

28. POMPONIVS libro 15. ad Sabinum.

QVòd si nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem præstare debere; Atilicinus ait: aut heres eius mulieris, putà emancipatæ [a]. quòd si neque heredes habeat [b], neque pater soluendo sit: maritum, in quantum facere potest, pro hoc conueniri: ne iniuria eius videretur, quondam vxorem eius insepultam relinqui.

Ad l. Quòd si nulla 28.

Ratio dubitandi. Maior videtur coniunctio esse inter vxorem & maritum, quàm inter patrem & filiam propter indiuiduam illam vitæ societatem ac totius diuini humaniq; iuris communicationem quæ per matrimonium contrahitur *l. 1. infr. de rit. nupt.* Cuius tanta vis & potestas est, vt nec permittendum sit patri prætextu patriæ potestatis matrimonium bene concordans turbare, vt eleganter scriptum est in *l. 1. §. vlt. inf. de liber. exhib.* Vt nec pagani & Ethnici ignorasse videantur, quod Christiani ex ore Dei acceptum prædicant *Relinquet patrem suũ & matrem suam, & adhærebit vxori suæ.* Mortua ergo muliere superstitibus patre & marito si nullam illa dotem, nullúmque patrimonium reliquerit, vndè funeretur, an non æquius est vt mariti, quàm vt patris sumptibus funeretur? Nam nec magis commodum ad patrem quàm ad maritum peruenit ex morte filiæ quæ nec dotem nec patrimonium vllum moriens habuit. Dec. Debent hoc liberi parentibus, vt quos in lucem produxerunt turbato posteà mortalitatis ordine terræ reddant & sepulturæ tradant: nec minùs filiam quæ nupta fuit, quàm si innupta mansisset, cùm pater per nuptias filiæ non amittat patriam potestatem *d. leg. 1. §. vlt. de liber. exhib.* Maritus verò licèt soluto matrimonio etiam per diuortium, non idcircò transacti matrimonij honorem ac memoriam negligere debeat *l. 2. inf. rer. amot.* multoq; tc minùs si mulier in matrimonio decesserit *l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2.* attamen coniunctionem illam & indiuiduam vitæ societatem quàm cum vxore habuerat amittit: Nec proinde sumptibus funeris onerandus est, si mulier patrem superstitem reliquerit cuius facultates in eam rem possint sufficere. Omnem igitur impensam funeris patrem præstare æquum est, vt ex Atilicino Pomponius hic scribit.

a *Aut heredes eius mulieris puta emancipata.* Rectè emancipatæ. Nam filiafamilias olim, nullo casu heredem habere potuit ne quidem in dote, nec magis in aduentitia quàm in profectitia, vt pluribus à nobis probatum est *lib. 14. Coniectur.* Hodie tamen habet heredem in bonis propriis vt & filiusfamilias quilibet, & consequenter etiam in dote, non tamen profectitia sed aduentitia. Nullam autem habet hic casus dubitationem, quin onus funeris ad heredes filiæ emancipatæ pertineat, vt & ad heredes quoscunque defuncti cuiuslibet.

b *Quòd si neque heredes habeat.* Ratio dubitandi & decidendi eadem ferè est quæ ad *l. sed cum 16. & l. Neratius 10. supr.* Sed specialior ad hunc versic. illa dubitandi ratio adferri potest, quòd maritus non soleat teneri ad funus vxoris nisi propter dotem & pro rata dotis quam locratur, vt scriptum est in supradictis locis, & in lege proximè præcedente: Ergo si maritus nullam ab vxore dotem habuerit, nihil causæ est cur maritus in funus conferre quicquam debeat, nec si pater mulieris superstes soluendo non sit, nec illa heredes vllos reliquerit. Dec. Iniuriæ esset & contumelia mariti si eius quondam vxor insepulta iaceret. Nulla ergo ei fit iniuria si per funerariam conueniatur, vel ob hoc ipsum ne alioqui patiatur iniuriam. arg. *l. mulier 22. §. cùm proponeretur inf. ad SC. Treb.* Melius igitur est marito quod ad funerariam actionem pertinet, vt non possit facere in solidum quàm vt nullam dotem habeat, quoniam cùm nihil facere potest nullomodo tenetur, nullóque casu, siue dos aliqua sit, siue nulla. Cùm autem facere potest tenetur saltem in specie huius legis cùm nullam dotem habet. Sed melius ei est teneri funerariam quàm non esse soluendo, tum quoque cùm nullam dotem habet. Sed hoc ita si mortis tempore fuerit mulier in matrimonio. Nam si iam diuerterit, non ideò quod vxor aliquando fuerit, onerari debet maritus quondam vxeam funeret aut pro eius funere quicquam præstet ei qui funerauit. Nec si dotem lucrifaciat *l. prox. infr.*

29. GAIVS libro 19. ad Edictum Prouinciale.

SI mulier post diuortium alij nupta decesserit, non putat Fulcinius priorem maritum, licèt lucri dotem faciat, funeris impensam præstare.

Ad l. Si mulier 29.

Ratio dubitandi. Maritus tenetur ad funus vxoris propter dotem quam lucratur, & quatenus ex ea lucratur, Vt sentiat commodum, qui sentit incommodum, *l. Neratius 20. leg. sic pro rata 27. sup.* Ergo si prior maritus dotem lucrifaciat licèt decesserit mulier post diuortium & iam alij nupta, teneri tamen debet ad funus mulieris, Vel ob hoc maximè quòd impensa funeris dicitur æs alienum dotis *l. impensa 18. sup.*

Dec. Eo demùm casu maritus ex dote vxorem funerare cogitur cùm lucratur dotem ex morte mulieris. Non enim de funeris impensa quærendum est ante funus, Et impensa funeris onus alienum est eius dotis quę moriente muliere dotis nomen habet, ac retinet. Ergo si mulier à primo viro siue causa quod plerunque olim eueniebat, diuerterit atque ita dotem amiserit quę aut ex pacto dotali aut ex legibus lucro mariti cesserit, non est cogendus prior maritus vt in funus vxoris apud alium maritum posteà mortuæ quicquam conferat, quia licèt dotem lucrifecerit non tamen habet iam eam tanquam dotem, sed tanquam proprium patrimonium in quo nihil amplius iuris habeat mulier post amissam dotem defuncta. Nec lauè prioris matrimonij iura mulier retinet nisi quoad alij nubat *l. vlt. C. de bon. matern.* si non specialiter ius contrarium impetrauerit à Principe, quantum ad dignitatem scilicet, vt in *l. vlt. sup. de Senator.* sed non quantum ad dotem. Similiter, inquit Accursius, si libertus meus factus sit seruus alterius, deinde à nouo domino manumissus, in bonorum possessione contra tabulas vincet me posterior patronus *l. si libertus meus inf. de bon. libert.*

1 ¶Is, qui filiamfamilias funerauit antequam dos patri reddatur, cum marito rectè agit: reddita dote, patrem obligatum habet. vtique autem, si cum marito actum fuerit, is eo minus patri mulieris restiturus est.

Ad §. 1. Is qui filiamfamilias.

Ratio dubitandi & decidendi ad hunc §. eadem est quæ ad *l. sed si nondum 17. sup. hoc tit.* vbi id ipsum dicitur, quod in hac lege, Etiam illo casu quo filiæ dos redit ad patrem, cum in matrimonio defuncta est filia, antequam tamen dos patri restituta sit, posse cum marito agi funeraria: tanquam qui interim sit non tantùm possessor sed etiam dominus dotis, Post redditam verò dotem agendum esse cum patre, Sed eo casu quo priùs actum fuerit cum marito, si is posteà conueniatur à patre tantò minus ipsum restiturum, quia patri reputabit quod ex causa funeris præstiterit, vt scriptum est in *d. l. si nondum.*

30. POMPONIVS lib. 15. ad Sabinum.

COntrà quoque, quod pater in funus filiæ impendit, aut, alio agente secum funeratiria, præstitit: ipse actione de dote à marito recipit.

Ad l. Contrà quoque 30.

Ratio dubitandi. Si maritus in hac specie propter pactum cum socero initum lucratus est dotē, quæ prima Accursij nostri interpretatio est, quænam potest ei actio de dote contra maritum competere? Nisi fortè cum Accursio respondeas dixisse hic Pomponium actionem de dote impropriè pro funeraria, quod est ridiculum. Quòd si mariti lucro dos non cessit, sed ad patrem redit, Cur ei permittamus repetere impensam funeris à marito cùm pater ipse hoc casu teneatur funeraria, tanquam ad quem commodum dotis hoc casu redierit, in solatium amissæ filiæ *l. in eum 16. sup. l. iure succursum 6. inf. de iur. dot.*

Dec. Plerunque accidebat olim vt tùm quoque cùm dos profectitia morte filiæ redibat ad patrem non statim dos à marito restitueretur, sed annua bima, trima die, id est tribus diuisis solutionibus, quod erat tempus statutum legibus si non aliud conuenisset *l. vnic. §. exactio C. de rei vxor. act. l. Attilicinus 17. infr. de pact. dotal.* vbi dicitur quod summè notandum est posse hoc casu meliorem fieri conditionem dotis per pactum, vt citeriore & propiore die dos reddatur, deteriorem non posse vt vlteriore. Hoc verò cùm accidit non idcirco longior mora fieri debet patri, quod ad repetitionem sumptuum funeris attinet, quos aut ipse in funus impendit, aut alij secum agenti funeraria vel funeratitia actione præstitit, Nec dotis reddendæ diem expectare, cogitur sed continuò & statim agendo consequetur actione de dote impensam illam funeris præsentem. Reliqua verò dos statuto tempore soluetur, vt Proculus scribit in *l. si filiafamilias 20. inf. solut. matrim.* Si tamen pater plus impenderit in funus, quàm sit dos filiæ non repetet à marito vltra dotem, vt benè hic Accursius notat ex *l. Neratius 20. § si maritus sup.*

1 ¶Sed si emancipata * in matrimonio decedat: collaturos heredes, bonorúmve possessores, & patrem, pro portione dotis, quam recipit: & virum pro portione dotis, quam lucratus est.

Ad §. 1. Sed

Ad §. 1. Sed si.

a *Sed si emancipata.* Ratio dubitandi. Etiam emancipatæ filiæ dos à patre data ad patrem reuertitur, quia perinde profectitia est. Profectitiam enim facit nomen patris, non ius potestatis *l. profectitia 5. in princip. & §. penult. infr. de iur. dot.* Nec minùs miserendum est patris qui filiam emancipatam, quàm qui filiusfamilias amisit, ne & dotis & filiæ amissæ iacturam sentiat *l. iure succursum 6. infr. de iur. dot. l. 5. de divort. l. filia mea 59. infr. solut. matrim.* qui vnus casus est, quem tantopere inquirunt nostri nec inueniunt in *l. pater filiam 71. de cond.* vt monui sæpius in libris Coniecturarum, & in Chiliade *De error. pragmat.* Nec si filia emancipata alios quàm patrem heredes, vel bonorum possessores relinquat, siue ex testamento, siue ab intestato, dos tamen profectitia eo minùs ad patrem tota reuertitur: Cúmque impensa funeris sit æs alienum dotis *l. impensa 18. supr.* consequens est vt pater qui totam dotem lucratur, totam quoque funeris impensam præstare debeat: Nec proinde verum esse possit quod hîc dicitur, si emancipata filia decedat in matrimonio relictis heredibus aut bonorum possessoribus & patre, collaturos heredes, bonorúmve possessores, & patrem pro portione dotis quam lucratus est.

Dec. Impensa funeris non adeò est æs alienum dotis, vt non sit etiam multoque iustiùs æs alienum hereditatis, & vniuersalis successionis, Ideóque dicimus etiam dotem sentire hoc æs alienum debere, sed non solam, at pro rata portione dotis, & reliqui patrimonij quod ad heredes filiæ bonorúmve possessores peruenit, *l. ideóque 19. cum l. seq. & sic pro rata 27. sup.* Quod ergo hîc dicitur *pro portione dotis quam lucratus est*, noli sic intelligere, quasi pater non nisi partem lucretur dotis profectitiæ quam dedit filiæ emancipatæ in matrimonio defunctæ: Sed ita accipe, vt pater totam quidem dotem lucretur, & ex tota ea conferat, sed tamen pro portione, id est pro rata dotis collata cum reliquo filiæ emancipatæ patrimonio, Velnti si in dote sint, in hereditate verò ducenta, duas partes heres, vnam pater conferet, vt in *l. velitis 23. sup.*

31. VLPIANVS libro 25. ad Edictum.

SI filiusfamilias miles sit, & habeat castrense peculium: puto successores eius ante teneri: sic deinde ad patrem venire.

Ad l. Si filiusfamilias 31.

Ratio dubitandi. Militia non eximit filium à patria potestate, & sicut non tollit vinculum potestatis, ita neque pietatis quæ tam à patria potestate quàm à natura proficiscitur *l. vlt. infr. si à parent. quis manum. sit.* Ergo quemadmodum pater filiumfamilias paganum de suo funerare cogitur ratione pietatis, Ita & filium militem, etiamsi peculium castrense habeat: Aut si quis dicat in filiofamilias milite peculium castrense habente illud iuris esse, quòd in eo peculio patris familias iure censeatur *l. 2. infr. de SC. Macedon.* Cur patrem teneri volumus ad funerandum filium qui neglecto pietatis officio alium sibi heredem elegit quàm patrem?

Dec. Filiusfamilias miles habens castrense peculium habetur pro patrefamilias in eo peculio ex constitutionibus *d. l. 2. de SC. Maced.* Adeò vt & tanquam alius paterfamilias quilibet possit de eo facere testamentum *l. vlt. §. 1. infr. ad SC. Tertyll.* Quidni ergo impensa funeris ad heredem filij testamentarium potiùs quàm ad patrem pertinebit? *l. & si quis 14. §. vlt. & l. si quis sepulchrum 12 §. funus autem supr. hoc tit.* Planè si filiusfamilias miles de castrensi peculio testatus non sit, pertinet castrense peculium ad patrem non iure hereditario, sed paterno, nec tanquam hereditas filij, sed tanquam peculium *l. 1. & 2. inf. de castrens. pecul.* quia non castrensi peculio priuilegium hoc datum est vt pro hereditate militis haberi debeat, sed iudicio supremo militis de castrensi peculio testantis *d. l. vlt. §. 1.* Ergo hoc casu ad solum patrem impensa funeris pertinebit. Ad quem enim alium pertineret? vt in simili argumentatur Vlp. in *l. 1. infr. ad municip.* Sed etsi filiusfamilias miles de castrensi peculio testatus sit, aliumque sibi extraneum heredem elegerit, nec tamen hereditas soluendo sit, rectè dicemus patrem de superfluo conueniendum esse, sicut & si nullus heres esset in solidum conueniretur. Exemplo eius quod diximus in *l. Neratius 20. §. si maritus supr.* Si maritus lucratus sit dotem, sed permodicam, & quæ tota non possit sufficere ad impensam funeris, in superfluum debere actionem contra patrem dari. Quid? An non tenetur heres testamentarius filijfamilias militis ad totam impensam funeris in solidum præstandam? Ita sanè cùm tam sit verè in solidum heres filijfamilias militis, atque alius quilibet patrisfamilias cuiuslibet heres esset. Nec enim his temporibus auditum adhuc erat beneficium legis & inuentarij per quod factum est vt heres ad persoluenda onera hereditaria supra facultates hereditarias nunquam teneatur. *l. vltim. Cod. de iur. delib.* In eoque faciendum est differre maritum ab herede peculij castrensis, cùm de funeraria quæritur. Maritus enim cùm non sit heres nunquã tenetur supra facultates dotis, Nisi eo casu, quo teneretur etiamsi nulla dos esset, id est in subsidium si mulier neque heredem vllum haberet, neque patrem qui soluendo esset *l. quòd si nulla 28. supr.* At heres peculij castrensis quia verè heres est tenetur in solidum, id est etiam suprà peculij castrensis quantitatem *l. si certarum 17. §. 1. infr. de testamen. milit.* Ponendum igitur est hoc casu neque castrense peculium filijfamilias militis, neque ipsius heredem fuisse soluendo: Quo demũ casu necesse est per funerariã veniri ad patrem vt quod amplius est in funeris impensa quàm in castrensi peculio & heredis patrimonio, per patrẽ suppleatur. Is proculdubio sensus est eorum verborum *sic deinde ad patrem venire*, non quem Accursius putat qui sic explicat, ac si scriptum esset *si filius miles non habeat successorem* quomodo si Vlpian. dixisset *alioqui* non quomodo scripsit *sic deinde*, quibus verbis apparet significari ordinem agendi in eodem casu, non diuersitatem casus & facti. Et certè quæ ratio facit, vt si filius nullum heredem habeat, actio in patrem danda sit *l. in patrem 21. supr.* eadem facit vt tum quoque cùm fi-

tere. Nam quod contrà scriptum videtur in *l. quod si poss. 17. vers. sed cùm, & in l. hereditas 50. §. 1. eo. ti.* ad impensam funeris non pertinet, sed ad solutionem legatorum, & ad sumptum in monumento extruendo factum, cuius longè alia & diuersa ratio est, Dixi ad *l. 1. & ad l. & si quis 14. §. Labeo ait sup. hoc. tit.*

1 ¶ Si eodem momento temporis vir, & vxor decesserit: Labeo ait, in heredem viri pro portione dotis dandam hanc actionem: quoniam ad ipsum dotis nomine ad eum peruenit.

Ad §. 1. Si eodem momento.

Ratio dubitandi. Cùm vir & vxor simul & pariter decesserunt, non potest dici quis prior aut posterior decesserit. Hoc enim est, pariter mortuos esse, Non apparere quo ordine decesserint *l. cùm hic status 32. §. si ambo inf. de donat. int. vir. & vxor l. quod de pariter 16. & seqq. inf. de reb. dub. l. si eius 34. ad SC. Trebell.* Ergo neutrius heres ab alterius herede repetet, quia verum est neutrum alteri superuixisse *l. si qui inuicem. 6 infr. de donat. int. vir. & vxor.* Non igitur verum est in heredem mariti dandam esse hoc casu actionem funerariam pro portione dotis, cùm non aliter maritus lucretur dotem aduentitiam, quàm si mulier prior in matrimonio decesserit, vt Vlpianus in Fragmentis scribit *Tit. de dotib.* Nec enim maritus tenetur ad funus vxoris nisi quatenus lucratur dotem aut aliquid ex dote *l. Celsus 22. & seqq. l. sic pro rata 26. §. vlt. sup.*

Dec. Maritus acquirit sibi dominium dotis per traditionem, quæ fit ei à muliere, aut ab alio mulieris nomine ex causa dotis *l. 1. l. si ego 9. §. si res l. quãuis 72. & pass. de iur. dot. l. Celsus 27. de vsucap. l. 1. & tot. tit. Pro dote.* Ideoque necessaria est mulieri, aut mulieris heredibus actio de dote ad repetendam dotem, siue à marito, siue à mariti heredibus eo casu, quo dos non cesserit lucro mariti *l. dotis actione 9. C. solut. matr. Et tot. tit. D. & C. solut. matrim. quemadm. dos petat.* Porrò non potest competere actio de dote mulieri, iure vetere inspecto, quo dos aduentitia omnimodo cedebat lucro mariti, nisi probetur maritus prædecessisse, quod probari nullomodo potest, cùm vir & vxor pariter perierunt. Hoc igitur casu dicendum necessariò est totam dotem remanere penes maritum, tanquam qui eam lucratus sit, non tam quòd vxor prædecesserit, quàm quòd ipse non prædecesserit. Vxorem enim superuixisse oporteret, & probari superuixisse vt ei dos auferri posset. Sic in *l. ex facto 17. §. si quis autem inf. ad SC. Trebel.* Itaque nimirum est quod hîc Paulus scribit his verbis *quoniam id ipsum dotis nomine ad eum peruenit.* Scilicet quia id quod habet maritus ex bonis vxoris, nec ei auferri potest, non nisi dotis nomine habet. Quidni ergo præstabit eius heres impensam funeris, quæ æs alienum dotis est? Accursius noster legem hanc aliter explicat. Ponit enim maritum ex pacto lucrari debuisse partem dotis in eum casum, quo mulier in matrimonio præmoreretur, & ait præsumi mulierem præmortuam tanquam debiliorem, sicut & impubes præsumitur mortuus antequàm pubes. Ex *l. qui duos 9. §. si maritus sup. de reb. dub. l. inter socerum 26. in princip. infr. de pact. dotal.* Cùm tamen non tam præsumptio facti, quàm mera iuris ratio ius hoc euincat, vt in *d. §. si maritus.* vbi de præsumptione verbum nullum. Nec vidit Accursius nullum olim fuisse pactum necessarium marito ad lucrandam dotem aduentitiam defuncta muliere in matrimonio, nisi cùm dos erat recepticia, quam sibi reddi stipulabatur is qui dabat: Sicut & cùm dos erat profectitia quæ ad patrem filiæ præmortuæ ratione miserationis reuertebatur. Accursium fefellisse videntur verba illa *pro portione dotis*, quasi non pro tota dote maritus huc casu teneatur, sed tantùm pro parte & portione dotis. Nec vidit ita scripsisse Paulum hoc sensu, vt pro rata dotis, sed totius, heres mariti teneatur, habito respectu ad reliquum mulieris patrimonium, pro quo similiter danda sit funeraria contra heredem mulieris pro portione quoque illius patrimonij. & sic contra vtrumque pro rata, vt in *l. sic pro rata 26. in princ. l. contrà quoque 30. infr.* vbi similis locutio est & similiter à nobis explicata *supr.* Planè non erit hodiè huic legi locus nisi ponas cum Accursio præcessisse pactum de dote aut in totum aut pro parte lucranda in eum casum quo mulier in matrimonio moreretur. Postquàm placuit Iustiniano in *l. vnic. §. accedit. C. de rei vxor. act.* vt eo quoque casu quo dos ab extraneo data sit, mulier tamen fingatur stipulata dotem sibi reddi, quæ res facit vt non possit hodie videri maritus eam lucrari per solam traditionem coniuncta morte vxoris, sed per stipulationem. Ratio tamen decidendi eadem hodie erit interposita stipulatione, quæ ad Paulum hîc à nobis allata est *d. l. 9. §. si maritus de reb. dub.* Denique nec probatione, nec præsumptione vlla indiget maritus vt dotem sibi datam possit retinere, sed tantùm ne ius vllum habeat mulier aut eius heres dotis exigendę. Sed tamen ob hoc ipsum indiget pacto aut stipulatione De lucranda dote.

33. VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

SI quis fuit heres, deinde hereditas ablata sit ei, quasi indigno, magis est, vt penes eum iura sepulchrorum remaneant.

Ad l. Si quis fuit 33.

Ratio dubitandi. Is cui tanquam indigno hereditas ablata est, aut quia defuncti necem non vindicauerit ex SC. Silaniano, aut ex aliis causis, de quibus in *Tit. de his quæ vt indign. auffer. l. 1. & l. cùm fratrem 9. & pass. Cod. eod. ill. tit.* planè est indignus qui aliquid ex hereditate illa retineat. Quis enim minùs dignus est, qui faueatur, quàm c[u]i omnino indignus est & talis pronunciatus? Ergo nec iura sepulchrorum penes eum remanere debent. Nec bona videtur comparatio, quam facit Accursius indigni huius, & illius qui fideicommissariam hereditatem ex Senatusconsulto sine Trebelliano, si-

Digitized by Google

ue Pegasiano restituit: de quo in *l. quia perinde* 41. §. 1. *l. si patroni* 55. §. *quid ergo infr. ad SC. Trebell.*

Dec. Etiam is cui velut indigno hereditas per fiscum aufertur, nihilominus heres remanet *l. ex facto* 43. §. *vlt. infr. de vulg. & pupill. substit.* non minùs quàm is, qui ex SC. restituit hereditatem §. *restituta Inst. de fideic. hered.* Ergo & iura sepulchrorum penes eum remanere debent, cùm spectent ad heredem omni casu, id est siue sepulchra sint familiaria siue hereditaria, vt scripsimus ad *l. familiaria* 1. *& seq. sup. hoc tit.* Nec sanè minùs indignus ille est, vt quicquam ex hereditate retineat is, qui supremas defuncti preces destituit, vt Papinianus loquitur in *d. §. quid ergo*. Excipiendus tamen est reus perduellionis & legis maiestatis. Hic enim propter atrocitatem criminis quod eum indignum facit, nec si sit filius defuncti, iura tamen sepulchrorum retinet l. 1. §. *interdum. inf. de suis & legit.*

34. PAVLVS lib. 64. ad Edictum.

SI locus sub conditione legatus sit: interim heres, inferendo mortuum, non facit locum religiosum.

Ad l. Si locus 34.

Ratio dubitandi. Locus sub condicione legatus interim est heredis, & quidem pleno iure *l. & post litem* 12. §. *res quæ supr. famil. ercisc. l. generaliter* 29. §. 1. *infr. qui & à quib. manum. liber. non fiunt.* Ergo potest interim facere locum religiosum, quod & scriptum videtur in *l. 4. in fin. sup. hoc tit.* Dec. Existens condicio legati facit vt legatum pro puro habeatur, atque ita vt dominium rei legatæ ea die mortis in legatarium recta via transiisse videatur, nunquam factum heredis *l. legatum* 80. *de legat. 2.* Ea quo fit vt ex postfacto appareret factum esse locum religiosum ab eo qui non fuisset dominus, si posset heres eum interim facere religiosum: quod esset absurdum & contra iuris regulas *l. 2. §. & pass. supr. hoc tit.* Eadem ratio facit vt nec seruus sub condicione legatus possit interim manumitti ab herede *dict. l. generaliter* 29. §. 1. Ne aliòqui libertas à non domino data esse videatur contra *tit. C. de his qui à non domin. manum. sunt.* Excipiendus tamen est casus, si alius non fuerit locus, in quem tam opportunè inferri defunctus potuerit. Tunc enim etiam in locum legatum heres inferre illum poterit, & inferendo facere locum religiosum *dict. l. 4. in fin.* vbi scripsimus *suprà.*

35. MARCELLVS libro 5. Digestorum.

MInimè maiores legendum putauerunt eum, qui ad patriam delendam, & parentes, & liberos interficiendos venerit: quem si filius patrem[a] aut pater filium occidisset sine scelere etiam præmio adficiendum, omnes constituerunt.

Ad l. Minimè 35.

Ratio dubitandi. Etiam illi qui ad patriam delendam & ad parentes aut liberos interficiendos venerunt, non eo minùs tamen remanent parentes, & liberi. Ergo non eo minùs funerari debent à liberis, aut parentibus superstitibus, ne denegetur iis ius sepulturæ: quod nec seruis denegatur *l. si filiusfamilias* 31. §. 1. *sup.* vbi diximus. Nempe quia homines sunt & in memoriam humanæ condicionis *l. quidam in suo* 27. *inf. de condic. instit.*

Dec. Ea pœna est perduellionum, de quibus diximus in *l. si quis fuit* 33. *sup.* vt quemadmodum iura sepulchrorum amittunt *l. 1. §. interdum infr. de suis & legit.* ita nec funerandi sint, tanquam qui eo honore & alio quolibet indigni sint, vt nec parentum nec liberorum, nec ciuium adeoque nec hominum nomen mereantur, qui tãta immanitate & hostili animo in Principem aut rempublicam animati fuerunt, *l. vlt. inf. ad leg. Iul. maiest. l. quisquis* 5. *C. eod.*

a *Quem si filius patrem.* Ratio dubitandi. Nulla potest maior esse impietas, quàm si vel parens liberos vel liberi parentes occidant, contra quos nimirùm lata est lex Pompeia de parricidiis *leg. 1. infr. sub tit. Ad leg. Pompei. de parricid. leg. 1. Cod. de parent. qui liber. occid.* Tantaque hæc impietas est vt nec persuaderi Solon potuerit ad pœnam aliquam contra huiusmodi parricidas constituendam, quod nec euenire vnquam posse crederet, vt tam immanis sceleris perpetrandi cogitatio cuiquam in mentem veniret. Cæteri verò legislatores, quos experientia docuit non deesse qui à tanto scelere perpetrando sola pietatis ac diuinæ iustitię veneratione non deterreantur, quàm graues pœnas, quámque varias huiusmodi flagitio irrogarunt? Nota est pœna culei quæ omnium instar esse potest. Quî ergo fieri potest vt filius patrem aut pater filium occidat sine scelere, adeoque præmio adficiendus sit tanquam de republica benè meritus?

Dec. Romanis non solùm salus populi, sed quod magis mirum est, vel ipsa disciplina castrorum antiquior fuit charitate liberorum *l. postliminium* 19. §. *filius quoque familias inf. de captiu. & postlim.* Antiquior inquam non tempore sed authoritate, vt ibi doctissimus Gothofredus eleganter interpretatur. Nec enim parentibus nostris solùm nascimur, sed priùs patriæ & reipublicæ *l. 1. §. & generaliter* 15. *inf. de ventr. in poss. mitt. l. 3. §. quod pater l. honor* 14. §. *plebeij infr. de muner. & honor.* Proinde qui patrem aut filium perduellionem occidit, non solùm sine scelere est, sed etiam præmio dignus videri debet. Nam vt habet textus iuris pontificij, non est crudelis qui crudelem occidit, & multa sunt in quibus, vt dicebat D. Hieronymus, Summum genus pietatis est esse crudelem. Et certè si delinquit, & omnium flagitiosissimi parricidij reus est, qui contra patriam hostili animo concitatus est, ac multò magis qui contra Principem, cui debemus quicquid patriæ, & si quid ampliùs deberi potest, Consequens est vt nõ delinquat, qui talem non tam hominem quàm belluam occidit. Quomodo in simili argumentatur Vlpianus in *l. 1. in fin. supr. Ne quis eum qui in ius vocab.*

Digitized by Google

vocab. vi exim. De illo igitur nec dubitandum est quin non sint isti lugendi, qui nec sunt funerandi *leg. liberorum 11. § non solent supr. de his qui not. infam.* Est exemplum illustre apud Liuium de vno Horatiorum qui sororem interfecit quòd sponsum suum Curiatium ab hoste interfectum lugeret. Nam si nec lugendi sunt ij, qui in acie pro republica occubuerunt quòd per gloriam adhuc viuere existimentur *l. bello amissi 58. infrà de excus. tutor. & Instit. eodem titul.* quantò minùs lugendi sunt qui rempublicam ipsam occidere, vt ita dixerim, voluerunt?

36. POMPONIVS libro 26. ad Quintum Mucium.

CVm loca capta sunt ab hostibus: omnia desinunt religiosa, vel sacra esse, sicut homines liberi in seruitutem perueniunt. quòd si ab hac calamitate [a] fuerint liberata: quasi quodam postliminio reuersa, pristino statui restituuntur.

Ad l. Cùm loca 36.

Ratio dubitandi. Locus semel factus religiosus cœpit esse diuini iuris, non humani *l. 1. § 1. sup. de rer. diuis.* Quod autem diuini iuris semel factum est, non potest ab hominibus profanum fieri, ne alioqui etiam aduersus diuinam potentiam humana improbitas præualere videatur. Et verò cùm & bella & captiuitates sint ex iure gentium *l. ex hoc iure 5. de iustit. & iur.* quod humani iuris portio est non diuini, cur dicimus loca ab hostibus capta hoc ipso desinere sacra esse & religiosa? An non saltem esset exigendum vt quibus modis sacra & religiosa facta sunt, iisdem sed contrariis modis sacra & religiosa esse desinant, Ex regula *l. nihil tam naturale 35. de reg. iur. l. prout 80. de solut.*

Dec. Quemadmodum homines liberi, qui ab hostibus capiuntur libertatem amittunt, & in seruitutem incidunt *l. 4. & 5. supr. de iustit. & iur.* Ita & loca quæ ab hostibus capta sunt, hostium fieri necesse est, ne alioqui melioris sint cõditionis quam homines, quorum gratia res omnes etiam sacræ & religiosæ comparatæ sunt *§. vltim. Instit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Fieri autem nequit vt & hostium sint, & sacra nihilominùs ac religiosa remaneant. Quis enim hostibus religionem & religionis venerationem imperabit? Aut quis impediet ne sacra & religiosa huiusmodi ab hostibus pro arbitrio polluantur? Itaque non modò eorum qui in bello victi sunt, sed ipsius etiam religionis & diuini cultus interest, vt loca sacra & religiosa ab hostibus capta statim & ipso iure talia esse desinant, ne in hostium arbitrio sit ea polluere & profanare. Licèt quantum ad nos non eo minùs sacra & religiosa maneant quòd religionem contemnamus, & propriatis ea habeamus *l. qui vniuersas 30. § 1. inf. de acquir. poss.* Eademque ratione, quæ, quoniam ex iure gentium proficiscitur, generalis, & omnibus gentibus communis est, dicimus loca hostium quæ sacra ipsis & religiosa fuerunt, nobis neque sacra esse neque religiosa, ideoque nec sepulchri violati actionem eo nomine competere *leg. sepulchra 4. infr. De sepulchr. violat.* Iunge *leg. Diuus 31. infr. de iur. fisc. l. in agris 16. de acquir. rer. dom.* Habebant enim miseræ illæ gentes ethnicæ proprios Deos & publicos & priuatos, sua item sacra, & publica, & priuata, sed ab aliarum gentium sacris distincta.

a *Quòd si ab hac calamitate fuerint liberata.* Ratio dubitandi. Res sacra & religiosa, quæ semel sacra & religiosa esse desiit, non potest iterum sacra & religiosa fieri, nisi iis ipsis modis, quibus res sacræ & religiosæ fiunt. Nec enim à priuatione ad habitum datur regressus. Facto igitur aliquo hominis opus est, sine quo nihil sacrum, nihil religiosum fieri potest. Res enim sacræ & religiosæ non nascuntur, sed fiunt: quomodo de Christianis quodam loco Tertullianus dixit. Ergo etiamsi ab hac calamitate liberata fuerint loca, quæ sacra vel religiosa fuerunt non ideò tamen sola postliminij potestate pristino statui possunt restitui.

Dec. Postliminij fictio & potestas tam ampla est, vt non tantùm ad homines & ad res animatas pertineat, sed etiã ad res inanimatas, vt omnia restituat, post captiuitatem sublatam, in eum statum, in quo erant ante captiuitatem *l. postliminij 19. de captiu. & postlim.* Alioqui non esset plenum ius postliminij hominum, si non iis res omnes, & iura omnia restituerentur, quę ante captiuitatẽ habuissent: Ius autem hominum est, vt sua sacra habeant, & loca etiam religiosa. Mirum igitur non est sublata captiuitate res quæ anteà fuerant sacræ & religiosæ iterum sacras fieri & religiosas, tanquam quæ nonquam in totum & in plenum fuerint à religionis vinculo liberatę. Fictio namque postliminij retinet omnia iura in suspenso ob eamque causam dicitur suspensi iuris constitutio in *l. pen. de suis & legit.* facitque vt pendente captiuitate iura ciuium Romanorum non tam abrumpantur, quàm in suspenso retineantur *l. illa institutio 32. § 1. inf. de hered. instit.* id est, vt nõ tam penitus extincta religio, quàm interim cessare videatur, vt & in *l. qui res 98. § aream inf. de solut.*

37. MACER lib. 1. ad Legem vicensimam hereditarium.

FVneris sumptus accipitur, quidquid corporis causa, veluti vnguentorum, erogatum est, & pretium loci, in quo defunctus humanus est: & si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi, & vectura: & quidquid corporis causa antequam sepeliatur, consumptum est, funeris impensam esse existimo.

Ad l. Funeris 37.

Ratio dubitandi & decidendi eadem est quę ad *l. si quis sepulchrum 12. § funeris supr. hoc titul.* vbi diximus. Eadem enim quæstio vtroque loco tractatur, quid funeris appellatione contineatur, Nisi quòd hic locus plenior est. Sarcophagum autem de quo

tam celeritatem requirit, vt longiores iudicij moras non facilè patiatur. Quomodo in causa damni infecti è contrario placuit, vt cautionem de damno infecto interponendam, &, si non caueretur missionem in possessionem, Prætor magistratibus municipalibus delegaret, quia duæ illæ res celeritatem desiderabant, iussum verò possidendi ex secundo decreto, tanquam quod celeritatem tantùm non desideraret, maiorisque momenti esset, suæ cognitioni reseruaret *l.1. l.4. §. duas ergo res inf. de damn. infect.* Proinde non est verum quod Accursius hîc notat, Pro mortuo inferendo habere locum non modò officium Præsidis, sed etiam interdictum De mortuo inferendo, de quo in *tit. seq.* & actionem illam in factum, de qua in *d.l. liberum*. Illa enim actio non est pro mortuo inferendo: sed vt diximus pro vindicando ac puniendo eo qui mortuum inferri prohibuit, atque ita effecit vt in alium locum quàm in quem inferebatur transferri corpus oportuerit. Interdictum sanè quod in eam rem expressim factum est competit. Sed non pugnat hoc cum his quæ diximus, Interdicta enim maximè prohibitoria, quale illud est De mortuo inferendo, per ipsum Prætorem expediebantur, nisi si quando edicti verbis actio in factum promittatur. Nulla tamen his casibus impedienti pœna imponitur; vt notat Accursius ex *l.3. §. non perpetua inf. de sepulchr. violat.* iunge *l.3.4. & 5. C. eod.*

39. Marcianvs lib. 3. Institutionum.

Diui fratres edicto admonuerunt, ne iustæ sepulturæ traditum, id est, terra conditum, corpus inquieretur: videtur autem terra conditum, & si in arcula conditum a, hoc animo sit, vt non alibi transferatur. sed arculam ipsam b, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre, non est denegandum.

Ad l. Diui fratres 39.

Ratio dubitandi. Non potest inquietari corpus mortuum, quippe quod sensu & motu caret. Frustra ergo Diui fratres admonuerunt ne iustæ sepulturæ traditum corpus, & terra iam conditum inquietetur.

Dec. Traditur suæ quieti corpus mortuum cùm sepulturæ traditur, & ita terra conditur, vt quasi æterna sede donetur; quomodo loquitur Paulus in *l. seq.* Ergo inquietatur quodammodo, cùm inde mouetur. Et veterum paganorum opinio fuit defuncti Manes eo modo inquietari & turbari tanquam qui corpus in sepulchro ipso comitarentur. Ob eam igitur causam & religionis veneratione constitutum optimè fuit, ne defunctorum corpora inquietentur, adeoque ne contrectentur & contingantur *l. 4. 5. & vlt. Cod. de sepulchr. violat.*

a *Etsi in arcula conditum.* Ratio dubitandi. Arculæ istæ erant lapideæ, vt dixi ad *l. funeris 37. supra.* Ergo non potest videri in terra conditum corpus quod in arcula reconditum est.

Dec. Sufficit in arcula conditum esse corpus eo animo vt non in alium locum transferatur: Tunc enim perinde quieti suæ traditum, & æterna quodammodo sede donatum intelligitur, Vt exinde non debeat amplius inquietari.

b *Sed arculam ipsam.* Ratio dubitandi. Arcula hæc sepulchrum est, ac proinde quid religiosum propter corpus in ea conditum. Ergo non sine authoritate vel Præsidis vel Principis in alium locum transferri hæc arca potest, cùm non minùs in ea corpus iustæ ac perpetuæ sepulturæ traditum existimetur, quàm si in terra ipsa humatum esset & conditum *l.3. non perpetua inf. De sepulchr. violat.*

Dec. Licèt arcula ipsa moueatur vt in alium commodiorem locum, si res exigat, transferatur, non tamen corpus ipsum, quod in arcula est, ideò mouetur & inquietatur. Non est igitur denegandum vt arculam ipsam si res exigat in commodiorem locum transferre liceat. Sed si denegandum non est, Ergo petendum est vel à Principe vel à Prætore aut Præside, vel à Pontifice quoties perpetuæ sepulturæ corpus traditum est *d. §. non perpetua & l. pen. C. de sepulchr. violat. l. vlt. C. hoc tit. l. ossa 8. sup. l. vlt. inf. tit. prox.* Aliud est si nondum perpetuæ sepulturæ corpus traditum fuerit *l. si necdum 10. eod. hoc tit.* Tùc enim propria cuiuslibet authoritate transferri corpus in alium locum potest *d. §. non perpetua*, quia nec locus religiosus factus intelligitur. Nam nec quod alicubi casu est, aut ad tempus duntaxat, ibi esse intelligitur. *l. si ita legatum est 86. de legat. 3.* ionct. *l. si fundus 44. eod. l. ex facto 35. § verum autem Italicarum inf. de hered. instit.*

4. Pavlvs lib. 3. Quæstionum.

Si quis enim eo animo corpus intulerit, quòd cogitaret inde aliò postea transferre, magisque temporis gratia deponere, quàm quòd ibi sepeliret mortuum, & quasi æterna sede dare destinauerit: manebit locus profanus.

Ad l. Si quis eo animo 40.

Ratio dubitandi. Fit locus religiosus per illationem mortui *l.2. §. Prætor ait & seqq. sup. eod.* Ergo si quis eo animo corpus intulerit in aliquem locum quasi in alium postea translaturus non eo minùs videri debet locum illum fecisse religiosum.

Dec. Quod ad tempus, &c, vt Paulus hîc loquitur, temporis tantùm gratia fit, nondum videtur factum. Et quod alicubi ad tempus est, nec ibi adhuc esse videtur, vt proximè diximus ex *l. si fundus*

44. & *l. si ita legatum 86. de legat. 3. l. ex facto 35. §. verum autem inf. de hered. instit.* Et cùm nihil aliud sit sepelire mortuum, quàm æternam sedem corpori dare, quomodo Paulus eleganter hic loquitur, Apparet eum qui hoc animo corpus intulit quasi aliò postea translaturus, nec animum habere sepeliendi, sed potiùs temporis gratia deponendi. Et consequenter dicendum est non fieri locum religiosum, sed manere purum & profanum, qualis anteà fuerat, Ne alioqui eueniat vt actus operetur vltra intentionem agentis contra *l. si ego 18. & sequ. infr. de de rebus credit.* Neque verò tam facilè inducendum fuit vt per quamlibet illationem mortui locus fieret religiosus, Cùm exinde sit diuini iuris non humani, & extra omne commercium hominum fiat, tanquam quod perpetuo religionis vinculo teneatur. Obseruandum autem est Paulum hæc tanquam contraria opponere, corpus temporis causa deponi, Et æterna sede donari. Nempequia ethnici & pagani cùm resurrectionem corporum, non possent credere, non aliam vtique sedem æternam agnoscere poterant quàm sepulchrum. At Christiani quibus *meliore luto finxit præcordia Titan* cùm de resurrectione sint certissimi, non in sepulchro æternam sedem quærunt, sed in cœlo, ideoque sepulturam etiam perpetuam non nisi pro temporali depositione habent, sicut nec mortem nisi pro somno: Mortuorum enim corpora terræ quidem reddimus, sed velut in depositum & ea lege vt quamuis omnino absumpta reddat & restituat iterum animanda.

41. CALLISTRATVS lib. 2. Institutionum.

SI plures sint domini eius loci, vbi mortuus infertur: omnes consentire debent, cùm extranei inferantur. nam ex ipsis dominis quemlibet rectè ibi sepeliri constat etiam sine cæterorum consensu, maximè cum alius non sit locus, in quo sepeliretur.

Ad l. Si plures 41.

Ratio dubitandi & decidendi eadem ferè est quæ ad *l. 2. §. an & socius sup. hoc tit.* vbi eadem quæstio proponitur, An socius teneatur, & qua actione si socio ignorante corpus intulerit in locum communem. Diximus autem adhibendam esse distinctionem quę in hac lege ponitur, an extraneos, an verò vnus ex socijs inferatur. Priore casu non licet socio inferre ignorante socio, Multò minùs eo innito, Ne socij ius lædat, & ei dominium suæ hoc modo adimat, faciendo locum religiosum *§. religiosum vers. in commune Instit. de rer. diuis. & l. in tantum 6. § pen.* vbi etiam diximus *supr. de rer. diuis.* Posteriore verò casu licet: Non alia vtiq; ratione, quàm fauore religionis, cuius præcipua semper causa esse debet *l. sunt personæ 43.* Alioqui in pari iure melior debet esse causa prohibentis *l. Sabinus 28. supr. Commun. diuid.* Consensus ergo sociorum exigitur ad extraneum mortuum inferendum, sed non ad inferendum eum qui sit ex socijs. Maximè inquit Callistratus si non sit alius locus in quo æquè commodè sepeliri possit. Tantò magis enim violandæ sunt iuris regulæ, ne socij corpus mortuum iaceat insepultum, vt & in specie *l. scriptus heres 4. in fin. supr. hoc tit.* iuncta *l. 2. §. si vsumfructum eod l. quid ergo 53. §. sed si mortuum inf. de legat.* 1. Nec nouum est vt inuitus socius partem suam quam in re communi habet, facto socij cogatur amittere, Scilicet cùm specialis fauor aliquis hoc suadet, vt hic fauor religionis, Et fauor libertatis in specie *l. 1. C. de commun. ser. manum.* aut fauor fisci in *l. 2. C. de commun. rer. alien.*

42. FLORENTINVS lib. 7. Institutionum.

MOnumentum generaliter res est memoriæ causa in posterum prodita: in qua si corpus, vel reliquiæ inferantur, fiet sepulchrum: si verò nihil eorum inferatur, erit monumentum memoriæ causa factum, quod Græci κενοτάφιον, id est, *inane sepulchrum* appellant.

Ad l. Monumentum 42.

Ponitur in hac lege differentia inter monumentum, sepulchrum, & cenotaphium. Monumentum generis nomen est quod prædicatur de sepulchro, & cenotaphio, Sepulchrum verò species est monumenti, nihilque aliud est quàm monumentum religiosum. Cenotaphium autem monumentum inane & vacuum, ideoq; nec religiosum, vt diximus ad *l. vel quod paterfamilias 6. §. vlt.* & ad *l. 2. §. monumentum supr. hoc tit.* Est enim monumentum hoc memoriæ tantùm causa factum, vt hæc lex ait.

43. PAPINIANVS lib. 8. Quæstionum.

SVnt personæ, quæ, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo vtiliter agunt, vt puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat, aut inferre velit. nam, si intulerit, nō faciet iustum sepulchrum, sed, si prohibeatur, vtiliter interdicto, qui de iure dominij quæritur, aget: eademque sunt in socio, qui in fundum communem inuito socio mortuum inferre vult. nam propter publicam vtilitatem, ne insepulta cadauera

iace-

iacerent, strictam rationem insuper habemus: quoniam nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quæ pro religione facit.

Ad l. sunt personæ 43.

Ratio dubitandi. Interdictum De mortuo inferendo, de quo agitur in *ti. seq.* nō alij datur, quàm ei qui ius habet inferendi mortuum. Verba enim edicti exigunt, vt qui eo interdicto vti vult, ius habeat inferendi *l. 1. in princip. & §. 1. & seq. infr. tit. prox.* Atqui per illationem mortui fit locus religiosus *l. 2. §. 1. & seqq sup. hoc ti.* Non igitur alij possunt agere interdicto De mortuo inferendo quàm qui possunt facere locum religiosum.

Dec. Quisquis habet ius faciendi locum religiosum per illationem mortui, habet quoque ius inferendi, & consequenter agendi interdicto illo De mortuo inferendo. Sed non è contrario quisquis habet ius inferendi, ius quoque habet similiter faciendi locum religiosum. Sunt enim quædam personæ quibus hoc concessum est, vt mortuum inferendi ius habeant, non etiam illud, vt religiosum locum facere possint. Exemplum adfert Papinianus in domino proprietatis qui si intulerit mortuum in locum cuius vsusfructus alienus est inuito adeóque ignorante nec consentiente fructuario non facit locum religiosum, nec proinde iustum sepulchrum *leg. locum 17. in princip. supr. de vsufruct.* nisi inferatur ipse proprietatius *leg. vlt. infr.* Et tamen si prohibeatur inferre mortuum, vtiliter aget interdicto De mortuo inferendo, quoniam dominus proprietatis est, & in eo interdicto de iure dominij quæritur, vt Papinianus hîc scribit. Idemque est, inquit, in socio qui mortuum inferre vult in locum communem. Nam quamuis non possit facere communem locum ex puto religiosum, inuito vel ignorante socio, ne quidem fauore religionis nisi inferatur vnus ex sociis *l. si plures 41. supr.* mortuum tamen potest inferre tanquam dominus proprietatis, & consequenter eo interdicto experiri, cùm negari non possit quin locus communis sit socij inferentis, licèt etiam alterius sit *l. illud 46. infr. De rit. nupt. l. 5. §. 1. l. 6. de legat. 1.* De quo diximus ad *l. 2. §. an socius supr. hoc tit.* Tenetur tamen socio socius qui intulit, actione in factum *l. si quis putans 6. §. si quis in commune supr.* Non vt auferat corpus quod intulit, vt malè videtur hîc sentire Accursius, sed vt ni tollat præstet eo nomine quanti socij interest, argum. *leg. liberum 9. sup. hoc tit.*

a *Non propter publicam vtilitatem.* Ratio dubitandi. Non, tam publica vtilitas, aut fauor religionis, quàm stricta ipsa & summa iuris ratio facit pro socio vt mortuum inferre possit in fundum communem inuito etiam socio, itémque proprietatius inuito fructuario, & interdicto experiri De mortuo inferendo, quia vterque dominus est, In hoc autem interdicto de iure dominij quæritur vt ex Papiniano diximus. Quid ergo necesse est ad rationem publicæ vtilitatis & ad religionis fauorem recurrere, Quasi rationem strictam hic insuper habeamus, id est negligamus, vt bene Cuiacius explicat ex *l. heredem infr. de his quæ vt indign.* quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet: Atque ita putat Accursius, duas rationes pro socio facere & pro domino proprietatis, Vnam quidem ex publica vtilitate, & fauore religionis petitam: Alteram ex summa & stricta ratione, quòd tam proprietatius, quàm socius sit dominus. Sed ego aliam Papiniani sententiam esse puto, cùm euidentèr totam huius legis rationem referat ad publicam vtilitatem ne insepulta cadauera iaceant, & in hac specie non minùs quàm in aliis plerisque (legendum enim est vt vulgò & in Pand. Flor. *nonnunquam*, non vt Haloander & Robertus voluerunt *numquam*) ait Papinianus nos strictam iuris rationem insuper habere, Et summam esse rationem illam, id est meram & veram non strictam: quomodo verum & merum ius interdum dicimus æquitatem stricto iuri contrariam quæ pro religione facit. Sensus ergo Papiniani est, meo iudicio, Ex stricta iuris ratione non aliis permittendum esse, vt mortuum inferant, & interdicto agant De mortuo inferendo, quàm iis qui inferendo possunt facere locum religiosum: Quis enim fauor religionis esse potest ad inferendum mortuum si per illationem locus religiosus fieri non possit? Sed tamen publicam vtilitatem facere vt etiam illis qui locum religiosum facere nequeunt, permittendum sit mortuum inferre, & interdicto experiri, Ne insepulta cadauera iaceant: Neque enim sepulturæ, & illationi mortui mora fieri debet, neque potest, quin religioni præiudicium fiat, Cuius interest quàm maximè non iacere cadauera insepulta, sed sepeliri potiùs quamuis in eo loco qui non ideò fiat religiosus. Verum enim per illationem mortui futurus sit locus religiosus, necne, longior quæstio esse potest quæ & longiores iudicij moras facilè patitur: nec in eo publica vtilitas offenditur, nec religio, quomodo sanè ostenderetur, si cadauera diutiùs iacerent insepulta.

44. PAVLVS lib. 3. Quæstionum.

CVm in diuersis locis sepultum est: vterque quidem locus religiosus non fit, quia vna sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur, illum religiosum esse, qui, quod est principale conditum est: id est, caput, cuius imago fit: inde cognoscimur.

Ad l. Cùm in diuersis 44.

Ratio dubitandi. Locus fit religiosus per illationem, & humationem corporis humani, adeoque si ossa mortui hominis in eo loco condita sint *l. 2. §.*

sepulchrum sup. Ergo si in diuersis locis sepultus quis sit, dicendum est vtrumque locum fieri religiosum. Nam si quis diceret neutrum locum esse religiosum, esset id multo absurdius, & à religionis dignitate publicaque vtilitate alienius.

Dec. Vnius hominis vna tantùm sepultura esse potest, Vna verò sepultura plura sepulchra efficere non potest. Consequens igitur est vt non fiat vterque locus religiosus. An ergo neuter locus erit religiosus? imò verò erit religiosus ille in quo conditū est quod principale est, id est caput eius, cùm imago sit, vnde cognoscimur, sic enim lego *cùm imago sit* non vt vulgo *cuius imago fit*, & *vnde* non *inde*. Nec certe meliùs quicquam aut sanctius dici potuit. Itaque si quod à plerisque testatoribus fieri quotidie videmus, iubeatur corpus totum sepulturæ tradi in vno loco, corde tamē excepto, Cor autem in alio loco, Maior capitis quàm cordis ratio habebitur, vt is demum locus religiosus sit vbi caput non etiam ille in quo cor erit conditum, Nec si cum corde sit etiam totum corpus excepto capite, Cùm caput imago sit vnde, id est ex qua & per quam cognoscimur: non etiam cor, aut alia vlla pars corporis.

1 ¶ Cum autem impetratur, vt reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse.

Ad §. 1. Cùm autem.

Ratio dubitandi. Locus qui semel factus est religiosus desiit esse humani iuris, & cœpit esse diuini *l. in tantùm 6. §. religiosum & l. 1. sup. de rer. diuis.* Ergo etiamsi reliquiæ, quæ locum religiosum fecerant in alium locum transferantur, non potest tamen locus desinere esse religiosus, cùm id quod semel factum est non possit haberi pro infecto *l. in bello 12. §. facti autem inf. de captiu. & postlim.*

Dec. Cùm translatio reliquiarum non fiat nisi ritè ac solemniter, id est ipso Principe permittente *l. vlt. C. hoc tit.* fit vtique religiosus locus ille in quem transferuntur, Vereque sepulchrum illud est, in quo reliquiæ sunt verè conditæ *l. 2. §. sepulchrum sup.* Atqui vna sepultura plura sepulchra efficere non potest vt proximè diximus. Ergo cùm posterior locus fiat religiosus, dicendum est priorem desinere esse religiosum. Alioquin vterque locus esset religiosus, quod esse non potest. Et certè cùm illatio mortui sola illa sit, quæ locum facit religiosum, Consequens est vt sublatis ex priore loco reliquiis & in alium translatis, prior religiosus esse desinat, quasi cessante causa quæ religiosum fecerat, & ex eadem causa posterior religiosus fiat. Neque verò noui aut absurdi quicquam in eo est, vt locus qui religiosus, adeoque sacer fuit, ex superueniente aliqua causa & sacer & religiosus esse desinat *l. cùm loca 36. sup.*

45. MARCIANVS libro 8. Fideicommissorum.

IMpensa funeris semper ex hereditate deducitur: quæ etiam omne creditum solet præcedere, cùm bona soluendo non sint.

Ad l. Impensa 45.

Ratio dubitandi. Impensa funeris non potest incipere deberi, nisi post mortem, quia nec viuus quisquam sepelitur vt diximus ad *l. 1. sup.* Ergo non debet præcedere cætera credita propter quæ defunctus fuit obligatus, Sed vt quisque creditor tempore prior est, ita debet potior esse iure *l. si fundum 4. & pass. C. qui potior. in pignor. hab.* Maximè verò si creditores fuerunt pignoratitij, & expressam hypothecam habuerunt, ne alioqui ratio iuris damno adficiat creditorem qui sibi tam diligenter prospexerat, vt meliùs non potuerit *l. 3. inf. de separat.*

Dec. Priuilegia creditorum chirographariorum non ex tempore æstimantur, sed ex causa *l. priuilegia 42. De reb. author. iudic. possid.* aliàs *l. 17. de priuileg. credit.* Causa autem funeris & sumptuum in funus factorum visa est omnium fauorabilissima, & dignissima, quæ inter omnes chirographarias priuilegium haberet *l. quæsitum 17. eod. tit. De reb. auth. iudic. possid.* aliàs *l. 2. de priuileg. credit. l. prox. in fi. inf.* Nempe quod habeat causam maximè necessariam, & naturalem, non tantùm in memoriam humanæ conditionis vt ait Modestinus in *l. quidam in suo 27. De condic. instit.* sed etiam publicæ vtilitatis ad quam maximè pertinet ne cadauera iaceant insepulta *l. prox. supr.* Sed de creditoribus pignoratitiis maior dubitatio est propter regulam generalem *l. eos qui 9. C. qui potior. in pign hab.* quæ ait Eos qui acceperunt pignora, cùm in rem actionem habeant priuilegiis omnibus quæ personalibus actionibus competunt, præferri. Et quidem si pignus tacitum duntaxat habeant, res expedita est: Impensam funeris etiam aduersus eos suum retinere priuilegium *l. etsi quis 14. §. 1. supr.* Ideò fortasse, quòd quæ iuris interpretatio inducit ius taciti pignoris tam ex æquitate, quàm ex præsumpta contrahentium voluntate, eadem videtur excipere impensam funeris: quasi non sit credibile, Inquilinum cùm res suas infert in prædium vrbanum id animo agitare vt eas ita obliget pro pensione ne possint distrahi se mortuo ad redigendam impensam funeris, si aliunde non habeat vnde funeretur: At in cæteris quoque pignoratitiis creditoribus, qui ius habent expressi pignoris, idem quoque admittendum puto, licèt videam Accursium, & cum eo cæteros ferè omnes interpretes dissentire, proboque ex *d. l. etsi quis §. 1.* vbi agitur non tantùm de inquilino sed etiam de colono & de inuectis & illatis etiam per colonum, quæ tamen non censentur obligata iure taciti pignoris nisi expressa conuentione obligentur, cùm sufficere domino possit, quod habeat tacitè obligatos fructus prædij rustici *l. 4. 6. & 7. inf. In quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Et tamen non dubitat

Vlpianus in *d. l. etsi quis* §. 1. quin in rebus inuectis per colonum & obligatis impensa funeris potior esse debeat solutione mercedis. Eadem nimirum ratione, quâ in tacito pignore vsurpauimus, quod non sit verisimile in conuentione pignoris quantumlibet expressi id actum esse inter contrahentes, vt si contingeret conductorem mori non soluendo maneret ipse sine sepultura potiùs, quàm locator in damno pensionis aut totius aut pro parte. Quis enim aut tam stultus, & iniquus in seipsum esse velit, vt honore sepulturæ fraudari se consentiat? Aut quis tam inhumanus, vt debitorem suum sepulturâ carere malit, quàm debiti sui aut totius, aut pro parte iacturam facere? Nam si pecuniarij damni causa libertates intercidere durum Papiniano visum est in *l. cùm pater* 77. §. *cùm existimaret De legat.* 2. quantò durius videri debet, misero debitori qui soluendo non est ob eam causam sepulchri, ac muneris honorem denegari? An non multò sanctius, & tolerabilius est, etiam de alieno quem funerari, quàm nullomodo funerari, manereq; cadauer insepultum, & aquilis coruisq; expositum? Sicut enim cùm alius locus nullus est, in quo quis tam opportunè & commodè sepeliatur, admittimus vt sepeliri possit etiam illo in loco, in quo alioqui non posset, vt in specie *leg.* 2. §. *si vsumfructum leg.* 4. *in fin. leg. etsi quis* 14. §. *sed etsi res sup. hoc tit.* Ita & cùm non aliter sepulturæ tradi corpus potest quàm cum iactura & damno aliquo creditorum, melius est de credito funerari eum qui de suo non potest, quàm insepultum iacere. Idque innuere quodammodo videtur Vlpianus in *l. si quis sepulchrum* 12. §. *Prætor ait supr.* vbi duplicem rationem reddens edicti Prætoris circa funerariam actionem, ita loquitur, *Sic enim fieri ne insepulta corpora iacerent, néve quis de alieno funeretur.* Significans ex his duabus rationibus primam & potiorem illam esse *ne insepulta corpora iaceant.* Alteram minùs principalem *ne quis de alieno funeretur.* Si quando igitur talis casus contingat vt vtrique proposito Prætoris satisfieri non possit, primam ac præcipuam rationem prævalere necesse est. Et hoc sanè iure passim vtimur: Quamquam adhibito hoc æquissimo temperamento, vt cùm defuncti bona soluendo non sunt, impensa funeris tantò minore pecunia æstimetur, habita tamen semper ratione dignitatis, quantum fieri potest in eius persona, qui nulla bona moriens habuit. Alia species est quæ tractatur in *l. Neratius* 20. §. *vltim. supr.* de muliere quæ hereditatem non soluendo reliquit, & prætereà dotem habuit, vt ad eum locum scripsimus. Amplius puto, Etiamsi inter creditorem qui expressim conuenit de pignore, & debitorem agatur nominatim, vt si contingat debitorem mori non soluendo creditum præcedat impensam funeris, non valêre conuentionem, nec si iurata sit, seruandam esse, tanquam quæ sit contra bonos mores, & contra publicam non modò vtilitatem, sed etiam honestatem, cui certè nihil minùs conuenit quàm vt humanum corpus nudum, putidum & fœtidum iaceat diutiùs insepultum. Ergo quod hæc lex ait generaliter impensam funeris semper ex hereditate deduci, ita vt debeat illa omne creditum præcedere, cùm bona soluendo non sunt, generaliter quoque intelligendum est de omni credito, non tantùm chirographario, sed etiam pignoratitio, siue tacitum siue expressum pignus aut hypothecam habente. Nec simile est quod Accursius pro simili adfert de dote: Quasi & illa præferatur quidem creditoribus omnibus tacitam quoque hypothecam anteriorem habentibus, sed non iis etiam qui habent expressam. Nam præter id quod impensa funeris iam olim censebatur fauorabilior dote, habebatq; priuilegium ante dotem inter actiones personales priusquàm Iustinianus dedisset doti priuilegium tacitæ hypothecæ in *l. vnic. C de rei vxor. action.* nempe quoniam habet causam magis naturalem, magisq; necessariam, non tantùm ex vtilitate reipublicæ sed etiam ex humanæ conditionis miseria simul & dignitate petendam, vt iam diximus. Falsum etiam est si verba & sententiam legis Iustinianeæ inspicimus, quæ extat in *l. vlt. C qui potior. in pignor. hab.* mulierem præferri tantùm anterioribus tacitam hypothecam habentibus, non etiam habentibus expressam. Voluit enim Iustinianus præferri indistinctè omnino omnibus, quamuis & expressæ hypothecæ & anterioris temporis priuilegio sint vallati, Vt verba constitutionis probant euidentissimè; & quod subiicitur in *Auth. quo iure cod. tit. ex Nouell.* 97. *de æqualit. dot. cap.* 3. Ex quo intelligimus, si non credidit absurdum Iustinianus vt mulier pro dote præferatur omnibus anterioribus creditoribus, expressam quoque hypothecam habentibus, multò minùs absurdum id videri debere in funeris impensa, quæ non minùs hodie censenda est fauorabilior dote, quàm esset olim; Vnde factum etiam videtur vt quamuis doti necessarium fuerit priuilegium tacitæ hypothecæ, vt cæteris omnibus chirographariis creditoribus præferretur. Nullum tamen eiusmodi priuilegium impensæ funeris datum sit, quia nec fuit necesse, cùm suo fauore omnia cæterarum omnium, & personalium & realium actionum priuilegia superaret: Exemplo eius quod de fauore & authoritate iuris non scripti ait Paulus in *l. imò magnæ* 36. *sup. de legib.*

46 SCÆVOLA lib. 2. Quæstionum.

SI plura prædia quis habuit, & omnium vsumfructum separatim legauerit: poterit in vnum inferri: & electio erit heredis, & gratificationi locus: sed fructuario vtilem actionem in heredem dandam ad id recipiendum, quòd propter eam electionem minutus est vsusfructus.

Ad l. vlt. Si plura prædia.

Ratio dubitandi. Non fit locus religiosus si inferatur corpus mortuum in locum fructuarium inuito vel etiam ignorante fructuario *l.* 2. §. *si vsumfructum l. siue personâ* 43. *supr. hoc tit. l. locum* 17. *supr. de vsufr.* Ergo si plura prædia quis habuerit, & omnium vsumfructum separatim legauerit, dicendum est in nullum eorum prædiorum posse inferri eum inuitis aut ignorantibus legatariis, Nec proinde posse

funetis pertineat, *l. & si quis 14. §. vlt. sup.* Ergo indemnitatem legatario præstare heres debet, non quidem per actionem directam ex testamento, cum ipsa indemnitas non fuerit legata, sed per actionem in factum subsidiariam, vt diserte scriptum est in *d. l. si heres.* vbi dicitur non posse hoc casu ad exhibendum agere legatarium contra heredem, quia heres neque possidet, neque dolo desiit possidere: Et ideò necessariam esse actionem in factum subsidiariam.

DE MORTVO INFERENDO, ET SEPVLCHRO ÆDIFICANDO.

TITVLVS VIII.

VLPIANVS libro 68. ad Edictum.

PRÆTOR ait: *Quo, quáve illi mortuum inferre, inuito te, ius est: quo minus illi eo, eáve mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

Ad l. Prætor ait 1.

Primis verbis huius legis proponitur prima pars huius edicti quæ interdictum prius continet De mortuo inferendo. Secunda enim pars edicti quæ posterius interdictum continet De sepulchro ædificando proponetur in §. *Prætor ait infr. hac lege.*

Ratio dubitandi. Ad primum interdictum illa est, quod non alij permittendum videretur inferre mortuum quàm ei qui inferendo locum religiosum facere posset, Cùm tamen nihil aliud exigat Prætor nisi vt ius dominij habeat ille qui mortuum inferre vult. In hoc enim interdicto non nisi de iure dominij quæritur vt ex Papiniano diximus in *l. sunt personæ 43. sup. tit. prox.* Sed decidendi ratio est quoniam illatio mortui nullas recipere moras potest, ne cadauera iaceant insepulta, dum ne quis inferat in alienum locum *l. 2. §. 1. sup. eod. ill. tit.* Itaque interdictum hoc valde fauorabile est & propter publicam vtilitatem, & propter fauorem religionis *d. l. sunt personæ*, vbi latiùs scripsimus. Prohibet autem Prætor ne ei qui mortuum inferre vult si modò inferendi ei ius sit, id est si modò sit dominus loci in quem inferre vult, vis nulla fiat quominùs inferat eò cáve, id est, in illum locum & per illum locum, in quem & per quem vult inferre, ibique mortuum sepelire. Itaque quod Prætor ait *Quo* noli cum Accursio interpretari *monumento* quasi sit pronomen relatiuum, sed intelligo vt sit aduerbium significans *in quem locum.*

1 ¶Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur inferre. prohiberi autem inferre videtur, siue in locum inferre prohibeatur, siue itinere arceatur.

Ad §. 1. Qui inferendi.

Ratio dubitandi. Qui ius habet mortuum inferendi, non indiget interdicto neque auxilio Prætoris cùm non prohibetur inferre, sed tunc tantùm cùm prohibetur. Quid ergo est quod hic Vlpianus ait, Eum qui inferendi mortuum ius habet non prohiberi inferre?

Dec. Sensus est eum qui mortuum inferendi ius habet, non esse prohibendum inferre. Alioqui locum fore huic edicto & interdicto aduersus prohibentem. Potest etiam sensus ille esse quem adfert Accursius, Hoc edicto non prohiberi cum qui ius habet inferendi mortuum, sed prohiberi prohibentem, vt & in §. *facere sepulchrum infr. hac lege.* Prohiberi autem inferre videtur siue in locum inferre prohibeatur, siue in itinere arceatur. Quod vtrumque significant verba illa edicti *quò, quáve, Eòve.* Sic enim legendum est vt Florentiæ non vt apud Accursium *illi sive.* Ergo si quis de facto prohibeat, ne mortuus inferatur in eum locum & per eum locum, in quem & per quem inferendi ius est, huic interdicto locus erit statim, si Prætorem adire prohibitus velit, & paratus sit in promptu de iure dominij sui docere: Quòd si probationes necessarias in manu non habeat, meliùs faciet si mortuum aliò inferat ne cadauer iaceat diutiùs insepultum, at posteà in factum agat, consecuturus quanti eius interfuerit prohibitum non esse *l. liberum 9.* vbi diximus *sup. tit. prox.*

2 ¶Hoc autem interdicto de mortuo inferendo dominus proprietatis vti potest, quod etiam de loco puro competit.

Ad §. 2. Hoc autem interdicto.

Ratio dubitandi. In interdictis de facto & possessione quæri solet non de iure nec de proprietate *l. 2. §. hæc autem interdicta inf. De interd.*

Dec. Sunt etiam quædam interdicta quæ proprietatis, aut potiùs veluti proprietatis causam continent. Qualia sunt illa potissimùm quæ de locis sacris & religiosis proponuntur. Itemq; interdictum De itinere actuq; priuato *d. l. 1. §. quædam interdicta eod.* Atqui hoc interdictum est de rebus & locis religiosis. Inferuntur enim mortui in sepulchra, quæ sunt religiosa, licèt huic interdicto non minùs locus sit etiamsi quis in locum purum & profanum inferre corpus velit, vt locum faciat religiosum. Id enim est quod hic Vlpianus scribit *quod etiam de loco puro competit.* Itaque siue in sepulchrum siue in locum purum inferatur mortuus ab eo cui inferendi ius est, & inferens prohibeatur, interdicto huic locus erit, dummodò is qui interdicto experietur, probet se dominum esse proprietatis, quoniam in hoc interdicto de iure tantùm dominij quæritur *l. sunt personæ 43.* vbi diximus *sup. tit. proxim.*

3 ¶ Itèm si mihi in fundum via debeatur, in quem fundum inferre volo, & via prohibeat: hoc interdicto posse me experiri placuit: quia inferre prohibeor, quia via vti prohibeor. ídque erit probandum, & si alia seruitus debeatur.

Ad §. 3. Item si mihi.

Ratio dubitandi. Is qui prohibetur vti via in fundum, in quem vult inferre mortuum non est dominus loci per quem via debetur *l. 4. supr. De rei vindic.* Nemini enim res sua seruit *l. in re communi 26. supr. vrban. præd.* Atqui hoc interdictum non competit nisi domino proprietatis, & in eo de iure dominij tantùm quæritur, non etiam de iure seruitutis *d. l. sunt personæ 43. sup tit. prox.* Ergo etiamsi quis via vti prohibeatur ad mortuum inferendum non eo magis hoc interdicto experiri potest, sed viam potiùs, aut aliam seruitutem si qua ei debeatur, puta itineris vel actus, vt benè Accursius explicat vindicare debet *l. quoniam 14. inf. De oper. nou. nunciat.*

Dec. Qui via vel itinere ad fundum vti prohibetur per quam viam ius habet mortuum inferendi, prohibetur inferre in eum locum in quem ius inferendi habet, & cuius ipse dominus & proprietarius est, Cùm fieri non possit vt inferatur mortuus in eum fundum, quin ad eum fundum eatur. Et quamuis dici soleat, Multùm referre quà, sed magis quò, Attamen quantum ad hoc interdictum pertinet nihil interest, propter illa verba edicti *quò quòve illi mortuum inferre inuito te ius est.* Et post eò, *caue.* Illud tantùm requiritur vt inferens mortuum, ius habeat inferendi in illum locum tanquam dominus proprietatis loci in quem vult inferre, & per illum locum per quem inferre vult, tanquam dominus seruitutis ab eo loco debitæ, per quem transeundum est vt mortuus inferatur. Nam & seruitutis dominium quoddam est quod perinde ac dominium rerum corporalium vindicari potest *l. 1. & tot. tit. supr. si seruit. vindic.* Nec requirit Prætor vsum aut possessionem præcedentem, quia tametsi nunquam illatus esset mortuus in locum illum, quod euenire necesse est quoties in locum purum mortuus infertur, Non eò minùs tamen inferendi ius est, & huic interdicto locus, si modò is qui inferre vult sit dominus proprietatis, & viam aut seruitutem aliam habeat vt ad locum illum ire possit, etiam qua nunquam vsus sit, fortasse nunc primùm constitutam.

4 ¶ Hoc interdictum prohibitorium esse palam est.

Ad §. 4 Hoc interdictum.

Nullam recipit hic §. dubitandi rationem, cùm verba edicti illa sint *vim fieri veto*, quibus verbis non alia interdicta concipi solent quàm quæ prohibitoria sunt. Exhibitoria enim & restitutoria aliam habent formulam. Nec sanè alio auxilio & remedio quàm interdicti prohibitorij vtendum fuit aduersus eum, qui dominum prohibeat vti iure suo. Iunge §. *prohibitoria Instit. de interd.*

5 ¶ Prætor ait, *Quo illi ius est, inuito te, mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo ædificare liceat, vim fieri veto.*

Ad §. 5 Prætor ait.

Est hoc alterum interdictum, quod in hoc edicto proponitur De sepulchro ædificando, & prohibitorium, sicut & prius illud, de quo hucusque diximus De mortuo inferendo. Habet enim eadem illa verba *vim fieri veto*, prohibetq; prætor hac parte edicti ne vis fiat ei qui ius habet mortuum inferendi in suum locum, quominus in eo loco sepulchrum ædificare ipsi liceat, sine dolo malo.

Ratio dubitandi. Non eo minùs locus in quem mortuus illatus fuit religiosus est, quòd in eo nihil ædificatum sit. Quid enim habet ædificatio commune cum religione? Ergo frustra vel saltem non magna ratione aut vtilitate suadente videtur hoc interdictum à Prætore propositum, Maximè cùm in istis ædificationibus plerumque iusti sumptuum modus excedatur *l. funeris 37. in fi. sup. tit. prox. l. hereditas 50 §. 1. sup de hered. petit.*

Dec. Monumento aliquo semper opus est, vt moneantur & doceantur homines, locum illum esse religiosum & in eo sepultum esse aliquem, Titium puta vel Sempronium. Nam & inde monumentum dictum esse plerique volunt, nec improbabile

Digitized by Google

babile est: Alioqui facilè eueniret, vt locis etiam religiosis nulla publicè constaret religio, nisi per differentiam aliquam à profanis secernerentur. Proinde sepulchri ædificatio permittenda necessariò fuit ei qui ius habuit mortuum inferendi, idque siue ante siue post illationem mortui ædificare velit. Cùm verò sepulchrum religiosum sit, apparet hoc quoque interdictum esse de rebus religiosis, ideoque velut proprietatis causam continere *l. 2. §. hac interdicta infr. de interd.* An non enim absurdum esset ædificationem permittere in eo solo quod alienum esset, non ædificantis? Benè autem addidit Prætor *sine dolo malo*, Ne alioqui dolus prætexto religionis impunitus maneat, qui tantò magis puniendus est, quantò magis simulatione pietatis coloratur.

6 ¶Interdictum hoc propterea propositum est: quia religionis interest, monumenta exstrui, & exornari.

Ad §. 6. Interdictum hoc.

Ratio dubitandi. Ex eo tantùm sumi potest, quod alibi iam attulimus dictum fuisse aliquando à viro sapiente cui nimia ista nimisque magnifica monumentorum ornamenta displicebant, Nimirum, inquiebat ille, curiositati & temeritati humanæ hoc deerat vt eorum quoque cura susciperetur quæ nec viuis nec mortuis essent profutura.

Dec. Religionis interest monumenta & extrui, & exornari, Eaque proponendi huius edicti ratio sola fuit, vt hic Vlpianus scribit. Et certè vix est vt de religione bene sentiant, qui ista execrantur, aut rident. Sunt enim & mortuis honorifica, & viuis solatia, nec parua incitamenta ad preces pro defuncto fundendas, eiusque memoriam colendam, & venerandam, si talis vitæ fuit, cuius recordatio hanc à viuentibus gratiam & quodammodo remunerationem expectare debuerit. Sed tamen hac in re, vt & in cæteris ferè omnibus diligenter obseruandum est, Vt ne quid nimis, quemadmodum scripsimus ad Tit. præcedentem.

7 ¶Facere sepulchrum, siue monumentum in loco, in quo ei ius est, nemo prohibetur.

Ad §. 7. Facere sepulchrum.

Ratio dubitandi. Nihil potest fieri in loco sacro vel religioso, nisi permittente Principe, vel Pontifice, vel magistratu *l. vlt. inf. hoc tit. l. vlt. C. de religios. & sumptib. funer.* Atqui locus in quem mortuus illatus est hoc ipso fit religiosus *l. 2. §. purum & seq. supra tit. prox.* Ergo in eo loco ne quidem sepulchrum ædificare aut exornare licet, nisi venia priùs impetrata, vt in iis rebus fieri solet, quæ alioqui per se sunt prohibitæ *l. 1. & pass. sup. De in ius vocand.*

Dec. Quod dicimus, Nihil in loco sacro vel religioso fieri debere, non ad hoc pertinet quod ornandi vel extruendi monumenti causa fiat, sed ad id quod deformitatis vel incommodi *l. 1. §. 1. infra Ne quid in loco sacr. fiat.* Religionis namque interest monumenta & extrui & exornari, vt proximè diximus dum ne corpora tangantur *l. sepulchri deteriorem 7. inf. De sepulchr. violat.* Alioqui quod in fauorem religionis constitutum est, in eius odium retorqueretur contra *l. quod fauore 6. Cod. de legib. l. nulla 25. sup. eod. ill. tit. l. pen. C. ad SC. Trebell.* Benè igitur Vlpianus scribit, Facere sepulchrum siue monumentum in eo loco in quo ei ius est, neminem prohiberi: Quomodo in §. 1. huius legis scripsit, Eum qui mortuum inferendi ius habet, non prohiberi inferre.

8 ¶Ædificare videtur prohibere, & qui prohibet eam materiam conuehi, quæ ædificio necessaria sit. proinde, & si operi necessario prohibuit quis venire, interdictum locum habet, & si machinam alligare [a] quis prohibeat: si tamen eò loci prohibeat, qui seruitutem debeat. cæterum si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor interdicto: si iure te non patiar.

Ad §. 8. Ædificare videtur prohibere.

Ratio dubitandi. Materiam conuehere quæ ad ædificandum necessaria est, non est ædificare, sed ædificationem præparare: quod longè diuersum est. Atqui Prætor in hoc edicto vetat fieri vim ei tantùm qui ædificat quominus in eo loco ædificet in quo ei ius est ædificandi. Ergo qui prohibet eam materiam conuehi quæ ad ædificandum necessaria est, aut qui personas operi necessarias venire prohibuit, ad hoc edictum non pertinet.

Dec. Veteres quidem Prætores hoc nominatim adiiciebant, vt ea quoque quæ ad refectionem vtilia essent, aut ad ædificationem adportanti vis non fieret: Sed hoc superuacuum esse posteà visum est, quoniam qui adportari non patitur ea sine quibus ædificari quid aut refici non possit, vim facere videtur, quominus id ædificetur, aut reficiatur *l. 4. & seq. inf. De itin. actuque priuat.*

[a] *Et si machinam alligare.* Ratio dubitandi. Qui habet ius ædificandi, habet ius etiam ea omnia faciendi sine quibus ædificari non potest. Ergo & machinam alligandi, cuius vsum & applicationem ad ædificandum plerumque exigi nemo ignorat.

Dec. Concessio aliquo consentur quidem concessa in necessarium antecedens omnia, sine quibus id nullo modo expediri potest, vulg. *l. 2. sup. de iurisd.* sed non etiam illa sine quibus posset res expediri, quamuis non æquè commodè *l. 1. in fin. sup. si vsusfr. petat. l. si is qui binas 30. in fin. sup. de vsufr.* Nemo enim suo incommodo alteri commodum parare cogitur. Atqui non est machina omninò necessaria ad ædificandum sepulchrum, licèt prodesse possit ad ædificandum minore & temporis & pecuniarum dispendio. Ergo si quis machinam alligari prohibeat in eo loco, qui seruitutem nullam debeat, non est locus huic interdicto, sed ita demum

si is qui ædificare vult, machinam alliget in eo loco qui eam debeat seruitutem. Et hoc est quod sequitur *non teneber interdicto, sed iure te non patiar*. Vbi tamen pro *iure* mallem *ponere*. Præcedit enim, *velis machinam ponere*. Et vel imperfecta vel subobscura videtur illa locutio *iure te non patiar*. Nisi ex sequenti §. mutueris dictionem *ædificare*, hoc sensu vt in hac specie in qua velis admota & alligata in meo solo machina ædificare, iure me facturum si te non patiar ædificare, cùm locus meus talem tibi seruitutem nullam debeat. Monui enim sæpiùs librarij Florentini morem ab aliis non benè obseruatum, eum fuisse, vt si qua dictio bis scribenda occurreret, eam semel tantùm scriberet, sed maiusculis characteribus, vt repetendam eam esse omnes scirent. Cæterùm in hac specie is in cuius solo vult alius machinam alligare, non potest quidem simpliciter prohibere ædificari, sed tantùm ita ædificari, id est admota & alligata in eo loco machina. Et ita hic locus intelligendus est si adiicere vel repetere quis velit verbum *ædificare*, vt sit postrema dictio huius §. & prima sequentis.

9 ¶Ædificare autem, non solùm qui nouum opus molitur, intelligendus est, verùm is quoque qui vult reficere.

Ad §. 9. Ædificare autem.

Ratio dubitandi. Longè aliud est facere, Aliud verò reficere *l. 3. §. pen. infra de itin. actuq. priuat.* Ergo ædificare is demum intelligendus est, vt huic interdicto aduersus prohibentem experiri possit, qui opus nouum molitur, non etiam ille, qui vult reficere.

Dec. Largè sumptum *faciendi* vocabulum etiam refectionem continet. In hoc præsertim edicto ex mente & sententia Prætoris, quæ proculdubio illa fuit ne qua vis fieret ei qui quoquomodo, id est siue faciendo, siue reficiendo ædificaret & exornaret sepulchrum in eo loco, in quo ius ei est habendi sepulchri. Nam & fauorabilior in toto iure nostro ille est qui opus vetus reficit, quàm qui nunc primùm nouum facit *l. 1. §. si quis ædificium inf. De oper. noui nunciat.* Planè in interdicto illo *De itiner. actuque priuat.* eum qui reficit iter à faciente separamus, quia scilicet posterius interdictum Prætoris quod proposuit De itinere actuque priuato circa cuius interpretationem versatur Vlp. in d. l. 3. à §. *At Prætor* vsque ad finem legis est de itinere reficiendo tantùm nō etiam de faciendo. Proinde alius quàm qui reficit iter, neque ad verba, neque ad sententiam edicti & interdicti illius pertinet.

10 ¶Is, qui id agit, vt labatur sepulchrum: hoc interdicto tenetur.

Ad §. vlt. Is qui id agit.

Ratio dubitandi. Qui id agit vt sepulchrum labatur, neque ædificari prohibet neque refici, cùm nec labi possit nisi quod iam ædificatum est. Ergo ad hoc interdictum non pertinet, quo non alius coercetur quàm qui ædificare aut saltem reficere volentem prohibet *§. prox. sup.*

Dec. In fraudem edicti facit qui id agit vt saluis edicti verbis mentem & sententiam Prætoris circumueniant *l. contra legem 29. & seq. supra de legib.* Hic autem qui id agit vt labatur sepulchrum etiam quod ędificari aut refici passus est, id agit quantum potest vt sepulchrum nullum sit & perinde habeatur, acsi vel ædificatum vel refectum non fuisset. Quidni ergo hoc interdicto teneatur? Cùm etiam de sepulchro violato conueniri extra ordinem possit, tanquam qui sepulchrum dimerit *l. 2. & 3. inf. de sepulchr. violat.* Et verò quemadmodum solemus dicere, Factum non videri quod non durat factum *l. si pro patre 10. §. versum inf. De in rem vers.* Ita neque videri debet passus ædificium fieri qui factum non patitur subsistere.

2. MARCELLVS lib. 28. Digestorum.

NEgat lex Regia mulierem, quæ prægnas mortua sit, humari, antequàm partus ei excidatur, qui contra fecerit, spem animantis cum grauida peremisse videtur.

Ad l. Negat lex Regia 2.

Ratio dubitandi. Mortua non potest ampliùs parere nec partum edere: & falsum est eam peperisse cui mortuæ filius exsectus est *l. anniculus 132. §. 1 inf. de verbor signif.* Nihil ergo vetat humari mulierem etiam prægnantem antequàm partus ei excidatur quem sanè difficile est viuere in vtero matris iam mortuæ.

Dec. Etiam mortuæ mulieri potest fieri vt partus viuus excidatur *d. §. 1.* imò vt mater iam defuncta pariat, quod in Gargia quodam Epirota euenisse refert Valerius Maximus qui eum elatum fuisse scribit priùs quàm natum. Et ea quoque mulier cùm moreretur filium habuisse creditur, quæ exciso vtero edere adhuc possit, vt loquitur Vlpianus in *l. etiam 142. eod. tit.* Et si frequentius illud est vt adhuc viuæ mulieri quàm vt iam mortuæ vterus excidatur, & partus extrahatur *l. quod dicitur 12. inf. De liber. & posthum. l. posthumus 6. in fin. princ. ij sup. de inoff. testam.* Meritò igitur negat lex regia id est prohibet mulierem quæ prægnans sit mortua humari antequàm partus ei excidatur. Vt si quis contra fecerit, non quidem grauidam iam mortuam, sed cum

grauida

grauida humana spem animantis peremisse videatur. Vnde etiam fit vt prægnantem mulierem vltimo supplicio damnatam seruari oporteat dum partum edat, *leg. Imperator 18. De stat. homin. leg. pregnantis 3. infra De pœn.* vbi additur, nec torquendam eam esse quoad pariat. Benè autem hîc Marcellus *spem animantis*. Nec enim homo est priùs, quàm sit editus, *l. in lege 9. §. 1. infrà ad legem Falcid. l. vlt. De collat. bonor.* Sed tantùm spes hominis nasciturí, qui licèt pro iam nato habeatur in iis quæ ad ipsius commodum spectant, non tamen in cæteris ex quibus nullum ipse commodum sperare possit *l. qui in vtero 7. & l. 26. supra de stat. homin.* Magisque est vt nec pro concepto habeatur qui nunquam editus est, nec edi amplius potest, *l. is cui 18. infr. quand. dies legat. ced.* Fuitque duntaxat portio quædam viscerum matris *l. 1. §. 1. inf. De ventr. insp. &c.*

3. POMPONIVS lib. 9. ad Sabinum.

SI propiùs ædes tuas quis ædificet (&) sepulchrum, opus nouum tu nuntiare poteris: sed, facto opere nullam habebis actionem, nisi quod vi aut clam.

Ad l. si Propiùs 3.

Ratio dubitandi. Non potest quis prohiberi ne in suo quis ædificet, & aliud faciat, quod velit. Multò minus ne ædificet sepulchrum cuius ædificatio omnium fauorabilissima est, quæ & hoc Prætoris edicto ac speciali interdicto adiuuatur, *l. 1. §. Prætor ait sup.* Ergo etiamsi prope tuas ædes quis ædificet sepulchrum, nunciare opus nouum ex ea causa non poteris.

Dec. Potest quidem quilibet prope vicini ædes & sepulchrum, & aliud quidlibet ædificare, sed tamen intra legitimum modum, id est qui legibus & constitutionibus Principum statutus est ædificiis faciendis. Debet namque intercedere spatium decem pedum si locus est priuatus, Quindecim verò, si publicus, *l. si cui loci 9. l. Mansiena ti. Cod. de ædific. priuat.* Itaque prope ædificium alienum ædificare licet, sed propiùs quàm legitimus modus patiatur non licet, vt scriptum est in §. *proxim.* Ergo propiùs quàm liceat ædificanti, nouum opus nunciari potest & debet vt ædificatio inhibeatur, *l. de pupillo 5. §. & bellè Sextus Pedius, & §. meminisse & pass. inf. De oper. noui nunciat.* Nam facto opere nulla hoc nomine actio competere potest, nec aliud auxilium præter interdictum Quod vi aut clam, si fortè vi aut clam ædificatum proponatur, vt opus quod ita factum est tollatur, *l. 1. & pass. infr. Quod vi aut clam.* Nec enim facilè eò decurrendum est vt sepulchrum diruatur etiam quod ab initio impediri potuit, si modò nihil vi aut clam factum sit. Adeò verum est, quod aliis plerisque casibus obtinet, Multa facta durare quæ fieri prohibentur, vulg. *leg. patre furioso 8. supra De his qui sui vel alien. iur. sunt.* Iungè §. *proximum infra.*

1 ¶Si propiùs ædificium alienum, intra legitimum modum, mortuus illatus sit: postea eum prohibere non poterit ædificij dominus, quo minùs alium mortuum eò inferat, vel monumentum ædificet, si ab initio domino sciente hoc fecerit.

Ad §. 1. Si propiùs.

Ratio dubitandi. Quod non ratione sed errore primùm factum est, non debet trahi ad consequentias, nec obtinere in similibus, *l. quod non ratione 39. supra De legib.* Atqui nec iure nec ratione factum videri potest, sed errore potiùs aut iniuria cùm propiùs ædificium alienum intra legitimum modum mortuus aliquis illatus est, quem ædificij dominus prohibere poterat, ne inferretur. Ergo si alium mortuum eò inferre quis velit vel monumentum ibi ædificare, non est ei permittendum. Satis enim esse debet si per amici & beneuolentiam vicino in aliqua re consulatur, argument. *leg. tutor. 20. Cod. de negot.* Nec qui beneficij loco aliquid primùm concessit, vt tale aliud beneficium iterum conferat, cogi potest.

Dec. Illatio mortui locum facit religiosum etiam intra legitimum modum, si modò fiat ex voluntate illius qui prohibere poterat. Fauor enim eum religionis hoc facit, *leg. locum 17. supra De vsufruct.* Neque verò fit vnquam volenti iniuria, *leg. in diem 9. §. 1. De aqua & aquæ pluu. arcend.* Porrò locus qui semel factus est religiosus, cùm humani iuris esse desierit, & diuini esse cœperit, non facilè profanus fieri potest, nisi certis modis, de quibus diximus in *leg. cùm loca 42. & l. cùm in diuersis 44. in fin. supra titul proxim.* Non ergo prohibere potest is qui mortuum iam inferri passus est in locum, qui sit intra legitimum modum, quominus etiam alius infe-

tatur, aut in eo loco monumentum ædificetur: Si modò ab initio is qui mortuum intulit sciente, & non contradicente domino fecerit, licèt nec expressim consenserit. Satis enim consentit qui tacet, neque contradicit, vt hîc notat Accursius ex *l. qui bona 13. §. si quis iuxta infr. De damn. infect. l. item quæritur 13. §. qui impleto infr. locat.* Denique debet sibi imputare is, qui rem piam & iustam, quamuis alioquin illicitam admisit, vt scriptum est in *d. §. si quis iuxta.*

4. VLPIANVS lib. 2. Responsorum.

LOnga possessione ius sepulchri non tribui ei, cui iure non competit.

Ad l. Longa possessione 4.

Ratio dubitandi. Longa possessio fundi in quo sepulchrum est continuata per decennium inter præsentes & viginti inter absentes cum titulo & bona fide tantam præstat vtilitatem & securitatem in prouinciis, quantam vsucapio in vrbe, & in solo Italico *§ diutina possessio Instit. De vsucap. l. 1. & tot. tit. C. de long. tempor. præscript.* Ergo non minùs longa possessio, quàm vsucapio fundi in quo sepulchrum est, ius sepulchri potest ei tribuere, cui anteà non competebat. Nam quin vsucapio hoc ius acquirat, dubitari meo iudicio non potest, Non quasi ius ipsum sepulchri possit vsucapi, cùm & incorporale sit, & diuini iuris *l. seruitutes 14. supr. De seruit. l. seruus 43. § incorporales inf. De acquir. rer. domin. l. 1. supr. De rer. diuis. §. nullius Instit. eod. tit.* Sed quia vsucapto fundo in quo sepulchrum est, non alius sepulchri ius habere iustius potest, quàm qui fundi dominus est, nec ius mortuum inferendi: Cùm is demùm possit facere locum religiosum inferendo mortuum, & mortuum inferre, qui in locum suum infert, non qui in alienum *l. 1. §. hoc autem interdicto supr. leg. 2. §. 1. supr. hoc tit.* Sic enim dicimus per vsucapionem fundi cui seruitutes debentur etiam seruitutes acquiri *l. si aliena 10. §. 1. inf. De vsucap.*

Dec. Aliud ius est vsucapionis, aliud verò longæ possessionis. Vsucapio tribuit dominium non bonitarium, sed Quiritiarium, *l. 3. inf. De vsucapion.* cùm iam olim fuerit vnus ex modis lex legitimis acquirendi dominij ex iure Quiritium quos recenset Vlpianus in *Fragment. Tit. 19. De acquisit. rer.* At per longam possessionem non acquirebatur olim dominium, sed tantùm præscriptio, id est exceptio aduersus dominum rem suam, sed longo tamen tempore possessam ab alio vindicantem, pariebatque duntaxat vtilem in rem actionem *leg. si duo 13. § primo, infr. De iureiurand.* Atqui in hoc interdicto, siue De mortuo inferendo, siue De sepulchro ædificando non nisi de iure dominij quæritur *leg. sunt personæ 43. supr. titul. proxim.* ideóque nec alij competit quàm domino proprietatis, *dict. leg. 1. § hoc autem interdicto supr.* Domino, inquam, non sepulchri, quod in nullius dominio esse potest, sed fundi in quo sepulchrum est, aut in quem mortuus infertur. Ergo non potest longi possessio ius sepulchri tribuere ei qui iure non competit. Potest quidem prodesse, & verò prodest quantum ad dandam possidenti præscriptionem, & exceptionem aduersus dominum vindicantem locum purum, sed non quantum ad dominium loci etiam puri nisi ad bonitarium. Nec quantum ad ius sepulchri quod pendet à iure dominij quiritiarij. Et hic sensus est *leg. monumentorum 6. Cod. de religios. & sumptib. funer.* non quem Accursius credidit, non distinguens in illa, neque in hac lege, possessionem longam ab vsucapione, sed tantummodò locum purum à sepulchro: Et existimans tractari hîc de longa possessione iuris sepulchri: Quod tamen non ita est. Tractatur enim de longa possessione fundi in quo sepulchrum est, aut potiùs in quo ius est sepulchri & faciendi, per illationem mortui, & ædificandi. Neque verò locum religiosum aut sacrum possumus possidere nec magis detinere aut detentare, vt loquitur Accursius quàm possidere, Nec si religionem contemnamus & pro priuato eum habeamus, inquit Paulus in *leg. qui vniuersas 30. §. 1. De acquir. possess.* Sensus ergo huius legis non alius est, quàm vt is qui longa possessione, quamuis cum titulo & bona fide, fundum aliquem tenuit, non tamen habeat ius inferendi mortuum in eum fundum, nec faciendi in eo sepulchri, quia scilicet dominus proprietatis non est, & ad solum dominum proprietatis ius illud pertinet, vt locum facere religiosum possit: Illud sanè Accursius noster benè notat, Non magis longissimi quàm longi temporis præscriptionem in hanc rem prodesse, Sed mala ratione, quòd res inquit, incorporales præscribi non possunt, longissimo tamen possunt, vt cernere est in actionibus cæterisque iuribus omnibus quæ quamuis incorporalia sint, spatio tamen triginta, & ad summum quadraginta annorum præscribuntur *leg. 3. & 4. Cod. de præscription. 30. vel 40. annor.* Nec melior alia illa eiusdem Accursij ratio, quod sepulchrum in nullius bonis sit, nec esse possit. Nam in sepulchro & loco iam religioso facto id quidem verum est, sed non in iure faciendi locum religiosum & mortuum inferendi, de quo solo hîc quæritur. Nam hoc ius cohæret dominio proprietatis, nec minùs in bonis nostris est quàm ipsa proprietas. Quare nec ad hanc legem quicquam pertinet quod Accursius hîc notat, licèt verum sit, Res corporales quæ aliquo suo priuilegio non eius cuius sunt, non possunt triennio præscribi, vel decennio inter præsentes, vel vicennio inter absentes, ne quidem cum titulo & bona fide, Non magis præscribi posse spatio trigin-

triginta; vel quadraginta annorum ab eo qui titulum nullum habeat, Vt in exemplo quod adfert de homine libero, ex *l. vlt. C. de praescript. long. tempor. quae pro libert.* Non enim tractatur hic de acquirendo per longi temporis praescriptionem iure alieni sepulchri quod iam ad alium pertineat, sed tantùm de iure habendi nunc primùm & faciendi noui sepulchri in eo fundo quem quis longo tempore cum titulo & bona fide citra vsucapionem tamen possederit: quod ius nulla indiget praescriptione vt acquiratur, dummodò fundi dominium sit acquisitum: quod olim per longi temporis possessionem nunquam contingebat, vt diximus. Hodie tamen contingit post transformatam à Iustiniano vsucapionem confusaque iura vsucapionis & longae possessionis *in l. vnic. Cod. de vsucap. transform.* Ex quo infero, Non esse igitur hodie huic legi locum quod nemo obseruat, Id est eum qui longo tempore cum titulo & bona fide fundum aliquem possedit per longum tempus ius sepulchri sibi acquirere, id est ius mortui inferendi, cùm ea ratione non minùs quàm per vsucapionem plenum fundi dominium hodie acquiratur. Illud ergo alienum quoque est quod Accursius ex hac lege notat, Quaedam esse quae seruari possunt, quae tamen de nouo acquiri non possunt, velut, inquit, ius sepulchri, Et decurionatus qui similiter longa salarij praestatione non acquiritur *l. Herennius 10. infr. De decur.* Nec Iudaeis ius faciendae nouae synagogae licèt veterem fulcire possint *l. vlt. C. de Iudaeis.* Item quod addit, Nunciationem noui operis pro nouo opere faciendo fieri posse non pro iam facto ex *l. 1. §. si quis aedificium infr. De oper. nou. nunciat.* Itemque simile quiddam ex *l. si donata 36. §. 1. De donat. int. vir. & vxor.* vbi dicitur donationem ante nuptias factam confirmari posse constante matrimonio, non tamen nouam inchoari. Quae omnia quid obsecro commune habent cum sententia huius legis? In qua, vt diximus, non agitur de iure sepulchri iam facti separatim & per se praescribendo, sed de acquirendo iure inferendi mortuum & per illationem faciendi sepulchrum in eo fundo, quem quis longo tempore cum titulo & bona fide citra vsucapionem possederit. Neque huic legi contrarium est quod Vlpian. scribit *in leg. apparet 5. §. pen. infr. de itin. actúque priuat.* Si quis seruitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogatiuam ex eo quod diu seruitute vsus est, posse illum vti eo interdicto. Etsi enim illud interdictum non minùs quàm hoc de quo agimus ad rei & proprietatis causam pertinet *l. 3. §. hoc autem eod. tit. l. 2. §. quaedam infr. De interd.* in eo tamen differt, quod de possessione tantùm est, quanuis ius fundi possedisse oporteat *l. vltim. De itin. actúque priuat.* Hoc verò est de proprietate, nec in eo quaeritur de alio, quàm de iure dominij, nec alij competit quàm domino proprietatis, vt diximus.

§. VLPIANVS libro 1. Opinionum.

SI in eo monumento, quod imperfectum esse dicitur, reliquiae hominis conditae sunt: nihil impedit, quo minus id perficiatur.

1 ¶Sed si religiosus locus iam factus sit: pontifices explorare debent, quatenus, salua religione, desiderio reficiendi operis medendum sit.

Ad l. vlt. Si in eo monumento.

Ratio dubitandi. Monumentum in quo reliquiae hominis iam conditae sunt, licet nondum prorsus extructum sed adhuc imperfectum sit, tamen non minùs religiosum est, quàm si iam perfectum esset: quandoquidem sola illatio mortui ea est quae sepulchrum, & locum religiosum facit *l. 2. §. sepulchrum & pass. supr tit. prox.* Ergo non nisi cùm authoritate Pontificum perfici potest, ne dum id agitur vt perficiatur, religio ipsa contemni ac violari videatur. Nam & in hac ipsa lege statim sequitur, si religiosus locus iam factus sit debere Pontifices explorare quatenus salua religione desiderio reficiendi operis medendum sit. Quid enim potest interesse an monumentum perficiendum sit, an reficiendum?

Decis. Ad decus & dignitatem religionis pertinet, vt inchoata monumenta siue ante siue post illationem mortui perficiantur. Neque in eam rem aut Pontificum aut Principis aut vllius Magistratus authoritate vlla opus est. Religionis siquidem interest monumenta extrui & exornari *l. 1. §. interdictum hoc sup.* Non possunt autem videri aut extructa, aut exornata, si non sint perfecta. Et verò ad quid inchoantur, nisi vt perficiantur? Nec quod in loco sacro vel religioso aliquid fieri prohibitum est, perfectionem hanc impedire potest. Non enim id pertinet ad hoc, quod ornamenti causa fit, sed quod deformitatis vel incommodi *leg. 1. §. quod ait Praetor infr. Ne quid in loc. public. leg. sepulchri deteriorem 7. infr. De sepulchr. violat.* At si locus iam religiosus factus omnino perfectus sit, & tamen de eo reficiendo tractandum sit, quòd fortè aut vetustate aut quo alio casu collapsum fuerit, aut aliter corruptum, imploranda est Pontificum authoritas, vt salua religione, & ex eorum authoritate reficiatur monumentum, id est intactis reliquiis vt explicat *dict. l sepulchri.* Ad Pontificum enim authoritatem maximè hoc pertinebat: *l. hereditas 50. §. 1. supr. de hered. petition.* Et ita posterior pars huius legis intelligenda est quomodo benè ab Accursio explicatur in illis verbis *sed si religiosus locus iam factus sit* id est, inquit *perfectus.* Non enim ait Vlpianus *si locus iam factus sit religiosus.* quod vtique fit per solam illationem mortui, sed *si religiosus locus iam factus sit*: eodem sensu ac si scriptum esset *si locus iam factus religiosus iam perfectus sit.* Vt opponatur monumentum imperfectum

perfecto, Non autem monumentum non religiosum, religioso: Quemadmodum etiam opponitur perfectio refectioni: vt sine Pontificum authoritate perfici monumentum possit, refici non possit: quia licèt etiam religionis intersit monumentum refici, non minùs ferè quàm perfici, vbi tamen semel perfectum est, ad Pontificum curam pertinere incipit, Vbi autem inchoatum duntaxat est, ad curam eius qui inchoauit. Nec maior ratio est implorandæ authoritatis Pontificum ad perficiendum monumentum quàm ad inchoandum; cùm vnicus actus sit inchoandi, & perficiendi monumenti, quamuis non eodem tempore vtrumque fiat.

Finis Rationalium in secundam partem Pandectarum.

Gloria tota DEO, qui hæc nobis otia fecit.

INDEX EORVM OMNIVM
CERTISSIMVS AC LOCVPLETISSIMVS,
QVÆ IN HIS ANTONII FABRI RATIONALIBVS AD SECVNDAM PANDEctarum partem, notatu dignissima colliguntur.

Paginam prior numerus, columnam posterior indigitabit.

A.

INDEX.

Actiones

Adgnoscere

B.

si pericu-

C.

Digitized by Google

D.

F.

subsi-

F.

filio

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

G

H

Digitized by Google

I.

Impera-

††† a

L.

Tom. II.

ttt 4

Digitized by Google

lugendi

Digitized by Google

Digitized by Google

mulier

O.

Pericu-

Digitized by Google

ad

Prædo

Digitized by Google

Digitized by Google

Q

Quere-

R

S.

ad se-

Digitized by Google

contra

INDEX

Digitized by Google

Digitized by Google

Vindi-

vult,

Digitized by Google

Digitized by Google

Google

FINIS.

ANT
1318872

Digitized by Google

XX
F
29